



MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO  
UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE

Marília Tavares de Freitas

**A APLICAÇÃO DA SHAM LITIGATION PELO ORDENAMENTO JURÍDICO  
BRASILEIRO: UMA ANÁLISE DO CASO ECT**

Recife

2019

Marília Tavares de Freitas

**A APLICAÇÃO DA SHAM LITIGATION PELO ORDENAMENTO JURÍDICO  
BRASILEIRO: UMA ANÁLISE DO CASO ECT**

**Monografia apresentada como  
requisito parcial para Conclusão do  
Curso de Bacharelado em Direito pela  
UFPE.**

**Área de Conhecimento: Direito Da  
Concorrência.**

Orientador: Prof. Sady D'assunção Torres Filho

Recife

2019

**Marília Tavares de Freitas**

**A Aplicação da Sham Litigation pelo Ordenamento Jurídico Brasileiro: Uma Análise do Caso ECT**

**Monografia Final de Curso**

**Para Obtenção do Título de Bacharel em Direito**

**Universidade Federal de Pernambuco/CCJ/FDR**

**Data de Aprovação:**

---

Prof. Sady D´assunção Torres Filho

---

---

## RESUMO

Em 2013 o Sindicato das Empresas de Transportes e de Cargas de São Paulo e Região apresentou uma representação ao CADE em face da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, com a alegação de práticas anticoncorrenciais, nas situações presentes nos incisos III (limitar ou impedir o acesso de novas empresas no mercado), IV (criar dificuldades à constituição, ao funcionamento, ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços), V (impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologias, bem como aos canais de distribuição), X (discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços) e XI (recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais) do §3º do art. 36 da Lei Federal nº 12.529/2014. Há a acusação de que a ECT faz uso de uma estratégia que utiliza o Poder Judiciário, com abuso do direito de petição, para garantir exclusividade ao serviços de entrega de encomendas de pequeno e médio portes que não fazem parte de seu monopólio legal.

Essa representação colocou em voga a temática da *Sham Litigation* ao CADE. A *sham litigation* pode ser de modo mais simples como a prática de abuso no direito de concorrência com a finalidade de provocar prejuízos anticoncorrenciais no mercado

A construção da ideia de abuso no direito de petição foi construída pela jurisprudência da Suprema Corte Americana. Em seus precedentes é possível observar que o prejuízo ao concorrente se dá pelos gastos com a defesa do processo judicial, ou administrativo; ou ainda o impedimento do concorrente no mercado.

Com isso cabe a análise sobre a recepção do instituto da *sham litigation* pelo ordenamento jurídico brasileiro, levando em consideração um comparativo entre as normas de direito de petição e concorrência do direito nacional e estadunidense.

Palavras-Chave: *Sham litigation*. CADE. Direito de petição.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>1</b>
<b>1 SHAM LITIGATION, SUA CONSTRUÇÃO JURISPRUDENCIAL NOS ESTADOS UNIDOS.....</b>	<b>3</b>
1.1 BREVES CONSIDERAÇÕES À LEGISLAÇÃO ANTITRUSTE DOS ESTADOS UNIDOS.....	3
1.2 EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL DA SHAM LITIGATION .....	5
1.2.1 DOCTRINA NOERR-PENNINGTON.....	5
1.2.2 A SHAM LITIGATION NA SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS.....	7
1.3 DEFINIÇÕES DE CRITÉRIOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS NA CONFIGURAÇÃO DA SHAM LITIGATION.....	9
<b>2 DIREITO DE PETIÇÃO .....</b>	<b>10</b>
2.1 CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIREITO DE PETIÇÃO ESTADUNIDENSE.....	10
2.2 CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIREITO DE PETIÇÃO BRASILEIRO.....	11
2.3 ABUSO DE DIREITO.....	13
2.4 LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ.....	13
<b>3 CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIREITO DA CONCORRÊNCIA DO BRASIL.....</b>	<b>15</b>
3.1 O DIREITO DA CONCORRÊNCIA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, E NA LEI 8.884/94.....	15
3.2 A LEI Nº 12.529/11 E A CARACTERIZAÇÃO DE INFRAÇÃO À ORDEM ECONÔMICA.....	16
3.3 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O ARTIGO 36 DA LEI 12.529/11.....	17
<b>4 APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA SHAM LITIGATION NO DIREITO BRASILEIRO.....</b>	<b>18</b>
4.1 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A EVOLUÇÃO DA SHAM LITIGATION NO BRASIL.....	18
4.2 ANÁLISES DO PROCESSO DO ECT.....	20
4.2.1 A REPRESENTAÇÃO.....	20

4.2.2 PARECER TÉCNICO DA SUPERINTENDÊNCIA DO CADE E DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL.....	24
4.2.3 SUSPENSÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO POR TERMO DE COMPROMISSO DE CESSAÇÃO.....	27
<b>CONCLUSÕES .....</b>	<b>28</b>

## INTRODUÇÃO

A *sham litigation* é um pensamento que foi gradualmente desenvolvido pela Suprema Corte Americana em sua jurisprudência. Ela é compreendida como o abuso no direito de peticionar utilizada com a finalidade de produzir efeitos anticoncorrenciais para seus concorrentes.

Nessa evolução o primeiro entendimento da Suprema Corte Americana formou o que veio se chamar de Doutrina Noerr-Pennington. Esta doutrina desenvolveu a tese de que havia imunidade no direito de peticionar, ainda que o pedido gerasse consequências anticoncorrenciais.

O uso desmedido dessa previsão jurisprudencial poderia gerar uma proteção para a prática de ilícitos concorrenciais, por isso em alguns casos esse entendimento não era aplicado. A *sham litigation* trata-se justamente de uma exceção à Doutrina Noerr-Pennington.

Na realidade brasileira, o CADE recebeu representações em que havia a acusação de um comportamento anticoncorrencial realizado por meio do abuso no direito de petição. Com isso, iniciou-se um debate sobre a aplicação desse entendimento estadunidense.

Para a aplicação da ideia desenvolvida no direito estadunidense é necessário que ocorra uma análise sobre a recepção pelo ordenamento jurídico brasileiro. Para isso, deve-se realizar um estudo das previsões que versam sobre o direito da concorrência, o direito de petição, e direito processual.

Diversos processos já exigiram a análise do CADE sobre a aplicabilidade da *sham litigation*, e encontra-se cada vez mais um posicionamento de recepção. Como a aplicação da *sham litigation* implica em uma restrição no direito de petição é necessário ter o cuidado em sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro. Este cuidado é necessário, pois, o direito de peticionar é previsto no art. 5º, incisos XXXIV e XXXV da Constituição Brasileira, tratando-se assim de um direito fundamental.

Um dos processos administrativos mais recentes que gerou a discussão sobre a aplicação ou não da *sham litigation* foi na representação oferecida pela Sindicato das Empresas de Transportes e de Cargas de São Paulo e Região em desfavor da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos(ECT).

Houve a alegação de que a ECT estaria ingressando em juízo, com petições não fundamentadas prejudicando os concorrentes nos serviços de entrega que não estão assegurados pelo monopólio de serviços postais de ECT.

O processo atualmente encontra-se suspenso, pois em janeiro de 2019 foi assinado um Termo de Cessação de Conduta. Apesar de ter ocorrido a suspensão processual, ele apresenta questões importantes para o debate da recepção da *sham litigation* pelo Brasil.

## 1 Sham Litigation, sua construção jurisprudencial nos Estados Unidos

Neste capítulo será trabalhado um breve histórico do Direito Antitruste dos Estados Unidos, com a explicação de quais órgãos são responsáveis por fiscalizar as condutas concorrências existentes no país. Será, também, apresentada a evolução jurisprudencial que resultou no instituto da *Sham Litigation*.

### 1.1 Breves considerações à legislação antitruste dos Estados Unidos

Para compreender como ocorreu o desenvolvimento da legislação antitruste dos Estados Unidos é necessário observar o momento econômico que precedeu o desenvolvimento da referida legislação.

No início do século XIX a economia estadunidense era organizada em pequenos mercados locais. Nesse período, ainda não havia o desenvolvimento de meios de transportes eficazes para longas distâncias, como ferrovias e rodovias, que se destinariam para o transporte tanto de produtos, quanto de pessoas. Com o desenvolvimento das rotas de locomoção houve a mudança no modo de produção, no qual, ocorreu a transformação do pequeno comércio em uma produção em massa. Neste novo cenário, houve a necessidade de tornar o produto mais atraente para o cliente, e isso era feito por meio da redução de custos. Essa prática, por muitas vezes resultava na supressão dos lucros. Um meio de tentar resolver esse problema foi o desenvolvimento das associações comerciais, ou *pools*, entendidos como contratos informais com a finalidade de realizar divisões no mercado. Esse tipo de contrato, contudo, não prosperou por causa de sua informalidade, visto que não havia a garantia de todos que todos o cumpriram<sup>1</sup>.

Posteriormente, na década de 1880, foi desenvolvida uma nova técnica de controle da concorrência, os *trust*. Iniciado com a *Standard Oil Company*, acionistas de outras companhias que se interessassem, poderiam investir na *Standard Oil Trust*, para isso, deveriam entregar suas ações para o conselho diretor do *trust*, e em troca, recebiam o *trust certificates*, com os direitos de receber os dividendos dos lucros referentes às ações entregues. Deste modo, os diretores tinham o controle de todas as companhias associadas, enquanto os

---

<sup>1</sup> HEILBRONER, Robert L. **A formação da sociedade econômica**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1972, p 146.

acionistas participavam dos lucros<sup>2</sup>. Nesse sistema, diversos *trust* se formaram, com destaque para as áreas do aço, do açúcar e das ferrovias<sup>3</sup>.

A concentração econômica gerada pela formação dos *trusts* prejudicava os clientes, pois como a concorrência era quase inexistente, e não havia regulação do preço pelo mercado, eles estavam a disposição do preço determinado pelos trustes. Os pequenos empresários, também se prejudicavam, visto que não conseguiam ingressar no mercado. Por essa razão iniciou-se um pleito da população estadunidense para a regulamentação dos *trusts*. Dessa reivindicação houve a aprovação do *Sherman Act* em 1890. O objetivo dessa lei era a proibição dos *trust*, para isso, foi construída uma regulamentação que tornava ilegal qualquer acordo sobre a restrição do comércio, assim como, o ato de monopolizar, ou tentar monopolizar o comércio. Mesmo a mera conspiração de monopólio seria considerada um delito. Além disso, destaca-se que o *Sherman Act* colocou a competência para julgar tais atos apenas para o judiciário<sup>4</sup>. Observe:

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. Every person who shall make any contract or engage in any combination or conspiracy hereby 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 felony(...)<sup>56</sup>.

