

TIAGO CAÇÃO VINHAS

SHAM LITIGATION
DO ABUSO DO DIREITO DE PETIÇÃO COM EFEITOS
ANTICONCORRENCIAIS

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

ORIENTADOR: PROFESSOR DOUTOR JOSÉ MARCELO MARTINS PROENÇA

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

SÃO PAULO

2014

TIAGO CAÇÃO VINHAS

SHAM LITIGATION
DO ABUSO DO DIREITO DE PETIÇÃO COM EFEITOS
ANTICONCORRENCIAIS

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

ORIENTADOR: PROFESSOR DOUTOR JOSÉ MARCELO MARTINS PROENÇA

Dissertação de Mestrado apresentada ao
Departamento de Direito Comercial
("DCO") da Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo, como requisito
parcial para obtenção do grau de Mestre.

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
SÃO PAULO

2014

TIAGO CAÇÃO VINHAS

SHAM LITIGATION

DO ABUSO DO DIREITO DE PETIÇÃO COM EFEITOS
ANTICONCORRENCIAIS

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

ORIENTADOR: PROFESSOR DOUTOR JOSÉ MARCELO MARTINS PROENÇA

Dissertação de Mestrado apresentada ao
Departamento de Direito Comercial
("DCO") da Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo, como requisito
parcial para obtenção do grau de Mestre.

São Paulo, ____ de _____ de 2014.

Banca Examinadora:

Para KAROLINE,
esposa, amiga e eterna companheira.

AGRADECIMENTOS

É costume que se redija os agradecimentos de um trabalho acadêmico apenas ao final do intenso período de pesquisa e de redação da dissertação. Embora a razão para tanto seja eminentemente prática – devemos dar prioridade àquilo que é estritamente essencial ao trabalho, para somente depois cuidarmos de outras questões –, não seria possível agradecer a colaboração direta ou indireta de todos antes de finalizar esta obra.

Isso porque, embora a pesquisa e o trabalho acadêmicos sejam – quase que por definição – atividades solitárias, nas quais podemos contar apenas com nossas ideias e argumentos, e esperar ansiosamente que o resultado final de nossos esforços seja recompensado pelo reconhecimento de que representou alguma contribuição à Ciência, o apoio de várias pessoas, ao longo dos últimos anos, foi fundamental para que se pudesse atingir os objetivos propostos nesta dissertação.

Primeiramente, gostaria de agradecer ao meu orientador, Professor Doutor José Marcelo Martins Proença, que me conferiu a oportunidade de desenvolver o presente trabalho, e com quem sempre pude contar nos momentos de indecisão quanto aos rumos a tomar nesta dissertação.

Também não poderia deixar de agradecer ao escritório Pinheiro Neto Advogados, na pessoa de Flávio Lemos Belliboni, que demonstrou compreensão ímpar a respeito das necessidades impostas pela pesquisa acadêmica, desde a flexibilidade de horários para o comparecimento às aulas da Pós-Graduação aos períodos dedicados exclusivamente para elaboração deste trabalho, a despeito das urgências decorrentes da vida profissional.

Quanto aos amigos, agradeço especialmente a ajuda inestimável de Ricardo Pastore, com quem tive a oportunidade de discutir longamente, nestes últimos anos, a proposta desta dissertação e os precedentes do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, sem prejuízo das conversas sobre assuntos aleatórios, que sempre representaram um alívio no dia a dia do escritório.

Pelos momentos não acadêmicos e não profissionais, que me permitiram descansar

das atividades relacionadas à elaboração deste trabalho, não posso deixar de agradecer a companhia – muitas vezes meramente virtual, mas não menos importante – do meu primo Leonardo Vinhas e dos grandes amigos Eduardo Prado, Gustavo Ribeiro e José Marcelo Amaral Vieira. Sou grato também pela compreensão nos muitos momentos em que não pude estar presente nas poucas oportunidades em que teria sido possível nos reunirmos.

Não posso esquecer de mencionar, ainda, os amigos que fiz durante os últimos três anos, em decorrência do ingresso no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, e que me fizeram lembrar dos cada vez mais distantes tempos de graduação no Largo de São Francisco, quando um simples intervalo entre aulas propiciava intensas discussões – desde os temas mais importantes aos assuntos menos relevantes –, no espaço de poucos minutos. Por tudo isso, meu agradecimento vai para Ana Carolina Zoricic, Enrico Romanielo e Fernando Mota, também orientados pelo Professor José Marcelo Proença, e João Pedro Scalzilli, Luís Felipe Spinelli e Sabrina Becue, integrantes do “Bonde do Sul”. Todos eles têm um futuro brilhante na vida acadêmica e profissional, e fico honrado por ter feito parte disso, ainda que por um breve período.

Existem, é claro, outros amigos, muitos outros, que me auxiliaram das mais variadas formas possíveis, desde a sugestão de um texto sobre um assunto tratado neste trabalho à simples cessão de alguns minutos de conversa sobre as dificuldades encontradas no curso da elaboração da presente dissertação. Embora não os esteja citando nominalmente – sob pena de cometer alguma injustiça imperdoável –, sou grato a todos.

Também sou profundamente grato aos meus pais, Diogo e Lucia, minha irmã Tânia, minha tia Maria Helena e minha sogra Helena, que sempre me apoiaram e estiveram ao meu lado, torcendo pelo sucesso deste trabalho, por mais que, por muitas vezes – e em razão desta dissertação –, eu não conseguisse estar fisicamente por perto.

Por fim, agradeço à Karoline, minha companheira de todas as horas, confiante de todos os segredos, revisora de todos os trabalhos, amor de toda uma vida. Não há palavras suficientes para expressar tudo o que merece ser dito. A você dedico esta dissertação.

Inda novel demandista
Um letrado consultou,
Que, depois de cem perguntas,
Tal resposta lhe tornou:
“Em Cujácios, em Menóchios,
Em Pegas, e Ordenação,
Em reinícolas, e extranhos
Tem carradas de razão.
Sim, sim, por toda essa estante
Tem razão, razão de mais.”
“Ah senhor! (o homem replica)
Tel-a-hei nos tribunaes?”

(MANUEL MARIA DE BARBOSA DU BOCAGE, *Epigramma XXXII*)

RESUMO

A Suprema Corte dos Estados Unidos da América exige, para a configuração da *sham litigation*, exceção à imunidade antitruste do direito de petição prevista na doutrina Noerr-Pennington, que: (i) a ação ou petição objetivamente não tenha fundamentos, de maneira que nenhum litigante razoável possa esperar sucesso em seu mérito; e que (ii) o litigante possua motivação subjetiva que permita verificar se a ação ou petição camufla uma tentativa de interferir diretamente nas relações negociais de um concorrente. No Brasil, ao investigar e punir infrações anticoncorrenciais, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE vem aplicando tais critérios, o que, além de cientificamente inadequado, carece de fundamentação legal no ordenamento jurídico brasileiro, em possível restrição injustificada dos princípios da livre iniciativa e livre concorrência. Propõe-se, neste trabalho, que o abuso do direito de ação e/ou de petição – instituto consagrado no ordenamento jurídico brasileiro –, poderá ser considerado uma infração à ordem econômica passível de punição pelo CADE, se produzir ou puder produzir os efeitos previstos no *caput* do artigo 36 da Lei nº 12.529/2011.

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

ABSTRACT

For the configuration of sham litigation – an exception to the right of petition immunity created by the Noerr-Pennington Doctrine – the Supreme Court of the United States of America established the following requirements: (i) objective baseless claim, so that no reasonable litigant might expect success on the merits; and (ii) subjective motivation of the litigant, which enables to verify whether the baseless suit conceals an attempt to interfere directly with the business relationships of a competitor. In Brazil, in order to investigate and punish antitrust infringements, the Administrative Council for Economic Defense – CADE has been applying the aforementioned criteria, which is scientifically inappropriate and baseless under the Brazilian legal system, and may result in an unjustified restriction of the principles of freedom of enterprise and freedom of competition. This thesis proposes that the abuse of the rights of action and petition – institutions already enshrined in the Brazilian legal system – may be considered infringements of the economic order punishable by CADE, if they produce or are able to produce the effects listed in Article 36, *caput*, of Law No. 12.529/2011.

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

SUMÁRIO

CAPÍTULO 1 - INTRODUÇÃO E CONSIDERAÇÕES METODOLÓGICAS.....	14
PARTE I - <i>SHAM LITIGATION</i>	18
CAPÍTULO 2 - <i>SHAM LITIGATION</i> : UMA CONSTRUÇÃO JURISPRUDENCIAL NORTE-AMERICANA E O CONTRAPONTO EUROPEU	18
2.1. Do direito constitucional de petição nos Estados Unidos da América.....	18
2.2. Da legislação antitruste norte-americana	20
2.3. Evolução jurisprudencial do instituto da <i>sham litigation</i>	23
2.3.1. A doutrina Noerr-Pennington	24
2.3.1.1. <i>Eastern Railroad Presidents Conference v. Noerr Motor Freight, Inc.</i> ..	25
2.3.1.2. <i>United Mine Workers v. Pennington</i>	28
2.3.1.3. Algumas ponderações.....	30
2.3.2. A construção da exceção <i>sham</i> à doutrina Noerr-Pennington	31
2.3.2.1. <i>Walker Process Equipment, Inc. v. Food Machinery & Chemical Corp.</i> ..	31
2.3.2.2. <i>California Motor Transport Co. v. Trucking Unlimited</i>	33
2.3.3. <i>Otter Tail Power Co. v. United States</i>	36
2.3.4. <i>Allied Tube & Conduit Corp. v. Indian Head, Inc.</i>	38
2.3.5. <i>Professional Real Estate Investors, Inc. v. Columbia Pictures, Inc.</i> - a criação do Teste PRE	42
2.4. Debate acerca dos critérios para a configuração da <i>sham litigation</i> nos Estados Unidos: critérios objetivos e subjetivos	46
2.5. O contraponto europeu	49
2.5.1. Do Direito da Concorrência comunitário europeu.....	50
2.5.2. Belgacom	52
2.5.3. AstraZeneca	58
2.6. Síntese conclusiva parcial	63

PARTE II - ABUSO DO DIREITO DE AÇÃO E DE PETIÇÃO COM EFEITOS ANTICONCORRENCIAIS	65
CAPÍTULO 3 - ABUSO DE DIREITO	65
3.1. Breve introdução	65
3.2. Histórico do abuso de direito	66
3.2.1. Institutos romanos e o abuso de direito	69
3.2.2. O desenvolvimento do abuso de direito na França	71
3.2.3. O desenvolvimento do abuso de direito na Alemanha	73
3.2.4. Abuso de direito em Portugal	75
3.3. Abuso de direito e direito subjetivo	76
3.4. A relativização dos direitos subjetivos	77
3.5. Sistematização	79
3.5.1. Teorias subjetivistas ou psicológicas	79
3.5.2. Teorias objetivistas ou finalistas	82
3.5.3. Teorias mistas ou ecléticas	83
3.6. Objeções às teorias do abuso de direito	85
3.7. Abuso do direito como exercício inadmissível de posições jurídico-subjetivas	89
3.8. Abuso do direito no ordenamento jurídico brasileiro	90
3.8.1. Do artigo 160, I, do Código Civil de 1916 ao artigo 187 do Código Civil de 2002	90
3.8.2. Abuso de direito e ato ilícito	94
3.8.3. Considerações a respeito da previsão legal	97
3.8.4. Finalidade econômica ou social, boa-fé e bons costumes	100
3.8.5. Repressão ao abuso de direito	101
3.9. Síntese conclusiva parcial	103
CAPÍTULO 4 - ABUSO DOS DIREITOS DE AÇÃO E DE PETIÇÃO	105
4.1. Breve introdução	105
4.2. Os direitos de ação e de petição como direitos constitucionais fundamentais e suas restrições	106

4.3.	Abuso do direito de ação.....	109
4.3.1.	Abuso do processo e litigância de má-fé	113
4.3.2.	Histórico do instituto	114
4.3.3.	Critérios para identificação do abuso no processo.....	119
4.3.4.	Peculiaridades do abuso cometido no âmbito do processo.....	122
4.4.	Abuso do direito de petição.....	126
4.5.	Síntese conclusiva parcial	129
CAPÍTULO 5 - DO ILÍCITO ANTICONCORRENCIAL DO ABUSO DO DIREITO DE AÇÃO E DE PETIÇÃO		131
5.1.	Breve introdução	131
5.2.	O ilícito concorrencial no ordenamento jurídico brasileiro: do artigo 20 da Lei nº 8.884/94 ao artigo 36 da Lei nº 12.529/2011	132
5.2.1.	Da história do Direito da Concorrência no Brasil.....	132
5.2.2.	Da Lei nº 8.884/94	141
5.2.3.	A Lei nº 12.529/2011 e a caracterização do ilícito antitruste	143
5.3.	Dos efeitos anticoncorrenciais do abuso dos direitos de ação e de petição	149
5.4.	Requisitos para configuração da “ <i>sham litigation</i> ”	152
5.4.1.	<i>Sham litigation stricto sensu</i> em face do Direito da Concorrência brasileiro	152
5.4.2.	Na proposta do presente trabalho.....	155
5.5.	Análise crítica da restrita jurisprudência do CADE sobre a matéria	159
5.5.1.	Caso SINPETRO	161
5.5.2.	Caso Ediouro.....	164
5.5.3.	Caso Baterias Moura.....	166
5.5.4.	Caso Colormatrix	169
5.5.5.	Caso Alcoa.....	171
5.5.6.	Caso Siemens VDO	172
5.5.7.	Caso ANFAPE.....	179

5.5.8.	Caso Valadarense.....	181
5.5.9.	Caso COMGAS	185
5.5.10.	Caso Sanofi-Aventis.....	187
5.5.11.	Caso Shop Tour.....	187
5.5.12.	Caso Saint Gobain.....	191
5.5.13.	Caso Bann	192
5.5.14.	Caso Vigor	194
5.5.15.	Síntese e crítica do posicionamento atual das autoridades brasileiras de defesa da concorrência.....	197
CONCLUSÕES		199
BIBLIOGRAFIA.....		208

CAPÍTULO 1 - INTRODUÇÃO E CONSIDERAÇÕES METODOLÓGICAS

O direito de acesso à Justiça é um dos mais expostos à invasão do abuso e da malícia¹. De fato, embora seja essencial à democracia o fácil acesso à Justiça, a rapidez na solução das demandas e o baixo custo dos processos, não se pode admitir que o exercício da ação seja convertido em uma verdadeira tirania de indivíduo sobre indivíduo, e, como tal, amparada pelo Estado². O mesmo raciocínio aplica-se ao direito de petição, que, por sua vez, ao assegurar a todos o direito de peticionar em defesa de direitos e de apresentar reclamações contra ilegalidades ou abuso de poder³, em âmbito administrativo, também pode ser objeto de sérios abusos.

A utilização de procedimentos governamentais com finalidades anticoncorrenciais, entendendo-se aí tanto judiciais quanto administrativos, representa uma ameaça cada vez mais relevante à concorrência. Não obstante, as autoridades antitruste estão apenas começando a reconhecer a existência do problema, de maneira que os critérios para sua configuração ainda não se encontram totalmente formulados⁴.

Explica-se. No começo do século XX, quando o Direito da Concorrência ainda estava em formação, havia menos oportunidades para a prática de infrações anticoncorrenciais por meio da utilização de procedimentos governamentais porque a regulação estatal não era tão ampla quanto hoje, em que se vê uma enorme proliferação de autoridades regulatórias em todos os níveis do governo, seja federal, estadual ou local. Hoje, para que uma empresa possa se estabelecer no mercado e buscar clientes, é necessário obter vários tipos de autorização, licenças e outros de agências reguladoras, órgãos e departamentos públicos diversos. E essa grande quantidade de autoridades envolvidas com o mercado leva a possibilidades quase ilimitadas para o irregular exercício dos direitos de ação e petição⁵, o qual pode eventualmente mascarar intenção anticoncorrencial.

¹ MARTINS, Pedro Baptista, *O abuso do direito e o ato ilícito*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1997, p. 71.

² AMERICANO, Jorge, *Do abuso do direito no exercício da demanda*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1932, p. 52.

³ MARTINS, Leonardo, *Comentário ao artigo 5º, XXXIV*, in CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *et al.*, *Comentários à Constituição do Brasil*, São Paulo, Saraiva/Almedina, 2013, p. 351.

⁴ BORK, Robert H., *The Antitrust Paradox - a policy at war with itself*, New York, The Free Press, 1993, p. 347.

⁵ BORK, Robert H., *The Antitrust Paradox - a policy at war with itself*, New York, The Free Press, 1993, p. 347. O autor se refere aos Estados Unidos, mas essa descrição é perfeitamente aplicável ao Brasil.

Esse exercício irregular, nos Estados Unidos da América (EUA), foi conceituado na jurisprudência da Suprema Corte como *sham litigation*⁶. No Brasil, não há uma tradução exata para o termo. Conforme restará demonstrado ao longo deste trabalho, a construção norte-americana relativa à *sham litigation* inspirou a caracterização de ilícitos anticoncorrenciais assemelhados em outras jurisdições, o que implicou a difusão da expressão “*sham litigation*”, ainda que, por vezes, desprovida de rigor científico.

Portanto, ao se afirmar que se está fazendo alusão genérica à expressão “*sham litigation*” – ou “*sham litigation lato sensu*” –, estar-se-á fazendo referência não apenas à *sham litigation* conforme compreendida pela jurisprudência norte-americana – de modo que esta será tratada por “*sham litigation stricto sensu*” –, mas também a construções assemelhadas, desenvolvidas no âmbito de ordenamentos jurídicos diversos do norte-americano. Nesse diapasão, no âmbito do ordenamento pátrio, vale fazer alusão às seguintes construções: “exercício abusivo do direito de ação com efeito anticoncorrencial”⁷, “abuso do direito de petição”⁸, “litigância predatória”⁹, “litigância predatória ou fraudulenta com fins anticompetitivos”¹⁰, “litígio simulado”¹¹.

Ao exercer seu direito de ação e/ou de petição de forma abusiva, tencionando usar desse procedimento como *meio* – e não seu *resultado* – para prejudicar o concorrente, o agente pode estar cometendo a infração à concorrência que aqui será abordada como “abuso do direito de ação e/ou de petição com efeitos anticoncorrenciais”, cuja delimitação corresponde ao objetivo do presente trabalho. De outra banda, pode-se afirmar que,

⁶ Desde que praticada com intenção anticoncorrencial, como se demonstrará no capítulo a seguir.

⁷ Nota Técnica da SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO (BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Processo Administrativo nº 08012.004484/2005-51, Representante: SEVA Engenharia Eletrônica S.A., Representada: Siemens VDO Automotive Ltda., julgado em 18-8-2010, disponível [on-line] in <http://www.cade.gov.br> [29-11-2013]).

⁸ Voto-Vista do Conselheiro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA (BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Averiguação Preliminar nº 08012.006076/2003-72, Representante: Acumuladores Moura S/A, Representadas: Enersystem do Brasil Ltda., Optus Indústria e Comércio Ltda., Newpower Sistemas de Energia Ltda., Nife Baterias Industriais Ltda. e Eaton Power Quality Indústria Ltda., julgado em 5-9-2007, disponível [on-line] in <http://www.cade.gov.br> [15-11-2013]).

⁹ SALGADO E SILVA, Lucia Helena, ZUCOLOTO, Graziela Ferrero, BARBOSA, Denis Borges, *Litigância Predatória no Brasil*, in Radar: Tecnologia, Produção e Comércio Exterior, n. 22, Brasília, Ipea, abr./2009.

¹⁰ Voto do Conselheiro VINÍCIUS MARQUES DE CARVALHO (BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Processo Administrativo nº 08012.004283/2000-40, Representante: Comissão de Defesa do Consumidor da Câmara dos Deputados, Representadas: Box 3 Vídeo e Publicidade e Léo Produções e Publicidade, julgado em 15-12-2010, , disponível [on-line] in <http://www.cade.gov.br> [29-11-2013]).

¹¹ Nota Técnica da SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO (BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Averiguação Preliminar nº 08012.013624/2007-44, Representante: Associação Brasileira das Indústrias de Medicamentos Genéricos - Pró Genéricos, Representada: Sanofi-Aventis Farmacêutica Ltda., julgado em 31-10-2012, disponível [on-line] in <http://www.cade.gov.br> [29-11-2013]).

visando à delimitação da referida infração concorrencial no âmbito do direito brasileiro, o presente trabalho tem por objeto o estudo da forma pela qual a *sham litigation* – aqui considerada como expressão genérica – vem sendo abordada jurisprudencial e doutrinariamente, aqui e alhures.

Como indicam os precedentes da Suprema Corte norte-americana, o prejuízo ao concorrente e à concorrência, causado por meio de procedimentos judiciais e administrativos, se dá essencialmente pela geração de custos para defesa em uma demanda ou procedimento sem fundamento, e/ou de atraso ou impedimento do concorrente à entrada no mercado relevante.

Ressalte-se que, para uma empresa ingressante no mercado relevante, os custos de uma ação judicial lhe serão bem mais significativos que para o autor já estabelecido no mercado. Esses custos manifestam-se não só em termos de despesas processuais, mas também no tempo despendido na questão¹². Ademais, ações judiciais podem impor ao concorrente outros custos que não os diretamente relacionados ao processo. De fato, um processo estrategicamente ajuizado pode, por exemplo, prejudicar a oferta pública de abertura de um concorrente, a emissão de debêntures ou o financiamento bancário¹³.

A importação automática do instituto da *sham litigation stricto sensu* para o Brasil, porém, não parece ser o melhor procedimento a tomar. Como cada ordenamento jurídico tem suas próprias peculiaridades, de modo que a aplicação desse instituto no País, sem maiores cautelas, é cientificamente inadequada, Ademais, referida importação pode ser desastrosa em decorrência de sua incompatibilidade com a estrutura do ordenamento jurídico pátrio, de maneira a, até mesmo, poder ensejar a violação dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal¹⁴. É precisamente esse “desastre” que o presente trabalho pretende ajudar a evitar.

No presente trabalho, pretende-se estudar, na Parte I, a construção do conceito de *sham litigation* nos Estados Unidos da América, de forma a se poder verificar se e quais

¹² BORK, Robert H., *The Antitrust Paradox - a policy at war with itself*, New York, The Free Press, 1993, p. 348.

¹³ SCHMIDT, Jeffrey, *et al.*, *The Noerr-Pennington Doctrine*, Chicago, ABA Publishing, 1993, p. 64-65.

¹⁴ INGLEZ DE SOUZA, Ricardo, *O abuso do direito de petição como infração à ordem econômica (sham litigation)*, in ZANOTTA, Pedro, e BRANCHER, Paulo (org.), *Desafios atuais da regulação econômica e concorrência*, São Paulo, Atlas, 2010, 290.

fundamentos utilizados pela Suprema Corte norte-americana poderão ou não subsidiar o reconhecimento do abuso do direito de ação e/ou petição com efeitos anticoncorrenciais no ordenamento jurídico brasileiro. No mesmo capítulo, far-se-á uma breve análise da jurisprudência europeia sobre litigância vexatória envolvendo matéria concorrencial – que pode ser considerada matéria semelhante à *sham litigation* norte-americana.

Feito isso, a Parte II deste trabalho irá analisar os fundamentos existentes no ordenamento jurídico brasileiro aptos à caracterização do abuso do direito de ação e de petição com efeitos anticoncorrenciais.

Para isso, será analisada a doutrina clássica e moderna sobre abuso de direito, com o objetivo de demonstrar como o Direito Brasileiro evoluiu no sentido de coibi-lo. Após esse capítulo, passar-se-á à análise do abuso do direito de ação, também denominado abuso do processo, e do abuso de direito de petição.

Baseando-se em tais premissas, poder-se-á demonstrar que o abuso do direito de ação e/ou petição se torna uma infração à ordem econômica quando visa a produzir os efeitos de (i) limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; (ii) dominar mercado relevante de bens ou serviços; (iii) aumentar arbitrariamente os lucros; e/ou (iv) exercer de forma abusiva posição dominante, nos termos do artigo 36 da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011¹⁵.

Por fim, também se analisará criticamente a jurisprudência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE em inquéritos administrativos, processos administrativos e averiguações preliminares que investigaram práticas consistentes na utilização de processos judiciais ou administrativos com a finalidade de prejudicar a concorrência¹⁶.

¹⁵ BRASIL, Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências, disponível [on-line] in http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm [11-12-2013].

¹⁶ Não se irá, no presente trabalho, fazer considerações econômicas ou análises econométricas relacionadas à decisão do agente de praticar a infração aqui estudada, ou à decisão das autoridades brasileiras de defesa da concorrência de investigar ou não a prática. Como o presente trabalho é uma dissertação de mestrado em Direito, entende-se, aqui, que tais incursões na área da Economia fogem do escopo da obra. Ademais, pretende-se evitar o tratamento meramente prático e casuístico do direito da concorrência, que faz com que,

PARTE I - *SHAM LITIGATION*

CAPÍTULO 2 - *SHAM LITIGATION*: UMA CONSTRUÇÃO JURISPRUDENCIAL NORTE-AMERICANA E O CONTRAPONTO EUROPEU

Como se pôde esclarecer na introdução do presente trabalho, este capítulo será dedicado a analisar a construção jurisprudencial que permitiu o reconhecimento, nos EUA, do ilícito antitruste conhecido como *sham litigation*. Antes de adentrar nos precedentes da Suprema Corte norte-americana que paulatinamente levaram à criação do instituto, porém, é necessário tecer breves considerações a respeito do direito constitucional de petição naquele país, bem como da legislação antitruste norte-americana.

2.1. Do direito constitucional de petição nos Estados Unidos da América

O direito de peticionar ao governante tem suas origens na *Magna Carta* inglesa¹⁷, assinada pelo Rei João sem Terra (1166-1216) em 1215, após uma rebelião de parte do baronato¹⁸. Embora não haja previsão expressa desse direito naquele documento, considera-se que sua aceitação e assinatura, pelo monarca, implicitamente reconheceu a existência desse direito¹⁹.

De forma explícita, o direito de petição foi reconhecido pela primeira vez no *Bill of Rights* de 1689, assinado por Guilherme III de Orange (1650-1702) após a Revolução Gloriosa, no qual se estabelece que:

“(...) the said Lords Spiritual and Temporal and Commons, pursuant to their respective letters and elections, being now assembled in a full and free representative of this nation, (...) do in the first place (as their ancestors in like case have usually done) for the vindicating and asserting their ancient rights and liberties declare
(...)”

na crítica de CALIXTO SALOMÃO FILHO, seus aplicadores se restrinjam a realizar uma interpretação meramente econômica e casuística das práticas, com foco na ideia de eficiência (*A paralisia do antitruste*, in Revista do IBRAC, v. 16, n. 1, 2009, p. 305).

¹⁷ INGLATERRA, *Magna Carta*, disponível [on-line] in <http://avalon.law.yale.edu/medieval/magframe.asp> [30-11-2013].

¹⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *Direitos humanos fundamentais*, 5ª ed., São Paulo, Saraiva, 2002 p. 11.

¹⁹ NEWTON, Adam, *Petition overview*, disponível [on-line] in <http://www.firstamendmentcenter.org/petition-overview> [30-11-2013].

That it is the right of the subjects to petition the king, and all commitments and prosecutions for such petitioning are illegal”^{20,21}

Nos EUA, o direito de petição pode ter sua origem traçada na Declaração de Independência de 1776, na qual se apontou o desrespeito de George III, rei da Inglaterra (1738-1820), ao direito de petição reconhecido no *Bill of Rights*:

“In every stage of these Oppressions We have Petitioned for Redress in the most humble terms: Our repeated Petitions have been answered only by repeated injury. A Prince, whose character is thus marked by every act which may define a Tyrant, is unfit to be the ruler of a free people”^{22,23}

Após a independência do país, o direito de petição foi garantido na Primeira Emenda de sua Constituição, adotada em 15 de dezembro de 1791²⁴:

“Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances”^{25,26}

Nos EUA, modernamente, considera-se protegido pelo direito constitucional de petição qualquer meio legal e pacífico de encorajar ou reprovar determinada ação governamental por parte dos Poderes Executivo, Legislativo ou Judiciário, bem como lobby, cartas, e-mails de campanhas, testemunho perante tribunais, ajuizamento de ações, apoio de referendos, coleta de assinaturas, protestos pacíficos e piquetes, ainda que tais

²⁰ Tradução livre: “(...) os referidos Lordes Espirituais e Temporais e Comuns, em conformidade com suas respectivas cartas e eleições, estando agora reunidos na assembleia plena e livre desta nação, (...) em primeiro lugar, para reivindicar e fazer valer os seus antigos direitos e liberdades (como os seus antepassados fizeram em casos parecidos). declaram

(...)

Que é o direito dos súditos peticionar ao rei, e todos os encarceramentos e processos decorrentes de tal peticionamento são ilegais”.

²¹ INGLATERRA, *Bill of Rights*, disponível [on-line] in http://avalon.law.yale.edu/17th_century/england.asp [30-11-2013].

²² ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, *Declaration of Independence*, disponível [on-line] in http://www.archives.gov/exhibits/charters/declaration_transcript.html [30-11-2013].

²³ Tradução livre: “Em todos os estágios dessas Opressões Nós Peticionamos por Reparação nos termos mais humildes: Nossas repetidas Petições foram respondidas apenas pela repetição das lesões. Um Príncipe, cujo caráter é assim marcado por todo ato que pode definir um Tirano, não tem condições de reinar sobre um povo livre”.

²⁴ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, *Constitution of the United States*, disponível [on-line] in http://www.archives.gov/exhibits/charters/constitution_transcript.html [30-11-2013].

²⁵ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, *Bill of Rights*, disponível [on-line] in http://www.archives.gov/exhibits/charters/bill_of_rights_transcript.html [30-11-2013].

²⁶ Tradução livre: “O Congresso não fará qualquer lei a respeito do estabelecimento de religião, ou proibindo o seu livre exercício, ou cerceando a liberdade de expressão, ou da imprensa, ou o direito de as pessoas se reunirem pacificamente, e de peticionar ao Governo para a reparação de injustiças”.

atividades tratem de outras liberdades também garantidas na Primeira Emenda²⁷.

2.2. Da legislação antitruste norte-americana

A outra premissa necessária para o desenvolvimento do presente capítulo é uma breve explanação sobre a legislação antitruste norte-americana. Para isso, deve-se entender o contexto histórico em que essa legislação surgiu. TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR expõe que o mercado oitocentista acreditava-se regulado pela pluralidade de seus agentes, “uma estrutura atomística e fluida”, e pela influência isolada e dominadora de uns sobre outros. Dessa forma, se o número de agentes se mantivesse alto – assim formando uma massa homogênea – a ação de um agente em face de outros não faria diferença alguma para o sistema²⁸.

Como se sabe, porém, a liberdade de atuação dos agentes econômicos levou a elevada concentração de poder e capital, de modo que as distorções causadas por essa concentração implicaram na regulamentação da concorrência – ainda que apenas no concernente à correção do sistema e manutenção do livre mercado²⁹. Em todo o caso, o *Sherman Act*, promulgado em 1890 nos EUA, é produto dessa época, e é considerado o marco legal do Direito da Concorrência, já que buscou reagir à concentração de poder econômico, disciplinando-a³⁰.

Não se pode dizer, contudo, que o *Sherman Act* constituiria uma reação ao liberalismo econômico em voga à época. Afinal, essa lei procurava meramente corrigir as distorções que o próprio sistema liberal produzia, tutelando-o contra seus efeitos autodestrutivos³¹. Não obstante, no entendimento de LUIZ OLAVO BAPTISTA, o *Sherman Act* implicou uma mudança de ótica e valores, pois se deixou de buscar a proteção do interesse das empresas, para procurar-se proteger o interesse da sociedade e do

²⁷ NEWTON, Adam, *Petition overview*, disponível [on-line] in <http://www.firstamendmentcenter.org/petition-overview> [30-11-2013].

²⁸ *Lei de Defesa da Concorrência, Origem Histórica e Base Constitucional*, in Arquivos do Ministério da Justiça, v. 45, n. 180, Brasília, jul./dez. 1992. p. 175-176.

²⁹ FORGIONI, Paula A., *Os Fundamentos do Antitruste*, 6ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013, p. 63.

³⁰ Ainda que o *Sherman Act* seja o melhor exemplo de lei antitruste no mundo, não foi a primeira lei de Direito da Concorrência da História, já que o Canadá adotou uma lei parecida em 1889 (cf. MOTTA, Massimo, *Competition Policy - Theory and Practice*, New York, Cambridge University, 2004, p. 3).

³¹ FORGIONI, Paula A., *Os Fundamentos do Antitruste*, 6ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013, p. 65-67.

consumidor³².

No esteio do *Sherman Act* foi criada a Divisão Antitruste do Departamento de Justiça dos EUA e foram promulgadas outras leis de defesa da concorrência como o *Clayton Act*, o *Federal Trade Commission Act* e o *Robson-Patman Act*³³.

As duas disposições mais importantes do *Sherman Act* podem ser consideradas as seguintes:

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

Section 2. Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a misdemeanor (...).”^{34,35}

Como se pode ver, o texto da lei não prevê, expressamente, que certas práticas restritivas da concorrência sejam consideradas lícitas se trouxerem benefícios para a sociedade; ao contrário, qualquer prática restritiva, pelo *Sherman Act*, deve ser considerada ilegal³⁶. Essa é a chamada regra *per se*.

No entanto, nota-se intuitivamente que a aplicação geral do sistema *per se* pode ser desastrosa para a economia de um país. Afinal, várias práticas empresariais implicam em alguma restrição ao comércio e à concorrência, ainda que, por exemplo, não eliminem concorrentes nem levem à monopolização do mercado pelo agente. A Suprema Corte aplicou essa forma restritiva e literal do *Sherman Act* até 1911, quando julgou o caso

³² *Origens do Direito da Concorrência*, in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 91, São Paulo, 1996, p. 9.

³³ HOVENKAMP, Herbert, *Federal Antitrust Policy - the law of competition and its practice*, 3ª ed., St. Paul, Minnesota, Thomson West, 2005, p. 50.

³⁴ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, *Sherman Act*, disponível [on-line] in <http://uscode.house.gov/browse/prelim@title15/chapter1&edition=prelim> [5-12-2013].

³⁵ Tradução livre: “Seção 1ª. Todo contrato, combinação sob a forma de truste ou qualquer outra, ou conspiração, na restrição do comércio ou comercialização entre os estados ou com nações estrangeiras, é considerado ilegal (...).

Seção 2ª. Toda pessoa que monopolizar ou tentar monopolizar, ou combinar ou conspirar, com qualquer outra pessoa ou pessoas, de monopolizar qualquer parte do comércio ou comercialização entre os estados ou com nações estrangeiras, será considerada culpada de um delito”.

³⁶ FORGIONI, Paula A., *Os Fundamentos do Antitruste*, 6ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013, p. 196.

Standard Oil Co. of New Jersey v. United States^{37,38}. Foi a partir desse precedente que surgiu oficialmente a chamada regra da razão (*rule of reason*), de acordo com a qual se passou a considerar que o *Sherman Act* veda apenas as práticas não razoáveis (*unreasonable*) de restrição à concorrência.

A diferença prática da aplicação da regra da razão em relação à regra *per se* se resume ao ponto segundo o qual na última basta à acusação, em geral, provar a existência da conduta para conseguir a condenação, enquanto que, na primeira, deve-se provar que a restrição à concorrência decorrente da prática não seria razoável.

A sistemática atual da regra da razão pode ser sintetizada dessa forma: (i) cabe à acusação provar que a conduta sob análise causou ou poderia causar efeitos deletérios à concorrência; (ii) em caso positivo, a defesa passa a ter o ônus de provar os eventuais efeitos pró-competitivos decorrentes da prática; (iii) caso a defesa tenha se desincumbido de provar tais efeitos, o ônus volta a recair sobre a acusação, que deve provar que a restrição analisada não é razoavelmente necessária para se atingir os efeitos pró-competitivos pretendidos, após o que (iv) o julgador deve fazer o balanço final dos efeitos pró e anticompetitivos, de maneira a finalmente condenar não a prática³⁹.

Todavia, faz-se importante ressaltar que ambas as regras interpretativas do *Sherman Act* permanecem utilizadas até hoje. Assim, enquanto certas práticas são julgadas sob o prisma da regra da razão, outras são analisadas sob a regra *per se*.

Tendo sido contextualizados o direito constitucional de petição norte-americano e a legislação antitruste daquele país⁴⁰, cumpre agora abordar um dos principais temas deste

³⁷ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Suprema Corte, 221 U.S. 1, *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States*, julgado em 15-5-1911, disponível [on-line] in <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/221/1/case.html> [6-12-2013].

³⁸ Reconheça-se, no entanto, que a aplicação da regra *per se* já vinha perdendo força à época, tendo havido, assim, uma evolução gradual da jurisprudência. Para maiores informações, confira-se FORGIONI, Paula A., *Os Fundamentos do Antitruste*, 6ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013, p. 196-198.

³⁹ GONÇALVES, Priscila Brólio, *Fixação e Sugestão de Preços de Revenda nos Contratos de Distribuição - análise dos aspectos concorrenciais*, São Paulo, Singular, 2002, p. 132.

⁴⁰ Não se irá discorrer, aqui, sobre as demais leis de direito da concorrência norte-americanas, por fugirem do escopo do presente trabalho. De qualquer forma, vale mencionar que, entre as inovações trazidas pelo *Clayton Act*, de 1914, pode-se citar o controle de estruturas, a proibição de algumas práticas como discriminação de preços e previsão de indenização por danos punitivos contra práticas anticoncorrenciais. O *Federal Trade Commission Act*, também de 1914, por sua vez, trata da criação da *Federal Trade Commission* (FTC). Por fim, o *Robson-Patman Act*, de 1936, o *Celler-Kefauver Act*, de 1950, e o *Hart-Scott-Rodino Act*,

trabalho, qual seja, os precedentes da Suprema Corte dos EUA que levaram à criação do instituto da *sham litigation*.

2.3. Evolução jurisprudencial do instituto da *sham litigation*

O controle de condutas anticoncorrenciais, nos EUA, é realizado pelo próprio Poder Judiciário. O processo pode consistir desde uma ação de perdas e danos de um particular contra uma empresa que violou as leis antitruste até uma ação criminal do Estado por conta de uma infração à concorrência – caso em que a acusação será realizada ou pela *Federal Trade Commission* (“FTC”) ou pela Divisão Antitruste do *Department of Justice*.

Dessa maneira, pode-se dizer que, naquele país, realiza-se um controle “difuso” das normas concorrenciais. Tendo em vista, ainda, o sistema de *Common Law* lá vigente, o julgamento dos casos de direito da concorrência servem de precedentes a casos posteriores, e a última palavra sobre a licitude de certas práticas recai sobre a Suprema Corte norte-americana. Uma dessas práticas é a objeto de estudo do presente trabalho, a *sham litigation*, uma exceção à imunidade antitruste prevista na doutrina Noerr-Pennington.

De fato, embora a imunidade antitruste do direito de petição seja extremamente ampla nos EUA, a *sham litigation* é uma exceção muito forte, que, no entender de HERBERT HOVENKAMP, estabelece ser inexistente o direito de petição se a própria petição for uma fraude – “*sham*” – ou seja, se a petição não tiver por objetivo conseguir do Estado uma resposta favorável, mas sim somente atrapalhar, intimidar ou suprimir um concorrente⁴¹. Vale salientar que essa exceção não foi construída imediatamente, mas foi resultado de uma lenta evolução na jurisprudência da Suprema Corte, como se verá a seguir⁴².

de 1976, alteraram alguns dispositivos do *Clayton Act* (MOTTA, Massimo, *Competition Policy - Theory and Practice*, New York, Cambridge University, 2004, p. 5-6).

⁴¹ *The Antitrust Enterprise - Principle and Execution*, Cambridge, Harvard University, 2008, p. 235.

⁴² ROBERT H. BORK pondera que, nos casos a seguir analisados, a Suprema Corte não conseguiu esclarecer completamente a aplicação da lei ao problema da *sham litigation*, embora tenha proferido decisões inteiramente corretas e proporcionado certos parâmetros para a análise da questão (*The Antitrust Paradox - a policy at war with itself*, New York, The Free Press, 1993, p. 349).

2.3.1. A doutrina Noerr-Pennington

A imunidade antitruste do direito de petição previsto na Primeira Emenda da Constituição norte-americana é garantida pela doutrina Noerr-Pennington, criada pela Suprema Corte na década de 1960. Em apertada síntese, de acordo com a referida doutrina, se petições dirigidas ao Estado – seja na forma de lobby, petições à Administração ou mesmo processos judiciais – causarem possíveis lesões à concorrência, elas estarão imunes de responsabilização por ilícito antitruste, em virtude dos direitos constitucionais de petição e de liberdade de expressão⁴³.

O fundamento principal dessa imunidade é o direito dos cidadãos de poder requerer ao Estado determinada regulação ou decisão, mesmo que essa regulação ou decisão tenha caráter anticompetitivo^{44,45}. Como aponta HERBERT HOVENKAMP, toda pessoa natural ou jurídica dos Estados Unidos tem o direito de peticionar aos órgãos do Estado – federal, estadual ou local, em seus três Poderes – por aquilo que deseje, mesmo que se trate de algo extremamente anticompetitivo, como monopólio legal, fixação de preços ou a remoção forçada de um concorrente do mercado⁴⁶.

Foram dois os casos julgados pela Suprema Corte que levaram à criação da doutrina Noerr-Pennington, quais sejam, *Eastern Railroad Presidents Conference v. Noerr Motor Freight, Inc.* e *United Mine Workers v. Pennington*, que serão analisados abaixo.

⁴³ Voto-Vista do Conselheiro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA (BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Averiguação Preliminar nº 08012.006076/2003-72, Representante: Acumuladores Moura S/A, Representadas: Enersystem do Brasil Ltda., Optus Indústria e Comércio Ltda., Newpower Sistemas de Energia Ltda., Nife Baterias Industriais Ltda. e Eaton Power Quality Indústria Ltda., julgado em 5-9-2007, disponível [on-line] in <http://www.cade.gov.br> [15-11-2013]).

⁴⁴ HOVENKAMP, Herbert, *The Antitrust Enterprise - Principle and Execution*, Cambridge, Harvard University, 2008, p. 234.

⁴⁵ E não há como negar a existência de fortes incentivos para que os agentes econômicos atuem dessa forma. Afinal, como expõe THOMAS D. MORGAN, as leis antitruste tornaram muito custosa e arriscada a manutenção de, por exemplo, um cartel para, privada e coletivamente, reduzir a oferta de um produto ou aumentar os preços; por outro lado, fazer com que o Estado ordene as empresas a reduzir a oferta ou aumentar os preços elimina completamente a contingência antitruste da equação (*Cases and materials on Modern Antitrust Law and its origins*, St. Paul, West Publishing, 1994, p. 219).

⁴⁶ *Federal Antitrust Policy - the law of competition and its practice*, 3ª ed., St. Paul, Minnesota, Thomson West, 2005, p. 694.

2.3.1.1. *Eastern Railroad Presidents Conference v. Noerr Motor Freight, Inc.*

O caso *Eastern Railroad Presidents Conference v. Noerr Motor Freight, Inc.*⁴⁷, julgado em 1961, originou-se em uma ação movida perante a Corte Distrital da Pensilvânia por um grupo de 41 empresas de transporte rodoviário contra um grupo de empresas de transporte ferroviário (*Eastern Railroad Presidents Conference*) e um escritório de relações públicas, no âmbito da qual se alegou que os réus conspiraram para restringir o comércio e monopolizar o mercado de fretes de longa distância, em violação aos parágrafos 1º e 2º do *Sherman Act*.

A tentativa de restrição ao comércio e de monopolização do mercado teria ocorrido quando as ferroviárias contrataram o escritório de relações públicas para coordenar uma campanha de publicidade contra os caminhoneiros, com o intuito de fomentar a adoção e a manutenção de leis (e práticas voltadas ao seu cumprimento) destrutivas aos caminhoneiros, além de criar uma atmosfera de antipatia aos caminhoneiros junto ao público geral, e prejudicar as relações entre os caminhoneiros e seus clientes⁴⁸. A campanha publicitária criada sob encomenda das empresas ferroviárias seria “corrupta e fraudulenta”, no entender dos caminhoneiros, na medida em que sua única motivação era prejudicá-los e eventualmente eliminá-los do mercado de transporte de longa distância.

A campanha conduzida pelo escritório de relações públicas teve sucesso ao persuadir o governador da Pensilvânia a vetar uma lei que teria permitido os caminhoneiros a carregar cargas mais pesadas nas rodovias do estado.

Os caminhoneiros pleitearam indenização – calculada com base nos lucros cessantes decorrentes do veto da lei da Pensilvânia e as despesas incorridas pela associação

⁴⁷ 365 U.S. 127, julgado em 20-2-1961, disponível [on-line] in <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/365/127/case.html> [15-11-2013]. Todas as informações dos parágrafos seguintes a respeito do caso foram extraídas do acórdão constante nesse sítio, a menos que outra fonte seja expressamente indicada.

⁴⁸ No acórdão da Suprema Corte, o relator, *Justice BLACK*, apresenta o contexto histórico que levou à intensa concorrência entre as empresas de transporte ferroviário e as de transporte rodoviário. Em síntese, as ferrovias sempre dependeram do lucro auferido no transporte de longa distância de carga pesada para sobreviver, e não tinham qualquer concorrência nesse mercado até a década de 1920, quando começou a crescer o fluxo de transporte de produtos por meio de caminhões. Os caminhoneiros vieram a aprender, contudo, que os maiores lucros eram obtidos no transporte de carga pesada por longas distâncias, de modo que passaram a concorrer com as empresas ferroviárias. No período que se seguiu à Segunda Guerra Mundial, as ferroviárias, e mesmo os caminhoneiros, passaram a ver essa concorrência como uma questão de vida ou morte para o seu método de transporte. O litígio *Eastern Railroad Presidents Conference v. Noerr Motor Freight, Inc.* representaria parte desse conflito.

de caminhoneiros para combater a campanha de publicidade negativa -, e a interrupção das práticas que lhes eram danosas.

Em sua defesa, as empresas ferroviárias admitiram o financiamento da campanha publicitária negativa aos caminhoneiros, mas alegaram que seu objetivo não era prejudicar os caminhoneiros, mas sim “to inform the public and the legislatures of the several states of the truth with regard to the enormous damage done to the roads by the operators of heavy and especially of overweight trucks, with regard to their repeated and deliberate violations of the law limiting the weight and speed of big trucks”⁴⁹.

A ação foi inicialmente julgada procedente, tendo sido a campanha publicitária considerada maliciosa – já que seu único objetivo era prejudicar os caminhoneiros enquanto concorrentes das ferrovias -, e fraudulenta – pois foi levada ao público por meio de terceiros, sem menções às empresas de transporte ferroviário. A Corte Distrital concluiu que restrições ao comércio e monopolizações decorrentes de leis válidas não poderiam ser consideradas violações antitruste sob o *Sherman Act*, mas mesmo assim condenou as ferroviárias ao pagamento de uma indenização substancial aos caminhoneiros, além de haver determinado a interrupção das práticas danosas. O Tribunal de Recursos (*Court of Appeals*) da Terceira Circunscrição manteve a sentença.

A Suprema Corte reverteu esse julgamento, sob os argumentos de que (i) não se poderia dizer que a mera tentativa de influenciar a aprovação ou o cumprimento de leis possa levar à violação do *Sherman Act*; e (ii) o *Sherman Act* não proíbe que duas ou mais pessoas se associem para tentar persuadir o Legislativo ou o Executivo a atuar de certa forma com relação a lei que possa produzir uma restrição de acesso ao mercado ou mesmo um monopólio.

Ademais, ponderou também a Suprema Corte que, em uma democracia representativa, o Legislativo e o Executivo agem no interesse das pessoas, e o próprio conceito de representatividade depende da possibilidade de as pessoas fazerem com que seus pleitos sejam conhecidos por seus representantes. Assim, aplicar o *Sherman Act* às

⁴⁹ Tradução livre: “informar o público e os legislativos de vários estados a respeito do enorme dano causado às rodovias pelos caminhões pesados e especialmente sobrecarregados, no que se refere às violações reiteradas e deliberadas das leis que limitam o peso e a velocidade dos grandes caminhões”.

situações em que pessoas estão meramente informando o governo sobre seus pleitos faria com que a lei não regulasse a atividade empresarial, mas sim a atividade política. E isso não faria sentido face à história legislativa daquela lei.

Argumentou ainda a Suprema Corte que a utilização do *Sherman Act* para a finalidade pretendida pelos caminhoneiros teria sérias implicações constitucionais decorrentes do direito constitucional de petição, cuja limitação, no caso, seria injustificada. Assim, tendo decidido que o *Sherman Act* não seria aplicável nem à tentativa de influenciar o Legislativo e o Executivo, nem à campanha de publicidade efetuada contra os caminhoneiros, a Suprema Corte julgou a ação improcedente.

Em síntese, o caso *Eastern Railroad Presidents Conference v. Noerr Motor Freight, Inc.* teve por conclusão que as empresas de transporte ferroviário não violaram o *Sherman Act* ao pleitear a aprovação de legislação que impusesse altos custos e outros obstáculos aos caminhoneiros, seus concorrentes^{50,51}. Mais do que isso, a Suprema Corte teve a oportunidade de indicar que uma empresa que apresenta informações enganosas ou mesmo falsas ao governo, de maneira a fazer com que o governo prejudique um concorrente detém imunidade antitruste tanto por (i) qualquer prejuízo que a resposta governamental possa causar; quanto por (ii) qualquer consequência decorrente do fato de o

⁵⁰ HOVENKAMP, Herbert, *The Antitrust Enterprise - Principle and Execution*, Cambridge, Harvard University, 2008, p. 234.

⁵¹ Interessante notar que, já em *Noerr*, a Suprema Corte chegou a ponderar – pode-se considerar que efetivamente criou – a exceção à imunidade antitruste do direito de petição que é o objeto de análise do presente trabalho, ao dizer que “there 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” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Suprema Corte, 365 U.S. 127, *Eastern R. Conference v. Noerr Motors*, julgado em 20-2-1961, disponível [on-line] in <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/365/127/case.html> [15-11-2013], p. 144. Tradução livre: “Podem ocorrer situações em que uma campanha publicitária ostensivamente direcionada a influenciar ação governamental constitua mero artifício para ocultar algo que nada mais é que uma tentativa de interferir diretamente nas relações negociais de um concorrente, situação na qual a aplicação do *Sherman Act* seria justificável”). No caso, porém, não se estaria diante de uma infração antitruste, porque as empresas de transporte ferroviário estavam fazendo um esforço genuíno para influenciar a legislação e práticas voltadas a assegurar o cumprimento das leis. Explicam JEFFREY SCHMIDT *et al.* que esse trecho levou à criação do teste para *sham* que focava na pergunta de se os esforços para influenciar a ação governamental eram “genuínos” (*The Noerr-Pennington Doctrine*, Chicago, ABA Publishing, 1993, p. 58). THOMAS D. MORGAN, por sua vez, lembra que a incerteza quanto à definição do que seria a “mere sham exception” somente começou a ser resolvida em *California Motor Transport Co. v. Trucking Unlimited*, explicada nos itens a seguir (*Cases and materials on Modern Antitrust Law and its origins*, St. Paul, West Publishing, 1994, p. 220).

público tomar conhecimento dessas informações falsas e deixar de negociar com esses concorrentes⁵².

2.3.1.2. *United Mine Workers v. Pennington*

O segundo precedente que deu origem à doutrina Noerr-Pennington, *United Mine Workers v. Pennington*⁵³, originou-se de uma ação movida por um sindicato, *United Mine Workers of America Welfare and Retirement Fund (UMW)*, requerendo a condenação de uma mina de carvão (*Phillips Brothers Coal Company*) ao pagamento de valores decorrentes de um acordo sobre salários de 1950, e de uma reconvenção da mina de carvão, que alegou que o sindicato teria conspirado junto a grandes operadores de carvão para restringir e monopolizar o comércio, em violação aos parágrafos 1º e 2º do *Sherman Act*, e com isso lhe causado danos.

Phillips alegou que a *UMW* e os grandes operadores teriam decidido eliminar as pequenas empresas do mercado de carvão ao (i) impor os termos do acordo de 1950, independentemente de sua possibilidade de pagamento por parte das minas de carvão; (ii) aumentar os pagamentos devidos ao fundo de pensão dos trabalhadores das minas; (iii) excluir os produtores de carvão não sindicalizados do mercado de produção e venda de carvão; (iv) recusar o arrendamento de minas de carvão a operadores não sindicalizados e recusar a comprar ou vender o carvão minerado por esses operadores; (v) obter da Secretaria do Trabalho o estabelecimento de um salário mínimo mais alto que de outras indústrias; e (vi) fomentar uma campanha de corte de preços de carvão para tirar as empresas menores do mercado⁵⁴.

O caso foi levado a júri, que considerou a *UMW* e os grandes operadores responsáveis pelos prejuízos sofridos por *Phillips*. O Tribunal de Recursos manteve o

⁵² HOVENKAMP, Herbert, *Federal Antitrust Policy - the law of competition and its practice*, 3ª ed., St. Paul, Minnesota, Thomson West, 2005, p. 696.

⁵³ 381 U.S. 657, julgado em 7-6-1965, disponível [on-line] in <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/381/657/case.html> [15-11-2013]. Todas as informações dos parágrafos seguintes a respeito do caso foram extraídas do acórdão constante nesse sítio, a menos que outra fonte seja expressamente indicada.

⁵⁴ O acórdão da Suprema Corte relatado pelo *Justice WHITE* esclarece o contexto pelo qual o sindicato se uniu aos grandes operadores de carvão. Basicamente, ao invés de se dedicar ao controle de horas trabalhadas pelos mineradores, o sindicato decidiu que seria mais vantajoso não se opor à mecanização das minas, de maneira que o aumento da produtividade financiasse o aumento dos salários dos mineradores e dos pagamentos ao seu fundo de pensão. Com isso, passou a auxiliar os grandes operadores, mecanizados, a excluir do mercado as pequenas empresas e aquelas não sindicalizadas.

veredito, argumentando que, pelo menos em relação aos fatos discutidos na ação, sindicatos não estão isentos de responsabilidade sob o *Sherman Act*.

A Suprema Corte manteve a maior parte da decisão recorrida, que julgou procedentes as alegações de *Phillips*. Afirmou, nesse sentido, que sindicatos não estão necessariamente isentos de responsabilização antitruste sob o *Sherman Act*, especialmente quando negociam com um grupo de empregadores e procuram impor certas condições sobre outros empregadores que não participaram da negociação anterior.

A discordância da Suprema Corte, que levou à determinação pela realização de novo júri, residiu na questão da influência efetuada pelo sindicato e pelos grandes operadores de carvão sobre a Secretaria do Trabalho. Afirmou a Suprema Corte que esforços conjuntos (entre sindicatos e empregadores, por exemplo) para influenciar servidores públicos não violam as leis antitruste, ainda que tenham por objetivo a eliminação da concorrência, razão pela qual o júri deveria ter sido instruído no sentido de que o *Sherman Act* não permite a indenização por prejuízos sofridos em decorrência de ações tomadas pela Secretaria do Trabalho⁵⁵.

Para chegar a essa conclusão, a Suprema Corte baseou-se principalmente no precedente anteriormente exposto, *Eastern Railroad Presidents Conference v. Noerr Motor Freight, Inc.*, e pôde esclarecer melhor a amplitude da imunidade antitruste que conferiu ao

⁵⁵ Vale mencionar que a decisão faz a ressalva que não se alegou no curso da ação que os servidores públicos envolvidos com a aprovação da regulação da Secretaria do Trabalho que teria alegadamente prejudicado *Phillips* teriam conspirado juntamente à UMW e os grandes operadores de carvão. Se houvesse tal acusação, e esta houvesse sido provada, muito provavelmente a Suprema Corte não teria determinado a realização de novo júri. De qualquer forma, HERBERT HOVENKAMP critica a decisão da Suprema Corte em *Pennington*, pois, em seu entender, o julgamento não levou em consideração o fato de que o Estado não agia somente como regulador do mercado, mas também como comprador de carvão. O maior problema do precedente, porém, teria residido na ressalva de que não se alegou que o agente público responsável pelas compras havia conspirado com *UMW*. Isso levou muitos litigantes que queriam excepcionar seu caso da imunidade antitruste a tentar, sem sucesso, demonstrar a ocorrência de conspiração do Estado com particulares (*Federal Antitrust Policy - the law of competition and its practice*, 3ª ed., St. Paul, Minnesota, Thomson West, 2005, p. 697). Ressalte-se que, a esse respeito, a Suprema Corte desenvolveu sólida jurisprudência no sentido de que, estando servidores públicos envolvidos com a prática, então se trata de uma infração antitruste. Confirma-se, a esse respeito, *Continental Ore Co. v. Union Carbide & Carbon Corp.* (370 U. S. 690, disponível [on-line] in <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/370/690/case.html> [15-11-2013]), em que se decidiu que conspirar com a autoridade responsável por emitir licenças pode constituir uma violação antitruste. Na jurisprudência do Tribunal de Recursos da Nona Circunscrição, pode-se mencionar *Hylton Harman, Trustee of the Coffeyville Loan and Investment Company, Inc. v. the Valley National Bank of Arizona et al.* (ESTADOS UNIDOS, 339 F.2d 564, julgado em 17-12-1964, disponível [on-line] in <http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/339/564/5192/> [15-11-2013]), em que o pagamento de propina a um agente público foi considerado uma violação do *Clayton Act*.

direito de petição naquele caso. Assim, restou expressamente afirmado no julgado que esforços conjuntos para influenciar servidores públicos (*public officials*) não violam as leis antitruste ainda que tenham por objetivo eliminar a concorrência, e que essa conduta não é ilegal, seja considerando-a em si mesma, seja como parte de um esquema maior que viole o *Sherman Act*.

2.3.1.3. Algumas ponderações

Esses dois casos, acima descritos, deram origem ao que se convencionou chamar de doutrina Noerr-Pennington. HERBERT HOVENKAMP aponta que a imunidade antitruste prevista por essa doutrina pode ser aplicada em duas situações: (i) em petições de particulares ao Estado, pleiteando determinada legislação, ainda que anticompetitiva⁵⁶, e (ii) em processos judiciais ou administrativos, em que se requer uma prestação jurisdicional ou administrativa anticompetitiva⁵⁷.

A *ratio* dessa imunidade pode ser sintetizada na questão de que o Direito da Concorrência deve se preocupar com o exercício privado e discricionário do poder de mercado, e não com o processo de tomada de decisões exercido pelo Estado (desde que considerado válido)^{58,59}.

⁵⁶ O autor ressalta que uma determinada regulação só recebe a imunidade antitruste após um tribunal decidir, ou pelo menos assumir, que a regulação é válida tanto sob a lei federal quanto estadual. Isso porque a regulação, válida, passaria a ser considerada mera interferência estatal no mercado. Ademais, corrigir defeitos no processo legislativo não seria tarefa do Direito da Concorrência, nem este seria a ferramenta correta para se fiscalizar o processo legislativo (HOVENKAMP, Herbert, *The Antitrust Enterprise - Principle and Execution*, Cambridge, Harvard University, 2008, p. 235).

⁵⁷ *The Antitrust Enterprise - Principle and Execution*, Cambridge, Harvard University, 2008, p. 235.

⁵⁸ HOVENKAMP, Herbert, *The Antitrust Enterprise - Principle and Execution*, Cambridge, Harvard University, 2008, p. 236.

⁵⁹ Embora o presente trabalho se concentre na construção jurisprudencial da *sham exception* à doutrina Noerr-Pennington, a imunidade antitruste por ela conferida ao direito de petição ainda é a regra geral. Confira-se, a esse respeito, a título meramente exemplificativo, *City of Columbia v. Omni Outdoor Advertising, Inc.*, em que se externalizou a diferença entre o uso do procedimento governamental para uma finalidade anticoncorrencial (o que configuraria ilícito antitruste) e o resultado anticoncorrencial decorrente do resultado desse procedimento, que, por sua vez, estaria garantido pelo direito constitucional de petição (499 U.S. 365, julgado em 1-4-1991, disponível [on-line] em <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/499/365/case.html> [15-11-2013]). Considera-se, aliás, que este caso, juntamente a *Allied Tube & Conduit Corp. v. Indian Head, Inc.* (descrito abaixo), ajudou a esclarecer no que consistia a exceção *sham* ao remover do conceito as tentativas de influenciar a ação governamental pelo uso de meios impróprios, confusão surgida após o julgamento de *California Motor Transport Co. v. Trucking Unlimited* (confira-se item a seguir) (SCHMIDT, Jeffrey, et al., *The Noerr-Pennington Doctrine*, Chicago, ABA Publishing, 1993, p. 62).

Vale notar, contudo, que ROBERT H. BORK pondera que, embora a doutrina Noerr-Pennington, em atenção à Primeira Emenda da Constituição norte-americana, garanta que os cidadãos tenham a mais ampla liberdade para apresentar seus pontos de vista, informações e desejos aos seus representantes, há também a contrapartida de o Estado poder punir aqueles que abusam desse direito⁶⁰. É justamente nesse contexto que cabe falar da exceção *sham* à referida doutrina Noerr-Pennington, cuja construção será apresentada a seguir.

2.3.2. A construção da exceção *sham* à doutrina Noerr-Pennington

A construção da exceção *sham* à doutrina Noerr-Pennington foi realizada paulatinamente. Os dois primeiros casos em que a Suprema Corte dos Estados Unidos estabeleceu que referida doutrina não deveria ser aplicada a petições dirigidas ao Estado para mascarar finalidade anticoncorrencial foram *Walker Process Equipment, Inc. v. Food Machinery & Chemical Corp.*, de 1965, e *California Motor Transport Co. v. Trucking Unlimited*, de 1972.

2.3.2.1. *Walker Process Equipment, Inc. v. Food Machinery & Chemical Corp.*

No caso sob análise⁶¹, *Walker Process Equipment, Inc.*, ao contestar uma ação movida por *Food Machinery & Chemical Corp.* por violação de patente, apresentou uma reconvenção alegando que a patente detida por *Food Machinery* era inválida. Após a fase instrutória⁶², *Food Machinery* desistiu de sua ação por violação de patente, afirmando que esta teria expirado, fazendo com que *Walker* emendasse sua reconvenção e acusasse *Food Machinery* de monopolizar ilegalmente o comércio ao manter sua patente de forma fraudulenta e de má-fé.

A patente teria sido obtida de forma fraudulenta devido ao fato de *Food Machinery* haver declarado, quando do registro da patente, que não tinha conhecimento nem

⁶⁰ *The Antitrust Paradox - a policy at war with itself*, New York, The Free Press, 1993, p. 355.

⁶¹ 382 U.S. 172, julgado em 6-12-1965, disponível [on-line] in <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/382/172/case.html> [15-11-2013]. Todas as informações dos parágrafos seguintes a respeito do caso foram extraídas do acórdão constante nesse sítio, a menos que outra fonte seja expressamente indicada.

⁶² Traduziu-se *discovery* por “fase instrutória”, embora não haja identidade real entre as fases do processo norte-americano e brasileiro. Nessa fase do *discovery*, que se dá antes do julgamento, as partes requerem ao juiz autorização para verificar as provas que serão apresentadas pela outra parte.

acreditava que sua invenção se encontrava em utilização nos Estados Unidos por mais de um ano antes do pedido de registro da patente, embora a própria *Food Machinery* já utilizasse a invenção antes desse período de um ano. Com isso, conforme as alegações de *Walker*, essa empresa teria sido prejudicada ao não poder fazer uso da inovação sobre a qual não deveria, na realidade, haver qualquer patente. Tais fatos chegaram à Suprema Corte já com presunção de veracidade.

O governo dos EUA chegou a ingressar na ação como *amicus curiae*, alegando, assim como *Walker*, que se *Food Machinery* obteve sua patente por fraude, e depois usou sua patente para excluir *Walker* do mercado por meio de “ameaças de processo”, de modo que essa prática configuraria violação da Seção 2ª do *Sherman Act*.

Entre seus argumentos de defesa, *Food Machinery* alegou que o monopólio decorrente de patente não poderia ser relacionado à monopolização proibida pelo *Sherman Act*, mesmo porque apenas o governo dos EUA poderia anular uma patente.

Como o objetivo de *Walker* era a indenização e não a anulação da patente, a Suprema Corte ultrapassou esse argumento e considerou que, como *Food Machinery* obteve sua patente por fraude, ela não poderia receber o benefício da exceção limitada às proibições previstas na Seção 2ª do *Sherman Act*, e deveria indenizar os prejudicados por qualquer ação de violação de uma patente que se mostrou fraudulenta, com fundamento no *Sherman Act* e no parágrafo 4º do *Clayton Act*^{63,64}.

É interessante, ainda, notar que a Suprema Corte, em nenhum trecho do acórdão, menciona a eventual aplicabilidade da doutrina Noerr-Pennington, embora implicitamente possa se considerar que houve o reconhecimento de que certas ações judiciais não

⁶³ É interessante ressaltar que o acórdão da Suprema Corte não julgou o mérito do caso. Ao contrário, após decidir que a ação por violação de uma patente fraudulenta poderia configurar uma violação ao *Sherman Act*, remeteu o caso às instâncias inferiores para que *Walker* esclarecesse as violações alegadamente cometidas por *Food Machinery* ao *Sherman Act*, e provar que sofreu danos com a conduta de *Food Machinery*.

⁶⁴ HERBERT HOVENKAMP pondera, a respeito de *Walker*, que seria errôneo o entendimento de certas cortes norte-americanas de que esse precedente entraria em conflito com direitos de propriedade intelectual. Isso porque a chamada imunidade antitruste das patentes inexistiu, já que o detentor dos direitos de propriedade intelectual vai à Justiça contra a violação de tais direitos por terceiros da mesma forma e com o mesmo fundamento que faria contra a violação de qualquer direito de propriedade. Conclui o autor que *Walker* não criou qualquer conflito com direitos de propriedade intelectual, simplesmente porque inexistiam os direitos de propriedade intelectual em discussão naquela ação (*The Antitrust Enterprise - Principle and Execution*, Cambridge, Harvard University, 2008, p. 269).

merecem se beneficiar da imunidade antitruste⁶⁵. Lembra ROBERT H. BORK, sobre o tema, que o significado (sob o ponto de vista antitruste) da fraude, neste caso, limitou-se à demonstração de que *Food Machinery* litigava com má-fé, mas que isso consistiu importante precedente no sentido de que mover uma ação com conhecimento de que não há fundamentos para tanto poderia representar uma violação à Seção 2ª do *Sherman Act*⁶⁶.

De qualquer forma, faz-se necessário ressaltar, também, que este caso deu origem a uma doutrina própria, chamada Walker Process, que, embora mantenha certo paralelo com a *sham litigation*, trata especificamente do reconhecimento de que constitui violação à Seção 2ª do *Sherman Act* a prática de empresa que obteve direito de propriedade industrial por meio de fraude ou outra ilicitude, e que tenta excluir concorrentes por meio de ações de violação dessa patente ilegalmente obtida.

2.3.2.2. *California Motor Transport Co. v. Trucking Unlimited*

Foi em *California Motor Transport Co. v. Trucking Unlimited*⁶⁷ que a Suprema Corte finalmente analisou, em um mesmo caso, as petições ao Judiciário como artifício anticoncorrencial (*sham*) e a imunidade antitruste prevista na doutrina Noerr-Pennington⁶⁸.

Neste caso, ambas as empresas envolvidas (*California Motor Transport Co.* e *Trucking Unlimited*) eram concorrentes no mercado de transporte rodoviário. *Trucking* moveu ação de indenização contra *California*, alegando que esta teria conspirado para monopolizar o transporte de mercadorias no estado da Califórnia e outros estados, por meio da eliminação e enfraquecimento dos seus concorrentes, ao ingressar em procedimentos estatais e federais com o objetivo de dificultar e mesmo impedir os pedidos de aquisição, transferência ou registro de direitos de operação em autoestradas. *California* teria ainda dissuadido *Trucking* de acessar livre e ilimitadamente as agências e os tribunais.

⁶⁵ HOVENKAMP, Herbert, *Federal Antitrust Policy - the law of competition and its practice*, 3ª ed., St. Paul, Minnesota, Thomson West, 2005, p. 700.

⁶⁶ *The Antitrust Paradox - a policy at war with itself*, New York, The Free Press, 1993, p. 353.

⁶⁷ 404 U.S. 508, julgado em 13-1-1972, disponível [on-line] in <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/404/508/case.html> [15-11-2013]. Todas as informações dos parágrafos seguintes a respeito do caso foram extraídas do acórdão constante nesse sítio, a menos que outra fonte seja expressamente indicada.

⁶⁸ HOVENKAMP, Herbert, *Federal Antitrust Policy - the law of competition and its practice*, 3ª ed., St. Paul, Minnesota, Thomson West, 2005, p. 700.

A conduta de *California* consistia em financiar, realizar e divulgar um programa consistente, sistemático e ininterrupto de oposição – com ou sem motivo, e independente do mérito – a todo pedido de licença para operação, registro ou transferência de licença para transporte em autoestradas formulado por concorrentes perante a agência governamental responsável e tribunais. Para isso, ingressava como opositor em todos os procedimentos instaurados para concessão de licenças, além de divulgar e tornar conhecido seu programa de oposição aos seus concorrentes.

