

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO CENTRO DE  
CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS FACULDADE DE  
DIREITO

**O ABUSO DE DIREITO DE PETIÇÃO COM FINS  
ANTICONCORRENCIAIS E O SEU REFLEXO NO MERCADO  
FARMACÊUTICO.**

**JOÃO GABRIEL TAVARES VIEIRA SOARES**

RIO DE JANEIRO

2018/1

**JOÃO GABRIEL TAVARES VIEIRA SOARES**

**O ABUSO DE DIREITO DE PETIÇÃO COM FINS  
ANTICONCORRENCIAIS E O SEU REFLEXO NO MERCADO  
FARMACÊUTICO.**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. João Marcelo de Lima Assafim**

RIO DE JANEIRO

2018/1

## CIP - Catalogação na Publicação

T231a      Tavares Vieira Soares, João Gabriel  
              O ABUSO DE DIREITO DE PETIÇÃO COM FINS  
              ANTICONCORRENCIAIS E O SEU REFLEXO NO MERCADO  
              FARMACÊUTICO. / João Gabriel Tavares Vieira  
              Soares. -- Rio de Janeiro, 2018.  
              86 f.

              Orientador: João Marcelo De Lima Assafim.  
              Trabalho de conclusão de curso (graduação) -  
              Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade  
              de Direito, Bacharel em Direito, 2018.

              1. Direito de Petição. 2. Abuso de Direito . 3.  
              Ilícito Concorrencial. 4. CADE. 5. Medicamentos  
              Genéricos. I. De Lima Assafim, João Marcelo ,  
              orient. II. Título.

Elaborado pelo Sistema de Geração Automática da UFRJ com os  
dados fornecidos pelo(a) autor(a).

**JOÃO GABRIEL TAVARES VIEIRA SOARES**

**O ABUSO DE DIREITO DE PETIÇÃO COM FINS  
ANTICONCORRENCIAIS E O SEU REFLEXO NO MERCADO  
FARMACÊUTICO.**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. João Marcelo de Lima Assafim.**

Data da Aprovação: \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_.

Banca Examinadora:

---

Orientador

---

Membro da Banca

---

Membro da Banca

RIO DE JANEIRO

2018/1

## AGRADECIMENTOS

Após cinco anos e três meses, finalmente encerra-se o ciclo da graduação na gloriosa Faculdade Nacional de Direito, materializando-se um dos meus maiores sonhos da juventude.

Como toda jornada, esta também não fugiu das dificuldades as quais foram superadas pelos infinitos momentos prazerosos os quais pude desfrutar na universidade localizada na cidade maravilhosa.

Começo meus agradecimentos à minha amada avó Tereza, sem seu suporte e amor incondicional, jamais teria logrado êxito durante meus estudos no Rio de Janeiro. Ter sua presença durante meus dias afastou todos os demônios que a solidão poderia desenvolver, deixando minha vida completamente mais fácil. Além disso, toda sua dedicação para manter a casa em ordem, sempre pensando no bem estar meu e da minha irmã, deram toda estrutura necessária para eu me concentrar e potencializar meu interesse na faculdade.

Também agradeço a todos os meus mestres que pude conhecer na Faculdade Nacional de Direito, em especial à figura do meu orientador João Marcelo de Lima Assafim, este que abriu as portas da minha mente para a maioria intelectual e acadêmica.

Não posso deixar de ser grato às grandes amizades que desenvolvi no Rio de Janeiro, tive a companhia de pessoas de excelente nível e dos tipos mais agradáveis possíveis. Entretanto, seria injusto não destacar nominalmente meus amigos Otávio Lobo e Bruno Peigo. Meu amigo, com a proximidade dos grandes animais selvagens, além de grande companheiro de trabalho, é uma das pessoas a qual eu mais confio e possuo liberdade para compartilhar meus segredos e minhas ideias. Sem ele, seria muito difícil sair do purgatório dantesco o qual de vez em sempre eu insisto em frequentar. O segundo e, não menos importante, possui a qualidade incomparável de misturar carisma, humor, intelectualidade e sinceridade em uma mesma pessoa, impossível não se sentir bem na presença desse indivíduo. Nosso trio foge completamente do conviver prosaico de outras pessoas, possuindo uma relação de amizade intensa que tenho certeza que transcenderá a eternidade.

