

***SHAM LITIGATION* ABUSO DE DIREITOS DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL**

*Marcel Medon Santos*¹

*Venicio Branquinho Pereira Filho*²

Introdução

Este artigo aborda dois tipos de abuso de direito que têm sido suscitados em casos sob investigação ou levados a julgamento perante o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e autoridades de defesa da concorrência no exterior: o abuso de direito de petição aos Poderes Públicos (ou *sham litigation*) e o abuso de direitos de propriedade industrial³. Em alguns casos, inclusive, a primeira modalidade de abuso mencionada é utilizada para viabilizar a segunda.

O abuso do direito de petição possui relação com o excesso de ações, judiciais ou administrativas, que contribuem para o comprometimento da eficiência dos órgãos públicos na entrega de suas prestações. O abuso de direito de propriedade industrial, por sua vez, revela-se como um fator adicional ao caráter já intrinsecamente excludente desses direitos, podendo em

¹ Graduado pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Especialista em Direito da Concorrência pela Fundação Getúlio Vargas de São Paulo (FGV-SP). Atuou na Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE/MJ) entre 2001-2007. Membro da Comissão de Estudos da Concorrência e Regulação Econômica da OAB-SP. Advogado em São Paulo.

² Graduado pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Mestre em Direito Econômico pela mesma instituição. Membro do Comitê de Concorrência e Relações de Consumo do Centro de Estudos das Sociedades de Advogados. Advogado em São Paulo.

³ Direitos de propriedade industrial, como marcas e patentes, constituem espécies de *propriedade intelectual*, a qual engloba outros direitos intangíveis, como direitos autorais. Embora se admita que direitos de propriedade intelectual, de forma geral, possam ser exercidos de forma abusiva de modo a configurar infração às normas de defesa da concorrência, os precedentes mais comuns nessa seara referem-se a direitos de propriedade *industrial*. Por tal razão, optou-se por restringir a nomenclatura utilizada no presente artigo.

alguns casos provocar efeitos sociais negativos, como o prejuízo ao funcionamento dos mercados e o desestímulo à inovação. Se abusos de direito de propriedade industrial podem ser alvo de escrutínio sob o prisma do direito concorrencial, a aplicação equivocada desse ramo do Direito pode também provocar referidos efeitos negativos, contrariando o desejado.

Este trabalho divide-se em cinco seções. A primeira destina-se ao abuso de direitos de propriedade industrial sob a perspectiva antitruste. Expõe-se a racionalidade que embasa o controle antitruste sobre condutas unilaterais que envolvem propriedade industrial, mencionando-se alguns cânones da prática estrangeira e nacional. A segunda seção visa a abordar como *sham litigation* pode ser instrumento anticompetitivo, observando-se a origem e evolução do tema nos EUA. A terceira seção percorre a experiência jurisprudencial brasileira e traz reflexões sobre como *sham litigation* pode ser um mecanismo para o abuso de direitos de propriedade industrial. A quarta seção aborda a questão da necessidade de detenção de poder de mercado para perpetração da prática. Por fim, a quinta seção apresenta as conclusões.

1. Defesa da Concorrência e Abuso de Direitos de Propriedade Industrial

Objetivo primordial da proteção constitucional e legal aos direitos de propriedade industrial (“DPIs”) é incentivar as atividades de pesquisa e desenvolvimento e, por consequência, contribuir para o desenvolvimento econômico do país. O ordenamento jurídico reconhece a importância da invenção e oferece contrapartida para o inventor visando a estimular a atividade de inovação. O prêmio é o direito à exclusividade de exploração por determinado tempo, a fim de proporcionar a compensação dos custos incorridos na inovação e permitir a obtenção de lucro com o invento.

Além disso, o ordenamento jurídico disponibiliza mecanismos processuais para defesa desses direitos, de modo a transmitir aos agentes econômicos titulares de DPIs confiança de que poderão defender legitimamente suas invenções. O exercício legítimo dessa defesa configura exercício regular de direito, alinhando-se com o objetivo primordial acima. Já os abusos no exercício, proteção e defesa desses direitos afrontam tal objetivo, violando as normas jurídicas protetivas e autorizando as vítimas da violação a buscarem defesa e reparação.

Os abusos, como se verá mais à frente, podem ocorrer, por exemplo, na atuação enganosa para obtenção ilegítima de uma patente, na tentativa de

alargamento do escopo ou prazo de exploração exclusiva ou na sua defesa desarrazoada ou sem base legal.

Além da repressão aos abusos de DPIs como um fim em si mesmo em resposta a atos violadores do seu conjunto normativo, há, ainda, a possibilidade de incidência de outra vertente repressiva, não menos relevante, relacionada aos *efeitos desses abusos para o funcionamento dos mercados*. Literatura, legislação e diretrizes administrativas de vários ordenamentos jurídicos têm demonstrado a possibilidade de, ao menos teoricamente, configurar-se o abuso de DPIs como instrumento de controle econômico ou intento de obtenção ou preservação de monopólios ou posições dominantes em mercados relevantes. Desse modo, os abusos de DPIs também podem configurar abusos de poder de mercado, uma vez presentes determinados fatores.

Como para quase toda conduta anticoncorrencial⁴, a análise de ato abusivo unilateral em DPIs deve se orientar pela *regra da razão*, de modo a se determinar o *efeito líquido* produzido ou que possa ser produzido no mercado. Isto é, deve-se perscrutar se determinado ato restritivo à livre concorrência, proveniente de um abuso de DPI, provoca, ou tende a provocar benefício ou prejuízo econômico em razão da produção preponderante de eficiências ou de efeitos negativos.

O presente trabalho percorrerá algumas experiências relevantes nos planos internacional e nacional acerca do tema, sem pretensão, no entanto, de seu esgotamento, haja vista o natural dinamismo dos litígios sociais, bem como possíveis práticas e entendimentos adotados em países não abrangidos pelo âmbito de pesquisa.

Nos planos norte-americano e europeu, citam-se como exemplo as *Guidelines for the Licensing of Intellectual Property* preparadas pelo *Department of Justice (DoJ)* e pela *Federal Trade Commission (FTC)* dos EUA, publicadas em 1995 e atualizadas em 2017⁵, o Regulamento da União

⁴ Exceção amplamente aceita na comunidade antitruste é o caso de cartéis. Pelo reconhecimento da baixa probabilidade de cartéis produzirem efeitos líquidos positivos para a sociedade, em muitas jurisdições as autoridades concorrenciais dispensam uma avaliação sobre compensação entre efeitos positivos e negativos decorrentes da conduta. Desse modo, autoridades concorrenciais têm proferido condenações uma vez provada a existência de conluio entre concorrentes em prejuízo à concorrência, utilizando-se, portanto, da chamada regra *per se*.

⁵ A íntegra do Guia pode ser obtida em: <<https://www.justice.gov/atr/guidelines-and-policy-statements-0/2017-update-antitrust-guidelines-licensing-intellectual-property>>. Acesso em: 5 de dezembro de 2018.

Europeia (EU) 1/2003 e o Regulamento da EU 772/2004, que trata da isenção por categoria de acordos de transferência de tecnologia.

No reconhecimento da importância da repressão aos abusos de mercado envolvendo DPIs, o DoJ e a FTC norte-americanos, em *Antitrust Enforcement and Intellectual Property Rights: Promoting Innovation and Competition (2007)*, asseveram: “*However, failure to challenge illegal collusive or exclusionary conduct, involving intellectual property as well as other forms of property, can have substantial negative consequences for consumers*”⁶.

No Brasil, merece menção o caso ANFAPE (Processo Administrativo 08012.002673/2007-51). O caso foi iniciado por meio de representação formulada pela Associação Nacional dos Fabricantes de Autopeças (ANFAPE) em face de Volkswagen, Fiat e Ford, endereçada à então Secretaria de Direito Econômico (SDE). Na representação, a ANFAPE aduziu terem as montadoras abusado de direitos de desenho industrial no mercado secundário de reposição de autopeças.

Ainda nas fases iniciais da investigação, em 2010, o então Conselheiro-Relator do CADE, Carlos Ragazzo, determinou a abertura do Processo Administrativo, argumentando que o exercício de um direito de propriedade industrial pode se revelar ilegítimo e configurar um ilícito anticoncorrencial tanto por fraudes ou abusos no procedimento de registro do direito de propriedade industrial, quanto por abusos no exercício em si. Segundo o então Conselheiro, a mera obtenção dos registros de desenho industrial junto ao INPI não afastaria, por si só, a possibilidade de que tais registros fossem exercidos de modo abusivo, desvirtuando os fins socioeconômicos que amparam o direito⁷.

⁶ Disponível em <<https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/reports/antitrust-enforcement-and-intellectual-property-rights-promoting-innovation-and-competition-report.s.department-justice-and-federal-trade-commission/p040101promotinginnovationandcompetitionrpt0704.pdf>>. Pp. 2 e ss. Acesso em: 5 de dezembro de 2018.

⁷ Vide pp. 218 e 219 do voto do então Conselheiro-Relator, disponível em: CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Voto do Conselheiro-Relator Carlos Ragazzo na Averiguação Preliminar 08012.002673/2007-51. Brasília, dezembro de 2010. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?oWSl671FHvjGUnAODi8Uxt3Xc1SZ48qZCupgSiZTkaSMl3qxZ69-Uzuw3VXuXgPyS2-G9p5NbpUjhnOZVYjugx6EXUEdwmqcc6iYghhIIR0LukXp0PX56Ekl-bqYFKIW>

Na oportunidade, o então Conselheiro não reconheceu indícios da prática de *sham litigation*. Em seu entendimento, os pleitos judiciais das montadoras acusadas não eram desprovidos, “total e sabidamente, de fundamento, sendo manifestamente apenas uma forma de prejudicar concorrentes”⁸.

Posteriormente, ao remeter novamente os autos do Processo ao Tribunal Administrativo do CADE, a Superintendência-Geral do CADE (SG-CADE)⁹ defendeu que a lei de defesa da concorrência deve ser aplicada para coibir abusos de DPIs. Quando do julgamento no Tribunal Administrativo do CADE, o Conselheiro-Relator do caso, Paulo Burnier, em novembro de 2017, reconheceu que os DPIs podem ser explorados indevidamente como instrumentos prejudiciais à concorrência¹⁰. Isso pode ocorrer, por exemplo, mediante fraude no pedido de registro do direito perante o Instituto de Propriedade Industrial (INPI).

No mérito, a maioria do Tribunal determinou o arquivamento do caso, entendendo não caber ao CADE avaliar a qualidade da proteção conferida pela legislação de propriedade intelectual, em teoria, e nem questionar a validade de registros do INPI. De acordo com o Conselheiro

http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?coozyR1Jh1KFIYD1ZHtva5GN4C0Jnp7mtLAGa9Jb7M4soDojkEP9IUlbn23MJR6TZ6VwUDf4Ik0l-lI5EIGjwQ>. Acesso em: 5 de dezembro de 2018.