Trucking concluiu que a prática de *California* resultou no efetivo fechamento da máquina estatal para si, além de haver transformado *California* no verdadeiro regulador dos direitos, transferências e registros, de forma a esvaziar e diminuir o valor do negócio de seus concorrentes e aumentar seu poder econômico e monopolístico.

A Corte Distrital extinguiu a ação, mas o Tribunal de Recursos reverteu o julgamento e determinou a devolução do caso para a Corte Distrital, o que levou *California* a recorrer à Suprema Corte, sustentando que sua atuação perante as agências e tribunais era imune, em razão da doutrina Noerr-Pennington.

A Suprema Corte, analisando o caso, aplicou, pela primeira vez, a doutrina Noerr-Pennington à atuação perante o Poder Judiciário⁶⁹, e ponderou que, por mais que qualquer transportadora tenha o direito de peticionar às agências administrativas e tribunais para negar os pedidos de concorrentes por licenças para transporte em autoestradas, o direito de petição garantido pela Primeira Emenda não está imune de limitação quando é utilizado como parte integral de uma conduta violadora das leis antitruste.

Em direta remissão ao quanto decidido em *United Mine Workers v. Pennington*, a Suprema Corte argumentou que, ao contrário do ocorrido naquele precedente, não se alegava que teria havido tentativa de influenciar servidores públicos, mas sim que (i) *California* impedia os concorrentes de efetivo acesso às autoridades e (ii) usurpava esse

⁶⁹ Nesse sentido, vale fazer alusão ao seguinte trecho do acórdão: “A mesma filosofia rege o acesso de cidadãos ou grupos de cidadãos a agências administrativas (que são tanto criaturas do legislativo, quanto braços do executivo) e às cortes, o terceiro ramo do Governo”. No original: “The same philosophy governs the approach of citizens or groups of them to administrative agencies (which are both creatures of the legislature, and arms of the executive) and to courts, the third branch of Government” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Suprema Corte, 404 U.S. 508, *California Motor Transp. Co. v. Trucking Unlimited*, julgado em 13-1-1972, disponível [on-line] in <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/404/508/case.html> [15-11-2013], p. 510).

processo decisório das autoridades, peticionando em procedimentos e ações, independentemente dos méritos dos casos. Com isso, *California* teria desencorajado e até mesmo impedido *Trucking* de fazer uso dos processos das agências administrativas e dos tribunais, o que tornaria a doutrina Noerr-Pennington inaplicável ao caso.

Analizando o caso em termos teóricos, a Suprema Corte considerou que, uma vez que restasse comprovado que *California* ameaçou e impediu *Trucking*, de forma maciça e concertada, de “livre e ilimitadamente acessar” as agências e tribunais, estaria demonstrada a violação às leis antitruste, e indiferente que os meios utilizados nessa violação sejam legais. Aduziu, ainda, que

“One claim, which a court or agency may think baseless, may go unnoticed; but a pattern of baseless, repetitive claims may emerge which leads the factfinder to conclude that the administrative and judicial processes have been abused.”⁷⁰

A Suprema Corte também anotou que (i) qualquer transportador tem o direito de acessar agências e tribunais, desde que dentro dos limites procedimentais, para se opor à aprovação dos pedidos de seus concorrentes por licenças para transporte de carga em autoestradas; mas (ii) seu objetivo de eliminar um concorrente ao lhe negar acesso livre e significativo às agências e tribunais pode estar implícito naquela oposição.

Concluindo que os direitos de petição previstos na Primeira Emenda à Constituição não podem ser usados como meio ou pretexto para alcançar “males substanciais (“*substantive evils*”), a Suprema Corte determinou que o processo fosse remetido à Corte Distrital, para que *Trucking* pudesse ter a oportunidade de demonstrar as violações antitruste supostamente cometidas por *California*.

Este caso, no entanto, gerou certa confusão nos tribunais norte-americanos. Isso porque a Suprema Corte mencionou certas condutas – como alegações falsas, ações judiciais sem fundamento, propinas a funcionários públicos etc. -, como exemplos de práticas que poderiam corromper os procedimentos administrativos ou judiciais e

⁷⁰ Tradução livre: “uma demanda, que um tribunal ou agência entenda sem fundamento, pode passar despercebida; mas de um padrão de demandas repetidas, sem fundamento, pode surgir aquilo que leva o intérprete a concluir que o processo judicial ou administrativo tenha sido objeto de abuso” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Suprema Corte, 404 U.S. 508, *California Motor Transp. Co. v. Trucking Unlimited*, julgado em 13-1-1972, disponível [on-line] in <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/404/508/case.html> [15-11-2013], p. 513).

simultaneamente resultar em infração antitruste. Essa exemplificação levou alguns tribunais a confundir *sham litigation* com tentativas genuínas de influenciar a ação governamental pelo uso de meios impróprios⁷¹. Além disso, tais exemplos variados de condutas que poderiam ser consideradas *sham* fizeram com que os tribunais passassem vinte e cinco anos discutindo os limites da definição de *sham litigation*⁷².

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

Outro caso em que se pôde temperar até que ponto se poderia conceder a imunidade antitruste ao direito de petição (e que também serviu de base para o precedente paradigma para o estudo objeto deste trabalho, *Professional Real Estate Investors, Inc. v. Columbia Pictures, Inc.*, que será analisado abaixo) foi *Otter Tail Power Co. v. United States*⁷³.

Otter Tail transmitia e distribuía energia elétrica para 465 cidades dos estados de Minnesota, Dakota do Norte e Dakota do Sul, e operava sob contratos com prazo de dez a vinte anos. Cada cidade em que *Otter Tail* distribuía eletricidade geralmente só podia acomodar um sistema de distribuição, fazendo com que cada uma delas se tornasse um monopólio natural para as empresas de distribuição e venda de energia elétrica. As cidades atendidas por *Otter Tail* eram os mercados geográficos em que a empresa atuava.

Nessas cidades, *Otter Tail* concorria com o eventual sistema municipal (existente ou potencial). Eram poucos os sistemas municipais ativos, e os potenciais, planejados pelos municípios, tinham grandes obstáculos para poderem ser colocados em atividade, já que precisavam adquirir eletricidade “no atacado”. Para fazê-lo, era necessário ter acesso a linhas de transmissão, e as únicas disponíveis pertenciam à *Otter Tail*.

Os eventos discutidos na ação civil antitruste (*civil antitrust suit*) ocorreram basicamente em quatro cidades: Elbow Lake (Minnesota), Hankinson (Dakota do Norte), Colman (Dakota do Sul), e Aurora (Dakota do Sul). Quando o contrato mantido entre *Otter*

⁷¹ SCHMIDT, Jeffrey, *et al.*, *The Noerr-Pennington Doctrine*, Chicago, ABA Publishing, 1993, p. 59.

⁷² HOVENKAMP, Herbert, *Federal Antitrust Policy - the law of competition and its practice*, 3ª ed., St. Paul, Minnesota, Thomson West, 2005, p. 701. No entender do autor, a suposta resolução do problema somente se daria em *Professional Real Estate Investors, Inc., v. Columbia Pictures, Inc.* (analisado abaixo).

⁷³ 410 U.S. 366, julgado em 22-2-1973, disponível [on-line] in <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/410/366/case.html> [15-11-2013]. Todas as informações dos parágrafos seguintes a respeito do caso foram extraídas do acórdão constante nesse sítio, a menos que outra fonte seja expressamente indicada.

Tail e essas cidades expirou, os cidadãos votaram pelo estabelecimento de um sistema municipal de distribuição de eletricidade. *Otter Tail*, então, recusou-se a vender energia no atacado para os novos sistemas, e também a transmitir a energia de outros fornecedores.

Colman e Aurora tinham acesso a outras transmissoras de eletricidade. Contra elas, *Otter Tail* utilizou ações judiciais como arma. Quanto a Elbow Lake e Hankinson, *Otter Tail* simplesmente se recusou a negociar, embora pudesse fazê-lo. Elbow Lake, cortada de todas as fontes de energia do atacado, instalou sua própria usina geradora de eletricidade. Tanto Elbow Lake quanto Hankinson tiveram acesso a várias ofertas de geradoras de energia, que forneceriam eletricidade para essas cidades se *Otter Tail* a transmitisse. Mas *Otter Tail* se recusou, fundamentando-se em disposições contratuais que barravam o uso de suas linhas de transmissão. Hankinson procurou compelir administrativamente *Otter Tail* a transmitir a energia, mas enquanto seu pedido ainda se encontrava em tramitação, o conselho municipal (*town council*) votou pela renovação do contrato com *Otter Tail*.

Além disso, *Otter Tail* moveu ou apoiou ações judiciais contra quatro municípios em sua área de serviço, que tiveram por consequência impedir ou atrasar os esforços para estabelecer sistemas municipais de distribuição⁷⁴.

Nessa ação civil antitruste, movida pelo Departamento de Justiça dos Estados Unidos, *Otter Tail* foi considerada, pela Corte Distrital, responsável pela violação à Seção 2ª do *Sherman Act*, ao tentar impedir comunidades de estabelecer seus próprios sistemas de energia elétrica quando expirado o prazo do contrato que mantinham com a empresa, por meio da recusa de venda de energia para os sistemas municipais ou de transferência da energia de outras fontes para os sistemas municipais.

A Corte Distrital também considerou *Otter Tail* responsável por, direta ou indiretamente, mover, apoiar ou se envolver em ações judiciais contra municípios e seus representantes que votaram pelo estabelecimento do sistema elétrico municipal, com o

⁷⁴ ROBERT H. BORK esclarece que tais ações judiciais movidas por *Otter Tail* tinham por objeto barrar a venda de títulos da receita do município, já que os valores obtidos com essas vendas seriam usados para instalar os sistemas municipais. A existência de tais ações impediu a venda desses títulos, pois o sucesso dessas vendas dependia da inexistência de litígios. O autor também menciona o fato de que todas as ações foram julgadas improcedentes em seu mérito, exceto uma, em que se considerou *Otter Tail* parte ilegítima para propor tal ação (*The Antitrust Paradox - a policy at war with itself*, New York, The Free Press, 1993, p. 355).

objetivo de evitar, atrasar, impedir ou interferir no fornecimento de energia por outras empresas de energia ou no estabelecimento de um sistema elétrico pelo município. A Corte Distrital chegou à conclusão de que a atuação da *Otter Tail*, e os consequentes impacto orçamentário e atraso na instalação do sistema municipal de distribuição diminuíram o entusiasmo local pelo sistema público.

A Suprema Corte remeteu os autos à Corte Distrital para que esta determinasse se as ações judiciais movidas por *Otter Tail* com o intuito de manter sua posição monopolística poderiam ser consideradas *sham*, de maneira a que pudessem perder sua proteção constitucional – na mesma linha de *California Motor Transport Co. v. Trucking Unlimited*, caso julgado pela Suprema Corte após a decisão da Corte Distrital sobre *Otter Tail*.

A conclusão da Suprema Corte foi que a doutrina Noerr-Pennington também se aplicaria ao uso de processos judiciais ou administrativos em que o propósito de suprimir a concorrência é evidenciado pelo ajuizamento de ações repetitivas com pleitos sem fundamento, assim justificando a *sham exception*. ROBERT H. BORK aponta que a inovação desse precedente reside no fato de que não houve necessidade de se perquirir se os municípios foram ou não desencorajados de recorrer ao Judiciário, tendo bastado a prova de que as ações foram ajuizadas “principalmente” para atrasar ou impedir a concorrência⁷⁵.

2.3.4. *Allied Tube & Conduit Corp. v. Indian Head, Inc.*

A questão da amplitude da doutrina Noerr-Pennington foi aprofundada em *Allied Tube & Conduit Corp. v. Indian Head, Inc.*⁷⁶, de 1988, no qual a Suprema Corte decidiu que a imunidade antitruste prevista na doutrina Noerr-Pennington não se aplicava a certas situações, embora o caso em si pudesse não configurar a *sham litigation* objeto de estudo neste trabalho.

Indian Head desenvolveu um conduíte de plástico para instalação de fiação elétrica e o submeteu à aprovação da Associação Nacional de Proteção contra Incêndios (NFPA –

⁷⁵ *The Antitrust Paradox - a policy at war with itself*, New York, The Free Press, 1993, p. 355.

⁷⁶ 486 U. S. 492, julgado em 13-6-1988, disponível [on-line] in <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/486/492/case.html> [15-11-2013]. Todas as informações dos parágrafos seguintes a respeito do caso foram extraídas do acórdão constante nesse sítio, a menos que outra fonte seja expressamente indicada.

National Fire Protection Association), uma organização privada que reúne indústrias, trabalhadores, professores, seguradores, médicos, bombeiros e governo e que estabelece e divulga os padrões e regulamentos relacionados à proteção contra incêndios. O Código Elétrico Nacional da NFPA permitia, à época, apenas o uso de conduíte de aço.

Os padrões estabelecidos pela NFPA eram amplamente aceitos e rotineiramente adotados como lei por diversos governos estaduais e locais. Além disso, laboratórios de certificação privados normalmente não listavam nem aceitavam produtos que não atendiam às especificações do Código, muitas seguradoras se recusavam a segurar estruturas que não tenham sido construídas em conformidade com o Código, e muitos inspetores, eletricitas, construtores e distribuidores não utilizavam produtos não aprovados pelo Código.

A proposta de aprovação do conduíte de plástico formulada por *Indian Head* foi aprovada por um dos grupos profissionais da NFPA, e seria incluída no Código Elétrico Nacional pela simples aprovação, por maioria, dos membros que comparecessem à reunião anual da NFPA de 1980.

Antes da reunião anual, porém, o maior produtor de conduíte de aço dos Estados Unidos (*Allied Tube*), membros da indústria siderúrgica, outros produtores de conduíte de aço e representantes de vendas independentes concordaram em excluir o conduíte de plástico do Código Elétrico Nacional de 1981. Esse estratagema se concretizou por meio do comparecimento maciço de representantes à reunião anual, com o único objetivo de votar contra o pedido de *Indian Head*. *Allied Tube* e seus associados pagaram mais de US\$ 100.000,00 para inscrever 230 pessoas como membros da NFPA e custear suas despesas para comparecimento à reunião anual.

Como o pedido de *Indian Head* acabou sendo rejeitado na reunião anual da NFPA de 1980 por 394 a 390 votos, esta recorreu ao Conselho de Diretores da NFPA, que negou o recurso sob o argumento de que, embora as regras da associação tenham sido contornadas, elas não foram violadas.

Indian Head, sem outra alternativa, ajuizou uma ação na Corte Distrital Federal contra *Allied Tube* e outros, alegando que estes restringiram ilegalmente o mercado de conduítes elétricos, em violação Seção 1ª do *Sherman Act*. Embora o júri tenha

considerado *Allied Tube* responsável, a Corte Distrital decidiu que a imunidade antitruste prevista na doutrina Noerr-Pennington aplicava-se ao caso, já que a NFPA seria “semelhante a uma legislatura”. O Tribunal de Recursos reverteu o julgamento, e a Suprema Corte manteve esse entendimento.

No acórdão relatado pelo *Justice BRENNAN*, a Suprema Corte teve a oportunidade de examinar melhor a amplitude da doutrina Noerr-Pennington, aduzindo que o escopo da doutrina depende da fonte, do contexto, e da natureza da restrição anticompetitiva sob análise, de maneira que, se o efeito anticompetitivo é resultado de ação governamental válida (e não ação privada), então os requerentes da ação governamental possuiriam imunidade absoluta em relação à eventual responsabilidade antitruste.

No caso específico sob análise, a Suprema Corte excluiu a aplicação da doutrina Noerr-Pennington pura e simplesmente devido ao fato de que, embora os padrões e regulamentações da NFPA fossem adotados como lei por governos estaduais e locais, detendo uma natureza “quase-legislativa”, a NFPA era uma associação privada sem autoridade oficial, que incluía membros horizontal e verticalmente relacionados entre si, e que por isso possuíam incentivos econômicos para restringir a concorrência.

Mencionou-se no julgado que a imunidade antitruste não poderia ser aplicada a *Allied Tube* também sob o argumento de que a exclusão do conduíte de plástico do Código Elétrico Nacional e o efeito dessa exclusão tiveram impacto próprio no mercado, e foram incidentais no esforço válido de influenciar a ação governamental. Contudo, a Suprema Corte também considerou que, tendo em vista a grande influência do Código perante as autoridades públicas, os esforços para influenciar a regulamentação da NFPA podem ter sido, discutivelmente, a maneira mais efetiva de influenciar a legislação relativa a conduítes elétricos. Ademais, como também consta no acórdão, embora a doutrina Noerr-Pennington não limite sua aplicação à petição “direta” ao governo, tampouco imuniza toda e qualquer ação concertada que genuinamente vise influenciar ação governamental. Por essa razão, não haveria qualquer mérito no argumento segundo o qual, independentemente do caráter privado (“*nonlegislative status*”) da NFPA, *Allied Tube* deveria ter as mesmas garantias concedidas ao lobby legislativo ou esforços para influenciar o processo legislativo na arena política.

A Suprema Corte ainda observou que, diferentemente do caso *Eastern Railroad Presidents Conference v. Noerr Motor Freight, Inc.*, em que a campanha publicitária visava influenciar a produção legislativa, *Allied Tube* não atuou na arena política, mas sim dentro dos limites de um processo privado de definição de padrões⁷⁷.

Mesmo tendo considerado a imunidade antitruste inaplicável ao caso, a Suprema Corte entendeu por bem realizar certas considerações sobre a alegação de *Allied Tube* no sentido de que a doutrina Noerr-Pennington imunizaria todos os esforços concertados genuinamente voltados a influenciar ações governamentais. Sua conclusão foi no sentido de que a concessão da imunidade para a atividade voltada para influenciar o governo depende não só do seu impacto, mas também do seu contexto e natureza.

Ao discorrer sobre a questão, a Suprema Corte apresentou os primeiros fundamentos para o reconhecimento da *sham litigation*, ao procurar diferenciar certas práticas voltadas a influenciar atividades governamentais. Nesse sentido, afirmou que a atuação enganosa perante um tribunal não necessariamente deveria receber a mesma imunidade antitruste que a atuação enganosa na arena política, simplesmente porque as chances de o tribunal decidir com base nos artifícios criados pela parte são substancialmente maiores que as informações enganosas prestadas perante uma audiência legislativa têm de gerar determinada lei.

Justice WHITE discordou do entendimento esposado pela maioria, tendo duramente criticado a vagueza terminológica do “contexto e natureza” necessários para se analisar se determinada prática voltada a influenciar uma autoridade pública pode ou não receber imunidade antitruste. Em seu entender, associações como NFPA, cujo Código Elétrico Nacional era aceito, sem alteração alguma, por dezenas de estados, seria equivalente a um órgão legislativo, e considerar a conduta de *Allied Tube* não imune prestaria um desserviço às centenas de associações particulares que produzem códigos e regulamentos acolhidos pelo Legislativo.

⁷⁷ A Suprema Corte chega a salientar que uma associação como a NFPA não poderia validar as atividades anticompetitivas de seus membros ao simplesmente adotar regras que falham em prevenir tais práticas, mas reconhece que não havia como, no caso, aplicar qualquer exceção à imunidade antitruste da doutrina Noerr-Pennington.

Ademais, em seu entender, práticas como a de *Allied Tube* seriam reconhecidamente abusivas, mas bastante raras, e a doutrina Noerr-Pennington não seria absoluta, uma vez que não se aplica quando os esforços para influenciar a legislação não são nada mais que mero artifício (*sham*). Essa limitação seria suficiente, em sua opinião, para permitir a punição a abusos flagrantes no exercício do direito de petição⁷⁸.

A partir dos comentários da Suprema Corte nos casos *Noerr, California* e *Allied Tube*, as instâncias inferiores passaram a focar no órgão em que o peticionamento ocorreu para determinar a relevância concorrencial de declarações falsas. Assim, declarações enganosas destinadas a influenciar o Poder Legislativo tendiam a se qualificar para a imunidade antitruste, ao contrário daquelas destinadas a afetar situações de caráter contencioso (*adjudicatory functions*). Nesse último caso, alguns tribunais requeriam que a falsidade fosse demonstrada antes de aplicar a *sham exception*⁷⁹.

2.3.5. *Professional Real Estate Investors, Inc. v. Columbia Pictures, Inc.* - a criação do Teste PRE

Apenas em 1993, contudo, é que a Suprema Corte estabeleceu os critérios objetivos para a caracterização da *sham litigation* e, conseqüentemente, para a não aplicação da doutrina Noerr-Pennington. No caso *Professional Real Estate Investors, Inc. v. Columbia*

⁷⁸ A questão da amplitude da imunidade antitruste conferida pela doutrina Noerr-Pennington também foi discutida em *Federal Trade Commission v. Superior Court Trial Lawyers Association* (493 U.S. 411, julgado em 22-1-1990, disponível [on-line] in <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/493/411/case.html> [15-11-2013]), embora o foco de análise da Suprema Corte tenha sido a possibilidade de se considerar um boicote ilegal *per se*. No referido caso, um grupo de advogados que regularmente atuavam como defensores de réus indigentes sob indicação do tribunal do Distrito de Columbia decidiu realizar um boicote a essas atividades, de maneira a forçar o governo a aumentar a remuneração por tais serviços. A *Federal Trade Commission* moveu uma ação contra esse grupo de advogados, que, no seu entender, conspirou para fixar preços e realizar um boicote, ambos métodos injustos de concorrência. A alegação dos advogados, acolhida pelo Tribunal de Recursos, era que o boicote foi um meio de conseguir uma resposta política ao pleito pelo aumento na remuneração, e por isso possuía imunidade antitruste. A Suprema Corte reformou esse entendimento, argumentando que a imunidade antitruste prevista na doutrina Noerr-Pennington relacionava-se às tentativas de influenciar a produção legislativa, o que não se verificava no caso, pois o boicote tinha o objetivo declarado de forçar o governo a concordar com seus termos. HERBERT HOVENKAMP aponta que, neste caso, o mesmo boicote realizado contra entes privados seria considerado ilegal *per se*, e que, ao estender tal tratamento ao Estado, a Suprema Corte esclareceu que a doutrina Noerr-Pennington não se aplicaria quando o governo atuasse como participante em um mercado privado, e a violação antitruste resulta de uma restrição de iniciativa privada que interfere no processo normal de barganha competitiva (*Federal Antitrust Policy - the law of competition and its practice*, 3ª ed., St. Paul, Minnesota, Thomson West, 2005, p. 698).

⁷⁹ AMERICAN BAR ASSOCIATION, *Antitrust Law Developments*, 6ª ed., Chicago, ABA Publishing, 2007, p. 1293-1294.

*Pictures Industries, Inc. et al.*⁸⁰, decidiu-se que, para que a demanda judicial ou administrativa fosse caracterizada como um artifício fraudulento (*sham*), ela deveria (i) ser objetivamente sem fundamento, de maneira a que nenhum litigante razoável pudesse esperar a procedência da ação; e (ii) esconder a intenção de interferir diretamente na atividade de um concorrente, utilizando o processo governamental como arma anticompetitiva⁸¹.

Para chegar a essa conclusão, vale descrever sinteticamente o caso. *Professional Real Estate Investors, Inc. (PRE)* atuava no mercado de hotéis e alugava videodiscos para os hóspedes cujos quartos possuíam *players* de videodiscos, tendo passado a tentar vender esses *players* para outros hotéis. Os grandes estúdios de cinema (conjuntamente definidos aqui como *Columbia*), que detinham os direitos autorais dos filmes gravados nos videodiscos e licenciavam esses filmes para quartos de hotel por meio de um sistema de transmissão de dados a cabo, processou *PRE* por violação de direitos autorais.

PRE apresentou reconvenção, alegando que a ação por violação de direitos autorais movida por *Columbia* era mero artifício (*sham*) para camuflar atos de monopolização e conspiração para restringir o comércio, em violação às Seções 1ª e 2ª do *Sherman Act*. Tanto a ação de *Columbia* quanto a reconvenção de *PRE* foram sumariamente julgadas improcedentes.

A Corte Distrital entendeu que *Columbia* tinha indícios (*probable cause*) de que houve violação de direitos autorais, de modo que, com isso, a ação por ela movida não poderia ser considerada *sham*, fazendo jus à imunidade antitruste. Notando que o único argumento de *PRE* era que a ação movida por *Columbia* tratava-se de *sham* porque esta não poderia acreditar honestamente que sua ação tinha mérito, a Corte Distrital aduziu que

⁸⁰ 508 U.S. 49 julgado em 3-5-1993, disponível [on-line] in <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/508/49/case.html> [15-11-2013]]. Todas as informações dos parágrafos seguintes a respeito do caso foram extraídas do acórdão constante nesse sítio, a menos que outra fonte seja expressamente indicada.

⁸¹ DAVIS, Daniel J. *The Fraud Exception to the Noerr-Pennington Doctrine in Judicial and Administrative Proceedings*, in *The University of Chicago Law Review*, v. 69, n. 1, 2002, p. 330-331. Interessante notar o comentário do autor no sentido de que, embora o caso *Professional Real Estate Investors, Inc. v. Columbia Pictures Industries, Inc.* tenha fixado critérios objetivos para a configuração da *sham litigation*, a Suprema Corte não se manifestou sobre a maneira de se avaliar eventuais fraudes cometidas no âmbito do processo, razão pela qual os juízes e tribunais inferiores desenvolveram teses próprias e até conflitantes sobre a questão.

a existência de indícios precedia a aplicação da *sham exception*, e por isso não se poderia analisar as intenções de *Columbia* ao mover a ação.

O Tribunal de Recursos, por sua vez, caracterizou *sham litigation* como “‘one of two types of abuse of ... judicial processes’: either ‘misrepresentations ... in the adjudicatory process’ or the pursuit of ‘a pattern of baseless, repetitive claims’ instituted ‘without probable cause, and regardless of the merits’”⁸².

A Suprema Corte manteve o entendimento das instâncias inferiores, e declarou no acórdão que as ações judiciais não podem ser privadas da imunidade antitruste como *sham*, a menos que objetivamente não tenham qualquer fundamento. Ainda de acordo com o entendimento da Suprema Corte, a existência de indícios, para o processo civil norte-americano, não requer mais do que uma crença razoável, por parte do autor, de que o seu pedido possa ser considerado válido quando do julgamento.

Assim, no entender da Suprema Corte, a legalidade do peticionamento objetivamente razoável direcionado à obtenção de uma resposta governamental não é afetada por qualquer intuito anticompetitivo que o autor possa ter, de maneira a que nem a imunidade conferida pela doutrina Noerr-Pennington, nem sua exceção *sham*, depende apenas da intenção do autor – elemento subjetivo. Ademais, referida motivação subjetiva anticoncorrencial do autor só deveria ser analisada se a ação judicial por ele movida fosse objetivamente sem mérito, no sentido de que nenhum litigante razoável pudesse esperar sucesso no mérito da ação.

No momento em que a ação fosse considerada objetivamente sem fundamento, e houvesse intenção anticoncorrencial por parte do autor, é que se deveria analisar se referida ação camuflaria uma tentativa de interferir diretamente nas relações negociais de um concorrente, por meio do *uso* de um procedimento governamental – em oposição ao *resultado* desse procedimento – como arma anticompetitiva.

⁸² Tradução livre: “‘um dos dois tipos de abuso do ... processo judicial’, tanto por meio de ‘deturpações ... no processo’ quanto por meio de ‘um padrão de processos repetitivos movidos sem fundamento instituídos sem causa provável e independentemente do mérito’” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Suprema Corte, 508 U.S. 49, *Professional Real Estate Investors, Inc. v. Columbia Pictures Industries, Inc. et al.*, julgado em 3-5-1993, disponível [on-line] in <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/508/49/case.html> [15-11-2013], p. 54).

Dessa forma, nisso consistiria o chamado “Teste PRE”: compete primeiro à parte demonstrar a inviabilidade legal da ação contestada para somente então o tribunal analisar as probas relativas à viabilidade econômica da ação⁸³.

A Suprema Corte salientou ainda que o Tribunal de Recursos teria definido *sham litigation* de maneira contraditória e inconsistente, pois poderia tornar o instituto nada mais que um rótulo que os tribunais aplicariam às atividades que considerassem indignas da imunidade antitruste.

No caso em exame, considerou-se que *PRE* não conseguiu demonstrar que a ação por violação de direitos autorais movida por *Columbia* era objetivamente sem mérito, de maneira que, em teoria, um litigante razoável poderia esperar sucesso no mérito daquela ação. Ademais, as instâncias inferiores haviam considerado que *Columbia* possuía “indícios” para mover a ação de violação de direitos autorais, afinal indiscutivelmente detinha direitos exclusivos de exibir publicamente seus filmes, e não havia, na época, uma regulamentação legal clara a respeito dos direitos autorais sobre videodiscos.

Justice STEVENS discordou parcialmente do entendimento esposado pela maioria, ponderando que, embora concordasse que o caso sob análise não tratava de *sham litigation*, e que, em teoria, um esforço objetivamente razoável para litigar não poderia ser considerado *sham* (independentemente da intenção do autor), o requisito de a ação dever ser “objetivamente sem fundamento” seria excessivo, e poderia fazer com que a Suprema Corte se arrependesse da definição, quando apresentada a um caso mais complexo.

Isso porque existiriam ações judiciais que poderiam ser consideradas “objetivamente com fundamento”, mas que se mostrariam “objetivamente desarrazoadas”. Dessa forma, mover uma ação apenas porque se poderia esperar alguma forma de sucesso em seu mérito, ainda que insignificante, pode não ser objetivamente razoável.

Assim, o rótulo *sham*, no entendimento do *Justice STEVENS*, deveria ser aplicado a um caso, ou série de casos, em que o autor é indiferente ao resultado da ação judicial que

⁸³ A Suprema Corte chega a notar, no acórdão, que uma definição puramente subjetiva de *sham litigation*, além de enfraquecer (ou mesmo viciar) a doutrina Noerr-Pennington, seria completamente contrária aos precedentes daquele órgão, além de não permitir uma orientação verdadeiramente inteligível para as instâncias inferiores e os jurisdicionados.

moveu, pois buscou, na verdade, o dano colateral à outra parte, ao lhe criar gastos e prejuízos, abusar do processo de conhecimento ou interferir no acesso da outra parte às instâncias governamentais. Também poderia se aplicar a um autor que tem alguma razão de esperar sucesso no mérito de sua demanda, mas, tendo em vista o imenso custo para atingi-lo, não moveria a ação não fosse o benefício decorrente do prejuízo colateral causado ao seu concorrente somente pelo processo. Tais ações seriam fundamentalmente diferentes daquelas em que o resultado da demanda consistiria em uma vantagem competitiva ou mesmo a exclusão de um concorrente potencial⁸⁴.

Conclui *Justice STEVENS* que, embora concordasse com o resultado do julgamento, no sentido de que *Columbia* não praticou *sham litigation*, não seria correto utilizar um caso simples como veículo para estabelecer uma regra que poderia ser utilizada para casos difíceis, que tratassem de abuso de processos judiciais.

2.4. Debate acerca dos critérios para a configuração da *sham litigation* nos Estados Unidos: critérios objetivos e subjetivos

Explicou-se nos itens anteriores que a jurisprudência da Suprema Corte norte-americana desenvolveu o chamado Teste PRE para identificar a ocorrência de *sham litigation*. O teste requer a existência de dois pontos:

(i) a ação ou petição não deve ter objetivamente fundamentos, de maneira a que nenhum litigante razoável possa esperar sucesso em seu mérito⁸⁵; e, demonstrada a ausência de fundamentos,

⁸⁴ HERBERT HOVENKAMP pondera que o posicionamento do *Justice STEVENS* não é “fantasioso” (como alguns poderiam pensar), afinal, advogados sempre podem criar uma alegação nova com chances – objetivamente mensuradas – de sucesso, embora ínfimas ao ponto de não justificar o ajuizamento da demanda (*Federal Antitrust Policy - the law of competition and its practice*, 3ª ed., St. Paul, Minnesota, Thomson West, 2005, p. 707).

⁸⁵ HERBERT HOVENKAMP esclarece que não se poderia considerar *sham* uma ação judicial movida com base em informações falsas, para se obter a decisão desejada, porque (i) só se poderia considerar *sham* se a falsa informação fosse utilizada apenas para aumentar os custos do rival em se defender na demanda; e (ii) se a informação falsa constituir a base da decisão governamental (sem a qual o resultado seria diverso), já que a vítima pode provar a falsidade depois, e por isso haverá um remédio específico sob as leis de perjúrio, abuso do processo, calúnia ou difamação, entre outros (*Federal Antitrust Policy - the law of competition and its practice*, 3ª ed., St. Paul, Minnesota, Thomson West, 2005, p. 704). Vale, de qualquer maneira, observar que a Suprema Corte deixou expressamente de se posicionar, em *Professional Real Estate Investors, Inc. v. Columbia Pictures, Inc.*, a respeito de informações falsas prestadas pelo autor da demanda, que podem influenciar no resultado do processo, razão pela qual essa posição de HOVENKAMP não pode ser entendida como institucional, mas meramente opinativa.

(ii) a motivação subjetiva do litigante deve permitir verificar se a ação ou petição camufla uma tentativa de interferir diretamente nas relações negociais de um concorrente.

Como se verifica, o Teste PRE possui uma formulação simples, mas não isenta de problemas. Pôde-se notar nos casos acima descritos que a maior dificuldade para a punição da prática de *sham litigation* é a alegação, por parte dos acusados, de que estariam simplesmente exercendo seu direito de petição previsto na Primeira Emenda da Constituição norte-americana⁸⁶. Afinal, há presunção de boa-fé sobre o ajuizamento de ações judiciais⁸⁷.

Em busca de uma melhor conceituação das características da *sham litigation*, e com isso contornar esse problema, a FTC publicou, em 2006, um relatório sobre as perspectivas de aplicação da doutrina Noerr-Pennington⁸⁸. Por meio desse relatório, a FTC apresentou seu atual entendimento, no sentido de que seria necessário evitar interpretações excessivamente amplas da doutrina Noerr-Pennington, o que acabaria por proteger abusos do direito de petição e impor, assim, custos elevados para os consumidores. Conclui o relatório que deveria ser adotada interpretação no sentido de que não são abarcados pela imunidade antitruste, desde que fora da arena política, (i) comunicações e/ou pedidos que buscam uma resposta não discricionária do governo; (ii) prestação de informações errôneas a um órgão governamental; e (iii) petições repetidas, apresentadas sem preocupação com o mérito, com o objetivo de prejudicar os concorrentes por meio do processo a que a petição deu origem, e não do resultado desse processo⁸⁹.

Como se pode perceber, a FTC mantém posicionamento diverso do adotado pela Suprema Corte, no sentido de que os requisitos extremamente restritos e objetivos para

⁸⁶ BORK, Robert H., *The Antitrust Paradox - a policy at war with itself*, New York, The Free Press, 1993, p. 349.

⁸⁷ HOVENKAMP, Herbert, *Federal Antitrust Policy - the law of competition and its practice*, 3ª ed., St. Paul, Minnesota, Thomson West, 2005, p. 705.

⁸⁸ FEDERAL TRADE COMMISSION, *Enforcement Perspectives on the Noerr-Pennington Doctrine*, 2006, disponível [on-line] in <http://www.ftc.gov/reports/P013518enfperspectNoerr-Penningtondoctrine.pdf> [18-07-2010].

⁸⁹ Interessante notar a posição de HERBERT HOVENKAMP, para quem a Suprema Corte não teria indicado, em *California Motor Transport Co. v. Trucking Unlimited*, que a ocorrência de ações repetidas e sem fundamento seria um requisito para a configuração de *sham litigation*. No entender do autor, a Suprema Corte, apenas estava descrevendo aquele caso específico, em que *California* peticionou várias vezes, sem fundamento, e que esse padrão torna mais simples a identificação da *sham litigation* do que analisar uma única ação (*Federal Antitrust Policy - the law of competition and its practice*, 3ª ed., St. Paul, Minnesota, Thomson West, 2005, p. 707). Por mais que sua análise esteja correta, isso não desqualifica o relatório da FTC sobre o tema, ainda mais porque este indica outras situações de exceção à doutrina Noerr-Pennington.

configuração da *sham litigation* (primeiramente deve-se analisar a inviabilidade legal da demanda, para apenas depois verificar-se a intenção anticoncorrencial) são apresentados de forma mais ampla, implicando uma análise casuística.

O posicionamento da Suprema Corte também pode ser criticado a partir do exemplo apresentado no voto vencido do Justice STEVENS em *Professional Real Estate Investors, Inc. v. Columbia Pictures, Inc.*, exposto no item anterior: o autor que quer prejudicar o concorrente pelo ajuizamento de um processo, mas que também deseja um resultado governamental favorável⁹⁰.

Em oposição a essa posição, HERBERT HOVENKAMP defende que não se poderia considerar *sham* uma ação que tem chance razoável de sucesso, por mais que o intuito do agente seja também prejudicar o concorrente. Reconhecendo que essa conceituação faria com que muitos “réus culpados de *sham litigation*” escapassem da punição, o autor afirma que este seria “somente um dos preços a serem pagos pela democracia”⁹¹.

É de se ponderar, aqui, se o requisito objetivo da demonstração da inviabilidade legal da demanda não tornaria praticamente impossível a configuração da *sham litigation*. Afinal, a falta de sucesso de uma tese pode não ser um bom indicador, pois uma empresa que busca uma alteração na jurisprudência (ou mesmo na lei) pode entender necessário apresentá-la diversas vezes, perante tribunais diversos, contra diferentes réus, até conseguir uma resposta favorável^{92,93}.

⁹⁰ SCHMIDT, Jeffrey, *et al.*, *The Noerr-Pennington Doctrine*, Chicago, ABA Publishing, 1993, p. 63. Os autores, na sequência, se perguntam “quão puro deve ser o coração do autor” (“how pure must the petitioner's heart be?”) para se considerar a ocorrência de uma infração à concorrência por meio de um processo judicial ou administrativo.

⁹¹ *Federal Antitrust Policy - the law of competition and its practice*, 3ª ed., St. Paul, Minnesota, Thomson West, 2005, p. 702. O autor desenvolve mais detalhadamente sua posição nas páginas 704 e ss., em que rebate os argumentos de um acórdão do Tribunal de Recursos da Sétima Circunscrição (ESTADOS UNIDOS, 814 F.2d 358, Apelante: *Premier Electrical Construction Co.*, Apelados: *National Electrical Contractors Association, Inc., et al.*, julgado em 23-4-1987, disponível [on-line] in <http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/814/358/335863/> [2-12-2013]) que propôs um teste para *sham* no qual se deveria comparar os valores despendidos pelo autor na condução do processo e o valor da causa (sobre o qual deveria incidir as chances de sucesso do caso). Em seu entender, não se poderia conceituar *sham* de forma totalmente objetiva, nem considerar *sham* uma ação judicial com fundamentos; além disso, ter-se-ia ignorado que existem outros benefícios decorrentes de uma ação que não o julgamento, entre os quais se poderia citar o “recado” para terceiros (outros devedores, outros violadores de patentes etc.).

⁹² SCHMIDT, Jeffrey, *et al.*, *The Noerr-Pennington Doctrine*, Chicago, ABA Publishing, 1993, p. 64.

⁹³ ROBERT H. BORK rebate esse argumento ao ponderar que ninguém deveria ter o direito de perpetuamente tentar alterar a jurisprudência por meio de ações judiciais que se baseiam na mesma tese derrotada, e que isso deveria ser visto como a prática que realmente é, qual seja, a perseguição deliberada a um ou mais concorrentes (*The Antitrust Paradox - a policy at war with itself*, New York, The Free Press, 1993, p. 364).

Não que a configuração da *sham litigation* por critérios subjetivos também não tenha seus problemas, já que implicaria um processo dispendioso, em termos de tempo e recursos, para se avaliar a intenção do autor da demanda⁹⁴. De qualquer forma, BORK defende a análise da prática principalmente por critérios subjetivos, ao observar que, em geral, só deveria haver responsabilização pela *sham litigation* quando a parte que tenta utilizar a máquina estatal para seus próprios fins tem uma intenção subjetiva tal que tornaria seu comportamento ilegal caso escolhesse outro meio de atingir esses fins⁹⁵.

Vale também apontar outra opinião de ROBERT H. BORK, para quem a responsabilidade do acusado de utilizar meios impróprios para empregar os poderes estatais para finalidades escusas (“*the liability of persons charged with improper attempts to employ the coercive powers of government for wrongful ends*”) deve ser verificada por meio da análise de cinco fatores: (i) a intenção das partes; (ii) os meios empregados; (iii) as características do processo governamental envolvido na prática; (iv) as características da decisão governamental a ser tomada; e (v) o grau em que o processo afetado se relaciona à formulação de regras gerais ou sobre direitos e responsabilidades de particulares⁹⁶.

Por fim, cumpre notar a ressalva efetuada por HERBERT HOVENKAMP, que lembra que a *sham litigation* não é, por si só, uma violação à lei antitruste, sob pena de que qualquer abuso do processo o fosse também. A *sham litigation* é considerada o elemento *conduta* da infração antitruste, havendo, portanto, a necessidade de se demonstrar também a monopolização ou tentativa de monopolização para configuração da violação^{97,98}.

2.5. O contraponto europeu

Como se pôde demonstrar nos itens acima, a *sham litigation* é um produto da evolução jurisprudencial norte-americana, e seu conceito evoluiu com base na história e

⁹⁴ SCHMIDT, Jeffrey, *et al.*, *The Noerr-Pennington Doctrine*, Chicago, ABA Publishing, 1993, p. 64.

⁹⁵ *The Antitrust Paradox - a policy at war with itself*, New York, The Free Press, 1993, p. 357.

⁹⁶ *The Antitrust Paradox - a policy at war with itself*, New York, The Free Press, 1993, p. 357.

⁹⁷ O autor desenvolve ainda mais o assunto, aduzindo que se a violação é a tentativa de monopolização, são três os elementos a serem verificados: intenção específica de criar um monopólio em um mercado relevante definido, conduta (no caso, a *sham litigation*), e uma “probabilidade perigosa de sucesso” em criar o monopólio (*Federal Antitrust Policy - the law of competition and its practice*, 3ª ed., St. Paul, Minnesota, Thomson West, 2005, p. 710).

⁹⁸ A *sham litigation*, portanto, assemelha-se ao abuso do direito de petição que será abordado nos próximos capítulos, e que, nos termos propostos no presente trabalho, exige a produção, ainda que potencial, de efeitos anticoncorrenciais para a configuração da infração à ordem econômica.

nos institutos daquele país.

Não é por essa razão, porém, que prática semelhante não possa ser perseguida e punida por outras jurisdições, como, aliás, é a proposta do presente trabalho em relação ao Brasil. Aí reside a importância de se perquirir como a legislação e a jurisprudência comunitária europeia trata da questão analisada no presente trabalho, qual seja, a *sham litigation*, expressão ora utilizada em seu sentido lato.

A título explicativo, vale ressaltar que a importância deste contraponto reside no fato de o sistema europeu de controle de condutas se aproximar do brasileiro, na medida em que se trata de um sistema concentrado em um órgão administrativo (Comissão Europeia), ao contrário dos EUA, onde se pode considerar que o controle de condutas se dá de forma “difusa”, nas diferentes jurisdições, e, na maior parte das vezes, em processos judiciais envolvendo particulares.

2.5.1. Do Direito da Concorrência comunitário europeu

Antes de descrever os dois precedentes europeus que permitem concluir que a perseguição da prática objeto de estudo no presente trabalho é também possível na União Europeia, faz-se necessário tecer breves considerações sobre o Direito da Concorrência positivado na Europa.

Não há como entender a disciplina da concorrência na União Europeia sem se ter em mente os objetivos da própria integração europeia. O Tratado que instituiu a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço, mais conhecido como o Tratado de Paris, de 1951, foi o primeiro de uma série de tratados que, ao longo dos anos, consolidaram a integração da região. Por meio do referido Tratado, França, Alemanha, Itália, Bélgica, Holanda e Luxemburgo criaram a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço⁹⁹. O Tratado de Paris proibia barreiras comerciais e práticas discriminatórias e restritivas capazes de distorcer a concorrência entre os Estados-membros. O Direito da Concorrência era, portanto, um dos instrumentos utilizados para eliminar qualquer discriminação baseada em

⁹⁹ UNIÃO EUROPEIA, Tratado que institui a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço, disponível [on-line] in <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:11951K:PT:PDF> [9-12-2013].

territórios nacionais do sistema económico instaurado naquele momento¹⁰⁰.

O Tratado que institui a Comunidade Europeia (Tratado CE), de 1992¹⁰¹, estabeleceu a redação já tradicional dos artigos que proíbem os acordos e condutas que prejudicam o mercado comum europeu:

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

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

O Tratado de Amsterdã, que alterou o Tratado da União Europeia, além dos Tratados que instituíam as Comunidades Europeias, não alterou a redação dos dois artigos citados, embora tenha alterado sua numeração para 81º e 82º¹⁰².

O Tratado de Lisboa, assinado em 13 de dezembro de 2007, alterou os dois principais tratados da União Europeia, a saber, o Tratado da União Europeia e o Tratado que institui a Comunidade Europeia, que passou a se chamar Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. Por força desse último tratado, a numeração dos principais artigos sobre o Direito de Concorrência foi novamente alterada, agora para 101º e 102º¹⁰³. Não houve qualquer alteração substancial na redação de ambos os artigos.

Para as finalidades do presente trabalho, porém, embora se considere indiscutível a

¹⁰⁰ MOTTA, Massimo, *Competition Policy - Theory and Practice*, New York, Cambridge University, 2004, p. 14. Isso também permite o entendimento segundo o qual a concorrência, na Europa, é instrumental, de maneira que, enquanto instrumento e não fim em si mesma, esta pode ser sacrificada em prol de outros valores, eventualmente entendidos como mais importantes (FORGIONI, Paula A., *Os Fundamentos do Antitruste*, 6ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013, p. 179-180).

¹⁰¹ UNIÃO EUROPEIA, Tratado da União Europeia, incluindo o texto do Tratado que institui a Comunidade Europeia, Jornal Oficial nº C 224 de 31 de agosto de 1992, disponível [on-line] in <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:1992:224:FULL:PT:PDF> [10-12-2013].

¹⁰² UNIÃO EUROPEIA, Tratado de Amsterdã que altera o Tratado da União Europeia, os Tratados que instituem as Comunidades Europeias e alguns actos relativos a esses Tratados, Jornal Oficial nº C 340 de 10 de novembro de 1997, disponível [on-line] in <http://eur-lex.europa.eu/pt/treaties/dat/11997E/html/11997E.html#0173010078> [7-12-2013].

¹⁰³ UNIÃO EUROPEIA, Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, Jornal Oficial nº C 326/47 de 26 de outubro de 2012, disponível [on-line] in <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2012:326:0047:0200:PT:PDF> [10-12-2013].

relevância da legislação comunitária europeia para o controle de práticas anticoncorrenciais¹⁰⁴, não se pode olvidar que a jurisprudência europeia é um fator de grande relevância para o desenvolvimento do Direito Concorrencial europeu.

Ademais, da mesma forma que no Brasil, a conduta aqui denominada *sham litigation* em sua acepção lata – ou seja, aquela que abarcar suas variações envolvendo o abuso de procedimentos governamentais com finalidade anticoncorrencial – não se encontra tipificada na legislação aplicável¹⁰⁵. Nesse sentido, cumpre expor dois casos representativos da prática de *sham litigation* – *lato sensu*¹⁰⁶ – na Europa, Belgacom e AstraZeneca, que permitem verificar como a Comissão Europeia trata da questão¹⁰⁷.

2.5.2. Belgacom

O caso Belgacom aqui analisado foi julgado pelo então chamado Tribunal de Primeira Instância¹⁰⁸ em 17 de julho de 1998¹⁰⁹, em sede de pedido de anulação de decisão da Comissão Europeia apresentado por *ITT Promedia NV*, na qual a Comissão rejeitou definitivamente uma denúncia segundo a qual a *Belgacom SA* teria movido ações judiciais contra a *Promedia* “com intuito vexatório”, além de requerer que esta “abandonasse o seu saber-fazer industrial e comercial por força de compromissos contratuais que vinculam as

¹⁰⁴ Para uma análise mais extensa do tema da evolução do Direito Concorrencial europeu, confira-se ROMANIELO, Enrico Spini, *Direito Antitruste e Crise - perspectivas para a realidade brasileira*, Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 22-29.

¹⁰⁵ A título de mera curiosidade, RICARDO INGLEZ DE SOUZA informa que o Peru seria o único país que prevê em lei que o abuso do direito de petição constituiria uma infração à ordem econômica (*O abuso do direito de petição como infração à ordem econômica (sham litigation)*), in ZANOTTA, Pedro, e BRANCHER, Paulo (org.), *Desafios atuais da regulação econômica e concorrência*, São Paulo, Atlas, 2010, p. 291).

¹⁰⁶ Embora tal expressão nunca seja adotada ou sequer utilizada em nenhum desses casos. RICHARD WHISH chega a apontar a existência da conduta da “litigância vexatória”, utilizada no Caso Belgacom e em alguns outros, mas entende-se, aqui, que essa expressão não abarca todos os aspectos contidos em *sham litigation*, conforme compreendida pelo direito norte-americano (*Competition Law*, 6ª ed., Oxford, Oxford University, 2009, p. 794).

¹⁰⁷ Além desses dois casos, foi possível identificar dois outros casos analisados pela Comissão Europeia que tangenciam o tema do abuso do direito de petição e a defesa da concorrência: *BBI/Boosey & Hawkes*: Medidas temporárias (UNIÃO EUROPEIA, Comissão Europeia, Processo IV/32.279, julgado em 29-7-1987, disponível [on-line] in <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1987:286:0036:0043:PT:PDF> [19-12-2013]), e *Decca Navigator System* (UNIÃO EUROPEIA, Comissão Europeia, Processo IV/30.979 e 31.394, julgado em 21-12-1988, disponível [on-line] in <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1989:043:0027:0048:PT:PDF> [19-12-2013]).

¹⁰⁸ Com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, em 1º de dezembro de 2009, o Tribunal de Primeira Instância passou a se denominar Tribunal Geral.

¹⁰⁹ UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Primeira Instância - Quarta Secção Alargada, Processo T-111/96, *ITT Promedia NV v. Comissão das Comunidades Europeias e Belgacom SA*, julgado em 17-7-1998, disponível [on-line] in http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=en&numdoc=61996A0111 [7-12-2013]. Todas as informações dos parágrafos seguintes a respeito do caso foram extraídas do acórdão constante nesse sítio, a menos que outra fonte seja expressamente indicada.

duas partes”, o que constituiria “violações do artigo 86º do Tratado CE”¹¹⁰.

Ambas as empresas envolvidas no caso atuavam no mercado de edição de listas telefônicas, sendo que a *Belgacom* era uma sociedade anônima de direito público cujo acionista majoritário era o Estado da Bélgica. A *Belgacom* concedia, por meio de contratos sucessivos celebrados desde 1969, o direito exclusivo de a *Promedia* publicar listas telefônicas na Bélgica.

A lei que transformou a *Belgacom* em sociedade anônima de direito público, em 1994, também aboliu a exclusividade que esta empresa detinha para a edição de listas telefônicas. Ao mesmo tempo, a *Belgacom* deixou de renovar seu contrato de exclusividade com a *Promedia*.

A *Promedia* chegou a anunciar que iria continuar a publicar suas listas telefônicas, ao que a *Belgacom* informou, por comunicado à imprensa, que “qualquer actividade de angariação ou de venda por parte da recorrente, relativamente à edição de 1995 das suas listas telefônicas, era efectuada sem autorização da *Belgacom* e fora de qualquer relação contratual”¹¹¹.

Em julho de 1994, a *Promedia* moveu uma ação contra a *Belgacom*, para que esta cessasse seu comportamento de “difusão de informações falsas, enganosas e indelicadas que lhe dissessem respeito”¹¹², e requereu a declaração, pelo Tribunal de Comércio de Bruxelas, que a *Belgacom* havia violado as leis belgas de concorrência e o artigo 86º do Tratado CE. A *Belgacom* apresentou uma reconvenção, na qual requeria a declaração de que a *Promedia* não poderia anunciar a venda de espaços publicitários em suas listas telefônicas, já que não possuía qualquer autorização para tanto. O Tribunal de Comércio de

¹¹⁰ UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Primeira Instância - Quarta Secção Alargada, Processo T-111/96, ITT *Promedia NV v. Comissão das Comunidades Europeias e Belgacom SA*, julgado em 17-7-1998, disponível [on-line] in http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=en&numdoc=61996A0111 [7-12-2013], p. 2942.

¹¹¹ UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Primeira Instância - Quarta Secção Alargada, Processo T-111/96, ITT *Promedia NV v. Comissão das Comunidades Europeias e Belgacom SA*, julgado em 17-7-1998, disponível [on-line] in http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=en&numdoc=61996A0111 [7-12-2013], p. 2945.

¹¹² UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Primeira Instância - Quarta Secção Alargada, Processo T-111/96, ITT *Promedia NV v. Comissão das Comunidades Europeias e Belgacom SA*, julgado em 17-7-1998, disponível [on-line] in http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=en&numdoc=61996A0111 [7-12-2013], p. 2946.

Bruxelas julgou procedente o pedido da *Promedia* e improcedente a reconvenção da *Belgacom*.

A *Promedia* moveu nova ação contra a *Belgacom* após esta haver se recusado a fornecer os dados dos assinantes, na qual requereu fosse declarado que a recusa da *Belgacom* de apresentar tais dados consistia “prática de comércio desleal, contrária às leis belgas relativas às práticas comerciais e à concorrência, bem como ao artigo 86.º do Tratado”¹¹³, bem como que lhe fosse fornecidos os dados dos assinantes “em condições equitativas, razoáveis e não discriminatórias”¹¹⁴. Contra essa ação a *Belgacom* também apresentou reconvenção, buscando a declaração que o pedido da *Promedia* pelos referidos dados fosse declarado prática contrária à legislação belga e ao artigo 86º do Tratado CE.

Após a realização de uma perícia, na qual se fixou um preço equitativo, razoável e não discriminatório para os dados dos assinantes, o presidente do Tribunal de Comércio de Bruxelas julgou procedente o pedido da *Promedia* e determinou que fossem aplicados os preços auferidos pelo perito. Na mesma decisão, julgou improcedente a nova reconvenção da *Belgacom*, assim como o pedido de indenização da *Promedia*, para quem o segundo pedido reconvenicional teria sido “temerário e vexatório”, além de haver constituído abuso “do seu direito de intentar ações judiciais”¹¹⁵.

A *Belgacom* constituiu então nova empresa, para atuar – não mais exclusivamente – no mercado de edição de listas telefônicas da Bélgica, e notificou a *Promedia* para que esta cumprisse as disposições do contrato firmado em 1984, no qual se estabelecia que a *Promedia* transferiria, ao fim de dez anos, gratuitamente, todos os arquivos de assinantes, desenhos, especificações, e informações necessárias para a publicação e distribuição da lista telefônica, além das licenças, patentes e *know-how* obtidos pela *Promedia* e

¹¹³ UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Primeira Instância - Quarta Secção Alargada, Processo T-111/96, ITT *Promedia NV v. Comissão das Comunidades Europeias e Belgacom SA*, julgado em 17-7-1998, disponível [on-line] in http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=en&numdoc=61996A0111 [7-12-2013], p. 2946.

¹¹⁴ UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Primeira Instância - Quarta Secção Alargada, Processo T-111/96, ITT *Promedia NV v. Comissão das Comunidades Europeias e Belgacom SA*, julgado em 17-7-1998, disponível [on-line] in http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=en&numdoc=61996A0111 [7-12-2013], p. 2947.

¹¹⁵ UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Primeira Instância - Quarta Secção Alargada, Processo T-111/96, ITT *Promedia NV v. Comissão das Comunidades Europeias e Belgacom SA*, julgado em 17-7-1998, disponível [on-line] in http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=en&numdoc=61996A0111 [7-12-2013], p. 2947.

necessários para a edição e distribuição das listas telefônicas.

Essa notificação da *Belgacom* fundamentou a terceira ação judicial entre as partes, tendo esta requerido da *Promedia* os dados necessários para a publicação e distribuição das listas telefônicas, nos termos da notificação anterior. O presidente do Tribunal de Comércio de Bruxelas extinguiu o processo por ausência de requisitos.

Após esse processo, a *Belgacom* moveu nova ação contra a *Promedia*, requerendo sua condenação ao pagamento de indenização pelo descumprimento do contrato de 1984. A *Promedia* também apresentou reconvenção contra essa ação, alegando que esta seria “temerária e vexatória”. O presidente do Tribunal de Comércio de Bruxelas então julgou improcedentes tanto a ação quanto a reconvenção, por entender que (i) a cláusula de exclusividade prevista no contrato de 1984 violava o artigo 85º, nº 1, do Tratado CE, o que, por essa razão, tornava o citado contrato nulo, nos termos do nº 2 do mesmo artigo¹¹⁶; e que (ii) o fato de o contrato não haver sido analisado corretamente não constituía, por si só, um erro suficientemente grave para que pudesse ser considerado uma prova de má-fé.

Após esse intenso litígio judicial, a *Promedia* denunciou a *Belgacom* à Comissão Europeia por uma série de práticas que violariam o artigo 86º do Tratado CE: (i) comunicar aos seus clientes atuais ou potenciais informações falsas, enganadoras e difamatórias a seu respeito; (ii) recusar-se a fornecer à *Promedia*, em condições equitativas, razoáveis e não discriminatórias os dados dos assinantes necessários à confecção de listas telefônicas; (iii) impor preços excessivos e/ou discriminatórios para a venda desses dados dos assinantes; (iv) intentar contra a *Promedia* processos contenciosos nos órgãos jurisdicionais belgas com objetivos vexatórios; e (v) solicitar à *Promedia* que lhe transmitisse o seu *know-how* industrial e comercial em virtude dos compromissos contratuais que vinculavam ambas as empresas.

A questão da alegada imposição de preços excessivos para a venda dos dados dos assinantes à *Promedia* foi intermediada pela Comissão Europeia, tendo sido obtido um acordo entre as partes a respeito desse ponto, razão pela qual a *Promedia* retirou esse

¹¹⁶ “Artigo 85º. (...) 2. São nulos os acordos ou decisões proibidos pelo presente artigo” (UNIÃO EUROPEIA, Tratado da União Europeia, incluindo o texto do Tratado que institui a Comunidade Europeia, Jornal Oficial nº C 224 de 31 de agosto de 1992, disponível [on-line] in <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:1992:224:FULL:PT:PDF> [10-12-2013]).

terceiro fundamento de sua queixa. Os primeiro e segundo fundamentos da queixa (comunicação de informações falsas e recusa de fornecimento dos dados dos assinantes) foram rejeitados em definitivo pela Comissão em dezembro de 1995.

Em maio de 1996, a Comissão Europeia houve por bem rejeitar definitivamente o quarto e quinto fundamentos (processos com objetivos vexatórios e pedidos de transferência de *know-how*) da queixa apresentada contra a *Belgacom*. No entender da Comissão,

“o facto de se intentar uma acção judicial, expressão do direito fundamental de acesso à justiça, não pode ser qualificado de abuso, salvo se uma empresa em posição dominante intenta acções judiciais que i) não podem ser razoavelmente consideradas como destinadas a invocar os seus direitos, e possam apenas servir para perseguir a parte contrária, e ii) são concebidas no âmbito de um plano que tem por objectivo eliminar a concorrência”¹¹⁷

A Comissão Europeia ainda afirmou, com relação aos processos supostamente vexatórios movidos pela *Belgacom*, que, se estes tivessem sido realmente movidos no âmbito de uma estratégia deliberada de eliminação da concorrência, a *Belgacom* não teria esperado por uma ação judicial da *Promedia* para apresentar o seu pedido sob a forma de reconvenção, mas sim teria movido diretamente uma ou mais ações contra a *Promedia*.

Analisando as características e cada uma das ações e reconvenções movidas pelas partes, a Comissão concluiu que se podia razoavelmente considerar que as três ações judiciais da *Belgacom* foram intentadas com o objetivo de fazer valer os seus direitos, não constituindo, portanto, abuso na aceção do artigo 86º do Tratado CE, e rejeitou a queixa apresentada pela *Promedia*.

A *Promedia* então recorreu dessa decisão da Comissão Europeia ao Tribunal de Primeira Instância, pedindo a anulação da referida decisão e a condenação da Comissão

¹¹⁷ Como se pode notar, os requisitos utilizados pela Comissão Europeia, no Caso Belgacom, assemelham-se àqueles adotados pela Suprema Corte norte-americana para a configuração da *sham litigation*. Vale notar que o Tribunal de Primeira Instância, ao citar o posicionamento da Comissão Europeia, chega a ressaltar que “O facto de se intentar uma acção mal fundamentada não pode, por si só, constituir uma infracção ao artigo 86.º do Tratado, excepto se essa acção prosseguir um fim anticoncorrencial. Do mesmo modo, uma acção que pode razoavelmente ser considerada como uma tentativa de fazer valer direitos em relação a concorrentes não pode ser constitutiva de um abuso, independentemente do facto de se poder inserir num plano destinado a eliminar a concorrência” (UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Primeira Instância - Quarta Secção Alargada, Processo T-111/96, ITT *Promedia NV v. Comissão das Comunidades Europeias e Belgacom SA*, julgado em 17-7-1998, disponível [on-line] in http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=en&numdoc=61996A0111 [7-12-2013], p. 2960).

nas despesas.

Ao analisar a questão, o Tribunal de Primeira Instância apontou que a questão posta à sua análise incluía verificar se o fato de uma empresa que ocupa uma posição dominante num determinado mercado intentar uma ação judicial contra uma empresa concorrente no mesmo mercado pode constituir um abuso na acepção do artigo 86º do Tratado CE.

Para isso, o Tribunal esclareceu, inicialmente, que “sendo o acesso à justiça um direito fundamental e um princípio geral que garante o respeito do direito, é apenas em circunstâncias completamente excepcionais que o facto de se intentar uma acção judicial é susceptível de constituir um abuso de posição dominante na acepção do artigo 86.º do Tratado”¹¹⁸, razão pela qual, “constituindo uma excepção ao princípio geral de acesso à justiça, que garante o respeito do direito, os dois critérios cumulativos¹¹⁹ devem ser interpretados e aplicados restritivamente, de modo a não pôr em causa a aplicação do princípio geral”.

Analisando um a um os argumentos sustentados pela *Promedia*, o Tribunal de Primeira Instância, utilizando-se dos dois critérios para aferição de abusividade de uma ação judicial¹²⁰, concluiu que a *Belgacom* não cometeu qualquer infração à concorrência¹²¹.

Embora o Caso Belgacom tenha indiscutível importância por representar uma tomada de posição da Comissão Europeia sobre a possibilidade de considerar-se o abuso

¹¹⁸ UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Primeira Instância - Quarta Secção Alargada, Processo T-111/96, ITT *Promedia NV v. Comissão das Comunidades Europeias e Belgacom SA*, julgado em 17-7-1998, disponível [on-line] in http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=en&numdoc=61996A0111 [7-12-2013], p. 2961.

¹¹⁹ UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Primeira Instância - Quarta Secção Alargada, Processo T-111/96, ITT *Promedia NV v. Comissão das Comunidades Europeias e Belgacom SA*, julgado em 17-7-1998, disponível [on-line] in http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=en&numdoc=61996A0111 [7-12-2013], p. 2961-2962.

¹²⁰ “é necessário que acção, em primeiro lugar, não possa ser razoavelmente considerada como tendo por objectivo fazer valer os direitos da empresa interessada e só possa, deste modo, servir para perseguir a outra parte, e, em segundo lugar, que seja concebida no âmbito de um plano que tenha por objectivo eliminar a concorrência” (UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Primeira Instância - Quarta Secção Alargada, Processo T-111/96, ITT *Promedia NV v. Comissão das Comunidades Europeias e Belgacom SA*, julgado em 17-7-1998, disponível [on-line] in http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=en&numdoc=61996A0111 [7-12-2013], p. 2960).

¹²¹ RICHARD WHISH aponta trecho dessa decisão em que se reconhece que poderia constituir um abuso de posição dominante uma ação judicial em que o pedido excede o que as partes poderiam razoavelmente esperar nos termos do contrato (*Competition Law*, 6ª ed., Oxford, Oxford University, 2009, p. 704).

do direito de ação ou petição uma infração anticoncorrencial, o processo mais representativo a respeito desse assunto é o Caso AstraZeneca, adiante analisado.

2.5.3. AstraZeneca

Como já se pôde dizer anteriormente, o processo envolvendo a AstraZeneca é o mais representativo dos casos envolvendo abuso do direito de petição e a intenção anticoncorrencial na União Europeia.

O processo administrativo perante a Comissão Europeia¹²² iniciou-se em maio de 1999, quando as empresas *Generics (UK) Limited* e *Scandinavian Pharmaceuticals Generics AB* apresentaram uma denúncia conjunta contra a farmacêutica sueca *Astra AB*¹²³, alegando que esta teria abusado de sua posição dominante no mercado de remédios com o princípio ativo omeprazol (comercializado como Losec), em vários países do Espaço Econômico Europeu. O principal argumento das empresas denunciantes era que a AZ teria impedido que se comercializasse versões genéricas e equivalentes terapêuticas do omeprazol para a Alemanha, Bélgica, Dinamarca, Holanda, Noruega, Reino Unido e Suécia, infringindo, assim, o artigo 82º do Tratado CE¹²⁴ e o artigo 54 do Acordo sobre o Espaço Econômico Europeu¹²⁵.

¹²² UNIÃO EUROPEIA, Comissão Europeia, Processo COMP/A. 37.507/F3, *AstraZeneca*, julgado em 15-6-2005, disponível [on-line] in <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32006D0857:EN:NOT> [6-12-2013]. Todas as informações dos parágrafos seguintes a respeito do caso foram extraídas da decisão constante nesse sítio, a menos que outra fonte seja expressamente indicada.

¹²³ A *Astra AB* se fundiu com a empresa britânica *Zeneca Group Plc* em abril de 1999, formando a *AstraZeneca Plc*. Para facilitar a descrição do processo, far-se-á referência apenas a “AZ”. Vale mencionar, a título de contextualização, que a AZ era, à época, uma das principais empresas farmacêuticas e de produtos de saúde do mundo, atuando na pesquisa, desenvolvimento e comercialização de medicamentos. O Losec foi responsável, em 1999 e 2000, por 40% das vendas realizadas pela AZ.

¹²⁴ Como já se viu aqui, após o Tratado de Amsterdã, o antigo artigo 85º foi renumerado para 82º.

¹²⁵ “Artigo 54º. É incompatível com o funcionamento do presente Acordo e proibido, na medida em que tal seja susceptível de afectar o comércio entre as Partes Contratantes, o facto de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no território abrangido pelo presente Acordo ou numa parte substancial do mesmo.

Estas práticas abusivas podem, nomeadamente, consistir em:

- a) Impor, de forma directa ou indirecta, preços de compra ou de venda ou outras condições de transacção não equitativas;
- b) Limitar a produção, a distribuição ou o desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores;
- c) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência;
- d) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objecto desses contratos” (COMUNIDADE EUROPEIA, Acordo sobre o Espaço Económico Europeu, disponível [on-line] in [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:21994A0103\(01\):PT:HTML](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:21994A0103(01):PT:HTML) [10-12-2013]).

O alegado abuso de posição dominante praticado pela AZ e suas subsidiárias se referia à estratégia da empresa para estender a patente da substância omeprazol no seu remédio Losec, e alterar a apresentação do referido remédio de cápsula para tablete. Ambas as práticas tinham por objetivo impedir ou adiar a entrada de remédios genéricos com omeprazol.

O sistema de patentes europeu tem por premissa que as patentes são concedidas pelo escritório de patentes nacional, mas também pelo escritório de patentes europeu, localizado em Munique, e criado em 1976 por tratado do qual todos os países integrantes do Espaço Econômico Europeu são partes. Para conseguir uma patente nacional ou europeia, a invenção do interessado deve atender a certas condições, como aplicabilidade industrial, novidade e atividade inventiva.

Uma vez concedida a patente europeia, essa resulta em um conjunto de patentes nacionais, designadas para cada um dos países indicados pelo interessado. As violações de patentes nacionais ou europeias são resolvidas pelos tribunais de cada país, nos termos da legislação local sobre o assunto.

No caso de produtos farmacêuticos, o procedimento é diferenciado, uma vez que as autoridades médicas nacionais e a Comissão Europeia, que se fundamenta nos pareceres exarados pela Agência Europeia de Avaliação de Medicamentos (*European Medicines Evaluation Agency*), devem avaliar a segurança, eficácia e qualidade desses produtos, os quais, se aprovados, recebem uma autorização para comercialização.