Apesar de sua importância, o *Sherman Act* apresentou diversos problemas em sua aplicação, visto que, seus dispositivos não eram bem definidos, pois não especificaram as práticas coibidas. Com isso, posteriormente, foi promulgado o *Clayton Act*, em 1914, que

<sup>2</sup> Idem Ibidem. p. 147.

<sup>3</sup>FEDERAL TRADE COMMISSION. **Antitrust Laws: A brief history**. Disponível em:<[https://www.consumer.ftc.gov/sites/default/files/games/off-site/youarehere/pages/pdf/FTC-Competition\\_Antitrust-Laws.pdf](https://www.consumer.ftc.gov/sites/default/files/games/off-site/youarehere/pages/pdf/FTC-Competition_Antitrust-Laws.pdf)>. Acesso em: 30/04/2019.

<sup>4</sup> FORGIONI, Paula A., **Os Fundamentos do Antitruste**, 8ª Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 74.

<sup>5</sup>ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, **Sherman Act**, disponível em:<<https://www.justice.gov/atr/file/761131/download>>. Acesso em: 30/04/2019.

<sup>6</sup> Tradução livre:Seção 1. Todo contrato, combinação sobre a forma de truste ou de qualquer outra forma, ou conspiração, em restrição de comércio entre os vários Estados, ou com nações estrangeiras, é declarada ilegal. Toda pessoa que realiza esse tipo de contrato ou envolver-se nesse tipo de combinação ou conspiração deve ser considerada culpada(...) Seção 2. Toda pessoa que exercer monopólio, ou tentativa de monopólio, ou combinar ou conspirar com qualquer outra pessoa ou pessoas, o monopólio de qualquer parte do comércio entre vários Estados, ou com nações estrangeiras, o monopólio de qualquer parte do comércio entre vários Estados, ou com nações estrangeiras, deve ser considerada culpada de um crime doloso(...) in. CARVALHO E S. Clara. **Sherman Act: Histórico e Definição**. Disponível em:<[https://www.academia.edu/34968545/Sherman\\_Act\\_Hist%C3%B3rico\\_e\\_Defini%C3%A7%C3%A3o](https://www.academia.edu/34968545/Sherman_Act_Hist%C3%B3rico_e_Defini%C3%A7%C3%A3o)>. Acesso em 30/04/2019.

apresentou melhores definições em comparação com o *Sherman Act*. Apresentou, ainda, melhores referenciais para os julgadores nos casos de provas para a análise da restrição de comércio, e ainda uma listagem de práticas consideradas ilegais (em sua seção 15). Nesta Lei, também foi possibilitada a cobrança de indenização, por prejuízos causados em infrações concorrenciais, equivalente a três vezes o valor do dano<sup>7</sup>. No mesmo ano foi promulgado o *Federal Trade Commission Act*, criando esta instituição com a função de vigilância e aplicação das leis antitruste<sup>8</sup>.

Para a atuação no controle de condutas anticoncorrenciais os EUA dispõem do *Federal Trade Commission* (FTC), e do Poder Judiciário. Deste último, destaca-se que desde 1919 foi criado no Departamento de Justiça, uma divisão Antitruste<sup>9</sup>.

## 1.2 Evolução jurisprudencial da *sham litigation*

Para entender essa evolução jurisprudencial faz-se necessário antecipar a explanação sobre o direito de petição estadunidense. Este direito é definido na Primeira Emenda da Constituição dos Estados Unidos, no qual, dispõe que o Congresso não fará qualquer lei cerceando o direito de peticionar ao Governo para reparação de injustiças<sup>10</sup>. Ocorre que no instituto da *Sham Litigation* há, justamente, uma supressão do direito de petição nos casos em que se verifica intenções anticoncorrenciais. Esse pensamento foi construído gradualmente como uma exceção à doutrina Noerr-Pennington, como será visto adiante.

### 1.2.1 Doutrina Noerr-Pennington

Esta doutrina tem como origem duas decisões da Suprema Corte do Estados Unidos, a primeira, em 1961, *Eastern Railroad Presidents Conference v. Noerr Motor Freight, Inc.*, e a segunda em 1965, *United Mine Workers v. Pennington*.

A ideia dessa doutrina é bem sintetizada pelo Conselheiro do CADE Ricardo Villas Bôas Cueva, em um voto vista, no qual ele explica:

---

<sup>7</sup>CASAGRANDE, Paulo L., **Cooperação e Concorrência: desafios para a política antitruste no Brasil**. Tese (Doutorado em Direito Econômico) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014, p. 128

<sup>8</sup>FORGIONI, Paula A., **Os Fundamentos do Antitruste**, 8ª Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 74.

<sup>9</sup>DEPARTMENT OF JUSTICE. **History Of The Antitrust Division**. Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/history-antitrust-division>>. Acesso em 30/04/2019.

<sup>10</sup>ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, **Constitution of the United States**, disponível em: <http://www.uel.br/pessoal/jneto/gradua/historia/recdida/ConstituicaoEUAREcDidaPESSOALJNETO.pdf>. Acesso em: 30/04/2019.

“ao examinar possíveis lesões à concorrência causadas por petições ao Estado, em sentido amplo, seja na forma de lobby para a aprovar legislação, seja na forma de petições à Administração ou, ainda, na forma de litígios judiciais, acabou por imunizar a atividade de peticionar ao Estado quanto à responsabilidade civil por ilícito antitruste”<sup>11</sup>

Com isto, observa-se a existência de uma imunidade para a responsabilidade por ilícitos antitruste. A fundamentação para a existência dessa imunidade está no direito de petição previsto na Primeira Emenda da Constituição estadunidense.

Para entender melhor a ideia desta doutrina será explanado de modo sucinto os julgados que o originaram.

No caso *Eastern Railroad Presidents Conference v. Noerr Motor Freight, Inc*, uma empresa de transportes rodoviários, mais especificamente caminhões (*Eastern Railroad Presidents Conference*), ingressou com uma ação contra um grupo de ferroviários (*Noerr Motor Freight, Inc*), e uma agência de relações públicas. Nesta ação o grupo de rodoviários alegou que a empresa ferroviária havia contratado uma agência de relações públicas para realizar uma campanha publicitária que pretendia criar junto ao público o sentimento de antipatia aos caminhoneiros. Além disso, esta campanha teria persuadido o governador da Pensilvânia a vetar uma lei que permitiria os caminhoneiros de trafegarem com uma carga maior nas rodovias do estado<sup>12</sup>. Deste modo alegaram-se infrações ao disposto no *Sherman Act*.

Esta ação foi proposta na Corte Distrital da Pensilvânia, e julgada inicialmente procedente. Foi mantida após passar pelo Tribunal de Recursos, contudo, foi revertida na Suprema Corte. Isto porque, a Corte entendeu que a ação de influenciar a aprovação de uma lei não é considerada como uma violação ao *Sherman Act*, do mesmo modo, colocou que o *Sherman Act* não proíbe a associação de pessoas para incentivar o Legislativo ou Executivo para atuar de uma determinada forma, ainda que isto resulte em uma restrição ao mercado, ou estímulo à formação de monopólios, visto que isso se trata de uma expressão democrática<sup>13</sup>.

<sup>11</sup> BRASIL, CADE, 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., Disponível em: <[https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_processo\\_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMicL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcVEVIIdV6bT\\_4w0SWXjr1z9su9V4Buzzv9Nb3fB4520ZI](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMicL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcVEVIIdV6bT_4w0SWXjr1z9su9V4Buzzv9Nb3fB4520ZI)>. Acesso em 01/05/19.

<sup>12</sup>365 U.S. 127, Julgado em 20/02/1961, disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/365/127/#tab-opinion-1943133>>. Acesso em: 01/05/2019

<sup>13</sup> Idem Ibidem..

No caso *United Mine Workers v. Pennington*, o sindicato daqueles que trabalham em minas (*United Mine Workers of America Welfare and Retirement Fund*) ingressou com uma ação contra uma mina de carvão (*Phillips Brothers Coal Company*), com a alegação de que a mina não estaria realizando os pagamentos de valores conforme um acordo sobre salários em 1950 (*National Bituminous Coal Wage Agreement*). Houve uma reconvenção, na qual, a mina alegou que com este acordo o sindicato teria restringido e monopolizado o comércio, de modo a lhe causar danos. Isto porque, houve o aumento dos pagamentos devidos aos fundos de pensão, sem considerar a capacidade de pagamento das minas; foi conseguido junto à Secretaria de Trabalho um salário mínimo aos trabalhadores dessa atividade maior do que o garantido em outras categorias; e não foi permitida a participação de produtores de carvão não sindicalizado no mercado de venda<sup>14</sup>.

Este processo foi julgado por um júri que considerou o sindicato como responsável pelos danos sofridos pela mina de carvão. Após a manutenção da decisão pelo Tribunal de Recursos, a Suprema Corte manteve grande parte da decisão recorrida. A questão de destaque nesse julgado é que a Suprema Corte discordou sobre a questão da influência realizada à Secretaria do Trabalho para a definição do salário mínimo. Neste ponto a Suprema Corte considerou que a influência aos servidores públicos não infringe as leis antitrustes, mesmo que exista a finalidade de eliminação da concorrência.<sup>15</sup>

### 1.2.2 A *Sham Litigation* na Suprema Corte dos Estados Unidos

Nos processos em que se constata a existência de uma fraude, o direito de petição não tem com ser defendido, pois neste caso, ele não existe, ainda que exista uma forte imunidade ao direito antitruste. Este foi o pensamento desenvolvido gradualmente pela Suprema Corte dos Estados Unidos, que teve início a partir da decisão de não aplicar a imunidade antitruste. A evolução dessa ideia resultou na construção de bases objetivas e subjetivas para a aplicação do que se passou a considerar de *sham litigation*.