⁸ Id. *ibid.*, p. 80.

⁹ A opinião da Superintendência-Geral foi publicada em junho de 2016, mas não foi referendada pela maioria do Tribunal do CADE, a quem cumpria proferir a decisão sobre o caso no âmbito administrativo. Para acessar a opinião da Superintendência-Geral, veja: CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Nota Técnica 15/2016 da Superintendência-Geral do CADE no Processo Administrativo 08012.002673/2007-51. Brasília, junho de 2016. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yM2BPfLbIRtCdhjPZ54mYfQh6HDeuZv66YdtNDiWgKkDgpdjlQsXul4uQsMcb-cTIFjdp5H9ijlYIzrUVZnlEdj>. Acesso em: 5 de dezembro de 2018.

¹⁰ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Voto do Conselheiro-Relator Paulo Burnier (vencido) no Processo Administrativo 08012.002673/2007-51. Brasília, novembro de 2017. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yMsI8k5QSLPU7D5rf2-2SFLXGd1DiW79UJWcTcBDSy8CUnLKVdOOWbIBSIq5s2gzfJUvLFwpbB9EKxG7FgJ3HMp>. Acesso em: 5 de dezembro de 2018.

Maurício Bandeira Maia¹¹, para flexibilizar DPIs, à luz da lei de defesa da concorrência, são necessárias provas suficientes para comprovar o abuso do direito, sendo que a mera imposição de direito de exclusividade perante o mercado, seja ele primário ou secundário, não configura a abusividade de DPI.

Como visto, o foco do CADE no caso ANFAPE foi o uso abusivo de DPIs. Isto é, a utilização desarrazoada e desproporcional de direitos detidos pelas montadoras acusadas, em prejuízo à concorrência.

Na seção seguinte, será explorada mais detidamente a hipótese de *sham litigation*, isto é, o abuso no direito de petição aos Órgão Públicos com fins anticoncorrenciais, que como visto pode abranger o abuso de DPIs em prejuízo à Ordem Econômica.

2. Direito de Petição e sua Exceção – *Sham Litigation*

Para compreensão da figura da *sham litigation*, faz-se necessário recorrer, resumidamente, ao seu histórico conforme reconhecido nos EUA, país onde o tema teve destacado desenvolvimento.

A *sham litigation* ou *sham exception* constitui, no bojo da ordem jurídica norte-americana, uma exceção, jurisprudencialmente construída, ao direito de petição¹².

¹¹ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Voto-Vista do Conselheiro Maurício Bandeira Maia no Processo Administrativo 08012.002673/2007-51. Brasília, fevereiro de 2018. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yPGtBWuMjRPQl6EG2yzGIIWHYkJLBDhoKaY03wSuN436cLNgX4bHQ0Ru2n9Bx6R_5weggoG9GM9x2VEmkrQm7yh>. Acesso em: 5 de dezembro de 2018.

¹² Note-se que o direito de petição é aqui entendido em sentido amplo, e não apenas como o direito de demandar judicialmente. Com efeito, o *right to petition*, em sentido amplo, corresponde ao “direito constitucional – garantido pela Primeira Emenda – de os indivíduos formularem pedidos formais ao governo, seja por lobby ou por cartas escritas a autoridades públicas” (GARNER, Bryan A. *Black’s Law Dictionary*. Editor in Chief, 7 ed., St. Paul, Minn., West Group, 1999, p. 1327, tradução livre). No original: “*constitutional right – guaranteed by the First Amendment – of the people to make formal requests to the government, as by lobbying or writing letters to public officials*”.

2.1. O Direito de Petição e a Noerr-Pennington Doctrine

O direito de petição ganhou contornos próprios na jurisprudência norte-americana a partir da chamada *Noerr-Pennington doctrine*. A doutrina *Noerr-Pennington* origina-se de dois casos julgados pela Suprema Corte norte-americana: (i) *Eastern Railroad Presidents Conference v. Noerr Motor Freight, Inc.*¹³; e (ii) *United Mine Workers of America v. Pennington*¹⁴.

No caso *Noerr*, quarenta e uma companhias de caminhões, juntamente com a respectiva associação de comércio, demandaram judicialmente vinte e quatro companhias ferroviárias, uma associação de ferroviárias e uma empresa de relações públicas, alegando que os demandados teriam violado o *Sherman Act* por restringir e monopolizar o transporte e o fretamento de longa distância. Os demandantes afirmaram, *inter alia*, que os demandados estavam empreendendo uma campanha para a adoção de leis mais rígidas para as companhias de caminhões, objetivando acabar com os negócios de transporte e fretamento por caminhões.

A Suprema Corte norte-americana decidiu que, em princípio, as meras tentativas de influenciar a aprovação e execução de leis mais rígidas, ainda que direcionadas a prejudicar um concorrente, não configuram ilícitos antitruste puníveis sob o *Sherman Act*. A Suprema Corte apontou, entre outros argumentos, que a imputação de responsabilidade antitruste aos autores de tais tentativas suscitaria, em tese, uma questão constitucional concernente à violação do direito de petição protegido pelo *Bill of Rights*.

Já no caso *Pennington*, os demandantes, membros do *United Mine Workers of America Welfare and Retirement Fund*, alegavam que um sindicato de mineiros e certas mineradoras de carvão de grande porte haviam celebrado um acordo de natureza trabalhista com o propósito de eliminar os pequenos produtores de minério de carvão do mercado. De acordo com os demandantes, os demandados realizaram *lobby* junto à Secretaria do Trabalho para que esta estabelecesse um salário mínimo para os mineradores, tentando, destarte, excluir os pequenos produtores do mercado.

A Suprema Corte decidiu que esforços conjuntos para influenciar funcionários públicos não violam as leis antitruste, mesmo que tenham por objetivo eliminar a concorrência. A Corte, citando o caso *Noerr*, sublinhou que o propósito anticompetitivo, por si só, não tem o condão de tornar ilícita

¹³ *Eastern Railroad Presidents Conference v. Noerr Motor Freight, Inc.*, 365 U.S. 127 (1961).

¹⁴ *United Mine Workers of America v. Pennington*, 381 U.S. 657 (1965).

a conduta sob análise – no caso, o conluio para obter determinada ação estatal que prejudicaria os demandantes.

2.2. A Exceção à Doutrina Noerr-Pennington: Sham Litigation

Como exceção ao direito de petição até então assegurado pela *Noerr-Pennington doctrine*, desenvolveu-se a *sham litigation doctrine*, por meio da qual se afirma que o exercício do direito de petição, sob certas circunstâncias, não se encontra imune à responsabilidade antitruste.

No caso *California Motor Transp. Co. v. Trucking Unlimited*¹⁵, um grupo de transportadoras intra-estaduais demandava um grupo de transportadoras interestaduais sob alegação de que as rés haviam dado início a diversos processos, estaduais e federais, em face das autoras, sem que tais processos tivessem qualquer probabilidade de êxito. De acordo com as demandantes, o único propósito das rés ao propor tais processos era enfraquecer e excluir as demandantes, permitindo, assim, que as rés monopolizassem o mercado.

O caso chegou à Suprema Corte norte-americana, que decidiu que o direito de petição não é imune às leis antitruste, isto é, se o direito de petição é exercido por diversas vezes sem qualquer fundamento que permita êxito, o peticionário pode ser responsabilizado no âmbito antitruste¹⁶.

¹⁵ U.S. SUPREME COURT. *California Motor Transport Co. v. Trucking Unlimited*, 404 U.S. 508 (1972). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/404/508/case.html>>. Acesso em: 5 de dezembro de 2018.

¹⁶ Lê-se em tal decisão (tradução livre): “Há muitas outras formas de práticas ilegais e repreensíveis que podem corromper processos administrativos ou judiciais e que podem resultar em violações antitruste. Afirmações falsas, perdoadas na arena política, não são imunes quando usadas em processos jurisdicionais. Oponentes perante agências ou órgãos jurisdicionais frequentemente pensam que as estratégias, os pedidos ou as defesas da outra parte são pobres e os chamam de infundados. Uma ação, que um órgão jurisdicional ou agência pode considerar infundada, pode passar despercebida, mas pode haver uma sucessão de ações infundadas e repetitivas, o que levará à conclusão de que os processos administrativos e judiciais foram abusivos. Essa talvez seja uma linha difícil de discernir e definir. Mas, uma vez definida, vislumbra-se que o abuso desses processos produziu um resultado ilegal, isto é, efetivamente dificultando o acesso dos demandados às agências e cortes. (...) Demandantes, é claro, têm o direito de acesso às agências e cortes. (...) Esse direito, como indicado, é parte do direito de petição protegido pela Primeira Emenda. Mas isso não necessariamente lhes dá imunidade em relação às leis antitruste”. No original: “*There are many other forms of illegal and reprehensible practice which may corrupt*

A partir de outro caso, *Professional Real Estate Investors, Inc., et al., v. Columbia Pictures Industries, Inc., et al.*¹⁷, a Suprema Corte desenvolveu uma espécie de teste para a verificação da prática de *sham litigation*, que ficou conhecido como “teste PRE”. A Suprema Corte decidiu que tal exame deve ser realizado em duas etapas: (i) primeiro, deve-se observar se a ação ajuizada era, em termos objetivos, sem fundamento, no sentido de que nenhum litigante normal poderia de fato esperar êxito de tal demanda; (ii) em seguida, se atendido o primeiro critério, deve-se examinar a motivação do litigante, isto é, se pretendia interferir, por meio de tal ação, nos negócios do seu concorrente¹⁸. Para ensejar a responsabilidade antitruste por

the administrative or judicial processes and which may result in antitrust violations. Misrepresentations, condoned in the political arena, are not immunized when used in the adjudicatory process. Opponents before agencies or courts often think poorly of the other's tactics, motions, or defenses and may readily call them baseless. One claim, which a court or agency may think baseless, may go unnoticed; but a pattern of baseless, repetitive claims may emerge which leads the factfinder to conclude that the administrative and judicial processes have been abused. That may be a difficult line to discern and draw. But once it is drawn, the case is established that abuse of those processes produced an illegal result, viz., effectively barring respondents from access to the agencies and courts. (...) Petitioners, of course, have the right of access to the agencies and courts (...). That right, as indicated, is part of the right of petition protected by the First Amendment. Yet that does not necessarily give them immunity from the antitrust laws”. U.S. SUPREME COURT. California Motor Transport Co. v. Trucking Unlimited, 404 U.S. 508 (1972). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/404/508/case.html>>. Acesso em: 5 de dezembro de 2018.

¹⁷ U.S. SUPREME COURT. *Professional Real Estate Investors, Inc., et al., v. Columbia Pictures Industries, Inc., et al.*, 508 U.S. 49 (1993). Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supct/html/91-1043.ZO.html>>. Acesso em: 5 de dezembro de 2018.