No caso do Losec, a AZ detinha a patente para o princípio ativo omeprazol e outros compostos estruturalmente relacionados, tendo seu pedido de patente sido concedido pelo escritório de patentes europeu para nove países (Alemanha, Bélgica, França, Itália, Holanda, Luxemburgo, Reino Unido, Suécia e Suíça) até abril de 1999. Na mesma época, a AZ também conseguiu a patente para o omeprazol nos escritórios nacionais da Áustria, Dinamarca, Finlândia, Irlanda e Noruega. A AZ também obteve patentes para a formulação do Losec, que expiraria em abril de 2007, e que se referia às cápsulas em que o Losec era oferecido para administração oral.

A partir da década de 1990, a AZ passou a mover uma série de ações por violação da patente do omeprazol contra os produtores de substâncias semelhantes como lansoprazol, pantoprazol e rabeprazol em diversos países, as quais resultaram em acordos entre a AZ e esses fabricantes.

No fim de 1999, a AZ apresentou pedidos de autorização de comercialização da segunda geração de seu medicamento, agora chamado Nexium, com princípio ativo esomeprazol, na Europa e nos EUA.

Como dito anteriormente, as práticas de abuso de posição dominante atribuídas à AZ visavam impedir ou atrasar o acesso ao mercado por parte dos produtores de medicamentos genéricos. A racionalidade por trás dessa prática se deve ao fato de que os genéricos são precificados entre 20 e 50% a menos que os preços praticados para os remédios originais, e os médicos dos países europeus são frequentemente encorajados a receitar os medicamentos genéricos em detrimento das versões originais.

A outra prática abusiva atribuída à AZ consistia em impedir, em certos países, o acesso a importações paralelas de medicamentos, os quais são usualmente mais baratos que os produtos originais. A importação paralela de medicamentos, que representa uma segunda fonte de fornecimento, tem importância fundamental antes de a patente de um remédio expirar, pois possibilita a entrada, no mercado, de produtores de genéricos baratos, e força a redução dos preços dos remédios originais.

Em 1993 e 1994, a AZ submeteu pedidos de certificados de proteção suplementar (*supplementary protection certificates – SPC*)¹²⁶ perante vários escritórios de patentes nacionais. Tais certificados estendem o período de proteção da patente.

A Comissão Europeia entendeu que a AZ apresentou informações enganosas para conseguir SPCs de mais longa duração do que conseguiria com as informações corretas, ou

¹²⁶ Na decisão da Comissão Europeia, explica-se que a *ratio* do SPC reside no fato de que entre o protocolo do pedido de patente e a autorização para comercializar o remédio transcorre um prazo longo, que torna o prazo de proteção da patente mais curto do que os 20 anos legalmente previstos. Em vista disso, criou-se o SPC, de forma a oferecer proteção suplementar para esses investimentos, e com duração idêntica ao período entre o protocolo do pedido de patente e a primeira autorização para comercialização, mas por período nunca superior a cinco anos.

mesmo para conseguir SPCs que não seriam concedidos se as informações enganosas não houvessem sido apresentadas¹²⁷.

Como um fabricante de genéricos, antes de a patente expirar, não pode lançar uma versão genérica de um determinado medicamento sem obter a autorização do seu fabricante, a concessão de SPC efetivamente atrasa a entrada dos genéricos no mercado.

A outra conduta praticada pela AZ consistiu no pedido de cancelamento de registro da autorização para comercialização do Losec em cápsulas combinado com o lançamento de uma versão do Losec em tabletes, também de maneira a impedir ou ao menos a atrasar a entrada dos genéricos do omeprazol e obstruir a comercialização paralela de cápsulas de Losec.

Em decorrência dessas práticas, diversos produtores de genéricos, concorrentes potenciais ou efetivos da AZ, deixaram de ingressar nos mercados da Alemanha, Finlândia e Noruega, onde a tática da AZ de apresentar informações enganosas levou à obtenção dos SPCs. Quanto à mudança das cápsulas de omeprazol para tabletes, a Comissão considerou que a estratégia teve sucesso ao eliminar a comercialização paralela na Dinamarca, além de prejudicá-la nos outros países.

A Comissão Europeia, em sua decisão, lembrou que o artigo 82º do Tratado CE (alterado pelo Tratado de Amsterdã) proíbe o abuso de posição dominante no mercado comum ou em parte substancial dele, e que isso significa que a empresa em posição dominante no mercado relevante tem a responsabilidade de não permitir que sua conduta prejudique a concorrência no mercado comum. Apontou, ainda, que o abuso pode se configurar independentemente dos meios e procedimentos por que é alcançado, e, inclusive, independentemente de culpa.

¹²⁷ Tais informações diziam respeito às datas em que o Losec obteve autorização para ser comercializado. A decisão da Comissão Europeia menciona que grande parte dos escritórios de patentes nacionais que concederam o SPC ao omeprazol não conferiam as informações apresentadas pelos interessados, acreditando em sua boa-fé. A análise do caso por parte da Comissão foi bastante detalhada, tendo sido examinada uma grande quantidade de documentos internos da AZ, que admitiam que se conheciam as informações corretas, mas que, estrategicamente, era mais vantajoso à empresa apresentar outras informações aos escritórios de patentes nacionais.

Nesse sentido, concluiu a Comissão, em trecho que interessa diretamente ao objeto de estudo do presente trabalho, que o uso de procedimentos públicos e regulatórios, incluindo processos judiciais e administrativos, pode, em circunstâncias específicas, constituir um abuso, do qual podem decorrer sérios efeitos anticompetitivos. Além disso, ressaltou que o fato de que, nesses casos, os efeitos no mercado poderem depender da ação de autoridades públicas não é decisivo para concluir pela inexistência de abuso¹²⁸.

No que se refere especificamente às práticas da AZ, a Comissão Europeia entendeu que esta abusou de sua posição dominante por meio de (i) representações enganosas perante os escritórios de patentes nacionais, de modo a conseguir SPCs para o omeprazol e (ii) alteração do Losec em cápsulas para Losec em tabletes, de maneira a conseguir prejudicar o mercado paralelo de remédios. Por meio dessas duas práticas, a AZ conseguiu impedir ou adiar a entrada dos genéricos nesses mercados. A AZ acabou sendo condenada ao pagamento de multa no valor de 60 milhões de euros.

Há que se notar que, embora não haja qualquer referência aos precedentes da Suprema Corte norte-americana, ou mesmo à expressão *sham litigation*, esse uso indevido de um instrumento legal para eliminar um concorrente ou, como no caso, impedir a entrada de concorrentes no mercado, possui claro paralelo com o instituto da *sham litigation*, conforme concebido nos EUA, tratado anteriormente neste trabalho.

Dessa forma, a importância da decisão da Comissão Europeia neste caso reside em dois aspectos: (i) no entendimento de que o ilícito antitruste não se restringe à atuação da empresa no mercado, incluindo também abusos de procedimentos públicos, e (ii) na própria condenação de uma empresa por esse tipo de prática – o que, como já visto na análise da jurisprudência norte-americana, é bastante incomum.

Por outro lado, não se pode deixar de observar que há quem critique a decisão da Comissão Europeia neste caso, já que não houve a definição clara e precisa do que

¹²⁸ Afinal, lembra também a Comissão, mesmo quando a prática é implementada diretamente no mercado (sem a participação de autoridades públicas), o efeito exclusionário é muitas vezes dependente da reação de outros operadores do mercado.

consistiria a chamada litigância vexatória, o que poderia inclusive inibir empresas dominantes de defender seus interesses em juízo, mesmo que legítimos¹²⁹.

2.6. Síntese conclusiva parcial

Embora as posições doutrinárias sejam bastante diferenciadas entre si a respeito da configuração da *sham litigation* nos EUA, e algumas delas sejam mais adequadas aos objetivos do presente estudo, não é possível escapar das definições da Suprema Corte¹³⁰, para a qual a prática somente pode se configurar quando presentes os requisitos do Teste PRE, que devem ser aqui retomados:

(i) a ação judicial objetivamente não deve ter fundamentos, de maneira que nenhum litigante razoável possa esperar sucesso em seu mérito; e

(ii) apenas na ausência de fundamentos para o ajuizamento da ação judicial é que se passa à análise da motivação subjetiva do litigante, de forma a poder-se verificar se a ação judicial camufla uma tentativa de interferir diretamente nas relações negociais de um concorrente.

É interessante, também, notar que, embora a Comissão Europeia tenha se manifestado menos (pelo menos em relação à Suprema Corte norte-americana) sobre a prática do abuso de procedimentos governamentais para finalidades anticoncorrenciais, suas conclusões não divergiram essencialmente do Teste PRE, na medida em que, no Caso Belgacom, estabeleceu-se que, para ser considerada um abuso de posição dominante, a ação judicial deve:

(i) não ser razoavelmente considerada como destinada a invocar os direitos ali sustentados, servindo apenas para perseguir a parte contrária; e

(ii) ser concebida no âmbito de um plano que tenciona eliminar a concorrência.

¹²⁹ INGLEZ DE SOUZA, Ricardo, *O abuso do direito de petição como infração à ordem econômica (sham litigation)*, in ZANOTTA, Pedro, e BRANCHER, Paulo (org.), *Desafios atuais da regulação econômica e concorrência*, São Paulo, Atlas, 2010, p. 298.

¹³⁰ Lembrando, aqui, que o sistema de *common law* daquele país faz com que as decisões da Suprema Corte tenham força de lei.

Pondera-se, aqui, que a ação judicial objeto de análise “não dever ser razoavelmente considerada com fundamentos” parece ser um requisito um pouco mais aberto que a formulação restrita da Suprema Corte norte-americana, que, por sua vez, exige a “ausência objetiva de fundamentos”. A necessária conclusão que se apresenta, em razão disso, é que o reconhecimento e a punição da *sham litigation* – em seu sentido lato – na União Europeia é mais simples que nos EUA, embora ainda mais incerta conceitualmente¹³¹.

Os critérios construídos pelos EUA e pela Comissão Europeia para caracterização da referida prática serão retomados no último capítulo deste trabalho, quando se pretende apontar os requisitos para configuração da *sham litigation (lato sensu)* no Brasil, ou, mais precisamente, do abuso do direito de ação ou do direito de petição com efeitos anticoncorrenciais¹³².

¹³¹ O que não significa que uma jurisdição tenha mais sucesso para punir tal prática do que a outra.

¹³² Tendo em vista o escopo do presente trabalho, optou-se, aqui, por não examinar a legislação e a jurisprudência de outras jurisdições quanto à possibilidade de se considerar a *sham litigation (lato sensu)* uma infração anticoncorrencial. Para uma breve análise de casos de *sham litigation (lato sensu)* em outros países, confira-se INGLEZ DE SOUZA, Ricardo, *O abuso do direito de petição como infração à ordem econômica (sham litigation)*, in ZANOTTA, Pedro, e BRANCHER, Paulo (org.), *Desafios atuais da regulação econômica e concorrência*, São Paulo, Atlas, 2010, p. 298-301.

PARTE II - ABUSO DO DIREITO DE AÇÃO E DE PETIÇÃO COM EFEITOS ANTICONCORRENCIAIS

CAPÍTULO 3 - ABUSO DE DIREITO

3.1. Breve introdução

Ensina LOUIS JOSSERAND que armas lícitas podem se converter em armas envenenadas se utilizadas de certa maneira, em certas condições. Em geral, são as razões e os fins que devem ser considerados. Frequentemente, os fins são suscetíveis de justificar os meios empregados, mas em nenhum caso os meios justificam os fins: isso seria a inversão da moral, beiraria o absurdo, e levaria à má-fé e à fraude¹³³.

Embora JOSSERAND tenha feito apenas um jogo de palavras, é fato reconhecido atualmente que os direitos subjetivos são relativos, e o eventual abuso em seu exercício deve ser punido pelo ordenamento jurídico¹³⁴. Essa relatividade dos direitos subjetivos resultou de transformações sociais e jurídicas ocorridas a partir do final do século XIX, que, por meio da atuação estatal e da jurisprudência, reagiram ao individualismo e voluntarismo que caracterizavam a sociedade setecentista e oitocentista¹³⁵.

A relatividade dos direitos subjetivos é premissa para a conceituação do instituto do abuso de direito. De fato, RUBENS LIMONGI FRANÇA o define como “um ato jurídico de objeto lícito, mas cujo exercício, levado a efeito sem a devida regularidade, acarreta um resultado que se considera ilícito”¹³⁶.

A expressão “abuso de direito” foi cunhada pelo belga LAURENT, que a utilizava para denominar uma série de situações jurídicas, ocorridas na França, nas quais o tribunal

¹³³ *Relatividad y abuso de los derechos*, in *Del abuso de los derechos y otros ensayos*, Santa Fe de Bogotá, Temis, 1999, p. 4.

¹³⁴ A respeito da relatividade dos direitos subjetivos, confira-se abaixo.

¹³⁵ LOPEZ, Teresa Ancona, *Exercício do direito e suas limitações: Abuso do direito*, in *Revista dos Tribunais*, v. 885, ano 98, São Paulo, jul./2009, p. 50.

¹³⁶ *Abuso de direito*, in LIMONGI FRANÇA, Rubens (coord.), *Enciclopédia Saraiva do Direito*, v. 2, São Paulo, Saraiva, 1977, p. 45. Vale ressaltar que a relação entre o abuso de direito e o ato ilícito será mais bem desenvolvida em subcapítulo específico, abaixo.

condenou o réu por irregularidades no exercício de direito que, em sua natureza, era absolutamente legítimo¹³⁷.

O abuso de direito não é um instituto exclusivamente de direito civil. Sua formulação teórica e doutrinária classifica-o na teoria geral do direito, embora seja tradicionalmente estudado em sua forma privada, pelo direito civil¹³⁸.

A importância da teoria do abuso de direito é indiscutível, haja vista que objetiva equilibrar os diversos interesses em luta, na sociedade, e apreciar os motivos que legitimam o exercício dos direitos, de maneira a condenar como antissociais todos os atos que, embora praticados em aparente consonância com a lei, não se harmonizam com ela¹³⁹.

De qualquer forma, ocorre que, ao contrário do que possa parecer à primeira vista, a teoria do abuso de direito não é tão pacífica, uma vez que até hoje não existe consenso doutrinário sobre o tema, nem sequer sobre suas origens históricas¹⁴⁰.

Ainda assim, a fórmula “abuso de direito” não deixa de ser a melhor expressão encontrada até hoje para exprimir a ideia do exercício de posições jurídicas que, embora correto em si, seja inadmissível em relação ao sistema jurídico em que está inserido¹⁴¹.

3.2. Histórico do abuso de direito

A pesquisa histórica do abuso de direito parte de uma série de fórmulas romanas¹⁴² que isentam de quaisquer responsabilidades o titular de direitos, por danos decorrentes de

¹³⁷ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e, *Da Boa Fé no Direito Civil*, Coimbra, Almedina, 2011, p. 670.

¹³⁸ CONDORELLI, Epifanio J. L., *El abuso del derecho*, La Plata, Platense, 1971, p. 12.

¹³⁹ MARTINS, Pedro Baptista, *O abuso do direito e o ato ilícito*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1997, p. 7.

¹⁴⁰ ABDO, Helena Najjar, *O Abuso do Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007, p. 26.

¹⁴¹ MENEZES CORDEIRO, António, *Litigância de má-fé, abuso do direito de ação e culpa in agendo*, 2ª ed., Coimbra, Almedina, 2011, p. 75.

¹⁴² Para as finalidades do presente trabalho, partir-se-á dos brocardos romanos e se chegará nas codificações do século XIX. Cumpre mencionar, todavia, a interessante contribuição de LEEDSÔNIA CAMPOS RANIERI DE ALBUQUERQUE, que identifica na civilização muçulmana a origem de regras de caráter geral contra o abuso de direito. Segundo a autora, o Alcorão traria disposições que somente consideravam o testamento válido se não houvesse legados inspirados pelo desejo de prejudicar parentes, e que recomendavam ao litigante que não demandasse o adversário apenas com a finalidade de absorver consciente e injustamente uma parte dos seus bens (*O Abuso do Direito no Processo de Conhecimento*, São Paulo, LTr, 2002, p. 17-18). LUIS ALBERTO WARAT também alude ao direito muçulmano, mas não considera apropriado tê-lo como uma das origens do instituto do abuso de direito, dado que as máximas usualmente citadas são ditados religiosos e

seu exercício. A mais conhecida de tais fórmulas era a *nullus videtur dolo facere, qui suo iure utitur*^{143,144}. Procura-se, portanto, as raízes da moderna teoria do abuso de direito nas limitações a essa fórmula, seja em outras regras gerais, seja em institutos específicos, de alcance restrito¹⁴⁵.

Entre essas regras gerais, a mais conhecida é aquela contida no brocardo de Cícero *summum jus, summa injuria*¹⁴⁶, que RUBENS LIMONGI FRANÇA aponta como a origem do instituto do abuso de direito na Antiguidade¹⁴⁷. Outras fórmulas de caráter geral que podem ser mencionadas são a *non omne quod licet honestum est e malitiis non est indulgendum*^{148,149}. JOSÉ HORÁCIO HALFELD REZENDE RIBEIRO indica ainda o brocardo *male enim nostro iure uti non debemus*^{150,151}.

Com base nas fórmulas acima transcritas, alguns autores defendem de forma bastante veemente que a teoria do abuso do direito já era plenamente utilizada no direito romano, com o objetivo de combater o exercício de direitos de forma abusiva¹⁵².

morais que, por sua própria natureza, impedem o estabelecimento de um critério demarcatório entre o âmbito jurídico e o metajurídico (*Abuso del derecho y lagunas de la ley*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1969, p. 45-46).

¹⁴³ Tradução livre: “não parece agir com dolo aquele que usa de seu direito”. Por força deste brocardo, que se encontra no Dig. ad leg. Aquil. L. L., tit. 17, fr. 55, PEDRO BAPTISTA MARTINS afirma que “foram sancionados pela doutrina e especialmente pela jurisprudência os mais grosseiros abusos (...) por meio da qual se assegurava a impunidade a quantos, sob pretexto de exercitarem um direito reconhecido por lei, desvirtuaram a sua finalidade social para ocasionarem um dano injusto a terceiro” (*O abuso do direito e o ato ilícito*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1997, p. 13).

¹⁴⁴ Outras máximas nesse sentido seriam *dura lex, sed lex* (a lei é dura, mas é a lei), *qui iure suo utitur neminem laedit* (quem usa de seu direito prejudica a ninguém) e *feci sed iura feci* (fiz, mas fiz com direito) (CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto, *Abuso do direito*, Lisboa, Centro de Estudos do Ministério das Finanças, 1973, p. 49).

¹⁴⁵ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e, *Da Boa Fé no Direito Civil*, Coimbra, Almedina, 2011, p. 672.

¹⁴⁶ Tradução livre: “excesso de direito, excesso de injustiça”.

¹⁴⁷ *Abuso de direito*, in LIMONGI FRANÇA, Rubens (coord.), *Enciclopédia Saraiva do Direito*, v. 2, São Paulo, Saraiva, 1977, p. 45.

¹⁴⁸ Tradução livre: “nem tudo o que é permitido é honesto” e “não deve haver indulgência para as maldades”. MENEZES CORDEIRO aponta que o primeiro brocardo sequer consta de fontes jurídicas, e que o segundo foi retirado de CELSO, sendo que sua referência exata seria *neque malitiis indulgendum est* (*Da Boa Fé no Direito Civil*, Coimbra, Almedina, 2011, p. 672). JORGE AMERICANO, no entanto, indica que a primeira máxima seria de PAULO, D. 50, 17 (*Do abuso do direito no exercício da demanda*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1932, p. 10).

¹⁴⁹ PEDRO BAPTISTA MARTINS ressalva que referido brocardo tornou-se regra de interpretação apenas no direito justinianeu, e aplicável tão-somente ao direito relativo ao uso das águas (*O abuso do direito e o ato ilícito*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1997, p. 16).

¹⁵⁰ Tradução livre: “não devemos fazer uso do nosso direito de maneira inadequada”.

¹⁵¹ *Abuso do direito - Contornos de direito material e processual*, in Revista da AASP, n. 98, ano XXVIII, jul./2008, p. 133.

¹⁵² Cf., a esse respeito, ALBUQUERQUE, Leedsônia Campos Ranieri de, *O Abuso do Direito no Processo de Conhecimento*, São Paulo, LTr, 2002, p. 19 e ss., ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli de, *Abuso do Direito e*

Porém, a maior parte dos estudiosos do tema considera que a teoria do abuso do direito seria bastante recente e argumenta que tais brocardos constituem apenas raras fórmulas genéricas que tão somente sugerem a proibição ao abuso do direito no direito romano. De fato, a grande maioria dos textos antigos traz, na verdade, regras de caráter particular, que não poderiam, por isso, ser consideradas proibições gerais aos atos abusivos¹⁵³. MENEZES CORDEIRO atenta para o fato de que o direito romano seria contrário a teorizações gerais, razão pela qual uma concepção de abuso de direito expressa em princípios de alcance genérico pressuporia a existência do pensamento sistemático moderno, o que somente foi desenvolvido a partir do século XVII¹⁵⁴.

Com efeito, não se poderia falar de abuso de direito no direito romano, uma vez que este não possuía qualquer determinação fixa sobre o que ou quais seriam os direitos subjetivos. Ao contrário, o direito pretoriano era extremamente flexível e se adaptava às necessidades apresentadas pela vida real com base no princípio da equidade, de maneira que o pretor criava direito novo casuisticamente¹⁵⁵.

Ademais, faz-se necessário ressaltar que o *Digesto* reúne diversos textos que não trazem qualquer repúdio ao exercício abusivo de direitos. Muito pelo contrário, em tais textos exalta-se o caráter absoluto que se conferia aos direitos neles previstos¹⁵⁶, o que apenas confirma o quanto o *jus civile romanorum* e o *jus honorarium* se pautavam por um acentuado individualismo¹⁵⁷. Tal “absolutismo” é compreensivamente natural quando se leva em conta que o direito romano era formado por normas consideradas divinas, de caráter religioso¹⁵⁸.

Concorrência Desleal, São Paulo, Quartier Latin, 2004, p. 40 e ss., AMERICANO, Jorge, *Do abuso do direito no exercício da demanda*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1932, p. 9 e ss., CORRÊA, Alexandre Augusto de Castro, *Abuso de direito (direito romano)*, in LIMONGI FRANÇA, Rubens (coord.), *Enciclopédia Saraiva do Direito*, v. 2, São Paulo, Saraiva, 1977, p. 49 e ss., FERREIRA, Keila Pacheco, *Abuso do Direito nas Relações Obrigacionais*, Belo Horizonte, Del Rey, 2007, p. 15 e ss., STOCCO, Rui, *Abuso do Direito e Má-Fé Processual - Aspectos Doutrinários*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 60.

¹⁵³ ROTONDI, Mario, *L'abuso di diritto - “Æmulatio”*, Pádua, Cedam, 1979, p. 44.

¹⁵⁴ Da Boa Fé no Direito Civil, Coimbra, Almedina, 2011, p. 672-673.

¹⁵⁵ WARAT, Luis Alberto, *Abuso del derecho y lagunas de la ley*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1969, p. 42-43.

¹⁵⁶ CASTRO FILHO, José Olímpio de, *Abuso do direito no processo civil*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1960, p. 41.

¹⁵⁷ MARTINS, Pedro Baptista, *O abuso do direito e o ato ilícito*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1997, p. 12.

¹⁵⁸ WARAT, Luis Alberto, *Abuso del derecho y lagunas de la ley*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1969, p. 41.

Em todo o caso, existiam alguns institutos romanos em que, com casuísmo, poder-se-ia inferir, de forma pontual, a ideia de abuso¹⁵⁹. Entre os antecedentes do instituto poder-se mencionar os atos emulativos, a *exceptio doli*, a regulação das relações de vizinhança e a *temeritas* processual, sobre os quais se discorrerá abaixo.

3.2.1. Institutos romanos e o abuso de direito

No direito romano, o ato emulativo consistia na violação intencional de regras de caráter particular – que inicialmente limitavam tão somente o direito de uso das águas. PEDRO BAPTISTA MARTINS aponta que um ato emulativo se configurava quando convergissem os seguintes fatores: (i) o exercício de um direito (ii) do qual resultasse dano a terceiro (iii) de forma inútil para o agente e (iv) no exclusivo intuito de se causar dano a outrem¹⁶⁰.

MENEZES CORDEIRO menciona a existência de polêmica entre os estudiosos, sobre a existência ou não de consagração genérica dos atos emulativos no direito romano, e reconhece que a base textual para tal reconhecimento seria fraca. De fato, a inexistência de comprovação da base romana levou à constatação de que os atos emulativos poderiam ser considerados uma criação medieval¹⁶¹.

De fato, tais trechos romanos foram comentados e alargados durante a Idade Média, quando foram delineados vários atos emulativos, relacionados, em especial, a relações de vizinhança, e traduziam ocorrências marcantes de justiça ou injustiça evidente, de maneira que não careciam de justificação especial¹⁶².

A *exceptio doli*, por sua vez, permitia que se detivesse uma *actio* considerada injusta. Explica MENEZES CORDEIRO que, com base no fato de a inserção dessa fórmula não ser necessária, construiu-se o conceito de que o direito romano reconhecia o abuso de direito. A par desse fato, porém, não haveria como defender a generalização da *exceptio*

¹⁵⁹ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e, *Da Boa Fé no Direito Civil*, Coimbra, Almedina, 2011, p. 673.

¹⁶⁰ *O abuso do direito e o ato ilícito*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1997, p. 18.

¹⁶¹ *Da Boa Fé no Direito Civil*, Coimbra, Almedina, 2011, p. 673.

¹⁶² MENEZES CORDEIRO, António, *Tratado de Direito Civil Português - Parte Geral*, t. IV, Coimbra, Almedina, 2005, p. 250.

doli como um instrumento institucionalizado apto a enfrentar o exercício irregular do direito¹⁶³.

De qualquer maneira, a *exceptio doli*, juntamente ao princípio da boa-fé, foi utilizada apenas posteriormente, pelo direito alemão, antes da consagração do instituto do abuso de direito, e pelo direito italiano, em que tal instituição ainda é aplicada¹⁶⁴.

No que se refere às relações de vizinhança, essas consistiam nas limitações impostas pela necessidade de uma convivência pacífica, e os conflitos entre vizinhos sempre possibilitaram a aplicação da teoria do abuso de direito, desde Roma até a França do século XIX. Obviamente, os conflitos de vizinhança não são uma figura jurídica própria, e sim uma área social na qual diversas soluções podem ser aplicadas, dentre as quais a proibição do abuso de direito¹⁶⁵.

Por fim, a previsão de sanções à lide temerária também é considerada um dos antecedentes da teoria do abuso de direito. Explica LEEDSÔNIA CAMPOS RANIERI DE ALBUQUERQUE que o conceito de temeridade romana, para alguns estudiosos, equivaleria à calúnia, enquanto que, para outros, consistiria na culpa, embora, de qualquer maneira, permita-se a conclusão de que havia repressão da temeridade no processo, como consciência da injustiça¹⁶⁶. Assim, na prática, a lide era considerada temerária e, portanto, passível de punição, caso perseguisse fins supra ou extraprocessuais, ou visasse prejudicar a outra parte ou terceiros. No período justinianeu, tais práticas processuais abusivas confluíram em uma figura que pode ser chamada “abuso do processo” e, posteriormente, “litigância de má-fé”¹⁶⁷.

De qualquer maneira, como já afirmado anteriormente, utilizar-se de tais institutos para defender a consagração do abuso de direito no direito romano seria dogmática e historicamente incorreto, haja vista que o desenvolvimento da teoria deu-se, em realidade,

¹⁶³ *Da Boa Fé no Direito Civil*, Coimbra, Almedina, 2011, p. 675.

¹⁶⁴ LOPEZ, Teresa Ancona, *Exercício do direito e suas limitações: Abuso do direito*, in *Revista dos Tribunais*, v. 885, ano 98, São Paulo, jul./2009, p. 53.

¹⁶⁵ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e, *Da Boa Fé no Direito Civil*, Coimbra, Almedina, 2011, p. 675-676.

¹⁶⁶ *O Abuso do Direito no Processo de Conhecimento*, São Paulo, LTr, 2002, p. 20.

¹⁶⁷ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e, *Da Boa Fé no Direito Civil*, Coimbra, Almedina, 2011, p. 675-676.

no âmbito do direito francês, após o Código de Napoleão^{168,169}. As características da época, por si sós, explicam o sentido primitivo da expressão “abuso de direito” dentro da ciência jurídica positiva¹⁷⁰.

3.2.2. O desenvolvimento do abuso de direito na França

Antes da codificação do direito civil promovida por Napoleão Bonaparte, o direito francês já trazia o gérmen do reconhecimento do abuso de direito. É o caso da *Ordonnance de Villers-Cotterêts*, assinada por Francisco I em 1539, que estabelecia a indenização por perdas e danos no caso de lide temerária^{171,172}.

RUBENS LIMONGI FRANÇA aponta que, em 1756 – época pré-revolucionária, como se pode verificar –, na obra clássica de DOMAT, *Les Lois Civiles dans leur Ordre Naturel*, já se afirmava que o titular pode ser responsabilizado se modifica sua propriedade no intuito de prejudicar terceiro¹⁷³.

É interessante notar, porém, que o Código de Napoleão e as demais primeiras codificações modernas não acolheram o instituto do abuso de direito, já que os preceitos nelas expressos foram concebidos para serem exercitados de forma plena e absoluta, sem qualquer preocupação com sua função social. Uma das explicações mais aceitas para esse fenômeno é o fato de os primeiros códigos haverem sido concebidos para atender às exigências da burguesia, classe econômica emergente, e suas ideias não se compatibilizarem com a ideia da limitação da conduta individual¹⁷⁴.

¹⁶⁸ MENEZES CORDEIRO, António, *Tratado de Direito Civil Português - Parte Geral*, t. IV, Coimbra, Almedina, 2005, p. 250.

¹⁶⁹ Vale mencionar que a Idade Média tampouco trouxe maiores desenvolvimentos para a teoria do abuso de direito. Estudou-se apenas a *aemulatio*, instituição profundamente influenciada pelos princípios éticos do cristianismo e do direito canônico, que tratava da reprovação ao exercício de um direito sem utilidade própria, com a intenção de causar prejuízo a terceiro ou a bem alheio. De qualquer forma, não há como se dizer que o abuso de direito tenha se desenvolvido de forma teórico-científica nesse período, pois o desenvolvimento deu-se apenas empiricamente (FERREIRA, Keila Pacheco, *Abuso do direito nas relações obrigacionais*, Belo Horizonte, Del Rey, 2007, p. 16-18).

¹⁷⁰ WARAT, Luis Alberto, *Abuso del derecho y lagunas de la ley*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1969, p. 35.

¹⁷¹ AMERICANO, Jorge, *Do abuso do direito no exercício da demanda*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1932, p. 13.

¹⁷² FRANÇA, *Ordonnance de Villers-Cotterêts*, disponível [on-line] in <http://www.assemblee-nationale.fr/histoire/villers-cotterets.asp> [20.12.2013].

¹⁷³ *Abuso de direito*, in LIMONGI FRANÇA, Rubens (coord.), *Enciclopédia Saraiva do Direito*, v. 2, São Paulo, Saraiva, 1977, p. 46.

¹⁷⁴ ABDO, Helena Najjar, *O Abuso do Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007, p. 29. PATRÍCIA CARLA DE DEUS LIMA aponta o brocardo do *laissez faire, laissez passer* do liberalismo francês, que exigia postura abstencionista do Estado, como paradigmático dos excessos cometidos na época (*O abuso do direito*

De qualquer maneira, parece ser inconteste que a jurisprudência francesa dos séculos XIX e XX tenha desenvolvido as bases da teoria do abuso de direito, ao interpretar extensivamente o artigo 1.382 do Código Civil francês, dispositivo referente à responsabilidade civil^{175,176}.

Deve-se ressaltar a questão da interpretação extensiva do artigo 1.382 do Código Civil Napoleônico. De fato, referido diploma não menciona a existência de possibilidade de se exercer direito de forma abusiva, nem, tampouco, de qualquer limitação aos direitos subjetivos em geral. As decisões judiciais que desenvolveram o conceito de abuso de direito não se basearam, portanto, em dispositivos legais, e também não beberam da fonte romanista¹⁷⁷.

Pode-se citar entre alguns exemplos pioneiros da jurisprudência francesa sobre o tema uma decisão proferida em 2 de maio de 1855 pelo Tribunal de Colmar, na qual se condenou um proprietário a demolir uma chaminé falsa que havia construído sobre sua casa, com o intuito de vedar o acesso à luz da janela de um vizinho. Outro caso paradigmático foi o enfrentado pelo Tribunal de Lyon em 1856, em que foi condenado um proprietário que, utilizando-se de uma bomba em uma fonte, diminuiu dois terços no rendimento de uma fonte existente em um terreno vizinho. Ressaltou-se, na decisão, que o direito do proprietário é necessariamente limitado pela obrigação de deixar que terceiro goze de seu direito, e que não se poderia tolerar no Direito a prática de um ato no exclusivo intuito de prejudicar¹⁷⁸.

MENEZES CORDEIRO analisa essas decisões judiciais que condenaram o abuso de direito e verifica que os argumentos nelas contidos, em geral, tratam da necessidade de permitir ao terceiro que também goze de seu direito, da inutilidade do ato, do desvio de

de defesa no processo civil: reflexões sobre o tema no direito e na doutrina italiana, in Revista de Processo, n. 122, ano 30, abr./2005, p. 95).

¹⁷⁵ “Art. 1382. Tout fait quelconque de l’homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer” (em tradução livre: qualquer fato oriundo daquele que provoca um dano a outrem obriga aquele que foi a causa do que ocorreu a reparar este dano) (FRANÇA, *Code civil*, disponível [on-line] in <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721> [19-12-2013]).

¹⁷⁶ ABDO, Helena Najjar, *O Abuso do Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007, p. 29.

¹⁷⁷ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e, *Da Boa Fé no Direito Civil*, Coimbra, Almedina, 2011, p. 677.

¹⁷⁸ RIBEIRO, José Horácio Halfeld Rezende, *Abuso do direito - Contornos de direito material e processual*, in Revista da AASP, n. 98, ano XXVIII, jul./2008, p. 133.

finalidade do ato em relação à lei, da ocorrência de falta grave ou intenção de prejudicar. Além disso, ressalta que tais decisões, em nenhum momento, se referem à *aemulatio* ou à *exceptio doli*¹⁷⁹.

3.2.3. O desenvolvimento do abuso de direito na Alemanha

O direito alemão não recebeu de forma pura e simples o abuso de direito como formulado e desenvolvido na França. Ao contrário, a repressão aos comportamentos abusivos teve de partir da pandectística – que não reconhecia o abuso de direito – e da codificação de 1896, e passar por desenvolvimento doutrinário posterior, de feição própria e independente da doutrina francesa¹⁸⁰.

De fato, práticas socialmente reprováveis que eram classificadas como atos abusivos pelo direito francês recebiam, na Alemanha, tratamento diferenciado entre si, com base nas soluções constantes no *Corpus Iuris Civilis* e esquemas do direito comum. Duas foram as vias seguidas: a *exceptio doli* e a “chicana”, que consistiria, em seu sentido estrito, no exercício do direito, sem interesse próprio, com intuito de prejudicar terceiro¹⁸¹.

A vedação à chicana (*Schikaneverbot*) encontra-se presente no § 226 do *Bürgerliches Gesetzbuch* (“BGB”), o Código Civil Alemão, que determina que “o exercício de um direito é inadmissível quando ele só possa ter por escopo infligir um dano a outrem”¹⁸². Essa formulação, porém, tinha o problema de ser restritiva demais, já que o exercício de um direito seria inadmissível se ele *somente* pudesse ter por escopo causar dano a terceiro – e, na prática, o agente pratica um ato abusivo com múltiplos escopos, entre os quais se pode citar o prejuízo a terceiro. Como explica MENEZES CORDEIRO, tentou-se resolver esse problema pelo recurso à cláusula dos bons costumes contida no §

¹⁷⁹ *Da Boa Fé no Direito Civil*, Coimbra, Almedina, 2011, p. 678.

¹⁸⁰ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e, *Da Boa Fé no Direito Civil*, Coimbra, Almedina, 2011, p. 685-686.

¹⁸¹ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e, *Da Boa Fé no Direito Civil*, Coimbra, Almedina, 2011, p. 687-688.

¹⁸² No original, “Die Ausübung eines Rechts ist unzulässig, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem anderen Schaden zuzufügen” (ALEMANHA, *Bürgerliches Gesetzbuch*, disponível [on-line] in <http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/index.html> [19-12-2013]). A tradução para o português é de MENEZES CORDEIRO (*Da Boa Fé no Direito Civil*, Coimbra, Almedina, 2011, p. 689).

826 do BGB¹⁸³ (“*Sittenwidrige vorsätzliche Schädigung*”), mas essa solução trouxe a limitação de que apenas os atos dolosos poderiam ser considerados abusivos¹⁸⁴.

Outra interpretação possível foi dada por PEDRO BAPTISTA MARTINS, que considera os §§ 226 e 826 do BGB de domínios de aplicação diversa. O primeiro visaria ao abuso cometido no exercício de direitos definidos, enquanto que o outro se destinaria à repressão de abusos inerentes à realização da liberdade. Tal distinção, inclusive, se apoiaria no fato de que o § 226 encabeça a seção intitulada “Do exercício dos direitos, da defesa pessoal, da justiça pessoal” (“*Ausübung der Rechte, Selbstverteidigung, Selbsthilfe*”), ao passo que o § 826 se encontra sob o título que trata dos fatos ilícitos (“*Unerlaubte Handlungen*”)¹⁸⁵.

Menciona FERNANDO AUGUSTO CUNHA DE SÁ que tais princípios gerais de proibição do abuso de direito não são os únicos citados pelo BGB, que traz diversos reflexos dessa vedação em dispositivos que vão do direito de família e sucessões ao direito real, e tem por regra básica que o direito subjetivo não pode ser exercido se atentar contra os bons costumes e tiver por finalidade única causar dano a outrem¹⁸⁶.

De qualquer forma, não deixa de ser interessante apontar que o desenvolvimento da teoria do abuso de direito na Alemanha partiu da análise de casos concretos com base nas normas e princípios então existentes, para, então, presente uma prática jurisprudencial consagrada, passar-se à elaboração de uma teoria jurídica do abuso, de forma absolutamente diversa à ocorrida na França, onde se desenvolveu a teoria do abuso a partir de considerações gerais, políticas ou sociais¹⁸⁷.

Os parâmetros para a configuração do abuso de direito apresentados pelos ordenamentos jurídicos francês e alemão nunca se harmonizaram e, com isso, no entender de MENEZES CORDEIRO, levaram à decadência do instituto. O autor afirma que “um

¹⁸³ “Wer in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem anderen zum Ersatz des Schadens verpflichtet” (ALEMANHA, *Bürgerliches Gesetzbuch*, disponível [online] in <http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/index.html> [19-12-2013]). A tradução é, novamente, de MENEZES CORDEIRO: “Aquele que, de uma forma que atente contra os bons costumes, inflija dolosamente um dano a outrem, fica obrigado à indemnização do dano” (*Da Boa Fé no Direito Civil*, Coimbra, Almedina, 2011, p. 693).

¹⁸⁴ *Da Boa Fé no Direito Civil*, Coimbra, Almedina, 2011, p. 693-694.

¹⁸⁵ *O abuso do direito e o ato ilícito*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1997, p. 86-87.

¹⁸⁶ *Abuso do direito*, Lisboa, Centro de Estudos do Ministério das Finanças, 1973, p. 60-61.

¹⁸⁷ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e, *Da Boa Fé no Direito Civil*, Coimbra, Almedina, 2011, p. 695.

desenvolvimento técnico insuficiente perdeu, em França, o abuso do direito. Na Alemanha, factores técnicos submergiram-no” e, embora indique que a doutrina alemã mais recente considere o abuso de direito um conceito muito estreito para o desenvolvimento jurídico atual, pondera que o interesse prático do instituto permanece^{188,189}.

3.2.4. Abuso de direito em Portugal

A evolução do instituto do abuso de direito em Portugal pode ser analisada tendo por base o texto legal, bem como a jurisprudência a ele relacionada. Como explica MENEZES CORDEIRO, tal evolução deu-se em cinco fases, quais sejam, a fase pré-científica, a exegético-pontual, a da implantação, a da expansão e a do afinamento¹⁹⁰.

A fase pré-científica se deu à época do Código de Seabra, que consagrava, em seu artigo 13º, o princípio segundo o qual “quem exerce o seu direito não prejudica a ninguém”¹⁹¹. De fato, o texto do referido artigo dispunha que “quem, em conformidade com a lei, exerce o próprio direito, não responde pelos prejuízos que possam resultar d’esse mesmo exercício”¹⁹², e, com isso, deixava aberta a possibilidade da ocorrência do abuso de direito, já que, sendo o direito exercido em desconformidade com a lei, restava configurado o abuso. Todavia, a doutrina da época entendeu difícil a configuração do abuso de direito, dada a base legal que se apresentava¹⁹³. Mais grave, poderia se depreender do dispositivo que os que exercem um direito definido em lei poderiam se valer de imunidade absoluta¹⁹⁴.

Com a entrada em vigor do Código Civil de 1966, o abuso de direito passou a ser expressamente previsto em lei, em seu artigo 334º, que determina ser “ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa-fé,

¹⁸⁸ *Da Boa Fé no Direito Civil*, Coimbra, Almedina, 2011, p. 697-707.

¹⁸⁹ É interessante notar que, conforme discorre MARCUS ELIDIUS MICHELLI DE ALMEIDA, o Anteprojeto do Código Civil Francês, que pretende reformar o Código Napoleônico, finalmente traz uma disposição expressa sobre o abuso de direito. O artigo 147 dispõe que não é protegido pela lei e acarreta eventualmente a responsabilidade de seu autor todo ato ou fato que exceda manifestamente o exercício normal de um direito pela intenção do seu autor, pelo seu objeto ou pelas circunstâncias em que é realizado (*Abuso do Direito e Concorrência Desleal*, São Paulo, Quartier Latin, 2004, p. 56).

¹⁹⁰ *Tratado de Direito Civil Português - Parte Geral*, t. IV, Coimbra, Almedina, 2005, p. 243.

¹⁹¹ No original, *qui suo iure utitur neminem laedit*.

¹⁹² PORTUGAL, Código Civil Português, aprovado por carta de lei de 1 de julho de 1867, disponível [on-line] in <http://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1664.pdf> [8-1-2014].

¹⁹³ MENEZES CORDEIRO, António, *Tratado de Direito Civil Português - Parte Geral*, t. IV, Coimbra, Almedina, 2005, p. 244.

¹⁹⁴ MARTINS, Pedro Baptista, *O abuso do direito e o ato ilícito*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1997, p. 85.

pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito”^{195,196}. MENEZES CORDEIRO denomina tal fase como exegético-pontual porque numerosas decisões da época analisam e interpretam o abuso de direito, mas aplicam-no muito pontualmente¹⁹⁷.

Com a chamada fase da implantação, a partir de 1985, o instituto passa a ser aplicado em um ritmo crescente, em decorrência da renovação dos quadros dos magistrados superiores e da difusão de elementos científico-jurídicos que permitiram uma aplicação alargada do abuso de direito¹⁹⁸.

A fase da expansão vai de 1991 a 2000, e consiste na apreciação e ponderação corrente do abuso de direito, em variadas situações, com mais de 250 acórdãos publicados, possibilitando a indicação de algumas linhas temáticas, como a concentração de casos de *venire contra factum proprium*, o surgimento de uma preocupação em isolar os elementos próprios da tutela da confiança, entre outros pontos¹⁹⁹.

O afinamento, por fim, a partir de 2001, assim como foi definido por MENEZES CORDEIRO, pode ser considerado o refinamento da teoria. A jurisprudência portuguesa passa a ser menos imediatista e abandona as remissões de fórmulas clássicas e da exigência do abuso “manifesto”, em favor de considerações mais precisas. O abuso de direito, inclusive, passa a ser uma instância geral de controle dos exercícios jurídicos, desligando-se da ideia de direito subjetivo, com a qual sempre fora intimamente relacionado²⁰⁰.

3.3. Abuso de direito e direito subjetivo

Pelo menos no contexto histórico, o instituto do abuso de direito está ligado intimamente ao conceito de direito subjetivo, uma vez que o primeiro pode se caracterizar,

¹⁹⁵ PORTUGAL, Código Civil Português, disponível [on-line] in <http://www.confap.pt/docs/codcivil.PDF> [8-1-2014].

¹⁹⁶ Formulação praticamente idêntica à contida no artigo 187 do Código Civil Brasileiro de 2002. Vale notar que FERNANDO AUGUSTO CUNHA DE SÁ considera a referida conceituação veiculada pelo Código Civil Português “extraordinariamente vaga quanto ao aspecto da sua construção dogmática” (*Abuso do direito*, Lisboa, Centro de Estudos do Ministério das Finanças, 1973, p. 16-17).

¹⁹⁷ *Tratado de Direito Civil Português - Parte Geral*, t. IV, Coimbra, Almedina, 2005, p. 243.

¹⁹⁸ MENEZES CORDEIRO, António, *Tratado de Direito Civil Português – Parte Geral*, t. IV, Coimbra, Almedina, 2005, p. 245.

¹⁹⁹ MENEZES CORDEIRO, António, *Tratado de Direito Civil Português – Parte Geral*, t. IV, Coimbra, Almedina, 2005, p. 246.

²⁰⁰ MENEZES CORDEIRO, António, *Tratado de Direito Civil Português – Parte Geral*, t. IV, Coimbra, Almedina, 2005, p. 246.

em sua definição mais tradicional, justamente pelo exercício irregular do segundo, excedendo seus limites²⁰¹. Há quem diga que o direito subjetivo seria o verdadeiro objeto do abuso de direito²⁰².

São muitas as teorias que pretendem definir o direito subjetivo, entre as quais pode se mencionar a teoria da vontade de WINDSCHEID, a teoria do interesse de JHERING, as teorias mistas de SALEILLES, MICHOD, FERRARA e JELLINEK e mesmo as teorias que negam a existência dos direitos subjetivos, como as de DUGUIT e Kelsen²⁰³.

Para as finalidades do presente trabalho, o direito subjetivo pode ser definido como a prerrogativa ou poder reconhecidos pelo direito objetivo aos indivíduos, de maneira que estes possam exercitá-los em sua esfera de atividade, sob o amparo legal do Estado²⁰⁴. Pode-se também conceituar direito subjetivo como a faculdade ou poder conferido ao indivíduo por uma norma de direito positivo que reconhece a prevalência de um interesse protegido juridicamente²⁰⁵, ou como, simplesmente, a expressão de uma liberdade jurídica decorrente do livre arbítrio reconhecido à pessoa capaz de direitos e obrigações^{206,207}.

3.4. A relativização dos direitos subjetivos

Inicialmente, a filosofia jurídica individualista tolerava o exercício ilimitado e, por vezes, abusivo, dos direitos subjetivos²⁰⁸. Isso se deve ao momento histórico em que se deram as codificações, pós-Revolução Francesa. O Código de Napoleão e todos os outros que nele se basearam pretenderam, em sua glorificação do individualismo, fixar e garantir os ideais revolucionários de 1789, assegurando aos indivíduos uma quase plena liberdade de ação e outorgando-lhes direitos em uma extensão quase ilimitada²⁰⁹.

²⁰¹ RESCIGNO, Pietro, *L'abuso del diritto*, Bologna, Il Mulino, 1998, p.13.

²⁰² ABDO, Helena Najjar, *O Abuso do Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007, p. 34.

²⁰³ ALBUQUERQUE, Leedsônia Campos Ranieri de, *O Abuso do Direito no Processo de Conhecimento*, São Paulo, LTr, 2002, p. 36.

²⁰⁴ CARRANZA, Jorge A., *El abuso del derecho en la reforma del Código Civil*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1970, p. 11.

²⁰⁵ ABDO, Helena Najjar, *O Abuso do Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007, p. 35.

²⁰⁶ MIRAGEM, Bruno, *Abuso do direito: ilicitude objetiva no direito privado brasileiro*, in Revista dos Tribunais, ano 94, v. 842, dez./2005, p. 29.

²⁰⁷ A doutrina relativa a direitos subjetivos, embora relevante para o tema do abuso de direito, não será explorada mais detidamente, o que estaria além do escopo do presente trabalho.

²⁰⁸ CARRANZA, Jorge A., *El abuso del derecho en la reforma del Código Civil*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1970, p. 47.

²⁰⁹ WARAT, Luis Alberto, *Abuso del derecho y lagunas de la ley*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1969, p. 36.

Pode-se considerar que foram as ideias socialistas surgidas entre meados do século XIX ao início do século XX que, ao possibilitar a apreensão e a compreensão do mundo com base em um ponto de vista social, deram origem aos debates sobre o caráter relativo e os fins sociais do exercício dos direitos subjetivos²¹⁰.

A questão da relatividade dos direitos subjetivos, em especial, tornou-se o principal fundamento da teoria do abuso de direito para muitos autores. Grande parte deles entendia que a relatividade de um direito subjetivo se devia ao fato de que seu exercício deveria ter por limites os fins perseguidos pelo ordenamento jurídico²¹¹. Na primeira metade do século XX já havia autores a defender que o fim do absolutismo dos direitos subjetivos era um passo considerável no terreno da evolução jurídica²¹².

De fato, JORGE AMERICANO, em 1932, já afirmava peremptoriamente que a existência de direitos ilimitados seria uma ficção, já que o direito sem limite somente poderia ser exercitado fora da existência social; em sociedade, por outro lado, a liberdade de uma pessoa no exercício de seu direito cessaria quando encontra outro direito com o qual se choca²¹³. Assim, pode-se dizer que houve uma mudança no conceito do direito subjetivo, de poder absoluto de agir para o poder relativo de agir²¹⁴.

O ato abusivo, portanto, embora tenha uma aparência inicial de legalidade, é exercido com desvio de finalidade e, portanto, passa a ser considerado irregular²¹⁵.

Interessante notar que LOUIS JOSSEAND, um dos clássicos autores na matéria do abuso de direito, entendia que, da mesma forma que há um espírito das leis, também haveria um espírito dos direitos subjetivos. Estes seriam produtos sociais, e, como tais, relativos e exercitados conforme o espírito da instituição²¹⁶. JOSSEAND inclusive intitulou

²¹⁰ ABDO, Helena Najjar, *O Abuso do Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007, p. 36.

²¹¹ ABDO, Helena Najjar, *O Abuso do Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007, p. 36.

²¹² Cf., a esse respeito, MARTINS, Pedro Baptista, *O abuso do direito e o ato ilícito*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1997, p. 76.

²¹³ *Do abuso do direito no exercício da demanda*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1932, p. 41.

²¹⁴ LOPEZ, Teresa Ancona, *Exercício do direito e suas limitações: Abuso do direito*, in Revista dos Tribunais, v. 885, ano 98, São Paulo, jul./2009, p. 52.

²¹⁵ ABDO, Helena Najjar, *O Abuso do Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007, p. 36.

²¹⁶ *De l'esprit des droits et de leur relativité - Théorie dite de l'Abus des Droits*, Paris, Dalloz, 1927, p. 387-388.

sua obra como “*De l’esprit des droits et de leur relativité*”, o que demonstra como os conceitos de espírito e relatividade dos direitos eram relevantes para a época²¹⁷.

3.5. Sistematização

A relatividade dos direitos subjetivos, portanto, não é mais alvo de polêmica, mas sim reconhecida como uma característica inerente desses direitos²¹⁸. Resta perquirir como o exercício de um direito deixa de ser legítimo para se tornar abusivo, e quais elementos devem ser analisados para se chegar a essa conclusão.

São três as características sempre mencionadas quando se trata do exercício abusivo de um direito: a aparência de legalidade, a preexistência de um direito subjetivo e o fato de o abuso se referir ao exercício do direito, e não ao direito em si²¹⁹.

A sistematização do abuso de direito foi realizada principalmente por três grupos de teorias, que serão analisadas a seguir: (i) as teorias subjetivas, também chamadas de psicológicas; (ii) as teorias objetivas, também chamadas de finalistas; e (iii) as teorias mistas ou ecléticas. Tais teorias se diferenciam pela importância concedida ao elemento subjetivo – dolo ou culpa – para a configuração do ato abusivo²²⁰.

3.5.1. Teorias subjetivistas ou psicológicas

O grupo das teorias subjetivas ou psicológicas é o mais antigo dos grupos de teorias sobre o abuso de direito e compreende três correntes.

A primeira dessas correntes, adotada por muitos autores franceses do século XIX e início do século XX, defende que o ato abusivo é caracterizado pelo elemento intencional, sem o qual não se pode dizer que um direito foi exercido de forma abusiva. Assim, o ato

²¹⁷ ABDO, Helena Najjar, *O Abuso do Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007, p. 37.

²¹⁸ Como explica JORGE A. CARRANZA, “sin embargo nos parece que no puede negarse, cualquiera sea la militancia de quien juzgue la existencia de los derechos subjetivos, que ellos emergen como una necesidad incontrovertible de la fuerza vital del ser, que aspira a manifestarse en sus más acabadas posibilidades, aunque se reconozcan a este que llamaríamos ‘elan vital jurídico’, ciertos límites, uno de los cuales es el que veda el desajuste, desorden o irregularidad de su ejercicio, estudiado por la teoría del abuso del derecho” (*El abuso del derecho en la reforma del Código Civil*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1970, p. 12).

²¹⁹ ABDO, Helena Najjar, *O Abuso do Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007, p. 37.

²²⁰ ABDO, Helena Najjar, *O Abuso do Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007, p. 37.

abusivo, de acordo com essa corrente, é aquele exercido por um agente com a exclusiva intenção de prejudicar terceiros²²¹. Lembra RUBENS LIMONGI FRANÇA que é esta a disposição constante no artigo 1.295, (2), do Código Austríaco: “Aquele que causa um dano intencional de modo contrário aos bons costumes é por ele responsável; mas se o faz no exercício de um direito somente é responsável se o exercício desse direito teve por finalidade evidente de prejudicar a outrem”^{222,223}.

Outra corrente, por sua vez, que tem entre seus principais defensores GEORGES RIPERT, vai além da questão subjetiva da intenção de prejudicar terceiros, e inclui também o requisito de o ato supostamente abusivo ser proveitoso ou útil ao agente. Não havendo tal benefício ao agente, a se basear nessa corrente, seria inexistente o abuso de direito²²⁴.

A terceira e última corrente indica que haveria identidade de pressupostos entre o ato abusivo e o ato ilícito, de maneira que o titular de um direito subjetivo responderia pelos danos causados a terceiros, resultantes do exercício doloso ou culposos de seu direito. Assim, o abuso de direito corresponderia a um ato ilícito, e por isso deveria ser enquadrado nas hipóteses de responsabilidade civil extracontratual²²⁵.

Tais teorias têm por ponto comum o princípio de que toda responsabilidade deve ser imputável e atribuível ao agente por dolo ou culpa, já que a pessoa deve sempre atuar com diligência e responder pelo dano causado pelo exercício de um direito de forma dolosa ou culposa²²⁶. Embora tais razões sejam de foro íntimo, defendem os subjetivistas que essas podem ser apreendidas pelas próprias circunstâncias, quando não for possível nenhuma “interpretação honesta” ao ato lesivo²²⁷.

²²¹ ABDO, Helena Najjar, *O Abuso do Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007, p. 38.

²²² “§ 1295. (...) (2) Auch wer in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise absichtlich Schaden zufügt, ist dafür verantwortlich, jedoch falls dies in Ausübung eines Rechtes geschah, nur dann, wenn die Ausübung des Rechtes offenbar den Zweck hatte, den anderen zu schädigen” (ÁUSTRIA, *Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch*, disponível [on-line] in <http://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10001622> [8-1-2014]).

²²³ *Abuso de direito*, in LIMONGI FRANÇA, Rubens (coord.), *Enciclopédia Saraiva do Direito*, v. 2, São Paulo, Saraiva, 1977, p. 46.

²²⁴ ABDO, Helena Najjar, *O Abuso do Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007, p. 38.

²²⁵ ABDO, Helena Najjar, *O Abuso do Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007, p. 38.

²²⁶ CARRANZA, Jorge A., *El abuso del derecho en la reforma del Código Civil*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1970, p. 28.

²²⁷ AMERICANO, Jorge, *Do abuso do direito no exercício da demanda*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1932, p. 24.

As teorias subjetivistas têm, também, em comum, o fato de não levar em consideração a gravidade do dano gerado pelo exercício do direito, nem qualquer outro aspecto que possa indicar o exercício abusivo – o verdadeiro critério do abuso é a identificação, no íntimo do agente, de uma clara e inequívoca intenção de lesar terceiros no exercício do seu direito (*animus nocendi*)²²⁸.

Para os subjetivistas, portanto, o abuso de direito seria semelhante ao ato emulativo, cuja característica principal é a intenção de lesar outrem. Com isso, foram várias as críticas realizadas às teorias subjetivas, críticas essas que se concentravam, sobretudo, na dificuldade de se provar o intento lesivo do agente, o que resultaria no esvaziamento do alcance do instituto do abuso de direito²²⁹.

Em resposta especificamente à corrente capitaneada por RIPERT, argumenta-se a dificuldade em demonstrar a ausência do proveito ou utilidade do ato abusivo. Como é cediço, o agente sempre poderá alegar que de seu ato alegadamente abusivo irá decorrer lucro ou proveito, “sendo, como é, a inteligência humana sempre engenhosa em descobrir motivos honestos para justificar, até perante a própria consciência, os actos reprováveis”²³⁰.

PEDRO BAPTISTA MARTINS, em forte crítica às teorias subjetivistas, afirma que estas não trazem qualquer preocupação quanto à ordem social, pois se encontram confinadas em um estreito individualismo. Afinal, tais teorias se utilizariam de um raciocínio errôneo, de acordo com o qual, da mesma forma que a responsabilidade penal pressupõe um delito penal, a responsabilidade civil deveria pressupor um delito ou quase-delito civil – a indenização do dano se confundiria, assim, com a pena civil. Assim, por mais extensas que sejam as lesões ao interesse coletivo, o agente somente precisaria reparar o dano caso a vítima conseguisse provar que o ato abusivo foi cometido intencional e conscientemente²³¹.

De qualquer forma, como ressalta DANIEL M. BOULOS, não existe, propriamente, qualquer equívoco nas ideias propostas pelas teorias subjetivistas. O problema que se apresenta é se a solução por elas oferecidas seria suficiente para reprimir, de forma eficaz e

²²⁸ BOULOS, Daniel M., *Abuso do Direito no novo Código Civil*, São Paulo, Método, 2006, p. 39.

²²⁹ ABDO, Helena Najjar, *O Abuso do Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007, p. 39.

²³⁰ AMERICANO, Jorge, *Do abuso do direito no exercício da demanda*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1932, p. 24.

²³¹ MARTINS, Pedro Baptista, *O abuso do direito e o ato ilícito*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1997, p. 165.

socialmente desejável, o abuso no exercício de um direito, ou se as dificuldades apontadas acima para sua aplicação levaria ao engessamento do instituto e sua consequente ineficácia²³².

3.5.2. Teorias objetivistas ou finalistas

Em completa oposição às teorias subjetivas, as teorias objetivistas abstraem o elemento subjetivo para caracterizar o ato abusivo. São apresentados diversos critérios para apreciar o ato abusivo, entre os quais pode-se mencionar: (i) o desvio da finalidade social ou econômica do direito subjetivo; (ii) a ausência de razões sérias ou legítimas para a prática do ato; (iii) a falta de utilidade ou interesse para o agente; (iv) o exercício anormal ou irregular de um direito, entre outros critérios. As teorias objetivistas, portanto, caracterizam-se pela indiferença com que tratam o aspecto psicológico de um ato²³³.

HELENA NAJJAR ABDO aponta que a denominação dessa corrente como objetivista ou finalista deve-se ao fato de que todas essas teorias têm por base a característica do desvio de finalidade no exercício abusivo de um direito subjetivo²³⁴.

O principal expoente da corrente finalista foi SALEILLES, cuja orientação, de acordo com CLÓVIS BEVILÁQUA, teria sido adotada pelo Código Civil de 1916, em seu artigo 160, I^{235,236}. Para SALEILLES, o ato abusivo se caracterizaria pelos elementos da (i) ausência de interesse legítimo ou utilidade para o titular do direito e do (ii) uso anormal do direito, o qual restaria configurado pelo desacordo à destinação econômico-social da norma^{237,238}.

A corrente objetivista foi também consagrada no BGB, que, em seu já mencionado § 226, determinou que “o exercício de um direito é inadmissível quando ele só possa ter

²³² *Abuso do Direito no novo Código Civil*, São Paulo, Método, 2006, p. 40-41.

²³³ MARTINS, Pedro Baptista, *O abuso do direito e o ato ilícito*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1997, p. 170.

²³⁴ *O Abuso do Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007, p. 39.

²³⁵ *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil commentado*, v. 1, Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1916, p. 473.

²³⁶ E também foi adotada pelo Código Civil de 2002, como se analisará abaixo.

²³⁷ ABDO, Helena Najjar, *O Abuso do Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007, p. 40.

²³⁸ EPIFANIO J. L. CONDORELLI, a esse respeito, apresenta uma interessante consideração de acordo com a qual, embora SALEILLES desconsidere a análise da intenção do agente para caracterização do abuso de direito, na enorme maioria dos casos a ausência de interesse ou utilidade implicaria a existência de intenção maligna, torpeza ou negligência (*El abuso del derecho*, La Plata, Platense, 1971, p. 23).

por escopo infligir um dano a outrem”²³⁹. Como se pode notar, não há exigência de dolo ou culpa, enfim, de qualquer requisito subjetivo, para caracterização da abusividade de um ato.

Os subjetivistas consideram perigosas as teorias objetivistas, haja vista sua tentativa de criar um direito civil puramente objetivo, que teria por finalidade julgar as ações humanas sem se ocupar das intenções que as motivam²⁴⁰.

É interessante mencionar que, embora, à primeira vista, pareça que as ideias sustentadas pelas teorias subjetivistas e objetivistas sejam incompatíveis, a prática demonstra que tais correntes não são inconciliáveis. Ao contrário, acolher argumentos de uma teoria implica aceitar os argumentos de outra: ao exercer o seu direito com o fito exclusivo de prejudicar terceiros, o agente estará necessariamente atentando contra a boa-fé e os bons costumes, além da finalidade da norma^{241,242}.

3.5.3. Teorias mistas ou ecléticas

LOUIS JOSSEMAND é o mais importante defensor das teorias mistas ou ecléticas, e defende que a teoria do abuso do direito possui uma face dúplice, sendo uma subjetiva e outra objetiva²⁴³. O parâmetro seria a noção de espírito dos direitos, do qual decorreriam os critérios do motivo legítimo, de caráter subjetivo, e da função social, de caráter objetivo. O ato abusivo configurar-se-ia na lesão ao espírito de um direito.

A ausência do motivo legítimo seria, contudo, de difícil comprovação, pois se trataria de prova negativa. Para JOSSEMAND, esse problema é resolvido, na medida em que basta ao interessado provar a existência de um motivo ilegítimo – consequentemente

²³⁹ A tradução é de MENEZES CORDEIRO (*Da Boa Fé no Direito Civil*, Coimbra, Almedina, 2011, p. 689).

²⁴⁰ CARRANZA, Jorge A., *El abuso del derecho en la reforma del Código Civil*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1970, p. 30.

²⁴¹ BOULOS, Daniel M., *Abuso do Direito no novo Código Civil*, São Paulo, Método, 2006, p. 41.

²⁴² Como observa ALFREDO VALLADÃO, partidário da teoria objetivista, “o exame de todas as circunstâncias não leva, muitas vezes, ao exame do próprio elemento psicológico? A nosso ver, o abuso do direito caracteriza-se pela anormalidade de seu exercício, pelo seu exercício anti-social. E esta situação há de ser apreciada objetivamente, embora em muitos casos a apreciação objetiva envolva a necessidade de se conhecer o elemento psicológico” (*O abuso do direito*, in *Revista dos Tribunais*, v. 334, n. 21, São Paulo, ago./1963, p. 26-27).

²⁴³ JOSSEMAND, Louis, *De l'esprit des droits et de leur relativité - Théorie dite de l'Abus des Droits*, Paris, Dalloz, 1927, p. 386-387.

demonstrando abusivo o ato praticado. Seriam motivos ilegítimos o conluio, a fraude, o dolo, a intenção de prejudicar e a má-fé²⁴⁴.

O critério objetivo, por fim, refere-se à interpretação da norma conforme sua missão social e teleológica, sem a qual os direitos não devem ser exercidos, uma vez que são produtos sociais, e, por isso, relativos. Para JOSSE RAND, dessa forma, a teoria do abuso de direito defende que os diferentes direitos subjetivos conferidos a um indivíduo são animados por um espírito, e seu exercício deve dar-se dentro dos limites traçados pela sua missão social e pelos objetivos da instituição²⁴⁵.

Entre as críticas apresentadas à teoria de JOSSE RAND, argumenta-se que a investigação do motivo legítimo corrompe o caráter objetivo da caracterização do abuso de direito, uma vez que se enfatiza o aspecto psicológico. Deixa-se transparecer uma visão metajurídica do direito, já que a finalidade social dos direitos subjetivos permanece externa ao exercício dos direitos²⁴⁶.

RUBENS LIMONGI FRANÇA também é partidário da teoria mista, mas, ao contrário de JOSSE RAND, não pretende que se apresentem ambas as faces subjetiva e objetiva para caracterizar o ato abusivo. Ao contrário, defende que o abuso de direito se configura tanto sob o ponto de vista subjetivo, quanto sob o ponto de vista objetivo. De fato, em seu entendimento, se verificado dano efetivo, a existência de intenção de prejudicar alguém e o consequente abuso de direito são automaticamente provados; ao mesmo tempo, porém, há casos em que a mera distorção do exercício do direito é suficiente para caracterizar o abuso de direito²⁴⁷.

Posição semelhante é a esposada por JORGE AMERICANO, para quem o indicado é analisar objetivamente a intenção, ou seja, com base no procedimento normal das pessoas, e concluir-se pela ocorrência de abuso quando verificada a anormalidade do procedimento do agente²⁴⁸.

²⁴⁴ ABDO, Helena Najjar, *O Abuso do Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007, p. 41.

²⁴⁵ ABDO, Helena Najjar, *O Abuso do Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007, p. 42.

²⁴⁶ FERREIRA, Keila Pacheco, *Abuso do direito nas relações obrigacionais*, Belo Horizonte, Del Rey, 2007, p. 25.

²⁴⁷ *Abuso de direito*, in LIMONGI FRANÇA, Rubens (coord.), *Enciclopédia Saraiva do Direito*, v. 2, São Paulo, Saraiva, 1977, p. 46.

²⁴⁸ *Do abuso do direito no exercício da demanda*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1932, p. 25.

Vale notar que JORGE A. CARRANZA ressalta que, como a fórmula cunhada pelas teorias mistas é necessariamente “elástica” – já que trabalha com diversos fatores simultâneos – a configuração do abuso de direito deve ser deixada à livre apreciação do juiz²⁴⁹.

Com base no argumento segundo o qual as teorias subjetivistas e objetivistas teriam compatibilidades entre si, alguns autores chegam mesmo a defender que as teorias mistas não têm mais qualquer relevância prática atualmente²⁵⁰. Tanto seria assim que os ordenamentos jurídicos modernos tendem a tratar do abuso de direito com base ou nas teorias subjetivistas, ou nas objetivistas.

3.6. Objeções às teorias do abuso de direito

Obviamente, foram muitas as objeções apresentadas contra a teoria do abuso de direito. Por óbvio, uma teoria que pretende defender a relatividade de direitos que eram tidos até então como plenos e absolutos inevitavelmente sofreria sérias e variadas críticas. Hoje em dia, contudo, todas essas objeções foram superadas, e a relatividade dos direitos subjetivos, bem como a possibilidade de se punir o seu exercício abusivo, são questões absolutamente pacíficas.

Em todo o caso, vale registrar a seguir as principais objeções formuladas ao longo das primeiras décadas de consolidação da teoria do abuso de direito, e expor os argumentos pelos quais tais oposições não prevaleceram²⁵¹.

²⁴⁹ *El abuso del derecho en la reforma del Código Civil*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1970, p. 30.

²⁵⁰ BOULOS, Daniel M., *Abuso do Direito no novo Código Civil*, São Paulo, Método, 2006, p. 41-42. No entender do autor, “a teoria mista não possui relevância prática atualmente, (...) porque (...) quando tecnicamente considerada a teoria objetiva em toda a sua plenitude, certamente também se estará incorporando a teoria subjetiva. Tanto é assim que quando o titular de um direito o exerce com *animus nocendi*, certamente estará frustrando o fim econômico e social do instituto, além de estar violando a boa-fé e os bons costumes”.

²⁵¹ Não se tem, aqui, qualquer pretensão de esgotar o tema. Partilha-se da opinião de JORGE MANUEL COUTINHO DE ALMEIDA, para quem “tal empresa, além de manifestamente não caber nos quadros deste trabalho, revelar-se-ia, se não erro, de pouco préstimo. Com efeito, como já se disse, a objectividade, isto é, o ataque directo do objeto que nos preocupa, falha em muitos desses autores. Outros estão hoje claramente ultrapassados, de modo que a exposição e a crítica (fácil...) das suas concepções seriam pouco menos que inúteis. Depois, essa apresentação incorreria inevitavelmente em escusadas repetições ou multiplicações (e variando pouco o multiplicando...), dado o seguidismo a este nível bastas vezes verificado” (*Do abuso do direito – Ensaio de um critério em direito civil e nas deliberações sociais*, Porto, Almedina, 1999, p. 15).