O primeiro processo a ser analisado é o da *California Motor Transport Co. v. Trucking Unlimited*, no qual, as partes que o compõem são empresas de transporte terrestre de mercadorias. Nele, a empresa *Trucking* ingressou com uma ação requerendo indenização em desfavor da empresa *California*. Como fundamentação alegou que haveria por parte da ré uma tentativa de monopolizar o transporte de mercadorias tanto da Califórnia, quanto de outros

---

<sup>14</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Suprema Corte, 381 U.S. 657, Julgado em 07/06/1965, disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/381/657/>>. Acesso em: 01/05/19.

<sup>15</sup> Idem Ibidem..

estados. Isto porque, em todos os pedidos de concessão de licenças para transporte em autoestradas realizados na agência governamental responsável, a *California* apresentava oposição ao pedido, existindo ou não fundamentação. Esta prática tornou impraticável o funcionamento da agência para as demandas dos concorrentes da *California*.<sup>16</sup>

Apesar de ter ocorrido a extinção da ação na Corte Distrital, houve, em análise da Turma Recursal a devolução do recurso para a Corte Distrital. Por esta razão, a *California* recorreu à Suprema Corte com a alegação de que estaria imune sob a égide da doutrina Noerr-Pennington. A Suprema Corte, contudo, entendeu que não era cabível a aplicação da doutrina, e em uma referência direta ao processo *United Mine Workers v. Pennington*, colocou que não havia ocorrido o processo de tentar influenciar servidores públicos. Apesar de possuir o direito de oposição perante as agências responsáveis, o modo como a empresa estava atuando levava ao impedimento de acesso às agências sem haver, ao menos, o julgamento do mérito. Com isso, houve o afastamento da imunidade antitruste garantida pela doutrina Noerr-Pennington<sup>17</sup>.

Já o processo *Professional Real Estate Investors, Inc.(PRE) v. Columbia Pictures, Inc.* apresenta um grande destaque, pois nele foram desenvolvidos critérios objetivos para a caracterização da *sham litigation*. Em um resumo dos fatos a PRE era uma empresa de hotéis que oferecia aos seus clientes a possibilidade de aluguéis de videodiscos para reprodução em seus quartos. A empresa teria se aproveitado desses aluguéis para realizar a venda de videodiscos para outros hotéis<sup>18</sup>.

Com isso, a *Columbia* (Estúdio de cinema) processou a PRE alegando violação dos direitos autorais. Em reconvenção a PRE alegou a tese da *sham litigation*, fundamentando que a ação não possuía pedidos legítimos, e objetivava apenas a sua exclusão do mercado. A Corte Distrital não verificou a aplicação da exceção nesse caso da *sham litigation*, colocando que só poderia se entender a configuração dela em casos, no qual fosse inexistente os indícios de que o autor ganharia a ação. Tanto não foi verificada a inexistência de indícios, entendendo inclusive que houve a violação dos direitos autorais<sup>19</sup>.

Este processo foi para o Tribunal de Recursos, e posteriormente para a Suprema Corte. Foi reiterado o entendimento da Corte Distrital, de que só se poderia afastar a imunidade anticoncorrencial, nos casos em que não se verifica nenhum fundamento, mesmo que este seja

---

<sup>16</sup>ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Suprema Corte, 404 U.S. 508, julgado em 13/01/1972. Disponível em:<<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/404/508/>>. Acesso em: 01/05/19

<sup>17</sup> Idem Ibidem.

<sup>18</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Suprema Corte, 508 U.S. 49, julgado em 03/05/93. Disponível em:<<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/508/49/>>. Acesso em: 01/05/19

<sup>19</sup> Idem Ibidem.

apenas um indício. Discordando parcialmente desse entendimento, com medo da desproporção de medidas que poderia ser causadas em processos mais complexos, o *Justice STEVENS*, e propõe um pensamento mais subjetivista ao analisar o que busca o autor nos resultados da ação<sup>20</sup>.

### 1.3 Definição de critérios objetivos e subjetivos na configuração da *sham litigation*

A partir do julgado *Professional Real Estate Investors, Inc.(PRE) v. Columbia Pictures, Inc.* foi criado o Teste PRE que consiste na verificação 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 mérito; e, demonstrada a ausência de fundamentos.

(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”<sup>21</sup>

Mesmo com a criação desses requisitos existiam dificuldades de verificar a existência da *sham litigation*, em especial quando era interpretada a imunidade anticoncorrencial da doutrina Noerr-Pennington. Por esta razão a FTC desenvolveu um relatório (*Enforcement Perspectives Noerr-Pennington Doctrine*) com o intuito de restringir a aplicação da doutrina Noerr-Pennington, de modo que, não estarão acobertados pela imunidade: pedidos não discriminatórios ao governo; fornecer informações erradas a órgãos governamentais; ingresso de petições repetitivas com indiferença ao mérito, e que possuam como objetivo causar danos aos concorrentes<sup>22</sup>.

Acompanhando o pensamento da doutrina estadunidense cabe destacar o pensamento de Herbert Hovenkamp. Ele coloca a *sham litigation* como um meio utilizado para prejudicar um concorrente, e este meio é a utilização de algum órgão governamental. Importante perceber que, neste uso, o autor não busca uma resposta do órgão procurado. O prejuízo que ocorre nesses casos não vem da resposta do processo judicial, mas da utilização do próprio processo. Com isso, ainda que seja empregado um meio impróprio para conseguir uma resposta de um tribunal ou órgão governamental, esta, não será considerada uma hipótese de *sham*

<sup>20</sup> Idem Ibidem.

<sup>21</sup> VINHAS, Thiago C., **Sham Litigation do abuso do direito de petição com efeitos anticoncorrenciais**. Tese (Doutorado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014, p. 46

<sup>22</sup> Idem. Ibidem.

*litigation*<sup>23</sup>. Na *sham litigation* o meio impróprio utilizado é o procedimento judicial, com a finalidade de prejudicar o concorrente.

Além do teste PRE, foi desenvolvido o teste POSCO a partir do julgado *USS-Posco Industries v. Contra Costa Building & Construction Trade Council*, pela Corte de Apelações do Nono Circuito. Neste caso a USS-Posco(UPI) era uma associação de empresas (USX Corporation e a Pohang Iron and Steel Co. da Coréia do Sul), e possuía um contrato de construção no valor de 350 milhões de dólares, e que envolvia mais de 800 empregos. Na disputa das empresas para a realização desse contrato, empresas sindicalizadas promoveram diversas ações idênticas, sem fundamentação, ou razão para mérito em face de uma empresa não sindicalizada como uma forma de gerar custos processuais às empresas não sindicalizadas<sup>24</sup>.

Com este caso, observa-se outro viés de abuso do direito de petição anticompetitivo, o de ajuizar ações com a finalidade de demandar custos processuais dos concorrentes. Dentre seus requisitos é necessário que exista um conjunto de ações com baixa possibilidade de deferimento<sup>25</sup>.

## 2 Direito de petição

### 2.1 Considerações sobre o direito de petição estadunidense

O direito de petição, nos Estados Unidos, foi inicialmente citado na própria Declaração de Independência do país, em 1776<sup>26</sup>.

“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.<sup>2728</sup>”

<sup>23</sup> HOVENKAMP, Herbert. *Federal Antitrust Policy: the Law of Competition and its practice*, p. 687-689.

<sup>24</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Corte de Apelação, Nono Circuito 31 F.3d 800, 810-11 (9th Cir. 1994), julgado em 26/07/94. Disponível em: <<https://openjurist.org/31/f3d/800/uss-posco-industries-bek-v-contra-costa-county-building-and-construction-trades-council>> Acesso em: 01/05/19

<sup>25</sup> CADE. Processo Administrativo nº 08012.001594/2011-18. NOTA TÉCNICA Nº 17/2016/CGAA3/SGA1/SG/CADE. Disponível em: <[https://www.jota.info/wp-content/uploads/2016/05/Nota\\_Tecnica\\_IABR.pdf](https://www.jota.info/wp-content/uploads/2016/05/Nota_Tecnica_IABR.pdf)> Acesso em: 01/05/19

<sup>26</sup> BARBOSA S., Osório Silva. **Direito Constitucional de Petição: exercício da cidadania**. Brasília: ESMUP, 2016. p. 44.

<sup>27</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, **Declaration of Independence**. Disponível em: <<https://www.archives.gov/founding-docs/declaration-transcript>>. Acesso em: 01/05/19.

<sup>28</sup> “Em cada fase dessas opressões solicitamos reparação nos termos mais humildes; responderam a nossas petições apenas com repetido agravo. Um príncipe cujo carácter se assinala deste modo por todos os actos

A previsão desse direito foi acolhida em sua Constituição, em sua Primeira Emenda, em 1791:

“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.”<sup>29,30</sup>

Neste sentido, a proteção constitucional estadunidense do direito de petição se garante a possibilidade de se expressar perante o Governo. Este é um modo que o cidadão estadunidense de fiscalizar e dialogar com o Governo dos Estados Unidos. Este direito assegura ainda, que não sejam feitas restrições à mensagem, às ideias, o ao seu conteúdo da petição<sup>31</sup>.

## 2.2 Considerações sobre o direito de petição brasileiro

No Brasil, atualmente, o direito de petição é previsto em sua Constituição, presente no art. 5º, incisos XXXIV e XXXV, tratando-se assim de um direito fundamental.

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

XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direito ou contra ilegalidade ou abuso de poder;

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;”<sup>32</sup>

---

capazes de definir um tirano não está em condições de governar um povo livre.” Tradução disponível em: <[http://www.arqnet.pt/portal/teoria/declaracao\\_vport.html](http://www.arqnet.pt/portal/teoria/declaracao_vport.html)>.

<sup>29</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, **Constitution of the United States**. Disponível em: <<https://constitutionus.com/>>. Acesso em: 01/05/19.

<sup>30</sup> “O Congresso não legislará no sentido de estabelecer uma religião, ou proibindo o livre exercício dos cultos; ou cerceando a liberdade de palavra, ou de imprensa, ou o direito do povo de se reunir pacificamente, e de dirigir ao Governo petições para a reparação de seus agravos.”. Tradução disponível em: <http://www.uel.br/pessoal/jneto/gradua/historia/recdida/ConstituicaoEUAREcDidaPESSOALJNETO.pdf>

<sup>31</sup> SWEENEY, Joanne. **“LOL no one likes you”**: **Protecting critical comments on government officials’ social media posts under the right to petition**. Disponível em: < <http://wisconsinlawreview.org/wp-content/uploads/2018/03/Sweeny-Camera-Ready.pdf>>. Acesso em: 01/05/19.