¹⁸ Nesse sentido, confira-se o seguinte trecho da decisão (tradução livre): “Nós agora traçamos uma definição de duas partes de ‘*sham*’ *litigation*. Primeiro, a ação deve ser objetivamente infundada, no sentido de que nenhum litigante razoável poderia realisticamente esperar êxito em seu mérito. Se um litigante objetivo poderia concluir que a ação é razoavelmente calculada a obter um resultado favorável, a prática é imunizada sob *Noerr*, e uma ação antitruste baseada na exceção de ‘*sham*’ deve ser rejeitada. Apenas se o litígio contestado for objetivamente infundado uma corte poderá examinar a motivação subjetiva do litigante. Nessa segunda parte da nossa definição de ‘*sham*’, a corte deve considerar se a ação infundada acoberta uma ‘tentativa de interferir diretamente nas relações negociais de um competidor’. (...) Esse exame de duas etapas exige que o demandante refute a viabilidade da ação judicial contestada perante a corte (...)”. No original: “*We now outline a two part definition of ‘sham’ litigation. First, the lawsuit must be objectively baseless in the*

sham litigation, além de ser demonstrado que esses dois critérios foram atendidos, deve ser comprovado que houve, efetivamente, a violação de uma regra antitruste.

A ideia de *sham litigation* foi sendo paulatinamente desenvolvida pelos tribunais norte-americanos, ganhando, assim, contornos mais nítidos. Vale destacar a contribuição dada pelo precedente *USS-POSCO Industries v. Contra Costa County*¹⁹. No caso, a Suprema Corte norte-americana consignou que o teste PRE seria eminentemente retrospectivo, carecendo de adaptações. A Corte assinalou que, na hipótese de o litigante ajuizar diversas demandas – e não uma única demanda, seja administrativa ou judicial – a análise deveria assumir um caráter prospectivo; o que ficou conhecido como “teste POSCO”. Assim, decidiu-se que se o litigante provocou diversos processos (judiciais ou administrativos), não é necessário analisar o mérito de cada um deles – mesmo porque, um deles pode até ter êxito. Ao contrário, deve ser analisado se tais processos foram iniciados sem preocupação com o mérito dos procedimentos legais instituídos e se o propósito de disso era prejudicar concorrentes por meio de elevação de custos de rivais.

O setor farmacêutico protagonizou relevantes casos de debate sobre a configuração de *sham litigation* nos EUA²⁰. Veja-se, por exemplo, o caso

sense that no reasonable litigant could realistically expect success on the merits. If an objective litigant could conclude that the suit is reasonably calculated to elicit a favorable outcome, the suit is immunized under Noerr, and an antitrust claim premised on the sham exception must fail. Only if challenged litigation is objectively meritless may a court examine the litigant's subjective motivation. Under this second part of our definition of sham, the court should focus on whether the baseless lawsuit conceals 'an attempt to interfere directly with the business relationships of a competitor' (...). This two-tiered process requires the plaintiff to disprove the challenged lawsuit's legal viability before the court (...)”. U.S. SUPREME COURT. *Professional Real Estate Investors, Inc., et al., v. Columbia Pictures Industries, Inc., et al.*, 508 U.S. 49 (1993). Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supct/html/91-1043.ZO.html>>. Acesso em: 5 de dezembro de 2018.

¹⁹ U.S. SUPREME COURT. *Uss-Posco Industries Be&k v. Contra Costa County Building & Construction Trades Council*, 31 F3d 800 (1994). Disponível em: <<http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F3/31/800/592102/>>. Acesso em: 5 de dezembro de 2018.

²⁰ No Brasil, o setor farmacêutico também foi e vem sendo investigado pelo CADE por suposta prática de *sham litigation* em caso envolvendo DPI, conforme detalhado adiante.

*Abbott Laboratories v. Teva Pharmaceuticals USA, Inc.*²¹, no qual se reconheceu a possibilidade de ocorrência de *sham litigation*. Citando o precedente *Professional Real Estate Investors, Inc., et al., v. Columbia Pictures Industries, Inc., et al.*, a *District Court for the District of Delaware* decidiu:

“Por meio desse teste, a intenção das partes em empreender uma demanda é irrelevante, a menos que a demanda seja objetivamente desarrazoada. (...) Razoabilidade objetiva é o equivalente, neste contexto, à existência de uma causa provável para demandar, e a existência de uma causa provável para instituir procedimentos legais afasta a conclusão segundo a qual um réu em ação antitruste participou de demanda abusiva [*sham litigation*]. (...) Causa provável exige não mais do que a crença razoável de que há uma chance de que a ação seja reputada válida (...).

(...)

Porque os fatos que os demandados apontam não demonstram causa provável em face das alegações dos autores – as quais eu devo aceitar como verdadeiras neste Motion to Dismiss –, a pretensão ao reconhecimento de *sham litigation* não será descartada” (tradução livre)²².

²¹ U.S. DISTRICT COURT FOR THE DISTRICT OF DELAWARE. *Abbott Laboratories, Fournier Industrie et Sante, and Laboratories Fournier S.A., v. Teva Pharmaceutical USA, Inc.*, 432 F. Supp. 2d 408 (2006). Disponível em : <<https://casetext.com/case/abbott-laboratories-v-teva-pharmaceuticals-usa>>. Acesso em: 5 de dezembro de 2018.

²² No original: “*Under that test, the intent of the parties in pursuing litigation is irrelevant unless the litigation is objectively unreasonable. Id. at 62. Objective reasonableness is equivalent in this context to the existence of probable cause to sue, and ‘[t]he existence of probable cause to institute legal proceedings precludes a finding that an antitrust defendant has engaged in sham litigation.’ Id. ‘Probable cause... requires no more than a reasonable belief that there is a chance that a claim may be held valid upon adjudication.’ Id. at 62-63 (internal citation and quotation marks omitted).*

(...) *Because the facts that Defendants point to do not demonstrate probable cause in the face of Plaintiffs’ allegations, which I must accept as true in the context of this Motion to Dismiss, the sham litigation claims will not be dismissed”.*

U.S. DISTRICT COURT FOR THE DISTRICT OF DELAWARE. *Abbott Laboratories, Fournier Industrie et Sante, and Laboratories Fournier S.A., v. Teva*

Também cabe mencionar o caso *Kaiser Foundation Health Plan Inc., v. Abbott Laboratories, Inc.*²³, em que a *United States Court of Appeals for the Ninth Circuit* avaliou a possibilidade de ter sido configurada *sham litigation* aplicando o racional desenvolvido pela jurisprudência, sobretudo no caso *Professional Real Estate Investors, Inc., et al. v. Columbia Pictures Industries, Inc.* Na decisão, esclareceu-se:

“A doutrina *Noerr-Pennington* permite que cidadãos exerçam seu direito de petição ao governo garantido pela Primeira Emenda sem medo de responsabilidade antitruste. (...) A Suprema Corte explicou que, ‘à luz do poder do governo de atuar em sua capacidade de representante e de adotar medidas que operem restrição ao comércio, nós consideramos que o *Sherman Act* não pune atividade política por meio da qual as pessoas livremente informam ao governo sobre seus desejos’. (...) *Noerr-Pennington* originalmente imunizava apenas petições a autoridades legislativas, mas a Suprema Corte estendeu a imunidade da doutrina *Noerr-Pennington* às petições a agências administrativas e cortes. (...)

Uma pessoa perde a imunidade *Noerr-Pennington* sobre responsabilidade antitruste se a conduta se enquadra na *sham exception* da doutrina. Isto é, ‘pode haver situações em que uma campanha de publicidade, ostensivamente direcionada a influenciar a ação governamental, seja uma mera *sham* para encobrir o que realmente nada mais é do que uma tentativa de interferir diretamente nas relações negociais de um concorrente e a aplicação do *Sherman Act* seria justificada’.

A Corte asseverou: a exceção de abuso [*sham exception*] à *Noerr* abrange situações em que se utiliza um processo governamental – em oposição ao resultado de tal processo – como uma arma anticompetitiva. Um exemplo clássico é a apresentação de objeções frívolas ao pedido de licença de um

Pharmaceutical USA, Inc., 432 F. Supp. 2d 408 (2006). Disponível em : <<https://casetext.com/case/abbott-laboratories-v-teva-pharmaceuticals-usa>>. Acesso em: 20 de dezembro de 2017.

²³ U.S. COURT OF APPEALS FOR THE NINTH CIRCUIT. *Kaiser Foundation Health Plan Inc., v. Abbott Laboratories, Inc.*, 552 F.3d 1033 (2009). Disponível em: <<http://cdn.ca9.uscourts.gov/datastore/opinions/2009/01/12/0655687.pdf>>. Acesso em: 5 de dezembro de 2018.

concorrente, sem qualquer expectativa de alcançar a improcedência do pedido de licença, mas simplesmente para impor despesas e atraso. (...) Recentemente nós descrevemos três situações em que a *sham exception* se aplica:

Primeira, quando a ação é objetivamente infundada e o motivo de o demandante ajuizar a ação é ilícito; segunda, quando a conduta envolve uma série de ações ajuizadas em conformidade com uma política de iniciar procedimentos jurídicos sem consideração ao seu mérito e direcionada a um propósito ilícito; e terceira, se a alegada conduta ilícita consiste em formular afirmações falsas intencionalmente perante a Corte, a demanda pode ser considerada abusiva se a parte tem conhecimento da fraude em questão ou se suas afirmações eram sabidamente falsas, a Corte pode considerar que a demanda é desprovida de legitimidade” (tradução livre)²⁴.