LÉON DUGUIT se opunha à teoria dos direitos subjetivos, defendendo a existência de funções ou deveres sociais, que seriam desempenhados pelos indivíduos. Por essa razão, não se haveria de considerar os direitos subjetivos uma categoria autônoma, uma vez que se tratariam tão somente de reflexos dos deveres estampados nas normas. Há que se notar que a teoria de DUGUIT se opõe à existência do abuso de direito porque, não havendo direitos subjetivos, não há como exercê-los de forma abusiva²⁵². Assim, para o referido autor, agir conforme o direito não é exercer um direito subjetivo, e praticar um ato cujo fim é ilícito, ao mesmo tempo em que seu objeto não é em si contrário ao direito, significa apenas e tão somente violar o direito objetivo²⁵³.

Contra esse posicionamento, observou-se que a objeção à teoria do abuso de direito baseada na inexistência de direitos subjetivos seria filosófica demais para ser eficaz, e que a concepção defendida por DUGUIT nunca chegou a penetrar no direito civil, que se manteve baseado na ideia de personalidade e direitos individuais, tendo por objetivo a organização social dessa personalidade e o exercício daqueles direitos²⁵⁴.

De qualquer forma, é fato que essa controvérsia sobre a existência ou não dos direitos subjetivos perdeu o interesse prático no mundo atual, em que são levadas em conta para o bem-estar social a função e a finalidade dos institutos²⁵⁵.

MICHEL PLANIOL, por sua vez, formulou uma das argumentações mais célebres contra a expressão “abuso de direito”. De acordo com esse autor, um determinado ato somente pode ser exercido de forma lícita ou ilícita, de modo que o exercício abusivo de determinado direito consistiria, na verdade, em uma atuação sem direito. Assim, todo ato antijurídico seria ilícito, pois o direito cessa assim que o abuso começa²⁵⁶. Seria essa a célebre logomaquia apontada por PLANIOL: um mesmo ato não poderia ser, ao mesmo tempo, conforme e contrário ao direito^{257,258}.

²⁵² ABDON, Helena Najjar, *O Abuso do Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007, p. 43.

²⁵³ CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto, *Abuso do direito*, Lisboa, Centro de Estudos do Ministério das Finanças, 1973, p. 295.

²⁵⁴ MARTINS, Pedro Baptista, *O abuso do direito e o ato ilícito*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1997, p. 134.

²⁵⁵ LOPEZ, Teresa Ancona, *Exercício do direito e suas limitações: Abuso do direito*, in Revista dos Tribunais, v. 885, ano 98, São Paulo, jul./2009, p. 51.

²⁵⁶ ABDON, Helena Najjar, *O Abuso do Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007, p. 43.

²⁵⁷ RIBEIRO, José Horácio Halfeld Rezende, *Abuso do direito - Contornos de direito material e processual*, in Revista da AASP, n. 98, ano XXVIII, jul./2008, p. 134.

²⁵⁸ Ressalte-se que PLANIOL não era contrário à teoria do abuso de direito, mas apenas à expressão, que entendia logicamente incorreta (RIBEIRO, José Horácio Halfeld Rezende, *Abuso do direito - Contornos de*

A crítica de PLANIOL, contudo, não se resumiu à questão da linguagem, tendo negado formalmente a teoria do abuso de direito, com base no argumento de que esta não se diferenciaria do ato ilícito, uma vez que o ato abusivo corresponderia tão somente a um ato praticado sem direito²⁵⁹.

Ao rebater a objeção formulada por PLANIOL, JOSSEERAND demonstra que a suposta logomaquia trata, tão somente, de um jogo de palavras, sem alcance jurídico, uma vez que um ato pode, sim, ser simultaneamente conforme e contrário ao direito. De fato, a palavra “direito” envolve duas acepções bastante distintas, podendo significar o conjunto da ciência jurídica, o direito objetivo, além de poder se referir aos direitos subjetivos, como o direito de propriedade. O ato abusivo seria, dessa forma, exercido com base em um direito subjetivo, mas em contrariedade ao direito objetivo^{260,261}.

De uma forma mais direta, JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU defende que a questão da adequação da expressão ao fenômeno é de pouca relevância, ainda mais a se considerar que se encontra enraizada e é sugestiva – importante é saber o que a expressão “abuso de direito” significa²⁶².

No que se refere à questão de que o abuso de direito corresponderia meramente a um ato sem direito – em outras palavras, um ato ilícito –, este ponto será aprofundado abaixo. Sem prejuízo, entretanto, vale notar o posicionamento de FERNANDO AUGUSTO CUNHA DE SÁ, para quem a falha de PLANIOL resta em sua afirmação de acordo com a qual um ato pode ser apenas conforme o direito ou contrário ao direito – desconsiderando a possibilidade de um terceiro termo, correspondente ao abuso de direito²⁶³.

direito material e processual, in Revista da AASP, n. 98, ano XXVIII, jul./2008, p. 134). MARIO ROTONDI também tece críticas à expressão “abuso de direito” que, em seu entender, é demasiado vaga e imprecisa (*L’abuso di diritto - “Emulatio”*, Padova, CEDAM, 1979, p. 14).

²⁵⁹ MARTINS, Pedro Baptista, *O abuso do direito e o ato ilícito*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1997, p. 137.

²⁶⁰ *Relatividad y abuso de los derechos*, in *Del abuso de los derechos y otros ensayos*, Santa Fe de Bogotá, Temis, 1999, p. 24.

²⁶¹ JORGE AMERICANO critica inclusive a expressão “uso abusivo” (*usage abusif*), empregada por PLANIOL em substituição à fórmula “abuso de direito”. Explica o autor que é nessa expressão que ocorre verdadeira logomaquia, pois o uso se contrapõe ao abuso, e por isso duas ideias se repelem (*Do abuso do direito no exercício da demanda*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1932, p. 6).

²⁶² *Do abuso do direito - Ensaio de um critério em direito civil e nas deliberações sociais*, Porto, Almedina, 1999, p. 47.

²⁶³ *Abuso do direito*, Lisboa, Centro de Estudos do Ministério das Finanças, 1973, p. 332.

MENEZES CORDEIRO, por sua vez, joga uma pá de cal na questão ao reconhecer a existência da conduta do abuso de direito, mas ao mesmo tempo esclarecer que a expressão trata não necessariamente de “abuso” ou de “direito” subjetivo, mas sim da “atuação humana estritamente conforme com as normas imediatamente aplicáveis, mas que, tudo visto, se apresenta ilícita por contrariedade ao sistema, na sua globalidade”²⁶⁴.

O ponto de vista dos irmãos LÉON e HENRI MAZEAUD era semelhante ao de PLANIOL, ao considerar o ato abusivo um mero ato ilícito. Para esses autores, não se haveria de perquirir os fins sociais dos direitos, já que o abuso de direito decorreria da simples aplicação dos princípios da responsabilidade civil, sendo por isso indispensável a análise do elemento subjetivo, consistente no dolo ou na culpa²⁶⁵.

JOSSERAND chega a mencionar que alguns juristas chegaram a criticar a teoria do abuso de direito por conceder aos juízes poderes excessivos, temíveis e perigosos; que, reconhecendo-se o abuso de direito, não haveria qualquer segurança jurídica²⁶⁶, pois não se teria certeza da validade de um contrato, da regularidade de um ato etc. Responde o autor a essas considerações ponderando que os juízes sempre desempenharam o papel de censores e procederam a investigações psicológicas diversas e variadas, e ao lhes possibilitar a análise do abuso de direito, apenas se está mantendo os juízes em seu papel tradicional²⁶⁷.

Ademais, há que se notar que o juiz não deve aplicar mecanicamente a lei, nem deve substituí-la pelas suas convicções pessoais, estando seu arbítrio condicionado ao exame da finalidade econômica e social do instituto sob análise, cujo abuso se alega. Não se pode esquecer, além disso, que a atribuição de autoridade supletiva ao juiz, na aplicação da lei, significa apenas o banal reconhecimento de que o direito escrito não tem condições

²⁶⁴ *Litigância de má-fé, abuso do direito de ação e culpa in agendo*, 2ª ed., Coimbra, Almedina, 2011, p. 75.

²⁶⁵ ABDO, Helena Najjar, *O Abuso do Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007, p. 43-44.

²⁶⁶ Vale notar, neste ponto, que, partindo-se da concepção de MENEZES CORDEIRO (*Litigância de má-fé, abuso do direito de ação e culpa in agendo*, 2ª ed., Coimbra, Almedina, 2011, p. 75) acima apresentada – segundo a qual o “abuso de direito” consistiria na atuação em conformidade com as “normas imediatamente aplicáveis”, mas ilícita, em última análise, tendo em vista a “contrariedade ao sistema, na sua globalidade” – não se verifica qualquer oposição entre a noção de abuso de direito e o princípio da segurança jurídica, uma vez que este deve ser compreendido não apenas sob sua feição formal, mas também sob aquela material, de modo que a realização da segurança jurídica pressupõe a efetividade do ordenamento jurídico (Cf. ASSIS, Karoline Marchiori de, *Segurança jurídica dos benefícios fiscais*, Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e Rechtswissenschaftliche Fakultät der Westfälische Wilhelms-Universität Münster, São Paulo, 2013, p. 31 e ss.).

²⁶⁷ *Relatividad y abuso de los derechos*, in *Del abuso de los derechos y otros ensayos*, Santa Fe de Bogotá, Temis, 1999, p. 22-23.

de abranger todos os problemas jurídicos que a vida econômica e social pode vir a apresentar²⁶⁸.

Há também autores que não negam a existência do abuso de direito, mas o classificam como um fenômeno não pertencente ao mundo do direito, ou seja, tratar-se-ia de um fenômeno metajurídico ou sociológico. É o caso de MARIO ROTONDI, que entende que o abuso de direito faria parte de certo momento dinâmico do direito, correspondente à realidade mutável da vida, e o direito positivo se referiria ao momento estático do direito. Dessa forma, a prática abusiva não teria qualquer significado no mundo jurídico, para o qual seria uma atividade lícita, mas sofreria repressão em nível social ou moral²⁶⁹. Em síntese, para o autor, o abuso de direito, por ser um fenômeno sociológico, não poderia ser inserido no campo do direito, por simplesmente não pertencer a esse mundo²⁷⁰.

Contra tal teoria pode-se dizer que a recusa em considerar o abuso de direito um conceito ou problema jurídico não levou ninguém – nem mesmo MARIO ROTONDI – a negá-lo como problema social²⁷¹. E como tal problema social deve receber solução jurídica, de modo que a construção formulada pelo autor em nada influi na identificação e na prevenção da prática abusiva.

3.7. Abuso do direito como exercício inadmissível de posições jurídico-subjetivas

Para as finalidades do presente trabalho, é de especial importância a análise do estudo de MENEZES CORDEIRO, que conceituou o abuso de direito de forma a escapar das definições tradicionais das teorias subjetivistas, objetivistas, ou mesmo mistas, e ampliou o escopo do instituto para além do exercício abusivo de direitos subjetivos.

O autor identifica, no abuso de direito, efetivas limitações ao exercício de posições jurídico-subjetivas, limitações essas que (i) são determináveis apenas *in concreto*, (ii) correspondem a exigências globais que se projetam ou podem se projetar em exercícios

²⁶⁸ MARTINS, Pedro Baptista, *O abuso do direito e o ato ilícito*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1997, p. 128-131.

²⁶⁹ ROTONDI, Mario, *L'abuso di diritto - "Æmulatio"*, Padova, CEDAM, 1979, p. 218-220.

²⁷⁰ ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli de, *Abuso do Direito e Concorrência Desleal*, São Paulo, Quartier Latin, 2004, p. 61.

²⁷¹ CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto, *Abuso do direito*, Lisboa, Centro de Estudos do Ministério das Finanças, 1973, p. 313.

precisos, (iii) regulam-se em função de princípios gerais como tutela da confiança e primazia da materialidade subjacente, e (iv) equivalem a uma regra de conduta segundo a boa-fé. Em síntese, o abuso de direito seria o desrespeito pelas exigências periféricas do sistema que se projetam no interior dos direitos subjetivos²⁷².

Segundo MENEZES CORDEIRO, os direitos subjetivos são o sistema, uma vez que fazem parte dele, contribuindo estruturalmente para a sua composição; e as exigências do sistema nos direitos subjetivos equivalem ao modo de ser desses mesmos direitos. Em síntese, o abuso de direito seria uma disfuncionalidade intrassubjetiva, na medida em que a prática, ao mesmo tempo que integra o conjunto de normas e princípios de Direito, também contraria esse sistema²⁷³.

Referida definição será especialmente relevante para a análise do abuso praticado no contexto processual, a ser realizada no capítulo seguinte.

3.8. Abuso do direito no ordenamento jurídico brasileiro

3.8.1. Do artigo 160, I, do Código Civil de 1916 ao artigo 187 do Código Civil de 2002

Até a entrada em vigor do Código Civil de 2002, o ordenamento jurídico brasileiro não possuía uma norma geral expressa que vedasse o abuso de direito, embora fosse possível considerar o Código Civil de 1916 como precursor no reconhecimento do instituto. De fato, o artigo 160, I, do Código Civil de 1916²⁷⁴, previa que não consistia ato ilícito aquele praticado “no exercício regular de um direito reconhecido”, e essa disposição foi suficiente para que a doutrina nacional defendesse a censura ao abuso de direito via interpretação *a contrario sensu*²⁷⁵. Afinal, se os atos praticados no exercício regular de um

²⁷² *Litigância de má-fé, abuso do direito de ação e culpa in agendo*, 2ª ed., Coimbra, Almedina, 2011, p. 113.

²⁷³ *Litigância de má-fé, abuso do direito de ação e culpa in agendo*, 2ª ed., Coimbra, Almedina, 2011, p. 113-115.

²⁷⁴ BRASIL, Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916, Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, disponível [on-line] in http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm [19-12-2013].

²⁷⁵ Ainda que, de fato, a proibição ao abuso de direito tenha sido realizada de forma “tímida e obscura”, já que somente era possibilitada *a contrario sensu* do dispositivo legal, como opina PEDRO BAPTISTA MARTINS (*O abuso do direito e o ato ilícito*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1997, p. 92).

direito eram lícitos, sua contrapartida, ou seja, o exercício irregular de um direito, deveria ser vedada por lei²⁷⁶.

Nota-se, pela formulação do artigo 160, I, do Código Civil de 1916, que houve adoção da teoria objetivista de SALEILLES, na medida em que não se indica a necessidade de presença de elemento subjetivo – culpa ou dolo – para caracterizar o abuso de direito.

Aponte-se, todavia, que a timidez do legislador pátrio do início do século passado propiciou a que parte da doutrina nacional defendesse exatamente o oposto, ou seja, que o artigo 160, I, do Código Civil de 1916 teria acolhido, na verdade, a teoria subjetiva do abuso de direito²⁷⁷. Este foi, por exemplo, o caso de VICENTE RÁO, para quem, como a responsabilidade civil necessariamente pressuporia a culpa, o abuso de direito deveria ter como premissa o elemento subjetivo, de maneira que pudesse fundamentar a indenização^{278,279}.

É interessante lembrar que certos autores mencionam outros dispositivos legais que também permitiriam a aplicação da teoria do abuso de direito. Nesse sentido, são citados os artigos 5º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro²⁸⁰, 76²⁸¹ e 100²⁸² do Código Civil de 1916, bem como os artigos referentes à litigância de má-fé do Código de Processo Civil²⁸³ e o artigo 154 da Constituição de 1967 (após a Emenda Constitucional nº

²⁷⁶ Nesse sentido, cf. BEVILÁQUA, Clóvis, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Commentado*, v. 1, Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1916, p. 473.

²⁷⁷ BOULOS, Daniel M., *Abuso do Direito no novo Código Civil*, São Paulo, Método, 2006, p. 86.

²⁷⁸ *Abuso do direito - Seu conceito na legislação civil brasileira - Parecer*, in Revista dos Tribunais, v. 74, ano 19, São Paulo, jul./1930, p. 447.

²⁷⁹ No mesmo sentido, mencione-se MIRAGEM, Bruno, *Abuso do direito: ilicitude objetiva no direito privado brasileiro*, in Revista dos Tribunais, ano 94, v. 842, dez./2005, p. 15.

²⁸⁰ “Art. 5º. Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige” (BRASIL, Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, disponível [on-line] in http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm [19-12-2013]).

²⁸¹ “Art. 76. Para propor, ou contestar uma ação, é necessário ter legítimo interesse econômico, ou moral” (BRASIL, Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916, Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, disponível [on-line] in http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm [19-12-2013]).

²⁸² “Art. 100. Não se considera coação a ameaça do exercício normal de um direito, nem o simples temor reverencial” (BRASIL, Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916, Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, disponível [on-line] in http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm [19-12-2013]).

²⁸³ “Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo:

I - expor os fatos em juízo conforme a verdade;

II - proceder com lealdade e boa-fé;

III - não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento;

IV - não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito.

V - cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final.

1/69)²⁸⁴, entre outros, embora sempre se reconheça o artigo 160, I, do Código Civil de 1916, como o principal dispositivo relativo à matéria²⁸⁵.

Como se poderia esperar, o princípio da autonomia da vontade e o conceito absolutista do direito de propriedade inicialmente fizeram com que os tribunais brasileiros não dessem atenção ao instituto do abuso de direito. PEDRO BAPTISTA MARTINS menciona acórdão da Corte de Apelação do Distrito Federal, de 21 de novembro de 1930, que determinava, ao completo arrepio da lei civil em vigor à época, que se provasse a má-fé do agente para caracterizar o abuso de direito, uma vez que, sem dolo ou culpa, ninguém poderia ser obrigado a reparar danos. O autor faz referência a diversas outras decisões judiciais, da época, nesse mesmo sentido²⁸⁶.

De qualquer maneira, o instituto se consolidou com o passar dos anos, ao ponto de receber regulamentação específica no Código Civil de 2002²⁸⁷, em sua Parte Geral, artigo 187. A inclusão dessa disposição na Parte Geral é elogiada, uma vez que, acaso se estabelecesse o artigo referente ao abuso de direito na Parte Especial, poder-se-ia entender que a regra limitava-se a um campo específico do direito civil²⁸⁸.

O Código Civil de 2002 equipara o abuso de direito a ato ilícito, ao dispor, em seu artigo 187, que “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede

(...)

Art. 16. Responde por perdas e danos aquele que pleitear de má-fé como autor, réu ou interveniente.

Art. 17. Reputa-se litigante de má-fé aquele que:

I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;

II - alterar a verdade dos fatos;

III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal;

IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo;

V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;

VI - provocar incidentes manifestamente infundados.

VII - interpor recurso com intuito manifestamente protelatório” (BRASIL, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Institui o Código de Processo Civil, disponível [on-line] in http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm [19-12-2013]).

²⁸⁴ “Art. 154. O abuso do direito individual ou político, com o propósito de subversão do regime democrático ou de corrupção importará a suspensão daqueles direitos de dois a dez anos (...)” (BRASIL, Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967, disponível [on-line] in http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emc_anterior1988/emc01-69.htm [19-12-2013]).

²⁸⁵ LIMONGI FRANÇA, Rubens, *Abuso de direito*, in LIMONGI FRANÇA, Rubens (coord.), *Enciclopédia Saraiva do Direito*, v. 2, São Paulo, Saraiva, 1977, p. 46-47.

²⁸⁶ *O abuso do direito e o ato ilícito*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1997, p. 103 e ss.

²⁸⁷ BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, Institui o Código Civil, disponível [on-line] in http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm [19-12-2013].

²⁸⁸ BOULOS, Daniel M., *Abuso do Direito no novo Código Civil*, São Paulo, Método, 2006, p. 148.

manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. O artigo 188, I, apresenta a ressalva, presente no Código Civil de 1916, segundo a qual “não constituem atos ilícitos (...) os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido”.

Nota-se, assim, que os requisitos para a caracterização de um ato abusivo, pelo Código Civil de 2002, podem ser assim sintetizados: (i) deve haver o exercício de um direito (ii) por um agente titular desse direito, (iii) de maneira a exceder os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes e (iv) de forma manifesta. Sob uma conceituação mais sintética, pode-se também identificar o exercício abusivo de um direito (i) pela preexistência de um direito, (ii) pela aparência de legalidade que o ato abusivo se reveste, e (iii) pelo desvio de finalidade legal ou negocial, que demonstra a irregularidade no exercício do direito²⁸⁹.

Mais uma vez, como se pode depreender da análise do artigo 187 do Código Civil de 2002, o legislador brasileiro adotou a teoria objetivista de SALEILLES, dispensando a presença de dolo ou culpa para caracterização do abuso de direito. Essa decisão do legislador definitivamente tornou a norma útil e aplicável, haja vista que averiguar a intenção do agente e verificar se o dano resultou por sua culpa é tarefa que, no entender de PEDRO BAPTISTA MARTINS, deveria ser relegada à psicologia, não ao direito²⁹⁰.

Contudo, vale notar o posicionamento de CAROLINA BONADIMAN ESTEVES, para quem o Código Civil de 2002 estabeleceu ser necessária a presença do elemento subjetivo para que seja configurado o abuso. Em seu entender, o Código Civil de 2002 adotou a teoria mista, uma vez que o artigo 188, I²⁹¹, estabelece não constituir ato ilícito o exercício regular de um direito; logo, *a contrario sensu*, o ato abusivo consistiria no exercício irregular de um direito – o que o tornaria um ato ilícito, nos termos do artigo 186 e, consequentemente, implicaria a necessidade de verificação do elemento subjetivo²⁹². O mesmo posicionamento é esposado por BRUNELA VIEIRA DE VINCENZI, para quem a teoria

²⁸⁹ FERNANDES, Débora Chaves Martines, *Controle judicial da representatividade adequada das associações civis*, Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 179.

²⁹⁰ *O abuso do direito e o ato ilícito*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1997, p. 96.

²⁹¹ “Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;”

²⁹² *Abuso do direito e abuso do processo: existem recursos manifestamente protelatórios?*, in MAZZEI, Rodrigo (coord.), *Questões Processuais do Novo Código Civil*, Barueri, Manole, 2006, p. 96-97.

mista já era aplicada desde o Código Civil de 1916²⁹³. Esse entendimento tem por premissa a identidade entre o abuso de direito e o ato ilícito, questão que está longe de estar pacificada e que, por isso, merece melhor exame, como se verá a seguir.

3.8.2. Abuso de direito e ato ilícito

À primeira vista, a leitura do artigo 187 do Código Civil de 2002 pode dar margem ao entendimento de que o abuso de direito é uma espécie de ato ilícito. Esse entendimento tem o apoio de alguns autores, que entendem ser o ato ilícito um gênero do qual o abuso de direito é espécie^{294,295}.

DANIEL M. BOULOS argumenta que a controvérsia sobre a identidade ou não entre o abuso de direito e o ato ilícito seria, na prática, inútil. Em seu entender, analisando profundamente a questão, ambos os artigos 186 e 187 do Código Civil descrevem formas e requisitos distintos, pelos quais a ilicitude se manifesta no âmbito do direito civil²⁹⁶.

O posicionamento esposado acima parece conter a solução mais prática para o problema. De qualquer forma, vale descrever abaixo os vários argumentos que visam demonstrar a ausência de identidade entre ambos os institutos que, todavia, têm consequências semelhantes²⁹⁷.

Não se pode deixar de notar, primeiramente, que, sob o ponto de vista das teorias subjetivistas, abuso de direito é, sim, uma espécie de ato ilícito, de modo que não possui qualquer autonomia como fonte de responsabilidade civil distinta da responsabilidade por dolo ou culpa. Isso porque, para tais teorias, o abuso de direito seria uma espécie de ato

²⁹³ *A Boa-Fé no Processo Civil*, São Paulo, Atlas, 2003, p. 152-153.

²⁹⁴ Cf. JORGE AMERICANO (*Do abuso do direito no exercício da demanda*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1932, p. 7), VICENTE RÁO (*Abuso do direito - Seu conceito na legislação civil brasileira - Parecer*, in *Revista dos Tribunais*, v. 74, n. 447, São Paulo, mai./1930, p. 447) e CLÁUDIO ANTÔNIO SOARES LEVADA, *Responsabilidade civil por abuso de direito*, in *Revista dos Tribunais*, ano 79, v. 661, nov./1990, p. 43. Note-se que esses autores opinaram nesse sentido na vigência do Código Civil de 1916.

²⁹⁵ Outros chegam mesmo a definir o instituto como ato lícito, como é o caso de LUIS ALBERTO WARAT, para quem o abuso de direito é o ato lícito que o juiz considera que deve ser alterado em seu exercício em virtude de uma proibição decorrente de regras de ação com plena vigência social (*Abuso del derecho y lagunas de la ley*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1969, p. 69).

²⁹⁶ *Abuso do Direito no novo Código Civil*, São Paulo, Método, 2006, p. 46.

²⁹⁷ RIBEIRO, José Horácio Halfeld Rezende, *Abuso do direito - Contornos de direito material e processual*, in *Revista da AASP*, n. 98, ano XXVIII, jul./2008, p. 136.

ilícito dissimulado pela aparência do exercício de um direito²⁹⁸. Simplificando-se ainda mais a questão, qualquer ato realizado com intenção de prejudicar seria ato ilícito²⁹⁹.

Independentemente das teorias subjetivistas, há alguns autores que, em uma interpretação puramente literal, entendem ser o abuso de direito um ato ilícito apenas e tão somente porque o artigo 187 do Código Civil de 2002 estabelece que aquele que abusa de seu direito “também comete ato ilícito”. Para esses autores, o ato originalmente lícito invade o campo da ilicitude se cometido com abuso, tornando-se, assim, ilícito³⁰⁰.

Não se pode concordar com esse entendimento. O mais singelo dos argumentos contra a identidade entre o abuso de direito e o ato ilícito consiste no fato de que, independentemente do que se entenda por exceder de forma manifesta os fins impostos pelo fim econômico ou social, boa-fé ou bons costumes, o abuso de direito ocorre no exercício de um direito, e não fora dele, como se dá no ato ilícito³⁰¹.

Nessa mesma linha, vale citar TERESA ANCONA LOPEZ, para quem o ato abusivo é antijurídico, mas ocorre no exercício de um direito, com a violação de valores prezados pelo sistema, como a lealdade e a boa-fé, em prejuízo de terceiros – seria, portanto, uma figura autônoma, um ilícito atípico³⁰².

Uma maior elaboração do problema leva à análise da regra geral constante no artigo 186 do Código Civil de 2002 (“Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”), que caracteriza o ato ilícito pela (i) violação de direito; (ii) existência de dano; e (iii) culpa *lato sensu*.

Como já se viu acima, a caracterização de um ato como abusivo, no ordenamento jurídico brasileiro, é de cunho objetivista, não havendo porque se perquirir pelo elemento

²⁹⁸ CARRANZA, Jorge A., *El abuso del derecho en la reforma del Código Civil*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1970, p. 28-29.

²⁹⁹ MARTINS, Pedro Baptista, *O abuso do direito e o ato ilícito*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1997, p. 156.

³⁰⁰ STOCO, Rui, *Abuso do Direito e Má-Fé Processual - Aspectos Doutrinários*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 74.

³⁰¹ CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto, *Abuso do direito*, Lisboa, Centro de Estudos do Ministério das Finanças, 1973, p. 109-110.

³⁰² *Exercício do direito e suas limitações: Abuso do direito*, in Revista dos Tribunais, v. 885, ano 98, São Paulo, jul./2009, p. 61.

subjetivo do dolo ou da culpa. Com isso, não se pode vincular o abuso de direito aos elementos constantes no artigo 186 do Código Civil de 2002 – fazê-lo tornaria desnecessária a redação do artigo 187, já que o artigo 186 seria suficiente para enquadrar todas as hipóteses de abuso de direito³⁰³. PEDRO BAPTISTA MARTINS já se posicionava nesse sentido na primeira metade do século XX, ao analisar o abuso de direito e o ato ilícito, afirmando que a equiparação de ambos importaria na eliminação da teoria do abuso, por sua absoluta inutilidade³⁰⁴.

Mais um fundamento para se considerar o abuso de direito uma categoria autônoma em relação ao ato ilícito seria o fato de que o ato ilícito não encerra a ideia de limite, mas de transgressão, enquanto que o abuso de direito se relaciona ao conceito de limite de um direito³⁰⁵. Não é por outra razão que RUBENS LIMONGI FRANÇA inclui o abuso de direito em uma categoria de conteúdo próprio, que se situa na zona intermediária entre o ato lícito e o ato ilícito³⁰⁶, no que é seguido por FERNANDO AUGUSTO CUNHA DE SÁ, para quem o ato abusivo não é tecnicamente nem um ato lícito nem um ato ilícito, “mas sim, pura e simplesmente... um acto abusivo”³⁰⁷.

Outro posicionamento digno de menção é o que afirma que o abuso não poderia ser considerado o ato ilícito em si, mas sim a causa da qual o ato ilícito é consequência. Assim, o abuso de direito geraria o ato ilícito – que, por sua vez, pressupõe o dano – e leva à responsabilidade civil³⁰⁸.

A teoria do abuso de direito, ao menos no ordenamento jurídico brasileiro, é, portanto, independente da teoria da culpa e do ato ilícito, haja vista seu acentuado cunho objetivista e a incompatibilidade entre as noções de culpa e de exercício de um direito³⁰⁹.

³⁰³ RIBEIRO, José Horácio Halfeld Rezende, *Abuso do direito - Contornos de direito material e processual*, in Revista da AASP, n. 98, ano XXVIII, jul./2008, p. 136.

³⁰⁴ MARTINS, Pedro Baptista, *O abuso do direito e o ato ilícito*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1997, p. 162-163.

³⁰⁵ RIBEIRO, José Horácio Halfeld Rezende, *Abuso do direito - Contornos de direito material e processual*, in Revista da AASP, n. 98, ano XXVIII, jul./2008, p. 138.

³⁰⁶ *Abuso de direito*, in LIMONGI FRANÇA, Rubens (coord.), *Enciclopédia Saraiva do Direito*, v. 2, São Paulo, Saraiva, 1977, p. 45.

³⁰⁷ *Abuso do direito*, Lisboa, Centro de Estudos do Ministério das Finanças, 1973, p. 332.

³⁰⁸ CASTELLO BRANCO, Elcir, *Abuso*, in LIMONGI FRANÇA, Rubens (coord.), *Enciclopédia Saraiva do Direito*, v. 2, São Paulo, Saraiva, 1977, p. 30.

³⁰⁹ MARTINS, Pedro Baptista, *O abuso do direito e o ato ilícito*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1997, p. 168.

Isso, porém, não explicaria por que a disposição referente ao abuso de direito foi inserida no capítulo do Código Civil de 2002 referente aos atos ilícitos. Referido detalhe demonstra que o abuso de direito passou a ser equiparado ao ato ilícito³¹⁰, e é esclarecido como apenas e tão somente uma maneira de demonstrar o cabimento de indenização, uma vez que a existência de dano é essencial para que se possa pleitear indenização³¹¹.

Não que a questão da indenização seja o único aspecto do problema. SILVIO RODRIGUES aponta as consequências de se considerar a teoria do abuso de direito como circunscrita ou não ao âmbito da responsabilidade civil. Se a teoria se limita à aplicação da responsabilidade civil, então a única consequência de um ato abusivo seria a condenação do agente à reparação do dano; se, por outro lado, se aplica a outros campos do direito, então outras consequências poderão advir, que não apenas indenização, mas também redução do abuso, invalidade, nulidade, anulação do ato etc.³¹². Tais consequências serão estudadas abaixo.

BRUNO MIRAGEM, por sua vez, entende que não existe necessidade do dano como elemento para configuração da ilicitude do abuso, já que a exegese do artigo 187 do Código Civil permitiria a conclusão de que são apenas dois os requisitos para a configuração do abuso de direito, quais sejam, o exercício de direito próprio e a violação dos limites objetivos (boa-fé, bons costumes, fins econômicos e sociais). Assim, embora o dano seja pressuposto para a imputação da responsabilidade, o artigo 187 disporia sobre o abuso de direito como uma ilicitude sem culpa, que pode acarretar não a indenização, mas sim nulidade, ineficácia, e sanções penais ou administrativas³¹³.

3.8.3. Considerações a respeito da previsão legal

Como é cediço, o legislador não tem como prever todas as situações que podem ser disciplinadas por um determinado dispositivo legal, e, com isso, o comando normativo

³¹⁰ ESTEVES, Carolina Bonadiman, *Abuso do direito e abuso do processo: existem recursos manifestamente protelatórios?*, in MAZZEI, Rodrigo (coord.), *Questões Processuais do Novo Código Civil*, Barueri, Manole, 2006, p. 96.

³¹¹ RIBEIRO, José Horácio Halfeld Rezende, *Abuso do direito - Contornos de direito material e processual*, in Revista da AASP, n. 98, ano XXVIII, jul./2008, p. 136.

³¹² *Direito Civil - Responsabilidade civil*, 20ª ed., São Paulo, Saraiva, 2006, p. 54.

³¹³ *Abuso do direito: ilicitude objetiva no direito privado brasileiro*, in Revista dos Tribunais, ano 94, v. 842, dez./2005, p. 28.

pode ser considerado insuficiente para resolução de alguns problemas que se apresentem. Não seria diferente com o artigo 187 do Código Civil de 2002.

Primeiramente, é preciso deixar claro, a título de premissa, que o abuso de direito somente pode ser constatado no caso concreto, quando será possível analisar se houve a ofensa à finalidade social ou econômica, à boa-fé ou aos bons costumes³¹⁴.

Outro ponto digno de menção é a interpretação literal do mencionado artigo 187, que pode dar margem àquela segundo a qual apenas uma ação é passível de ser considerada um ato abusivo, e não uma omissão. Afinal, nos termos do artigo 187, “comete ato ilícito o titular de um direito (...) ao exercê-lo”. Essa interpretação literal não é acolhida pelos autores, que atentam para o fato de que o “exercício” mencionado no artigo seja considerado relativo tanto a uma ação quanto a uma omissão³¹⁵.

Não é por outra razão que autores como JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU empregam o termo “comportamento” em suas definições de abuso de direito, de maneira a expressar que o abuso de direito pode ocorrer tanto na ação quanto na omissão do agente³¹⁶.

Da mesma forma, a expressão “manifestamente”, contida no artigo 187 do Código Civil de 2002, não pode deixar de ser considerada incerta. A expressão pode dizer respeito a um grau ou quantidade de excesso, ou a uma qualidade, ou seja, à evidência natural desse mesmo excesso³¹⁷.

MENEZES CORDEIRO, em comentário ao artigo 334º do Código Civil Português³¹⁸, de redação bastante semelhante ao seu equivalente brasileiro, explica que a expressão

³¹⁴ CALCINI, Fábio Pallaretti, *Abuso do direito e o Novo Código Civil*, in Revista dos Tribunais, ano 93, v. 830, dez./2004, p. 41.

³¹⁵ ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli de, *Abuso do Direito e Concorrência Desleal*, São Paulo, Quartier Latin, 2004, p. 52.

³¹⁶ *Do abuso do direito - Ensaio de um critério em direito civil e nas deliberações sociais*, Porto, Almedina, 1999, p. 44.

³¹⁷ CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto, *Abuso do direito*, Lisboa, Centro de Estudos do Ministério das Finanças, 1973, p. 104.

³¹⁸ “Artigo 334. (Abuso do direito) É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito” (PORTUGAL, Código Civil Português, disponível [on-line] in <http://www.confap.pt/docs/codcivil.PDF> [8-1-2014]).

“manifestamente” origina-se dos superlativos que se utilizava à época, sem qualquer base legal, fundamentação doutrinária segura ou qualquer utilização na jurisprudência. Para o autor, tal adjetivação enérgica, hodiernamente, não faz qualquer sentido, já que, ao se apelar ao sentimento, esquece-se de que o contrário de “manifestamente” é “ocultamente” ou “implicitamente” – e não há como se defender que, de forma oculta, seja permitido atentar contra a boa-fé ou os bons costumes³¹⁹.

De fato, a opinião de MENEZES CORDEIRO ajusta-se perfeitamente ao caso brasileiro, na medida em que a expressão “manifestamente” não recebe qualquer atenção por parte dos intérpretes do artigo 187 do Código Civil de 2002, ao contrário dos autores portugueses, que se debruçaram sobre a mesma formulação contida no já citado artigo 334º do Código Civil Português.

Outra questão que se propõe é se a previsão legal engloba todo e qualquer direito subjetivo, como se pode inferir da leitura do artigo 187 do Código Civil de 2002, ou se existem direitos não suscetíveis de abuso. JOSSERAND defende a existência de direitos absolutos, que escapam ao controle do abuso de direito, e que são de total discricionariedade de seu titular, configurando “superdireitos”, que permitem seu exercício unilateral e independente. Entre esses “superdireitos”, o autor menciona, no direito civil francês, o direito de os ascendentes se oporem ao matrimônio dos descendentes, o direito de o vizinho cortar ramos ou raízes de plantas que entrem em sua propriedade, entre outros³²⁰.

De fato, na esteira de JOSSERAND, ainda que não necessariamente seguindo a sua terminologia de “superdireitos”, a maior parte dos autores entende que não podem ser exercidos abusivamente os direitos chamados absolutos, não causados ou potestativos, os quais conferem ao seu titular o poder de instituir uma modificação na esfera jurídica alheia, mediante uma declaração de vontade³²¹.

³¹⁹ *Tratado de Direito Civil Português - Parte Geral*, t. IV, Coimbra, Almedina, 2005, p. 240-241.

³²⁰ *Relatividad y abuso de los derechos*, in *Del abuso de los derechos y otros ensayos*, Santa Fe de Bogotá, Temis, 1999, p. 16.

³²¹ ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, *Do abuso do direito - Ensaio de um critério em direito civil e nas deliberações sociais*, Porto, Almedina, 1999, p. 71-73. O autor menciona uma série de direitos ditos potestativos cujo abuso seria simplesmente impossível, entre os quais se encontram o direito de ratificação de negócio celebrado sem poderes de representação, direito de o devedor invocar prescrição, direito de requerer o divórcio, direito de renunciar à herança etc.

Por fim, vale investigar se o julgador estará adstrito a considerar abuso de direito apenas e tão somente o ato que manifestamente exceder “os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”, nos termos do artigo 187 do Código Civil de 2002. Tais limites merecem uma análise mais detida.

3.8.4. Finalidade econômica ou social, boa-fé e bons costumes

Os conceitos de “finalidade econômica e social”, “boa-fé” e “bons costumes” são bastante abertos e elásticos, e essa característica, inclusive, auxilia o julgador na identificação de um ato abusivo.

BRUNO MIRAGEM pondera que a doutrina e jurisprudência brasileiras vêm tratando quase que apenas (e intensamente) da boa-fé, deixando de lado os dois outros limites dos fins econômicos e sociais dos direitos subjetivos e dos bons costumes. Acrescenta também que o problema dessa preferência é o fato de a boa-fé ter aplicação concentrada na relação obrigacional, enquanto que os outros limites teriam uma aplicabilidade mais geral³²².

O autor também discorre mais detidamente a respeito dos limites estabelecidos no artigo 187 do Código Civil, explicando que a finalidade econômica e social ali prevista não se limita à proibição do exercício de ato que não cause qualquer proveito ao seu autor (ato emulativo), mas sim impõe um exame da finalidade econômica dos direitos subjetivos tanto sob a perspectiva do titular do direito quanto dos interesses econômicos da comunidade e sua repercussão. Quanto aos fins sociais, esses remetem à razão de ser do direito e expressariam um sentido ético de comunidade³²³.

A boa-fé, por sua vez, tem papel fundamental em matéria de limite ao exercício de direitos, já que é fonte de deveres como lealdade, colaboração e respeito às expectativas legítimas do outro sujeito da relação jurídica, e com isso limita a liberdade individual do agente³²⁴. Há quem diga, inclusive, que foi sobre o conceito de boa-fé que se construiu a

³²² *Abuso do direito: ilicitude objetiva no direito privado brasileiro*, in Revista dos Tribunais, ano 94, v. 842, dez./2005, p. 24-25.

³²³ MIRAGEM, Bruno, *Abuso do direito: ilicitude objetiva no direito privado brasileiro*, in Revista dos Tribunais, ano 94, v. 842, dez./2005, p. 31-32.

³²⁴ MIRAGEM, Bruno, *Abuso do direito: ilicitude objetiva no direito privado brasileiro*, in Revista dos Tribunais, ano 94, v. 842, dez./2005, p. 33.

vedação ao abuso de direito, não havendo como se pensar no direito e nos ordenamentos jurídicos de forma desvinculada da boa-fé³²⁵.

Os bons costumes, por fim, embora tenham sua origem na moralidade sexual e de índole individual, hoje residem na noção ampla de moralidade pública e privada, por isso ultrapassando os limites da relação negocial (no qual incide a boa-fé) para regular todo e qualquer exercício de direito subjetivo³²⁶.

Os limites previstos na lei são, portanto, extremamente elásticos e dependentes de intensa interpretação. E, ainda que assim não fosse, não se pode dizer que há limitação taxativa aos conceitos acima descritos. De fato, em uma análise ampla, a ocorrência do abuso pode se dar (i) no comportamento emulativo³²⁷, (ii) no comportamento não-emulativo que não gera vantagem ao agente, mas gera desvantagem a terceiro, ou (iii) no comportamento que, a despeito da existência de utilidades para o agente e prejuízos a terceiro, se mostre contrário aos valores, princípios e máximas de condutas que compõem a unidade conceitual e valorativa do Código Civil de 2002, aí incluídas as já mencionadas finalidade econômica e social, boa-fé e bons costumes³²⁸.

3.8.5. Repressão ao abuso de direito

A legislação brasileira prevê variadas formas de repressão ao abuso de direito, a mais importante delas sendo a indenização por responsabilidade civil decorrente do ato abusivo prevista no artigo 927 do Código Civil³²⁹. A reparação pelos danos materiais e morais comprovadamente causados, de forma direta e imediata, pelo ato abusivo também se encontra prevista em uma série de dispositivos do Código de Processo Civil, quais

³²⁵ FERNANDES, Débora Chaves Martines, *Controle judicial da representatividade adequada das associações civis*, Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 173. A autora discorre, nas páginas seguintes, sobre o histórico da boa-fé desde o direito romano até o artigo 334 do Código Civil Português.

³²⁶ MIRAGEM, Bruno, *Abuso do direito: ilicitude objetiva no direito privado brasileiro*, in *Revista dos Tribunais*, ano 94, v. 842, dez./2005, p. 34-36.

³²⁷ Entendido este como o comportamento que não tem outro intuito que não o de causar prejuízo a terceiro.

³²⁸ LAUTENSCHLÄGER, Milton Flávio de Almeida Camargo, *Variações sobre a teoria do abuso do direito no âmbito do Código Civil Brasileiro*, in *Revista de Direito Privado*, v. 31, São Paulo, jul./2007, p. 202.

³²⁹ “Art. 927: Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo” (BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, Institui o Código Civil, disponível [on-line] in http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm [19-12-2013]).

sejam (exemplificativamente), os artigos 16³³⁰, 18³³¹, 133³³², 538, parágrafo único³³³, e 740, parágrafo único³³⁴, além do artigo 17 da Lei nº 7.347/1985³³⁵.

Lembra FELIPE SCRIPES WLADECK que também existe a possibilidade de responsabilização penal do agente pela prática do abuso, de decretação da nulidade ou declaração de ineficácia do ato abusivo, e mesmo de ação rescisória para desconstituir sentença proferida em processo no qual a conduta abusiva possa ter levado a uma das hipóteses previstas no artigo 485³³⁶ do Código de Processo Civil³³⁷.

³³⁰ “Art. 16. Responde por perdas e danos aquele que pleitear de má-fé como autor, réu ou interveniente” (BRASIL, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Institui o Código de Processo Civil, disponível [on-line] in http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm [18-12-2013]).

³³¹ “Art. 18. O juiz ou tribunal, de ofício ou a requerimento, condenará o litigante de má-fé a pagar multa não excedente a um por cento sobre o valor da causa e a indenizar a parte contrária dos prejuízos que esta sofreu, mais os honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou” (BRASIL, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Institui o Código de Processo Civil, disponível [on-line] in http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm [18-12-2013]).

³³² “Art. 133. Responderá por perdas e danos o juiz, quando:

I - no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude;

II - recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício, ou a requerimento da parte” (BRASIL, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Institui o Código de Processo Civil, disponível [on-line] in http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm [18-12-2013]).

³³³ “Art. 538. Os embargos de declaração interrompem o prazo para a interposição de outros recursos, por qualquer das partes.

Parágrafo único. Quando manifestamente protelatórios os embargos, o juiz ou o tribunal, declarando que o são, condenará o embargante a pagar ao embargado multa não excedente de 1% (um por cento) sobre o valor da causa. Na reiteração de embargos protelatórios, a multa é elevada a até 10% (dez por cento), ficando condicionada a interposição de qualquer outro recurso ao depósito do valor respectivo” (BRASIL, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Institui o Código de Processo Civil, disponível [on-line] in http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm [18-12-2013]).

³³⁴ “Art. 740. Recebidos os embargos, será o exequente ouvido no prazo de 15 (quinze) dias; a seguir, o juiz julgará imediatamente o pedido (art. 330) ou designará audiência de conciliação, instrução e julgamento, proferindo sentença no prazo de 10 (dez) dias.

Parágrafo único. No caso de embargos manifestamente protelatórios, o juiz imporá, em favor do exequente, multa ao embargante em valor não superior a 20% (vinte por cento) do valor em execução” (BRASIL, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Institui o Código de Processo Civil, disponível [on-line] in http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm [18-12-2013]).

³³⁵ “Art. 17. Em caso de litigância de má-fé, a associação autora e os diretores responsáveis pela propositura da ação serão solidariamente condenados em honorários advocatícios e ao décuplo das custas, sem prejuízo da responsabilidade por perdas e danos” (BRASIL, Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (vetado) e dá outras providências, disponível [on-line] in http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347Compilada.htm [18-12-2013]).

³³⁶ “Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

I - se verificar que foi dada por prevaricação, concussão ou corrupção do juiz;

II - proferida por juiz impedido ou absolutamente incompetente;

III - resultar de dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida, ou de colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei;

IV - ofender a coisa julgada;

V - violar literal disposição de lei;

VI - se fundar em prova, cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou seja provada na própria ação rescisória;

VII - depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável;

Não se pode esquecer, ademais, que é possível que sejam cumuladas sanções de espécies diversas³³⁸, como no caso da cominação de multa e da condenação à reparação de danos previstas no artigo 18 do Código de Processo Civil³³⁹. Referida possibilidade de cumulação de sanções de espécies diversas consistirá premissa sobremaneira importante para a parte final do presente trabalho, como se verá oportunamente.

3.9. Síntese conclusiva parcial

Como se pôde demonstrar no presente capítulo, o instituto do abuso de direito tem profundas raízes no ordenamento jurídico brasileiro e sólido desenvolvimento em outras jurisdições. Embora se pudesse discutir se houve ou não o reconhecimento de sua previsão na codificação civil anterior, ainda que tal questionamento não existisse por parte da doutrina e jurisprudência, essa dúvida desapareceu com a redação do artigo 187 do Código Civil de 2002.

Assim, para se identificar o abuso de direito, deve haver (i) o exercício de um direito (ii) por um agente titular desse direito, (iii) de maneira a exceder os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Merece especial atenção, haja vista o escopo do presente trabalho, a prática do abuso de direito processual, ou abuso do processo. JOSÉ OLÍMPIO DE CASTRO FILHO afirma, em sua obra sobre o tema, que o processo civil representa “campo muito mais vasto para o exercício abusivo do direito”, “pela própria existência do conflito de interesses, que, normalmente, é o que faz nascer o processo, e pela insuperável exigência de tempo de providências indispensáveis para a solução do litígio e seus incidentes”, de maneira a que é

VIII - houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação, em que se baseou a sentença; IX - fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa” (BRASIL, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Institui o Código de Processo Civil, disponível [on-line] in http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm [18-12-2013]).

³³⁷ *Abuso quanto ao Exercício do Direito de demandar no Direito Processual Civil Brasileiro*, in Revista Dialética de Direito Processual, n. 96, mar./2011, p. 40.

³³⁸ WLADECK, Felipe Sripes, *Abuso quanto ao Exercício do Direito de demandar no Direito Processual Civil Brasileiro*, in Revista Dialética de Direito Processual, n. 96, mar./2011, p. 41.

³³⁹ “Art. 18. O juiz ou tribunal, de ofício ou a requerimento, condenará o litigante de má-fé a pagar multa não excedente a um por cento sobre o valor da causa e a indenizar a parte contrária dos prejuízos que esta sofreu, mais os honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou” (BRASIL, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Institui o Código de Processo Civil, disponível [on-line] in http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm [18-12-2013]).

esperável “que cada contendor procurasse vencer a demanda, de qualquer forma e por qualquer maneira, ainda que à custa do sacrifício do direito alheio”,³⁴⁰.

O próximo capítulo tratará desse assunto.

³⁴⁰ CASTRO FILHO, José Olímpio de, *Abuso do direito no processo civil*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1960, p. 31-32.

CAPÍTULO 4 - ABUSO DOS DIREITOS DE AÇÃO E DE PETIÇÃO

4.1. Breve introdução

Como visto no capítulo anterior, o instituto do abuso de direito, embora relativamente recente, foi intensamente estudado e discutido por diversos autores ao longo do último século, e representa uma indiscutível demonstração da relatividade dos direitos subjetivos, os quais eram no passado entendido como absolutos.

Neste capítulo, pretende-se verificar os fundamentos pelos quais se pode configurar o abuso no exercício dos direitos de ação e de petição, respectiva e especificamente no âmbito do processo civil – por meio do bastante analisado instituto do abuso do processo – e no âmbito administrativo, na interface com a Administração Pública. Com isso, poder-se-á aplicar os critérios desenvolvidos no capítulo anterior, a fim de se demonstrar com que formas o abuso de direito pode se apresentar nas situações mencionadas.

Não se pode deixar de observar, contudo, que o objeto do presente capítulo, qual seja, o abuso do direito praticado no âmbito processual e administrativo, tangencia os direitos fundamentais de ação e de petição, ambos os quais expressamente reconhecidos na Constituição Federal³⁴¹. Dessa forma, qualquer sanção mais séria que seja imposta à parte que cometeu abuso do direito processual, seja no bojo do mesmo processo, seja em ação de reparação de danos posterior³⁴², pode ensejar a alegação – não incomum – de que as referidas sanções violariam os direitos constitucionais de ação e petição. Portanto, antes de se adentrar o cerne do presente trabalho, importa verificar a plausibilidade da referida alegação, de modo que se faz necessário tecer algumas considerações acerca da possibilidade de restrição dos direitos fundamentais de ação e de petição.

³⁴¹ “Art. 5º. (...) 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; (...)

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, disponível [on-line] in http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm [11-12-2013]).

³⁴² E mesmo em processo administrativo perante o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, como se verá no próximo capítulo do presente trabalho.

As importantes conclusões deste capítulo constituirão as premissas na quais se baseará o capítulo seguinte do presente trabalho.

4.2. Os direitos de ação e de petição como direitos constitucionais fundamentais e suas restrições

A imposição de limites a garantias constitucionais não significa negar tais garantias; de fato, a existência de limitações naturais na própria Constituição Federal e no sistema processual visam justamente a adequar o processo à sua realidade e ao contexto social em que se encontra inserido³⁴³. Afinal, a Constituição não pode ser considerada um mero agregado de normas interpretadas de forma compartimentada³⁴⁴.

A análise da possibilidade de restrição dos direitos constitucionais de ação e de petição requer o breve esclarecimento de alguns pressupostos teóricos relativos ao assunto. Para GILMAR FERREIRA MENDES, a ideia de restrição a direitos fundamentais “é quase trivial”³⁴⁵. Ainda assim, não se pode deixar de expor, aqui, certos fundamentos que permitem a conclusão segundo a qual é admissível, em determinados casos, a limitação ao exercício dos direitos de ação e petição.

O primeiro desses fundamentos é a noção de que os direitos fundamentais têm um conteúdo essencial, que deve ser respeitado pelo legislador ordinário³⁴⁶. Para VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, a questão do conteúdo essencial dos direitos fundamentais é, em realidade, um fenômeno complexo que envolve as seguintes variáveis relacionadas entre si: (i) a definição do que é protegido pela norma de direito fundamental; (ii) a relação entre o que é protegido e suas possíveis restrições; e (iii) a fundamentação tanto do que é protegido quanto das mencionadas restrições³⁴⁷. A relação entre tais variáveis, por sua vez, é tratada de maneira distinta entre as teorias que defendem a existência de um conteúdo essencial absoluto e aquelas que argumentam que esse conteúdo essencial é relativo.

³⁴³ ABDO, Helena Najjar, *O Abuso do Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007, p. 168.

³⁴⁴ PROENÇA, José Marcelo Martins, *Concentração empresarial e o direito da concorrência*, São Paulo, Saraiva, 2001, p. 3.

³⁴⁵ *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de direito constitucional*, São Paulo, Saraiva, 2012, p. 36.

³⁴⁶ SILVA, Virgílio Afonso da, *Direitos Fundamentais - conteúdo essencial, restrições e eficácia*, São Paulo, Malheiros, 2011, p. 21-23.

³⁴⁷ *Direitos Fundamentais - conteúdo essencial, restrições e eficácia*, São Paulo, Malheiros, 2011, p. 28.

No presente trabalho, filiar-se-á às teorias relativistas, uma vez que estas definem o conteúdo essencial dos direitos fundamentais por meio da consideração casuística das condições fáticas e das colisões entre conflitos e interesses³⁴⁸, ao contrário das teorias absolutas, que defendem que cada direito fundamental conteria um núcleo essencial, sobre o qual não se pode, sob qualquer hipótese, intervir^{349,350}.

Admitida a possibilidade de restrição dos direitos fundamentais, VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA discorre a respeito das teorias interna e externa, que permitem um melhor detalhamento da forma que se dá referida restrição. No entender do autor, a teoria interna, que sustenta que o direito e seus limites³⁵¹ formam uma unidade, exclui outros fatores externos, como outros princípios, imponham qualquer restrição; isso torna a teoria externa preferível, uma vez que esta defende a ideia de que, de um lado, há o direito em si, e de outro, suas restrições³⁵². A relação entre um (o direito) e outra (a restrição) não necessariamente existe, e é estabelecida pela necessidade de compatibilização entre os direitos individuais e os bens coletivos^{353,354}.

Defende-se, neste trabalho, que a teoria externa se acomoda melhor aos objetivos aqui visados, uma vez que esta tem por premissa que os direitos fundamentais devem ser considerados princípios – o que implica as conclusões de que (i) tais princípios podem ser

³⁴⁸ SILVA, Virgílio Afonso da, *Direitos Fundamentais - conteúdo essencial, restrições e eficácia*, São Paulo, Malheiros, 2011, p. 196.

³⁴⁹ MENDES, Gilmar Ferreira, *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de direito constitucional*, São Paulo, Saraiva, 2012, p. 58.

³⁵⁰ Vale notar que as teorias relativistas oferecem maior proteção aos direitos fundamentais, uma vez que se impõe um necessário ônus argumentativo para qualquer restrição a tais direitos (ASSIS, Karoline Marchiori de, *Segurança jurídica dos benefícios fiscais*, Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e Rechtswissenschaftliche Fakultät der Westfälische Wilhelms-Universität Münster, São Paulo, 2013, p. 91).

³⁵¹ Na teoria interna, inexistente a ideia de restrição, substituindo-a pela ideia de limites (MENDES, Gilmar Ferreira, *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de direito constitucional*, São Paulo, Saraiva, 2012, p. 40).

³⁵² *Direitos Fundamentais - conteúdo essencial, restrições e eficácia*, São Paulo, Malheiros, 2011, p. 128, 138.

³⁵³ MENDES, Gilmar Ferreira, *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de direito constitucional*, São Paulo, Saraiva, 2012, p. 40.

³⁵⁴ ROBERT ALEXY aponta que “a polêmica entre a teoria interna e a teoria externa não é, de forma alguma, uma polêmica exclusivamente acerca de questões conceituais e problemas de construção teórica. Entre teorias sobre restrições e hipóteses normativas gerais existem conexões claras. Nesse sentido, alguém que defenda uma teoria individualista do Estado e da sociedade tenderá mais à teoria externa, enquanto alguém para o qual o importante é o papel de membro ou participante de uma comunidade tenderá mais para a teoria interna” (*Teoria dos Direitos Fundamentais*, trad. port. de Virgílio Afonso da Silva, 2ª ed., São Paulo, Malheiros, 2012, p. 278).

entendidos como posições *prima facie* e não como posições definitivas³⁵⁵, e que (ii) com isso, o que se restringe é o direito *prima facie* assegurado por norma de direito fundamental³⁵⁶.

É de suma importância ressaltar que a restrição a direitos fundamentais se dá por meio de regras, as quais usualmente são encontradas na legislação infraconstitucional, e que proíbem alguma conduta que é *prima facie* permitida por algum direito fundamental, ou autorizam alguma ação estatal cujo efeito restringe a proteção garantida *prima facie* por um direito fundamental³⁵⁷.

Essa constatação é vital para os objetivos do presente trabalho, como se explicará. Primeiramente, cumpre apontar que não restam dúvidas sobre o caráter de direito fundamental que possuem os direitos constitucionais de ação e de petição.

De fato, o direito de petição, previsto no artigo 5º, XXXIV, da Constituição Federal³⁵⁸, constitui instrumento de defesa não jurisdicional de direitos e interesses gerais ou coletivos³⁵⁹. Explica JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO que referido direito se trata da “faculdade reconhecida a indivíduo ou grupo de indivíduos de se dirigir a quaisquer

³⁵⁵ ASSIS, Karoline Marchiori de, *Segurança jurídica dos benefícios fiscais*, Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e Rechtswissenschaftliche Fakultät der Westfälische Wilhelms-Universität Münster, São Paulo, 2013, p. 167.

³⁵⁶ ALEXY, Robert, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, trad. port. de Virgílio Afonso da Silva, 2ª ed., São Paulo, Malheiros, 2012, p. 280. Como esclarece o autor, “no direito fundamental *prima facie* que corresponde a esse princípio há algo de excedente, que pode ser restringido. Esse excedente não é nem algo externo ao ordenamento jurídico – como, por exemplo, um direito natural, uma liberdade natural ou uma situação natural –, nem algo localizado abaixo da Constituição, mas algo que pertence ao acervo de normas constitucionais. Se se parte do modelo de princípios, o que é restringido não é simplesmente um bem protegido pela norma de direito fundamental, mas um direito *prima facie* garantido por essa norma. No modelo de princípios, portanto, é correto falar em restrição a direitos fundamentais”.

³⁵⁷ SILVA, Virgílio Afonso da, *Direitos Fundamentais - conteúdo essencial, restrições e eficácia*, São Paulo, Malheiros, 2011, p. 141. O autor ressalva, à p. 142, que, *materialmente*, as restrições a direitos fundamentais são sempre baseadas em princípios, e ocorrem porque dois ou mais princípios se chocam, implicando a colisão a pelo menos um dos princípios envolvidos; *formalmente*, por outro lado, essa restrição pode ocorrer de diversas formas, muitas vezes expressadas por meio de regras presentes na legislação infraconstitucional ou veiculadas por meio de decisões judiciais. Vale também apontar que a regra somente pode ser considerada uma restrição a direito fundamental se for compatível com a Constituição; se inconstitucional, a regra não pode ter a natureza de uma restrição (ALEXY, Robert, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, trad. port. de Virgílio Afonso da Silva, 2ª ed., São Paulo, Malheiros, 2012, p. 281).

³⁵⁸ “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” (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, disponível [on-line] in http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm [11-12-2013]).

³⁵⁹ MENDES, Gilmar Ferreira, *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de direito constitucional*, São Paulo, Saraiva, 2012, p. 304.

autoridades públicas apresentando petições, representações, reclamações ou queixas destinadas à defesa dos seus direitos, da constituição, das leis ou do interesse geral”³⁶⁰.

Ressalte-se que, ao contrário do direito de ação, o direito de petição não provoca a tutela judicial, e tem por objetivo levar reivindicação individual ou coletiva às autoridades cabíveis³⁶¹.

Por sua vez, previsto no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal³⁶², o direito de ação é exercido judicialmente, e não se limita ao direito de pedir a resolução do mérito, incluindo também o direito de participar adequadamente do processo, por meio da apresentação de alegações e de produção de provas, de maneira a influir sobre o convencimento do juiz³⁶³.

Com base em todo o exposto, pode-se concluir que esses direitos fundamentais de ação e de petição não podem ser considerados absolutos, e podem, por isso, sofrer restrições. Por sua vez, portanto, nos termos da teoria externa de restrição a direitos fundamentais aqui defendida, tais restrições ocorrem por meio de regras que se encontram na legislação infraconstitucional. Essas regras, presentes especialmente – mas não apenas – no Código de Processo Civil e na Lei nº 9.784/99 (Lei do Processo Administrativo Federal), serão abordadas abaixo, de forma a permitir a conclusão segundo a qual o ordenamento jurídico brasileiro permite a punição do abuso dos direitos de ação e de petição.

4.3. Abuso do direito de ação

O abuso do direito de ação é tradicionalmente abordado pela doutrina processualista como abuso do direito processual, ou abuso do processo. Neste item,

³⁶⁰ *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., Coimbra, Almedina, 2011, p. 512.

³⁶¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *Direitos humanos fundamentais*, 5ª ed., São Paulo, Saraiva, 2002, p. 144.

³⁶² “XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, disponível [on-line] in http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm [11-12-2013]).

³⁶³ MARINONI, Luiz Guilherme, *Comentário ao artigo 5º, XXXV: Direito Fundamental de Ação*, in CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *et al.*, *Comentários à Constituição do Brasil*, São Paulo, Saraiva/Almedina, 2013, p. 362.

pretende-se demonstrar como a legislação processual brasileira promove as necessárias restrições ao direito de ação.

Como premissa para tal análise, porém, note-se que é dever das partes proceder com lealdade e boa-fé, expor a verdade, não criar embaraços ao andamento do processo, entre outras disposições positivadas nos incisos do artigo 14 do Código de Processo Civil³⁶⁴.

Porém, também não se ignora que o embate entre as partes em um contencioso é corrosivo. Isso se deve ao fato de que, via de regra, se as partes se encontram discutindo determinada questão em juízo, é porque não chegaram a um acordo ideal fora dos autos, havendo séria discordância de interesses. Por isso, as partes levam suas pretensões a juízo com as cores necessárias para vencer a demanda, editando os fatos da maneira como melhor lhes aprouver³⁶⁵. Esse contexto, obviamente, dá margem à ocorrência de abusos.

No entanto, não há qualquer dispositivo do Código de Processo Civil que determine a aplicação do artigo 187 do Código Civil de 2002 – artigo que, como visto no capítulo anterior, trata do abuso de direito naquele diploma – ao direito processual civil³⁶⁶. Independentemente do fato de o Código de Processo Civil ser anterior ao Código Civil de 2002, a doutrina e a jurisprudência vêm defendendo a aplicação da teoria do abuso de direito ao processo civil³⁶⁷.

³⁶⁴ “Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo:

I - expor os fatos em juízo conforme a verdade;

II - proceder com lealdade e boa-fé;

III - não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento;

IV - não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito.

V - cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final” (BRASIL, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Institui o Código de Processo Civil, disponível [on-line] in http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm [19-12-2013]).

³⁶⁵ CASADO, Márcio Mello, *A cláusula geral da vedação ao abuso de direito e sua aplicação ao processo civil*, in Revista de Processo, v. 209, ano 37, jul./2012, p. 296.

³⁶⁶ Embora não se possa deixar de reconhecer que o artigo 16 do Código de Processo Civil dispõe sobre a responsabilidade de indenização por perdas e danos da parte que pleitear de má-fé. Nesse sentido, existe certa correlação entre os dispositivos.

³⁶⁷ ESTEVES, Carolina Bonadiman, *Abuso do direito e abuso do processo: existem recursos manifestamente protelatórios?*, in MAZZEI, Rodrigo (coord.), *Questões Processuais do Novo Código Civil*, Barueri, Manole, 2006, p. 97; WAMBIER, Luiz Rodrigues, *Abuso do procedimento especial*, in Revista de Processo, v. 204, ano 37, fev./2012, p. 60.

Com efeito, a V Jornada de Direito Civil, organizada pelo Conselho da Justiça Federal em novembro de 2011, aprovou o enunciado de acordo com o qual “A cláusula geral do art. 187 do Código Civil tem fundamento constitucional no princípio da solidariedade, devido processo legal e proteção da confiança, e aplica-se a todos os ramos do direito”³⁶⁸.

Nesse sentido, pode-se afirmar, com EDUARDO OTEIZA que a instituição do abuso de direito consagrado na legislação civil penetrou no âmbito processual, onde também há uma clara consciência sobre seu sentido³⁶⁹.

De fato, mesmo antes do atual Código de Processo Civil e do anterior, de 1939, o abuso do direito no âmbito judicial já era fenômeno conhecido no Brasil. JORGE AMERICANO, em 1932, já alertava que, como

“o abuso do direito encontra no exercício indevido da demanda campo fértil onde implantar-se, tem-se tornado em nosso paiz a invocação à justiça um verdadeiro flagello, não só pela morosidade processual como pela porta aberta às maiores explorações, que uma condescendência mal entendida tolera e conseqüentemente anima”³⁷⁰.

Cinquenta anos depois, esse ainda era considerado um dos principais problemas do direito processual brasileiro. O abuso do direito no bojo do processo, em sua vertente da litigância de má-fé, era tido por ADROALDO LEÃO como um dos responsáveis pela morosidade da Justiça brasileira, a qual somente seria revertida se os juízes iniciassem uma “luta sistemática contra o dolo processual”³⁷¹.

Embora as propostas para o combate ao abuso do direito processual não façam parte do escopo do presente trabalho, arrisca-se inferir que parte do problema, quando se trata de atacar o sistemático abuso processual no processo brasileiro, pode ser o caráter

³⁶⁸ BRASIL, Conselho da Justiça Federal, *V Jornada de Direito Civil*, disponível [on-line] in <http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/jornadas-cej/v-jornada-direito-civil/VJornadadireitocivil2012.pdf> [20-12-2013]. Vale notar que esse enunciado representa perfeitamente a teoria anteriormente exposta neste trabalho segundo a qual a restrição a direitos fundamentais se dá por meio de regras, as quais usualmente são encontradas na legislação infraconstitucional (cf. SILVA, Virgílio Afonso da, *Direitos Fundamentais - conteúdo essencial, restrições e eficácia*, São Paulo, Malheiros, 2011, p. 141).

³⁶⁹ *Abuso de los derechos procesales en América Latina*, in *Revista de Processo*, ano 24, n. 95, jul.-set./1999, p. 170.

³⁷⁰ *Do abuso do direito no exercício da demanda*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1932, p. 49.

³⁷¹ *O Litigante de má-fé*, Rio de Janeiro, Forense, 1982, p. 4.

absoluto que o direito constitucional de ação e petição parece deter no Direito Brasileiro – entendimento este que vai frontalmente de encontro aos fundamentos do presente trabalho, como inclusive já se teve a oportunidade de demonstrar em item anterior deste capítulo.

A respeito dessa questão, PEDRO BAPTISTA MARTINS explica que o exercício da demanda, da mesma forma que qualquer outro direito subjetivo, não pode ser considerado um direito absoluto, já que se acha condicionado a um motivo legítimo. Em seu entender, quem recorre às vias judiciais deve ter um direito a ser reintegrado, um interesse legítimo a ser protegido, enfim, uma razão séria para invocar a tutela jurisdicional³⁷².

Porém, não se desconhece que parte da doutrina processualista não costuma falar em direitos subjetivos processuais, preferindo fazer uso das expressões situações jurídicas subjetivas ou posições jurídicas subjetivas. Tais termos traduziriam com mais precisão as posições ocupadas pelos sujeitos processuais e constituiriam o próprio objeto de abuso no âmbito do processo civil³⁷³. Em termos técnicos, inclusive, o conceito de direito subjetivo mostrar-se-ia menos abrangente que o de situação jurídica processual, quando se tem em vista as situações passivas de ônus, deveres e sujeição³⁷⁴.

De qualquer forma, essa discussão é despicienda para as finalidades do presente trabalho. Afinal, ao se utilizar, aqui, a definição de MENEZES CORDEIRO para o abuso de direito, deixa de haver qualquer necessidade de adentrar a questão da existência ou não de direitos subjetivos processuais, uma vez que o abuso de direito é considerado a designação tradicional para o “exercício disfuncional de posições jurídicas”³⁷⁵, o que amplia o escopo do instituto para além dos direitos subjetivos.

³⁷² *O abuso do direito e o ato ilícito*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1997, p. 71.