<sup>32</sup> BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 02/05/19

Com isso, o direito de petição assegura a possibilidade acionar a ação estatal, com finalidades de teor informativo, corretivo, ou ainda punitivo da autoridade cabível. Inclusive, percebe-se que este dispositivo prevê além do direito de petição, o direito de ação, definindo-se pela busca por uma tutela jurisdicional.

É importante destacar que estes se tratam de direitos fundamentais. Possuem essa valorização por causa de sua natureza de caráter democrático, pois assegura um meio de participação dos cidadãos. É por este meio que pode ocorrer a fiscalização do Estado, além de garantir direitos individuais e coletivos<sup>33</sup>.

Apesar de tratar-se de um direito fundamental não implica dizer que este direito tenha caráter absoluto. Dos problemas surgidos no dia a dia é comum encontrar situações nas quais ocorrem conflitos entre garantias de direitos fundamentais. Para a resolução desses problemas, o primeiro passo é perceber que os direitos fundamentais possuem um caráter de princípio, e, diferente das regras, a sua aplicação pode variar conforme a necessidade do caso prático. Com isso, o Professor Virgílio Afonso da Silva define que os direitos fundamentais possuem um conteúdo essencial, e que este conteúdo é definido pela complexa relação entre aquilo que é protegido pela norma do direito fundamental, as possibilidades de restrições desse direito, e o diálogo entre essas duas variáveis. A partir dessa explicação tem-se a existência de teorias que definem as relações entre essas variáveis como absolutas, e outras interpretadas como relativas<sup>34</sup>.

No caso dos direitos com conteúdo essencial absoluto tem-se o entendimento de que este conteúdo é imutável dentro das diversas situações em que seja inserido. Já no caso do conteúdo essencial relativo, há uma variabilidade nos aspectos do direito conforme a situação em que é inserido. Diante dessas duas hipóteses será utilizada a do conteúdo essencial relativo, pois, com esta ideia, consegue-se admitir a restrição de direitos fundamentais<sup>35</sup>.

Há, ainda, outro modo de compreender a possibilidade de restrição dos direitos fundamentais. Este modo apresenta a divisão de teoria interna e externa dos direitos fundamentais. No caso da teoria interna a limitação do direito se dá sem influências externas, não ocorre por uma colisão de direitos. Por não existir a possibilidade de sopesar direitos criou-se o entendimento de limites imanescentes, no caso a restrição do direito fundamental ocorreria por meio do próprio texto constitucional. Na teoria externa o direito fundamental é

---

<sup>33</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 13ª Ed. São Paulo: Atlas, 2003. Ebook disponível em: <[https://jornalistaslivres.org/wp-content/uploads/2017/02/DIREITO\\_CONSTITUCIONAL-1.pdf](https://jornalistaslivres.org/wp-content/uploads/2017/02/DIREITO_CONSTITUCIONAL-1.pdf)>. Acesso em 01/05/19.

<sup>34</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e eficácia das normas constitucionais**. Revista de Direito do Estado 4. São Paulo. 2006. p, 23-51

<sup>35</sup> Idem. Ibidem.

posto em conflito com outros princípios, dependendo então da situação em que está inserido. Admitindo-se a teoria externa tem-se então que os meios de restrição de direito se dão por sopesamento e proporcionalidade. No caso do sopesamento há a definição de qual o melhor princípio para o caso concreto. Na proporcionalidade é necessário realizar um teste diante do caso concreto, são eles o da adequação, necessidade, e proporcionalidade<sup>36</sup>.

### 2.3 Abuso de direito

Ao analisar a própria expressão abuso de direito, percebe-se que em um momento inicial há o regular exercício do direito, mas que por causa do cometimento de algum ato ilícito há um desvio na finalidade do direito. Isso quer dizer que um direito regular pode se tornar uma ilicitude a partir do exercício irregular<sup>37</sup>. Assim se posiciona a doutrina.

“o titular de qualquer direito para conserva-se no campo da normalidade não basta legitimar sua conduta dentro das faculdades reconhecidas pelas normas legais em face de sua individual situação jurídica. Haverá de cuidar para que o uso das prerrogativas legais não se desvie para objetos ilícitos e indesejáveis, dentro do contexto social. O abuso de direito acontecerá justamente por infringência desse dever e se dará sempre que o agente invocar uma faculdade prevista em lei, aparentemente de forma adequada, mas para alcançar objetivo ilegítimo ou não tolerado pelo consenso social<sup>38</sup>”

Nos casos de abuso de direito fala-se na realização de um ato ilícito, ou ainda em um direito desviado que se torna ilícito. Destaca-se para futuras conclusões que a ideia de abuso se relaciona sempre com a finalidade, com o que se busca garantir.

A previsão para o abuso de direito encontra-se prevista no art. 187 do Código Civil: “*Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestadamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.*”<sup>39</sup>. Nessa previsão é adotada a teoria finalista, no qual, não se verificam os elementos subjetivos que constituem o ato, tratando-se da utilização da teoria objetiva. Isto pode ser verificado por meio do enunciado 37 do STJ: “*Art. 187: a responsabilidade civil*

---

<sup>36</sup> Idem. Ibidem.

<sup>37</sup> SENNA, Paula A. **O abuso de direito e a litigância de má-fé como impeditivos à marcha processual e ao resultado justo da prestação jurisdicional**. Revista de Direito Privado. vol 40. p. 9. Outubro/2009. Revista dos Tribunais Online.

<sup>38</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Comentários ao Novo Código Civil**. volume III, tomo II, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.p. 113.

<sup>39</sup>BRASIL. **Código Civil**. Disponível em:< [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 01/05/19.

*decorrente do abuso do direito independe de culpa e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico”.*

#### 2.4 Litigância de Má-fé

Com a aplicação da teoria do abuso de direito dentro de uma realidade processual encontram-se os atos que constituem a litigância de má-fé. Nesta logística pode-se entender o abuso de direito como gênero que abrange a litigância de má-fé como espécie.

Um das hipóteses configuradas como má-fé processual é o descumprimento do preceito da boa-fé. No ordenamento jurídico brasileiro a previsão sobre a boa-fé processual encontra-se no artigo 5º do Código de Processo Civil: *“Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé”<sup>40</sup>.*

Apesar de não existir uma definição exata da boa-fé processual, ela pode ser compreendida como um modelo de condutas processuais, isto é, um guia para que as partes do processo apresentem comportamentos leais, transparentes, éticos. Sobre essa falta de definição pontua bem Michele Taruffo: *“Na falta de uma regra específica prevenindo ou punindo tal ato ou conduta, uma referência à cláusula geral da boa-fé pode ser o único meio de precisar que um padrão de lealdade foi violado, e de identificar uma violação justificadora de uma sanção”<sup>41</sup>.*

Além desta ideia, aparentemente genérica, trazida no início do Código de Processo Civil, hipóteses mais específicas encontram-se previstas no art. 79 e 80 do Código de Processo Civil.

Art. 79. Responde por perdas e danos aquele que litigar de má-fé como autor, réu ou interveniente.

Art. 80. Considera-se litigante de má-fé aquele que:

- I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;
- II - alterar a verdade dos fatos;
- III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal;
- IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo;
- V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;
- VI - provocar incidente manifestamente infundado;

<sup>40</sup>BRASIL. **Código de Processo Civil**. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 01/05/19.

<sup>41</sup> TARUFFO, Michelle. **Abuso de direitos processuais: padrões comparativos de lealdade processual (relatório geral)**. In.: Revista de Processo, ano 34, n. 177, nov./2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 153-183. Apud: BOVINO, Marcio Lamonica. **"A falta de interesse processual pelo abuso do direito de demandar na tutela individual: aspectos teóricos e práticos."** (2011).

## VII - interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório<sup>42</sup>.

Estes são exemplos que correspondem ao dever geral previsto no art. 5º do CPC. Diante dessas condutas, o juiz possui mecanismos para aqueles que descumprem as previsões. Ressalta-se que este descumprimento pode ser realizado por qualquer parte, tanto pelo autor, quanto pelo réu.

Ainda sobre o abuso do direito de petição, faz-se necessária a introdução de uma ideia que coloca a ausência do legítimo interesse de agir por exercício anormal do direito. Para isso, o primeiro ponto a ser compreendido é sobre o abuso do direito de demandar. Quando este é realizado, o ilícito surge com o próprio exercício do direito, e, ainda que no decorrer do processo sejam apresentadas outras finalidades, o ilícito não pode ser superado<sup>43</sup>. Neste caso, não há um desvio no fluxo do processo como se havia dito anteriormente, e sim em sua origem.

Visto isso, em análise as condições de proposição da ação, trazidas aqui de modo sucinto, pois um aprofundamento fugiria ao escopo do trabalho, tem-se a legitimidade processual, o interesse processual, e a possibilidade jurídica do pedido. No que tange o interesse processual é preciso demonstrar, por parte do autor, a necessidade de atuação da prestação jurisdicional do Estado, demonstrar que a lesão precisa da intervenção Estatal<sup>44</sup>.

Nos casos em que o abuso do direito de demandar corresponde com a falta de interesse processual, falta condição para o julgamento de mérito. Pode, assim, ocorrer a extinção do processo sem a resolução do mérito. Esta hipótese, apesar de possível, apresenta uma grande dificuldade de aferição no mundo prático, isto porque, verificar subjetivamente as intenções do autor, muitas vezes não é possível.

### 3 Considerações sobre o direito da concorrência do Brasil

#### 3.1 O direito da concorrência na Constituição Federal de 1988, e na Lei 8.884/94

A Constituição de 1988 assegura um pilar fundamental das estruturas da economia. Em seu título sobre a ordem econômica e financeira, no primeiro capítulo dos princípios gerais da

---

<sup>42</sup>BRASIL. **Código de Processo Civil**. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 01/05/19.

<sup>43</sup> LIMA, Alcides de Mendonça. **Abuso do direito de demandar**. REPRO 19. São Paulo, julho/setembro 1980, p. 64.

<sup>44</sup>BOVINO, Marcio Lamonica. **"A falta de interesse processual pelo abuso do direito de demandar na tutela individual: aspectos teóricos e práticos."** (2011). Disponível em: < <https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/5594/1/Marcio%20Lamonica%20Bovino.pdf>>

economia, tem-se no artigo 170, caput o princípio da livre iniciativa, e em seu inciso IV, a livre concorrência.