Também necessito destacar meus amigos das gerais, com especial carinho ao meu amigo Diogo Couto e a “mi amigo” Marlon Marcelo. Ao primeiro sou eternamente grato por ter me dado um dos conselhos mais valiosos dos últimos anos em relação a uma tomada de decisão que mudou

minha vida para sempre. Enquanto, o meu brasileiro-colombiano sempre me encantou com sua simplicidade e genialidade, me ajudando a evoluir em aspectos inigualáveis.

Um agradecimento mais que especial é destinado, ao meu pai Zoroastro, homem o qual julgo superior aos grandes indivíduos da humanidade, tanto na história real, quanto nas fantasias escritas em papel impresso. O meu guerrilheiro de modo frequente estendeu suas mãos quando mais precisei e seus conselhos possuem uma precisão cirúrgica para o meu desenvolvimento como ser humano. Não tenho dúvidas que entre as pessoas que frequentam o plano terrestre, Zoca é o meu principal modelo de vida.

Mesmo não sendo citados de modo mais efusivo, agradeço a todos os meus familiares, com o mesmo amor e gratidão expressada acima. Passando pelos os meus dois irmãos José e Paulo e minha irmã Júlia, chegando à figura dos meus avós, tios, primos, madrasta e todas as pessoas que a vida transformou em meus parentes queridos.

Encerro esse breve texto agradecendo a minha amada mãe, talvez a maior força motriz para que eu chegasse a essa universidade e ser a pessoa a qual me tornei. O amor e a saudade que sinto por ela possui uma dimensão inigualável, sendo impossível comparar com qualquer aspecto material ou espiritual dada até esse dia. Penso todos os dias na minha querida “super mamãe” e tenho certeza que do plano divino, com seu sorriso cheio de orgulho, está provendo por essa minha vitória.

Espero contar com todas essas pessoas nos meus próximos desafios, tenho certeza que com todo esse afeto não necessito temer qualquer coisa e poderei alcançar meus novos sonhos e objetivos.

## RESUMO

O Direito constitucional de petição é uma faculdade jurídica que goza, definitivamente, de grande proteção no ordenamento jurídico brasileiro. Esse direito está intimamente ligado com o princípio de acesso à justiça, conferindo a qualquer cidadão o poder de ter avaliado de modo satisfatório pelo judiciário ou em instâncias administrativas suas pretensões. A problemática da questão insurge-se a partir do momento que determinados indivíduos, também conhecidos como agentes econômicos, valem-se dessa prerrogativa constitucional de modo abusivo, utilizando ela somente com a pretensão de excluir um concorrente do mercado, criando monopólios indevidos e, assim, distorcendo o processo de formação de preço. Essa questão atinge setores sensíveis da sociedade, como o setor de medicamentos farmacêuticos, discussão esta central da monografia. O presente trabalho, assim, irá discorrer acerca do abuso de direito de petição e como o ordenamento jurídico brasileiro possui condições de solucionar determinada controvérsia pela autoridade antitruste nacional. Portanto, será demonstrado desde a influência norte americana em relação ao CADE com o uso de *sham litigation*, até a análise do caso Eli Lilly para indicar como essa matéria em questão anda sendo tratada.

Palavras-Chave: Direito de Petição- Abuso de Direito - Ilícito Concorrencial- CADE- Medicamentos Genéricos

## **ABSTRACT**

The constitutional law of petition is receiving a greater protection in the Brazilian legal system. This right is closely linked to the principle of access to justice, giving every citizen the power to have satisfactorily assessed the judiciary or administrative courts to its claims. The problem of the issue for a moment from the individual momentum, also known as agents economic, is thus constitutional prerogative of abusive mode, using it only with a pretension to exclude a competitor from the market, creating undue monopolies and, thus, distorting the process of price formation. This makes society, like the pharmaceuticals sector, move to the center of the monograph. The present paper will thus address the abuse of law and petition and the order that the citizen can act in situations of controversy by the national antitrust authority. In this way, it will be possible to obtain a US action against CADE with the use of sham litigation, up to an analysis of the Eli Lilly case to indicate how this matter in question and be treated

Key-Words: Right of Petition- Abuse of Right- Antitrust Infringement- CADE- Generic Drugs.



## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>11</b>
<b>1. A EVOLUÇÃO NORMATIVA DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL</b> .....	<b>14</b>
1.1 Precedentes legislativos até a chegada da Lei 12.529/11 .....	14
1.2 A Lei 12.529/2011 .....	18
<b>2. ASPECTOS SOCIOECONÔMICOS DA CONCORRÊNCIA E DOS MEDICAMENTOS GENÉRICOS</b> .....	<b>19</b>
2.1. Função da Concorrência para a Economia.....	20
2.2. Os direitos de propriedade industrial para incentivo da inovação.....	23
2.3. Aspectos sociais dos medicamentos genéricos no Brasil .....	25
<b>3. EXPERIÊNCIA INTERNACIONAL. O ABUSO DE DIREITO NA ÓTICA NORTE AMERICANA: SHAM LITIGATION</b> .....	<b>27</b>
3.1 Breves considerações sobre o direito antitruste norte americano.....	27
3.2 Precedentes norte-americanos acerca de Sham Litigation: A Noerr Pennington Doctrine.....	29
3.2.1 <i>Eastern Railroad Presidents Conference v. Noerr Motor Freight</i> .....	30
3.2.2 <i>United Mine Workers of America v. Pennington</i> .....	32
3.3 A Exceção de Sham Litigation.....	33
3.3.1 <i>California Motor Transport Co. v. Trucking Unlimited</i> .....	33
3.3.2 <i>Walker Process Equipment Inc. v. Food Machinery &amp; Chemical Corp</i> .....	35
3.3.3 <i>Allied Tube &amp; Conduit Corp. v. Indian Head, Inc</i> .....	36
3.4 Professional Real Estate Investors v. Columbia Pictures- A criação do teste PRE e seus debates.....	39
3.5 <i>USS-POSCO Industries v. Contra Costa County</i> .....	42
<b>4. SISTEMA BRASILEIRO. O ABUSO DE DIREITO E SEUS DESDOBRAMENTOS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA</b> .....	<b>44</b>
4.1 O Princípio de Acesso à Justiça.....	44
4.2 O Direito de Petição.....	45
4.3 Noção sobre Abuso de Direito.....	48
4.4 Litigância de Má-fé.....	50
4.5 Responsabilidade Civil: O Abuso de Direito como um ato ilícito.....	51
4.6 A aplicação do art. 36 da lei 12.529/2011.....	52

4.7	Histórico de casos de abuso de direito no CADE.....	55
4.7.1	Caso SINPETRO.....	56
4.7.2	Caso Ediouro.....	58
4.7.3	Caso Baterias Moura.....	60
4.7.4	Caso Siemens VDO.....	61
4.7.5	Caso ShopTour.....	64
<b>5.</b>	<b>O ABUSO DE DIREITO DE PETIÇÃO NO SETOR FARMACÊUTICO: CASO ELI LILLY</b>	
5.1	Caso Eli Lilly.....	67
5.2	Análise de Mérito.....	70
5.2.1	Depósito da patente e ajuizamento da Ação nº 2001.51.01531698-3.....	70
5.2.2	A alteração do escopo do pedido de Patente.....	71
5.2.3	Omissões de informações relevantes pela representada e obtenção de monopólio indevido.....	72
5.2.4	Fórum Shopping.....	74
5.2.5	Reconvenção da Eli Lilly na ação nº 583.02.2007.14.881-5 promovida pela Sandoz.....	75
5.2.6	Efeitos lesivos à concorrência e condenação.....	75
	<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>77</b>
	<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>79</b>

## INTRODUÇÃO

O trabalho monográfico possuirá como tema geral o direito concorrencial, este que é utilizado pelo o Estado contemporâneo com o intuito de promover políticas públicas as quais reprimam o abuso do poder econômico e tutele a livre concorrência<sup>1</sup>.