³⁷³ ABDO, Helena Najjar, *O Abuso do Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007, p. 52. A mesma autora aponta, ainda a esse respeito, que “a questão dos direitos subjetivos processuais é ainda muito controvertida em doutrina. A teoria dominante afirma a sua existência, incluindo a *ação* sob essa categoria (dos direitos subjetivos processuais). (...) Há quem negue, inclusive, a existência de direitos subjetivos processuais, apoiando-se no pensamento segundo o qual o conceito de *direito subjetivo* pressuporia o de *conflito de interesses*. Pode-se afirmar, todavia, sem adentrar o mérito da discussão, que aquilo que, comumente, se entende por direito subjetivo processual está sempre traduzido em algumas das mencionadas situações jurídicas subjetivas” (*O Abuso do Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007, p. 72-73).

³⁷⁴ ABDO, Helena Najjar, *O Abuso do Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007, p. 73.

³⁷⁵ *Litigância de má-fé, abuso do direito de ação e culpa in agendo*, 2ª ed., Coimbra, Almedina, 2011, p. 118.

4.3.1. Abuso do processo e litigância de má-fé

Primeiramente, é preciso perquirir se o abuso do direito, dentro do processo, pode absorver o instituto da litigância de má-fé. De fato, como aponta MENEZES CORDEIRO, há certa coincidência entre os institutos no que se refere às suas consequências, mas, tanto em termos materiais, quanto em termos processuais, essa equivalência inexiste^{376,377}.

Isso porque, em termos processuais, a litigância de má-fé é apreciada imediatamente, no âmbito da ação, e muitas vezes declarada de ofício pelo juiz da causa, ao passo que o abuso de direito pode ser examinado no âmbito de uma ação própria. Em termos materiais, por sua vez, faz-se necessário apontar que o abuso de direito de ação não está sujeito às restrições da litigância de má-fé, uma vez que (i) qualquer violação à boa-fé, finalidade econômica ou social ou bons costumes pode fundamentar o abuso; (ii) referida violação pode se dar por dolo, negligência ou de forma objetiva; (iii) o abuso de direito gera indenização por danos atuais, futuros ou eventuais; (iv) qualquer pessoa pode ser responsabilizada pelo abuso de direito; (v) todos os danos decorrentes do abuso de direito são considerados; e (vi) a configuração do abuso de direito sempre faz nascer a obrigação de cessar a prática do ato abusivo³⁷⁸.

Conforme se pode depreender de todo o exposto no capítulo anterior, nem sempre a lei é expressa ao qualificar determinado ato como abusivo. O artigo 17 do Código de Processo Civil³⁷⁹, que apresenta uma lista exaustiva dos casos de litigância de má-fé, não

³⁷⁶ *Litigância de má-fé, abuso do direito de ação e culpa in agendo*, 2ª ed., Coimbra, Almedina, 2011, p. 132.

³⁷⁷ Da mesma forma, inexiste equivalência entre os institutos do abuso do processo, ou da litigância de má-fé, e o instituto do *contempt of court*, originado da *common law*, que pode ser definido, com ADA PELLEGRINI GRINOVER, como qualquer ato que possa ofender um tribunal na administração da justiça ou diminuir sua autoridade ou dignidade (*Ética, abuso do processo e resistência às ordens judiciárias: o contempt of court*, in Revista de Processo, ano 26, n. 102, abr./jun. 2001, p. 222. Cf. também BUENO, Júlio César, *Contribuição ao estudo do contempt of court e seus reflexos no processo civil brasileiro*, Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2001, 316 f.).

³⁷⁸ MENEZES CORDEIRO, António, *Litigância de má-fé, abuso do direito de ação e culpa in agendo*, 2ª ed., Coimbra, Almedina, 2011, p. 132.

³⁷⁹ “Art. 17. Reputa-se litigante de má-fé aquele que:

I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;

II - alterar a verdade dos fatos;

III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal;

IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo;

V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;

VI - provocar incidentes manifestamente infundados.

VII - interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório” (BRASIL, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Institui o Código de Processo Civil, disponível [on-line] in http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/5869.htm [19-12-2013]).

usa em nenhum momento o termo “abuso”, embora se trate exatamente disso³⁸⁰. Ademais, como aponta MÁRCIO MELLO CASADO, não é porque a lei deixa de qualificar determinada conduta como de má-fé que ela não é³⁸¹.

O abuso do processo, enfim, pode ser considerado um gênero do qual a litigância de má-fé é espécie. Especificamente quanto ao direito brasileiro, pode-se dizer que a litigância de má-fé ocorre nas hipóteses legais de abuso do processo previstas no artigo 17 do Código de Processo Civil, e que todas as hipóteses de litigância de má-fé consistem abuso do processo, mas nem todas as hipóteses de abuso do processo podem ser consideradas litigância de má-fé^{382,383}.

4.3.2. Histórico do instituto

Já se tratou do histórico do abuso do direito no capítulo anterior. Aqui, pretende-se discorrer a respeito do histórico do instituto do abuso do processo, em especial da litigância de má-fé, que o direito brasileiro importou diretamente de Portugal, onde pode ser considerado um “instituto tipicamente nacional”^{384,385}.

De fato, consta nas Ordenações Afonsinas que Dom Dinis I (1261-1325) estabeleceu que “se o Juiz achar, que o accusador querellou maliciosamente, ou que he revoltoso, ou useiro de fazer taaes querellas e accusações, ainda que aja per hu corregua, e pague as custas, den-lhe de mais alguã pena arbitraria, qual merecer.”³⁸⁶

³⁸⁰ WLADECK, Felipe Sripes, *Abuso quanto ao Exercício do Direito de demandar no Direito Processual Civil Brasileiro*, in Revista Dialética de Direito Processual, n. 96, mar./2011, p. 49.

³⁸¹ A cláusula geral da vedação ao abuso de direito e sua aplicação ao processo civil, in Revista de Processo, v. 209, ano 37, jul./2012, p. 302.

³⁸² ESTEVES, Carolina Bonadiman, *Abuso do direito e abuso do processo: existem recursos manifestamente protelatórios?*, in MAZZEI, Rodrigo (coord.), *Questões Processuais do Novo Código Civil*, Barueri, Manole, 2006, p. 99.

³⁸³ MÁRCIO MELLO CASADO lembra que os artigos 600 e 601 do Código de Processo Civil, que tratam dos atos atentatórios à dignidade da Justiça cometidos pelo executado, também configuram abuso do direito processual (*A cláusula geral da vedação ao abuso de direito e sua aplicação ao processo civil*, in Revista de Processo, v. 209, ano 37, jul./2012, p. 307).

³⁸⁴ MENEZES CORDEIRO, António, *Litigância de má-fé, abuso do direito de ação e culpa in agendo*, 2ª ed., Coimbra, Almedina, 2011, p. 37.

³⁸⁵ O mesmo autor menciona, contudo, a presença de deveres processuais de verdade já no Direito Romano, os quais foram intensificados no Direito Canônico, que, utilizando-se do conceito cristão de verdade desenvolvido por São Tomás de Aquino, trouxe o *juramentum caluniae* (MENEZES CORDEIRO, António, *Litigância de má-fé, abuso do direito de ação e culpa in agendo*, 2ª ed., Coimbra, Almedina, 2011, p. 67-68).

³⁸⁶ PORTUGAL, *Ordenações Afonsinas*, Livro 5, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1984, p. 109-110.

Dom Afonso IV (1291-1357), seu sucessor, retomou a regra:

“E se o Juiz achar, que o accusador querellou maliciosamente, ou que he revoltoso, ou useiro e veseiro de fazer taaes querellas e accusações, ainda que aja per que correga, e pague as custas, de-lhe de mais huã pena alvidrosa, qual vir que merece.”³⁸⁷

As Ordenações Afonsinas traziam também o juramento de calúnia, mantidas posteriormente tanto pelas Ordenações Manuelinas quanto Filipinas. Nos termos do juramento, quando a lide fosse contestada, ambas as partes deveriam jurar solenemente que não estavam movendo a ação com intenção maliciosa (no caso do autor), ou se defendendo com base em artifícios e mentiras (no caso do réu)³⁸⁸.

Vale notar que a malícia no processo era tratada, até as Ordenações Filipinas, como um ilícito penal. Além de haver a condenação da parte maliciosa ao dobro ou triplo das custas, havia também a previsão, no Título CXVIII do Livro 5, de que “se o Julgador achar que o quereloso querelou maliciosamente, ou que he revoltoso e useiro a dar taes querelas, e fazer semelhantes accusações, dar-lhe-ha mais a pena crime arbitraria que lhe bem e direito parecer, segundo a qualidade da malícia e a prova que della houver”³⁸⁹.

Nota-se, portanto, que as sanções deveriam ser aplicadas por iniciativa do próprio juiz. MENEZES CORDEIRO aponta ainda que, até aquele momento, o instituto posteriormente designado “litigância de má-fé” era tido como “uma resposta à rebelião contra o Estado e contra a Lei”, não havendo, assim, qualquer preocupação em assegurar os direitos e interesses das pessoas atingidas pela conduta tida por maliciosa³⁹⁰.

Logo, no que se refere ao Direito Português antigo, pode-se afirmar, com MENEZES CORDEIRO, que era conhecida a possibilidade de o processo ser utilizado como meio para prejudicar injustamente as partes, e o ordenamento procurava prevenir e reprimir tal conduta, ainda que dentro de certos limites³⁹¹.

³⁸⁷ PORTUGAL, *Ordenações Afonsinas*, Livro 5, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1984, p. 115.

³⁸⁸ MENEZES CORDEIRO, António, *Litigância de má-fé, abuso do direito de ação e culpa in agendo*, 2ª ed., Coimbra, Almedina, 2011, p. 37-38.

³⁸⁹ PORTUGAL, *Ordenações Filipinas*, disponível [on-line] in http://www.ci.uc.pt/ihiti/proj/filipinas/ordenacoes.htm?inp=quereloso&qop=*&outp= [20-12-2013].

³⁹⁰ *Litigância de má-fé, abuso do direito de ação e culpa in agendo*, 2ª ed., Coimbra, Almedina, 2011, p. 38.

³⁹¹ *Litigância de má-fé, abuso do direito de ação e culpa in agendo*, 2ª ed., Coimbra, Almedina, 2011, p. 42.

O ordenamento jurídico português, ao longo de diversas codificações e reformas³⁹², sempre tratou da litigância de má-fé. Na atual redação do parágrafo 2º do artigo 456 do Código de Processo Civil Português,

“2 - Diz-se litigante de má fé quem, com dolo ou negligência grave:

- a) Tiver deduzido pretensão ou oposição cuja falta de fundamento não devia ignorar³⁹³;
- b) Tiver alterado a verdade dos factos ou omitido factos relevantes para a decisão da causa;
- c) Tiver praticado omissão grave do dever de cooperação;
- d) Tiver feito do processo ou dos meios processuais um uso manifestamente reprovável, com o fim de conseguir um objetivo ilegal, impedir a descoberta da verdade, entorpecer a ação da Justiça ou protelar, sem fundamento sério, o trânsito em julgado da decisão.”³⁹⁴

No Brasil, as Ordenações Filipinas regularam o processo civil desde o período colonial até a promulgação de certas leis específicas, na segunda metade do século XIX, embora a estrutura arcaica, moldada com base em instituições medievais, tenha se mantido³⁹⁵. Com a proclamação da República, passou a ser competência dos Estados legislar sobre o processo civil e penal³⁹⁶. De qualquer maneira, foi somente em 1939, com a promulgação do Código de Processo Civil³⁹⁷, que o abuso do processo e da litigância de má-fé passaram a ser regulados de forma sistematizada.

O Código de Processo Civil de 1939 estabelecia, em seu artigo 3º, que a parte que intentasse demanda por espírito de emulação, mero capricho³⁹⁸, ou erro grosseiro,

³⁹² Tendo em vista que o escopo do presente trabalho não é analisar extensamente a evolução legislativa portuguesa sobre litigância de má-fé, pode-se mencionar, a título meramente exemplificativo, entre os diplomas que trataram do tema, o Decreto de 12 de novembro de 1822 (artigos 96 e 97), a Reforma Judiciária de 16 de maio de 1832 (artigo 267), o Código de Processo Civil de 1876 (artigo 121 e 126), o Código de Processo Civil de 1939 (artigo 465), o Código de Processo Civil de 1961 (artigo 456) e sua reforma, de 1995.

³⁹³ A ressalva, inexistente no Direito Brasileiro, sobre o autor precisar ter conhecimento da falta de fundamento de sua demanda para ser considerado litigante de má-fé, guarda uma interessante relação com os requisitos da *sham litigation* norte-americana, como se viu no primeiro capítulo deste trabalho.

³⁹⁴ PORTUGAL, Código de Processo Civil, disponível [on-line] in http://www.dgpi.mj.pt/sections/leis-da-justica/livro-iii-leis-civis-e/consolidacao-processo/codigo-processo-civil/downloadFile/file/CODIGO_PROCESSO_CIVIL_VF.pdf?nocache=1286970369.12 [11-1-2014].

³⁹⁵ MARQUES, José Frederico, *Instituições de Direito Processual Civil*, v. I, 1ª ed. atualizada, Campinas, Millennium, 2000, p. 112-113.

³⁹⁶ ANA LÚCIA IUCKER MEIRELLES DE OLIVEIRA menciona que alguns desses códigos estaduais reprimiam a litigância de má-fé ao impor multas que equivaliam ao valor das custas ou prevendo condenações a título de indenização (*Litigância de má-fé*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, p. 17).

³⁹⁷ BRASIL, Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939, Código de Processo Civil, disponível [on-line] in http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/De1608.htm [27-12-2013].

³⁹⁸ O “mero capricho”, na opinião de HUMBERTO THEODORO JR., nada mais seria que não o ato emulativo (*Abuso de Direito Processual no Ordenamento Jurídico Brasileiro*, in MOREIRA, José Carlos Barbosa (coord.), *Abuso dos Direitos Processuais*, Rio de Janeiro, Forense, 2000). Todavia, é de se mencionar que o

responderia por perdas e danos³⁹⁹. Seu parágrafo 1º esclarecia que “o abuso de direito verificar-se-á, por igual, no exercício dos meios de defesa, quando o réu opuzer, maliciosamente, resistência injustificada ao andamento do processo”⁴⁰⁰.

Por sua vez, o mesmo diploma trazia, em seu artigo 63, sanções à parte que, vencedora ou vencida, alterasse intencionalmente a verdade ou conduzisse de modo temerário a lide, provocando incidentes manifestamente infundados. No mínimo, a parte que assim procedesse deveria reembolsar as custas do processo, os honorários de advogado e as despesas a que deu causa. Por sua vez, o parágrafo 2º do mesmo artigo dispunha que, se a parte tivesse procedido com dolo, fraude, violência ou simulação, ela deveria ser condenada ao pagamento do décuplo das custas.

JOSÉ FREDERICO MARQUES lembra que o artigo 201 daquele Código⁴⁰¹ chegava a proibir o exercício da ação se a pretensão do autor se fundasse em interesse imoral ou ilícito, e que, em decorrência dessa regra, também se determinava que o juiz extinguisse o processo fraudulento e o simulado (artigo 115⁴⁰²). Também se considerava processualmente ilícita a conduta temerária das partes, qualificando como antijurídicas a alteração intencional da verdade, a malícia, o comportamento doloso, fraudulento ou simulado (artigo 63⁴⁰³)⁴⁰⁴.

“espírito de emulação” é mencionado no mesmo artigo, ao lado do “mero capricho” e do “erro grosseiro”, razão pela qual talvez o legislador tenha listado condutas que entendia diversas entre si.

³⁹⁹ EDUARDO OTEIZA aponta que a fórmula do Código de Processo Civil de 1939 constitui uma exceção entre os ordenamentos latino-americanos, já que, ao contrário do caso brasileiro, estes centram sua atenção no dever de boa-fé de e probidade processual, sem definir concretamente o abuso do processo (*Abuso de los derechos procesales en América Latina*, in Revista de Processo, ano 24, n. 95, jul.-set./1999, p. 156).

⁴⁰⁰ BRASIL, Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939, Código de Processo Civil, disponível [on-line] in http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/De1608.htm [27-12-2013].

⁴⁰¹ “Art. 201. O réu poderá ser absolvido da instância, a requerimento seu:(...)

III - quando da exposição dos fatos e da indicação das provas, em que se fundar a pretensão do autor, resultar que o seu interesse é imoral ou ilícito” (BRASIL, Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939, Código de Processo Civil, disponível [on-line] in http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/De1608.htm [27-12-2013]).

⁴⁰² “Art. 115. Quando as circunstâncias da causa o convencerem de que autor e réu se serviram do processo para realizar ato simulado ou conseguir fim proibido por lei, o juiz proferirá decisão que obste a este objetivo” (BRASIL, Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939, Código de Processo Civil, disponível [on-line] in http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/De1608.htm [27-12-2013]).

⁴⁰³ “Art. 63. Sem prejuízo do disposto no art. 3º, a parte vencida, que tiver alterado, intencionalmente, a verdade, ou se houver conduzido de modo temerário no curso da lide, provocando incidentes manifestamente infundados, será condenada a reembolsar à vencedora as custas do processo e os honorários do advogado” (BRASIL, Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939, Código de Processo Civil, disponível [on-line] in http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/De1608.htm [27-12-2013]). Note-se que o artigo não prevê a mesma punição à parte vencedora que houver se conduzido de forma temerária.

⁴⁰⁴ *Instituições de Direito Processual Civil*, v. II, 1ª ed. atualizada, Campinas, Millennium, 2000, p. 117-118.

O atual Código de Processo Civil, de 1973, não repetiu as mesmas expressões, havendo inclusive autores que consideram ter havido uma ampliação do conceito de má-fé do litigante⁴⁰⁵. Houve, na verdade, uma alteração conceitual da litigância de má-fé, na medida em que se deixou de analisar a intenção do litigante de má-fé, fixando-se uma lista taxativa das condutas tidas como litigância de má-fé, no artigo 17 do diploma:

“I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;
 II - alterar a verdade dos fatos;
 III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal;
 IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo;
 V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;
 VI - provocar incidentes manifestamente infundados;
 VII - interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.”⁴⁰⁶

Mas é o artigo 14 do Código de Processo Civil, que trata dos deveres éticos a serem observados pelas “partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo”, que permite a verificação da ocorrência do abuso do processo:

“I - expor os fatos em juízo conforme a verdade;
 II - proceder com lealdade e boa-fé;
 III - não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento;
 IV - não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito.
 V - cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final.”⁴⁰⁷

Como aponta FELIPE SCRIPES WLADECK, a comparação dos deveres listados no artigo 14 com as hipóteses de litigância de má-fé previstas no artigo 17 demonstra que tais hipóteses são justamente resultado do descumprimento daqueles deveres^{408,409}.

⁴⁰⁵ ROSAS, Roberto, *Abuso do direito de demandar*, in Revista Notícia do Direito Brasileiro, 1º sem. 1996, Universidade de Brasília, p. 31.

⁴⁰⁶ BRASIL, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Institui o Código de Processo Civil, disponível [on-line] in http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm [18-12-2013].

⁴⁰⁷ BRASIL, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Institui o Código de Processo Civil, disponível [on-line] in http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm [18-12-2013].

⁴⁰⁸ *Abuso quanto ao Exercício do Direito de demandar no Direito Processual Civil Brasileiro*, in Revista Dialética de Direito Processual, n. 96, mar./2011, p. 35.

⁴⁰⁹ Vale notar que o Projeto nº 8.046/2010, do novo Código de Processo Civil, atualmente em tramitação na Câmara dos Deputados, trata do assunto, não prevê quaisquer alterações relevantes na matéria do abuso do processo, deveres das partes e regulamentação da litigância de má-fé. Os deveres das partes se encontram listados nos incisos do artigo 80 do Projeto, tendo sido acrescentado aos deveres das partes apenas o inciso VI, que estabelece a obrigação de “declinar o endereço, residencial ou profissional, em que receberão intimações, atualizando essa informação sempre que ocorrer qualquer modificação temporária ou definitiva”. As disposições sobre litigância de má-fé, por sua vez, encontram-se no artigo 83 do Projeto, e as condutas ali

Note-se, por fim, que todos os sujeitos que compõem a relação processual podem cometer algum tipo de abuso processual ao fazer mau uso dos poderes e liberdades de que são titulares. MICHELE TARUFFO lembra que inclusive juízes e promotores podem praticar abusos processuais⁴¹⁰ e descumprir tais deveres éticos (consequentemente abusando do processo)⁴¹¹.

4.3.3. Critérios para identificação do abuso no processo

É bastante criticada a ausência de sistematização existente em torno da própria definição de abuso do processo, ao ponto de que os autores preferem usar exemplos de práticas abusivas a estabelecer as características próprias do instituto⁴¹². HELENA NAJJAR ABDO aponta que, tradicionalmente, entre os critérios definidores do abuso no processo, são citadas “a falta de seriedade do ato, a ilicitude e ilegitimidade do escopo visado pelo agente, a lesividade causada à administração da Justiça e a presença de dolo ou culpa”⁴¹³.

Obviamente, tais critérios variam bastante. PEDRO BAPTISTA MARTINS caracteriza a lide temerária, a forma pela qual, em seu entender, o abuso do processo se apresenta, pelo desequilíbrio dos interesses em conflito e pela desproporção entre a utilidade que a tutela jurisdicional poderá trazer ao autor e os danos que desnecessariamente são causados à parte adversa⁴¹⁴. Não há como discordar do conceito, mas não se pode limitar o abuso do processo à lide temerária, já que atitudes pontuais tomadas ao longo do processo podem ser consideradas abusivas por si sós.

LOUIS JOSSERAND, por sua vez, de maneira coerente com sua teoria eclética do abuso de direito, identificou três requisitos para configuração do abuso “cometido no

tipificadas como litigância de má-fé são idênticas àquelas constantes no artigo 17 do atual Código de Processo Civil. Confira-se BRASIL, Câmara dos Deputados, Projeto de Lei nº 8.046/2010, Código de Processo Civil, disponível [on-line] in http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=170C304581123623FFC746F5AA027100.node1?codteor=831805&filename=PL+8046/2010 [3-1-2014].

⁴¹⁰ *Abuse of Procedural Rights: Comparative Standards of Procedural Fairness*, Hague/London/Boston, Kluwer Law International, 1999, p. 19.

⁴¹¹ O presente trabalho não irá, todavia, estudar o abuso do processo exercido por outros atores que não as partes. Para considerações a respeito da responsabilidade do advogado pelo abuso do processo, confira-se IWAKURA, Cristiane Rodrigues, *Da Responsabilidade do Advogado pelo Abuso do Direito no Processo Civil*, in Revista Dialética de Direito Processual, n. 76, jul./2009, p. 14-32; LEÃO, Adroaldo, *O Litigante de má-fé*, Rio de Janeiro, Forense, 1982, p. 42-44.

⁴¹² ABDO, Helena Najjar, *O Abuso do Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007, p. 94.

⁴¹³ *O Abuso do Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007, p. 94.

⁴¹⁴ *O abuso do direito e o ato ilícito*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1997, p. 77.

exercício dos canais legais”: (i) o agente deve ser titular do direito em questão e ser capaz de exercê-lo; (ii) esse direito deve ser exercido dentro dos limites objetivos estabelecidos em lei, de forma mais ou menos precisa; e (iii) esse exercício deve ser realizado em sentido diferente daquele atribuído pelo espírito da instituição⁴¹⁵.

HELENA NAJJAR ABDO conclui que o objeto mínimo do abuso do processo é uma situação subjetiva processual singular, que se refere a um sujeito processual e se manifesta por meio da conduta desse sujeito, de modo que seu abuso é verificado no exercício, com aparência de legalidade, do direito ou situação subjetiva⁴¹⁶. Como já afirmado anteriormente, deve haver desvio de finalidade dessa conduta para que se configure o abuso.

É importante ressaltar, aqui, que não é qualquer violação a uma regra processual que torna a prática abusiva. MICHELE TARUFFO pondera até mesmo se é possível falar em abuso quando se trata de regras processuais, já que, por serem analíticas e detalhadas, além de requererem a obediência daqueles que se submetem a elas, poderia não haver qualquer discussão sobre lealdade ou boa-fé na aplicação ou não aplicação dessas regras. Afinal, já haveria, por parte do legislador, previsão das sanções pela violação às regras processuais. O próprio autor desarma esse argumento ao discorrer sobre a discricionariedade das partes ao longo das fases do processo, o que implica a existência de escolhas sobre como proceder, não apenas no eixo legal/ilegal, mas também nos eixos justo/injusto, boa-fé/má-fé, danoso/não danoso, correto/incorreto, útil/inútil, fraudulento/honesto etc. Portanto, a existência de discricionariedade das partes dentro de um processo torna possível a ocorrência de abusos. TARUFFO conclui, assim, que, no direito processual, existe um grande espaço para considerar-se a ocorrência de abusos e, infelizmente, para práticas abusivas frequentes⁴¹⁷.

Por outro lado, um ato processual viciado por erro formal não necessariamente deve ser considerado abusivo. Para isso, é necessário que haja também, no mínimo, desvio de finalidade, o qual pode ocorrer quando a parte faz uso da relativa liberdade de que dispõe

⁴¹⁵ *De l'esprit des droits et de leur relativité - Théorie dite de l'Abus des Droits*, Paris, Dalloz, 1927, p. 63.

⁴¹⁶ ABDO, Helena Najjar, *O Abuso do Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007, p. 74. No mesmo sentido, confira-se WLADECK, Felipe Sripes, *Abuso quanto ao Exercício do Direito de demandar no Direito Processual Civil Brasileiro*, in *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 96, mar./2011, p. 35.

⁴¹⁷ *Abuse of Procedural Rights: Comparative Standards of Procedural Fairness*, Hague/London/Boston, Kluwer Law International, 1999, p. 9-11.

no exercício de suas situações jurídicas. A parte pode atuar quando e como desejar, omitir-se se entender conveniente, tudo de acordo com suas próprias táticas e estratégias⁴¹⁸. É essa liberdade que permite à parte afastar-se das finalidades do sistema e cometer abusos.

Assim, o abuso do processo ocorre toda vez que a decisão sobre a prática ou não de um ato estiver ligada a finalidades estranhas à própria prática do ato, ou seja, verifica-se o abuso quando o sujeito opta por utilizar determinado mecanismo processual para alcançar outra finalidade que não aquela prevista para aquele meio ou instrumento utilizado⁴¹⁹.

Em face do quanto exposto, faz-se necessário socorrer-se da sintética conceituação de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, para quem “o abuso de direito no processo (...) define-se como o uso de meios legítimos além dos limites da legitimidade de seu uso”⁴²⁰. Dessa formulação, pode-se depreender que o abuso processual não ocorre apenas pelo uso dos meios ilegítimos e desleais listados nas disposições a respeito de litigância de má-fé, mas também pelo uso de meios processuais lícitos além dos limites da razoabilidade.

Fato é que não se pode escapar das definições traçadas pelo Código Civil de 2002 para caracterização do abuso de direito, uma vez que o abuso do processo se apresenta como uma de suas manifestações⁴²¹. Nesse sentido, estando presentes (i) o exercício de um direito, (ii) no âmbito de um processo judicial, (iii) por um agente titular desse direito, (iv) de maneira a exceder os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes – ou seja, verificado o desvio de finalidade⁴²², estar-se-á diante de um abuso do processo. LUIZ RODRIGUES WAMBIER esclarece que escapar dessa caracterização abstrata afigura-se tarefa impossível, uma vez que não há como antecipar todas as hipóteses de exercício disfuncional do direito. Nesse sentido, acrescenta o autor, o juiz,

⁴¹⁸ ABDON, Helena Najjar, *O Abuso do Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007, p. 76-78.

⁴¹⁹ ABDON, Helena Najjar, *O Abuso do Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007, p. 80-81.

⁴²⁰ *Instituições de Direito Processual Civil*, v. II, 6ª ed., São Paulo, Malheiros, 2009, p. 273.

⁴²¹ Ademais, via de regra, o posicionamento dos autores mencionados é compatível com os critérios estabelecidos no Código Civil de 2002.

⁴²² O desvio de finalidade se verifica pela violação direta dos deveres das partes estabelecidos no artigo 14 do Código de Processo Civil, consistentes em “I - expor os fatos em juízo conforme a verdade;

II - proceder com lealdade e boa-fé;

III - não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento;

IV - não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito.

V - cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final” (BRASIL, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Institui o Código de Processo Civil, disponível [on-line] in http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm [18-12-2013]).

contextualizando os atos “do titular do direito, diante de suas finalidades sociais e econômicas e das regras de boa-fé, perceberá se está, ou não, diante de exercício desequilibrado do direito”⁴²³.

4.3.4. Peculiaridades do abuso cometido no âmbito do processo

O abuso do processo vem sendo estudado desde a época em que se construiu o conceito de abuso de direito, tendo sido as características ou requisitos para sua configuração desenvolvidos por uma série de autores. Inicialmente, é interessante notar a posição de LOUIS JOSSEMAND, para quem o litigante que move uma ação judicial, munido de espírito malicioso ou emulativo, com a finalidade causar danos e problemas ao seu adversário, estaria desviando os canais legais de seu constante e inquestionável destino, qual seja, proporcionar a todos apenas e tão somente o que lhes for de direito⁴²⁴.

Como se pôde verificar no item anterior, embora os autores divirjam quanto aos critérios para identificação do abuso processual, a utilização da configuração do abuso de direito estabelecida pelo artigo 187 do Código Civil de 2002 afigura-se a posição mais segura. Contudo, há que se reconhecer que o abuso do processo, espécie do gênero abuso de direito, detém suas peculiaridades, que serão brevemente abordadas a seguir⁴²⁵.

Primeiramente, cumpre notar que, embora o legislador brasileiro tenha adotado a teoria objetivista ou finalista para a configuração do abuso de direito – uma vez que não se requer a prova da culpa ou do dolo do praticante do ato abusivo – a relevância do critério subjetivo para a identificação do ato abusivo processual, para alguns autores, não pode ser negada⁴²⁶. De fato, embora a lei dispense a perquirição do elemento subjetivo no caso concreto, a investigação sobre a intenção do agente pode ser necessária para se verificar o desvio de finalidade⁴²⁷.

⁴²³ *Abuso do procedimento especial*, in Revista de Processo, v. 204, ano 37, fev./2012, p. 63.

⁴²⁴ *De l'esprit des droits et de leur relativité - Théorie dite de l'Abus des Droits*, Paris, Dalloz, 1927, p. 65-66.

⁴²⁵ Entende-se, aqui, que a constatação da aplicabilidade do artigo 187 do Código Civil de 2002 aos casos de abuso processual, a respeito da qual se discorreu no item anterior, é suficiente para as finalidades a que se propõe o presente trabalho. As considerações a seguir, relacionadas às peculiaridades do abuso do processo, visam apenas analisar certos aspectos específicos sobre os quais se encontrou alguma discussão entre os intérpretes.

⁴²⁶ WLADECK, Felipe Sripes, *Abuso quanto ao Exercício do Direito de demandar no Direito Processual Civil Brasileiro*, in Revista Dialética de Direito Processual, n. 96, mar./2011, p. 47.

⁴²⁷ ABDO, Helena Najjar, *O Abuso do Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007, p. 121.

Há, porém, quem entenda despidiend a referida perquirição do elemento subjetivo⁴²⁸. MÁRCIO MELLO CASADO discute a questão apontando que o elemento “vontade humana” sequer se encontra presente nos artigos 14 e 17 do Código de Processo Civil, que dispõem, respectivamente, sobre os deveres de conduta e sobre a litigância de má-fé. O autor sustenta, inclusive, que admitir a responsabilidade subjetiva por abuso processual causaria uma quebra no sistema, concluindo que a responsabilidade por abuso de direito processual é objetiva⁴²⁹.

No mesmo sentido é o posicionamento de PEDRO BAPTISTA MARTINS, para quem deve ser provado, apenas, que o exercício da ação tenha sido o resultado de um erro tão ostensivo, de uma leviandade tão óbvia, que somente o “espírito de aventura ousaria a temeridade de, na hipótese, recorrer a ele”⁴³⁰. Em sentido semelhante é a posição de MARCELO RODRIGUES PRATA, que entende que o abuso do exercício do direito de demandar independe de dolo ou culpa, e que pode ser constatado quando o seu titular move uma ação que não lhe permite alcançar qualquer proveito econômico ou social direto, ou que contraria os princípios éticos da boa-fé e dos bons costumes, com prejuízo do réu ou mesmo de terceiros⁴³¹.

Adota-se, neste trabalho, o mesmo posicionamento de PEDRO BAPTISTA MARTINS e MARCELO RODRIGUES PRATA. De fato, uma vez que se considera que (i) o abuso do processo é espécie da qual o abuso de direito é gênero, e que (ii) o Código Civil de 2002, com o apoio da maior parte dos autores⁴³², seguiu a teoria objetivista para caracterização do abuso de direito, de forma a não se perquirir o elemento subjetivo, resta inescapável a conclusão de que também o abuso processual poderá ser constatado independentemente de se comprovar o dolo ou culpa do agente. Faz-se necessário esclarecer, todavia, que essa conclusão não impede que o elemento subjetivo seja considerado quando da análise do caso concreto.

⁴²⁸ LEÃO, Adroaldo, *O Litigante de má-fé*, Rio de Janeiro, Forense, 1982, p. 40.

⁴²⁹ *A cláusula geral da vedação ao abuso de direito e sua aplicação ao processo civil*, in *Revista de Processo*, v. 209, ano 37, jul./2012, p. 314-315.

⁴³⁰ *O abuso do direito e o ato ilícito*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1997, p. 75.

⁴³¹ *O abuso no exercício do direito de ação, a litigância de má-fé e a reforma do CPC*, in *Revista Trabalhista*, v. XXIV, Forense, p. 152.

⁴³² Cf. itens 3.8 e ss., *supra*.

Vale mencionar, também, que o abuso do processo, para restar caracterizado, não pressupõe a existência de dano aos demais integrantes da relação processual. Para chegar a essa conclusão, faz-se referência a ADROALDO LEÃO, para quem o abuso existiria mesmo na inocorrência de dano à parte contrária⁴³³. HELENA NAJJAR ABDO discorda desse posicionamento, defendendo a necessidade de existência de dano para que seja reconhecida a ocorrência de abuso processual, mas esclarecendo que a mera circunstância de o direito ficar sem satisfação em decorrência de um longo trâmite processual já configuraria um dano⁴³⁴.

Concorda-se, aqui, com JOSÉ OLÍMPIO DE CASTRO FILHO, para quem, no caso de abuso processual, “o agente pode ser responsabilizado ainda que da sua atuação nenhum dano tenha resultado à parte contrária”⁴³⁵, mesmo porque o artigo 187 do Código Civil dispõe sobre o abuso de direito sem exigir a ocorrência de dano, a qual é pressuposto somente para se permitir a indenização⁴³⁶.

No que se refere à sanção prevista contra o abuso do processo, cabe ao juiz verificar a conduta das partes e decidir pela ocorrência ou não de abuso cometido por elas, tendo poderes para impor as sanções previstas em lei⁴³⁷. O abuso deve, porém, ser efetivamente provado, como ensina HELENA NAJJAR ABDO, por meio da descrição ou indicação da conduta alegadamente abusiva, à qual se segue a comprovação documental, oral, pericial, ou mesmo por inspeção judicial⁴³⁸.

No curso do processo, somente com a comprovação do desvio de finalidade é que se poderá sancionar o agente pela prática abusiva cometida no âmbito do processo. Isso decorre da própria lógica do sistema, em especial o Código de Processo Civil, em que se estabelece que o ônus da prova recai sobre aquele que alega determinado fato⁴³⁹.

⁴³³ *O Litigante de má-fé*, Rio de Janeiro, Forense, 1982, p. 10.

⁴³⁴ *O Abuso do Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007, p. 124.

⁴³⁵ *Abuso do direito no processo civil*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1960, p. 191.

⁴³⁶ MIRAGEM, Bruno, *Abuso do direito: ilicitude objetiva no direito privado brasileiro*, in Revista dos Tribunais, ano 94, v. 842, dez./2005, p. 28.

⁴³⁷ OTEIZA, Eduardo, *Abuso de los derechos procesales en América Latina*, in Revista de Processo, ano 24, n. 95, jul.-set./1999, p. 163-164.

⁴³⁸ *O Abuso do Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007, p. 171-172.

⁴³⁹ “Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor” (BRASIL, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Institui o Código de Processo Civil, disponível [on-line] in

Por fim, cabe discorrer brevemente sobre a mais relevante forma em que se dá o abuso do processo⁴⁴⁰, qual seja, o abuso do direito de demandar, que ocorre quando o autor ingressa em juízo e deduz pretensões de forma anômala, com desvio de finalidade. Nesse caso, considera-se que se trata de um abuso macroscópico do processo, uma vez que o processo como um todo é objeto de mau uso⁴⁴¹.

O Código de Processo Civil estabelece o dever às partes de “não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento”⁴⁴², reputando-se litigante de má-fé aquele que “deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso” e “usar do processo para conseguir objetivo ilegal”⁴⁴³. O pedido abusivo deverá, assim, ser rejeitado ou nem mesmo conhecido, aplicando-se as sanções previstas no artigo 18 do Código de Processo Civil⁴⁴⁴.

FELIPE SCRIPES WLADECK esclarece que, na maior parte das vezes, a abusividade do pedido pode ser identificada em conjunto com a causa de pedir⁴⁴⁵ – assim, se o autor

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm [18-12-2013]).

⁴⁴⁰ Não se irá, aqui, expor cada uma das hipóteses de litigância de má-fé, uma vez que o abuso de direito corresponde a categoria mais ampla. Para isso, confira-se ABDO, Helena Najjar, *O Abuso do Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007, p. 156-164. Remete-se também a WLADECK, Felipe Sripes, *Abuso quanto ao Exercício do Direito de demandar no Direito Processual Civil Brasileiro*, in Revista Dialética de Direito Processual, n. 96, mar./2011, p. 56-63, para uma análise dos momentos em que pode se dar o abuso no processo, e a LIMA, Patrícia Carla de Deus, *O abuso do direito de defesa no processo civil: reflexões sobre o tema no direito e na doutrina italiana*, in Revista de Processo, n. 122, ano 30, abr./2005, p. 93-129, no que se refere ao abuso do processo cometido pelo réu.

⁴⁴¹ FERNANDES, Débora Chaves Martines, *Controle judicial da representatividade adequada das associações civis*, Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 184.

⁴⁴² “Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo: (...) III - não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento” (BRASIL, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Institui o Código de Processo Civil, disponível [on-line] in http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm [18-12-2013]).

⁴⁴³ “Art. 17. Reputa-se litigante de má-fé aquele que:

I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso; (...)

III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal” (BRASIL, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Institui o Código de Processo Civil, disponível [on-line] in http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm [18-12-2013]).

⁴⁴⁴ “Art. 18. O juiz ou tribunal, de ofício ou a requerimento, condenará o litigante de má-fé a pagar multa não excedente a um por cento sobre o valor da causa e a indenizar a parte contrária dos prejuízos que esta sofreu, mais os honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou.

(...)

§ 2º O valor da indenização será desde logo fixado pelo juiz, em quantia não superior a 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa, ou liquidado por arbitramento” (BRASIL, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Institui o Código de Processo Civil, disponível [on-line] in http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm [18-12-2013]).

⁴⁴⁵ Afinal, esta é formada pelos fatos constitutivos do direito do autor (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, e DINAMARCO, Cândido Rangel, *Teoria Geral do Processo*, 19ª ed., São Paulo, Malheiros, 2003, p. 262).

descreve os fatos demonstrando que é credor de certa quantia, mas pede a condenação do réu em mais do que o que foi demonstrado, estará agindo de forma abusiva, desde que não se trate de erro material. Haveria, também, alguns pedidos cuja simples consideração de seu objeto permitiria a verificação de sua abusividade⁴⁴⁶.

O abuso do direito de demandar também pode ocorrer sob a perspectiva da causa de pedir, quando o autor formula alegações sabidamente falsas ou omite fatos essenciais de seu conhecimento que sejam impeditivos, modificativos ou extintivos do seu direito, de maneira a tentar justificar a tutela jurisdicional a que não tem direito⁴⁴⁷.

O que não se pode perder de vista é que o abuso do direito de demandar pode se dar por meio de uma série de atitudes, relacionadas do mérito da demanda às condições da ação, de maneira que uma situação de mera improcedência da demanda ou de carência da ação pode se transformar em uma hipótese de abuso do direito de demandar, caso se verifique o desvio de finalidade⁴⁴⁸, caracterizado pelo desrespeito aos limites do fim econômico ou social, da boa-fé ou dos bons costumes.

4.4. Abuso do direito de petição

Inicialmente, cumpre lembrar que o direito constitucional de petição é exercido não jurisdicionalmente⁴⁴⁹, o que permite a conclusão de que ocorre na relação entre o administrado e os órgãos da Administração Pública, e se rege principalmente por regras de direito administrativo.

A questão do abuso de direito praticado no âmbito do direito administrativo, porém, não é tradicionalmente abordada pela doutrina administrativista. Pode-se, de qualquer forma, utilizar-se do mesmo racional da doutrina processualista brasileira, e, com isso,

⁴⁴⁶ *Abuso quanto ao Exercício do Direito de demandar no Direito Processual Civil Brasileiro*, in Revista Dialética de Direito Processual, n. 96, mar./2011, p. 50.

⁴⁴⁷ WLADECK, Felipe Sripes, *Abuso quanto ao Exercício do Direito de demandar no Direito Processual Civil Brasileiro*, in Revista Dialética de Direito Processual, n. 96, mar./2011, p. 54-55.

⁴⁴⁸ FERNANDES, Débora Chaves Martines, *Controle judicial da representatividade adequada das associações civis*, Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 185. A autora afirma, em seguida, que “as possibilidades de abuso são tantas quantas a criatividade humana permite”.

⁴⁴⁹ MENDES, Gilmar Ferreira, *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de direito constitucional*, São Paulo, Saraiva, 2012, p. 304.

concluir que não há como excluir a aplicabilidade da teoria do abuso de direito, na forma tratada e explicada no capítulo anterior, ao processo administrativo e à interface com a Administração Pública Direta e Indireta.

Referindo-se ao princípio da boa-fé no processo administrativo, SÉRGIO FERRAZ e ADILSON ABREU DALLARI ponderam que

“muitas vezes o cumprimento de disposição literal da lei, para a alegada satisfação do interesse público, não passa de simples desculpa, acobertando graves injustiças e evidentes delitos. Em tais situações é extremamente útil a observação das intenções das partes envolvidas, pois a existência, ou não, de boa-fé é relevante para o Direito, em todos os seus seguimentos específicos. Em resumo, no processo administrativo, no tocante à decisão de validar um ato, de manter ou desconstituir uma situação jurídica, de aplicar ou não uma penalidade, a boa-fé do particular envolvido deve ser levada em consideração, pois sua intenção é efetivamente relevante para o Direito.”⁴⁵⁰

Os autores não chegam a mencionar a possibilidade do exercício abusivo do direito por parte do administrado, mas aventam a utilização do processo administrativo para outra finalidade, ilegal ou injusta. Essa constatação, que tem íntima relação com o objeto de estudo do presente trabalho, permite a conclusão segundo a qual a teoria do abuso de direito tem aplicabilidade no âmbito do direito administrativo.

De fato, embora não haja previsão legislativa clara que vise à persecução do abuso de direito cometido perante a Administração Pública direta ou indireta, a Lei nº 9.784/99, que regulou o processo administrativo no âmbito federal, trouxe uma disposição sobre os deveres do administrado que tem claro paralelo em relação aos deveres das partes previsto no artigo 14 do Código de Processo Civil. Confira-se:

“Art. 4º São deveres do administrado perante a Administração, sem prejuízo de outros previstos em ato normativo:
I - expor os fatos conforme a verdade;
II - proceder com lealdade, urbanidade e boa-fé;
III - não agir de modo temerário;
IV - prestar as informações que lhe forem solicitadas e colaborar para o esclarecimento dos fatos.”⁴⁵¹

⁴⁵⁰ *Processo Administrativo*, 3ª ed., São Paulo, Malheiros, 2012, p. 128-129.

⁴⁵¹ BRASIL, Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, disponível [on-line] in http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm [13-12-2013].

Ainda que seja evidente o paralelo entre os deveres do administrado no processo administrativo e os deveres das partes previstos no artigo 14 do Código de Processo Civil, não se pode deixar de notar algumas distinções terminológicas e conceituais, como a inclusão, no processo administrativo, da previsão do dever de urbanidade, bem como a exigência de prestação das informações solicitadas e colaboração para esclarecimento dos fatos. Não obstante, tais distinções não impedem que se considerem similares tais deveres, uma vez que o objetivo de ambos os dispositivos é evitar a ação temerária no processo, seja ele judicial ou administrativo⁴⁵².

Há que se notar, ainda, que os deveres previstos no citado artigo 4º da Lei nº 9.784/99 decorrem também dos princípios da boa-fé e da lealdade processual⁴⁵³. Tal inferência também permite a constatação de que o abuso de direito também se pode dar no âmbito do direito administrativo, como reconhecido por EGON BOCKMANN MOREIRA⁴⁵⁴.

Em suma, não se pode deixar de concluir que a inexistência de dispositivo legal que trate especificamente do abuso de direito praticado perante a Administração Pública Direta e Indireta não implica, em absoluto, a impossibilidade de se aplicar o abuso de direito no âmbito do direito administrativo. De fato, como o artigo 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro estabelece que “a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito” deverão ser utilizados na hipótese de omissão legal⁴⁵⁵, faz-se necessário concluir que, no específico caso da violação dos deveres dos administrados previstos no artigo 4º da Lei nº 9.784/99, as disposições da legislação processual civil, quando aplicáveis ao caso (e já analisadas neste capítulo), são subsidiárias ao processo administrativo.

Em face do exposto, utilizando-se do mesmo racional desenvolvido nos itens anteriores, que tratam do abuso do direito de ação, pode-se concluir que se estará diante do abuso do direito de petição quando presentes (i) o exercício de um direito, (ii) na interface com a Administração Pública Direta e Indireta, (iii) pelo administrado, (iv) com desvio de

⁴⁵² NOHARA, Irene Patrícia, e MARRARA, Thiago, *Processo Administrativo - Lei nº 9.784/99 Comentada*, São Paulo, Atlas, 2009, p. 81.

⁴⁵³ CARVALHO FILHO, José dos Santos, *Processo Administrativo Federal (Comentários à Lei nº 9.784, de 29/1/1999)*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2001, p. 81.

⁴⁵⁴ *Processo Administrativo - Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/99*, São Paulo, Malheiros, 2000, p. 91.

⁴⁵⁵ “Art. 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito” (BRASIL, Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, disponível [on-line] in http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm [19-12-2013]).

finalidade, verificado com a infringência dos limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes, representados pelos deveres de veracidade, lealdade, urbanidade, entre outros, previstos no artigo 4º da Lei nº 9.784/99.

4.5. Síntese conclusiva parcial

Não se pode olvidar, aqui, que o abuso do processo é prática de difícil configuração no processo civil brasileiro⁴⁵⁶. Em grande parte, pode-se debitar a timidez do Judiciário Brasileiro em punir os excessos cometidos no exercício dos direitos constitucionais de ação e de petição ao contexto histórico brasileiro e ao garantismo que dele decorreu.

Essa situação brasileira é bastante semelhante à de Portugal, onde MENEZES CORDEIRO ressalta que, embora seja evidente que o garantismo, ainda que em excesso, deva ser celebrado, este não pode implicar o prejuízo causado a terceiros por condutas abusivas praticadas no curso do processo, sob pena de fomentar uma cultura de impunidade, na qual as partes “passam a responder apenas pela observância de um mínimo de regras públicas, sindicadas pelo juiz. Fora isso, consideram-se inseridas numa dimensão em que tudo é possível”⁴⁵⁷.

De qualquer maneira, e já a título de conclusão, a identificação – com a consequente persecução – do abuso do direito de ação é possível no ordenamento jurídico nacional, nos moldes já descritos no capítulo anterior. Assim, estando presentes os elementos (i) titular do direito ou posição jurídica processual, (ii) exercício desse direito ou posição de forma irregular, com finalidades diversas daquela pretendida pelo ordenamento jurídico, e (iii) com aparência de legalidade, estar-se-á diante de um abuso do processo⁴⁵⁸. Pôde-se demonstrar, também, que essa mesma *ratio* pode ser aplicada, sem alterações

⁴⁵⁶ A exceção a essa regra é a imposição de multa pela oposição de embargos de declaração manifestamente protelatórios, prática bastante comum nos tribunais brasileiros. A explicação que aqui se arrisca é que, ao contrário das outras condutas listadas no artigo 17 do Código de Processo Civil, o intuito manifestamente protelatório dos embargos de declaração é facilmente verificável pelo contexto dos autos, enquanto que as demais práticas exigem uma análise muito mais acurada dos fatos.

⁴⁵⁷ *Litigância de má-fé, abuso do direito de ação e culpa in agendo*, 2ª ed., Coimbra, Almedina, 2011, p. 52-53.

⁴⁵⁸ FERNANDES, Débora Chaves Martines, *Controle judicial da representatividade adequada das associações civis*, Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 184.

relevantes, para o abuso do direito de petição, cometido no âmbito administrativo, perante a Administração Pública.

CAPÍTULO 5 - DO ILÍCITO ANTICONCORRENCIAL DO ABUSO DO DIREITO DE AÇÃO E DE PETIÇÃO

5.1. Breve introdução

Tendo sido demonstrada no capítulo anterior a existência e as características do abuso do direito de ação e de petição, resta perquirir se pode tal prática ser considerada uma infração anticoncorrencial.

Vale retomar as conclusões do capítulo anterior para lembrar que não há como se considerar que os direitos de ação e petição, por mais que constitucionalmente garantidos, sejam encarados como absolutos⁴⁵⁹. Nesse sentido, assumindo que os institutos do abuso do direito de ação e de petição – configurados da forma demonstrada nos capítulos anteriores – correspondem a uma restrição legítima ao exercício desses direitos, importa, agora, verificar, sob a ótica do direito concorrencial, se referido abuso pode ser considerado uma infração contra a ordem econômica.

Como se demonstrará a seguir, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE já teve a oportunidade de analisar a questão, tanto sob a perspectiva do abuso do direito de ação e/ou de petição quanto sob os parâmetros norte-americanos da *sham litigation*. Contudo, a análise desse tema, no Brasil, não tem nem uma década.

A esse respeito, cumpre apontar a menção mais antiga (ainda que objetivamente bastante recente), na doutrina brasileira, a respeito da possibilidade de intersecção entre o abuso do direito de ação e o Direito da Concorrência, formulada em artigo de JEFERSON ANTONIO ERPEN. Em sua obra, o autor traz o exemplo do litígio entre duas empresas concorrentes, na qual a empresa autora tem conhecimento de que sua ação é improcedente e demanda, de forma culposa, de modo a fazer com que sua concorrente, ré, prefira reduzir

⁴⁵⁹ A respeito do conteúdo essencial dos direitos fundamentais sob as teorias absolutas e relativistas, cf. capítulo anterior, além de SILVA, Virgílio Afonso da, *Direitos Fundamentais - conteúdo essencial, restrições e eficácia*, São Paulo, Malheiros, 2011, p. 27, e ASSIS, Karoline Marchiori de, *Segurança jurídica dos benefícios fiscais*, Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e Rechtswissenschaftliche Fakultät der Westfälische Wilhelms-Universität Münster, São Paulo, 2013, p. 88 e ss.

seus investimentos ou mesmo sair do mercado relevante, a fim de evitar um processo custoso ou um possível julgamento desfavorável que a condene em altos valores⁴⁶⁰.

Todavia, o autor não desenvolveu como o abuso do processo por ele identificado poderia vir a ser considerado também uma infração à ordem econômica. É esse o escopo primordial do presente trabalho, e que será, finalmente, analisado no presente capítulo.

5.2. O ilícito concorrencial no ordenamento jurídico brasileiro: do artigo 20 da Lei nº 8.884/94 ao artigo 36 da Lei nº 12.529/2011

5.2.1. Da história do Direito da Concorrência no Brasil

De acordo com CALIXTO SALOMÃO FILHO, a palavra-chave de organização do sistema econômico é a concorrência, e não o mercado; afinal, a consequência de se deixar vigorar livremente as regras do mercado é o desaparecimento da concorrência e a formação de estruturas monopolísticas⁴⁶¹.

A liberdade econômica foi tratada pela primeira vez na Carta de 1934^{462,463}. Seu artigo 115 estabelecia que “a ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites é garantida a liberdade econômica”⁴⁶⁴.

Verifica-se, com PAULA A. FORGIONI, que a liberdade econômica não era incondicionada, mas sim sujeita a certos limites, consistentes nos “princípios da justiça e as necessidades da vida nacional”, razão pela qual a liberdade econômica aparece – pela

⁴⁶⁰ *O abuso do direito no exercício da ação e a livre concorrência*, in Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, n. 22, mar.-abr./2003, p. 122.

⁴⁶¹ *Condutas anticoncorrenciais no setor bancário*, in Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro, n. 114, ano XXXVII, São Paulo, Malheiros, abr./jun. 1999, p. 52.

⁴⁶² FORGIONI, Paula A., *Os Fundamentos do Antitruste*, 6ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013, p. 95, e CRUZ, Tatiana Lins, *Defesa da Concorrência: aspectos fundamentais e discussões atuais*, in Revista do IBRAC, v. 8, n. 2, 2001, p. 162.

⁴⁶³ Antes disso, as Constituições de 1824 e 1891 seguiram a teoria econômica do liberalismo, de maneira que, como o direito de propriedade restava consagrado em sua plenitude e, da mesma forma, a liberdade de iniciativa no mercado, entendia-se que o mercado se autorregulava, não havendo qualquer necessidade de legislação que o regulasse (PROENÇA, José Marcelo Martins, *Concentração empresarial e o direito da concorrência*, São Paulo, Saraiva, 2001, p. 23-24).

⁴⁶⁴ BRASIL, Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934, disponível [online] in https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao34.htm [11-12-2013].

primeira vez no ordenamento nacional – ligada intrinsecamente à ideia de que o Estado tem a faculdade de intervir *na e sobre* a economia^{465,466}.

Tais limitações à liberdade econômica se tornam ainda mais óbvias na Constituição de 1937, também chamada de “a Polaca”, de inspiração nitidamente fascista⁴⁶⁷, como se pode notar em seu artigo 135:

“Na iniciativa individual, no poder de criação de organização e de invenção do indivíduo, exercido nos limites do bem público, funda-se a riqueza e a prosperidade nacional. A intervenção do Estado no domínio econômico só se legitima para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores de produção, de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da Nação, representados pelo Estado. A intervenção no domínio econômico poderá ser mediata e imediata, revestindo a forma do controle, do estímulo ou da gestão direta”⁴⁶⁸.

Foi também na Carta de 1937 que a proteção à economia popular alcançou o status de princípio constitucional, em seu artigo 141^{469,470}. Decorre desse artigo, inclusive, a primeira lei infraconstitucional de caráter antitruste – o Decreto-Lei nº 869/38⁴⁷¹. PAULA A.

⁴⁶⁵ *Os Fundamentos do Antitruste*, 6ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013, p. 96.

⁴⁶⁶ A referência às preposições “na” e “sobre” fundamenta-se nos artigos 116 (“Por motivo de interesse público e autorizada em lei especial, a União poderá monopolizar determinada indústria ou atividade econômica, asseguradas as indenizações devidas, conforme o art. 112, n. 17, e ressalvados os serviços municipalizados ou de competência dos poderes locais”) e 117 (“A lei promoverá o fomento da economia popular, o desenvolvimento do crédito e a nacionalização progressiva dos bancos de depósito. Igualmente constituirá sobre a nacionalização das empresas de seguros em todas as suas modalidades, devendo constituir-se em sociedades brasileiras as estrangeiras atualmente no país”) da Constituição Brasileira de 1934 (BRASIL, Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934, disponível [on-line] in http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao34.htm [11-12-2013]). Para um estudo aprofundado das formas de intervenção do Estado na economia, cf. GRAU, Eros Roberto, *A ordem econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e crítica)*, 11ª ed., São Paulo, Malheiros, 2006, p. 148 e ss.

⁴⁶⁷ A inspiração fascista se percebe também na notória preocupação repressiva, que fazia com que práticas hoje caracterizadas como tão somente infracionais, sob a ótica administrativa, pela atual Lei de Defesa da Concorrência fossem tratadas como crimes pela legislação infraconstitucional da época (FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio, *Lei de Defesa da Concorrência, Origem Histórica e Base Constitucional*, in Arquivos do Ministério da Justiça, v. 45, n. 180, Brasília, jul./dez. 1992, p. 176).

⁴⁶⁸ BRASIL, Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937, disponível [on-line] in http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao37.htm [11-12-2013].

⁴⁶⁹ *Os Fundamentos do Antitruste*, 6ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013, p. 100.

⁴⁷⁰ “Art. 141 - A lei fomentará a economia popular, assegurando-lhe garantias especiais. Os crimes contra a economia popular são equiparados aos crimes contra o Estado, devendo a lei cominar-lhes penas graves e prescrever-lhes processos e julgamentos adequados à sua pronta e segura punição” (BRASIL, Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937, disponível [on-line] in http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao37.htm [11-12-2013]).

⁴⁷¹ BRASIL, Decreto-Lei nº 869, de 18 de novembro de 1938, Define os crimes contra a economia popular, sua guarda e seu emprego, disponível [on-line] in http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=869&tipo_norma=DEL&data=19381118&link=s [11-12-2013]. Note-se que o Decreto-Lei dispõe sobre diversas práticas de caráter anticoncorrencial que são reconhecidas até hoje como tal, como, por

FORGIONI nota que, ao contrário dos países com certa tradição concorrencial, as normas antitruste brasileiras não nasceram da relação entre o liberalismo econômico e a liberdade de concorrência, mas sim da necessidade de repressão ao abuso de poder econômico, com vistas a proteger – por imposição constitucional – o interesse do consumidor⁴⁷².

Contudo, o Decreto-Lei nº 869/38 não teve aplicação relevante em matéria de concorrência, embora se possa considerar que tenha sido um instrumento apto a corrigir certas disfunções no âmbito da proteção ao consumidor, como regulamentação de preços e supressão de fraudes e artifícios nas vendas de mercadorias⁴⁷³. Observa LUÍS OLAVO BAPTISTA que o Brasil ainda não estava maduro para ver o Direito da Concorrência ser aplicado, tanto que os dispositivos concernentes à matéria foram aplicados uma única vez⁴⁷⁴.

Pode-se considerar que o pioneiro da defesa da concorrência no Brasil foi Agamêmnnon Magalhães, ministro de Getúlio Vargas, que, no contexto do Estado Novo, nacionalista e protecionista, lutava contra o poder econômico (via de regra derivado do capital estrangeiro), que poderia colocar em xeque a soberania e a estabilidade nacionais⁴⁷⁵. Foi nesse cenário o Decreto-Lei nº 7.666/45⁴⁷⁶, mais conhecido pelo seu apelido de “Lei Malaia”, foi editado. A Lei Malaia sistematizou, pela primeira vez, a matéria da concorrência, tendo criado a Comissão Administrativa de Defesa Econômica (CADE)⁴⁷⁷, e instituído a análise das concentrações de empresas e das condutas tidas como

exemplo, o aumento arbitrário de lucros (art. 2º, III), preço predatório (art. 2º, V) e imposição de preço de revenda (art. 3º, I). Além disso, muitas das práticas consideradas crimes pelo referido diploma legal são hoje consideradas infracionais na atual Lei de Defesa da Concorrência. ALESSANDRO OCTAVIANI menciona a existência de lei anterior, a Lei nº 3.70-A, que orçava a receita da República dos Estados Unidos do Brasil para 1916, e continha alguns comandos de natureza concorrencial, mas reconhece que a primeira lei infraconstitucional de caráter antitruste foi o Decreto-Lei nº 869/38 (*O CADE e a hermenêutica realista: grupo econômico para fins de direito concorrencial, participação minoritária, gestão compartilhada e fundos de investimento (homenagem a Fábio Konder Comparato)*, in FARINA, Laércio, *A nova lei do CADE: o 1º ano na visão das autoridades*, Ribeirão Preto, Migalhas, 2013, p. 63).

⁴⁷² *Os Fundamentos do Antitruste*, 6ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013, p. 100.

⁴⁷³ PROENÇA, José Marcelo Martins, *Concentração empresarial e o direito da concorrência*, São Paulo, Saraiva, 2001, p. 26.

⁴⁷⁴ *Origens do Direito da Concorrência*, in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 91, São Paulo, 1996, p. 21. Esse único caso tratou de uma consulta realizada a respeito de contratos celebrados entre a *Standard Oil Company* e proprietários de postos de gasolina.

⁴⁷⁵ FORGIONI, Paula A., *Os Fundamentos do Antitruste*, 6ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013, p. 103.

⁴⁷⁶ BRASIL, Decreto-Lei nº 7.666, de 22 de junho de 1945, Dispõe sobre os atos contrários à ordem moral e econômica, disponível [on-line] in http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del7666.htm [11-12-2013].

⁴⁷⁷ Hoje, como se sabe, o CADE está no masculino, tendo o nome de conselho (Conselho Administrativo de

contrárias “aos interesses da economia nacional” pela CADE. Pela primeira vez, o tratamento dado à matéria era nitidamente administrativo e não penal.

Outra inovação digna de nota era o fato de práticas que apenas potencialmente poderiam contrariar “os interesses da economia nacional” poderem ser consideradas ilícitas. Note-se a redação dos incisos do artigo 1º, que incluem a expressão “possam resultar” entre as práticas passíveis de serem consideradas contrárias aos interesses da economia nacional:

“Art. 1º Consideram-se contrários aos interesses da economia nacional:

I - os entendimentos, ajustes ou acordos entre empresas comerciais, industriais ou agrícolas, ou entre pessoas ou grupo de pessoas vinculadas a tais empresas ou interessadas no objeto de seus negócios, que tenham por efeito:

- a) elevar o preço de venda dos respectivos produtos;
- b) restringir, cercear ou suprimir a liberdade econômica de outras empresas;
- c) influenciar no mercado de modo favorável ao estabelecimento de um monopólio, ainda que regional;

II - os atos de compra e venda de acervos de empresas comerciais, industriais ou agrícolas, ou de cessão e transferência das respectivas cotas, ações, títulos ou direitos, ou de retenção de estoques de mercadorias, desde que de tais atos resulte ou possa resultar qualquer dos feitos previstos nas alíneas a, b e c do item I;

III - os atos de aquisição ou detenção, a qualquer título, de terras, por parte de empresas industriais ou agrícolas, em proporção superior às necessidades de sua produção, desde que daí resulte ou possa resultar a supressão ou redução das pequenas propriedades ou culturas circunvizinhas;

IV - a paralisação, total ou parcial, de empresas comerciais, industriais ou agrícolas desde que de tal fato resulte ou possa resultar a elevação dos preços das mercadorias ou o desemprego em massa de empregados, trabalhadores ou operários;

V - a incorporação, fusão, transformação, associação ou agrupamento de empresas comerciais, industriais ou agrícolas, ou a concentração das respectivas cota, ações ou administrações nas mãos de uma empresa ou grupo de empresas ou nas mãos de uma pessoa ou grupo de pessoas, desde que de tais atos resulte ou possa resultar qualquer dos efeitos previstos nas alíneas a, b e c do item I”⁴⁷⁸

Essa inovação da Lei Malaia, referente à ilicitude das práticas anticoncorrenciais, pelos efeitos potenciais a que podem dar origem, se encontra presente até hoje na

Defesa Econômica) e não mais de comissão.

⁴⁷⁸ BRASIL, Decreto-Lei nº 7.666, de 22 de junho de 1945, Dispõe sobre os atos contrários à ordem moral e econômica, disponível [on-line] in http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De17666.htm [11-12-2013].

legislação brasileira de defesa da concorrência⁴⁷⁹. PAULA A. FORGIONI aponta duas outras inovações do Decreto-Lei nº 7.666/45: a primeira referência a “mercado relevante”, através da citação dos monopólios regionais (artigo 1º, I, c) e a conceituação do termo “empresa” de forma ampla, como “as pessoas físicas ou jurídicas de natureza comercial ou civil que disponham de organização destinada à exploração de qualquer atividade com fins lucrativos” (artigo 1º, parágrafo único)⁴⁸⁰.

A vigência da Lei Malaia, entretanto, foi curtíssima (cerca de três meses), tendo durado apenas até a queda de Getúlio Vargas⁴⁸¹ – havendo inclusive quem entenda que a Lei Malaia tenha servido como um ótimo pretexto para a derrubada do Estado Novo⁴⁸². Nesse sentido, lembra TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR que a revogação da Lei Malaia demonstrou que o Brasil ainda não estava receptivo a tal gênero de lei, embora tenha permanecido a inovação da substituição da expressão “crimes contra a economia popular” por “abuso do poder econômico”⁴⁸³.

Tanto é assim que a Constituição de 1946 tratou do “abuso de poder econômico” em seu artigo 148⁴⁸⁴. Contudo, é de se reconhecer que o tratamento dado à matéria regrediu com essa Carta, tendo em vista que se abandonou a caracterização dos atos abusivos pelos seus efeitos (ainda que potenciais), pela caracterização dos atos pelas suas finalidades⁴⁸⁵.

⁴⁷⁹ “Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados” (BRASIL, Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências, disponível [on-line] in http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm [11-12-2013]).

⁴⁸⁰ *Os Fundamentos do Antitruste*, 6ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013, p. 106.

⁴⁸¹ CRUZ, Tatiana Lins, *Defesa da Concorrência: aspectos fundamentais e discussões atuais*, in Revista do IBRAC, v. 8, n. 2, 2001, p. 163.

⁴⁸² FRONTINI, Paulo Salvador, *Caracterização de Condutas Contrárias à Ordem Econômica - Notas sobre a Nova Lei Antitruste*, in Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, v. 33, n. 96, São Paulo, out./dez. 1994, p. 101.

⁴⁸³ *Lei de Defesa da Concorrência, Origem Histórica e Base Constitucional*, in Arquivos do Ministério da Justiça, v. 45, n. 180, Brasília, jul./dez. 1992, p. 177.

⁴⁸⁴ “Art. 148 - A lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros” (BRASIL, Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946, disponível [on-line] in http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao46.htm [11-12-2013]).

⁴⁸⁵ FORGIONI, Paula A., *Os Fundamentos do Antitruste*, 6ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013, p. 108.

Outro marco da história do direito da concorrência no Brasil foi a edição da Lei nº 4.137/62⁴⁸⁶, que se originou do Projeto nº 122/1948, de autoria de Agamêmnon Magalhães, o qual foi sujeito às mais variadas críticas. PAULA A. FORGIONI menciona críticas que vão da ausência de definição de “abuso do poder econômico” à preocupação com o suposto excesso de poderes da CADE⁴⁸⁷. Um senador teria se manifestado contra a Lei Antitruste por entender que esta seria um instrumento de orientação da estrutura jurídico-econômica anticapitalista⁴⁸⁸. Tais críticas levaram a muitas modificações na redação original do Projeto⁴⁸⁹, embora ele tenha sido, ao final, aprovado e sancionado como a Lei nº 4.137/62, que criou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE)⁴⁹⁰.

Com a Constituição de 1967⁴⁹¹, a disciplina do abuso de poder econômico deixa de ter o teor exemplificativo e difuso do antigo artigo 148. O artigo 157 da referida Constituição estabelecia que “a ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios”, entre os quais se encontrava o inciso VI, “repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros”⁴⁹².

Lembra PAULA A. FORGIONI que, com a Constituição de 1967, alguns intérpretes da Lei Antitruste perceberam que poderiam utilizar a Carta para coibir determinadas práticas que, embora não se encontrassem expressamente previstas no texto da lei, poderiam se subsumir às hipóteses constitucionais de domínio de mercados, eliminação da concorrência

⁴⁸⁶ JOSÉ MARCELO MARTINS PROENÇA lembra que, entre a revogação da Lei Malaia, em 1945, e a promulgação da Lei nº 4.137/62, sobreveio a Lei nº 1.521/51, que representou uma contramarcha à evolução do Direito da Concorrência brasileiro anteriormente identificada, na medida em que criou a Comissão Federal de Abastecimento e Preços (COFAP) para intervir no domínio econômico por meio da fixação de preços, desapropriação de bens e controle de abastecimento (*Concentração empresarial e o direito da concorrência*, São Paulo, Saraiva, 2001, p. 30).

⁴⁸⁷ FORGIONI, Paula A., *Os Fundamentos do Antitruste*, 6ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013, p. 111.

⁴⁸⁸ FRANCESCHINI, José I. G., e PEREIRA, Edgard A., *As Eficiências Econômicas sob o Prisma Jurídico*, in Revista de Direito Econômico n. 23, abr./jun. 1996, Brasília, p. 35.

⁴⁸⁹ Cite-se, aqui, a alteração pela qual as infrações não restariam caracterizadas pelos seus efeitos – como queria Magalhães – nem pela intenção do agente, como se mencionou em substitutivo, mas pela tipificação na lei.

⁴⁹⁰ BRASIL, Lei nº 4.137/62, Regula a repressão ao abuso do Poder Econômico, disponível [on-line] in http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4137impressao.htm [11-12-2013].