Essas duas previsões estão intimamente ligadas, visto que a livre concorrência só ocorre em um local, em que, há a livre iniciativa, isto é, um local que permite a existência de múltiplos produtores dispostos a concorrer entre si. Outro teor apresentado por estes princípios é a segurança de que o Estado não irá interferir na atividade econômica sem ter uma justificativa para isso<sup>45</sup>.

Outro preceito contido na Constituição relacionado ao direito da concorrência é a previsão do art. 173, §4º.

“Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 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.”

Esta previsão é um modo de reprimir eventuais abusos de poder econômico. Essa previsão de repressão se coaduna bastante com a ideia do livre mercado. Isto porque, a partir do abuso do poder econômico é possível ocorrer o bloqueio da entrada de outros concorrentes no mercado, ferindo o preceito do art. 170 da Constituição.

Sob a égide da Constituição de 1988 promulgou-se a Lei 8.884/94 com seu teor em consonância com a livre concorrência e mercado. O grande destaque dessa lei foi quanto à formação do chamado Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência que era constituído pelo CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica); pela Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), com vinculação ao Ministério da Fazenda, e a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça. Com o aumento de demandas o CADE foi se estruturando melhor, e elevando o nível de suas análises, de modo que, a sua presença nos Tribunais ganhava bastante relevância<sup>46</sup>.

### 3.2 A Lei nº 12.529/11 e a caracterização de infração à ordem econômica

---

<sup>45</sup> CORDEIRO, Rodrigo A. **Poder Econômico e Livre Concorrência: Uma análise da concorrência na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Tese (Mestrado em Direito Político e Econômico) – Universidade Presbiteriana Mackenzie. São Paulo, 2007. p. 148

<sup>46</sup> FORGIONI, Paula A., **Os Fundamentos do Antitruste**, 8ª Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 122-123.

Um dos primeiros pontos a destacar-se nessa Lei é quanto à mudança do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Nessa mudança, a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça passou a integrar o CADE, passando a ter uma composição com dois órgãos, o primeiro, o Tribunal Administrativo, com a função de julgar as infrações à ordem econômica, e operações de concentração. O segundo, a Superintendência-Geral, com a atribuição de investigar e instruir os atos que serão julgados pelo Tribunal. Além destes, o CADE ainda é composto pelo Departamento de Estudos Econômicos, que possui a função de emitir pareceres e realizar estudos econômicos que auxiliem na atuação do próprio Conselho<sup>47</sup>.

Sobre a denominação das práticas antitrustes Paula Forgioni destaca três manifestações como principais, a primeira seria a realização de acordos, a segunda, o abuso de posição dominante, e a terceira, concentrações. A partir dessa classificação ela faz um comparativo entre a previsão antitruste brasileira e estadunidense. Pode-se considerar que a Lei 12.529/11 apresenta uma previsão mais geral, pois, a partir do termo “atos sob qualquer forma manifestado<sup>48</sup>” há a inclusão de qualquer conduta sem especificar se estes se dão por meio de acordo, abuso, ou concentração. Já no caso do direito estadunidense há uma diferente disposição. No *Sherman Act*, a primeira seção trata sobre os acordos - pois configura como ilícita a formação de trustes, e procedimentos semelhantes -, enquanto a segunda seção trata sobre o abuso de posição dominante, visto que se trata da formação de monopólios. De um modo mais sensível ela explica que enquanto nos Estados Unidos se faz necessária a caracterização de uma posição dominante de quem pratica o ato ilícito, no Brasil não há essa necessidade para configurar a infração, basta a produção de efeitos previstos no caput do artigo 36 da Lei 12.529/2011<sup>49</sup>.

### 3.3 Breves considerações sobre o artigo 36 da Lei 12.529/11

É no art. 36 da Lei 12.529 que está concentrada as previsões de infração da ordem econômica no ordenamento jurídico brasileiro.

---

<sup>47</sup> Idem Ibidem, p.124.

<sup>48</sup> Art. 36 da Lei 12.529/11: “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(...)”

<sup>49</sup> FORGIONI, Paula A., Os Fundamentos do Antitruste, 8ª Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 122-123.

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.

No caso do inciso primeiro é bastante explícito que os objetos tutelados são a livre concorrência, e a livre iniciativa. Já foi demonstrado que estes se relacionam com a não intervenção Estatal injustificada, ou limitação no ingresso de concorrentes no mercado. Deste modo, um exemplo de medida acolhida por esse dispositivo é a vedação de acordos entre empresas que tenham o objetivo de criar obstáculos à livre iniciativa<sup>50</sup>.

Já no caso dos incisos II e IV tratam-se respectivamente da dominação do mercado e abuso da posição dominante. No caso da dominação de mercado tem-se a hipótese do monopólio. Está previsto no caput que o ato ilícito é configurado ainda que os fins não sejam alcançados. Pensar nesta ausência de se chegar aos fins, dentro da dinâmica de formação de um monopólio é fundamental, visto que, neste processo, concorrentes serão eliminados do mercado. No caso do abuso da posição dominante, há algumas vezes, a dificuldade em se definir a conduta, pois, nem todo ato realizado por aquele que possui o domínio do mercado é ilícito. Para este caso, uma opção utilizada é a de verificar o aumento arbitrário de lucro, já que este modo de interpretar se coaduna com a disposição constitucional<sup>5152</sup>.

A previsão trazida pelo inciso III relaciona-se com a proteção do consumidor, já que este se encontra em posição de vulnerabilidade em relação aos produtores. Nesse processo o desenvolvimento de práticas anticoncorrenciais reflete nos consumidores, pois podem ter a oferta de produtos reduzida, ou ainda, a ausência de controle nos preços.

## **4 Aplicação do instituto da *sham litigation* no direito brasileiro**

### **4.1 Breves considerações sobre a evolução da *sham litigation* no Brasil**

<sup>50</sup> FORGIONI, Paula A., **Os Fundamentos do Antitruste**, 8ª Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 146-137

<sup>51</sup> Idem Ibidem. p.137-139.

<sup>52</sup> No art. 170, V da Constituição Federal de 1988 está prevista a defesa do consumidor, previsão esta, que é reiterada como objetivo da Lei 12.529/11, deste modo o poder de arbitrariamente controlar o lucro sobre o produto pode apresentar grande risco ao consumidor. Por esta razão este exemplo demonstra um ilícito daquele que detém a posição dominante.

Não se verifica nos processos administrativos do CADE uma quantidade expressiva de debates sobre *sham litigation*. Apesar disso, nos processos em que a temática foi debatida, já é possível perceber qual a perspectiva que o CADE possui sobre a temática.

Um processo importante para compreender a evolução do pensamento desenvolvido pelo CADE é o caso SINPETRO (Processo Administrativo nº 08000.024581/1994-77). Nesse processo foram apresentados indícios de formação de cartel de postos de combustíveis no Distrito Federal. Os representados no processo administrativo (Gasol, Igrejinha e do Sindicato de Comércio Varejista de Derivados de Combustível e Lubrificantes do Distrito Federal – SINPETRO/DF) teriam, em conluio, planejado manter o mercado dominante impossibilitando a entrada de um concorrente no mercado, que neste caso eram postos de gasolina instalados em Supermercados da rede Carrefour. Para isso, se enviou um ofício para o Governo do Distrito Federal para impedir a abertura de novos postos em supermercados. Com isso, houve a promulgação da Lei Distrital nº 2.526/2000 vedando a instalação de postos de gasolina em estacionamentos de supermercados<sup>53</sup>.

No julgamento pelo CADE, em 2004, foi reconhecida a limitação da concorrência ao impedir a entrada de novos concorrentes. Observa-se que neste caso, essa seria uma conduta abrangida pela doutrina Noerr-Pennington, visto que teria ocorrido apenas a influência para a tomada de providências do governo<sup>54</sup>. É por esta razão que esse julgado mostra a sua importância em uma análise de evolução. Em um primeiro momento, o CADE demonstrava divergências com o pensamento desenvolvido nos tribunais dos Estados Unidos.

Um processo em que houve um profundo debate quanto à questão da *sham litigation* foi o caso Siemens VDO (Processo Administrativo nº 08012.004484/2005-51). Nele a empresa SEVA Engenharia Eletrônica acusou a empresa Siemens VDO de criar barreiras para a entrada de empresas concorrentes no mercado de tacógrafos. Para isto, a empresa Siemens teria utilizado de influência política para que fossem revogadas as portarias do Departamento Nacional de Trânsito; foram propostas diversas ações, com pedido liminar para suspender as portarias do Departamento Nacional de Trânsito; e ainda houve o convite à cartelização, para que a SEVA retirasse seu produto do mercado<sup>55</sup>.

A Secretaria de Direito Econômico (SDE) entendeu pela possibilidade da aplicação no direito brasileiro do abuso no direito de petição. Para a constatação dessa prática foi aplicado ao caso o teste PRE, e concluiu que a Siemens teria praticado *sham litigation*. No julgamento

---

<sup>53</sup> RENZETTI, Bruno P. **Tratamento do Sham Litigation no Direito Concorrencial Brasileiro à Luz da Jurisprudência do CADE**. Revista de Defesa da concorrência. CADE. vol.5. nº1. Maio/2017. p. 163.

<sup>54</sup> Idem Ibidem. p.164.

<sup>55</sup> Idem Ibidem. p.166

pelo Tribunal do CADE, o Relator, o Conselheiro Fernando de Magalhães Furlan concordou com a posição apresentada pela SDE. Os demais Conselheiros, contudo, não concordaram com o relator na questão de existir abuso no direito de petição, por esta razão houve apenas a condenação da Siemens em relação ao convite à cartelização<sup>56</sup>.

Com isso, é possível observar a introdução do pensamento da *sham litigation* no CADE. Dois anos depois desse julgamento, em 2010, é possível observar posições de conselheiros defendendo a possibilidade de aplicação da *sham litigation* no ordenamento jurídico brasileiro.