²⁴ No original: “*The Noerr-Pennington doctrine allows private citizens to exercise their First Amendment rights to petition the government without fear of antitrust liability. See Eastern R.R. Presidents Conference v. Noerr Motor Freight, Inc., 365 U.S. 127, 81 S. Ct. 523, 5 L. Ed. 2d 464 (1961) ('Noerr'); United Mine Workers of Am. v. Pennington, 381 U.S. 657, 85 S. Ct. 1585, 14 L. Ed. 2d 626 (1965) ('Pennington'). The Supreme Court has explained, 'In light of the government's power to act in [its] representative capacity and to take actions... that operate to restrain trade, we reasoned that the Sherman Act does not punish political activity through which the people... freely inform the government of their wishes.'*” *Profl Real Estate Investors, Inc. v. Columbia Pictures Indus., 508 U.S. 49, 56, 113 S. Ct. 1920, 123 L. Ed. 2d 611 (1993) (all alterations in original) (quoting Noerr, 365 U.S. at 137). Noerr-Pennington originally immunized only petitions to legislative officials, but the Supreme Court extended Noerr-Pennington immunity to petitions to administrative agencies and courts. Cal. Motor Transp. Co. v. Trucking Unlimited, 404 U.S. 508, 510, 92 S. Ct. 609, 30 L. Ed. 2d 642 (1972). An entity loses Noerr-Pennington immunity from antitrust liability if its conduct falls within the 'sham' exception to the doctrine. That is, '[t]here may be situations in which a publicity campaign, ostensibly directed toward influencing governmental action, is a mere sham to cover what is actually nothing more than an attempt to interfere directly with the business relationships of a competitor and the application of the Sherman Act would be justified'. Noerr, 365 U.S. at 144. The Court has elaborated: The 'sham' exception to Noerr encompasses situations in which persons use the governmental process--as opposed to the outcome of that process--as an anticompetitive weapon. A classic example is the filing of frivolous objections to the license application of a competitor, with no expectation of achieving denial of the license but simply in order to impose*

No mesmo sentido, vide o caso *Teva Pharmaceuticals USA, Inc. e Teva Pharmaceutical Industries, Ltd. v. Abbott Laboratories, Fournier Industrie et Sante e Laboratoires Fournier S.A.*²⁵. Os autores alegavam que os réus impediam, por diversas formas, a entrada da versão genérica, fabricada pelos autores, do medicamento Tricor®, por sua vez produzido pelos réus sob marca registrada. Os autores aduziram que os réus incorreram em *sham litigations* para evitar a entrada dos autores no mercado monopolizado pelos réus. A Corte consignou que a imunidade antitruste, que em princípio seria conferida pelo direito de petição, está sujeita a exceções, que nesse caso era justamente a hipótese de *sham litigation*.

Percebe-se que a jurisprudência norte-americana traçou critérios para se determinar quando o direito de petição é exercido de forma abusiva, apto a ensejar responsabilidade antitruste. A experiência dos EUA é utilizada como forte referência no Brasil para a análise de *sham litigation*, conforme detalhado a seguir.

3. A Experiência Brasileira

A possibilidade de configuração de *sham litigation* como ilícito concorrencial é reconhecida pelo CADE, na esteira da evolução jurisprudencial estrangeira. Nesse contexto, o CADE tem considerado que a prática de *sham litigation* é um dos *meios executores* da estratégia de *abuso de direito*, inclusive DPIs, em detrimento da concorrência.

expense and delay. (...) We recently described three situations where the sham exception applies: [F]irst, where the lawsuit is objectively baseless and the defendant's motive in bringing it was unlawful; second, where the conduct involves a series of lawsuits brought pursuant to a policy of starting legal proceedings without regard to the merits and for an unlawful purpose; and third, if the allegedly unlawful conduct consists of making intentional misrepresentations to the court, litigation can be deemed a sham if a party's knowing fraud upon, or its intentional misrepresentations to, the court deprive the litigation of its legitimacy. U.S. COURT OF APPEALS FOR THE NINTH CIRCUIT. *Kaiser Foundation Health Plan Inc., v. Abbott Laboratories, Inc.*, 552 F.3d 1033 (2009). Disponível em: <<http://cdn.ca9.uscourts.gov/datastore/opinions/2009/01/12/0655687.pdf>>. Acesso em: 5 de dezembro de 2018.

²⁵ U.S. DISTRICT COURT FOR THE DISTRICT OF DELAWARE. *Abbott Laboratories, Fournier Industrie et Sante, and Laboratories Fournier S.A., v. Teva Pharmaceutical USA, Inc.*, 432 F. Supp. 2d 408 (2006). Disponível em: <<https://casetext.com/case/abbott-laboratories-v-teva-pharmaceuticals-usa>>. Acesso em: 5 de dezembro de 2018.

3.1. Defesa da Concorrência e Sham Litigation no Brasil

Por um lado, a Constituição Federal protege o direito de petição aos Órgãos Públicos e estabelece o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário²⁶, verdadeiro pilar do regime democrático, o que é corroborado amplamente em nossa legislação infraconstitucional. Por outro, o ordenamento jurídico também institui disposições legais que coíbem o abuso de direito²⁷, incluindo-se o direito de petição, podendo-se citar a conhecida figura da litigância de má-fé, prevista no Código de Processo Civil e que encontra disposição similar na Lei de Processo Administrativo²⁸.

Na linha da evolução da jurisprudência norte-americana, acusações de prática de *sham litigation* no Brasil têm chegado ao crivo do CADE, que reconhece a possibilidade de repressão à luz do Direito brasileiro. Alguns precedentes sobre o tema demonstram, como abordado a seguir, que o CADE adota critérios rigorosos para verificar se o direito de petição foi exercido de modo abusivo em prejuízo à concorrência.

A extinta SDE, em mais de uma oportunidade, reconheceu expressamente a possibilidade de *sham litigation* no ordenamento jurídico pátrio²⁹. No âmbito antitruste, pode-se considerar o abuso do direito de petição

²⁶ Art. 5º, inciso XXXIV, alínea “a”, e inciso XXXV.

²⁷ Vide artigos 187 e 188 do Código Civil.

²⁸ Vide artigos 79 e 80 do Código de Processo Civil e artigo 4º da Lei de Processo Administrativo (Lei 9.874/99).

²⁹ No Processo Administrativo 08012.002673/2007-51 (caso ANFAPE), instaurado para investigar suposto abuso de DPIS pelas montadoras, a SDE havia explicitado, ainda em fase de averiguação preliminar, que “[a] aplicação da teoria da *sham litigation* no ordenamento jurídico nacional consiste no reconhecimento de que, dentre as diversas motivações que alguém pode ter para abusar do seu direito de petição, seja à Administração, seja ao Poder Judiciário, inclui-se também o de prejudicar empresas concorrentes (o que poderia caracterizar abuso de poder econômico, apto a ser punido pela Lei n. 8.884/94)”. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Parecer da Secretaria de Direito Econômico na Averiguação Preliminar 08012.002673/2007-51. Fl. 2467 Vol. 11. Brasília, março de 2008. Disponível em:

<https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?oWSl671FHvjGUnAODi8Uxt3Xc1SZ48qZCupgSiZTkaTOOIkVItMZPHTpaIZAqAocDuMZd994Tl85FnwGg3lFuijPHS7N2wgccVaXSDO55RJHjZHhPhLnRYmE3ylNJ7tR>. Acesso em: 5 de dezembro de 2018.

No Processo Administrativo 08012.004484/2005-51, instaurado por representação apresentada por Seva Engenharia Eletrônica S.A. em face de Siemens VDO Automotive Ltda., a SDE asseverou que a doutrina de *sham litigation* é aplicável no

aos Órgãos Públicos como prática de predação não baseada em preços e, mais especificamente, nas hipóteses de elevação dos custos dos rivais e de criação de barreiras artificiais à entrada de concorrentes e de dificuldades à atuação destes, em prejuízo à concorrência (artigo 36, § 3º, incisos III e IV, da Lei 12.529/11).

A questão, de fato, não é nova no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC). Em 2004, o CADE julgou um Processo Administrativo que pode ser considerado embrionário da discussão sobre o tema. Conforme apurado, os representados do Processo Administrativo 08000.024581/1994-77³⁰ teriam adotado iniciativas concertadas junto ao Poder Público, com vistas a movimentar as máquinas administrativa e legislativa para barrar o ingresso no mercado do Distrito Federal de postos de combustíveis por empresa que atua no ramo de supermercados.

A preocupação com preços mais atrativos aos consumidores, que pudessem ser praticados pelo potencial *player*, teria motivado a iniciativa dos representados de acionar os Poderes Executivo e Legislativo. O pleito dos representados culminou na edição da Lei Complementar do Distrito Federal nº 294/2000, que proibiu a instalação de postos de combustíveis em pátios de supermercados.

Nesse caso, o CADE identificou que a real intenção dos representados – obter a proibição de atuação do novo *player* – escondia-se nos

direito concorrencial brasileiro, inclusive pela existência de instituto análogo no Código de Processo Civil, que veda o manejo do processo para se alcançar objetivo ilegal, *in casu*, oposto à lei de defesa da concorrência brasileira. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Parecer da Secretaria de Direito Econômico no Processo Administrativo 08012.004484/2005-51. Vol. 8. Disponível em: <http://https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yPNYKzRhRW4bJGM2OU229XMv7wakeQYps_Ul6uvXO6ZfPxbjlv0Lx-hbAqggSiyvirHr6LBt7Hjf-tQhoHvVj4m>. Acesso em: 5 de dezembro de 2018.

<http://https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yPNYKzRhRW4bJGM2OU229XMv7wakeQYps_Ul6uvXO6ZfPxbjlv0Lx-hbAqggSiyvirHr6LBt7Hjf-tQhoHvVj4m>. Acesso em: 5 de dezembro de 2018.

³⁰ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Processo Administrativo 08000.024581/1994-77. Representante: SDE, ex officio. Representados: Sindicato do Comércio Varejista de Derivados de Petróleo do DF, Rede Gasol (Grupo Cascão) e Grupo Igreja. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?KOXi3eEqJC73dCc3G_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfJTIfRn8_ywCudV1gCNGrQiNgXFAcnXWdW_WjLHltdgMcDhirUvUV7vhgatEzAr2Oq45eqbVm>. Acesso em: 5 de dezembro de 2018.

argumentos suscitados por eles junto aos vários Órgãos do Poder Público. O propósito tinha viés anticompetitivo, com vistas a impedir a entrada de um novo concorrente no mercado. Desta forma, o CADE, por meio do Conselheiro-Relator Roberto Pfeiffer, considerou a conduta como abusiva e prejudicial à concorrência, condenando os representados por infração à Ordem Econômica. Embora o CADE não tenha mencionado expressamente que a conduta se tratava de *sham litigation*, considerou que a restrição à concorrência visada pelos representados em conluio configurou uma atitude anticoncorrencial.

Nos anos seguintes, outros casos foram levados ao crivo do CADE. No entanto, na grande maioria deles, o arquivamento das investigações foi desfecho comum, tendo a autoridade entendido que os pleitos das empresas investigadas perante o Poder Público não teriam afrontado a Lei de Defesa da Concorrência.

Vide, por exemplo, o Processo Administrativo 08012.006076/2003-72, que ficou conhecido como “Caso das Baterias Moura”, arquivado em 2007. O Conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva votou a favor do arquivamento do caso, em conformidade com o Conselheiro-Relator Luiz Carlos Delorme Prado, mas trouxe alguns critérios inspirados na jurisprudência norte-americana para averiguar abuso de direito de petição, quais sejam: plausibilidade do direito invocado, veracidade das informações, adequação e razoabilidade dos meios utilizados e probabilidade de sucesso na postulação. O arquivamento também foi o resultado nos seguintes processos: Processo Administrativo 08012.005727/2006-50 (Representada Alcoa Alumínio S.A.), arquivado em 2010; Processo Administrativo 08012.005610/2000-81 (Representada Viação Valadarense de Transporte Coletivo), arquivado em 2011; Averiguação Preliminar 08012.001397/2008-95 (Representada Comgás), arquivada em 2012; Processo Administrativo 08012.004572/2007-15 (Representada Saint-Gobain Canalização Ltda.), arquivado em 2014.