⁴⁹¹ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1967, disponível [on-line] in http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao67.htm [11-12-2013].

⁴⁹² O artigo 157 foi renumerado como 160 após a Emenda Constitucional nº 1/69. A única diferença relevante entre o artigo anterior e o posterior é que no primeiro a ordem econômica tinha por finalidade “realizar a justiça social”, ao passo que, no último, sua finalidade era “realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social”.

e aumento arbitrário de lucros, ou até mesmo às hipóteses infraconstitucionais listadas no artigo 2º da Lei nº 4.137/62^{493,494}. Essa evolução “interpretativa”, porém, não foi acompanhada de uma evolução na aplicação da lei. De fato, como aponta TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR, a aplicação da Lei nº 4.137/62 pode ser considerada “desorientada”, em grande parte por conta da atuação do governo federal desenvolvimentista, que incentivava a política de fusões e incorporações e até mesmo estabelecia preços máximos de produtos, criando condições para a prática de acordos entre concorrentes⁴⁹⁵. Não há como escapar da conclusão de que, à época, inexistiam condições sociopolíticas para combater o poder econômico⁴⁹⁶.

A Constituição Federal de 1988⁴⁹⁷, a “Constituição Cidadã”, nascida especialmente para traduzir um novo pacto institucional para a democracia⁴⁹⁸, trouxe diversos pontos importantes para a compreensão do sistema brasileiro de defesa da concorrência. Como assinala PAULA A. FORGIONI, não há dúvidas de que a Constituição atribui um caráter instrumental à concorrência, uma vez que o próprio histórico da defesa da concorrência no Brasil mostra que esta surge para proteger a economia popular, ainda que vinculada ao consumidor – o que, por si só, já demonstra, em parte, a ideia de proteção da concorrência como instrumento⁴⁹⁹. Ademais, a própria Constituição Federal estabelece, em seu artigo 170, que a ordem econômica “tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”, sendo que um dos meios para atingir tal finalidade é o controle de práticas anticompetitivas⁵⁰⁰.

Além disso, a Constituição também estabelece a repressão ao abuso do poder

⁴⁹³ *Os Fundamentos do Antitruste*, 6ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013, p. 115.

⁴⁹⁴ Pode-se ponderar que foi muito provavelmente esse mecanismo que deu origem ao atual sistema de análise de condutas presente no artigo 36 da Lei nº 12.529/2011 (já presente nos artigos 20 e 21 da Lei nº 8.884/94), pelo qual as condutas – meramente exemplificativas – enumeradas nos incisos do parágrafo 3º devem vir acompanhadas de uma das hipóteses presentes nos incisos do caput do artigo 36.

⁴⁹⁵ *Lei de Defesa da Concorrência, Origem Histórica e Base Constitucional*, in Arquivos do Ministério da Justiça, v. 45, n. 180, Brasília, jul./dez. 1992. p. 180.

⁴⁹⁶ FRONTINI, Paulo Salvador, *Caracterização de Condutas Contrárias à Ordem Econômica - Notas sobre a Nova Lei Antitruste*, in Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, v. 33, n. 96, São Paulo, out./dez. 1994, p. 103.

⁴⁹⁷ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, disponível [on-line] in http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm [11-12-2013].

⁴⁹⁸ VERÍSSIMO, Marcos Paulo, *A Constituição de 1988, vinte anos depois: Suprema Corte e ativismo judicial “à brasileira”*, in Revista Direito GV, v. 8, São Paulo, jul./dez. 2008, p. 408.

⁴⁹⁹ *Os Fundamentos do Antitruste*, 6ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013, p. 187.

⁵⁰⁰ CARVALHO, Vinícius Marques de, *Primeiro ano da nova lei de Defesa da Concorrência - Balanço e perspectivas*, in FARINA, Laércio, *A nova lei do CADE: o 1º ano na visão das autoridades*, Ribeirão Preto, Migalhas, 2013, p. 13.

econômico⁵⁰¹ que vise à dominação dos mercados e à eliminação da concorrência – artigo 173, § 4º – de forma a garantir a livre concorrência – artigo 170, IV – e a repressão ao aumento arbitrário de lucros – artigo 173, § 4º – para defender o consumidor – artigo 170, V⁵⁰².

No que se refere especificamente ao fato de a Constituição garantir a livre concorrência e ao mesmo tempo reconhecer a existência do poder econômico, EROS ROBERTO GRAU entende não haver contradição alguma, pois o poder econômico seria a regra e não a exceção⁵⁰³. Logo, a existência do poder econômico é reconhecida, mas coibida a sua má utilização, ou seja, seu abuso. Nas palavras de TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR, “como a Constituição fala em abuso do poder econômico, pressupõe certamente que o poder econômico, em si, é um fenômeno normal no processo de produção e circulação de riqueza. O que a lei deve reprimir é o seu abuso. Abuso de poder é desvio de finalidade”⁵⁰⁴.

Assim, faz-se necessário analisar conjuntamente os artigos 170 e 173, § 4º, da Constituição Federal, de maneira que a existência do poder econômico reste reconhecida e apenas o seu abuso seja coibido – abuso esse que não é outro que não o atentar contra a livre concorrência.

Deve-se reconhecer que, mesmo após a livre concorrência e a repressão ao abuso de poder econômico estarem reconhecidas como princípios constitucionais, a Lei nº 4.137/62 não cumpria a sua função⁵⁰⁵. Por esse motivo⁵⁰⁶, a promulgação da Lei nº 8.158/91⁵⁰⁷ foi

⁵⁰¹ A análise sobre o que consistiria o poder econômico foge ao escopo do presente trabalho. De qualquer forma, pode-se sucintamente, com SERGIO VARELA BRUNA, defini-lo como a capacidade que alguém tem de determinar comportamentos econômicos alheios, os quais seriam diversos caso vigorasse um sistema concorrencial puro. O autor também pondera que o abuso do poder econômico pode fazer uso dos conceitos utilizados pelo instituto do abuso do direito (abordado no capítulo 3 do presente trabalho) (*O Poder Econômico e a Conceituação do Abuso em seu Exercício*, 1ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997, p. 104-105, 162).

⁵⁰² FORGIONI, Paula A., *Os Fundamentos do Antitruste*, 6ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013, p. 187.

⁵⁰³ *A ordem econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e crítica)*, 11ª ed., São Paulo, Malheiros, 2006, p. 208.

⁵⁰⁴ *Lei de Defesa da Concorrência, Origem Histórica e Base Constitucional*, in Arquivos do Ministério da Justiça, v. 45, n. 180, Brasília, jul./dez. 1992, p. 182.

⁵⁰⁵ Entre as razões para tanto, pode-se apontar a contemporaneidade com outros órgãos estatais como a Superintendência Nacional de Abastecimento e Preços (SUNAB), estabelecida em 1962, o Conselho Interministerial de Preços (CIP), criado em 1968 e a Comissão de Fusão e Incorporação de Empresas (COFIE), instituída em 1971, todos eles desprovidos de qualquer preocupação concorrencial que, na prática, somente protegia os monopólios estabelecidos, premiando a ineficiência e desestimulando a produtividade e

recebida com certo entusiasmo. Não se pode esquecer, ademais, que, à época, o Governo Collor havia liberalizado a economia, e por essa razão a ressurreição da lei antitruste foi vista como uma peça fundamental para desbloquear a iniciativa privada por meio da luta contra os cartéis, e auxiliar o Estado a renunciar ao seu caráter intervencionista⁵⁰⁸.

O objetivo declarado do diploma era tornar mais célere o processo administrativo de apuração de infrações à ordem econômica por meio da criação da Secretaria Nacional de Direito Econômico (SNDE), cuja função, de acordo com o artigo 1º da lei, seria

“apurar e propor as medidas cabíveis com o propósito de corrigir as anomalias de comportamento de setores econômicos, empresas ou estabelecimentos, bem como de seus administradores e controladores, capazes de perturbar ou afetar, direta ou indiretamente, os mecanismos de formação de preços, a livre concorrência, a liberdade de iniciativa ou os princípios constitucionais da ordem econômica”⁵⁰⁹

Vale ressaltar, também, que a Lei nº 8.158/91 já trazia, em seu artigo 3º, parte da formulação para caracterização da infração antitruste presente nas leis posteriores. O referido artigo estabelecia constituir infração à ordem econômica “qualquer acordo, deliberação conjunta de empresas, ato, conduta ou prática tendo por objeto ou produzindo o efeito de dominar mercado de bens ou serviços, prejudicar a livre concorrência ou aumentar arbitrariamente os lucros, ainda que os fins visados não sejam alcançados”.

Note-se que não ocorreu a revogação da Lei nº 4.137/62, de maneira a que ambos os órgãos – CADE e SNDE – passaram a trabalhar juntos. PAULA A. FORGIONI reconhece os bons frutos decorrentes desse trabalho conjunto, tendo sido julgados vários casos envolvendo agentes econômicos de grande porte, além de se ter verificado a melhoria da

a renovação tecnológica, em detrimento do consumidor (NASCIMENTO, Ruy Coutinho do, *Quatro momentos do antitruste no Brasil*, in FARINA, Laércio (org.), *A Nova Lei do CADE*, Ribeirão Preto, Migalhas, 2012, p. 189-190).

⁵⁰⁶ ENRICO SPINI ROMANIELO menciona, quanto ao contexto político-econômico para a edição da Lei nº 8.158/91, que “o Brasil acabava de sair de uma séria crise fiscal, período conhecido como década perdida. Inserido em um contexto mundial de celebração do chamado ‘neo-liberalismo’, optou-se pela desregulamentação e abertura da economia para o comércio internacional, momento em que o Estado começou a se afastar gradualmente da sua função de empresário” (*Direito Antitruste e Crise - perspectivas para a realidade brasileira*, Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 32).

⁵⁰⁷ BRASIL, Lei nº 8.158, de 8 de janeiro de 1991, Institui normas para a defesa da concorrência e dá outras providências, disponível [on-line] in http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8158.htm [11-12-2013].

⁵⁰⁸ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio, *Lei de Defesa da Concorrência, Origem Histórica e Base Constitucional*, in Arquivos do Ministério da Justiça, v. 45, n. 180, Brasília, jul./dez. 1992. p. 181.

⁵⁰⁹ BRASIL, Lei nº 8.158, de 8 de janeiro de 1991, Institui normas para a defesa da concorrência e dá outras providências, disponível [on-line] in http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8158.htm [11-12-2013].

qualidade técnica das decisões do CADE⁵¹⁰.

Essa nova Lei Antitruste acabou, porém, a partir de 1992, sendo utilizada como instrumento do governo federal para retaliar certos setores da economia e agentes econômicos que auferissem “lucros abusivos”⁵¹¹. Ainda assim, não se pode esquecer o papel da Lei nº 8.158/91 como verdadeira norma de transição na história do Direito de Defesa da Concorrência brasileiro⁵¹².

5.2.2. Da Lei nº 8.884/94

A Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994⁵¹³, pode ser considerada a lei que verdadeiramente sistematizou a defesa da concorrência no Brasil, tornando-a eficaz no País. Além disso, deu autonomia financeira ao CADE, ao transformá-lo em autarquia federal. PRISCILA BRÓLIO GONÇALVES lembra que a Lei nº 8.884/94 abarcou múltiplos valores e interesses⁵¹⁴. De fato, o seu artigo 1º estabelece que a lei “dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico”⁵¹⁵.

Em seus pouco mais de 17 anos de vigência, a Lei nº 8.884/94 consolidou o CADE como revisor das grandes concentrações de empresas no Brasil, e iniciou o trabalho de persecução de infrações à ordem econômica de forma muito mais sistemática do que havia

⁵¹⁰ *Os Fundamentos do Antitruste*, 6ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013, p. 121.

⁵¹¹ FORGIONI, Paula A., *Os Fundamentos do Antitruste*, 6ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013, p. 122. De fato, à época, a aplicabilidade da legislação antitruste era reduzida, uma vez que estava muito mais atrelada à questões de economia popular e direito do consumidor que propriamente à defesa da concorrência, como lembra RICARDO FERREIRA PASTORE (*Advocacia da Concorrência no Brasil*, in ZANOTTA, Pedro, e BRANCHER, Paulo (org.), *Desafios Atuais do Direito da Concorrência*, São Paulo, Singular, 2008, p. 22).

⁵¹² SCHUARTZ, Luis Fernando, *Fundamentos do Direito de Defesa da Concorrência*, in Revista de Direito Econômico n. 22, Brasília, jan./mar. 1996, p. 93.

⁵¹³ BRASIL, Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências, disponível [on-line] in <http://www.planalto.gov.br/ccivil/03/leis/18884.htm> [11-12-2013].

⁵¹⁴ *Fixação e Sugestão de Preços de Revenda nos Contratos de Distribuição - Análise dos Aspectos Concorrenciais*, 1ª ed., São Paulo, Singular, 2002, p. 117.

⁵¹⁵ Não se pode esquecer, ademais, que a promulgação da Lei nº 8.884/94 se deu no contexto da “Reforma do Estado brasileiro”, a reestruturação patrimonial do Estado, em que foram inseridos novos mecanismos de regulação da economia (exemplificativamente, órgãos como o CADE e as agências reguladoras), e encerrado o modelo nacional-desenvolvimentista (CARVALHO, Vinícius Marques de, e CASTRO, Ricardo Medeiros de, *Políticas públicas regulatórias e de defesa da concorrência: qual espaço de cooperação?*, in Revista de Direito Público da Economia, n. 28, ano 7, Belo Horizonte, out./dez. 2009, p. 145).

sido realizado antes. Essa lei também implementou o que se convencionou chamar de Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), formado pelo CADE, Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE/MJ) e Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (SEAE/MF)⁵¹⁶, atuante tanto no controle preventivo de estruturas quanto no controle repressivo de condutas⁵¹⁷.

Não se tratará do controle de estruturas no presente trabalho, mas apenas do controle de condutas, tendo em vista que se pretende analisar, aqui, uma prática que pode ser considerada uma infração à ordem econômica, qual seja, o abuso do direito de ação e/ou de petição com efeitos anticoncorrenciais.

Os artigos principais da Lei nº 8.884/94, no que se refere à análise de condutas, eram os artigos 20 e 21. Pela sistemática da lei, o ilícito antitruste caracteriza-se por meio do objeto ou efeito da conduta. Assim, na redação do artigo 20,

“Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

- I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;
- II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;
- III - aumentar arbitrariamente os lucros;
- IV - exercer de forma abusiva posição dominante”⁵¹⁸.

A sistemática para configuração do ilícito antitruste não sofreu quaisquer alterações

⁵¹⁶ GESNER OLIVEIRA e JOÃO GRANDINO RODAS apontam que a expressão SBDC aparece pela primeira vez, em um documento oficial, em uma mensagem interministerial de 2000, e que se trataria da forma “positiva” pela qual ficaram conhecidos os três órgãos; em linguagem “negativa”, focada no empirismo inercial com que os órgãos foram criados, estes ficaram conhecidos como “os três guichês da concorrência” (*Direito e economia da concorrência*, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013, p. 35).

⁵¹⁷ “Condutas” são as práticas empresariais que restringem ou podem restringir a concorrência e levar ao abuso de poder econômico. “Estruturas”, por sua vez, se referem à estrutura do mercado, que pode ser afetada por fusões, aquisições, *joint ventures*, transferência de ativos etc. CALIXTO SALOMÃO FILHO aponta que essa divisão estrutural do Direito da Concorrência em controle de condutas e controle de estruturas não representa uma superposição perfeita, podendo haver, em teoria, problemas do primeiro grupo relacionados aos do segundo grupo e vice-versa (*Atuação Estatal e Ilícito Antitruste*, in Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, v. 36, n. 106, São Paulo, abr./jun. 1997, p. 35).

⁵¹⁸ BRASIL, Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências, disponível [on-line] in http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18884.htm [11-12-2013]. Quando da promulgação da Lei nº 8.884/94, houve o temor de que esse “modelo aberto” de infração levasse a lei a se tornar “letra morta”, por teoricamente considerar infrativa qualquer conduta empresária. Nesse sentido, cf. FRONTINI, Paulo Salvador, *Caracterização de Condutas Contrárias à Ordem Econômica - Notas sobre a Nova Lei Antitruste*, in Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, v. 33, n. 96, São Paulo, out./dez. 1994, p. 105-106.

com a entrada em vigor da atual lei de defesa da concorrência, razão pela qual esse tema será analisado no item a seguir.

No que se refere especificamente à vigência da Lei nº 8.884/94, com o passar dos anos surgiu certa pressão pela reforma da lei, em especial por conta da demora na análise dos processos administrativos e da controversa notificação *a posteriori* dos atos de concentração. Assim, após 17 anos de vigência da Lei nº 8.884/94, houve a promulgação da Lei nº 12.529/2011, que procurou endereçar tais temas.

5.2.3. A Lei nº 12.529/2011 e a caracterização do ilícito antitruste

A entrada em vigor da Lei nº 12.529/2011⁵¹⁹ promoveu mudanças profundas na estrutura do SBDC. A SDE saiu da estrutura do Ministério da Justiça e se tornou a Superintendência-Geral do CADE, e o Conselho passou a se chamar Tribunal Administrativo, funcionando como uma espécie de segunda instância das decisões tomadas pela Superintendência-Geral. Além disso, a lei em tela alterou profundamente as regras para notificação de atos de concentração e modificou as regras procedimentais para instrução e julgamento dos processos administrativos⁵²⁰.

No que se refere especificamente, porém, à caracterização do ilícito antitruste, a formulação criada pela lei anterior permaneceu em sua integralidade. À exceção de algumas alterações pontuais nos exemplos de condutas anticompetitivas – algumas condutas anteriormente listadas no artigo 21 da Lei nº 8.884/94 foram excluídas do parágrafo 3º do artigo 36 da nova Lei de Defesa da Concorrência, ao passo que outras, que não se encontravam anteriormente previstas, foram incluídas -, a sistemática para caracterização de uma infração à ordem econômica permanece a mesma, não havendo

⁵¹⁹ BRASIL, Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências, disponível [on-line] in http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm [11-12-2013].

⁵²⁰ Para uma análise mais detalhada das novidades e alterações promovidas com a entrada em vigor da Lei nº 12.529/2011, confira-se PROENÇA, José Marcelo Martins, *et al.*, *A Reforma da Lei da Concorrência - Lei nº 8.884/94*, relatório produzido para o 1º Congresso Brasileiro de Direito Comercial, 2011, disponível [on-line] in <http://www.congressodireitocomercial.org.br/2011/images/stories/pdfs/gep12.pdf> [3-1-2014], 74 p.

previsão de condenação *per se* e dependendo de uma análise casuística, com base na regra da razão⁵²¹:

“Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:
I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;
II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;
III - aumentar arbitrariamente os lucros; e
IV - exercer de forma abusiva posição dominante”⁵²²

As críticas e discussões mais aprofundadas sobre a caracterização do ilícito antitruste se deram com a entrada em vigor da Lei nº 8.884/94. Como não houve alteração alguma da redação do dispositivo em relação à atual lei de defesa da concorrência (fora a numeração dos artigos), faz-se necessário recorrer principalmente àqueles comentários⁵²³.

WERTER R. FARIA criticou a expressão “independentemente de culpa”, que, em seu entender, seria dispensável, uma vez que, para caracterização da infração e mesmo da imposição de multas, a análise da violação às normas legais que tutelam a concorrência não levaria em consideração o elemento subjetivo⁵²⁴. Em posicionamento contrário, CALIXTO SALOMÃO FILHO procura demonstrar que a intenção seria, sim, levada em conta pela lei, ao afirmar que entender o contrário tornaria “a lei incompatível com a Constituição, que, claramente, optou por considerar ilícito aquele ato intencional que visa a um objetivo predeterminado e anticoncorrencial”.

De fato, no entender de CALIXTO SALOMÃO FILHO, tanto o elemento volitivo se encontra presente na configuração do ilícito anticoncorrencial que o artigo 173, § 4º, da Constituição Federal, dispõe que a “lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à

⁵²¹ OLIVEIRA, Gesner, e RODAS, João Grandino, *Direito e economia da concorrência*, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013, p. 36-37. Vale notar que, para CALIXTO SALOMÃO FILHO, a solução encontrada pela lei representa, na verdade, via intermediária entre a flexível regra da razão e a rígida regra *per se* (*Direito Concorrencial*, São Paulo, Malheiros, 2013, p. 407).

⁵²² BRASIL, Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências, disponível [on-line] in http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm [11-12-2013].

⁵²³ Com isso, aqui se irá referir apenas ao artigo 36 da Lei nº 12.529/2011, embora muitos dos autores citados estejam na verdade comentando os artigos 20 e 21 da Lei nº 8.884/94.

⁵²⁴ *As Infrações contra a Concorrência*, in Arquivos do Ministério da Justiça, v. 49, n. 187, Brasília, jan./jun., 1996, p. 101.

dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”⁵²⁵ – em sua opinião, o verbo “visar” faria referência a um elemento intencional. O *caput* do artigo 36, da Lei nº 12.529/2011, por sua vez, como já visto, considera “infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir” os efeitos previstos em seus incisos – e seria “inegável a presença de intenção nos atos direcionados a um objetivo”⁵²⁶. Ademais, ainda segundo o autor, “no ambiente econômico, a existência de uma intenção racional ou plausível de atingir determinada posição de mercado já implica o risco de produção de efeitos, e vice-versa”⁵²⁷.

A questão da expressão “independentemente de culpa”, no entanto, permanece. Considerar que o verbo “visar”, constante do texto constitucional, seria suficiente para presumir o elemento subjetivo, desconsidera que a redação do *caput* do artigo 36 da Lei nº 12.529/2011 guarda grande paralelo com o artigo 173, § 4º, da Constituição Federal. Nesse contexto, o verbo “visar”, constante na Constituição Federal, equivale à expressão “ter por objeto ou possa produzir” do citado *caput*, a qual definitivamente não permite inferir pela presença de qualquer elemento intencional, ainda mais a se considerar que o texto legal também prevê que a infração se caracteriza “independentemente de culpa”.

No que se refere aos efeitos previstos nos incisos do *caput* do artigo 36, algumas considerações também se fazem necessárias. O “aumento arbitrário de lucros” previsto no inciso III é criticado desde a Lei nº 8.884/94, por consistir em figura estranha ao Direito da Concorrência⁵²⁸. Porém, há que se notar que a própria Constituição Federal entende ser o aumento arbitrário de lucros uma das características do abuso de poder econômico⁵²⁹,

⁵²⁵ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, disponível [on-line] in http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm [11-12-2013].

⁵²⁶ SALOMÃO FILHO, Calixto, *Direito Concorrencial*, São Paulo, Malheiros, 2013, p. 400.

⁵²⁷ *Direito Concorrencial*, São Paulo, Malheiros, 2013, p. 400-401.

⁵²⁸ Para maiores informações a respeito da questão, confira-se GRINBERG, Mauro, *Aumentos arbitrários de lucros como abusos do poder econômico: interpretação da Constituição e sugestão de alteração*, in Revista de Direito Mercantil, n. 103, jul./set. 1996, p. 51-58, e PROENÇA, José Marcelo Martins, *et al.*, *A Reforma da Lei da Concorrência - Lei nº 8.884/94*, relatório produzido para o 1º Congresso Brasileiro de Direito Comercial, 2011, disponível [on-line] in <http://www.congressodireitocomercial.org.br/2011/images/stories/pdfs/gep12.pdf> [3-1-2014], p. 39-41.

⁵²⁹ “Art. 173. (...) § 4º - A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros” (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, disponível [on-line] in http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm [11-12-2013]).

razão pela qual a crítica à redação do artigo acaba se mostrando injustificada⁵³⁰.

Ainda sobre a questão do “aumento arbitrário de lucros”, vale mencionar a posição de CALIXTO SALOMÃO FILHO, para quem referido efeito consiste em mera hipótese particular de abuso de posição dominante, efeito esse previsto no inciso IV do *caput* do artigo 36, e historicamente mencionado em todas as Constituições brasileiras, desde 1946⁵³¹.

Sobre o exercício abusivo de posição dominante, por sua vez, faz-se referência às considerações do Capítulo 3, sobre abuso de direito, de maneira que essa prática pode ser analisada sob aquela perspectiva. Assim, pode-se considerar que o exercício abusivo de posição dominante se dá quando ultrapassa o limite da finalidade econômica e social do direito, como previsto no artigo 187 do Código Civil⁵³².

No que se refere especificamente ao inciso II do *caput* do artigo 36, PRISCILA BRÓLIO GONÇALVES lembra, com razão, que a dominação de mercados, por si só, não constitui infração à ordem econômica, devendo ser, para isso, acompanhada de restrições à concorrência⁵³³. De fato, os parágrafos do artigo 36 esclarecem um pouco melhor a questão:

“§ 1º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II do *caput* deste artigo.

⁵³⁰ Além da previsão constitucional, vale citar a posição de CALIXTO SALOMÃO FILHO: “um critério razoável em qualquer caso para determinar a existência ou não de abuso [do poder econômico] parece ser a comparação entre os preços e os custos de produção. Parece bastante evidente que a venda a preços muito superiores aos custos é seguramente danosa ao consumidor e não pode ser justificada por objetivos positivos em relação ao mercado” (*Sociedade cooperativa e disciplina da concorrência*, in *Revista dos Tribunais*, v. 693, ano 82, jul./1993, p. 31).

⁵³¹ *Direito Concorrencial*, São Paulo, Malheiros, 2013, p. 404.

⁵³² “A qualificação jurídica mais conveniente para a repressão à concorrência desleal entre nós parece ser, pois, a decorrente da teoria do abuso de direito” (COMPARATO, Fábio Konder, *Concorrência desleal*, in *Revista dos Tribunais*, v. 375, ano 56, jan./1967, p. 32). Note-se que o autor refere-se, nesse caso, ao Direito da Concorrência, embora esteja mencionando “concorrência desleal”, o que hoje remete às disposições da Lei de Propriedade Intelectual (BRASIL, Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996, Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial, disponível [on-line] in http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19279.htm [17-12-2013]). De qualquer forma, a relação entre ambas as disciplinas é tradicional, como se pode notar na obra seminal de TULLIO ASCARELLI que trata do direito da concorrência e do direito de propriedade industrial (*Teoria della concorrenza e dei beni immateriali - istituzioni di diritto industriale*, 3ª ed., Milano, Giuffrè, 1960).

⁵³³ *Fixação e Sugestão de Preços de Revenda nos Contratos de Distribuição - Análise dos Aspectos Concorrenciais*, 1ª ed., São Paulo, Singular, 2002, p. 121-122. A autora se refere ao artigo 20 da Lei nº 8.884/94.

§ 2º Presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia.”⁵³⁴

Outra importante questão que é debatida desde a Lei nº 8.884/94 decorre da interpretação do artigo 36, *caput* (da lei nova), combinado com seu parágrafo 2º. Discute-se, assim, se o agente deve ser detentor de posição dominante (ou seja, detentor de 20% do mercado relevante) para que sua conduta possa ser considerada infrativa à ordem econômica e consequentemente punida pelo CADE. Vários autores entendem que a posição dominante não é uma *conditio sine qua non* para a caracterização do ilícito antitruste, entre os quais se pode citar PAULA A. FORGIONI, que entende ser possível classificar a conduta do agente como atentatória à concorrência com base nos outros incisos do artigo 20⁵³⁵.

Quanto a essa questão, PRISCILA BRÓLIO GONÇALVES pondera que, primeiramente, cumpre analisar as diferenças entre as expressões “posição dominante” e “poder econômico”. Com base nesse raciocínio, se ambas as expressões fossem sinônimas, a posição dominante seria um pressuposto à caracterização do ilícito antitruste, já que decorreria da aplicação da Constituição Federal, que trata especificamente do abuso do poder econômico. A autora conclui que a expressão “posição dominante” empregada pela lei teria sido utilizada como uma tentativa de caracterizar o “poder econômico”⁵³⁶. Essa identidade entre as expressões, contudo, não é defendida por SERGIO VARELLA BRUNA, para quem a expressão “poder econômico” é muito mais abrangente que a expressão “posição dominante”⁵³⁷.

⁵³⁴ BRASIL, Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências, disponível [on-line] in http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm [11-12-2013].

⁵³⁵ *Os Fundamentos do Antitruste*, 6ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013, p. 133.

⁵³⁶ *Fixação e Sugestão de Preços de Revenda nos Contratos de Distribuição - Análise dos Aspectos Concorrenciais*, 1ª ed., São Paulo, Singular, 2002, p. 123-125.

⁵³⁷ *O Poder Econômico e a Conceituação do Abuso em seu Exercício*, 1ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997, p. 115. Na sequência, o autor sumariza a questão: “pode-se dizer que posição dominante é aquela que confira a seu detentor quantidade substancial de poder econômico ou de mercado, a ponto de que possa ele exercer influência determinante sobre a concorrência, principalmente no que se refere ao processo de formação de preços, quer atuando sobre o volume da oferta, quer sobre o da procura, e que lhe proporcione elevado grau de independência em relação aos demais agentes econômicos do mercado

De fato, para, é pacífico nos precedentes do CADE e entre os autores brasileiros que a existência de poder de mercado, ou poder econômico, é condição para a configuração de uma infração nos termos da lei de defesa da concorrência⁵³⁸. Não se consegue visualizar, porém, que as expressões “poder de mercado” ou “poder econômico”, seria equivalente à expressão “posição dominante”.

Conclui-se, portanto, com PAULA A. FORGIONI e SERGIO VARELLA BRUNA, que, embora não seja necessária a existência de posição dominante para se caracterizar uma infração à ordem econômica, o agente deve deter poder econômico a fim de que possa ser punido por prática anticoncorrencial, por força da Constituição Federal⁵³⁹.

No que se refere ao parágrafo 3º ao artigo 36 – que lista as condutas que podem caracterizar infração à ordem econômica da mesma forma que o antigo artigo 21 da Lei nº 8.884/94 –, é ponto pacífico que referida listagem trata meramente de um rol exemplificativo das práticas que, desde que acompanhadas de um ou mais efeitos constantes dos incisos I a IV do *caput* do artigo 36, constituem infrações à ordem econômica⁵⁴⁰. Portanto, se determinada prática produzir ou puder produzir os efeitos previstos no citado *caput* do artigo 36, mas sua definição não se encontrar entre os incisos do parágrafo 3º, isso não afeta em absoluto a possibilidade de investigação e punição da conduta pelo CADE. De fato, essa opção por uma técnica legislativa flexível e abrangente

relevante”.

⁵³⁸ CORDOVIL, Leonor, *Nova lei de defesa da concorrência comentada - Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011, p. 103.

⁵³⁹ Essa conclusão não conta com o apoio de todos os intérpretes. Além do posicionamento já citado de PRISCILA BRÓLIO GONÇALVES (*Fixação e Sugestão de Preços de Revenda nos Contratos de Distribuição - Análise dos Aspectos Concorrenciais*, 1ª ed., São Paulo, Singular, 2002, p. 123-125), EDUARDO MOLAN GABAN e JULIANA OLIVEIRA DOMINGUES, por exemplo, afirmam que “para que uma prática empresarial possa configurar uma conduta anticompetitiva é necessário que a representada possua condições para realizar a alegada conduta infrativa, ou seja, que possua posição dominante que possa ser utilizada de modo a restringir a concorrência” (*Direito antitruste*, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 2012, p. 132). Discorda-se desse entendimento, por se defender, aqui, que a existência de posição dominante não é premissa necessária para caracterização do ilícito anticoncorrencial. Embora a explicação conferida pelos defensores da necessidade de posição dominante para caracterização de infração anticoncorrencial tenha seus méritos lógico-argumentativos, o fato é que (i) esse estreitamento da área de ação da Lei Antitruste não se encontra previsto em nenhum dispositivo legal, e que (ii) via de regra, o simples fato de o suposto infrator deter menos de 20% do mercado relevante sob análise faz com que o CADE (pelo menos tradicionalmente) deixe de analisar qualquer outra característica da prática anticompetitiva e determine incontinenti o arquivamento do processo administrativo. Acredita-se, aqui, que a adoção dessa posição, que sequer se encontra presente na Lei Antitruste, certamente fez com que sérias práticas anticoncorrenciais deixassem de ser devidamente investigadas e punidas; ao mesmo tempo, reconheça-se, referida posição possibilita ao CADE que não envie os maiores esforços e recursos em casos sem qualquer potencial lesivo à concorrência.

⁵⁴⁰ A título exemplificativo, cf. FORGIONI, Paula A., *Os Fundamentos do Antitruste*, 6ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013, p. 134-135.

justifica-se pela impossibilidade de se prever todas as práticas empresariais que podem gerar riscos ao bom funcionamento da ordem concorrencial⁵⁴¹.

Portanto, forçoso se concluir que, há mais de 30 anos no ordenamento jurídico brasileiro, uma prática somente pode ser considerada uma infração à ordem econômica caso produza ou possa produzir, independentemente de culpa, os efeitos consistentes na (i) limitação, falseamento ou qualquer prejuízo à livre concorrência ou à livre iniciativa; (ii) dominação de mercado relevante de bens ou serviços; e/ou (iii) exercício abusivo de posição dominante⁵⁴².

Destarte, para que a premissa do presente trabalho se apresente, qual seja, para que os direitos de ação e de petição exercidos de forma abusiva possam configurar infração da ordem econômica, é necessário que também produzam ou possam produzir os efeitos anticoncorrenciais previstos no *caput* do artigo 36 da Lei nº 12.529/2011 – lembrando-se que o efeito disposto no inciso III encontra-se abarcado por aquele veiculado pelo inciso IV –, conforme exposto acima. Nesse sentido, se o exercício abusivo do direito de petição produzir ou tiver o potencial de produzir ao menos um de tais efeitos, referida prática deverá ser considerada uma infração pelo Direito da Concorrência Brasileiro e, portanto, passível de punição pelo SBDC.

5.3. Dos efeitos anticoncorrenciais do abuso dos direitos de ação e de petição

Primeiramente, faz-se necessário ressaltar que o presente trabalho entende que o abuso do direito de ação e de petição que pode potencialmente ser considerado também uma infração à ordem econômica é aquele praticado pelo demandante, uma vez que não se consegue visualizar como o réu em um processo judicial poderia se utilizar de sua defesa para prejudicar concorrencialmente o autor. Nesse sentido, tem-se por premissa que é

⁵⁴¹ FRAZÃO, Ana, e MENDES, Francisco Schertel, *O controle de condutas após a lei 12.529/11: a busca por efetividade e segurança na atividade judicante do CADE*, in FARINA, Laércio, *A nova lei do CADE: o 1º ano na visão das autoridades*, Ribeirão Preto, Migalhas, 2013, p. 21. CALIXTO SALOMÃO FILHO observa que a escolha do legislador por essa tipologia aberta visava também a dar um certo grau de segurança jurídica aos agentes econômicos, por meio da declaração expressa de um certo número de infrações puníveis (*Direito Concorrencial*, São Paulo, Malheiros, 2013, p. 407).

⁵⁴² Considera-se, aqui, com CALIXTO SALOMÃO FILHO, que o aumento arbitrário dos lucros é espécie do gênero abuso de posição dominante, conforme esclarecido acima (*Direito Concorrencial*, São Paulo, Malheiros, 2013, p. 404). Esse posicionamento será mantido no curso do presente trabalho, em todas as próximas referências aos efeitos anticoncorrenciais caracterizadores do ilícito antitruste.

somente o autor que, ao decidir exercer seu direito de ação e/ou petição de forma abusiva, pode simultaneamente cometer um ilícito concorrencial⁵⁴³.

O abuso praticado dentro do processo caracteriza-se pelo indivíduo fazer uso do Estado para prejudicar outrem ou obter resultados ilícitos, objetivos esses que não seria possível atingir sem o concurso do Estado, representado pelos órgãos jurisdicionais⁵⁴⁴. THOMAS A. BALMER aponta que, ao mover ações judiciais e intervir em procedimentos administrativos, grandes empresas e associações empresariais podem “amarrar” pequenas empresas em processos incertos e dispendiosos, de forma a aumentar os custos de seus negócios e atrasar ou impedir novos entrantes no mercado relevante⁵⁴⁵. Neste trabalho, entende-se que entre esses possíveis resultados ilícitos e prejuízos a terceiros encontram-se os efeitos consistentes na (i) limitação, falseamento ou qualquer prejuízo à livre concorrência ou à livre iniciativa; (ii) dominação de mercado relevante de bens ou serviços; e/ou (iii) exercício abusivo de posição dominante, previstos no *caput* do artigo 36 da Lei nº 12.529/2011.

De fato, nota OLAVO ZAGO CHINAGLIA que o que distingue o abuso do direito de ação com efeitos concorrenciais do abuso do direito de ação “normal” é que o primeiro não visa ao prejuízo da outra parte pela obtenção do bem da vida pretendido, mas sim utiliza a demanda como meio de causar constrangimentos aos negócios do concorrente⁵⁴⁶. Entende-se, aqui, que o mesmo raciocínio pode ser estendido ao abuso do direito de petição praticado em processos administrativos.

Em face das características expostas acima, nota-se que o abuso dos direitos de ação e de petição com efeitos anticoncorrenciais é uma prática horizontal⁵⁴⁷ de cunho predatório^{548,549}, na medida em que, no intuito de atrapalhar ou mesmo impedir a atividade

⁵⁴³ O abuso do direito de ação com efeitos anticoncorrenciais pode também ser exercido pelo réu reconvinte em uma reconvenção, uma vez que, na relação processual, este ocupa a posição de autor.

⁵⁴⁴ CASTRO FILHO, José Olímpio de, *Abuso do direito no processo civil*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1960, p. 33.

⁵⁴⁵ *Sham litigation and the antitrust laws*, in Buffalo Law Review, v. 39, 1980, p. 39.

⁵⁴⁶ Voto-Vista em BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Processo Administrativo nº 08012.004484/2005-51, Representante: SEVA Engenharia Eletrônica S.A., Representada: Siemens VDO Automotive Ltda., julgado em 18-8-2010, disponível [on-line] in <http://www.cade.gov.br> [29-11-2013].

⁵⁴⁷ A conduta é considerada horizontal se afeta concorrentes em um mesmo mercado, e vertical se envolve diferentes mercados em uma mesma cadeia produtiva (OLIVEIRA, Gesner, e RODAS, João Grandino, *Direito e economia da concorrência*, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013, p. 52).

⁵⁴⁸ Utiliza-se, aqui, o termo “predação” de uma forma abrangente, na esteira de ROBERT H. BORK, que a

de um concorrente, e, com isso, dominando determinado mercado relevante, o agente se vale de meios fraudulentos, em um processo judicial ou administrativo. Dessa forma, pode-se concluir que o abuso do direito de ação e/ou petição com efeitos anticoncorrenciais corresponde à modalidade de *sham litigation* – aqui compreendida de forma lata.

Nessa esteira, vale fazer alusão à definição de HERBERT HOVENKAMP, para quem a *sham litigation* consiste na ação/petição dirigida a um órgão do Estado que consiste em mero subterfúgio para “molestar” (*harass*) um concorrente⁵⁵⁰. Note-se que a definição do autor é mais abrangente que os requisitos exigidos pela Suprema Corte norte-americana para a configuração da *sham litigation* (aqui tratada como *sham litigation stricto sensu*), de modo que é possível aproximá-la daquilo que se denominou, aqui, *sham litigation lato sensu*. Diante disso, e tendo em vista a possibilidade de reconduzir o abuso do direito de ação e/ou petição à definição de *sham litigation* de HOVENKAMP, corrobora-se que o referido abuso equivale à modalidade de *sham litigation lato sensu*.

conceitua como “a firm’s deliberate aggression against one or more rivals through the employment of business practices that would not be considered profit maximizing except for the expectation either that (1) rivals will be driven from the market, leaving the predator with a market share sufficient to command monopoly profits, or (2) rivals will be chastened sufficiently to abandon competitive behavior the predator finds inconvenient or threatening” (BORK, Robert H., *The Antitrust Paradox - A policy at war with itself*, New York, The Free Press, 1993, p. 144). Ressalte-se que CALIXTO SALOMÃO FILHO, todavia, se vale de um conceito mais estrito de predação, intimamente relacionada à prática de preço predatório. No seu entender, esta consistiria em uma “denominação generalizada para vários tipos de condutas de uma prática muito simples. Segundo a definição corrente, trata-se do ato pelo qual o agente econômico incorre em prejuízos na expectativa de eliminar o concorrente do mercado, esperando recuperar posteriormente, através de diversas formas, o montante perdido” (*Direito Concorrencial*, São Paulo, Malheiros, 2013, p. 461). No que se refere ao objeto do presente trabalho, vale mencionar a ROBERT H. BORK, que chega a mencionar que, em sua experiência, a predação “vitoriosa” quase nunca se dá sobre preço, ao contrário daquela realizada por meio de *sham litigation* (*The Antitrust Paradox - a policy at war with itself*, New York, The Free Press, 1993, p. 357).

⁵⁴⁹ *The Antitrust Paradox - a policy at war with itself*, New York, The Free Press, 1993, p. 357.

⁵⁵⁰ *Federal Antitrust Policy - the law of competition and its practice*, 3ª ed., St. Paul, Minnesota, Thomson West, 2005, p. 701. No mesmo sentido pode-se mencionar o posicionamento de CRISTOPHER C. KLEIN, para quem “historically, sham litigation has generally been defined legally as anticompetitive litigation that is ‘baseless’ or otherwise without any legitimate foundation. From an economic perspective, this is a very restrictive definition which allows considerable use of the legal and administrative systems for anticompetitive ends. A definition of sham litigation that more in keeping with economic reasoning would identify sham litigation as predatory or fraudulent litigation with anticompetitive effect, that is, the improper use of the courts and other government adjudicative processes against rivals to achieve anticompetitive ends” (Tradução livre: “historicamente, *sham litigation* tem sido, em geral, definida legalmente como um litígio anticompetitivo que é ‘infundado’ ou sem qualquer fundamento legítimo. Do ponto de vista econômico, esta é uma definição muito restrita, que permite uma considerável utilização dos sistemas jurídicos e administrativos para fins anticoncorrenciais. Uma definição de *sham litigation* mais de acordo com um racional econômico identificaria *sham litigation* como litigância predatória ou fraudulenta com efeito anticoncorrencial, ou seja, o uso impróprio, contra rivais, dos tribunais e outros processos judiciais governamentais para alcançar fins anticompetitivos” (*The economics of sham litigation: theory, cases, and policy*, abr./1989, disponível [on-line] in <http://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/reports/economics-sham-litigation-theory-cases-and-policy/2321580.pdf> [12-1-2014], p. 1). Note-se, todavia, que essa definição proposta pelo autor foi apresentada antes do julgamento do caso *Professional Real Estate Investors, Inc. v. Columbia Pictures Industries, Inc. et al.*, que resultou na criação do Teste PRE.

5.4. Requisitos para configuração da “*sham litigation*”

Como se pôde verificar da estrutura do presente trabalho, a prática de *sham litigation*, na configuração criada e aplicada pelos órgãos administrativos e judiciais dos Estados Unidos da América, é comparável ao abuso do direito de ação e de petição – já consagrado no ordenamento jurídico brasileiro – com efeitos anticoncorrenciais. Tem-se, portanto, que, tanto o instituto norte-americano da *sham litigation* (*sham litigation stricto sensu*) quanto o abuso do direito de ação e de petição – conforme concebido no ordenamento jurídico brasileiro – com efeitos anticoncorrenciais constituem modalidades de *sham litigation lato sensu*.

O que se propõe, aqui, portanto, não é o mero transporte de um instituto estrangeiro para o ordenamento jurídico brasileiro, mas sim a possibilidade de investigação e punição, por parte das autoridades de defesa da concorrência brasileiras, de prática comparável àquela que é punida pelo direito norte-americano como *sham litigation*.

Não se pode negligenciar, porém, o fato de o CADE já ter feito uso dos requisitos utilizados pela Suprema Corte norte-americana para configuração de infração anticoncorrencial semelhante à *sham litigation stricto sensu*⁵⁵¹. Nesse sentido, pretende-se tecer a seguir algumas considerações sobre a aplicabilidade de tais requisitos em face do direito brasileiro, em especial da Lei nº 12.529/2011, e depois utilizar os fundamentos apresentados nos capítulos anteriores, sobre abuso dos direitos de ação e de petição, para propor a possibilidade de se considerar o abuso do direito de ação e/ou de petição com efeitos anticoncorrenciais uma infração contra a ordem econômica cujo escopo equivale ao da *sham litigation stricto sensu*, porquanto corresponde, conforme demonstrado, à modalidade de *sham litigation lato sensu*.

5.4.1. *Sham litigation stricto sensu* em face do Direito da Concorrência brasileiro

Tendo em vista que a *sham litigation* foi criada e desenvolvida nos EUA, onde já se encontram estabelecidos os requisitos para sua configuração, era esperado que muitos

⁵⁵¹ Na verdade, até o momento esta é a principal forma de caracterização da *sham litigation lato sensu* por parte das autoridades brasileiras de defesa da concorrência. Confira-se, a esse respeito, o item 5.5 abaixo.

defendessem a mera transposição do instituto para o Brasil, sem qualquer preocupação com a adaptação do instituto ao ordenamento jurídico nacional.

De fato, embora alguns autores procurem tecer considerações sobre o abuso de direito e a litigância de má-fé no Brasil – na mesma metodologia adotada neste trabalho –, na maior parte das vezes esses mesmos autores preferem concluir pela mera aplicação do Teste PRE, desenvolvido pela Suprema Corte norte-americana⁵⁵². Esse é essencialmente o posicionamento das autoridades brasileiras de defesa da concorrência, com algumas poucas exceções, como se poderá demonstrar na análise crítica da jurisprudência do CADE, realizada ao final deste trabalho.

Nesse sentido, com base nesse posicionamento, para a configuração de infração semelhante à *sham litigation stricto sensu* no Brasil seria necessário que (i) a ação ou petição sob análise fosse completamente carecedora de fundamento, de maneira que nenhum litigante razoável pudesse esperar sucesso no mérito de seu pedido; e que (ii) referida ação ou petição consistisse em mero artifício para alcançar efeito anticoncorrencial. Fundamental salientar, aqui, que, no Brasil, os efeitos anticoncorrenciais aptos à configuração da infração antitruste são aqueles listados no *caput* do artigo 36 da Lei 12.529/2011.

Dessa forma, estando presentes ambos os requisitos desenvolvidos pela jurisprudência norte-americana para a caracterização da *sham litigation (stricto sensu)*, de modo que os efeitos anticoncorrenciais produzidos ou passíveis de serem produzidos pelo processo (judicial ou administrativo) – e não por seu resultado, frise-se – fossem (i) a limitação, o falseamento ou o prejuízo à livre concorrência ou à livre iniciativa; (ii) a dominação de mercado relevante de bens ou serviços; e/ou (iii) o exercício abusivo de posição dominante, estar-se-ia diante de uma infração à ordem econômica, que poderia ser investigada e punida pelo CADE.

⁵⁵² A título meramente exemplificativo, confira-se INGLEZ DE SOUZA, Ricardo, *O abuso do direito de petição como infração à ordem econômica (sham litigation)*, in ZANOTTA, Pedro, e BRANCHER, Paulo (org.), *Desafios atuais da regulação econômica e concorrência*, São Paulo, Atlas, 2010, p. 309-312; MARTINO, Fernanda Dalla Valle, *A efetividade da doutrina da sham litigation no Brasil*, in Revista do IBRAC, v. 19, ano 18, jan.-jun./2011, p. 493-494.

Como já se teve a oportunidade de mencionar no presente trabalho, não se concorda, aqui, com essa proposta. Embora se reconheça o mérito no estabelecimento de critérios claros para a caracterização de uma infração à ordem econômica como a *sham litigation*, os critérios desenvolvidos pela Suprema Corte norte-americana – Teste PRE – carecem de fundamentação legal no ordenamento jurídico brasileiro, de modo que sua aplicação pode ser considerada até mesmo uma restrição injustificada dos princípios da livre iniciativa e livre concorrência. Afinal, a adoção dos referidos critérios implica uma ampliação do rol de exigências para a configuração do ilícito concorrencial para além dos limites do artigo 36 da Lei nº 12.529/2011. Importa reiterar, aqui, que, nos termos do referido dispositivo – que, por sua vez, encontra respaldo constitucional no artigo 173, § 4º – configura-se infração da ordem econômica os “atos sob qualquer forma manifestados” que tenham por objeto ou possam produzir os efeitos arrolados. Note-se, portanto, que os requisitos decorrentes do teste PRE – conforme fixados pela jurisprudência norte-americana – extrapolam as exigências do ordenamento jurídico pátrio para a configuração do ilícito antitruste.

Não se pode deixar de apontar, ainda, que o requisito da *objective baseless claim* – ou seja, da total ausência de fundamentos aptos a permitir a procedência do pedido – é de tão difícil comprovação que pode levar a comprometer a efetividade do instituto no Brasil⁵⁵³.

Ademais, os critérios desenvolvidos pela Suprema Corte para identificação da *sham litigation* acabam restringindo tanto a sua aplicação que esvaziam o alcance do instituto, se transportados para o Brasil sem qualquer temperamento⁵⁵⁴. De fato, não se pode deixar de levar em consideração as características do controle de condutas anticoncorrenciais norte-americano, o qual é realizado, via de regra, no Judiciário, ao contrário do brasileiro.

⁵⁵³ Talvez não por acaso, até o momento apenas um único caso levado ao conhecimento do CADE terminou com a condenação da empresa pela prática de *sham litigation lato sensu*, qual seja, o Caso Shop Tour, abaixo analisado (BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Processo Administrativo nº 08012.004283/2000-40, Representante: Comissão de Defesa do Consumidor da Câmara dos Deputados, Representadas: Box 3 Vídeo e Publicidade e Léo Produções e Publicidade, julgado em 15-12-2010, , disponível [on-line] in <http://www.cade.gov.br> [29-11-2013]).

⁵⁵⁴ Para uma análise dos problemas decorrentes da ausência de uma formulação teórica e sistemática para configuração de uma infração antitruste, confira-se SALOMÃO FILHO, Calixto, *Apontamentos para formulação de uma teoria jurídica dos cartéis*, in Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, n. 121, ano XL, São Paulo, Malheiros, jan./mar.. 2001, p. 23-24. O autor se refere às incertezas jurídicas relacionadas aos cartéis, mas muitos dos problemas por ele apontados são aplicáveis também ao presente caso.

Em razão dessas limitações apresentadas pelo transporte automático do Teste PRE para o Brasil é que se defende, neste trabalho, uma análise dessa possível infração à ordem econômica em total consonância à tradição jurídica nacional sobre abusos cometidos no âmbito do processo judicial e administrativo. É essa proposta que será abordada a seguir.

5.4.2. Na proposta do presente trabalho

Pôde-se discorrer, no capítulo anterior, sobre o reconhecimento e a regulação dos abusos do direito de ação e petição, bem como sobre a compatibilidade da persecução de tais abusos com princípios e garantias fundamentais presentes na Constituição Federal de 1988.

Tendo tais considerações como premissa, defende-se, aqui, que o abuso do direito de ação e petição, se produzir ou puder produzir os efeitos previstos no *caput* do artigo 36 da Lei nº 12.529/2011, poderá ser considerado uma infração à ordem econômica e punido pelo CADE⁵⁵⁵. Essa posição se justifica na medida em que, conforme demonstrado quando do estudo da infração antitruste acima desenvolvido, *atos sob qualquer forma manifestados* constituem infração da ordem econômica, desde que produzam, de forma efetiva ou potencial, os efeitos listados no *caput* no artigo 36 da Lei nº 12.529/2011. Dessa forma, se o exercício abusivo do direito de ação e/ou petição produzir ou puder produzir os referidos efeitos, estar-se-á diante de infração à ordem econômica.

Assim, nos termos do artigo 36 da Lei nº 12.529/2011, o “ato sob qualquer forma manifestado”, *in casu*, seria o exercício abusivo do direito de ação ou de petição. Importante esclarecer, portanto, que o *ato* não seria o exercício *regular* do direito de ação e petição, porquanto isso implicaria restrição injustificada dos direitos fundamentais de ação e de petição. Por outro lado, consoante já demonstrado acima, os institutos do abuso do direito de ação e de petição são restrições legítimas a tais direitos fundamentais, de modo que não atingem o conteúdo essencial desses direitos. Logo, seguindo-se esse mesmo

⁵⁵⁵ Como é cediço, a infração à ordem econômica também pode ser combatida judicialmente por meio de ações civis públicas e ações judiciais individuais ou coletivas, para reparação de danos. A sistemática apresentada neste trabalho para configuração do abuso do direito de ação e de petição com efeitos anticoncorrenciais pode ser aplicada tanto perante as autoridades de defesa da concorrência quanto ao juízo da eventual causa que trate da questão. Para maiores considerações a respeito de ações judiciais que versam sobre o direito da concorrência, confira-se PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos, *Aspectos processuais da defesa da concorrência*, in Revista do Advogado, v. 25. n. 84. São Paulo, dez./2005, p.168-181.

raciocínio, não há que se pretender que a subsunção do abuso de direito de ação e de petição ao *caput* do artigo 36 da Lei nº 12.529/2011 represente restrição ilegítima dos direitos fundamentais em tela⁵⁵⁶.

Note-se que essa abordagem tem a vantagem de caracterizar como infração anticoncorrencial práticas semelhantes àquelas que seriam consideradas *sham litigation* sob a aplicação do Teste PRE, além de outras que, embora não possam ser consideradas *sham* com base nos precedentes da Suprema Corte norte-americana, também consistem no uso de procedimentos estatais como meio de atingir finalidade anticoncorrencial. Note-se que, a descaracterização dessas “outras práticas” – não passíveis de punição com base no Teste PRE – não encontra respaldo no ordenamento jurídico pátrio, na medida em que são perfeitamente passíveis de subsunção ao artigo 36 da Lei nº 12.529/2011. Logo, importa reiterar que a adoção dos critérios relativos ao Teste PRE guarda em seu bojo uma injustificada ampliação do rol de exigências para a configuração do ilícito concorrencial, uma vez que extrapola os limites do artigo 36 da Lei 12.529/2011 – e que, em última instância implicaria violação dos princípios da livre concorrência e da livre iniciativa.

Um exemplo claro de prática cometida no âmbito judicial, que jamais seria considerada uma infração sob a aplicação do Teste PRE, chegou a ser aventada pelo Conselheiro CÉSAR MATTOS, em voto proferido no julgamento do Caso Siemens VDO, consistente na “ação ancorada em base enganosa, onde o litigante efetivamente busca o resultado do processo, porém induzindo o Estado a erro”^{557,558}.

⁵⁵⁶ Assim, pode-se rechaçar, de forma peremptória, a alegação bastante comum por parte dos representados em processo administrativo em curso perante o CADE envolvendo a prática de “*sham litigation*”, de que a imposição de multas por tal infração à ordem econômica representaria violação dos direitos constitucionais de ação e de petição. Importa lembrar, aqui, que violação não se confunde com restrição legítima, sendo esta admissível, diferentemente daquela (cf. ASSIS, Karoline Marchiori de, *Segurança jurídica dos benefícios fiscais*, Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e Rechtswissenschaftliche Fakultät der Westfälische Wilhelms-Universität Münster, São Paulo, 2013, p. 173 e ss.).

⁵⁵⁷ BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Processo Administrativo nº. 08012.004484/2005-51, Representante: SEVA Engenharia Eletrônica S.A., Representada: Siemens VDO Automotive Ltda., julgado em 18-8-2010, disponível [on-line] in <http://www.cade.gov.br> [29-11-2013].

⁵⁵⁸ Ressalte-se que se está considerando, aqui, que os efeitos anticoncorrenciais produzidos, ainda que potencialmente, por esse abuso, referem-se aos custos diretos e indiretos causados pelo processo, e não pelo resultado desse processo (eventualmente viciado pelo abuso cometido). Entre esses custos indiretos pode-se mencionar o exemplo, apontado por MARCELO RODRIGUES PRATA, do concorrente que pede a falência de um empresário solvável com o único objetivo de causar-lhe publicidade negativa e, com isso, levá-lo à falência (*O abuso no exercício do direito de ação, a litigância de má-fé e a reforma do CPC*, in Revista Trabalhista, v. XXIV, Forense, p. 158).

Nota-se que, nesse caso, perquirir se a ação é “objetivamente sem fundamentos” torna-se absolutamente despiciendo. Por esse raciocínio, e ainda analisando o exemplo citado por CÉSAR MATTOS, o autor abusou do processo, violando os deveres de conduta previstos no artigo 14 do Código de Processo Civil⁵⁵⁹, além de litigar com má-fé, nos termos do artigo 17 do mesmo Código⁵⁶⁰, com a finalidade de, por meio do processo, prejudicar o concorrente e a concorrência⁵⁶¹. E, com isso, cometeu uma infração à ordem econômica, pois visava os efeitos listados no *caput* do artigo 36 da Lei nº 12.529/2011.

O raciocínio utilizado para configurar a infração anticoncorrencial decorrente do abuso cometido judicialmente é o mesmo que se aplica para aquele abuso praticado perante os órgãos administrativos. Assim, a violação dos deveres do administrado previstos no artigo 4º da Lei nº 9.784/99, consistentes em expor os fatos conforme a verdade, proceder com lealdade, urbanidade e boa-fé, e não agir de modo temerário⁵⁶² pode vir a ser considerada um abuso por parte do agente. Se, com essa atuação abusiva, o administrado visava, adicionalmente, aos efeitos previstos no artigo 36 da Lei nº 12.529/2011, então foi praticado um ilícito anticoncorrencial.

Vale lembrar, de qualquer forma, que a questão deverá ser objeto de análise caso a caso por parte do CADE, de maneira que o órgão possa verificar a ocorrência ou não do abuso do direito de ação ou petição e a potencial produção, ou não, de efeitos anticoncorrenciais decorrentes da prática. Características do caso como a plausibilidade do direito invocado, a veracidade das informações prestadas, a adequação e a razoabilidade dos meios processuais utilizados, bem como a expectativa de sucesso do agente com a ação

⁵⁵⁹ “Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo:

I - expor os fatos em juízo conforme a verdade;

II - proceder com lealdade e boa-fé;

III - não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento” (BRASIL, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Institui o Código de Processo Civil, disponível [on-line] in http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm [18-12-2013]).

⁵⁶⁰ “Art. 17. Reputa-se litigante de má-fé aquele que:

I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;

II - alterar a verdade dos fatos;

III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal; (...)

V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo” (BRASIL, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Institui o Código de Processo Civil, disponível [on-line] in http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm [18-12-2013]).

⁵⁶¹ Note-se que não é a eventual prestação jurisdicional anticoncorrencial que é punível pelo CADE, mas sim a atuação da parte que, abusando do processo, prejudicou a concorrência.

⁵⁶² BRASIL, Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, disponível [on-line] in http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm [13-12-2013].

sob análise⁵⁶³, entre outros critérios, devem ser levadas em conta para a constatação (i) da ocorrência do abuso e (ii) da produção, ainda que potencial, de efeitos anticoncorrenciais.

É importante ressaltar, ademais, que não se pode considerar que a multa imposta pelo CADE pela prática de abuso do direito de ação com efeitos anticoncorrenciais constitua *bis in idem* com a eventual multa por litigância de má-fé decorrente da mesma prática⁵⁶⁴. Isso se deve a várias razões. Primeiro, porque a multa por litigância de má-fé é imposta judicialmente, enquanto que a multa do CADE pela prática de infração à ordem econômica tem natureza administrativa⁵⁶⁵. Em segundo lugar, deve-se ressaltar que o dano processual avaliado pelo juiz se restringe ao dano causado no processo. No caso da análise realizada pelo CADE, o dano verificado é o causado à coletividade⁵⁶⁶.

Não que seja necessária a condenação anterior por litigância de má-fé para que se configure a *sham litigation*. De fato, como já se pôde demonstrar, nem todo abuso do direito de ação e de petição implica a ocorrência de litigância de má-fé. Mesmo porque o abuso cometido perante órgãos administrativos não é abarcado pela litigância de má-fé, e também deve ser punido pelo CADE caso produza ou possa produzir os efeitos previstos no *caput* do artigo 36 da Lei nº 12.529/2011.

Além disso, não há como se dizer que a decisão do CADE que concluisse pela ocorrência de infração à ordem econômica decorrente do abuso do direito de ação e/ou

⁵⁶³ Voto-Vista do Conselheiro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA em BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Averiguação Preliminar nº 08012.006076/2003-72, Representante: Acumuladores Moura S/A, Representadas: Enersystem do Brasil Ltda., Optus Indústria e Comércio Ltda., Newpower Sistemas de Energia Ltda., Nife Baterias Industriais Ltda. e Eaton Power Quality Indústria Ltda., julgada em 5-9-2007, disponível [on-line] in <http://www.cade.gov.br> [15-11-2013], p. 7.

⁵⁶⁴ Sem prejuízo de uma eventual punição criminal, a ser apurada em processo próprio.

⁵⁶⁵ As sanções podem ter natureza civil, penal e administrativa, e essas são independentes entre si, desde que possam ser conjugadas nas hipóteses de ofensa previstas em lei de diferentes espécies (CARVALHO FILHO, José dos Santos, *Processo Administrativo Federal (Comentários à Lei nº 9.784, de 29/1/1999)*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2001, p. 85).

⁵⁶⁶ A coletividade é titular dos bens jurídicos protegidos pelo SBDC, como se pode verificar da simples análise do artigo 1º da Lei nº 12.529/2011: “Art. 1º. Esta Lei estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico. Parágrafo único. A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei” (BRASIL, Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências, disponível [on-line] in http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm [11-12-2013]).

petição estaria ameaçando o monopólio da jurisdição, já que a decisão administrativa não tem o poder de reformar qualquer decisão judicial.

É de se notar, ainda, que mesmo o reconhecimento do abuso do direito de demandar no processo civil sofre com o “temor generalizado” na doutrina e na jurisprudência de que a inibição a esse tipo de abuso possa se converter em óbice ao livre acesso à justiça, como apontado por DÉBORA CHAVES MARTINS FERNANDES. Esclarece a autora, a esse respeito, que identificar e punir as condutas abusivas dos autores não implica dificultar ou impedir o acesso à justiça, mas simplesmente qualificar o abuso e repudiar o exercício anômalo do direito no âmbito processual⁵⁶⁷. Estar-se-ia, portanto, também aqui, diante de restrição legítima – e não de violação – ao direito fundamental em tela.

Em síntese, propõe-se, aqui, que a caracterização da *sham litigation lato sensu*, no Brasil, escape dos requisitos desenvolvidos pelas jurisdições estrangeiras, via de regra representados na aplicação do Teste PRE. Defende-se que a utilização dos institutos brasileiros do abuso praticado no âmbito do processo e do abuso cometido perante a Administração Pública, se acompanhados dos efeitos anticoncorrenciais previstos no *caput* do artigo 36 da Lei 12.529/2011, quais sejam, (i) limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; (ii) dominar mercado relevante de bens ou serviços; (iii) aumentar arbitrariamente os lucros; e/ou (iv) exercer de forma abusiva posição dominante, restará configurada uma infração à ordem econômica, que poderá ser investigada e punida pelo CADE.

5.5. Análise crítica da restrita jurisprudência do CADE sobre a matéria

Primeiro, faz-se importante ressaltar que a parca jurisprudência do CADE envolvendo a prática de *sham litigation lato sensu* não significa, em absoluto, que esta se trataria de uma conduta incomum ou pouco representativa⁵⁶⁸.

De fato, mesmo nos EUA, onde, como já visto, a prática de *sham litigation* é reconhecida e punida, não se tem uma estimativa segura a respeito da quantidade de

⁵⁶⁷ *Controle judicial da representatividade adequada das associações civis*, Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 185.

⁵⁶⁸ Mesmo porque, como se verá a seguir, os casos se concentram nos últimos anos, ou seja, a conduta foi apenas recentemente “descoberta” pelas autoridades brasileiras de defesa da concorrência.

processos judiciais ou administrativos movidos com o exclusivo intuito de prejudicar a concorrência. ROBERT H. BORK, a esse respeito, menciona que, mesmo não havendo tais estimativas, essa forma de predação pode ser comum, e o prejuízo aos consumidores, alto⁵⁶⁹.

Embora tampouco haja qualquer estudo sobre o assunto no Brasil, não há porque se entender que referida prática não seja cometida no País⁵⁷⁰, ainda mais a se considerar a recente sinalização dada pelo CADE nos processos administrativos e averiguações preliminares adiante analisados. Como se poderá notar, nos casos mais antigos, existe, na maior parte das vezes, mera referência passageira à existência da prática. Somente os casos mais recentes trouxeram uma análise mais profunda do objeto do presente trabalho.

Os casos abaixo analisados, que não esgotam a jurisprudência do CADE sobre o assunto, encontram-se na ordem cronológica das datas de julgamento final pelo Plenário do CADE, do mais antigo para o mais recente⁵⁷¹.

⁵⁶⁹ *The Antitrust Paradox - a policy at war with itself*, New York, The Free Press, 1993, p. 348.

⁵⁷⁰ O Conselheiro FERNANDO DE MAGALHÃES FURLAN salienta, em seu voto no Caso Siemens VDO (abaixo analisado), que “em um ambiente institucional como o brasileiro, em que juízes sobrecarregados de trabalho são forçados a tomar decisões de vida ou morte em poucas horas e, em muitos casos, sem possibilidade de aprofundamento da pesquisa sobre os fatos, a prática [de *sham litigation*] pode ser particularmente atraente” (BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Processo Administrativo nº 08012.004484/2005-51, Representante: SEVA Engenharia Eletrônica S.A., Representada: Siemens VDO Automotive Ltda., julgado em 18-8-2010, disponível [on-line] in <http://www.cade.gov.br> [29-11-2013]).

⁵⁷¹ Foram encontradas algumas referências a alguns outros casos envolvendo a prática de *sham litigation lato sensu*, mas a respeito dos quais ainda não existe qualquer Nota Técnica da SDE que permita a análise pormenorizada da prática investigada e o posicionamento das autoridades sobre o assunto. O Relatório de Gestão da SDE, referente ao ano de 2007, indica a existência de várias averiguações preliminares instauradas naquele ano concernentes à investigação de “*sham litigation*”. Entre elas está a Averiguação Preliminar nº 08012.011508/2007-91 (Representante: Associação Brasileira das Indústrias de Medicamentos Genéricos - Pró Genéricos, Representadas: Eli Lilly do Brasil Ltda. e Eli Lilly and Company), “instaurada para investigar denúncia sobre eventual exercício abusivo do direito de petição no Poder Judiciário para garantir artificialmente exclusividade na comercialização do medicamento Gemzar, indicado para o tratamento de vários tipos de câncer, e cujo princípio ativo é o cloridrato de gemcitabina, uma vez que a carta patente teria sido negada no Instituto Nacional de Propriedade Intelectual (INPI)”. Além disso, no Relatório de Gestão da SDE, de 2009, encontrou-se a referência ao Processo Administrativo nº 08012.007147/2009-40 (Representantes: EMS S.A. e GERMED Farmacêutica Ltda., Representados: Genzyme do Brasil Ltda. e Genzyme Corporation), instaurado “para investigar denúncia sobre eventual exercício abusivo do direito de petição perante instâncias judiciais e administrativas buscando garantir artificialmente exclusividade na comercialização do cloridrato de sevelamer, indicado para o tratamento de hiperfosfatemia (incidente em doentes renais crônicos que necessitam de hemodiálise), dificultando a entrada de versões similares produzidas pelos Representantes”; e à Averiguação Preliminar nº 08012.011615/2008-08 (Representante: Cristália Produtos Químicos e Farmacêuticos Ltda., Representadas: Abbott Laboratórios do Brasil Ltda. e Abbott Laboratories Inc.), “para investigar (i) denúncia sobre eventual exercício abusivo do direito de petição no Poder Judiciário para supostamente impedir a Cristália de comercializar o anestésico Sevocris, à base de sevoflurano, que concorre com produto da Abbott com mesmo princípio ativo; (ii) a estratégia da Abbott de denegrir a imagem do produto de sua concorrente junto à ANVISA para limitar a concorrência no mercado de anestésicos à base do sevoflurano e (iii) predação da Abbott no mercado de anti-retrovirais a base de

5.5.1. Caso SINPETRO

O processo administrativo contra as redes Gasol e Igrejinha, e o Sindicato do Comércio Varejista de Derivados de Combustíveis e Lubrificantes do Distrito Federal - SINPETRO/DF⁵⁷² foi instaurado pela SDE após receber representação da Presidência do CADE, que denunciava indícios de cartelização no mercado de derivados de petróleo no Distrito Federal.

No entender da SDE, os representados, detentores de 56% do mercado relevante de revenda de produtos derivados de petróleo do Distrito Federal, teriam atuado para impedir a entrada de grupo concorrente no mercado, além de manter um acordo para não revender óleo diesel aditivado. As práticas dos representados foram tipificadas nos incisos I, do artigo 20, e II, IV, V e X do artigo 21 da Lei nº 8.884/94⁵⁷³.