“Inexiste, de fato, qualquer óbice no ordenamento jurídico brasileiro ao reconhecimento de que o abuso do direito de ação ou petição possa configurar infração à ordem econômica(...) A fim de cumprir tal objetivo, a Lei Antitruste indicou de forma muito clara que podem constituir infração à ordem econômica “os atos sob qualquer forma manifestados”(...) expressão que engloba propositadamente todo e qualquer tipo de conduta que tenha por objeto ou possa produzir efeitos anticoncorrenciais. Dado seu claro potencial anticompetitivo, o abuso de procedimentos judiciais não pode escapar à aplicação das normas da concorrência<sup>57</sup>”

Em 2016 o CADE realizou o julgamento do caso COMGAS. Nesse processo o consórcio Gemini, formado pela Petrobrás, a White Matins Gases, e Gemini Comercialização, alegou que a empresa COMGAS estaria limitando o acesso ao mercado por meio da promoção de ações sem fundamentação, e pelo fornecimento de informação falsa às autoridades regulatórias. Em nota técnica realizada pela SDE foi recomendada a aplicação da *sham litigation*, e para isso colocava o art. 80, inciso III, como um instituto análogo a *sham*. Além disso, foi reforçada a ideia do Teste de PRE, pois o abuso só estaria configurado quando a ação não apresentasse possibilidade de sucesso, fosse utilizada como meio para atingir a concorrência. A Relatora do processo, a Conselheira Ana Frazão votou concordando com a nota técnica, e foi seguida por unanimidade pelo Plenário do CADE, verificando-se assim a aplicação da tese estadunidense em uma decisão do CADE<sup>58</sup>.

---

<sup>56</sup> Idem Ibidem. p. 168

<sup>57</sup> Voto do Conselheiro Olavo Chinaglia no julgamento do PA nº 08012.004283/2000-40, rel. Conselheiro Vinicius Marques de Carvalho, Data de Julgamento: 15/12/2010. apud. FRAZÃO, Ana. **Direito da Concorrência: pressupostos e perspectivas**, São Paulo: Saraiva, 2017.

<sup>58</sup> VINHAS, Op.cit.

## 4.2 Análise do Processo do ECT<sup>59</sup>

Explorando a temática da *sham litigation* e sua aplicação no Brasil, será realizada a análise do processo administrativo nº 08700.009588/2013-04 proposto junto ao CADE. Neste processo o Sindicato das Empresas de Transportes de Carga de São Paulo e Região (Setcesp) ofereceu uma representação em desfavor da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT). Houve a alegação de que os Correios estavam praticando condutas anticoncorrenciais com a finalidade estender o monopólio sobre o serviço de entrega de cartas.

### 4.2.1 A representação

A primeira parte a ser analisada será a representação oferecida pela Setcesp. Logo na qualificação é colocado que a razão da representação é a conduta de abuso da posição dominante pela ECT<sup>60</sup>.

Em um primeiro momento a Setcesp para demonstrar o abuso da posição dominante realizada pelo ECT explica sobre os mercados reservados, e não reservados nos serviços postais. Essa explicação ocorre para informar a existência de um monopólio definido por lei que prevê certos tipos de serviços postais que só podem ser realizados pela ECT. Esta previsão encontra-se na Lei 6.538/78. Inclusive como esta lei é anterior à Constituição de 1988, houve um questionamento sobre a sua recepção, visto que esta previsão de exclusividade poderia ferir a previsão do artigo 170 da Constituição de 1988. Essa questão sobre a constitucionalidade ou não da lei não chegou a ser apresentada no processo, pois já existe um entendimento sobre a constitucionalidade da lei definida pelo STF no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 46-7/DF.

A Lei 6.538/78 faz a seguinte previsão quanto a questão do monopólio da ECT:

“Art. 9º - São exploradas pela União, em regime de monopólio, as seguintes atividades postais:

I - recebimento, transporte e entrega, no território nacional, e a expedição, para o exterior, de **carta e cartão-postal**;

II - recebimento, transporte e entrega, no território nacional, e a expedição, para o exterior, de **correspondência agrupada**;

<sup>59</sup> BRASIL. CADE. Processo Administrativo nº 08700.009588/2013-04. Conselheira Relatora Polyanna Ferreira Silva Vilanova. Disponível em: < [https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/mdpesqprocessoexibir.php?2pXoYgv29q86RnfAe4ZUaXIR37gVxEWL1JeBRtUggOwvr6Zlwydl0IhRNSr2Q221BvYKByYDYwsa13\\_JxqC4HRMB0nKkMcpGxjaL8KKjOX8ankN1DRW\\_g7jYePH](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/mdpesqprocessoexibir.php?2pXoYgv29q86RnfAe4ZUaXIR37gVxEWL1JeBRtUggOwvr6Zlwydl0IhRNSr2Q221BvYKByYDYwsa13_JxqC4HRMB0nKkMcpGxjaL8KKjOX8ankN1DRW_g7jYePH)>. Acesso em: 07/05/19

<sup>60</sup> BRASIL. CADE. Processo Administrativo nº 08700.009588/2013-04. Volume 1. Representação. Todos os demais parágrafos desse subtópico foram extraídos dessa referência, que se encontra disponível no site da nota de rodapé 57.

III - **fabricação, emissão de selos** e de outras fórmulas de franqueamento postal.

(...)

§ 2º - Não se incluem no regime de monopólio:

- a) transporte de carta ou cartão-postal, efetuado entre dependências da mesma pessoa jurídica, em negócios de sua economia, por meios próprios, sem intermediação comercial;
- b) transporte e entrega de carta e cartão-postal; executados eventualmente e sem fins lucrativos, na forma definida em regulamento.<sup>61</sup>

Com esta previsão observa-se que os Correios tem exclusividade sobre algumas atividades postais. Nas hipóteses em que não há a previsão de monopólio pode ocorrer a sua atuação, contudo concorrendo com outras empresas. É justamente nas hipóteses de concorrência que ocorreria a conduta antitruste da ECT.

Complementando a previsão do art. 9º é realizada a definição dos termos usado.

Art. 47 - Para os efeitos desta Lei, são adotadas as seguintes definições:

CARTA - objeto de correspondência, com ou sem envoltório, sob a forma de comunicação escrita, de natureza administrativa, social, comercial, ou qualquer outra, que contenha informação de interesse específico do destinatário.

CARTÃO-POSTAL - objeto de correspondência, de material consistente, sem envoltório, contendo mensagem e endereço.

CORRESPONDÊNCIA - toda comunicação de pessoa a pessoa, por meio de carta, através da via postal, ou por telegrama.

CORRESPONDÊNCIA AGRUPADA - reunião, em volume, de objetos da mesma ou de diversas naturezas, quando, pelo menos um deles, for sujeito ao monopólio postal, remetidos a pessoas jurídicas de direito público ou privado e/ou suas agências, filiais ou representantes.

ENCOMENDA - objeto com ou sem valor mercantil, para encaminhamento por via postal.

OBJETO POSTAL - qualquer objeto de correspondência, valor ou encomenda encaminhado por via postal.

PEQUENA ENCOMENDA - objeto de correspondência, com ou sem valor mercantil, com peso limitado, remetido sem fins comerciais.<sup>62</sup>

---

<sup>61</sup> BRASIL. Lei 6.538/78, de 22 de junho de 1978. Dispõe sobre os Serviços Postais. Brasília,DF. Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L6538.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6538.htm)>. Acesso em:07/05/19.

<sup>62</sup> BRASIL. Lei 6.523/78. Op. Cit

A Setcesp, então, apresenta quais seriam as condutas realizadas pelo ECT que caracterizariam o comportamento antitruste. Como bem sintetizadas na análise realizada pela coordenadora geral de análises antitruste, na nota técnica nº 403, essas seriam as condutas:

- “(i) Propositura de ações judiciais com o objetivo de aumentar os custos de empresas de logística e distribuição concorrentes e fazer cessar suas atividades nos segmentos não exclusivos, sob o argumento de violação do monopólio postal. (esta conduta seria caracterizada como abuso do direito de petição);
- (ii) Intimidação de rivais e de clientes por meio da expedição de notificações extrajudiciais a clientes que se utilizam de meios alternativos para a entrega de objetos que não se enquadrariam no monopólio legal. A Representada estaria, portanto, supostamente tentando albergar, por exemplo, pequenas encomendas no conceito de cartas para forçar a saída de agentes do mercado de encomendas expressas de pequeno porte;
- (iii) Adoção de práticas discriminatórias em relação às empresas de logística e distribuição. o representante alega que a ECT estaria adotando preços menores e oferecendo condições mais benéficas para clientes-consumidores em relação aos preços e condições oferecidas a clientes-concorrentes para realizar serviços alegadamente concorrentes.<sup>63</sup>”

Sobre essas condutas, observa-se que um dos argumentos utilizados para a configuração do abuso do direito de petição seria a propositura de ações, sem fundamentações, como objetivo de aumentar os custos das empresas concorrentes.

A análise apresentada pelo Autor da representação demonstra que no TRF da 1ª e da 3ª região teriam cerca de três mil processos envolvendo o ECT com a suposta defesa de seu monopólio. Além disso, em um parecer desenvolvido por Paulo Furquim de Azevedo, por solicitação do autor, os Correios apresentam um percentual de 36% de êxito nas Sentenças, considerando uma determinada amostra. Depois da demonstração desses dados quantitativos são citados alguns processos em que o ECT havia judicializado requerendo o reconhecimento do monopólio do serviço postal em objeto e houve a improcedência do pedido. Desses processos destaca-se o de nº 0005294-32.2009.4.03.6100 - ECT vs. Estado de São Paulo, e Portal Express Transportes Rápidos LTDA -ME, no qual a ECT litigava pela anulação sobre o contrato realizado entre o Estado de São Paulo e a empresa Portal, por meio de pregão. Este contrato tinha como objeto a contratação de serviços de moto para transportar

---

<sup>63</sup>BRASIL. CADE. Processo Administrativo nº 08700.009588/2013-04. vol. 4. p. 624 Disponível em: <[https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?i4i2q-cDIHOXFW-U1UIZGsi1sKt-bSyYoPuKfr1F\\_h\\_xAysgMoW8qxOWuaZcMsZW0gV6URo8nOTIZ5An2dt9oBGwDAmxWmLhYITvec0Z4v1Ksf9Rv-Z\\_cHpHeei6lo1l](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?i4i2q-cDIHOXFW-U1UIZGsi1sKt-bSyYoPuKfr1F_h_xAysgMoW8qxOWuaZcMsZW0gV6URo8nOTIZ5An2dt9oBGwDAmxWmLhYITvec0Z4v1Ksf9Rv-Z_cHpHeei6lo1l)>. Acesso em: 07/05/19.

correspondências, documentos e pequenos volumes. Na sentença deu provimento parcial ao mérito, impugnando parte do contrato no que tangia o monopólio, e a manutenção do contrato na parte não viciada.