Em agosto de 2010, o Tribunal do CADE também entendeu não ter havido prática de *sham litigation* por parte da representada no Processo Administrativo 08012.004484/2005-51, que ficou conhecido como o “Caso dos Tacógrafos”. Não obstante, o Tribunal trouxe discussões relevantes sobre a relação entre o abuso de direito de petição e a defesa da concorrência.

O então Conselheiro-Relator, Fernando de Magalhães Furlan, elucidou alguns critérios que devem balizar a avaliação de uma suposta prática de *sham litigation* anticoncorrencial pela autoridade antitruste: (i) exame de

proporcionalidade entre os interesses econômicos pleiteados; (ii) os meios utilizados para a consecução de tais interesses; e (iii) o efeito negativo sobre a concorrência ocasionado pelo ajuizamento das ações. O Conselheiro-Relator defendeu que o reconhecimento da admissibilidade ou da procedência de uma demanda judicial não deveria obstar eventual reconhecimento de ilicitude da conduta por parte do CADE³¹.

Desfecho destoante, no entanto, ocorreu no Processo Administrativo 08012.004283/2000-40, em dezembro de 2010. O CADE condenou a Box 3 Video e Publicidade Ltda. ao entender que as ações judiciais que esta ajuizara eram “causas frívolas”, desprovidas de fundamento jurídico objetivo. Esse aspecto, juntamente com o fato de a representada deter 50% de mercado na época, foram considerados suficientes para a condenação. A decisão descartou a necessidade de delimitação precisa de mercado relevante e não procedeu a uma avaliação sob o prisma da regra da razão³².

Em 2014, mais um caso arquivado. Tratou-se do Processo Administrativo 08012.010075/2005-94, instaurado para investigar suposta prática de *sham litigation* perante os Poderes Legislativo e Executivo (*lobby*) pelo Sindicato Intermunicipal do Comércio Varejista de Combustíveis e Lubrificantes do Estado do Rio Grande do Sul (Sulpetro). O Sulpetro havia sido acusado de ter influenciado para que fossem aprovadas leis municipais restritivas à instalação de postos revendedores de combustíveis em grandes áreas comerciais da região Sul do Brasil. O Tribunal do CADE decidiu que não havia elementos nos autos que demonstrassem que o propósito da atuação da Sulpetro fosse prejudicar outros concorrentes ou impedir a entrada de novos agentes econômicos no mercado.

³¹ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Voto do Conselheiro-Relator Fernando de Magalhães Furlan no Processo Administrativo 08012.004484/2005-51. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yNHvcog-UF4saoaQmqAQpdeXDfWb6xuokwWekz0RLeCikRE5lnu3IXsIH2CUydz-OXUGVYrU8rF6vsmM968YtQ7>. Acesso em: 5 de dezembro de 2018.

³² CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Voto do Conselheiro-Relator Vinicius Marques de Carvalho no Processo Administrativo 08012.004283/2000-40. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?xgSJHD3TI7Rh0CrGYtJb0A1Onc6JnUmZgGFW0zP7uM9IHOWOeB0em82jaTrpJF0OaFC_gL6K2krGqn9b2jYwH16WwQxmQrde6UYUHVVOG1gffJNs8a_qmhdA1n1OMBfTO>. Acesso em: 5 de dezembro de 2018, p. 1875.

Posteriormente, a Superintendência-Geral do CADE³³ dirimiu em 2016 mais um relevante caso de *sham litigation* (Processo Administrativo 08012.001594/2011-18). A partir de representação apresentada pela Associação Brasileira das Empresas Importadoras e Fabricantes de Aço, o Instituto Aço Brasil foi acusado, em resumo, de ter ajuizado uma série de ações judiciais, com pedidos de medidas liminares, com o objetivo de impedir a importação de vergalhões de aço por empresas estabelecidas no mercado nacional, em razão da suposta desconformidade dos produtos importados com as normas brasileiras de segurança. Conseqüentemente, as cargas de vergalhões de aço estariam sendo retidas nos portos, o que estaria gerando custos adicionais às empresas importadoras.

Para análise do caso, a Superintendência-Geral do CADE, inspirada na jurisprudência norte-americana, abordou seis hipóteses-teste para distinguir o que seria um litígio simulado (*sham*) de um litígio genuíno, demonstrando que há uma ampla gama de ações, atinentes a simulações, fraudes e outros expedientes judiciais que podem ensejar uma responsabilidade antitruste:

(i) Teste PRE, em que uma única ação esconde/simula intenção exclusionária. Do ponto de vista objetivo, quando se trata de uma ação desprovida de base objetiva ou que lhe falta uma causa provável. Do ponto de vista subjetivo, quando há evidência de que a ação, sem base objetiva, foi ajuizada para influenciar o negócio de concorrentes.

(ii) Teste PRE, aplicado a casos em que há falta de condições da ação, omissões relevantes e ou posições contraditórias por parte dos querelantes.

(iii) Teste PRE, em relação a desgaste da imagem empresarial e outros custos processuais de uma causa fadada ao fracasso.

(iv) Teste POSCO, em que diversas ações escondem/simulam intenção exclusionária;

³³ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Nota Técnica 29/2016 da Superintendência-Geral do CADE no Processo Administrativo 08012.001594/2011-18. Brasília, novembro de 2016. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yOoHDEVcGPBanjeFHwBkLypvyZrn_ViOFW17aN-8Vdzn4L6pIeatNXo1K9_cgF_8s4ObojmqbUtmQgh2VUCHXBF>. Acesso em: 5 de dezembro de 2018.

(v) Litigância fraudulenta (*fraud litigation*). Discorreu a Superintendência-Geral do CADE a respeito: “[ao] contrário dos casos anteriores, na litigância fraudulenta, o concorrente atua de forma positiva, informando ao Judiciário ou a 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”.

(vi) Acordos judiciais e outras ações que podem configurar condutas restritivas à concorrência. Segundo a Superintendência-Geral: “(...) as partes que transacionam a respeito de informações concorrencialmente relevantes, de implementação de cláusulas de exclusividade e de não concorrência, de fixação de preços de revenda, de atos de concentração e/ou de condutas restritivas horizontais ou verticais de variadas naturezas que, embora permitidas pela legislação cível, não o são, necessariamente, aceitas na legislação antitruste, independentemente das características do acordo e do mercado”.

Para resolução do Processo Administrativo, o Instituto Aço Brasil firmou com o CADE um Termo de Compromisso de Cessação (TCC). Embora não tenha reconhecido o cometimento de uma infração à Ordem Econômica, o representado obrigou-se a cessar a prática investigada, isto é, desistir de todas as ações judiciais então em curso e exercer o direito de petição com boa-fé, lealdade e sem o uso de informações falsas³⁴, além do recolhimento da contribuição pecuniária.

Em julho de 2018, o Tribunal do CADE arquivou investigação sobre supostas condutas anticompetitivas no mercado de transporte remunerado individual de passageiros, entre elas prática de *sham litigation*³⁵, no contexto

³⁴ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Requerimento de Termo de Compromisso de Cessação 08700.008345/2016-00. Voto do Conselheiro Paulo Burnier da Silveira. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yNX0rATin_x4Lxode1iE8AEsht5YjBgvjEqvuNLra14grJh2xv3zFV5ZW-1wGG8KJPylpehuE3d6JUuCIRSBLq>. Acesso em: 5 de dezembro de 2018.

³⁵ Segundo a ProCADE, uma das condutas “sob investigação consiste na abusividade do direito de petição, por associações de taxistas, perante o Poder Judiciário, o Ministério Público e instâncias das administrações públicas municipais, com a propositura de ações idênticas ou muito semelhantes em foros ou comarcas diferentes, na tentativa de excluir a concorrente Uber com argumentos desprovidos de mínimo fundamento de direito ou por meio da utilização de estratégias processuais insidiosas”. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Parecer da

do Processo Administrativo 08700.006964/2015-71. Segundo o CADE, havia dúvida jurídica razoável quanto à legalidade dos serviços de transporte, a exemplo da Uber, o que tornaria plausível a pretensão de taxistas para tentar obter a proibição da atividade pela via judicial. Diante da plausibilidade, o Tribunal do CADE asseverou que a acusação de *sham litigation* não devia prosperar³⁶.

Em outubro de 2018, outra acusação de *sham litigation* foi arquivada pelo Tribunal do CADE, que a afastou ao aplicar os testes POSCO, PRE e de litigância fraudulenta³⁷ sobre ação judicial iniciada pela Lundbeck para discutir a proteção de *data package* relacionado a medicamentos. De acordo com o Tribunal, não houve multiplicidade de ações judiciais por parte da Lundbeck, o pleito da representada não seria objetivamente sem fundamento e nem houve falsidade na argumentação ou nas informações fornecidas ao Poder Judiciário ou ao agente administrativo.

Em 30 de janeiro de 2019, um TCC foi firmado com o CADE na investigação de *sham litigation* praticada pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (Correios). Em abril de 2017, a Superintendência-Geral do

Procuradoria Federal Especializada junto ao CADE no Processo Administrativo n. 08700.006964/2015-71. Brasília, dezembro de 2017. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yMq8e7Dm4ZCURD_i59s4fPH8xprsMubA1ilEzXtRpm0DFAZkbz17oUPROjY-2BddXWDKuDow2_An8_Tjtftdxg>. Acesso em: 5 de dezembro de 2018.

³⁶ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Voto do Conselheiro-Relator Maurício Oscar Bandeira Maia. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yOcXG1XMZRO1jacYuDgk8XRn0wQxNuy_37iWNeSlz4J93vANK8FdEViJc2_5cb83H9GDm0HXiRV8MBj569_M7Cm>. Acesso em: 5 de dezembro de 2018.

³⁷ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Voto da Conselheira-Relatora Polyana Ferreira Silva Vilanova. Processo Administrativo n. 08012.006377/2010-25 (Representados: Lundbeck Brasil LTDA. e H. Lundbeck A/S), Brasília, 4 de outubro de 2018. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yP1geXQIXShQfVrFaJqTR-5ovkJc9k0wbLg09YORtAxcnPwEfIPStJfn8oTZQEB_aBmBa5jUq_EDNNIWOPqde2>. Acesso em: 5 de dezembro de 2018.

CADE havia emitido parecer recomendando a condenação dos Correios³⁸. Após o caso ser remetido para análise pelo Tribunal do CADE, os Correios negociaram um acordo para suspender a investigação, mediante o pagamento de contribuição pecuniária de R\$ 21.909.594,81. No entanto, o acordo previa que não houve confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de culpa, ilegalidade ou qualquer irregularidade da conduta objeto da investigação, de modo que, por parte do CADE, não gerou precedente sobre a matéria³⁹.