Ao analisar as atas de reuniões do Sindicato, a SDE verificou a existência de vários trechos que denotavam as práticas dos representados que tencionavam impedir o Grupo Carrefour de construir postos de gasolina nos estacionamento de seus estabelecimentos. Nas reuniões do SINPETRO/DF, decidiu-se encaminhar ofício ao governador do Distrito Federal, com o objetivo de solicitar providências para indeferir o pedido do Carrefour de instalação dos citados postos de gasolina. A ata da reunião da semana seguinte já dava

ritonavir”.

⁵⁷² BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Processo Administrativo nº 08000.024581/1994-77, Representante: Secretaria de Direito Econômico, *ex officio*, Representados: Rede Gasol, Rede Igrejinha e Sindicato do Comércio Varejista de Derivados de Combustíveis e Lubrificantes do Distrito Federal - SINPETRO/DF, julgado em 3-3-2004, disponível [on-line] in <http://www.cade.gov.br> [12-12-2013]. Todas as informações dos parágrafos seguintes a respeito do caso foram extraídas dos pareceres e votos constantes nesse sítio, a menos que outra fonte seja expressamente indicada.

⁵⁷³ “Art. 20. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa (...)

Art. 21. As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica: (...)

II - obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes; (...)

IV - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado;

V - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços; (...)

X - regular mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços, ou para dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição” (BRASIL, Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências, disponível [on-line] in http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18884.htm [11-12-2013]).

conta da reunião que membros do Sindicato tiveram com o Governador, que teria prometido tomar providências contra a pretensão do Carrefour.

As atas do Sindicato também demonstravam que teria sido realizado lobby junto aos deputados distritais para se aprovar uma lei proibindo a construção de postos de gasolina em pátios de estacionamento de supermercados⁵⁷⁴, e que, como o Carrefour adotava o sistema de abastecimento *self service* (ou seja, sem a presença de frentistas), o Sindicato dos Frentistas poderia ser envolvido no assunto.

Embora todos os órgãos do Distrito Federal envolvidos com a questão já tivessem proferido pareceres favoráveis à instalação dos postos de gasolina nos estacionamentos do Carrefour (o que demonstra que não havia nenhuma irregularidade no pedido da rede varejista), em 14 de janeiro de 2000 foi promulgada a Lei Distrital nº 2.526/2000, que proibiu a edificação de postos de combustíveis nos estacionamentos de supermercados, hipermercados, *shopping centers*, teatros, cinemas, bem como próximos a escolas e hospitais. Interessante mencionar que cinco meses depois, em 27 de junho de 2000, o Distrito Federal editou a Lei Complementar nº 294/2000, revogando a Lei nº 2.526/2000, mas mantendo apenas a proibição de instalação de postos de gasolina em estacionamentos de hipermercados, supermercados e equivalentes.

Concluiu a SDE, em sua Nota Técnica, que “as ações do SINPETRO/DF resultaram não só na restrição à entrada do Carrefour no mercado, mas também de outros supermercados, hipermercados e similares”⁵⁷⁵.

Remetido ao CADE, o processo administrativo foi julgado em março de 2004. No voto do Conselheiro Relator ROBERTO AUGUSTO CASTELLANOS PFEIFFER, este considerou

⁵⁷⁴ Há inclusive menção, em uma das atas utilizadas como prova das práticas anticompetitivas dos representados, de uma sugestão de alteração ao projeto de lei que incluía uma proibição ampla à transformação ou extensão de uso de qualquer área para a construção de postos de gasolina, de forma que apenas a TERRACAP (Companhia Imobiliária de Brasília, empresa pública que exerce a função de Agência de Desenvolvimento do Distrito Federal) pudesse pleitear a criação dessas áreas, destinando-as exclusivamente por meio de licitações públicas.

⁵⁷⁵ Nota Técnica da SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO (BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Processo Administrativo nº 08000.024581/1994-77, Representante: Secretaria de Direito Econômico, *ex officio*, Representados: Rede Gasol, Rede Igrejinha e Sindicato do Comércio Varejista de Derivados de Combustíveis e Lubrificantes do Distrito Federal -SINPETRO/DF, julgado em 3-3-2004, disponível [on-line] in <http://www.cade.gov.br> [12-12-2013]).

clara a ocorrência de “pressão sobre parlamentares e membros do Executivo do DF com o objetivo de barrar a entrada de concorrente”, sendo que

“os representados, em conjunto com outras redes de gasolina do Distrito Federal efetivamente fizeram gestões intensas e profundas, previamente acordadas, junto a autoridades do Poder Executivo e do Poder Legislativo do Distrito Federal, para que se impedisse o ingresso de concorrente no mercado, temerosos de que ele pudesse praticar preços mais baixos do que os executados por eles”.

Conclui o Conselheiro que “o Sindicato e os postos sindicalizados jamais poderiam exercer a pressão que efetivaram junto a autoridades públicas, para limitarem a concorrência”, observando, ainda, que

“Ao impedir-se que concorrente diferenciado adentrasse o mercado relevante do Distrito Federal com a instalação de posto de revenda de combustível, os representados atingiram o efeito de perpetrar a estrutura concorrencial existente, altamente concentrada (tanto que apenas dois agentes econômicos, a rede Gasol e a rede Igrejinha detém 40% da participação de mercado) e com condições propensas à prática de preços uniformemente elevados. Desta forma, nítido o enquadramento da conduta analisada no tipo do art. 20, inciso II da Lei nº 8.884/94.”

O Plenário do CADE, por unanimidade, seguiu o voto do Conselheiro Relator, condenando a Rede Gasol, a Rede Igrejinha e o SINPETRO/DF ao pagamento de multa no valor equivalente a 5% de suas receitas brutas, pela prática de limitação da concorrência pelo impedimento da entrada de novo competidor no mercado de revenda de combustíveis no Distrito Federal⁵⁷⁶.

Faz-se necessário tecer algumas considerações a respeito do Caso SINPETRO. Primeiramente, é interessante verificar como o processo administrativo pode ser analisado paralelamente aos dois precedentes da Suprema Corte norte-americana que levaram à criação da doutrina Noerr-Pennington⁵⁷⁷.

De fato, não há como discordar da conclusão do CADE de que o SINPETRO/DF, à época, centralizava o cartel dos postos revendedores de gasolina do Distrito Federal, tanto

⁵⁷⁶ O SINPETRO/DF foi condenado também ao pagamento de mais uma multa, no valor equivalente a 5% de sua receita bruta, pela prática de cessação de venda de óleo diesel aditivado.

⁵⁷⁷ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Suprema Corte, 365 U.S. 127, *Eastern R. Conference v. Noerr Motors*, julgado em 20-2-1961, disponível [on-line] in <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/365/127/case.html> [15-11-2013] e ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Suprema Corte, 381 U.S. 657, *United Mine Workers v. Pennington*, julgado em 7-6-1965, disponível [on-line] in <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/381/657/case.html> [15-11-2013].

que as atas demonstram que foram discutidas diversas maneiras de impedir o Carrefour de ingressar no mercado, e que foi decidido não comercializar óleo diesel aditivado no Distrito Federal.

Porém, a conclusão que a Suprema Corte chegou nos casos *Eastern R. Conference v. Noerr Motors* e *United Mine Workers v. Pennington*, foi completamente antagônica àquela proferida pelo CADE, no que concerne à ingerência junto aos Poderes Executivo e Legislativo para consecução de legislação que impedisse o Carrefour de instalar postos de gasolina em seus estacionamentos. Nos dois precedentes norte-americanos, concluiu-se que petições de particulares ao Estado (ou qualquer tipo de acesso aos órgãos de governo), em que se pleiteia determinada legislação anticompetitiva, são imunes, do ponto de vista antitruste, haja vista o direito constitucional de petição garantido na Primeira Emenda.

O CADE, por sua vez, em seu acórdão, negligenciou completamente o direito constitucional dos administrados (também garantido no Brasil) de pleitear a medida que julgarem mais necessária junto a suas autoridades públicas, por mais anticompetitivas que sejam. Faz-se fundamental esclarecer, contudo, que não se afirma, aqui, que referido direito não poderia ser restringido – o que contrariaria veementemente os pressupostos do presente trabalho. Entende-se, contudo, que o direito de petição deveria ter sido levado em consideração na análise do caso, de modo que eventual restrição fosse justificada⁵⁷⁸.

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

5.5.2. Caso Ediouro

Esta averiguação preliminar foi convertida em processo administrativo pelo CADE, em julgamento de recurso de ofício, e encontra-se até o momento sob análise da SDE⁵⁷⁹.

⁵⁷⁸ Cf. SILVA, Virgílio Afonso da, *Direitos Fundamentais - conteúdo essencial, restrições e eficácia*, São Paulo, Malheiros, 2011, p. 253-254.

⁵⁷⁹ BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Averiguação Preliminar nº 08012.005335/2002-67, Representantes: Editora Nova Atenas Ltda. e Ponto da Arte Editora Ltda., Representada: Ediouro Publicações S/A, julgada em 18-4-2007, disponível [on-line] in <http://www.cade.gov.br> [15-11-2013]. Todas

De qualquer maneira, a prática de abuso do direito de ação chegou a ser mencionada pelo Conselheiro Relator LUIS FERNANDO SCHUARTZ, razão pela qual se faz necessário expor alguns detalhes do caso.

A Editora Nova Atenas Ltda. e a Ponto da Arte Editora Ltda. apresentaram representações contra a Ediouro Publicações S/A, alegando que tentaram ingressar no mercado de revistas de passatempos, mas teriam sido alvos de uma política ameaçadora por parte da Ediouro, líder nesse mercado. Inicialmente, a Ediouro notificou extrajudicialmente as representantes, dizendo que adotaria as medidas judiciais cabíveis se houvesse a introdução dessas revistas de passatempos no mercado, porque seu conteúdo seria idêntico ao das revistas já publicadas pela representada. A outra prática alegadamente cometida pela Ediouro se referiria a influenciar a distribuidora DINAP a romper o contrato de distribuição mantido com a Nova Atenas. Mencionou-se, ainda, nas representações, que a Ediouro seria reincidente na tentativa de intimidar concorrentes para não editar revistas semelhantes às suas.

A SDE, em sua Nota Técnica, opinou pelo arquivamento da averiguação preliminar, por entender que (i) o mercado de publicações de revistas de passatempos seria pulverizado, com mais de trinta editoras; (ii) a Ediouro não teria como bloquear o acesso das outras editoras aos canais de distribuição porque, embora formado por apenas duas empresas, a distribuição de revistas de passatempos representaria baixo percentual de seu faturamento total; (iii) não haveria barreiras à entrada no mercado; e (iv) inexistiria racionalidade econômica para as distribuidoras deixarem de distribuir as revistas das concorrentes da Ediouro.

Remetidos os autos ao CADE, o Relator LUIS FERNANDO SCHUARTZ realizou diligências complementares e discordou do entendimento da SDE, por entender que, no que se refere uso de medidas judiciais para impedir a entrada de novos concorrentes ou dificultar seu desenvolvimento,

“deve-se destacar desde logo que é muito tênue a linha divisória que separa as ações do poder público que restringem abusivamente o exercício legítimo de algum direito subjetivo (e.g., o direito de contratar ou o direito de recorrer), das ações do poder público que

restringem legitimamente o exercício abusivo de algum direito subjetivo, recomendando-se o máximo de cautela para os que pretendem transitar por essa linha. Não obstante, essa separação existe, não podendo o CADE, no seu papel de órgão julgante, furtar-se à tarefa de determinar se uma conduta ou uma sequência de condutas que se apresenta como exercício legítimo de um direito é ou não abusiva no sentido específico de ter por propósito a obtenção de um dos estados de coisas referidos nos incisos do art. 20 da Lei nº 8.884/94, por exemplo, o de ‘dominar mercado relevante de bens ou serviços’. Em particular, cabe ao CADE dizer quando o exercício do direito de ação é apenas um meio para a realização do propósito da exclusão de rivais, ou se tal exclusão é apenas consequência do exercício do direito de ação por alguém cujo propósito é proteger algum outro direito de que se perceba titular.

No caso concreto, ainda não está claro de qual das duas modalidades se trata.”

O Relator analisou os outros litígios mantidos entre a Ediouro e outros concorrentes e identificou um padrão de saída desses concorrentes do mercado após tais contenciosos mantidos com a representada. Além disso, notou que, com base na teoria dos jogos, haveria racionalidade econômica na decisão das duas distribuidoras de deixarem de distribuir as revistas das concorrentes da Ediouro. Em razão desses indícios, o Relator determinou a rejeição da decisão de arquivamento da averiguação preliminar e instauração de processo administrativo. Seu voto foi acompanhado pela unanimidade do Plenário do CADE.

Aguarda-se, desde então, a Nota Técnica da SDE que opinará pelo arquivamento do processo administrativo ou pela condenação da Ediouro pelas práticas citadas, entre as quais se pode considerar inclusa a *sham litigation lato sensu* – ainda que, naquele momento, nenhuma das decisões do CADE e da SDE tivesse utilizado essa expressão ou reconhecido expressamente a existência dessa prática.

5.5.3. Caso Baterias Moura

A averiguação preliminar instaurada após representação de Acumuladores Moura S/A contra Enersystem do Brasil Ltda., Optus Indústria e Comércio Ltda., Newpower Sistemas de Energia Ltda., Nife Baterias Industriais Ltda. e Eaton Power Quality Indústria Ltda. foi arquivada por Nota Técnica da SDE posteriormente confirmada em sua integralidade pelo CADE⁵⁸⁰. Contudo, a análise deste caso se justifica pelo Voto-Vista

⁵⁸⁰ BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Averiguação Preliminar nº 08012.006076/2003-

apresentado pelo Conselheiro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, que trouxe as primeiras ponderações sobre a doutrina Noerr-Pennington, a exceção *sham* e sua eventual aplicabilidade ao Direito da Concorrência brasileiro.

De qualquer modo, o caso em si não teve grandes implicações. As empresas representadas, conjuntamente, denunciaram o Grupo Moura na Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, questionando a regularidade da certificação das baterias estacionárias por ele produzidas, o que estaria permitindo a venda de tais baterias a preços manifestamente mais baixos. O Grupo Moura apresentou então representação perante a SDE, alegando que a prática das representadas consistiria infração à ordem econômica, uma vez que essas empresas deteriam, conjuntamente, 90% do mercado de baterias estacionárias⁵⁸¹.

O Conselheiro Relator LUIS CARLOS DELORME PRADO restringiu sua análise à questão da colaboração entre concorrentes e o exercício do direito legítimo (e constitucional) de reunião. Como a SDE não encontrou mais qualquer indício de que as representadas tinham formado um cartel e se dedicado à exclusão de seus concorrentes, concluiu o relator pelo arquivamento da averiguação preliminar.

O Conselheiro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA apresentou voto-vista no qual, no mérito, seguiu o Relator, mas aproveitou a oportunidade para tecer diversas considerações sobre o direito de petição – exercido conjuntamente pelas representadas ao denunciar a Acumuladores Moura. Em seu voto, o Conselheiro discorreu sobre a doutrina Noerr-Pennington, já examinada neste trabalho, e concluiu que era impossível, e mesmo indesejável, transpor a doutrina Noerr Pennington para os casos analisados pelo CADE, embora não se pudesse negar valor analítico à jurisprudência da Suprema Corte e às recomendações da FTC.

72, Representante: Acumuladores Moura S/A, Representadas: Enersystem do Brasil Ltda., Optus Indústria e Comércio Ltda., Newpower Sistemas de Energia Ltda., Nife Baterias Industriais Ltda. e Eaton Power Quality Indústria Ltda., julgada em 5-9-2007, disponível [on-line] in <http://www.cade.gov.br> [15-11-2013]. Todas as informações dos parágrafos seguintes a respeito do caso foram extraídas dos pareceres e votos constantes nesse sítio, a menos que outra fonte seja expressamente indicada.

⁵⁸¹ Com isso, detendo poder de mercado apto a produzir, ainda que potencialmente, os efeitos constantes nos incisos do *caput* do artigo 36 da Lei nº 12.529/2011.

De fato, o Conselheiro reconheceu a proteção constitucional de que goza o direito de petição no Brasil (assim como nos EUA) e ponderou que, como tal direito não é exercido em abstrato, seu exercício abusivo poderia configurar infração à ordem econômica quando houvesse colisão entre a atividade de peticionar ao Estado e os bens jurídicos tutelados pela Lei de Defesa da Concorrência.

Baseado no exemplo norte-americano, o Conselheiro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA sugeriu alguns parâmetros interpretativos para a questão. O primeiro deles é que o direito de petição deve gozar de ampla proteção quando exercido na arena política⁵⁸². O segundo parâmetro refere-se à proteção do processo decisório do Estado, de maneira que a autoridade de defesa da concorrência não pode rever as decisões do Executivo ou as leis do Legislativo, pois para isso existem leis e competências próprias. O terceiro e último parâmetro apontado pelo Conselheiro, por sua vez, é o reconhecimento de que a capacidade de a autoridade antitruste constatar o exercício abusivo do direito de petição é muito limitada, devendo-se levar em consideração fatores como plausibilidade do direito invocado, veracidade das informações, adequação e razoabilidade dos meios utilizados, bem como a probabilidade de êxito do pedido formulado.

A relevância desse caso para as finalidades do presente trabalho somente não é maior porque não houve qualquer debate sobre a doutrina Noerr-Pennington e a exceção *sham* no Plenário do CADE, mas apenas a apresentação, por parte de um dos seus Conselheiros, de suas ideias sobre a questão.

Entende-se, aqui, que o Conselheiro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA acertou ao se recusar a transpor ao Brasil, sem quaisquer adaptações, uma doutrina criada pela Suprema Corte norte-americana – como, aliás, é também a proposta do presente trabalho. Ao mesmo tempo, seus parâmetros podem ser considerados bastante ponderados e até mesmo aplicáveis a casos em que a ocorrência do abuso do direito de petição é discutível.

Contudo, há que se reconhecer que faltou, no voto-vista, uma proposta de real sistematização da questão, que pudesse ser aplicada aos futuros casos que chegaram ao CADE. Como se verá nos casos a seguir, além de, até o momento, não ter havido qualquer

⁵⁸² Tal raciocínio, no entender do Conselheiro, não se aplicaria quando as petições são dirigidas ao Executivo ou ao Judiciário, que se regem por regras diferentes das do Legislativo.

sistematização da matéria, em várias ocasiões se limitou a emular os requisitos da jurisprudência norte-americana para a configuração da *sham litigation stricto sensu*.

5.5.4. Caso Colormatrix

Na representação da empresa Dry Color Especialidades Químicas Ltda., alegou-se que a Colormatrix América do Sul Ltda. teria limitado o acesso de nova empresa ao mercado, criando dificuldades à constituição, funcionamento e desenvolvimento de concorrente, impedido a exploração de direitos de propriedade intelectual ou de tecnologia, discriminado adquirentes por meio da fixação diferenciada de preços e praticado preços predatórios⁵⁸³.

Ainda de acordo com a representação, ambas as empresas atuavam no mercado de pigmentos para termoplásticos. A Dry Color teria desenvolvido um novo sistema para dosagem de pigmento líquido, sobre o qual teria havido o pedido de patente ao INPI. Entre as variadas condutas supostamente praticadas pela representada estaria o ajuizamento de medida cautelar de busca e apreensão nas dependências da representante, com base nas disposições da Lei nº 9.279/96 (Lei de Propriedade Intelectual)⁵⁸⁴, cujo pedido liminar foi julgado improcedente tanto pelo Juízo de Primeira Instância quanto pelo Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo.

A Colormatrix, então, aditou a sua petição inicial para requerer a apreensão apenas de amostra do produto vendido pela Dry Color, o que foi novamente negado em Primeira Instância, mas concedido liminarmente por meio de mandado de segurança impetrado perante o Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo. De acordo com a representante, a busca e apreensão não foi realizada com os peritos nomeados pelo Juízo, além de haver extrapolado o objeto determinado no mandado judicial, resultando na apreensão de fórmulas, misturas, processos, valores e custos da representante. O Tribunal de Alçada Criminal, ao julgar o mandado de segurança, anulou a diligência e a liminar

⁵⁸³ BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Averiguação Preliminar nº. 08012.001952/2008-89, Representante: Dry Color Especialidades Químicas Ltda., Representada: Colormatrix América do Sul Ltda., julgada em 20-1-2010, disponível [on-line] in <http://www.cade.gov.br> [29-11-2013]. Todas as informações dos parágrafos seguintes a respeito do caso foram extraídas dos pareceres e votos constantes nesse sítio, a menos que outra fonte seja expressamente indicada.

⁵⁸⁴ BRASIL, Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996, Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial, disponível [on-line] in http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19279.htm [17-12-2013].

anteriormente concedida, por reconhecer vícios no cumprimento da busca e apreensão, tendo, inclusive, condenado a representada por litigância de má-fé. De acordo com a Dry Color, a representada já tinha conhecimento, quando do ajuizamento dessas medidas judiciais, de que os produtos fabricados pelas empresas seriam diferentes.

A representante, então, ajuizou ação de indenização contra a Colormatrix, a qual foi julgada totalmente procedente em Primeira e Segunda Instâncias.

De acordo com a representante, ainda, a Colormatrix detinha 100% do mercado relevante brasileiro de pigmentos líquidos para termoplásticos, sendo que essa situação somente começou a se alterar quando a Dry Color ingressou no mercado, com um produto oferecido a um preço 65% inferior.

Ao analisar o mercado relevante discutido no caso, a SDE entendeu que os diversos pigmentos para termoplásticos seriam substituíveis entre si, razão pela qual a Colormatrix não deteria poder de mercado suficiente para suas condutas configurarem infrações à ordem econômica. De qualquer modo, analisou as medidas judiciais movidas pela representada sob o Teste PRE e chegou à conclusão de que havia ao menos indícios de que o segredo industrial da Colormatrix poderia ter sido obtido indevidamente pela Dry Color – de modo que não se poderia concluir pela ausência objetiva de fundamentos da ação movida pela representada –, por mais que se tenha demonstrado o contrário no curso do processo. Por fim, não identificou a produção de efeitos anticoncorrenciais decorrentes das condutas da representada, tendo em vista que, entre outros pontos, houve a entrada de novos concorrentes no segmento de pigmentos líquidos. Em vista desses argumentos, opinou pelo arquivamento da averiguação preliminar.

No voto do Conselheiro Relator OLAVO ZAGO CHINAGLIA, seguido pela unanimidade dos conselheiros do CADE, acolheu-se todos os argumentos da Nota Técnica da SDE, tendo-se ponderado, apenas, que as práticas da Colormatrix poderiam ser consideradas apenas atos de concorrência desleal, mas não infrações à ordem econômica.

É interessante notar que, no caso, a medida cautelar de busca e apreensão que o Tribunal de Alçada Criminal reconheceu desprovida de fundamentos, tendo inclusive condenado a representada por litigância de má-fé, não levou a uma condenação, pelo

CADE, por infração à ordem econômica. Embora a SDE tenha justificado sua decisão pelo arquivamento da averiguação preliminar com mais de uma razão, nota-se claramente que a questão da definição do mercado relevante e a consequente conclusão pela ausência de poder de mercado da Colormatrix foi determinante para o encerramento da instrução e arquivamento do caso.

5.5.5. Caso Alcoa

A averiguação preliminar instaurada contra a empresa Alcoa Alumínio S.A.⁵⁸⁵ visava investigar as supostas práticas de (i) “*sham litigation*”, por meio do requerimento ao Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI) de registro de patentes já existentes no mercado e de ações judiciais destinadas a proteger tais patentes contra outras empresas; (ii) comunicação a clientes informando que outras empresas estariam praticando pirataria; e (iii) recusa de venda⁵⁸⁶.

Na análise da prática de “*sham litigation*”, a SDE mais uma vez fez uso do Teste PRE. Com relação aos requerimentos formulados ao INPI, a SDE indicou que a Alcoa detinha a patente de modelo de utilidade e registro de desenho industrial de vários perfis de alumínio, mas que as patentes de desenho industrial se referiam a ornamentos acrescentados aos perfis. Assim, qualquer outra empresa poderia produzir perfis genéricos (sem qualquer tipo de ornamentação) e sem qualquer prejuízo para a utilização do produto, não havendo, nesses casos, como se falar em violação de patente. Quanto ao modelo de utilidade, a SDE considerou que seria simples para uma empresa deixar de produzir um perfil e passar a produzir outro, de modo que não seriam trazidos prejuízos ao mercado pelo registro de patente de modelo de utilidade. Com relação ao INPI, portanto, a SDE pôde concluir que não havia quaisquer “indícios da conduta definida como *sham litigation*”.

Ademais, como a Alcoa efetivamente detinha as patentes sobre alguns de seus perfis, a SDE concluiu também que suas ações por violação de patente possuíam

⁵⁸⁵ BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Averiguação Preliminar nº. 08012.005727/2006-50, Representante: Ministério Público Federal do Estado de Minas Gerais, Representada: Alcoa Alumínio S.A., julgada em 28-4-2010, disponível [on-line] in <http://www.cade.gov.br> [29-11-2013]. Todas as informações dos parágrafos seguintes a respeito do caso foram extraídas dos pareceres e votos constantes nesse sítio, a menos que outra fonte seja expressamente indicada.

⁵⁸⁶ Será analisada aqui apenas a alegada prática de *sham litigation*.

fundamentos. Isso levava à constatação de que não houve qualquer infração à ordem econômica decorrente do “exercício abusivo do direito de ação com efeitos anticoncorrenciais”.

O voto do Conselheiro CÉSAR COSTA ALVES DE MATTOS segue o entendimento exarado pela SDE, acrescentando que, dos nove registros de patente impugnados, seis foram mantidos e três ainda se encontravam sob exame, o que demonstraria que (i) não havia patente irregular; e que (ii) não houve “*sham litigation*”. O posicionamento do Relator foi seguido, por unanimidade, pelo Plenário do CADE.

5.5.6. Caso Siemens VDO

O debate sobre *sham litigation lato sensu* no Brasil gerado no Plenário do CADE sobre o Caso Siemens VDO⁵⁸⁷ foi o mais intenso, tendo em vista os outros precedentes sobre a matéria, embora ao final a empresa representada tenha sido condenada não por essa prática, mas sim por convite à cartelização.

O processo administrativo iniciou-se em maio de 2005, após representação apresentada por SEVA Engenharia Eletrônica S.A., na qual a Siemens VDO Automotive Ltda. foi acusada de criar barreiras à entrada e à permanência de empresas concorrentes no mercado de tacógrafos (equipamento registrador instantâneo inalterável de velocidade e tempo), cometendo as práticas previstas nos artigos 20, I a IV, e 21, V, da Lei nº 8.884/94⁵⁸⁸.

⁵⁸⁷ BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Processo Administrativo nº. 08012.004484/2005-51, Representante: SEVA Engenharia Eletrônica S.A., Representada: Siemens VDO Automotive Ltda., julgado em 18-8-2010, disponível [on-line] in <http://www.cade.gov.br> [29-11-2013]. Todas as informações dos parágrafos seguintes a respeito do caso foram extraídas dos pareceres e votos constantes nesse sítio, a menos que outra fonte seja expressamente indicada.

⁵⁸⁸ “Art. 20. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros;

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

(...)

Art. 21. As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

V - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços” (BRASIL, Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a

A SEVA estimava que a Siemens deteria cerca de 85% do mercado relevante brasileiro de tacógrafos mecânicos e eletrônicos. Em razão disso, a representante desenvolveu um novo tipo de tacógrafo, o qual precisava ser certificado pelas autoridades competentes.

Em sua representação, a SEVA alegou que a Siemens teria criado obstáculos à homologação e comercialização de seus tacógrafos. Esses obstáculos consistiriam em três práticas: (i) uso de influência política para conseguir a revogação de portarias do Departamento Nacional de Trânsito (Denatran) que homologavam o tacógrafo da SEVA; (ii) ações judiciais com pedidos liminares pela suspensão das portarias do Denatran, com base na alegação de conflito de competência entre o Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (INMETRO) e o Conselho Nacional de Trânsito (Contran); e (iii) convite à cartelização, para que a SEVA retirasse seu produto do mercado e o direcionasse para outros mercados.

Recebida a representação, a SDE entendeu que as práticas que estavam sendo imputadas à Siemens deveriam ser enquadradas nos artigos 20, I, II e IV, e 21, I, II, III, IV, V e X, da Lei nº 8.884/94⁵⁸⁹.

prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências, disponível [on-line] in http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18884.htm [11-12-2013]).

⁵⁸⁹ “Art. 20. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços; (...)

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

(...)

Art. 21. As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

I - fixar ou praticar, em acordo com concorrente, sob qualquer forma, preços e condições de venda de bens ou de prestação de serviços;

II - obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes;

III - dividir os mercados de serviços ou produtos, acabados ou semi-acabados, ou as fontes de abastecimento de matérias-primas ou produtos intermediários;

IV - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado;

V - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços; (...)

X - regular mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços, ou para dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição” (BRASIL, Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências, disponível [on-line] in http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18884.htm [11-12-2013]).

Na análise específica da conduta de “exercício abusivo de direito de ação com efeito anticoncorrencial”⁵⁹⁰ imputada à representada, a SDE entendeu que esse instituto teria aplicação e guarida no ordenamento jurídico brasileiro, ainda que em caráter excepcional, e implicaria o reconhecimento de que, entre as inúmeras motivações que um agente tem para abusar de seu direito de petição, tanto perante a Administração Pública, quanto perante o Judiciário, pode se incluir o prejuízo aos seus concorrentes.

No entanto, ao estabelecer os critérios para configuração da “*sham litigation*”, a SDE recorreu ao Teste PRE, de maneira que a ação sob análise deveria ser completamente desprovida de fundamento, de forma que o seu autor não pudesse realística e razoavelmente ter esperanças de sucesso, além de mascarar um intuito anticompetitivo.

Ainda que fazendo uso dos restritos critérios estabelecidos pelo Teste PRE, a SDE considerou a representada culpada da prática de “*sham litigation*”. Isso porque (i) impetrou mandado de segurança contra a portaria do Denatran que homologou o tacógrafo da SEVA, mesmo sem ter legitimidade para tanto⁵⁹¹, o que foi reconhecido na sentença que negou a segurança; (ii) ajuizou ação de procedimento ordinário com o mesmo fundamento do mandado de segurança, tendo incluído a SEVA no polo passivo; e (iii) não esclareceu devidamente os fatos em sua petição inicial, pois atacava o suposto não cumprimento das especificações técnicas por parte do tacógrafo da concorrente, ao mesmo tempo que comercializava um de seus tacógrafos por cinco anos, sem qualquer tipo de homologação. A SDE concluiu sua Nota Técnica opinando pela condenação da Siemens pelas práticas de “*sham litigation*” e de convite à cartelização⁵⁹².

Remetidos os autos ao CADE, o julgamento do processo administrativo pelo Plenário gerou intensos debates. O Relator, Conselheiro FERNANDO DE MAGALHÃES FURLAN, observou que a defesa da Siemens de que não poderia haver prática de “*sham litigation*” em decorrência da proteção constitucional ao direito de ação seria

“uma distração sem fundamento. Praticamente todas as práticas investigadas pelo CADE se referem ao exercício de um direito com assento constitucional. Todos têm direito à liberdade econômica e,

⁵⁹⁰ Essa foi a expressão adotada pela SDE.

⁵⁹¹ Afinal, a homologação do tacógrafo da concorrente por portaria do Denatran não atingia direito líquido e certo da Siemens VDO.

⁵⁹² Por não fazer parte do escopo do presente trabalho, não se irá explorar, aqui, a questão do convite à cartelização.

ainda assim, é possível a punição de agente que use essa liberdade para afastar um concorrente por meio de condutas ilícitas. O direito de ir e vir e o direito de reunião, por exemplo, possuem fundamento incontestavelmente inconstitucional, o que não implica qualquer objeção à possibilidade de impor multa e até mesmo sanção criminal a concorrentes que se reúnam para combinar preços, formando, assim, um cartel. Não há dúvida de que o direito de livre expressão é assegurado pela Constituição. Isso, porém, não torna lícita ou serve de salvo-conduto, do ponto de vista concorrencial, à prática de ações contrárias aos postulados, também constitucionais, da ordem econômica. O fato de um direito ser reputado relevante a ponto de figurar na Constituição não significa que seu abuso não seja punível na forma da lei.”

O Relator também se insurgiu contra a tese da Siemens VDO de acordo com a qual somente o Poder Judiciário poderia apontar e punir ações judiciais que visassem a restringir a concorrência, pois esse argumento disfarçaria a natureza do ilícito e a análise adequada da sua ocorrência⁵⁹³.

Esclareceu o Relator que o CADE não agiria contra as partes no “legítimo e cotidiano” exercício do direito de ação, e que a condenação do CADE para atos cometidos em ações judiciais só ocorreria em caso de demonstração robusta de efeitos anticoncorrenciais claros, e concluiu que o foco de análise da prática envolveria três elementos: (i) interesse promovido; (ii) medidas empregadas para sua promoção; e (iii) impacto sobre a concorrência. A ilicitude da prática adviria da cumulação de interesse questionável, medidas inapropriadas e efeitos negativos sobre o mercado. Aplicando tal raciocínio às práticas da Siemens, o Relator concluiu pela sua condenação.

O Conselheiro OLAVO ZAGO CHINAGLIA, em seu voto-vista, discordou do posicionamento externado pelo Relator, tendo em vista que não conseguia visualizar relação entre as condutas de “*sham litigation*” e de convite à cartelização. Especificamente quanto à “*sham litigation*”, o Conselheiro discorreu a respeito do abuso do direito de ação no ordenamento jurídico brasileiro, e concluiu pela possibilidade de essa prática simultaneamente poder ser considerada infração à ordem econômica. Para sua configuração, no entanto, deve-se examinar detalhadamente a atuação processual do

⁵⁹³ Ademais, o mesmo relator acrescenta, com razão, que “não é a praxe dos magistrados efetuar ponderações sobre a relação entre os atos realizados pelo autor e os efeitos gerados sobre a concorrência. Uma decisão que versasse sobre tais pontos excederia o espaço de atuação do juiz que, pelo princípio da inércia da jurisdição, não pode se manifestar e decidir a respeito de questões não aduzidas pelas partes. A decisão de mérito do juiz está adstrita à concessão ou não de provimento à pretensão do autor. Essa decisão nada diz a respeito do impacto competitivo da prática e, conseqüentemente, não pode afetar a análise antitruste”.

investigado e os efeitos causados por essa prática nos negócios dos concorrentes e no ambiente competitivo do mercado relevante em exame.

Com base nesse raciocínio, o Conselheiro concluiu que a Siemens VDO não teria incorrido na prática de “*sham litigation*” porque as ações judiciais que intentou teriam fundamento jurídico. Mesmo a questão da ilegitimidade da Siemens VDO para impetrar mandado de segurança, reconhecida pela SDE como prova do abuso, foi afastada pelo Conselheiro, que entendeu que a configuração do abuso no exercício do direito de ação exigiria a “constatação de um tal despropósito jurídico das ações que a única explicação possível para o recurso ao Judiciário seja o propósito de prejudicar colateralmente a parte requerida e a dinâmica concorrencial”. Não tendo identificado qualquer despropósito, votou o Conselheiro pelo arquivamento do processo administrativo.

O Conselheiro CÉSAR COSTA ALVES DE MATTOS também divergiu do posicionamento adotado pelo Relator. Em seu voto, iniciou pela análise da doutrina Noerr-Pennington e pelo direito de petição constitucionalmente protegido no Brasil, e passou pela análise do abuso do direito, do abuso do direito de petição e pela caracterização da infração antitruste.

O voto do referido Conselheiro se concentrou especialmente na alegação da Siemens VDO de que a “*sham litigation*” se fundamentaria na litigância de má-fé, de modo que, sendo a condenação em litigância de má-fé conduta privativa do juiz, seria impossível ao CADE condenar uma empresa pela prática dessa conduta quando inexistente qualquer condenação judicial anterior por litigância de má-fé. Para rebater esse argumento, o Conselheiro argumentou que a caracterização da “*sham litigation*” não exige a ocorrência de litigância de má-fé, mas apenas do abuso do direito previsto no artigo 187 do Código Civil. Defendeu o Conselheiro que o abuso do direito de petição, dos quais a litigância de má-fé e a “*sham litigation*” são espécies, configura-se quando o exercício do direito de petição excede a finalidade social e econômica desse direito, a boa-fé e/ou os bons costumes, independentemente de dolo ou culpa. Mencionou, além disso, os requisitos do Teste PRE, mas acrescentou a possibilidade de também constituir “*sham litigation*” a “ação ancorada em base enganosa, onde o litigante efetivamente busca o resultado do processo, porém induzindo o Estado a erro”. Por conta desses argumentos, não haveria como se concluir, como defendia a Siemens VDO, a necessidade anterior de

reconhecimento judicial da litigância de má-fé para que fosse reconhecida a “*sham litigation*”.

No mérito específico do caso, porém, o Conselheiro identificou a existência, na época, de conflito normativo entre Contran e INMETRO e seguiu o voto do Conselheiro OLAVO ZAGO CHINAGLIA no que se referia à existência de fundamentação nas ações judiciais movidas pela Siemens VDO e de desconformidades dos tacógrafos fabricados pela SEVA em relação aos critérios do Contran e do Denatran.

Concluiu, assim, pela inexistência de abuso do direito de petição praticado pela Siemens VDO, porque (i) o processo de homologação dos tacógrafos da SEVA teria sido obstado primeiramente pelo próprio Denatran e por órgãos técnicos competentes e credenciados para tanto; (ii) a homologação do Denatran impugnada pela representada foi de encontro às conclusões dos pareceres do Denatran e dos órgãos técnicos; e (iii) nesse contexto, havia bases fáticas suficientes a fundamentar as ações judiciais movidas pela Siemens VDO.

RICARDO MACHADO RUIZ, por sua vez, reconheceu o conflito regulatório na questão da homologação dos tacógrafos, mas entendeu que referido conflito foi utilizado como instrumento para constranger a atuação da SEVA e, assim, estender o ciclo de vida do tacógrafo da Siemens VDO. Analisando os incentivos que se apresentavam para a Siemens VDO, o Conselheiro entendeu que a estratégia da representada objetivava (i) retirar do mercado o fabricante de um produto diferenciado; (ii) manter um conceito de produto que lhe pouparia recursos e manteria a rentabilidade; e (iii) bloquear o acesso de novos concorrentes com produtos diferenciados. Embora tenha seguido o voto do Relator no tocante à estratégia da representada, o Conselheiro entendeu, no caso, inexistente a ocorrência de abuso do direito de petição.

O Conselheiro VINICIUS MARQUES DE CARVALHO, em seu voto, entendeu não configurado o “uso espúrio do direito de ação com intento ardiloso de promover exclusão de concorrente”, já que a Siemens VDO, em suas ações judiciais, visou ao cumprimento de resolução do Contran que, por ser ato administrativo normativo, goza de presunção de legitimidade. Condenou, então, a representada, apenas pela conduta de convite à

cartelização. O Conselheiro CARLOS EMMANUEL JOPPERT RAGAZZO acompanhou seu voto na integralidade.

O Presidente do CADE à época, ARTHUR SANCHEZ BADIN, também votou no caso, tendo realizado a mesma relação entre abuso do direito de demandar e a exceção *sham* da doutrina Noerr-Pennington já efetuada pelo Conselheiro CÉSAR MATTOS. Apontou, contudo, que para se qualificar uma demanda como abusiva sob o ponto de vista concorrencial, seria necessário analisar (i) o poder de mercado detido pelo agente; (ii) a expectativa razoável de vitória em anteposição à ação objetivamente sem fundamento; (iii) o interesse anticoncorrencial oculto; (iv) o custo da demanda proporcionalmente maior e mais danoso para as empresas com menor capacidade financeira; (v) a demanda como meio para prejudicar a imagem da empresa ré no mercado; (vi) a criação de barreiras artificiais à entrada ou exclusão de competidores do mercado; (vii) o prejuízo à atividade de concorrentes; e (viii) a influência de ações governamentais no prejuízo a concorrentes. Com base nesses critérios, e no fato de que reconheceu fundamentos nas pretensões da Siemens VDO, o Presidente do CADE não identificou abuso no exercício do direito de demandar por parte da representada.

Após o voto do Presidente do CADE, o Relator FERNANDO DE MAGALHÃES FURLAN e o Conselheiro RICARDO MACHADO RUIZ retificaram seus votos iniciais, para seguir o voto do Conselheiro VINICIUS MARQUES DE CARVALHO no tocante à “*sham litigation*” e para condenar a representada somente quanto ao convite à cartelização.

O debate ocorrido entre os conselheiros do CADE no que se refere à prática de “*sham litigation*” foi intenso. Em razão disso, faz-se necessário tecer algumas considerações sobre o assunto.

Inicialmente, ressalte-se que todos os conselheiros desenvolveram uma tese própria quanto à caracterização da *sham litigation lato sensu* no Brasil, embora tenham concordado quanto à possibilidade teórica de se investigar e punir um agente econômico pelo exercício abusivo de seu direito de ação ou petição, quando têm por objeto ou possa produzir efeitos anticoncorrenciais.

A par do fato de não ter havido condenação da empresa representada pela prática a ela imputada pela SDE, de “exercício abusivo do direito de ação (*sham litigation*)”, foi possível identificar duas linhas mestras de raciocínio no debate havido entre os conselheiros, no que se refere à configuração da prática: (i) a ação deve ser totalmente desprovida de fundamentos e ter o potencial de causar efeitos anticoncorrenciais (na mesma linha do Teste PRE); e (ii) a análise da prática deve abordar uma série de variáveis, que vão desde à configuração do abuso de direito previsto no Código Civil a várias características que, juntas, permitem a conclusão de que a demanda consistiria em mero artifício para prejudicar um ou mais concorrentes. Como se pôde demonstrar ao longo do presente trabalho, entende-se que a segunda opção, embora conceitualmente mais aberta, seja mais adequada para a persecução da *sham litigation lato sensu* no Brasil.

É de se reconhecer, porém, que a ausência de condenação da Siemens VDO pela prática de “*sham litigation*”⁵⁹⁴ impediu o Plenário do CADE de unificar seu entendimento pela melhor forma de configuração da prática sob o ponto de vista da legislação brasileira aplicável à espécie.

5.5.7. Caso ANFAPE

O CADE deu provimento ao recurso de ofício e determinou o retorno dos autos desta averiguação preliminar⁵⁹⁵ à SDE para a instauração de processo administrativo, mas a prática de “*sham litigation*” já foi de antemão afastada pelo Plenário do CADE⁵⁹⁶. A investigação das montadoras de veículos Volkswagen do Brasil Indústria de Veículos Automotivos Ltda., Fiat Automóveis S/A, e Ford Motor Company Brasil Ltda. iniciou-se após representação da Associação Nacional dos Fabricantes de Autopeças – ANFAPE, que

⁵⁹⁴ É interessante mencionar que, no que se refere à conclusão do CADE pela não condenação da Siemens VDO pela prática de “*sham litigation*”, as provas constantes nos autos permitem a conclusão de que havia algum fundamento para as ações judiciais movidas por ela. Isso, mais a inexistência de qualquer discussão sobre litigância de má-fé da representada no âmbito judicial, levam à constatação de que, neste caso, seria temerária a condenação da empresa por “*sham litigation*”.

⁵⁹⁵ BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Averiguação Preliminar nº 08012.002673/2007-51, Representante: Associação Nacional dos Fabricantes de Autopeças - ANFAPE, Representadas: Volkswagen do Brasil Indústria de Veículos Automotivos Ltda., Fiat Automóveis S/A, Ford Motor Company Brasil Ltda., julgada em 15-12-2010, disponível [on-line] in <http://www.cade.gov.br> [29-11-2013]. Todas as informações dos parágrafos seguintes a respeito do caso foram extraídas dos pareceres e votos constantes nesse sítio, a menos que outra fonte seja expressamente indicada.

⁵⁹⁶ O processo administrativo ainda se encontra sob análise da SDE.

acusou essas empresas de abuso de direito de propriedade industrial, nos termos dos artigos 20, II e IV, e 21, V, da Lei nº 8.884/94⁵⁹⁷.

A alegação da ANFAPE era que as montadoras representadas estariam abusando de seu poder econômico no mercado de autopeças ao promover, abusivamente, ações judiciais e extrajudiciais com fulcro na proteção legal conferida aos desenhos industriais de suas autopeças junto ao INPI, de forma a impedir a atuação dos fabricantes independentes de autopeças (FIAPs) no mercado de reposição de autopeças.

Em sua Nota Técnica que opinava pelo arquivamento da averiguação preliminar, a SDE analisou o mercado de autopeças brasileiro e concluiu que a proteção ao desenho industrial das autopeças, conferida às montadoras, era totalmente legítima, além de se justificar por razões de segurança dos consumidores – afastando, assim, a alegação de “*sham litigation*”⁵⁹⁸. Argumentou, ainda, que não haveria dispositivo legal que autorizasse o CADE a pedir a licença compulsória de desenho industrial, ao contrário do que ocorre com patentes⁵⁹⁹, e isso impediria a atuação do órgão no caso.

No voto do Conselheiro Relator CARLOS EMMANUEL JOPPERT RAGAZZO, seguido por unanimidade pelo Plenário do CADE, foram afastadas as acusações de “*sham litigation*”. Embora tenha reconhecido a existência de indícios de abuso no exercício dos

⁵⁹⁷ “Art. 20. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: (...)

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços; (...)

IV - exercer de forma abusiva posição dominante. (...)

Art. 21. As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica: (...)

V - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços” (BRASIL, Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências, disponível [on-line] in http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8884.htm [11-12-2013]).

⁵⁹⁸ Vale mencionar que, em sua Nota Técnica, a SDE definiu *sham litigation* (*lato sensu*) como “o uso indevido de procedimentos e regulamentações públicas, incluindo procedimentos administrativos e judiciais, com o intuito de prejudicar concorrentes (prática de predação não baseada em preço), constituindo-se, assim, abuso de poder econômico apto a ser punido nos termos da Lei n. 8.884/94”.

⁵⁹⁹ “Art. 24. Sem prejuízo das penas cominadas no artigo anterior, quando assim o exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público geral, poderão ser impostas as seguintes penas, isolada ou cumulativamente: (...)

IV - a recomendação aos órgãos públicos competentes para que:

a) seja concedida licença compulsória de patentes de titularidade do infrator” (BRASIL, Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências, disponível [on-line] in http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8884.htm [11-12-2013]).

direitos de propriedade intelectual das montadoras (o que justificou a conversão da averiguação preliminar em processo administrativo), o Relator argumentou haver uma grande linha divisória entre o autor não fazer jus ao direito pleiteado e seu pedido ser total e completamente desprovido de fundamento, de maneira a seu único objetivo ser o prejuízo a concorrentes.

Como, no caso, a validade dos registros de propriedade industrial das montadoras foi reconhecida, não haveria que se falar em ausência de fundamentação nas ações movidas pelas montadoras contra as FIAPs, e, conseqüentemente, não se caracterizaria a prática de *sham litigation*. O Relator, todavia, reconheceu, ao mesmo tempo, que as ações movidas pelas montadoras tinham também o caráter manifesto de prejudicar concorrentes.

Faz-se necessário apontar, aqui, que, embora o CADE tenha reforçado a aplicação do Teste PRE para configuração da prática de “*sham litigation*” – tendo, assim, exigido a total ausência de fundamentação da ação para a caracterização do ilícito –, o Relator reconheceu e encampou outra forma de configuração da *sham litigation lato sensu*, descrita pelo Conselheiro CÉSAR MATTOS em voto proferido no Caso Siemens VDO: “ação ancorada em base enganosa, onde o litigante efetivamente busca o resultado do processo, porém induzindo o Estado a erro”.

5.5.8. Caso Valadarense

Em 25 de outubro de 2000, a Viação Oliveira Torres Ltda. apresentou representação⁶⁰⁰ contra a Empresa Valadarense de Transportes Coletivos Ltda., a Prefeitura Municipal de Alpercata/MG e a Prefeitura Municipal de Governador Valadares/MG, alegando a violação, pela empresa representada, dos artigos 20, I, e 21, IV e V, da Lei nº 8.884/94⁶⁰¹.

⁶⁰⁰ BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Processo Administrativo nº. 08012.005610/2000-81, Representante: Viação Oliveira Torres Ltda., Representada: Empresa Valadarense de Transportes Coletivos Ltda., julgado em 27-7-2011, disponível [on-line] in <http://www.cade.gov.br> [29-11-2013]. Todas as informações dos parágrafos seguintes a respeito do caso foram extraídas dos pareceres e votos constantes nesse sítio, a menos que outra fonte seja expressamente indicada.

⁶⁰¹ “Art. 20. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa (...)

Art. 21. As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica: (...)

Alegou a Viação Oliveira Torres que era concessionária de transporte coletivo da linha entre os municípios de Governador Valadares e Alpercata, ao passo que a Valadarense era a concessionária exclusiva do transporte urbano coletivo do Município de Governador Valadares, sendo que a linha de ambas as empresas se sobreporia em um percurso de 12 quilômetros.

Em 1994, a Oliveira Torres requereu a autorização do Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de Minas Gerais (DER-MG) para utilizar ônibus de duas portas e roleta no trajeto entre as duas cidades. Embora a Valadarense tenha apresentado impugnações ao pedido da Oliveira Torres, chegando mesmo a pressionar pessoalmente os proprietários da empresa, o DER-MG autorizou a mudança.

Em 1997, a Oliveira Torres, com o apoio da Prefeitura de Alpercata, solicitou autorização do DER-MG para atender o Bairro Era Nova. A solicitação foi também impugnada pela Valadarense, que alegou que haveria captação de passageiros de suas linhas, mas acabou sendo concedida. Contra essa decisão, a Valadarense impetrou mandado de segurança, mas desistiu antes que o juiz proferisse sentença. Logo após essa desistência, o DER-MG publicou decisão irrecorrível cancelando a autorização para o atendimento ao Bairro Nova Era.

A Secretaria de Planejamento de Governador Valadares rejeitou outra solicitação da Oliveira Torres, dessa vez para que fosse instalado um ponto de parada ao lado da estação rodoviária, sob o argumento de que poderia haver captação dos passageiros da Valadarense. A prefeitura desse Município teria, ainda, tentado por duas vezes alterar o itinerário da Oliveira Torres, tendo recuado apenas após manifestação contrária do DER-MG.

A averiguação preliminar aberta em decorrência da representação da Oliveira Torres foi arquivada pela SDE, que entendeu que os assuntos ali tratados eram de competência municipal e que não se verificava a ocorrência de abuso de poder econômico.

IV - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado;

V - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços” (BRASIL, Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências, disponível [on-line] in http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18884.htm [11-12-2013]).

Em recurso de ofício ao CADE, este decidiu, por maioria, pela instauração de processo administrativo contra a Valadarense.

É interessante mencionar que o grande debate deste caso ocorreu quando do julgamento do recurso de ofício contra o arquivamento da averiguação preliminar, anos antes do julgamento dos casos analisados acima, que se debruçam com mais detalhe sobre a prática alegada de “*sham litigation*”.

No julgamento, o Conselheiro Relator LUÍS FERNANDO SCHUARTZ entendeu pela existência de indícios de que a Valadarense teria exercido influência junto a órgãos do DER-MG e da Prefeitura de Governador Valadares, com a finalidade de restringir a concorrência na prestação de serviços de transporte coletivo na linha Alpercata-Governador Valadares.

O Conselheiro PAULO FURQUIM DE AZEVEDO seguiu o voto do Relator, entendendo que, mesmo considerando o direito constitucional de petição, seria clara a existência de indícios de infração anticoncorrencial decorrente do abuso desse direito ou da indevida ingerência junto ao Poder Público. A discordância do Plenário veio representada por voto do Conselheiro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, para quem não se poderia punir alguém que fez uso do direito de petição em defesa dos seus interesses, utilizando os meios legais, constitucionais e democráticos perante os órgãos constituídos:

“O abuso de direito e mesmo a litigância de má-fé são situações muito específicas que são pouquíssimo utilizadas até mesmo perante o Poder Judiciário e que não sendo caracterizadas neste caso. (...) Ademais, não há tipificação para tais condutas. Eventual abuso de direito ou abuso de forma não são tipificados enquanto tal como ilícito antitruste, de modo que voto pela manutenção do arquivamento da presente averiguação preliminar.”

Após a instrução do processo administrativo, já na Nota Técnica que opinou pelo arquivamento do processo, a SDE concluiu que o mercado de transporte coletivo era totalmente regulado na região, sendo que havia leis municipais e estaduais determinando os limites da atuação das concessionárias.

No que se refere expressamente à alegada prática de “*sham litigation*”, a SDE primeiro realizou uma breve explicação do instituto, sob o ponto de vista dos precedentes

norte-americanos e europeus, para afirmar que o instituto é aplicável ao direito brasileiro, mas que pressupõe, para sua configuração, (i) uma ação completamente carecedora de fundamento, de maneira que nenhum litigante razoável pudesse esperar ter sucesso na demanda; e (ii) intuito anticoncorrencial para o qual se está utilizando a máquina pública. Em resumo, a SDE defendeu a aplicação do Teste PRE para reconhecer a infração anticoncorrencial.

Concluindo que as ações da Valadarenses tinham fundamento e não visavam provocar efeitos anticompetitivos no mercado, a SDE opinou pelo arquivamento do feito.

O processo administrativo foi distribuído ao Conselheiro Relator ELVINO DE CARVALHO MENDONÇA que, em 21 de julho de 2011, acolheu integralmente a Nota Técnica da SDE e, por decisão unânime do Plenário do CADE, determinou o arquivamento do processo administrativo.

O Caso Valadarenses não exige grandes considerações porque, pelo que se pode notar das provas produzidas no processo administrativo, de fato a Valadarenses estava atuando na defesa de seus próprios interesses com base em legislação estadual e municipal que a favorecia. Discorda-se, aqui, apenas do posicionamento da SDE, que preferiu transplantar o Teste PRE, norte-americano, para aplicação em processos administrativos em curso perante autoridades brasileiras – com base em direito brasileiro – sem qualquer tipo de ponderação ou temperamento adicional. Importa reiterar, aqui, conforme já exaustivamente esclarecido, que o referido “transplante” não encontra respaldo no ordenamento jurídico pátrio, porquanto amplia – para além dos limites legais (considerando-se tanto a Lei nº 8.884/94 quanto a Lei nº 12.529/2011) – o rol de exigências para a caracterização do ilícito concorrencial, de modo a, potencialmente, restringir injustificadamente os princípios da livre concorrência e da livre iniciativa.

5.5.9. Caso COMGAS

A averiguação preliminar iniciada após representação do Grupo Gemini foi arquivada pela SDE e pelo CADE⁶⁰², mas analisou também a conduta de “*sham litigation*” alegadamente praticada pela Companhia Paulista de Gás S/A – COMGAS.

O Consórcio Gemini, constituído por Petróleo Brasileiro S/A - Petrobras, White Martins Gases Industriais Ltda. e GNL Gemini Comercialização e Logística de Gás Ltda., alegou que a COMGAS estaria criando obstáculos à sua constituição, funcionamento e desenvolvimento, por meio da limitação de acesso ao mercado e criação de dificuldades ao funcionamento do Consórcio por meio de uma campanha de desinformação junto ao setor de distribuição de gás natural e à imprensa, bem como de atuação perante o CADE, autoridades ambientais, autoridades regulatórias e Poder Judiciário. Ainda de acordo com o Consórcio, a COMGAS estaria fazendo mau uso da máquina estatal por meio da promoção de lides temerárias, tumulto processual, fornecimento de informações enganosas ou manipuladas às autoridades.

Em sua Nota Técnica, a SDE afirmou que tem entendido pela aplicação da doutrina da “*sham litigation*” ao Direito da Concorrência brasileiro,

“inclusive pela existência de instituto análogo (mas não idêntico) no art. 17, inciso III do Código de Processo Civil: ‘*usar do processo para conseguir objetivo ilegal*’, *in casu*, objetivo oposto à lei concorrencial brasileira. O instituto taxativamente previsto no diploma processual visa reprimir a atuação das partes com deslealdade junto ao Poder Judiciário. A *sham litigation*, por sua vez, objetiva punir os interessados que utilizem o devido processo legal com escopo exclusionário. (...) Em segundo lugar, com igual intuito, existe a Lei nº 9.784/99, a qual (...) estabelece em seu artigo 4º que, entre os deveres dos administrados perante a Administração, encontram-se o de proceder com lealdade, urbanidade e boa-fé, assim como o de não agir de modo temerário.”

Conclui a SDE que, para caracterizar a “*sham litigation*” é necessário demonstrar (i) a ausência de fundamentos na ação proposta pelo agente, que não pode razoavelmente

⁶⁰² BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Averiguação Preliminar nº 08012.001397/2008-95, Representante: Grupo Gemini, Representada: Companhia Paulista de Gás S/A - COMGAS, julgada em 26-9-2012, disponível [on-line] in <http://www.cade.gov.br> [29-11-2013]. Todas as informações dos parágrafos seguintes a respeito do caso foram extraídas dos pareceres e votos constantes nesse sítio, a menos que outra fonte seja expressamente indicada.

esperar sucesso na demanda; e (ii) a utilização da ação como artifício para atingir a concorrência. Note-se, portanto, mais uma vez, o recurso ao Teste PRE, oriundo do direito norte-americano.

No mérito do caso, a SDE analisou se os fatos mencionados pelo Consórcio, independentemente de culpa, teriam por objeto ou seriam aptos a produzir os efeitos constantes no artigo 20 da Lei nº 8.884/94, de maneira a restar configurada a prática de “*sham litigation*”. Analisando cada um dos processos e procedimentos iniciados pela COMGAS, a SDE pôde concluir que o principal fundamento para a sua propositura foi a defesa do meio ambiente e a proteção da coletividade, e que, com isso, ainda que a COMGAS tivesse interesse particular na cessação das atividades do Consórcio, não haveria como identificar a “*sham litigation*”. Concluiu a SDE pelo arquivamento da averiguação preliminar em razão da ausência de indícios de infração à ordem econômica.

No voto seguido por unanimidade pelo Plenário do CADE, a Conselheira Relatora ANA FRAZÃO acolheu a Nota Técnica da SDE. Em suas considerações sobre a prática de “*sham litigation*”, a Relatora anotou que, para a configuração da prática, deve-se comprovar não só que o agente não buscava um fim processual legítimo em sua atuação perante os órgãos públicos, mas também que visava a prejuízo da ordem concorrencial. Como, no caso, não foi possível identificar qualquer “fim antijurídico espúrio” na atuação da COMGAS, nem, muito menos, evidências de que tais atos tenham afetado a ordem concorrencial, a Relatora concluiu pelo arquivamento da averiguação preliminar.

É de se notar que o CADE não mencionou a necessidade de a demanda sob análise dever ser “completamente sem fundamento”, para a caracterização da prática, embora a SDE, como já observado e com apoio na jurisprudência do próprio CADE, insistia nos critérios estabelecidos pela jurisprudência da Suprema Corte norte-americana, ainda que busque os fundamentos jurídicos brasileiros para justificar a persecução da prática de “*sham litigation*”.

5.5.10. Caso Sanofi-Aventis

A averiguação preliminar⁶⁰³ foi instaurada após representação apresentada pela Associação Brasileira das Indústrias de Medicamentos Genéricos – Pró Genéricos, que denunciava a empresa Sanofi-Aventis Farmacêutica Ltda. de exercer abusivamente seu direito de petição para garantir a exclusividade na comercialização de clopidogrel hidrogenossulfato, uma vez que a carta patente requerida pela Sanofi-Aventis teria sido negada no INPI.

Em sua Nota Técnica, a SDE analisou pormenorizadamente os detalhes de cada um dos precedentes da Suprema Corte norte-americana que levaram à criação da exceção *sham* à doutrina Noerr-Pennington, bem como alguns dos casos já julgados pelo CADE e descritos acima, para concluir pela possibilidade de o Direito da Concorrência brasileiro punir a prática de “*sham litigation*”.

No caso em si, a SDE identificou que a tese jurídica utilizada pela Sanofi-Aventis em suas ações judiciais era acolhida em vários tribunais brasileiros, embora a Pró-Genéricos se filiasse a corrente contrária. Como existia grande divergência no próprio Poder Judiciário sobre o mérito dessas teses antagônicas, a SDE entendeu que não se poderia considerar existente, no caso, a prática de “*sham litigation*”. O voto do Conselheiro Relator ALESSANDRO OCTAVIANI LUÍS, seguido pela unanimidade dos Conselheiros do CADE, acolheu integralmente os termos da Nota Técnica e determinou o arquivamento da averiguação preliminar.

5.5.11. Caso Shop Tour

Este pode ser considerado o mais importante de todos os casos analisados no presente trabalho, tendo em vista que (i) foi a última decisão do Plenário do CADE sobre a prática de “*sham litigation*”; e (ii) foi a única decisão do Plenário do CADE, até o presente momento, pela condenação de uma empresa pela prática de “*sham litigation*”.

⁶⁰³ BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Averiguação Preliminar nº 08012.013624/2007-44, Representante: Associação Brasileira das Indústrias de Medicamentos Genéricos - Pró Genéricos, Representada: Sanofi-Aventis Farmacêutica Ltda., julgada em 31-10-2012, disponível [on-line] in <http://www.cade.gov.br> [29-11-2013]. Todas as informações dos parágrafos seguintes a respeito do caso foram extraídas dos pareceres e votos constantes nesse sítio, a menos que outra fonte seja expressamente indicada.

A representação que deu origem ao processo administrativo⁶⁰⁴ foi apresentada pela Comissão de Defesa do Consumidor da Câmara dos Deputados, na qual se indicava que as empresas Box 3 Vídeo e Publicidade e Léo Produções e Publicidade⁶⁰⁵ estariam tentando dominar o mercado de vendas por meio de programas de televisão. A representação fundamentou-se nas denúncias de várias concorrentes dessas empresas formuladas para a referida Comissão.

Informou-se na representação que a representada Box 3 ingressava com ações judiciais com pedido liminar, por meio das quais visava tirar do ar os programas de vendas de suas concorrente, sob a alegação de que a Box 3 possuía registro de direito autoral sobre o formato do programa Shop Tour, registrado na Biblioteca Nacional da Cultura. Posteriormente, em 2002, o Superior Tribunal de Justiça negou a existência desse direito à Box 3, por entender que métodos de venda não podem ser apropriados juridicamente, e, portanto, o suposto direito não poderia ser tutelável.

Em sua análise, a SDE, sem mencionar em nenhum momento a prática de “*sham litigation*”, considerou que a representada se limitou a adotar as medidas judiciais para defender o direito que julgava ser legítimo. Além disso, ponderou que, como as empresas anunciantes declararam, em resposta a ofícios, que alternavam sua publicidade entre os programas de televisão da representada e das suas concorrentes denunciante, entendeu que isso seria um forte indício da manutenção da livre concorrência desse mercado. Concluiu, portanto, pelo arquivamento do processo administrativo.

Remetidos os autos ao CADE, o Conselheiro Relator VINÍCIUS MARQUES DE CARVALHO determinou a realização de instrução complementar para avaliar o histórico das ações judiciais movidas pela Box 3.

⁶⁰⁴ BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Processo Administrativo nº 08012.004283/2000-40, Representante: Comissão de Defesa do Consumidor da Câmara dos Deputados, Representadas: Box 3 Vídeo e Publicidade e Léo Produções e Publicidade, julgado em 15-12-2010, disponível [on-line] in <http://www.cade.gov.br> [29-11-2013]. Todas as informações dos parágrafos seguintes a respeito do caso foram extraídas dos pareceres e votos constantes nesse sítio, a menos que outra fonte seja expressamente indicada.

⁶⁰⁵ A Léo Produções deixou de ser citada ao longo do processo administrativo e deixou inclusive de ser condenada ao final do caso. De qualquer forma, as informações dos autos demonstram que ambas as empresas integram o mesmo grupo econômico.

Em seu voto, o Relator discorreu sobre os precedentes norte-americanos e europeus, já analisados neste trabalho, a respeito da possibilidade de condenação, nas jurisdições estrangeiras, da prática de “*sham litigation*”, e opinou, com base nos precedentes do próprio CADE, que a investigação e punição dessa prática, ou de prática equivalente, era possível, já que

“parece ser algo muito tranquilo e pacífico que as partes não podem se proteger da sua responsabilidade concorrencial, utilizando como justificativa o seu Direito de Petição, visto que este não é absoluto ou mesmo imune à avaliação desta Autarquia. Sem entrar na celeuma se se deve ou não importar o instituto da *sham litigation*, nas exatas proporções, nos restritos moldes norte-americanos ou se é possível ter uma visão mais ampla a respeito deste instituto, cumpre avaliar, no caso concreto, se há alguma razoabilidade na causa de pedir das requerentes no presente, ao buscar proteger um suposto direito de propriedade intelectual.”

Ao analisar as características do caso, opinou o Relator que as medidas judiciais tomadas pela representada assemelhar-se-iam à *objective baseless claim* – requisito de configuração da *sham litigation stricto sensu* – nos termos, portanto, dos precedentes da Suprema Corte, que leva em consideração o Teste PRE. Isso porque, como o registro do programa de televisão na Biblioteca Nacional (utilizado pela Box 3 para fundamentar suas ações judiciais) não gera proteção de direitos autorais, nenhuma empresa poderia alegar ser proprietária de um gênero de programa televisivo.

No entender do Relator, o fato de a representada embasar suas medidas judiciais em tal alegação representaria má-fé em vários aspectos, já que significa deduzir pretensão contra texto expresso de lei, nos termos do artigo 17, I, do Código de Processo Civil⁶⁰⁶. Além disso, lembrou o Relator que as representadas não se limitaram a mover 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. Não bastasse isso, todas as ações tiveram (e algumas ainda têm) solicitações cautelares, com pretensões que a parte sabia de antemão serem precárias, dadas as diversas manifestações do judiciário em sentido oposto. 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

⁶⁰⁶ “Art. 17. Reputa-se litigante de má-fé aquele que:

I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso” (BRASIL, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Institui o Código de Processo Civil, disponível [on-line] in http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm [18-12-2013]).

incidentes manifestamente infundados (consoante art. 17 V e VI do CPC)”.

O voto do Relator também identifica que a prática da Box 3 tem incentivos econômicos muito fortes, na medida em que elimina os concorrentes do mercado sem qualquer contrapartida social (ganho social com a inovação), e com isso possibilita o aumento de preços praticados para os anunciantes, que poderão repassá-lo para os consumidores. Conclui o argumento ressaltando que as ações movidas pela representada⁶⁰⁷ são contrárias à concorrência em uma série de aspectos e não possuem o mínimo fundamento jurídico, o que demonstra a violação ao artigo 20 da Lei nº 8.884/94⁶⁰⁸. O Plenário do CADE seguiu o voto do Relator e condenou a Box 3 pela prática de “*sham litigation*”.

O precedente estabelecido por este caso foi de extrema importância para demonstrar a possibilidade de condenação da prática de “*sham litigation*”, segundo a jurisprudência CADE. É de se reconhecer, porém, que o acórdão não esclareceu, de maneira adequada, os requisitos para configuração desse ilícito no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro.

A abordagem do Conselheiro Relator teve o mérito de, ainda que mencionando os requisitos do Teste PRE, não se fiar somente neles (tendo inclusive feito diversas referências aos dispositivos do Código de Processo Civil sobre litigância de má-fé) e verificar realmente os detalhes do caso que estava sendo analisado. De fato, restou demonstrado (i) que a Box 3 moveu uma série de ações com base em fundamento jurídico inexistente, conseguindo com isso atrasar a entrada ou excluir do mercado diversos concorrentes, e (ii) que isso consistia infração à ordem econômica punível pelo CADE.

⁶⁰⁷ O Relator analisa detidamente nove ações movidas pelas representadas e ainda faz referência a mais algumas, demonstrando que, mesmo após seguidas derrotas transitadas em julgado, as representadas continuavam a mover novas ações com base no mesmo fundamento fracassado, contra diferentes concorrentes.

⁶⁰⁸ “Art. 20. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros;

IV - exercer de forma abusiva posição dominante” (BRASIL, Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências, disponível [on-line] in http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18884.htm [11-12-2013]).

Como este foi o último caso julgado pelo CADE sobre a prática do abuso do direito de petição com efeitos anticoncorrenciais, resta aguardar como será o julgamento dos próximos processos administrativos que visam investigar a prática de *sham litigation*, aqui considerada em seu sentido lato. Os casos a seguir analisados já foram objeto de Notas Técnicas da SDE que opinam pelo seu arquivamento (como no Caso Shop Tour), mas ainda não foram analisados pelo Plenário do CADE.

5.5.12. Caso Saint Gobain

A representação encaminhada por Amitech Brasil Tubos Ltda.⁶⁰⁹ acusava a Saint Gobain Canalização Ltda. de dificultar o desenvolvimento e o funcionamento de concorrentes que ofertam tubos de poliéster reforçado com fibra de vidro (PRFV), por meio de uma série de condutas, entre as quais se pode citar a utilização do Poder Judiciário para impugnação de editais de licitação em que os tubos de PRFV constassem como equivalentes aos de ferro fundido dúctil (fabricado apenas pela Saint Gobain)⁶¹⁰.

A Comissão de Defesa do Consumidor da Câmara dos Deputados também apresentou representação contra a Saint Gobain – que foi juntada aos autos da então averiguação preliminar – que denunciava essa mesma prática de impugnar editais de licitação, de forma a garantir que apenas fossem admitidos os tubos de ferro fundido dúctil, cujo mercado seria dominado pela representada.