Outro argumento apresentado para aduzir a prática de abuso no direito de petição é no sentido de que ingresso de ações do judiciário aumenta o custo das empresas que figuram o polo passivo dessas demandas. Esse mesmo custo oferecido aos concorrentes atinge a ECT por causa das vantagens processuais que possui, servindo, então, como mais um fator de distanciamento entre ela e os demais concorrentes.

O primeiro benefício processual apresentado é relativo a isenção de custas processuais previsto no art. 12 do Decreto-Lei nº 509/1969. Apesar de ser anterior à Constituição de 1988, também já foi admitida pela jurisprudência do STJ e STF a sua não revogação.

Art. 12 - A ECT gozará de isenção de direitos de importação de materiais e equipamentos destinados aos seus serviços, dos privilégios concedidos à Fazenda Pública, quer em relação a imunidade tributária, direta ou indireta, impenhorabilidade de seus bens, rendas e serviços, quer no concernente a foro, prazos e custas processuais.<sup>64</sup>

Além deste foram destacados a execução por precatório, tendo em vista a impenhorabilidade e inalienabilidade dos bens da ECT; prazo em dobro para recorrer; Dispensa do depósito prévio, quando necessário para a interposição de recursos.

#### 4.2.2 Parecer técnico da Superintendência do CADE e do Ministério Público Federal

Apresentados os argumentos presentes na representação, há dois pontos fundamentais no decorrer do processo que versam sobre a *sham litigation*, a primeira delas é uma nota técnica (Nº 1/2016/CGAA4/SGA1/SG/CADE) utilizada em todo o decorrer do processo. A outra é um parecer técnico realizado pelo Ministério Público Federal (21/2018/MBL/MPF/CADE).

No caso da Nota Técnica nº 1/2016<sup>65</sup>, é realizada uma análise para verificar se no caso concreto houve abuso no direito de petição com consequências anticoncorrenciais. Para isso foi feito um levantamento das ações judicializadas pelo ECT, metodologicamente divididas em 4 tópicos definidos pelo objeto do processo. Nessa divisão havia o bloco A com as ações

---

<sup>64</sup> BRASIL. Lei 6.538/78, de 22 de junho de 1978. Dispõe sobre os Serviços Postais. Brasília, DF. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L6538.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6538.htm). Acesso em 07/05/19.

<sup>65</sup> BRASIL. CADE. Processo Administrativo nº 08700.009588/2013-04. Nº 1/2016/CGAA4/SGA1/SG/CADE. Os demais parágrafos desse subtópico, até a próxima referência, foram extraídos dessa referência, que se encontra disponível no site da nota de rodapé 57.

nas quais era reivindicado o monopólio sobre a entrega de cartões magnéticos e talões de cheque; o bloco B, reivindicando o monopólio sobre licitação para contratação de motofrete; o bloco C, reivindicando o monopólio sobre a entrega de leitura do hidrômetro/medidor de consumo com emissão e entrega imediata (sem postagem) de fatura de conta de água/luz; e o bloco D, a entrega, por meios próprios, de cobrança tributária.

Divididos os grupos, são aplicados dois testes previstos na jurisprudência dos Estados Unidos, o PRE, e o POSCO. No caso do teste PRE, há a necessidade de realização de uma análise detalhada sobre o processo. Para isso, foram escolhidos três processos. No primeiro desses processos (Processos nº 0003969-85.2010.4.03.6100, Justiça Federal de São Paulo (3ª Região), a ECT ingressou com a ação em face da Texlog requerendo a inclusão de documentos bancários e títulos de crédito no conceito de carta. No primeiro grau a sentença julgou o pedido parcialmente procedente, não considerando título de crédito como carta, mas determinando que fosse cessado a distribuição de cartas e serviços postais atribuídos com exclusividade ao ECT. A ECT recorreu e conseguiu em segundo grau a inclusão de títulos de crédito como carta. Deste acórdão a Texlog interpôs embargos de declaração alegando litispendência com ações anteriores, que foi acatado ocasionando a extinção do processo. O segundo processo analisado também coloca um caso de litispendência.

No terceiro processo (Processo nº 0003570-40.2004.4.04.7005, Justiça Federal do Paraná (4ª Região)) os réus eram padres da Igreja Católica e entregavam cartas aos paroquianos em datas especiais. A ETC alegou violação de seu monopólio nessas entregas. As cartas enviadas pelos padres eram esporádicas e sem fins lucrativos, enquadrando-se assim na previsão do art. 9º, §2º, alínea b da Lei 6.538/78<sup>66</sup>. Esse entendimento de não monopólio foi o reconhecido pelo Tribunal.

No caso do método POSCO sua finalidade é verificar a existência de ações com baixa probabilidade de provimento favorável, de modo que acabe gerando custos aos concorrentes que não obrigados a integrar a lide como réus. Para isto parte da análise se baseia em percepções quantitativas. Destaca-se ainda que, para esta análise foram utilizados dados fornecidos pela Representada e pelo Representado.

No caso dos Blocos de ações A e B há um número expressivo de ações favoráveis. No Bloco A foram analisadas 45 ações, das quais, 78% foram favoráveis, e 5% foram acordos judiciais. No bloco B foram analisadas 81 ações, das quais, 57% foram favoráveis, sem a realização de acordos. Já no caso dos blocos C e D há uma mudança nos percentuais, de modo

---

<sup>66</sup> b) transporte e entrega de carta e cartão-postal; executados eventualmente e sem fins lucrativos, na forma definida em regulamento.

que eles não são mais expressivos. No bloco C de um total de 52 ações, 13% foram favoráveis, e 2% referente a acordo judicial. No bloco D de 103 ações, 23% foram favoráveis<sup>67</sup>.

No método POSCO não existe de modo objetivo um percentual que indique que os ajuizamentos são utilizados como uma litigância abusiva anticompetitiva. Por esta razão é necessário observar pontos qualitativos da demanda.

No caso do bloco C, faturas com emissão imediata na aferição de consumo de água ou luz, foi entendido que nos casos favoráveis não foi explorada nenhuma outra questão além da existência do monopólio, sem apresentar outros argumentos jurídicos, ou de ordem econômica. Nos casos desfavoráveis percebe-se a existência de uma argumentação de cunho econômico com a fundamentação de que seria desnecessária a etapa postal. Nos processos do bloco D, a cobrança de tributos por meios próprios, também se observa que o único argumento oferecido pela ECT é referente ao monopólio. Nas decisões desfavoráveis argumenta-se a questão jurídica que conforme previsto no Código Tributário Nacional a responsabilidade pelo lançamento tributário é privativa à autoridade administrativa que constitui o crédito tributário<sup>68</sup>, e a entrega seria parte do procedimento de constituição do crédito tributário.

Nesta nota técnica, a promoção dessas ações foi entendida com o abuso do direito de petição causando prejuízos de cunho econômico e restritivo aos concorrentes. Esta nota técnica foi a opinião final da Superintendência Geral, em que, além de recomendar a condenação da ECT, sugeriu medidas preventivas, como obrigar a ECT a cessar o ajuizamento de ações referentes a impugnação de editais de licitação; enviar para os processos judiciais em andamento sobre monopólio estatal informações sobre o processo administrativo, isso no que se refere a matéria pertinente a *sham litigation*. A ECT ainda foi condenada por outras condutas que fogem ao escopo do presente trabalho.

Por outro lado, no parecer técnico realizado pelo Ministério Público Federal houve o posicionamento de que não teria se configurado a *sham litigation*. Um primeiro ponto apresentado é quando da exposição do método PRE, no qual, é citada o processo nº 0003570-

---

<sup>67</sup> Cabe destacar que nos casos de provimento parcial do pedido este seria contabilizado como favorável quando o objeto do monopólio era reconhecido. Caso contrário este é contabilizado como desfavorável.

<sup>68</sup> “Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.” in. BRASIL. **Código Tributário Nacional**. Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15172.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172.htm)>. Acesso no dia 07/05/19.

40.2004.4.04.7005, no qual os réus eram padres da Igreja Católica. Neste caso, a ação dos correios não teria como se configurar como uma conduta anticompetitiva, pois tanto nesse caso, quanto os dos blocos C e D ainda existem imprecisões na legislação e na jurisprudência que justifica o ajuizamento das ações. Um fato que confirma isso, é a existência de decisões favoráveis. Neste caso, quando se fala sobre questões de imprecisões observa-se que o objeto das ações permeia a discussão sobre qual seria a definição do que é carta. Com isso é legítima a atuação da ECT perante o judiciário, em que, apresenta uma interpretação que lhe seja mais favorável. Ainda, sobre a argumentação de que com os benefícios processuais a ETC pode causar ilícitos, o MPF defende que esta é uma definição de seu próprio regime jurídico, e pensar este benefício como algum tipo de abuso, poderia, então, entender-se que em qualquer processo a ETC estaria cometendo um ilícito. Apesar de não configurar a *sham litigation* ao caso, o MPF sugeriu a condenação da ECT por outras condutas realizadas<sup>69</sup>.

#### 4.2.3 Suspensão do processo administrativo por Termo de Compromisso de Cessação

Depois da análise da Nota Técnica nº 8/2017/CGAA4/SGA1/SG/CADE (SEI nº 0317905) houve um parecer emitido pela ProCADE (Procuradoria Federal Especializada junto ao CADE), no qual, foi sugerida a condenação da ECT, e foi recomendada a adoção de remédios, para que a ECT assumisse o compromisso de cessação das supostas práticas. Houve de fato a realização do Termo de Compromisso de Cessação<sup>70</sup>, nele os Correios acordou em pagar R\$ 21,9 milhões de contribuição pecuniária, e cessar práticas que haviam sido consideradas anticoncorrenciais. Dentre as práticas cessadas, a que possui relação com a temática da *sham litigation* é a de não propositura de novas ações com as temáticas sobre a emissão imediata das faturas de luz e água, e cobranças de natureza tributária até que ocorra a decisão definitiva do STF sobre a temática<sup>71,72</sup>.

---

<sup>69</sup> BRASIL. CADE. Processo Administrativo nº 08700.009588/2013-04. Parecer nº21/2018/MBL/MPF/CADE. Disponível no site da nota de rodapé 57.