Outros casos de *sham litigation* ainda estão em investigação no CADE, o que merece ser acompanhado para se verificar como o Tribunal irá se posicionar⁴⁰, tendo em vista o número reduzido de condenações em relação ao número de casos julgados.

³⁸ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Nota Técnica n. 8/2017 da Superintendência-Geral do CADE no Processo Administrativo n. 08700.009588/2013-04 (Representada: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos). Brasília, abril de 2017. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yM2cQCOw86I_SBxht8pxRmd_NJdYfqFmZiuKqjYGCYbofjb3HRNoVLpMc8GsR9xv9P-JttGrRpAXY-XWe6YFuVX>. Acesso em: 5 de dezembro de 2018.

³⁹ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Voto da Conselheira-Relatora Polyanna Ferreira Silva Vilanova no Requerimento n. 08700.003188/2018-08 (Requerente: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos). Brasília, janeiro de 2019. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yPiVd0SdpCP4Gn2WBMyl1j_PLOfnVXYBjKXMCTUF5XE1S7Bn3q3fka55G3_BZK3oMYwR8FEY83BqPFVWELCKqYce>. Acesso em: 18 de fevereiro de 2019.

⁴⁰ Por exemplo, vide parecer emitido pela Superintendência-Geral do CADE em abril de 2017, favorável à condenação dos Correios por abuso de direito de petição, entre outras acusações. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Nota Técnica n. 8/2017 da Superintendência-Geral do CADE no Processo Administrativo n. 08700.009588/2013-04 (Representada: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos). Brasília, abril de 2017. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yM2cQCOw86I_SBxht8pxRmd_NJdYfqFmZiuKqjYGCYbofjb3HRNoVLpMc8GsR9xv9P-JttGrRpAXY-XWe6YFuVX>. Acesso em: 5 de dezembro de 2018.

3.2. *Sham Litigation e DPIs*

Como visto da jurisprudência mencionada acima, não é uma tarefa trivial flexibilizar o direito de petição, assegurado pelo texto constitucional, com vistas à proteção do direito da coletividade à livre concorrência. Um desafio adicional ao CADE ocorre quando a questão apresenta o envolvimento de um *terceiro* tipo de direito constitucionalmente assegurado: os DPIs. A análise do exercício⁴¹ de DPIs costuma ser mais ampla do que a do abuso de direito de petição⁴². Em muitos casos, a *sham litigation* é um dos meios executores de um abuso no exercício de DPIs.

É sabido que a detenção de uma patente, por exemplo, não é garantia de monopólio de mercado a um determinado produto. O produto patenteado pode enfrentar a concorrência de produtos que, embora não sejam cópias, possam ser utilizados para as mesmas finalidades e considerados pelos adquirentes como substitutos do produto patenteado. Assim, embora tenha um viés excludente de competição com relação a cópias, o sistema de concessão de patentes não impede necessariamente que haja concorrência, podendo até mesmo ser entendido como um sistema de fomento à inovação e competição. Agentes econômicos que queiram competir com um produto patenteado deverão esmerar-se em introduzir no mercado produtos diferentes, mas que consigam ser considerados pela demanda como substitutos.

Sobre outras investigações de supostas prática de *sham litigation* envolvendo direitos de propriedade intelectual, objeto de discussão da seção seguinte deste artigo, vide: Processo Administrativo n. 08012.007147/2009-40 (Representadas: Genzyme do Brasil Ltda. e Genzyme Corporation); e Inquérito Administrativo n. 08012.001693/2011-91 (Representadas: Astrazeneca AB e Astrazeneca do Brasil Ltda.).

⁴¹ Na literatura em língua alemã sobre a interseção entre o direito dos bens imateriais e o direito da concorrência – especialmente das restrições de mercado por meio do exercício abusivo de direitos de propriedade intelectual, vide: FIALA, Donatella. *Das Verhältnis zwischen Immaterialgüter- und Kartellrecht – unter dem Blickwinkel des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung sowie der Entwicklungen im Bereich der Genpatente*, Bern, Stämpfli, Verlag, 2006, pp.1.e ss.

⁴² SALGADO, Lúcia Helena. Anais do Seminário Internacional sobre Propriedade Intelectual e Política da Concorrência. Junho de 2010; KUNTZ, Karin Grau. O Desenho Industrial como Instrumento de Controle Econômico do Mercado Secundário de Peças de Reposição de Automóveis – Uma Análise Crítica a Recente Decisão da Secretaria de Direito Econômico (SDE)”, *in*: Revista Criação, Rio de Janeiro, Lúmen Juris, 2009, pp. 67-114.

É por essa mesma razão que, subjacente à utilização de meios enganosos ou abusivos para obtenção, alargamento ou extensão de proteção patentária, possa haver intento anticompetitivo e monopolista.

Grande parte dos litígios nos quais se discute a ocorrência de abusos em DPIs, *sham litigation* e abusos no exercício DPIs tem origem na utilização de argumentos ou informações sabidamente falsos junto à autoridade concedente para obtenção indevida de uma patente. Outros exemplos de atuações ilegais são a tentativa de obter a manutenção, o alargamento de escopo ou a extensão de período protetivo de DPIs em juízo.

Para Michael J. Meurer, a configuração de *sham litigation* anticoncorrencial pode ser uma das formas de exercício abusivo de DPIs:

“Litigância socialmente prejudicial em Propriedade Intelectual é comum porque os direitos são fáceis de obter e potencialmente aplicáveis de forma bastante ampla, e o problema está piorando devido à expansão do alcance e da força da Lei de PI (...).

A Lei Antitruste fornece meios potencialmente poderosos de controlar a litigância socialmente prejudicial em PI. Certa litigância anticompetitiva viola a Seção 2 do Sherman Act sob duas teorias relacionadas. Uma teoria originada em *Walker Process Equipment, Inc. v. Food Machinery & Chemical Corp* e só se aplica aos processos por violação de patente. O requerente antitruste deve mostrar que o titular da patente obteve sua patente por cometer fraude à common law no PTO, e que a patente não teria sido emitida, a não ser por fraude. A outra teoria aplica-se a *sham litigation*, incluindo *sham litigation* em PI, e é baseada em uma demonstração de que o réu antitruste (autor do pedido de PI) sabia que objetivamente não havia base para a alegação de violação. Sob qualquer teoria, o autor da ação antitruste deve provar que sofreu uma lesão antitruste, e também deve mostrar que o litígio de PI criou ou sustenta um monopólio no mercado relevante” (tradução livre)⁴³.

⁴³ No original: “*Socially harmful IP litigation is common because the rights are easy to get and potentially apply quite broadly, and the problem is growing worse because*

Nesse contexto, questiona-se: em que medida um agente, visando a postular a defesa de DPIs em juízo, pode infringir as normas brasileiras de defesa da concorrência?

Um caso levado ao CADE que pode auxiliar na resposta foi o Processo Administrativo 08012.007189/2008-08. Na investigação, a Dystar Textilfarben GmbH e a DyStar Indústria e Comércio de Produtos Químicos Ltda. foram acusadas de impor custos a rivais em razão do ajuizamento de diversas ações judiciais que visavam a proteger de forma abusiva direito patentário supostamente indevido sobre o produto “índigo blue reduzido” (IBR), um corante usado pela indústria têxtil para tingir fios de algodão. Em que pese o processo tenha sido arquivado em outubro de 2014, a então Conselheira Ana Frazão trouxe importantes considerações sobre o tema⁴⁴.

De acordo com a Conselheira, a propriedade intelectual pode ser explorada de modo facilmente desvirtuado do seu principal objetivo, que seria proteger a inovação tecnológica. A simples circunstância de se estar em juízo para defender uma patente registrada não deve afastar a possibilidade de *sham*

of the expansion of the scope and strength of IP Law (...). Antitrust law provides a potentially powerful means of controlling socially harmful IP litigation. Certain anti-competitive litigation violates Section 2 of the Sherman Act under two related theories. One theory originated in Walker Process Equipment, Inc. v. Food Machinery & Chemical Corp. and applies only to patent infringement suits. The antitrust claimant must show that the patentee got its patent by committing common law fraud on the PTO, and that the patent would not have issued but for the fraud. The other theory applies to sham litigation, including sham IP litigation, and is based on a showing that the antitrust defendant (IP plaintiff) knew that objectively there was no basis for the infringement claim. Under either theory, the antitrust plaintiff must prove it suffered an antitrust injury, and must also show that the IP litigation created or sustained a monopoly in the relevant market”. MEURER, Michael J. Controlling Opportunistic and Anti-Competitive Intellectual Property Litigation. Boston College Law Review, v. 44, issue 2, 2003. Disponível em: <<http://lawdigitalcommons.bc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2231&context=bclr>>. Acesso em: 5 de dezembro de 2018.

⁴⁴ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Voto da Conselheira Ana Frazão no Processo Administrativo 08012.007189/2008-08. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yOAdzdy76BpZ7FfP6mq5for84iq9xgqBcQh1p7gK8kD4Tzo3EzIdA4IWlklMZnahmTst3uTp_MWb9j8186hWaLa>. Acesso em: 5 de dezembro de 2018.

litigation e o CADE deve analisar detidamente as circunstâncias nas quais o registro da patente foi obtido. Conforme a decisão, deve o CADE verificar se o INPI foi induzido a erro, se as informações prestadas nos procedimentos administrativos do registro eram propositalmente insuficientes, se a patente foi posteriormente declarada nula, se a medida judicial funcionou como uma verdadeira estratégia anticompetitiva, entre outros critérios.

Posteriormente, em junho de 2015, as empresas representadas no Processo Administrativo 08012.011508/2007-91, sobretudo a Eli Lilly do Brasil Ltda., foram condenadas por estratégia abusiva do direito de petição perante o Poder Judiciário. A empresa foi acusada de tentar garantir indevidamente exclusividade na comercialização do medicamento “Gemzar”, indicado para tratamento de câncer.

O Tribunal do CADE analisou os diversos procedimentos judiciais instaurados pelas representadas na defesa de supostos direitos patentários. Com a finalidade de apurar indícios de abuso de suposto DPI, a autarquia analisou as dificuldades das representadas em obter os registros de patentes perante o INPI.

A investigação do CADE demonstrou que as representadas ajuizaram diversas ações para revisar as decisões administrativas do INPI e para assegurar direitos de exclusividade na comercialização do medicamento⁴⁵. Embora parte das medidas judiciais pudessem apresentar fundamentos objetivos ou certo grau de razoabilidade, o CADE entendeu que alguns pleitos inaugurados pelas representadas levaram o Judiciário a erro ao omitirem informações relevantes sobre o caso. O resultado das estratégias teria sido o deferimento de medida judicial favorável a um monopólio indevido das representadas sobre o medicamento durante 8 (oito) meses, em detrimento da concorrência e, em última análise, dos consumidores. Por tais motivos, o Tribunal do CADE decidiu pela condenação das representadas.