Em sua Nota Técnica, a SDE definiu o mercado relevante como de tubos e conexões de diâmetro médio para transporte de fluidos (água e esgoto) pressurizados, no território nacional. Considerando que foi identificada rivalidade não só entre a Saint Gobain (fabricante de ferro fundido dúctil) e as fabricantes de PRFV, mas também entre essas empresas e os fabricantes de tubos de PVC, tubos de aço, tubos de PEAD, tubos de

⁶⁰⁹ BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Processo Administrativo nº 08012.004572/2007-15, Representantes: Comissão de Defesa do Consumidor da Câmara dos Deputados e Amitech Brasil Tubos Ltda., Representada: Saint Gobain Canalização Ltda, pendente de julgamento, disponível [on-line] in <http://www.cade.gov.br> [29-11-2013]. Todas as informações dos parágrafos seguintes a respeito do caso foram extraídas dos pareceres e votos constantes nesse sítio, a menos que outra fonte seja expressamente indicada.

⁶¹⁰ Interessante notar que, em petição posterior, a empresa representante requereu a concessão de medida preventiva para o fim de, entre outros pedidos, impedir a Saint Gobain de recorrer ao Judiciário para impugnar participações da Amitech em licitações, pedido que foi rejeitado pela SDE.

concreto armado, entre outros, a SDE concluiu que seria inexistente a probabilidade do exercício unilateral do poder de mercado por parte da representada.

Em sua análise da prática de “*sham litigation*”, a SDE esclareceu que esta tem maior probabilidade de ocorrer quando (i) o autor ou requerente é empresa dominante no mercado; (ii) o réu ou representado é um entrante, potencial entrante, ou rival em expansão naquele mesmo mercado; (iii) o efeito da ação é impedir ou atrasar a entrada do réu, impedir seu crescimento ou mesmo excluí-lo do mercado. De qualquer forma, para a configuração da prática, a SDE mais uma vez fez uso do Teste PRE. Concluiu, assim, pela não configuração da prática, tendo em vista a existência de fundamentos para as ações movidas pela Saint Gobain.

Em vista disso, decidiu a SDE pelo arquivamento do processo administrativo, com a consequente remessa, por recurso de ofício, ao CADE. Atualmente, os autos se encontram sob análise do Conselheiro Relator ALESSANDRO SERAFIN OCTAVIANI LUIS, aguardando inclusão em pauta para julgamento.

5.5.13. Caso Bann

O processo administrativo instaurado contra Dystar Textilfarben GmbH e Dystar Indústria e Comércio de Produtos Químicos Ltda. após representação da empresa Bann Química Ltda.⁶¹¹ ainda não foi julgado pelo CADE. Ocorre, porém, que a Nota Técnica da SDE, que remeteu os autos para o CADE após opinar pelo arquivamento do processo administrativo, foi a mais recente manifestação da SDE sobre a prática de “*sham litigation*”, razão pela qual entende-se pertinente a sua análise.

Na representação apresentada pela Bann, alegou-se que a Dystar teria praticado preços predatórios no mercado de índigo blue reduzido (IBR), combinada com a prática de *dumping*. Em petição posterior, durante a instrução do feito, a representante sugeriu que,

⁶¹¹ BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Processo Administrativo nº 08012.007189/2008-08, Representante: Bann Química Ltda., Representadas: Dystar Textilfarben GmbH e Dystar Indústria e Comércio de Produtos Químicos Ltda., pendente de julgamento, disponível [on-line] in <http://www.cade.gov.br> [29-11-2013]. Todas as informações dos parágrafos seguintes a respeito do caso foram extraídas dos pareceres e votos constantes nesse sítio, a menos que outra fonte seja expressamente indicada.

nas ações judiciais sobre patentes, envolvendo ambas as empresas, a Dystar estaria praticando “*sham litigation*”.

Na Nota Técnica que opinou pelo arquivamento do processo administrativo e sua consequente remessa para o CADE, em recurso de ofício, a SDE analisou detidamente a suposta prática de “*sham litigation*” por parte da Dystar.

É interessante mencionar que, além dos dois requisitos já tradicionais do Teste PRE, listados pela SDE como necessários para a configuração da “*sham litigation*” – o que, reitera-se, vai de encontro à posição defendida no presente trabalho –, reconheceu-se também a possibilidade de uma outra hipótese para caracterização da prática, consistente na “ação ancorada em base enganosa, onde o litigante efetivamente busca o resultado do processo, porém induzindo o Estado a erro”, nos termos do voto proferido pelo Conselheiro CÉSAR MATTOS no Caso Siemens VDO⁶¹².

Na análise do caso, a SDE preliminarmente constatou que a participação de mercado da Dystar seria insuficiente para pressupor a posição dominante prevista no artigo 20, § 3º, da Lei nº 8.884/94⁶¹³, o que, por si só, em seu entendimento, tornaria impossível a ocorrência de infração à ordem econômica⁶¹⁴.

Além disso, a SDE analisou os fundamentos da ação movida pela Dystar e concluiu que havia fundamentos suficientes para justificar o ajuizamento da ação. Além disso, ponderou que, como existiam apenas dois processos envolvendo as partes (dos quais

⁶¹² Em outro ponto da Nota Técnica, a SDE coloca essa outra hipótese como uma característica a mais para configuração de “*sham litigation*”, a qual se apresentaria conforme o caso, eventualmente, e não como uma hipótese alternativa para se identificar a prática. Dessa forma, não se consegue concluir se a SDE entende que essa hipótese aventada pelo Conselheiro CÉSAR MATTOS é alternativa, como inicialmente mencionou em sua Nota Técnica, ou adicional, como colocado mais adiante.

⁶¹³ “Art. 20. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: (...)”

§ 3º A posição dominante a que se refere o parágrafo anterior é presumida quando a empresa ou grupo de empresas controla 20% (vinte por cento) de mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo CADE para setores específicos da economia” (BRASIL, Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências, disponível [on-line] in http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8884.htm [11-12-2013]).

⁶¹⁴ Como se pôde discorrer no item 5.4, acima, discorda-se, neste trabalho, desse entendimento esposado pela SDE e também pelo CADE.

apenas um foi iniciado pela representada), não teria ocorrido uso indiscriminado do direito de petição.

Remetidos ao CADE, os autos foram distribuídos ao Conselheiro RICARDO MACHADO RUIZ, que já proferiu seu voto em sessão de julgamento do Plenário do CADE ocorrida em 4 de dezembro de 2013. Em seu voto⁶¹⁵, indicou que seriam dois os requisitos para aferição da prática: (i) pleito absurdo e (ii) produção de efeitos anticoncorrenciais. Como o Relator identificava serem suficientemente fundamentadas as discussões sobre patentes no caso, votou pelo arquivamento do processo administrativo. Vale chamar a atenção, aqui, para o fato de os requisitos mencionados pelo Relator aproximarem daqueles que integram o Teste PRE, adotado pela Suprema Corte norte-americana.

O julgamento do caso foi suspenso após o Conselheiro ALESSANDRO SERAFIN OCTAVIANI LUÍS pedir vistas dos autos. Desde então se aguarda nova inclusão dos autos na pauta de julgamento do CADE.

5.5.14. Caso Vigor

O inquérito administrativo originado por representação da Vigor Alimentos S.A. contra Kellogg Brasil Ltda. e Danone Ltda.⁶¹⁶ tem o diferencial de, além de ser o mais recente dos casos envolvendo a prática de “*sham litigation*” analisado pelas autoridades brasileiras de defesa da concorrência, foi inteiramente conduzido sob a vigência da Lei nº 12.529/2011.

Em sua representação, a Vigor alegou, entre outros pontos⁶¹⁷, que teria havido abuso do direito de propriedade intelectual e de petição por parte da Danone, consistente no ajuizamento de uma ação cominatória cumulada com indenização por perdas e danos e pedido de antecipação de tutela, no âmbito da qual se alegou contrafação e concorrência desleal no segmento de iogurtes funcionais do mercado nacional de iogurtes. No

⁶¹⁵ Até 17 de dezembro de 2013, seu voto não se encontrava disponível para consulta no sítio do CADE, em www.cade.gov.br.

⁶¹⁶ BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Inquérito Administrativo nº 08700.005241/2013-92, Representante: Vigor Alimentos S.A., Representadas: Kellogg Brasil Ltda. e Danone Ltda., pendente de julgamento, disponível [on-line] in <http://200.198.193.169/SiCADEExternoPesquisaProcessosPublicos.html> [5-1-2014]. Todas as informações dos parágrafos seguintes a respeito do caso foram extraídas dos pareceres e votos constantes nesse sítio, a menos que outra fonte seja expressamente indicada.

⁶¹⁷ As outras acusações da Vigor não serão abordadas no presente trabalho.

entendimento da Vigor, como não teria havido qualquer notificação extrajudicial prévia por parte da Danone, e como o pedido formulado pela Danone teria sido amplo e genérico, estar-se-ia dissimulando o objetivo de excluir a Vigor do mercado. Por fim, argumentou que tais fatos caracterizariam a litigância de má-fé da Danone, já que esta teria omitido decisões desfavoráveis a si em outras jurisdições e perante o INPI.

Em sua Nota Técnica, a Superintendência-Geral do CADE enquadrrou a prática de abuso de direito de petição e propriedade intelectual no artigo 36, § 3º, IV, XIV e XIX⁶¹⁸ e deixou de definir o mercado relevante sob análise, por entender a definição do mercado não influenciaria suas conclusões.

Analizando a prática imputada à Danone, a Superintendência-Geral identificou que a Vigor teria acusado a empresa representada de “*sham litigation*”, fundada em *misrepresentation* e *objectively baseless claim*, ao mover uma demanda manifestamente improcedente, com o único intuito de excluir a Vigor do segmento de iogurtes funcionais.

Após uma breve exposição das origens norte-americanas da “*sham litigation*”, a Superintendência-Geral expôs que os direitos constitucionais de ação e petição deveriam ser interpretados não de maneira isolada, mas sim tendo por base o conjunto do ordenamento jurídico brasileiro. Por essa razão, tais direitos não poderiam ser considerados absolutos, devendo sofrer limitações quando colidem com outros princípios constitucionais, entre os quais se pode mencionar o direito de livre concorrência previsto nos artigos 170 e 173, § 3º, da Constituição Federal.

A Superintendência-Geral utiliza tais considerações como premissa para a sua conclusão de que (i) os direitos de petição e de acesso ao Poder Judiciário e à

⁶¹⁸ “Art. 36. (...)§ 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica: (...)

IV - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços; (...)

XIV - açambarcar ou impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia; (...)

XIX - exercer ou explorar abusivamente direitos de propriedade industrial, intelectual, tecnologia ou marca” (BRASIL, Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências, disponível [on-line] in http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/L12529.htm [5-1-2014]).

Administração Pública não estão imunes à apreciação do SBDC, caso infrinjam o princípio da livre concorrência, e (ii) no Brasil, perante o SBDC, tanto a *sham litigation* norte-americana (*strito sensu*, portanto) quanto ao abuso do direito de petição, de forma genérica, foram extensamente discutidos como condutas que podem gerar dano anticompetitivo.

Ao analisar especificamente a configuração da prática de “*sham litigation*”, a Superintendência-Geral considerou que a apresentação de argumentos, provas ou quaisquer outros elementos de cunho antiético e falso (*misrepresentations*), também devem ser consideradas ilícitas sob a lei de defesa da concorrência. Porém, estabeleceu como premissa a aplicação do Teste PRE.

Com isso, a Nota Técnica passa a verificar os fatos trazidos ao seu conhecimento, e conclui que não teria havido qualquer infração à ordem econômica, uma vez que não existiriam indícios claros que permitissem a conclusão de que a Danone não buscava a prestação jurisdicional, nem que seus pedidos eram desprovidos de fundamentação. Para chegar a essa conclusão, mencionou inclusive os fundamentos da decisão que antecipou a tutela requerida pela Danone, que impediu a Vigor de produzir, divulgar e comercializar sua linha de iogurtes funcionais.

Com base em tais ponderações, a Superintendência-Geral decidiu pelo arquivamento do inquérito administrativo⁶¹⁹.

Note-se que, neste caso, a Superintendência-Geral aborda o abuso do direito de ação ou petição com efeitos anticoncorrenciais e faz um paralelo desse instituto com a *sham litigation stricto sensu*, inovando ao considerar que as *misrepresentations* também podem ser consideradas ilícitas sob o ponto de vista da legislação antitruste brasileira (ao contrário do que ocorre nos EUA, como já apontado acima). Todavia, preferiu-se mais uma vez a aplicação do Teste PRE, o que levou necessariamente à conclusão pelo arquivamento do inquérito administrativo.

Outro ponto extremamente importante do caso em tela reside no fato de a Superintendência-Geral ter reconhecido a relatividade dos direitos de ação e petição, de

⁶¹⁹ O inquérito administrativo ainda não foi arquivado, havendo ainda a possibilidade de avocação do inquérito pelo Tribunal Administrativo, nos termos do artigo 67 da Lei nº 12.529/2011.

modo que estes poderiam vir a ser restringidos em caso de colisão com o princípio da livre concorrência, de maneira que os referidos direitos fundamentais não estariam imunes à análise do SBDC. Essa conclusão vai ao encontro do posicionamento adotado no presente trabalho, muito embora – deve-se destacar –, não se entende, aqui, que caberá ao SBDC proceder ao sopesamento de princípios, porquanto as soluções para a referida colisão já se encontram consubstanciadas em regras, quais sejam, o Código Civil, o Código de Processo Civil e a Lei nº 12.529/2011.

5.5.15. Síntese e crítica do posicionamento atual das autoridades brasileiras de defesa da concorrência

Os poucos casos analisados aqui foram os únicos inquéritos administrativos, processos administrativos e averiguações preliminares envolvendo a prática de *sham litigation lato sensu* analisados pelas autoridades brasileiras de defesa da concorrência em suas notas técnicas, acórdãos, e relatórios anuais de gestão, ou encontrados na pesquisa efetuada para este trabalho⁶²⁰.

De qualquer forma, em síntese, embora em algumas poucas vezes tenha havido algumas ponderações sobre o abuso do direito de ação ou de petição, a verificação da caracterização da *sham litigation lato sensu* no Brasil vem se dando, sobretudo, dentro dos restritos parâmetros desenvolvidos pela Suprema Corte norte-americana, com a aplicação do Teste PRE. Assim, caso o representado (i) tenha movido uma ação sem qualquer fundamento, de maneira que não tenha qualquer esperança de sucesso, e (ii) referida ação mascare um objetivo anticoncorrencial, o CADE pode vir a condená-lo por infração contra a ordem econômica, se esse representado detiver poder de mercado e sua conduta visar aos efeitos listados nos incisos do *caput* do artigo 36 da Lei nº 12.529/2011.

De fato, na única condenação por *sham litigation lato sensu* no Brasil, o Caso Shop Tour, o Relator chegou a fazer remissão às disposições sobre litigância de má-fé constantes no Código de Processo Civil, de modo que poderia ter configurado a infração anticoncorrencial com base somente nesse ponto, mas preferiu fazer também referência ao requisito da *objective baseless claim*, do Teste PRE norte-americano.

⁶²⁰ Não se exclui, contudo, que haja outros processos em curso, que ainda não vieram a público.

É preciso acompanhar o desenrolar dos Casos Saint Gobain e Bann, ainda sob análise do CADE, e verificar se haverá um aprofundamento da discussão sobre o abuso do direito de ação e do direito de petição como infração anticoncorrencial, como começou a se analisar no Caso Shop Tour, ou se se decidirá, definitivamente, pela mera importação e utilização do Teste PRE, com todos os problemas de requisitos de difícil configuração já apontados neste trabalho e, principalmente, sua incompatibilidade com o direito brasileiro.

Afinal, como já se teve a oportunidade de exaustivamente analisar no presente trabalho, a aplicação dos critérios do Teste PRE carece de fundamentação legal no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que procede a uma ampliação do rol de exigências para a configuração do ilícito concorrencial para além dos limites do artigo 36 da Lei nº 12.529/2011 e mesmo do artigo 173, § 4º, da Constituição Federal, extrapolando as exigências do ordenamento jurídico pátrio para a configuração do ilícito antitruste, o que pode resultar em restrições ilegítimas aos princípios da livre iniciativa e livre concorrência.

Ao mesmo tempo, nota-se que já existe, no CADE, o gérmen da discussão sobre a possibilidade de o abuso do direito de ação e de petição configurar infração anticoncorrencial, nos termos do *caput* do artigo 36 da Lei nº 12.529/2011. O eventual aprofundamento dessa questão, como já se pôde demonstrar, tem a vantagem de caracterizar como infração anticoncorrencial práticas semelhantes às aquelas que seriam consideradas *sham litigation* sob a aplicação do Teste PRE, mas também outras que, embora não possam ser consideradas *sham* com base nos precedentes da Suprema Corte norte-americana, também consistem no uso de procedimentos estatais como meio de atingir finalidade anticoncorrencial. Essa caracterização dar-se-ia, conforme largamente demonstrado, de forma harmônica com as peculiaridades do ordenamento jurídico brasileiro.

Por essa razão, as decisões a serem tomadas pelo Plenário do CADE nos próximos casos que envolvam a prática de *sham litigation lato sensu* tendem a ser determinantes para a aplicabilidade do instituto no Brasil de forma consentânea com o ordenamento jurídico pátrio.

CONCLUSÕES

1. A utilização de procedimentos governamentais, tanto judiciais quanto administrativos, representa uma ameaça cada vez mais relevante à concorrência. Como as autoridades antitruste e a doutrina brasileiras estão apenas começando a reconhecer a existência do problema, os critérios para sua configuração ainda não se encontram totalmente formulados.
2. A referida utilização, nos Estados Unidos da América, foi entendida, no âmbito da jurisprudência da Suprema Corte como *sham litigation*. Essa construção inspirou a caracterização de ilícitos anticoncorrenciais assemelhados em outras jurisdições, implicando a difusão da expressão “*sham litigation*”, ainda que, por vezes, desprovida de rigor científico. A expressão “*sham litigation*”, em sua acepção genérica, ou *sham litigation lato sensu*, refere-se, assim, não apenas à *sham litigation* conforme compreendida pela jurisprudência norte-americana, mas também a construções assemelhadas, desenvolvidas no âmbito de ordenamentos jurídicos diversos do norte-americano – em oposição à *sham litigation stricto sensu*, esta, sim, relativa ao instituo conforme concebido no âmbito do ordenamento norte-americano.
3. Como indicam os precedentes da Suprema Corte norte-americana, o prejuízo ao concorrente e à concorrência, causado por meio da utilização de procedimentos judiciais e administrativos, se dá essencialmente pela geração de custos para defesa em uma demanda ou procedimento sem fundamento, e/ou de atraso ou impedimento do concorrente à entrada no mercado relevante.
4. Nos Estados Unidos da América, a *sham litigation* constitui uma exceção à doutrina Noerr-Pennington, que estabelece a imunidade antitruste do direito constitucional de petição. Referida exceção estabelece ser inexistente o direito de petição se a própria petição for uma fraude – “*sham*” – ou seja, se a petição não tiver por objetivo conseguir do Estado uma resposta favorável, mas, sim, somente atraparalhar, intimidar ou suprimir um concorrente.

5. Os critérios objetivos para a caracterização da *sham litigation* e, conseqüentemente, para a não aplicação da doutrina Noerr-Pennington foram estabelecidos pela Suprema Corte no caso *Professional Real Estate Investors, Inc. v. Columbia Pictures Industries, Inc. et al.*, no âmbito do qual se desenvolveu o chamado Teste PRE, que requer a existência de dois requisitos para a configuração da *sham litigation*: (i) a ação ou petição não deve objetivamente ter fundamentos, de maneira que nenhum litigante razoável possa esperar sucesso em seu mérito; e, demonstrada a ausência de fundamentos, e (ii) a motivação subjetiva do litigante deve permitir verificar se a ação ou petição camufla uma tentativa de interferir diretamente nas relações negociais de um concorrente.
6. A título de contraponto, vale mencionar que semelhante utilização de procedimentos governamentais também é punível na União Europeia, com base no artigo 102º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, que estabelece ser “incompatível com o mercado comum e proibido, na medida em que tal seja susceptível de afectar o comércio entre os Estados-membros, o facto de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado comum ou numa parte substancial deste”.
7. A Comissão Europeia estabeleceu, no Caso Belgacom, que, para ser considerada um abuso de posição dominante, e, conseqüentemente, uma infração anticoncorrencial, a ação judicial deve (i) não ser razoavelmente considerada como destinada a invocar os direitos ali sustentados, servindo apenas para perseguir a parte contrária, e (ii) ser concebida no âmbito de um plano que tenciona eliminar a concorrência.
8. Não se deve, porém, proceder à importação automática do instituto da “*sham litigation*” para o Brasil. Como cada ordenamento jurídico tem suas próprias peculiaridades, a aplicação desse instituto no País, sem maiores cautelas, é cientificamente inadequada, além de poder ser desastrosa em decorrência de sua incompatibilidade com a estrutura do ordenamento jurídico pátrio, de modo a, até mesmo, poder ensejar a violação dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal.

9. Para evitar tais problemas, faz-se necessário buscar soluções harmoniosas com o ordenamento jurídico nacional. Dessa forma, entende-se que, ao exercer seu direito de ação e/ou de petição de forma abusiva, tencionando usar desse procedimento como *meio* – independentemente de seu *resultado* – para prejudicar o concorrente, o agente pode estar cometendo a infração à concorrência que aqui será abordada como “abuso do direito de ação e/ou petição com efeitos anticoncorrenciais”, cuja delimitação corresponde ao objetivo do presente trabalho.
10. De forma a configurar o ilícito anticoncorrencial objeto deste trabalho, deve-se partir da análise do instituto do abuso de direito, que não é um instituto exclusivamente de direito civil, pois sua formulação teórica e doutrinária classifica-o na teoria geral do direito, embora seja tradicionalmente estudado em sua forma privada, pelo direito civil. A teoria do abuso de direito objetiva equilibrar os diversos interesses em luta, na sociedade, e apreciar os motivos que legitimam o exercício dos direitos, de maneira a reputar como antissociais todos os atos que, embora praticados em aparente consonância com a lei, não se harmonizam com ela.
11. Historicamente, o instituto do abuso de direito está ligado intimamente ao conceito de direito subjetivo, uma vez que o primeiro pode se caracterizar, em sua definição mais tradicional, justamente pelo exercício irregular do segundo, excedendo seus limites. A relatividade dos direitos subjetivos, portanto, é reconhecida como uma característica inerente desses direitos.
12. A sistematização do abuso de direito foi realizada principalmente por três grupos de teorias: (i) as teorias subjetivas, também chamadas de psicológicas; (ii) as teorias objetivas, também chamadas de finalistas; e (iii) as teorias mistas ou ecléticas. Tais teorias se diferenciam pela importância concedida ao elemento subjetivo – dolo ou culpa – para a configuração do ato abusivo.
13. Para as finalidades do presente trabalho, é de especial importância a análise do estudo de MENEZES CORDEIRO⁶²¹, que conceituou o abuso de direito de forma a escapar das definições tradicionais das teorias subjetivistas, objetivistas, ou mesmo

⁶²¹ *Litigância de má-fé, abuso do direito de ação e culpa in agendo*, 2ª ed., Coimbra, Almedina, 2011, p. 113-115.

mistas, ampliando o escopo do instituto para além do exercício abusivo de direitos subjetivos. Na esteira desse autor, pode-se concluir que o abuso de direito representa efetivas limitações ao exercício de posições jurídico-subjetivas, limitações essas que (i) são determináveis apenas *in concreto*, (ii) correspondem a exigências globais que se projetam ou podem se projetar em exercícios precisos, (iii) regulam-se em função de princípios gerais como tutela da confiança e primazia da materialidade subjacente, e (iv) equivalem a uma regra de conduta segundo a boa-fé. Em síntese, o abuso de direito consiste no desrespeito às exigências periféricas do sistema que se projetam no interior dos direitos subjetivos.

14. Os requisitos para a caracterização de um ato abusivo, pelo artigo 187 do Código Civil Brasileiro de 2002, podem ser assim sintetizados: (i) deve haver o exercício de um direito (ii) por um agente titular desse direito, (iii) de maneira a exceder os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes (iv) de forma manifesta. Os conceitos de “finalidade econômica e social”, “boa-fé” e “bons costumes” são bastante abertos e elásticos, de modo que essa característica auxilia o julgador na identificação de um ato abusivo. A expressão “manifestamente”, por outro lado, é tida como despicienda para a configuração do abuso de direito, na medida em que o contrário de “manifestamente” é “ocultamente” ou “implicitamente” – e não há como se defender que, de forma oculta, seja permitido atentar contra a boa-fé, os bons costumes, ou a finalidade econômica e social de um direito.
15. O tema do abuso do direito praticado no âmbito judicial e administrativo tangencia os direitos fundamentais de ação e de petição, os quais estão expressamente reconhecidos na Constituição Federal. A possibilidade de restrição dos referidos direitos constitucionais tem por premissa que (i) os direitos fundamentais têm um conteúdo essencial, que deve ser respeitado pelo legislador ordinário; (ii) as teorias relativistas, preferíveis às absolutas, estabelecem que a definição desse conteúdo essencial implica a consideração casuística das condições fáticas e das colisões entre conflitos e interesses; (iii) a teoria externa, preferível à interna, defende a ideia de que, de um lado, há o direito em si, e de outro, suas restrições, e que a relação entre um (o direito) e outra (a restrição) é estabelecida pela necessidade de compatibilização entre os direitos individuais e os bens coletivos; (iv) os direitos

fundamentais são princípios, e estes devem ser entendidos como posições *prima facie*, de modo que a eventual restrição atinge a proteção *prima facie* decorrente de norma de direito fundamental, mas não o conteúdo essencial desse direito; e (v) a restrição a direitos fundamentais se dá por meio de regras, as quais usualmente são encontradas na legislação infraconstitucional, e que proíbem alguma conduta que é *prima facie* permitida por algum direito fundamental, ou autorizam alguma ação estatal cujo efeito restringe a proteção garantida *prima facie* por um direito fundamental.

16. Tanto o direito de ação quanto o direito de petição podem ser considerados direitos fundamentais. O direito de ação, previsto no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, é exercido judicialmente, não se limitando ao direito de pedir a resolução do mérito, uma vez que inclui também o direito de participar adequadamente do processo, por meio da apresentação de alegações e de produção de provas, de maneira a influir sobre o convencimento do juiz. Por sua vez, o direito de petição, previsto no artigo 5º, XXXIV, da Constituição Federal, constitui instrumento de defesa não jurisdicional por meio do qual qualquer pessoa pode se dirigir a quaisquer autoridades públicas apresentando petições, representações ou reclamações destinadas à defesa dos seus direitos, da constituição, das leis ou do interesse geral.
17. O abuso do direito de ação é tradicionalmente abordado pela doutrina processualista como abuso do direito processual, ou abuso do processo, o qual pode ser considerado um gênero do qual a litigância de má-fé é espécie. A litigância de má-fé ocorre nas hipóteses legais de abuso do processo previstas no artigo 17 do Código de Processo Civil, o que permite afirmar que todas as hipóteses de litigância de má-fé consistem em abuso do processo, mas nem todas as hipóteses de abuso do processo podem ser consideradas litigância de má-fé.
18. As definições traçadas pelo Código Civil de 2002 para caracterização do abuso de direito devem ser aplicadas para a configuração do abuso do processo, uma vez que o abuso do processo se apresenta como uma de suas manifestações. Assim, estando presentes (i) o exercício de um direito, (ii) no âmbito de um processo judicial, (iii) por um agente titular desse direito, (iv) de maneira a exceder os limites impostos

pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes – ou seja, havendo o desvio de finalidade –, estar-se-á diante de um abuso do processo.

19. O direito de petição é exercido não jurisdicionalmente, e por isso ocorre na relação entre o administrado e os órgãos da Administração Pública, regendo-se principalmente por regras de direito administrativo. De qualquer forma, não se pode excluir a aplicabilidade da teoria do abuso de direito ao processo administrativo e à interface com a Administração Pública Direta e Indireta, ainda mais a se considerar que os deveres previstos no artigo 4º da Lei nº 9.784/99 decorrem também dos princípios da boa-fé e da lealdade processual. Nesse sentido, tem-se que o abuso do direito de petição se verifica quando presentes (i) o exercício de um direito, (ii) pelo administrado, (iii) na interface com a Administração Pública Direta e Indireta, (iv) com desvio de finalidade, verificado com a infringência dos limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes, representados pelos deveres de veracidade, lealdade, urbanidade, entre outros, previstos no artigo 4º da Lei nº 9.784/99.
20. No ordenamento jurídico brasileiro, uma prática somente pode ser considerada uma infração à ordem econômica caso produza ou possa produzir, independentemente de culpa, os efeitos consistentes nos incisos do *caput* do artigo 36 da Lei nº 12.529/2011: (i) limitação, falseamento ou qualquer prejuízo à livre concorrência ou à livre iniciativa; (ii) dominação de mercado relevante de bens ou serviços; e/ou (iii) exercício abusivo de posição dominante. O “aumento arbitrário de lucros”, previsto no inciso III do citado artigo consiste em mera hipótese particular de abuso de posição dominante. Ainda no que se refere à configuração da infração à ordem econômica, não é necessária a existência de posição dominante, embora o agente deva deter poder econômico a fim de que possa ser punido por prática anticoncorrencial.
21. A prática de *sham litigation*, na configuração criada e aplicada pelos órgãos administrativos e judiciais dos Estados Unidos da América, é comparável ao abuso do direito de ação e de petição – já consagrado no ordenamento jurídico brasileiro – com efeitos anticoncorrenciais. Tem-se, portanto, que, tanto o instituto norte-americano da *sham litigation* (*sham litigation stricto sensu*) quanto o abuso do

direito de ação e de petição com efeitos anticoncorrenciais constituem modalidades de *sham litigation lato sensu*.

22. O CADE já fez uso dos requisitos utilizados pela Suprema Corte norte-americana para configuração de infração anticoncorrencial semelhante à *sham litigation stricto sensu*. Nessa hipótese, seria necessário que (i) a ação ou petição sob análise fosse completamente carecedora de fundamento, de maneira que nenhum litigante razoável pudesse esperar sucesso no mérito de seu pedido; e que (ii) referida ação ou petição consistisse em mero artifício para alcançar efeito anticoncorrencial. Presentes ambos os requisitos desenvolvidos pela jurisprudência norte-americana para a caracterização da *sham litigation stricto sensu*, cumpriria verificar os efeitos anticoncorrenciais produzidos ou passíveis de serem produzidos pelo processo (judicial ou administrativo). Verificados tais efeitos, estar-se-ia diante de uma infração à ordem econômica, que poderia ser investigada e punida pelo CADE.
23. Embora se reconheça o mérito no estabelecimento de critérios claros para a caracterização de uma infração à ordem econômica como a “*sham litigation*”, a adoção dos critérios desenvolvidos pela Suprema Corte norte-americana – Teste PRE – carece de fundamentação legal no ordenamento jurídico brasileiro, pois implica uma ampliação do rol de exigências para a configuração do ilícito concorrencial para além dos limites do artigo 36 da Lei nº 12.529/2011, de modo que sua aplicação pode implicar, até mesmo, uma restrição injustificada dos princípios da livre iniciativa e livre concorrência. Ademais, os critérios desenvolvidos pela Suprema Corte para identificação da *sham litigation* acabam restringindo tanto a sua aplicação que esvaziam o alcance do instituto, se transportados para o Brasil sem qualquer temperamento.
24. Propõe-se, aqui, que o abuso do direito de ação e petição, se produzir ou puder produzir os efeitos previstos no *caput* do artigo 36 da Lei nº 12.529/2011, poderá ser considerado uma infração à ordem econômica punível pelo CADE. Essa posição se justifica na medida em que *atos sob qualquer forma manifestados* constituem infração da ordem econômica, desde que produzam, de forma efetiva ou potencial, os efeitos listados no *caput* no artigo 36 da Lei nº 12.529/2011. Com base nesse raciocínio, se o exercício abusivo do direito de ação e/ou petição

produzir ou puder produzir os referidos efeitos, estar-se-á diante de infração à ordem econômica.

25. O ato investigável e punível pelo CADE não seria o exercício *regular* do direito de ação e petição, porquanto isso implicaria restrição injustificada dos direitos fundamentais de ação e de petição. Por outro lado, os institutos do abuso do direito de ação e de petição são restrições legítimas a tais direitos fundamentais, de modo que não atingem o conteúdo essencial desses direitos. Por esse raciocínio, não há como se pretender que a subsunção do abuso de direito de ação e de petição ao *caput* do artigo 36 da Lei nº 12.529/2011 represente restrição ilegítima dos direitos fundamentais de ação e de petição.
26. A abordagem proposta no presente trabalho tem a vantagem de caracterizar como infração anticoncorrencial não só práticas semelhantes às aquelas que seriam consideradas “*sham litigation*” sob a aplicação do Teste PRE, mas também outras que, embora não possam consideradas *sham* com base nos precedentes da Suprema Corte norte-americana, também consistem no abuso de procedimentos estatais como meio de atingir finalidade anticoncorrencial. De qualquer forma, a questão deverá ser objeto de análise caso a caso por parte do CADE, de maneira que o órgão possa verificar a ocorrência ou não do abuso do direito de ação ou petição e a potencial produção, ou não, de efeitos anticoncorrenciais decorrentes da prática, levando em consideração características do caso, tais como a plausibilidade do direito invocado, a veracidade das informações prestadas, a adequação e a razoabilidade dos meios processuais utilizados e a expectativa de sucesso do agente.
27. A análise da jurisprudência do CADE nos casos em que se analisou a prática de *sham litigation lato sensu* mostra que a verificação da caracterização da conduta no Brasil vem adotando os parâmetros desenvolvidos pela Suprema Corte norte-americana, com a aplicação do Teste PRE, o que não encontra respaldo no ordenamento jurídico brasileiro. Ao mesmo tempo, já existe, no CADE, o gérmen da discussão sobre a possibilidade de o abuso do direito de ação e de petição configurar infração anticoncorrencial, nos termos do *caput* do artigo 36 da Lei nº 12.529/2011. Por essa razão, as decisões a serem tomadas pelo Plenário do CADE

nos próximos casos que envolvam a prática de *sham litigation lato sensu* tendem a ser determinantes para a aplicabilidade do instituto no Brasil de forma consentânea com o ordenamento jurídico pátrio.

BIBLIOGRAFIA

AMERICAN BAR ASSOCIATION, *Antitrust Law Developments*, 6ª ed., Chicago, ABA Publishing, 2007.

ABDO, Helena Najjar, *O Abuso do Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007.

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, *Do abuso do direito - Ensaio de um critério em direito civil e nas deliberações sociais*, Porto, Almedina, 1999.

ALBUQUERQUE, Leedsônia Campos Ranieri de, *O Abuso do Direito no Processo de Conhecimento*, São Paulo, LTr, 2002.

ALEMANHA, *Bürgerliches Gesetzbuch*, disponível [on-line] in <http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/index.html> [19-12-2013].

ALEXY, Robert, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, trad. port. de Virgílio Afonso da Silva, 2ª ed., São Paulo, Malheiros, 2012.

ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli de, *Abuso do Direito e Concorrência Desleal*, São Paulo, Quartier Latin, 2004.

AMERICANO, Jorge, *Do abuso do direito no exercício da demanda*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1932.

ASCARELLI, Tullio, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali - istituzioni di diritto industriale*, 3ª ed., Milano, Giuffrè, 1960.

ASSIS, Karoline Marchiori de, *Segurança jurídica dos benefícios fiscais*, Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e Rechtswissenschaftliche Fakultät der Westfälische Wilhelms-Universität Münster, São Paulo, 2013, 560 f.

ÁUSTRIA, *Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch*, disponível [on-line] in <http://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10001622> [8-1-2014].

BALMER, Thomas A., *Sham Litigation and the Antitrust Laws*, in *Buffalo Law Review*, v. 39, 1980, pp. 39-71.

BAPTISTA, Luiz Olavo, *Origens do Direito da Concorrência*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 91, São Paulo, 1996, p. 3-26.

BEVILÁQUA, Clóvis, *Código Civil dos Estados Unidos do Brazil Commentado*, v. 1, Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1916.

BORK, Robert H., *The Antitrust Paradox - a policy at war with itself*, New York, The Free Press, 1993.

BOULOS, Daniel M., *Abuso do Direito no novo Código Civil*, São Paulo, Método, 2006.

BRASIL, Câmara dos Deputados, Projeto de Lei nº 8.046/2010, Código de Processo Civil, disponível [on-line] in http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=170C304581123623FFC746F5AA027100.node1?codteor=831805&filename=PL+8046/2010 [3-1-2014].

BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Averiguação Preliminar nº 08012.001397/2008-95, Representante: Grupo Gemini, Representada: Companhia Paulista de Gás S/A - COMGAS, julgada em 26-9-2012, disponível [on-line] in <http://www.cade.gov.br> [29-11-2013].

BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Averiguação Preliminar nº 08012.001952/2008-89, Representante: Dry Color Especialidades Químicas Ltda., Representada: Colormatrix América do Sul Ltda., julgada em 20-1-2010, disponível [on-line] in <http://www.cade.gov.br> [29-11-2013].

BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Averiguação Preliminar nº

08012.002673/2007-51, Representante: Associação Nacional dos Fabricantes de Autopeças - ANFAPE, Representadas: Volkswagen do Brasil Indústria de Veículos Automotivos Ltda., Fiat Automóveis S/A, Ford Motor Company Brasil Ltda., julgada em 15-12-2010, disponível [on-line] in <http://www.cade.gov.br> [29-11-2013].

BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Averiguação Preliminar nº 08012.005335/2002-67, Representantes: Editora Nova Atenas Ltda. e Ponto da Arte Editora Ltda., Representada: Ediouro Publicações S/A, julgada em 18-4-2007, disponível [on-line] in <http://www.cade.gov.br> [15-11-2013].

BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Averiguação Preliminar nº 08012.005727/2006-50, Representante: Ministério Público Federal do Estado de Minas Gerais, Representada: Alcoa Alumínio S.A., julgada em 28-4-2010, disponível [on-line] in <http://www.cade.gov.br> [29-11-2013].

BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Averiguação Preliminar nº 08012.006076/2003-72, Representante: Acumuladores Moura S/A, Representadas: Enersystem do Brasil Ltda., Optus Indústria e Comércio Ltda., Newpower Sistemas de Energia Ltda., Nife Baterias Industriais Ltda. e Eaton Power Quality Indústria Ltda., julgada em 5-9-2007, disponível [on-line] in <http://www.cade.gov.br> [15-11-2013].

BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Averiguação Preliminar nº 08012.013624/2007-44, Representante: Associação Brasileira das Indústrias de Medicamentos Genéricos - Pró Genéricos, Representada: Sanofi-Aventis Farmacêutica Ltda., julgada em 31-10-2012, disponível [on-line] in <http://www.cade.gov.br> [29-11-2013].

BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Inquérito Administrativo nº 08700.005241/2013-92, Representante: Vigor Alimentos S.A., Representadas: Kellogg Brasil Ltda. e Danone Ltda., pendente de julgamento, disponível [on-line] in <http://200.198.193.169/SiCADEEExternoPesquisaProcessosPublicos.html> [5-1-2014].

BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Processo Administrativo nº 08012.004283/2000-40, Representante: Comissão de Defesa do Consumidor da Câmara

dos Deputados, Representadas: Box 3 Vídeo e Publicidade e Léo Produções e Publicidade, julgado em 15-12-2010, , disponível [on-line] in <http://www.cade.gov.br> [29-11-2013].

BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Processo Administrativo nº 08012.004484/2005-51, Representante: SEVA Engenharia Eletrônica S.A., Representada: Siemens VDO Automotive Ltda., julgado em 18-8-2010, disponível [on-line] in <http://www.cade.gov.br> [29-11-2013].

BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Processo Administrativo nº 08012.004572/2007-15, Representantes: Comissão de Defesa do Consumidor da Câmara dos Deputados e Amitech Brasil Tubos Ltda., Representada: Saint Gobain Canalização Ltda, pendente de julgamento, disponível [on-line] in <http://www.cade.gov.br> [29-11-2013].

BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Processo Administrativo nº 08012.005610/2000-81, Representante: Viação Oliveira Torres Ltda., Representada: Empresa Valadarense de Transportes Coletivos Ltda., julgado em 27-7-2011, disponível [on-line] in <http://www.cade.gov.br> [29-11-2013].

BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Processo Administrativo nº 08012.007189/2008-08, Representante: Bann Química Ltda., Representadas: Dystar Textilfarben GmbH e Dystar Indústria e Comércio de Produtos Químicos Ltda., pendente de julgamento, disponível [on-line] in <http://www.cade.gov.br> [29-11-2013].

BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Processo Administrativo nº 08000.024581/1994-77, Representante: Secretaria de Direito Econômico, *ex officio*, Representados: Rede Gasol, Rede Igrejinha e Sindicato do Comércio Varejista de Derivados de Combustíveis e Lubrificantes do Distrito Federal -SINPETRO/DF, julgado em 3-3-2004, disponível [on-line] in <http://www.cade.gov.br> [12-12-2013].

BRASIL, Conselho da Justiça Federal, *V Jornada de Direito Civil*, disponível [on-line] in <http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/jornadas-cej/v-jornada-direito-civil/VJornadadireitocivil2012.pdf> [20-12-2013].

BRASIL, Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934, disponível [on-line] in http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao34.htm [11-12-2013].

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1967, disponível [on-line] in http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao67.htm [11-12-2013].

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, disponível [on-line] in http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm [11-12-2013].

BRASIL, Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937, disponível [on-line] in http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao37.htm [11-12-2013].

BRASIL, Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946, disponível [on-line] in http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao46.htm [11-12-2013].

BRASIL, Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939, Código de Processo Civil, disponível [on-line] in http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.htm [27-12-2013].

BRASIL, Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, disponível [on-line] in http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm [19-12-2013].

BRASIL, Decreto-Lei nº 7.666, de 22 de junho de 1945, Dispõe sobre os atos contrários à ordem moral e econômica, disponível [on-line] in http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del7666.htm [11-12-2013].

BRASIL, Decreto-Lei nº 869, de 18 de novembro de 1938, Define os crimes contra a economia popular, sua guarda e seu emprego, disponível [on-line] in

http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=869&tipo_norma=DEL&data=19381118&link=s [11-12-2013].

BRASIL, Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967, disponível [on-line] in http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emc_anterior1988/emc01-69.htm [19-12-2013]

BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, Institui o Código Civil, disponível [on-line] in http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm [19-12-2013].

BRASIL, Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências, disponível [on-line] in http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/L12529.htm [11-12-2013].

BRASIL, Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916, Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, disponível [on-line] in http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm [19-12-2013].

BRASIL, Lei nº 4.137/62, Regula a repressão ao abuso do Poder Econômico, disponível [on-line] in http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4137impressao.htm [11-12-2013].

BRASIL, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Institui o Código de Processo Civil, disponível [on-line] in http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm [18-12-2013].

BRASIL, Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (vetado) e dá outras providências, disponível [on-line] in http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347Compilada.htm [18-12-2013]

BRASIL, Lei nº 8.158, de 8 de janeiro de 1991, Institui normas para a defesa da concorrência e dá outras providências, disponível [on-line] in http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8158.htm [11-12-2013].

BRASIL, Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências, disponível [on-line] in http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8884.htm [11-12-2013].

BRASIL, Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996, Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial, disponível [on-line] in http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9279.htm [17-12-2013].

BRASIL, Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, disponível [on-line] in http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm [13-12-2013].

BRASIL, Secretaria de Direito Econômico, *Relatório de Gestão SDE - Exercício 2007*, disponível [on-line] in <http://portal.mj.gov.br/main.asp?Team=%7B51A08827-4F0E-4A4E-8D62-A1FAEFA848CB%7D> [14-1-2014].

BRASIL, Secretaria de Direito Econômico, *Relatório de Gestão SDE - Exercício 2009*, disponível [on-line] in <http://portal.mj.gov.br/main.asp?Team=%7B51A08827-4F0E-4A4E-8D62-A1FAEFA848CB%7D> [14-1-2014].

BRUNA, Sergio Varella, *O Poder Econômico e a Conceituação do Abuso em seu Exercício*, 1ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997.

BUENO, Júlio César, *Contribuição ao estudo do contempt of court e seus reflexos no processo civil brasileiro*, Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2001, 316 f.

CALCINI, Fábio Pallaretti, *Abuso do direito e o Novo Código Civil*, in Revista dos Tribunais, ano 93, v. 830, dez./2004, p. 27-45.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., Coimbra, Almedina, 2011.

CARRANZA, Jorge A., *El abuso del derecho en la reforma del Código Civil*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1970.

CARVALHO, Vinícius Marques de, e CASTRO, Ricardo Medeiros de, *Políticas públicas regulatórias e de defesa da concorrência: qual espaço de cooperação?*, in Revista de Direito Público da Economia, n. 28, ano 7, Belo Horizonte, out./dez. 2009, p. 145-175.

CARVALHO, Vinícius Marques de, *Primeiro ano da nova lei de Defesa da Concorrência - Balanço e perspectivas*, in FARINA, Laércio, *A nova lei do CADE: o 1º ano na visão das autoridades*, Ribeirão Preto, Migalhas, 2013, p. 13-19.

CARVALHO FILHO, José dos Santos, *Processo Administrativo Federal (Comentários à Lei nº 9.784, de 29/1/1999)*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2001.

CASADO, Márcio Mello, *A cláusula geral da vedação ao abuso de direito e sua aplicação ao processo civil*, in Revista de Processo, v. 209, ano 37, jul./2012, p. 293-322.

CASTELLO BRANCO, Elcir, *Abuso*, in LIMONGI FRANÇA, Rubens (coord.), *Enciclopédia Saraiva do Direito*, v. 2, São Paulo, Saraiva, 1977, p. 21-31.

CASTRO FILHO, José Olímpio de, *Abuso do direito no processo civil*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1960.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, e DINAMARCO, Cândido Rangel, *Teoria Geral do Processo*, 19ª ed., São Paulo, Malheiros, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder, *Concorrência desleal*, in Revista dos Tribunais, v. 375, ano 56, jan./1967, p. 29-35.

COMUNIDADE EUROPEIA, Acordo sobre o Espaço Económico Europeu, disponível [on-line] in [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:21994A0103\(01\):PT:](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:21994A0103(01):PT:)

HTML [10-12-2013].

CONDORELLI, Epifanio J. L., *El abuso del derecho*, La Plata, Platense, 1971.

CORDOVIL, Leonor, *et al.*, *Nova lei de defesa da concorrência comentada - Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011.

CORRÊA, Alexandre Augusto de Castro, *Abuso de direito (direito romano)*, in LIMONGI FRANÇA, Rubens (coord.), *Enciclopédia Saraiva do Direito*, v. 2, São Paulo, Saraiva, 1977, p. 48-58.

CRUZ, Tatiana Lins, *Defesa da Concorrência: aspectos fundamentais e discussões atuais*, in Revista do IBRAC, v. 8, n. 2, 2001, p. 161-175.

CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto, *Abuso do direito*, Lisboa, Centro de Estudos do Ministério das Finanças, 1973.

DAVIS, Daniel J., *The Fraud Exception to the Noerr-Pennington Doctrine in Judicial and Administrative Proceedings*, in The University of Chicago Law Review, v. 69, n. 1, 2002, pp. 325-350.

DE VINCENZI, Brunela Vieira, *A Boa-Fé no Processo Civil*, São Paulo, Atlas, 2003.

DINAMARCO, Cândido Rangel, *Instituições de Direito Processual Civil*, v. II, 6ª ed., São Paulo, Malheiros, 2009.

ERPEN, Jeferson Antonio, *O abuso do direito no exercício da ação e a livre concorrência*, in Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, n. 22, mar.-abr./2003, p. 121-124.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, *Bill of Rights*, disponível [on-line] in http://www.archives.gov/exhibits/charters/bill_of_rights_transcript.html [30-11-2013].

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, *Constitution of the United States*, disponível [on-line] in http://www.archives.gov/exhibits/charters/constitution_transcript.html [30-11-2013].

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, *Declaration of Independence*, disponível [on-line] in http://www.archives.gov/exhibits/charters/declaration_transcript.html [30-11-2013].

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, *Sherman Act*, disponível [on-line] in <http://uscode.house.gov/browse/prelim@title15/chapter1&edition=prelim> [5-12-2013].

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Suprema Corte, 486 U.S. 492, *Allied Tube v. Indian Head, Inc.*, julgado em 13-6-1988, disponível [on-line] in <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/486/492/case.html> [15-11-2013].

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Suprema Corte, 404 U.S. 508, *California Motor Transp. Co. v. Trucking Unlimited*, julgado em 13-1-1972, disponível [on-line] in <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/404/508/case.html> [15-11-2013].

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Suprema Corte, 499 U.S. 365, *City of Columbia v. Omni Outdoor Advertising, Inc.*, julgado em 1-4-1991, disponível [on-line] em <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/499/365/case.html> [15-11-2013].

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Suprema Corte, *Continental Ore Co. v. Union Carbide & Carbon Corp.* (370 U. S. 690, disponível [on-line] in <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/370/690/case.html> [15-11-2013].

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Suprema Corte, 365 U.S. 127, *Eastern R. Conference v. Noerr Motors*, julgado em 20-2-1961, disponível [on-line] in <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/365/127/case.html> [15-11-2013].

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Suprema Corte, 493 U.S. 411, *Federal Trade Commission v. Superior Court Trial Lawyers Association*, julgado em 22-1-1990, disponível [on-line] in <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/493/411/case.html> [15-11-2013].

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Suprema Corte, 410 U.S. 366, *Otter Tail Power Co. v. United States*, julgado em 22-2-1973, disponível [on-line] in <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/410/366/case.html> [15-11-2013].

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Suprema Corte, 508 U.S. 49, *Professional Real Estate Investors, Inc. v. Columbia Pictures Industries, Inc. et al.*, julgado em 3-5-1993, disponível [on-line] in <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/508/49/case.html> [15-11-2013].

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Suprema Corte, 221 U.S. 1, *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States*, julgado em 15-5-1911, disponível [on-line] in <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/221/1/case.html> [6-12-2013].

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Suprema Corte, 381 U.S. 657, *United Mine Workers v. Pennington*, julgado em 7-6-1965, disponível [on-line] in <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/381/657/case.html> [15-11-2013].

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Suprema Corte, 382 U.S. 172, *Walker Process Eqpt., Inc. v. Food Machinery Corp.*, julgado em 6-12-1965, disponível [on-line] in <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/382/172/case.html> [15-11-2013].

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Tribunal de Recursos da Nona Circunscrição, 339 F.2d 564, Apelante: *Hylton Harman, Trustee of the Coffeyville Loan and Investment Company, Inc.*, Apelados: *the Valley National Bank of Arizona et al.*, julgado em 17-12-1964, disponível [on-line] in <http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/339/564/5192/> [15-11-2013].

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Tribunal de Recursos da Sétima Circunscrição, 814 F.2d 358, Apelante: *Premier Electrical Construction Co.*, Apelados: *National Electrical Contractors Association, Inc., et al.*, julgado em 23-4-1987, disponível [on-line] in <http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/814/358/335863/> [2-12-2013].

ESTEVEES, Carolina Bonadiman, *Abuso do direito e abuso do processo: existem recursos manifestamente protelatórios?*, in MAZZEI, Rodrigo (coord.), *Questões Processuais do Novo Código Civil*, Barueri, Manole, 2006, p. 89-130.

FARIA, Werter R., *As Infrações contra a Concorrência*, in Arquivos do Ministério da Justiça, v. 49, n. 187, Brasília, jan./jun., 1996, p. 101-111.

FEDERAL TRADE COMMISSION, *Enforcement Perspectives on the Noerr-Pennington Doctrine*, 2006, disponível [on-line] in <http://www.ftc.gov/reports/P013518enfperspectNoerr-Penningtondoctrine.pdf> [18-07-2010].

FERNANDES, Débora Chaves Martines, *Controle judicial da representatividade adequada das associações civis*, Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, 264 f.

FERRAZ, Sérgio, e DALLARI, Adilson Abreu, *Processo Administrativo*, 3ª ed., São Paulo, Malheiros, 2012.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio, *Lei de Defesa da Concorrência, Origem Histórica e Base Constitucional*, in Arquivos do Ministério da Justiça, v. 45, n. 180, Brasília, jul.-dez./1992. p. 175-185.

FERREIRA, Keila Pacheco, *Abuso do direito nas relações obrigacionais*, Belo Horizonte, Del Rey, 2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *Direitos humanos fundamentais*, 5ª ed., São Paulo, Saraiva, 2002.

FORGIONI, Paula A., *Os Fundamentos do Antitruste*, 6ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013.

FRANÇA, *Code civil*, disponível [on-line] in <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT0000006070721> [19-12-2013].

FRANÇA, *Ordonnance de Villers-Cotterêts*, disponível [on-line] in <http://www.assemblee-nationale.fr/histoire/villers-cotterets.asp> [20.12.2013].

FRANCESCHINI, José I. G., e PEREIRA, Edgard A., *As Eficiências Econômicas sob o Prisma Jurídico*, in Revista de Direito Econômico n. 23, abr./jun. 1996, Brasília, p. 25-37.

FRAZÃO, Ana, e MENDES, Francisco Schertel, *O controle de condutas após a lei 12.529/11*:

a busca por efetividade e segurança na atividade judicante do CADE, in FARINA, Laércio, *A nova lei do CADE: o 1º ano na visão das autoridades*, Ribeirão Preto, Migalhas, 2013, p. 21-27.

FRONTINI, Paulo Salvador, *Caracterização de Condutas Contrárias à Ordem Econômica - Notas sobre a Nova Lei Antitruste*, in Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, v. 33, n. 96, São Paulo, out./dez. 1994, p. 101-109.

GABAN, Eduardo Molan, e DOMINGUES, Juliana Oliveira, *Direito antitruste*, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Priscila Brólio, *Fixação e Sugestão de Preços de Revenda nos Contratos de Distribuição - análise dos aspectos concorrenciais*, São Paulo, Singular, 2002,

GRAU, Eros Roberto, *A ordem econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e crítica)*, 11ª ed., São Paulo, Malheiros, 2006.

GRINBERG, Mauro, *Aumentos arbitrários de lucros como abusos do poder econômico: interpretação da Constituição e sugestão de alteração*, in Revista de Direito Mercantil, n. 103, jul./set. 1996, p. 51-58.

GRINOVER, Ada Pellegrini, *Ética, abuso do processo e resistência às ordens judiciais: o contempt of court*, in Revista de Processo, ano 26, n. 102, abr./jun. 2001, p. 219-227.

HOVENKAMP, Herbert, *Federal Antitrust Policy - the law of competition and its practice*, 3ª ed., St. Paul, Minnesota, Thomson West, 2005.

HOVENKAMP, Herbert, *The Antitrust Enterprise - Principle and Execution*, Cambridge, Harvard University, 2008.

INGLATERRA, *Bill of Rights*, disponível [on-line] in http://avalon.law.yale.edu/17th_century/england.asp [30-11-2013].

INGLATERRA, *Magna Carta*, disponível [on-line] in <http://avalon.law.yale.edu/medieval/>

[magframe.asp](#) [30-11-2013].

INGLEZ DE SOUZA, Ricardo, *O abuso do direito de petição como infração à ordem econômica (sham litigation)*, in ZANOTTA, Pedro, e BRANCHER, Paulo (org.), *Desafios atuais da regulação econômica e concorrência*, São Paulo, Atlas, 2010, p. 289-312.

IWAKURA, Cristiane Rodrigues, *Da Responsabilidade do Advogado pelo Abuso do Direito no Processo Civil*, in Revista Dialética de Direito Processual, n. 76, jul./2009, p. 14-32.

JOSSERAND, Louis, *De l'esprit des droits et de leur relativité - Théorie dite de l'Abus des Droits*, Paris, Dalloz, 1927.

JOSSERAND, Louis, *Relatividad y abuso de los derechos*, in *Del abuso de los derechos y otros ensayos*, Santa Fe de Bogotá, Temis, 1999, p. 1-27.

KLEIN, Cristopher C., *The economics of sham litigation: theory, cases, and policy*, abr./1989, disponível [on-line] in http://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/reports/economics-sham-litigation-theory-cases-and-policy/232158_0.pdf [12-1-2014].

LAUTENSCHLÄGER, Milton Flávio de Almeida Camargo, *Variações sobre a teoria do abuso do direito no âmbito do Código Civil Brasileiro*, in Revista de Direito Privado, v. 31, São Paulo, jul./2007, p. 191-213.

LEÃO, Adroaldo, *O Litigante de má-fé*, Rio de Janeiro, Forense, 1982.

LEVADA, Cláudio Antônio Soares, *Responsabilidade civil por abuso de direito*, in Revista dos Tribunais, ano 79, v. 661, nov./1990, p. 37-43.

LIMA, Patrícia Carla de Deus, *O abuso do direito de defesa no processo civil: reflexões sobre o tema no direito e na doutrina italiana*, in Revista de Processo, n. 122, ano 30, abr./2005, p. 93-129.

LIMONGI FRANÇA, Rubens, *Abuso de direito*, in LIMONGI FRANÇA, Rubens (coord.), *Enciclopédia Saraiva do Direito*, v. 2, São Paulo, Saraiva, 1977, p. 45-48.

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

MARINONI, Luiz Guilherme, *Comentário ao artigo 5º, XXXV: Direito Fundamental de Ação*, in CANOTILHO, José Joaquim Gomes, et al., *Comentários à Constituição do Brasil*, São Paulo, Saraiva/Almedina, 2013, p. 357-368.

MARQUES, José Frederico, *Instituições de Direito Processual Civil*, v. I, 1ª ed. atualizada, Campinas, Millennium, 2000.

MARQUES, José Frederico, *Instituições de Direito Processual Civil*, v. II, 1ª ed. atualizada, Campinas, Millennium, 2000.

MARTINO, Fernanda Dalla Valle, *A efetividade da doutrina da sham litigation no Brasil*, in Revista do IBRAC, v. 19, ano 18, jan.-jun./2011, p. 457-494.

MARTINS, Leonardo, *Comentário ao artigo 5º, XXXIV*, in CANOTILHO, José Joaquim Gomes, et al., *Comentários à Constituição do Brasil*, São Paulo, Saraiva/Almedina, 2013, p. 351-354.

MARTINS, Pedro Baptista, *O abuso do direito e o ato ilícito*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1997.

MENDES, Gilmar Ferreira, *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de direito constitucional*, São Paulo, Saraiva, 2012.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e, *Da Boa Fé no Direito Civil*, Coimbra, Almedina, 2011.

MENEZES CORDEIRO, António, *Litigância de má-fé, abuso do direito de ação e culpa in agendo*, 2ª ed., Coimbra, Almedina, 2011.

MENEZES CORDEIRO, António, *Tratado de Direito Civil Português - Parte Geral*, t. IV, Coimbra, Almedina, 2005.

MIRAGEM, Bruno, *Abuso do direito: ilicitude objetiva no direito privado brasileiro*, in Revista dos Tribunais, ano 94, v. 842, dez./2005, p. 11-44.

MOREIRA, Egon Bockmann, *Processo Administrativo - Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/99*, São Paulo, Malheiros, 2000.

MORGAN, Thomas D., *Cases and materials on Modern Antitrust Law and its origins*, St. Paul, West Publishing, 1994.

MOTTA, Massimo, *Competition Policy - Theory and Practice*, New York, Cambridge University, 2004.

NASCIMENTO, Ruy Coutinho do, *Quatro momentos do antitruste no Brasil*, in FARINA, Laércio (org.), *A Nova Lei do CADE*, Ribeirão Preto, Migalhas, 2012, p. 187-194.

NEWTON, Adam, *Petition overview*, disponível [on-line] in <http://www.firstamendmentcenter.org/petition-overview> [30-11-2013].

NOHARA, Irene Patrícia, e MARRARA, Thiago, *Processo Administrativo - Lei nº 9.784/99 Comentada*, São Paulo, Atlas, 2009.

OCTAVIANI, Alessandro, *O CADE e a hermenêutica realista: grupo econômico para fins de direito concorrencial, participação minoritária, gestão compartilhada e fundos de investimento (homenagem a Fábio Konder Comparato)*, in FARINA, Laércio, *A nova lei do CADE: o 1º ano na visão das autoridades*, Ribeirão Preto, Migalhas, 2013, p. 29-76.

OLIVEIRA, Ana Lúcia Iucker Meirelles de, *Litigância de má-fé*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000.

OLIVEIRA, Gesner, e RODAS, João Grandino, *Direito e economia da concorrência*, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013.

OTEIZA, Eduardo, *Abuso de los derechos procesales en América Latina*, in Revista de Processo, ano 24, n. 95, jul.-set./1999, p. 152-170.

PASTORE, Ricardo Ferreira, *Advocacia da Concorrência no Brasil*, in ZANOTTA, Pedro, e BRANCHER, Paulo (org.), *Desafios Atuais do Direito da Concorrência*, São Paulo, Singular, 2008, p. 21-48.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos, *Aspectos processuais da defesa da concorrência*, in Revista do Advogado, v. 25. n. 84. São Paulo, dez./2005, p.168-181.

PORTUGAL, Código Civil Português, disponível [on-line] in <http://www.confap.pt/docs/codcivil.PDF> [8-1-2014].

PORTUGAL, Código Civil Portuguez, aprovado por carta de lei de 1 de julho de 1867, disponível [on-line] in <http://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1664.pdf> [8-1-2014].

PORTUGAL, Código de Processo Civil, disponível [on-line] in http://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/livro-iii-leis-civis-e/consolidacao-processo/codigo-processo-civil/downloadFile/file/CODIGO_PROCESSO_CIVIL_VF.pdf?nocache=1286970369.12 [11-1-2014].

PORTUGAL, *Ordenações Afonsinas*, Livro 5, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1984.

PORTUGAL, Ordenações Filipinas, disponível [on-line] in http://www.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/ordenacoes.htm?inp=querelloso&qop=*&outp= [20-12-2013].

PRATA, Marcelo Rodrigues, *O abuso no exercício do direito de ação, a litigância de má-fé e a reforma do CPC*, in Revista Trabalhista, v. XXIV, Forense, p. 143-184.

PROENÇA, José Marcelo Martins, *et al.*, *A Reforma da Lei da Concorrência - Lei nº 8.884/94*, relatório produzido para o 1º Congresso Brasileiro de Direito Comercial, 2011, disponível [on-line] in <http://www.congressodireitocomercial.org.br/2011/images/stories/pdfs/gep12.pdf> [3-1-2014], 74 p.

PROENÇA, José Marcelo Martins, *Concentração empresarial e o direito da concorrência*, São Paulo, Saraiva, 2001.

RÁO, Vicente, *Abuso do direito - Seu conceito na legislação civil brasileira - Parecer*, in Revista dos Tribunais, v. 74, ano 19, São Paulo, jul./1930, p. 447-448.

RESCIGNO, Pietro, *L'abuso del diritto*, Bologna, Il Mulino, 1998.

RIBEIRO, José Horácio Halfeld Rezende, *Abuso do direito - Contornos de direito material e processual*, in Revista da AASP, n. 98, ano XXVIII, jul./2008, pp.132-142.

RODRIGUES, Silvio, *Direito Civil - Responsabilidade civil*, 20ª ed., São Paulo, Saraiva, 2006.

ROMANIELO, Enrico Spini, *Direito Antitruste e Crise - perspectivas para a realidade brasileira*, Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, 306 f.

ROSAS, Roberto, *Abuso do direito de demandar*, in Revista Notícia do Direito Brasileiro, 1º sem. 1996, Universidade de Brasília, p. 30-43.

ROTONDI, Mario, *L'abuso di diritto - "Æmulatio"*, Padova, CEDAM, 1979.

SALGADO E SILVA, Lucia Helena, ZUCOLOTO, Graziela Ferrero, BARBOSA, Denis Borges, *Litigância Predatória no Brasil*, in Radar: Tecnologia, Produção e Comércio Exterior, n. 22, Brasília, Ipea, abr./2009.

SALOMÃO FILHO, Calixto, *A paralisia do antitruste*, in Revista do IBRAC, v. 16, n. 1, 2009, p. 305-323.

SALOMÃO FILHO, Calixto, *Apontamentos para formulação de uma teoria jurídica dos cartéis*, in Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, n. 121, ano XL, São Paulo, Malheiros, jan./mar.. 2001, p. 20-29.

SALOMÃO FILHO, Calixto, *Atuação Estatal e Ilícito Antitruste*, in Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, v. 36, n. 106, São Paulo, abr./jun. 1997, p. 35-47.

SALOMÃO FILHO, Calixto, *Condutas anticoncorrenciais no setor bancário*, in Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, n. 114, ano XXXVII, São Paulo, Malheiros, abr./jun. 1999, p. 51-62.

SALOMÃO FILHO, Calixto, *Direito Concorrencial*, São Paulo, Malheiros, 2013.

SALOMÃO FILHO, Calixto, *Sociedade cooperativa e disciplina da concorrência*, in Revista dos Tribunais, v. 693, ano 82, jul./1993, p. 28-36.

SCHMIDT, Jeffrey, *et al.*, *The Noerr-Pennington Doctrine*, Chicago, ABA Publishing, 1993.

SCHUARTZ, Luis Fernando, *Fundamentos do Direito de Defesa da Concorrência*, in Revista de Direito Econômico n. 22, Brasília, jan./mar. 1996, p. 89-94.

SILVA, Virgílio Afonso da, *Direitos Fundamentais - conteúdo essencial, restrições e eficácia*, São Paulo, Malheiros, 2011.

STOCCO, Rui, *Abuso do Direito e Má-Fé Processual - Aspectos Doutrinários*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002.

TARUFFO, Michele, *Abuse of Procedural Rights: Comparative Standards of Procedural Fairness*, Hague/London/Boston, Kluwer Law International, 1999.

THEODORO JUNIOR, Humberto, *Abuso de Direito Processual no Ordenamento Jurídico Brasileiro*, in MOREIRA, José Carlos Barbosa (coord.), *Abuso dos Direitos Processuais*, Rio de Janeiro, Forense, 2000.

UNIÃO EUROPEIA, Comissão Europeia, Processo COMP/A. 37.507/F3, *AstraZeneca*, julgado em 15-6-2005, disponível [on-line] in <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32006D0857:EN:NOT> [6-12-2013].

UNIÃO EUROPEIA, Comissão Europeia, Processo IV/30.979 e 31.394, *Decca Navigator System*, julgado em 21-12-1988, disponível [on-line] in <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1989:043:0027:0048:PT:PDF> [19-12-2013].

UNIÃO EUROPEIA, Comissão Europeia, Processo IV/32.279, *BBI/Boosey & Hawkes*, julgado em 29-7-1987, disponível [on-line] in <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1987:286:0036:0043:PT:PDF> [19-12-2013].

UNIÃO EUROPEIA, Tratado da União Europeia, incluindo o texto do Tratado que institui a Comunidade Europeia, Jornal Oficial nº C 224 de 31 de agosto de 1992, disponível [on-line] in <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:1992:224:FULL:PT:PDF> [10-12-2013].

UNIÃO EUROPEIA, Tratado de Amsterdã que altera o Tratado da União Europeia, os Tratados que instituem as Comunidades Europeias e alguns actos relativos a esses Tratados, Jornal Oficial nº C 340 de 10 de novembro de 1997, disponível [on-line] in <http://eur-lex.europa.eu/pt/treaties/dat/11997E/htm/11997E.html#0173010078> [7-12-2013].

UNIÃO EUROPEIA, Tratado que institui a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço, disponível [on-line] in <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:11951K:PT:PDF> [9-12-2013].

UNIÃO EUROPEIA, Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, Jornal Oficial nº C 326/47 de 26 de outubro de 2012, disponível [on-line] in <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2012:326:0047:0200:PT:PDF> [10-12-2013].

UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Primeira Instância - Quarta Secção Alargada, Processo T-111/96, *ITT Promedia NV v. Comissão das Comunidades Europeias e Belgacom SA*, julgado em 17-7-1998, disponível [on-line] in http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=en&numdoc=61996A0111 [7-12-2013].

VALLADÃO, Alfredo, *O abuso do direito*, in Revista dos Tribunais, v. 334, n. 21, São Paulo, ago./1963, p. 21-28.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo, *A Constituição de 1988, vinte anos depois: Suprema Corte e ativismo judicial “à brasileira”*, in Revista Direito GV, v. 8, São Paulo, jul./dez. 2008, p.

401-440.

WAMBIER, Luiz Rodrigues, *Abuso do procedimento especial*, in Revista de Processo, v. 204, ano 37, fev./2012, p. 51-73.

WARAT, Luis Alberto, *Abuso del derecho y lagunas de la ley*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1969.

WHISH, Richard, *Competition Law*, 6ª ed., Oxford, Oxford University, 2009.

WLADECK, Felipe Sripes, *Abuso quanto ao Exercício do Direito de demandar no Direito Processual Civil Brasileiro*, in Revista Dialética de Direito Processual, n. 96, mar./2011, p. 34-64.