<sup>70</sup> O Termo de Compromisso de Cessação é previsto no art. 85 da Lei 12.529/11, e no art. 184 do regimento interno do CADE. É um tipo de acordo no qual o processo fica suspenso, desde que seja cumprido os termos.

<sup>71</sup> É o julgamento do Recurso Extraordinário nº 667958, que fixará o tema 527 - Serviço de entrega de guias ou boletos de cobrança realizado diretamente pelo ente federativo interessado em face do monopólio da União.

<sup>72</sup> BRASIL. CADE. Processo Administrativo nº 08700.003188/2018-08. Processo com o Termo de Compromisso de Cessação de Conduta. Disponível em: <[https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_processo\\_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcaM0jcy13fwYoi9jIWDhN44P08Xs0-wBxSu6TntDxIDj](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcaM0jcy13fwYoi9jIWDhN44P08Xs0-wBxSu6TntDxIDj)>. Acesso em: 07/05/19

## CONCLUSÕES

Em uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico brasileiro é possível admitir a aplicação do instituto da *sham litigation* no Brasil. O primeiro ponto que permite este pensamento é referente ao direito de petição. O direito de petição apesar de se tratar de um direito fundamental previsto no artigo 5º da Constituição Federal, não é irrestringível. Há situações da realidade que geram conflitos entre direitos, e em sua resolução, por muitas vezes ocorrerá restrições em um dos direitos.

A outra previsão que contribui para o entendimento da recepção da *sham litigation* no Brasil é a ideia do abuso de direito e previsões sobre formas de se coibir. Especificamente no caso do abuso de direito de petição, o desvio da função do direito encontra-se em sua própria origem. De igual modo, o abuso do direito de petição anticoncorrencial, apresenta como finalidade no exercício do direito de petição a práticas de condutas ilícitas contra concorrentes, e não a busca por uma solução fornecida pelo Estado ao litígio apresentado.

Para completar a análise sistemática há a previsão Constitucional da livre concorrência, e livre iniciativa. Estes são os princípios prejudicados como consequência da prática no abuso do direito de petição. Essa prática pode resultar na destruição de concorrentes, ou bloquear o acesso ao mercado. É com a junção desses três entendimentos que é possível entender a possibilidade de recepção da *sham litigation* pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Já no caso do processo estudado, no qual, a Setcesp apresentou representação em desfavor de ECT, há uma concordância com o parecer formulado pelo Ministério Público Federal, no sentido de afirmar que não houve configuração da *sham litigation* na conduta da ECT. Na realização do teste POSCO realizado, parte dos processos apresentavam vitória processual. Ainda relativo aos casos em que a vitória processual era pouco expressiva, constata-se que não se pode afirmar que havia a inexistência de indícios sobre a possibilidade de ganhar o litígio. Apesar da previsão do artigo 47 da Lei 6.523/78 definir o que seria considerado como carta, ainda existe no mundo dos fatos dúvidas sobre o devido enquadramento na previsão. É por esta razão que não se pode considerar a litigância realizada pelo ECT como fraudulenta, pois verifica-se a existência de necessidade sobre o resultado do processo.

Com a legitimidade do interesse processual verificado nos processos interpostos pela ECT, não se pode considerar seus benefícios processuais um fator de indício de abuso processual, pois trata-se de uma prerrogativa de sua natureza.

De todo modo, apesar do entendimento apresentado, o Termo de Compromisso de Cessação ao ajustar como conduta a não propositura de novas ações com as temáticas sobre a emissão imediata das faturas de luz e água, e cobranças de natureza tributária até que ocorra a decisão definitiva do STF sobre a temática. Com isso, há uma restrição ao direito de petição, o que demonstra na atividade do CADE uma recepção da ideia de *sham litigation* cada vez mais forte.

## REFERÊNCIAS

BARBOSA S., Osório Silva. **Direito Constitucional de Petição: exercício da cidadania.** Brasília: ESMUP, 2016.

BOVINO, Marcio Lamonica. "A falta de interesse processual pelo abuso do direito de demandar na tutela individual: aspectos teóricos e práticos." (2011). Disponível em: <<https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/5594/1/Marcio%20Lamonica%20Bovino.pdf>>

BRASIL, CADE, 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., Disponível em: <[BRASIL. CADE. Processo Administrativo nº 08700.009588/2013-04. Conselheira Relatora Polyanna Ferreira Silva Vilanova. Disponível em: <\[BRASIL. CADE. Processo Administrativo nº 08700.009588/2013-04. vol. 4. p. 624 Disponível em: <\\[>\\]\\(https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?j4i2q-cDIHOXFW-U1U1ZGsi1sKt-bSyYoPuKfr1F\\_h\\_xAysgMoW8qxOWuaZcMsZW0gV6URo8nOTIZ5An2dt9oBGwDAmxWmLhYITvec0Z4v1Ksf9Rv-Z\\_cHpHeei6lo1l\\)>\]\(https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\_pesq\_processo\_exibir.php?2pXoYgv29q86RnfAe4ZUaXIR37gVxEWL1JeBRtUgqOwvr6Zlwydl0IhRNSr2Q22lByVKByYDYwsa13\_JxqC4HRMBOnKkMcpGxjaL8KKjOX8ankN1DRW\_g7jYePH></a>></p>
</div>
<div data-bbox=\)](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcVEVIdV6bT_4w0SWXjr1z9su9V4Buzzv9Nb3fB4520Zl.></a>></p>
</div>
<div data-bbox=)

BRASIL. **Código Civil.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>.

BRASIL. **Código de Processo Civil.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>.

BRASIL. **Código Tributário Nacional.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15172.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172.htm)>.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>

BRASIL. Lei 6.538/78, de 22 de junho de 1978. Dispõe sobre os Serviços Postais. Brasília, DF. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L6538.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6538.htm).

CADE. Processo Administrativo nº 08012.001594/2011-18. NOTA TÉCNICA Nº 17/2016/CGAA3/SGA1/SG/CADE. Disponível em: <[https://www.jota.info/wp-content/uploads/2016/05/Nota\\_Tecnica\\_IABR.pdf](https://www.jota.info/wp-content/uploads/2016/05/Nota_Tecnica_IABR.pdf)>

CARVALHO E S. Clara. **Sherman Act: Histórico e Definição**. Disponível em: <[https://www.academia.edu/34968545/Sherman Act Hist%C3%B3rico e Defini%C3%A7%C3%A3o](https://www.academia.edu/34968545/Sherman_Act_Hist%C3%B3rico_e_Defini%C3%A7%C3%A3o)>.

CASAGRANDE, Paulo L., **Cooperação e Concorrência: desafios para a política antitruste no Brasil**. Tese (Doutorado em Direito Econômico) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014

CORDEIRO, Rodrigo A. **Poder Econômico e Livre Concorrência: Uma análise da concorrência na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Tese (Mestrado em Direito Político e Econômico) – Universidade Presbiteriana Mackenzie . São Paulo, 2007.

DEPARTMENT OF JUSTICE. **History Of The Antitrust Division**. Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/history-antitrust-division>>.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, **Constitution of the United States**, disponível em: <http://www.uel.br/pessoal/jneto/gradua/historia/recdida/ConstituicaoEUAREcDidaPESSOALJNETO.pdf>.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, **Constitution of the United States**. Disponível em: <<https://constitutionus.com/>>.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Corte de Apelação, Nono Circuito, C 31 F.3d 800, 810-11 (9th Cir. 1994), julgado em 26/07/94. Disponível em: <<https://openjurist.org/31/f3d/800/uss-posco-industries-bek-v-contra-costa-county-building-and-construction-trades-council>>

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, **Declaration of Independence**. Disponível em: <<https://www.archives.gov/founding-docs/declaration-transcript>>

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, **Sherman Act**, disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/file/761131/download>>.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Suprema Corte, 381 U.S. 657, Julgado em 07/06/1965, disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/381/657/>>.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Suprema Corte, 404 U.S. 508, julgado em 13/01/1972. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/404/508/>>.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Suprema Corte, 508 U.S. 49, julgado em 03/05/93. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/508/49/>>.

FEDERAL TRADE COMMISSION. **Antitrust Laws: A brief history**. Disponível em: <[https://www.consumer.ftc.gov/sites/default/files/games/off-site/youarehere/pages/pdf/FTC-Competition\\_Antitrust-Laws.pdf](https://www.consumer.ftc.gov/sites/default/files/games/off-site/youarehere/pages/pdf/FTC-Competition_Antitrust-Laws.pdf)>

FORGIONI, Paula A., **Os Fundamentos do Antitruste**, 8ª Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015

FRAZÃO, Ana. **Direito da Concorrência: pressupostos e perspectivas**, São Paulo: Saraiva, 2017.

HEILBRONER, Robert L. **A formação da sociedade econômica**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1972

HOVENKAMP, Herbert. *Federal Antitrust Policy: the Law of Competition and its practice*, West Group, 1999.

LIMA, Alcides de Mendonça. **Abuso do direito de demandar**. REPRO 19. São Paulo, julho/setembro 1980.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 13ª Ed. São Paulo: Atlas, 2003. Ebook disponível em: <[https://jornalistaslivres.org/wp-content/uploads/2017/02/DIREITO\\_CONSTITUCIONAL-1.pdf](https://jornalistaslivres.org/wp-content/uploads/2017/02/DIREITO_CONSTITUCIONAL-1.pdf)>.

RENZETTI, Bruno P. **Tratamento do Sham Litigation no Direito Concorrencial Brasileiro à Luz da Jurisprudência do CADE**. Revista de Defesa da concorrência. CADE. vol.5. nº1. Maio/2017.

SENNA, Paula A. **O abuso de direito e a litigância de má-fé como impeditivos à marcha processual e ao resultado justo da prestação jurisdicional**. Revista de Direito Privado. vol 40. p. 9. Outubro/2009. Revista dos Tribunais Online.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e eficácia das normas constitucionais**. Revista de Direito do Estado 4. São Paulo. 2006.

SWEENY, Joanne. **“LOL no one likes you”: Protecting critical comments on government officials’ social media posts under the right to petition**. Disponível em: <<http://wisconsinlawreview.org/wp-content/uploads/2018/03/Sweeny-Camera-Ready.pdf>>.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Comentários ao Novo Código Civil**. volume III, tomo II, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.

VINHAS, Thiago C., **Sham Litigation do abuso do direito de petição com efeitos anticoncorrenciais**. Tese (Doutorado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014