⁴⁵ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Nota Técnica n. 241/2014 da Superintendência-Geral do CADE no Processo Administrativo n. 08012.011508/2007-91. Brasília, agosto de 2014. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?xgSJD3TI7Rh0CrGYtJb0A1Onc6JnUmZgGFW0zP7uM8CSXOCwztJ5c0XHBEokvdvwUn-uHmlkWiBT65Me4RoxcSMhDambZ4B4gP558CNHeXHEfs8Mo47KcLJAZs8QIyu>. Acesso em: 5 de dezembro de 2018.

4. Poder de Mercado

Por fim, questão que ainda carece de aprofundamento pelo Órgão Concorrencial é a da necessidade de presença de poder de mercado para que uma conduta anticoncorrencial de *sham litigation* seja configurada.

É comum afirmar-se que um dos pressupostos para se configurar infração à Ordem Econômica é o agente, ou grupo de agentes conjuntamente, deter poder de mercado.

Tal assertiva não é isenta de controvérsia. CALIXTO SALOMÃO FILHO, por exemplo, afirma que o artigo 36 da Lei 12.529/11 comporta três hipóteses básicas, sendo que, em duas delas, a detenção de poder de mercado não é um pressuposto para a prática da infração⁴⁶.

Um exemplo de violação antitruste em que a detenção de poder de mercado *ex ante* não seria necessária é a hipótese de empresas que, não detendo poder de mercado individualmente, decidem se reunir em cartel para alcançar tal posição de poder em bloco. A conduta de formar o cartel seria interpretada como passível de “limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa”, ou tendente a “dominar mercado relevante de bens ou serviços”, conforme interpretação das hipóteses contidas nos incisos I e II do artigo 36 da Lei 12.529/11.

Questiona-se, então, se o mesmo raciocínio poderia ser aplicado a condutas unilaterais. Na visão afirmativa, argumenta-se que a atuação de empresa para falsear a concorrência e obter posição dominante – desde que tal objetivo seja alcançável –, enquadra-se nas mesmas hipóteses legais acima⁴⁷.

⁴⁶ Segundo o autor, o inciso I do artigo 36 comportaria hipóteses de concorrência desleal, o inciso II referir-se-ia a “atos tendentes à dominação do mercado” e os incisos III e IV seriam relativos ao abuso de posição dominante. No primeiro caso, a configuração independeria de poder de mercado, no segundo, o poder de mercado é buscado pelo(s) agente(s). Apenas no terceiro e quarto casos a detenção de poder de mercado seria pressuposto da prática. SALOMÃO FILHO, Calixto. “Direito Concorrencial – As Estruturas”, São Paulo: Malheiros Editores, 2013, pp. 520-525.

⁴⁷ Poder-se-ia, em uma concepção mais ampla, afirmar que em realidade tais empresas, tanto na hipótese de formação de cartel, quanto na de conduta unilateral, teriam poder de mercado na medida em que poderiam “excluir concorrência”, nos termos da definição de poder de mercado adotada pela Suprema Corte norte-americana: “poder de controle de preços ou *exclusão da concorrência*”. FORGIONI, Paula A. “Os Fundamentos do Antitruste”, 6ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 260.

Nos EUA, a hipótese seria semelhante à do *attempt to monopolize*, descrita na *Section 2* do *Sherman Act*.

No caso de *sham litigation*, é possível questionar se há necessidade de detenção de poder de mercado *ex ante* pelo agente abusador do direito de petição. Em manifestação de agosto de 2018, a Superintendência-Geral do CADE argumentou que não há necessidade de o agente abusador deter expressiva parcela de mercado para obter resultado anticoncorrencial. Com uma decisão de Autoridade Pública favorável, ainda que preliminar, o agente abusador poderia rapidamente excluir um grande rival e obter repentinamente poder de mercado, por exemplo⁴⁸.

Nesse raciocínio, o agente abusador buscaria abusivamente convencer a Autoridade a exercer o poder estatal e ocasionar resultado anticoncorrencial. O poder de alterar o mercado seria da Autoridade e o elemento *poder de mercado* estaria presente no resultado perseguido pelo abusador: quanto maior a parcela de mercado detida pela concorrência que o abusador quer eliminar por meio da decisão da Autoridade, maior o benefício almejado em relação ao custo de adotar a conduta. A prática tenderia a ser altamente atrativa para o abusador. O custo seria fundamentalmente o pagamento de honorários advocatícios para o patrocínio e acompanhamento da causa em vez do investimento, contínuo e de resultado geralmente incerto, em concorrer. O abuso do direito de petição seria o meio, ou o ato passível de “limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa”, ou tendente a “dominar mercado relevante de bens ou serviços” *a posteriori*.

Não se ignora, no entanto, a discussão sobre a diferença entre detenção de parcela expressiva de mercado e poder de mercado. No enfoque da eficiência econômica, a prática só seria considerada uma infração à Lei Concorrencial se a parcela de mercado conquistada abusivamente, ainda que expressiva, possibilitasse ao abusador ocasionar consistentemente escassez de oferta, elevação de preços e demais efeitos negativos à coletividade. Sob essa ótica, não haveria infração à Lei Concorrencial se o abusador pudesse ser disciplinado por fatores como baixas barreiras à entrada ou alto índice de substituição. Embora ainda não haja claro posicionamento na jurisprudência do Tribunal do CADE a respeito do poder de mercado em condutas de *sham*

⁴⁸ Anexo I à Nota Técnica nº 34/2018/CGAA1/SGA1/SG/CADE no Procedimento Preparatório 08700.000015/2018-20. Representante: Warie Industrial Ltda. EPP; Representadas: JJGC Indústria e Comércio de Materiais Dentários S.A. e Straumann B.V.

litigation, trata-se de questão com aptidão de ampliar ou restringir substancialmente as possibilidades de admissão de representações por *sham litigation* no CADE, a depender do enfoque que eventualmente prevaleça.

5. Conclusão

O presente trabalho tratou do abuso de direito de petição, conhecido como *sham litigation*, e do abuso de direitos de propriedade industrial, como ilícito concorrencial. Demonstrou-se a evolução da jurisprudência norte-americana no reconhecimento do abuso do direito de petição em prejuízo à concorrência e a influência da construção teórica dali resultante sobre o CADE no reconhecimento desse tipo de conduta no ordenamento jurídico brasileiro.

A análise de casos brasileiros recentes demonstra o desafio ao CADE de harmonizar os direitos constitucionais de petição, de propriedade industrial, da livre iniciativa e livre concorrência.

A quantidade de casos submetidos ao Órgão Concorrencial envolvendo o tema, *vis a vis* o reduzido número de condenações, parece indicar que a autoridade tem agido com parcimônia e adotado critérios rigorosos na avaliação de supostos abusos de direito de petição e de abuso de direitos de propriedade industrial.

Por um lado, a falta de uma análise criteriosa e o *enforcement* equivocado pode prejudicar as inovações, tendendo à deterioração da qualidade dos produtos ou escassez de produtos e aumento de preços, em detrimento dos consumidores. Por outro, a excessiva parcimônia na coibição de abusos e demora em decidir contribuem para uma percepção por infratores de que os riscos de adoção das práticas são baixos em comparação com os benefícios. Em todos os casos, sem clareza, rigor técnico e presteza na análise de casos dessa natureza, ameaçam-se direitos constitucionais e o desenvolvimento econômico.

Referências

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Inquérito Administrativo n. 08012.001693/2011-91. Representadas: Astrazeneca AB e Astrazeneca do Brasil Ltda. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?KOXi3eEqJC73dCc3G_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfJTIfRn8_ywCudV1gCNGrQiNgXFAcnV88DeqTl-3VkjTeVq2l0SzPBis9T7JE2G36QaxIyFp8>. Acesso em: 5 de dezembro de 2018.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Nota Técnica n. 15/2016 da Superintendência-Geral do CADE no Processo Administrativo n. 08012.002673/2007-51. Brasília, junho de 2016. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yNRajOCvFYuIvCKVspSyoPxjx9EQdDcB01ZrT0WU8kMTCTtf8zF6fELbI90GcqqVaN4y1JP5L5ZZvNVy0Nd4o-5>. Acesso em: 5 de dezembro de 2018.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Nota Técnica n. 16/2018 da Superintendência-Geral do CADE no Processo Administrativo n. 08700.010811/2014-47. Brasília, dezembro de 2014. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yP1gu1x1gqF8jG6Y-bOqi7RkDjPBNxOTj3jyFq0r2b1Jf_DNy83bnlXQWiKj2RmDgZ2oM1aLOM8uN_dFVFtFrD>. Acesso em: 5 de dezembro de 2018.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Nota Técnica n. 241/2014 da Superintendência-Geral do CADE no Processo Administrativo n. 08012.011508/2007-91. Brasília, agosto de 2014. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?xgSJHD3TI7Rh0CrGYtJb0A1Onc6JnUmZgGFW0zP7uM8CSXOCwztJ5c0XHBEokvdvwUn->

uHmIkWiBT65Me4RoxcSMhDambZ4B4gP558CNHeXHEfs8Mo47KcLJA Zs8QIyu>. Acesso em: 5 de dezembro de 2018.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Nota Técnica n. 29/2016 da Superintendência-Geral do CADE no Processo Administrativo n. 08012.001594/2011-18. Brasília, novembro de 2016. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yOoHDEVcGPBanjeFHwBkLypvyZrn_ViOFW17aN-8Vdzn4L6pIeatNXo1K9_cgF_8s4ObojmqbUtmQgh2VUCHXBF>. Acesso em: 5 de dezembro de 2018.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Nota Técnica n. 8/2017 da Superintendência-Geral do CADE no Processo Administrativo n. 08700.009588/2013-04 (Representada: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos). Brasília, abril de 2017. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yM2cQCOW86I_SBxht8pxRmd_NJdYfqFmZiuKqjYGCYbofjb3HRNoVLpMc8GsR9xv9P-JttGrRpAXY-XWe6YFuVX>. Acesso em: 5 de dezembro de 2018

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Nota Técnica nº 34 (Anexo I) da Superintendência-Geral do CADE no Procedimento Preparatório 08700.000015/2018-20 (Representante: Warie Industrial Ltda. EPP; Representadas: JJGC Indústria e Comércio de Materiais Dentários S.A. e Straumann B.V.). Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yOXOgKGB4A8z_fin_ViHlua97ryC8cPO-To5cfqobeLjeUMl3aB6OKQkOT1RfyrBjzOPoBBbsGOvmb-uiGTDdIH>. Acesso em: 5 de dezembro de 2018.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Parecer da Procuradoria Federal Especializada junto ao CADE no Processo Administrativo n. 08700.006964/2015-71. Brasília, dezembro de 2017. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yMq8e7Dm4ZCURD_i59s4fPH8xprsMubA1ilE>

zXtRpm0DFAZkbz17oUPROjY-2BddXWDKuDow2_AnP8_Tjtfdxg>.

Acesso em: 5 de dezembro de 2018.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Parecer da Secretaria de Direito Econômico na Averiguação Preliminar n. 08012.002673/2007-51. Brasília, março de 2008. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?oWSl671FHvjGUnAODi8Uxt3Xc1SZ48qZCupgSiZTkaTOOIk vItMZPHTpaIZAqAocDuMZd994Tl85FnwGg3lFuijPHS7N2wgccVaXSDO 55RJHjZHhPhLnRYmE3ylNJ7tR>. Acesso em: 5 de dezembro de 2018.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Parecer da Secretaria de Direito Econômico no Processo Administrativo n. 08012.004484/2005-51. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yPNYKzRhRW4bJGM2OU229XMv7wakeQYps_Ul6uvXO6ZfPxbjlv0Lx-hbAqggSiyvirHr6LBt7Hjf-tQhoHvVj4m>. Acesso em: 5 de dezembro de 2018.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Parecer do Ministério Público Federal no Processo Administrativo n. 08012.011508/2007-91. Brasília, março de 2015. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?xgSJHD3TI7Rh0CrGYtJb0A1Onc6JnUmZgGFW0zP7uM-QRedwWmRSTJQ8SU-RIZh_Y4nwUI6rKBtd9T3o_qBWxOOB-Jf2gLIWTZD8GvHBH3BRq5QRiU3tgfhVPsuIjbRg>. Acesso em: 5 de dezembro de 2018.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Parecer emitido pela Superintendência – Geral em abril de 2017, no Processo Administrativo n. 08700.009588/2013-04. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yM2cQCOW86I_SBxht8pxRmd_NJdYfq FmZiuKqjYGCYbofjb3HRNoVLpMc8GsR9xv9P-JttGrRpAXY-XWe6YFuVX>. Acesso em: 5 de dezembro de 2018.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Processo Administrativo n. 08000.024581/1994-77. Representante: SDE, ex officio. Representados: Sindicato do Comércio Varejista de Derivados de Petróleo do

DF, Rede Gasol (Grupo Cascão) e Grupo Igrejinha. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?K0Xi3eEqJC73dCc3G_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfJTIfRn8_ywCudV1gCNGrQiNgXFAcnXWdW_WjLHltdgMcDhirUvUV7vhgatEzAr2Oq45eqbVm>. Acesso em: 5 de dezembro de 2018.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Processo Administrativo n. 08012.007147/2009-40. Representadas: Genzyme do Brasil Ltda. e Genzyme Corporation Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?5LK2OPcLJR_ipmIIdOEcWJwPucpbCJDecPgMLlCe73jB508ahT9wUzaXUnjAZUJ4XW1xtu1H5kGUyGvypRMajS30M-fEw8tZWIFUluQBUWNYa35LYIBJx6QrNHRHM8U>. Acesso em: 5 de dezembro de 2018.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Requerimento de Termo de Compromisso de Cessação 08700.008345/2016-00. Voto do Conselheiro Paulo Burnier da Silveira. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yNX0rATin_x4Lxode1iE8AEsht5YjBgvjEqvuNLra14grJh2xv3zFV5ZW-1wGG8KJPylpehuE3d6JUuClRSBLq>. Acesso em: 5 de dezembro de 2018.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Voto da Conselheira Ana Frazão no Processo Administrativo 08012.007189/2008-08. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yOAdzdy76BpZ7Ffp6mq5for84iq9xgqBcQh1p7gK8kD4Tzo3EzIdA4IWlklMZnahmTst3uTp_MWb9j8186hWaLa>. Acesso em: 5 de dezembro de 2018.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Voto da Conselheira-Relatora Polyana Ferreira Silva Vilanova. Processo Administrativo n. 08012.006377/2010-25 (Representados: Lundbeck Brasil LTDA. e H. Lundbeck A/S), Brasília, 4 de outubro de

2018. Disponível em: <
https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yP1geXQIXShQfVrFaJqTR-5ovkJc9k0wbLg09YORtAxcnpPwEfIPStJfn8oTZQEB_aBmBa5jUq_EDNNIWOPqde2>. Acesso em: 5 de dezembro de 2018.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Voto do Conselheiro-Relator Carlos Ragazzo na Averiguação Preliminar n. 08012.002673/2007-51. Brasília, dezembro de 2010. Disponível em: <
https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?oWSl671FHvjGUnAODi8Uxt3Xc1SZ48qZCupgSiZTkaSMl3qxZ69-Uzuw3VXuXgPyS2-G9p5NbpUjhnOZVYjugx6EXUEdwmqcc6iYghhIIR0LukXp0PX56Ekl-bqYFKIW>. Acesso em: 5 de dezembro de 2018.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Voto do Conselheiro-Relator Fernando de Magalhães Furlan no Processo Administrativo n. 08012.004484/2005-51. Disponível em: <
https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yNHvcog-UF4saoaQmqAQpdeXDfWb6xuokwWekz0RLcIkRE5lnu3IXsIH2CUydz-OXUGVYrU8rF6vsmM968YtQ7>. Acesso em: 5 de dezembro de 2018.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Voto do Conselheiro-Relator Maurício Oscar Bandeira Maia. Disponível em: <
https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yOcXG1XMZRO1jacYuDgk8XRn0wQxNuy_37iWNeSlz4J93vANk8FdEViJc2_5cb83H9GDm0HXiRV8MBj569_M7Cm>. Acesso em: 5 de dezembro de 2018.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Voto do Conselheiro-Relator Paulo Burnier (vencido) no Processo Administrativo 08012.002673/2007-51. Brasília, novembro de 2017. Disponível em: <
https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_c

onsulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yMsI8k5QSLPU7D5rf2-2SFLXGd1DiW79UJWcTcBDSy8CUnLKVdOOWbIBSIq5s2gzfJUvLFwpbB9EKxG7FgJ3HMP>. Acesso em: 5 de dezembro de 2018.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Voto do Conselheiro-Relator Vinicius Marques de Carvalho no Processo Administrativo 08012.004283/2000-40. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?xgSJHD3TI7Rh0CrGYtJb0A1Onc6JnUmZgGFW0zP7uM9IHOWOeB0em82jaTrpJF0OaFC_gL6K2krGqn9b2jYwH16WwQxmQrde6UYUHVog1gffJNs8a_qmhdA1n1OMBfTO>. Acesso em: 5 de dezembro de 2018.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Voto-Vista do Conselheiro Maurício Bandeira Maia no Processo Administrativo 08012.002673/2007-51. Brasília, fevereiro de 2018. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yPGtBWuMjRPQl6EG2yzGLIWHYkJLB DhoKaY03wSuN436cLNgX4bHQ0Ru2n9Bx6R_5weggoG9GM9x2VEmkrQm7yh>. Acesso em: 5 de dezembro de 2018.

FIALA, Donatella. *Das Verhältnis zwischen Immaterialgüter- und Kartellrecht – unter dem Blickwinkel des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung sowie der Entwicklungen im Bereich der Genpatente*, Bern, Stämpfli, Verlag, 2006.

GARNER, Bryan A. *Black's Law Dictionary*. Editor in Chief, 7 ed., St. Paul, Minn., West Group, 1999.

FORGIONI, Paula A. “Os Fundamentos do Antitruste”, 6ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 260.

KUNTZ, Karin Grau. *O Desenho Industrial como Instrumento de Controle Econômico do Mercado Secundário de Peças de Reposição de Automóveis – Uma Análise Crítica a Recente Decisão da Secretaria de Direito Econômico (SDE)*, in: Revista Criação, Rio de Janeiro, Lúmen Juris, 2009

MEURER, Michael J. Controlling Opportunistic and Anti-Competitive Intellectual Property Litigation. *Boston College Law Review*, v. 44, issue 2, 2003. Disponível em: <

<http://lawdigitalcommons.bc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2231&context=bclr>>. Acesso em: 5 de dezembro de 2018.

SALGADO, Lúcia Helena. Anais do Seminário Internacional sobre Propriedade Intelectual e Política da Concorrência. Junho de 2010.

SALOMÃO FILHO, Calixto. “Direito Concorrencial – As Estruturas”. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 520-525.

U.S. COURT OF APPEALS FOR THE NINTH CIRCUIT. *Kaiser Foundation Health Plan Inc., v. Abbott Laboratories, Inc.*, 552 F.3d 1033 (2009).

Disponível em: <

<http://cdn.ca9.uscourts.gov/datastore/opinions/2009/01/12/0655687.pdf>>.

Acesso em: 5 de dezembro de 2018.

U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE E U.S. FEDERAL TRADE COMMISSION. *Antitrust Enforcement and Intellectual Property Rights: Promoting Innovation and Competition*. Washington, 2007. Disponível em:

<<https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/reports/antitrust-enforcement-and-intellectual-property-rights-promoting-innovation-and-competition-report.s.department-justice-and-federal-trade-commission/p040101promotinginnovationandcompetitionrpt0704.pdf>>.

Acesso em: 5 de dezembro de 2018.

U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE E U.S. FEDERAL TRADE COMMISSION. *Guidelines for the Licensing of Intellectual Property*. Washington, 2017. Disponível em: <

<https://www.justice.gov/atr/guidelines-and-policy-statements-0/2017-update-antitrust-guidelines-licensing-intellectual-property>>. Acesso em: 5 de dezembro de 2018.

U.S. DISTRICT COURT FOR THE DISTRICT OF DELAWARE. *Abbott Laboratories, Fournier Industrie et Sante, and Laboratories Fournier S.A., v. Teva Pharmaceutical USA, Inc.*, 432 F. Supp. 2d 408 (2006). Disponível em:

<<https://casetext.com/case/abbott-laboratories-v-teva-pharmaceuticals-usa>>.

Acesso em: 5 de dezembro de 2018.

U.S. SUPREME COURT. *California Motor Transport Co. v. Trucking Unlimited*, 404 U.S. 508 (1972). Disponível em:

<<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/404/508/case.html>>. Acesso

em: 5 de dezembro de 2018.

U.S. SUPREME COURT. Professional Real Estate Investors, Inc., et al., v. Columbia Pictures Industries, Inc., et al., 508 U.S. 49 (1993). Disponível em: < <https://www.law.cornell.edu/supct/html/91-1043.ZO.html> >. Acesso em: 5 de dezembro de 2018.

U.S. SUPREME COURT. Uss-Posco Industries Be&k v. Contra Costa County Building & Construction Trades Council, 31 F3d 800 (1994). Disponível em: <<https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F3/31/800/592102/>>. Acesso em: 5 de dezembro de 2018.