O recorte epistemológico dado pela obra será investigar acerca do abuso de direito utilizados com os fins anticoncorrenciais. Seguindo essa linha, a monografia dará mais enfoque acerca desse ato ilícito no setor de patentes farmacêuticas.

O interesse sobre escrever acerca dessa temática surgiu a partir de perceber que o exercício do direito de ação é legítimo quando o autor pretende buscar os meios adequados para a obtenção da prestação jurisdicional que garanta seu direito na melhor forma possível, mas pode configurar um ilícito quando utilizado para dissimular estratégia anticompetitiva, tendente à eliminação da concorrência<sup>2</sup>. Assim, cria-se a situação problemática em que determinados agentes econômicos, valendo-se do seu direito constitucional de peticionar e de acesso à justiça, litigam de modo predatório ou fraudulento a fim de eliminar seus respectivos competidores.<sup>3</sup> Preocupações são, portanto, abertas, pois estes atos impõem barreiras à entrada frente a outras sociedades empresárias, criando deformações no sistema concorrencial<sup>4</sup>. Desse modo, como consequência, afeta negativamente no processo de formação de preço e desestimula novos players a inovarem, afetando diretamente o consumidor final, este que deve ser a maior preocupação de assistência promovida pelo direito da concorrência.<sup>5</sup>

Em busca de propor uma solução desse problema surge a hipótese de resposta provisória de que baseando-se na noção de abuso de direito no ordenamento jurídico brasileiro, juntamente com o princípio da boa-fé objetiva e dos artigos que coíbem condutas anticompetitivas da lei 12.529/2011, pode-se afirmar que o direito pátrio é preparado para combater esse ato ilícito.

---

<sup>1</sup> FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**, p. 29

<sup>2</sup> Voto da Conselheira Ana Frazão no Processo Administrativo nº 08012.011508/2007-91

<sup>3</sup> BARBOSA, Denis; SALGADO E SILVA, Lucia Helena; ZUCULOTO, Graziela; **Litigância Predatória no Brasil**, disponível em: [http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/6796/1/Radar\\_n22\\_Litig%C3%A2ncia.pdf](http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/6796/1/Radar_n22_Litig%C3%A2ncia.pdf) p.1-11.

<sup>4</sup> ASSAFIM, João Marcelo de Lima. **A nova Lei de Defesa da Concorrência: perspectivas e critérios acerca da relação entre os direitos sobre os bens imateriais e de defesa da livre concorrência**. Direito, Inovação e Tecnologia, Volume 1.

<sup>5</sup> *Ibidem*

Isso pode ser traduzido no artigo 187 e 966 do Código Civil<sup>6</sup>, 79 e 80 do Código de Processo Civil<sup>7</sup> e do artigo 36 da Lei 12.529<sup>8</sup>. A comprovação ou não dessa hipótese será baseada no julgamento do Processo Administrativo nº 08012.011508/2007-91, julgado pela relatora Ana Frazão.

Além do amplo interesse jurídico, essa pesquisa possui bases as quais justificam ela do ponto de vista social e econômico. Isso pode ser afirmado, pois uma das manifestações dela tange acerca da relação profunda que a política antitruste possui com o a economia de mercado<sup>9</sup>, admitindo que as atividades econômicas não se regulariam somente por si só, necessitando do Estado para promover essa política pública.<sup>10</sup>

Outro fator socioeconômico diz a respeito de medicamentos genéricos, estes desde que foram introduzidos no país promoveram, em curtíssimo espaço de tempo, um movimento industrial sem precedentes no setor farmacêutico brasileiro, que alinhou o país às práticas mais avançadas de regulamentação e produção de medicamentos.<sup>11</sup> Um dos benefícios importantes trazido pelo medicamento genérico é a ampliação efetiva no acesso da população a medicamentos. Aspecto de importância análoga é que o medicamento genérico é

---

<sup>6</sup> “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”. BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, **Código Civil**, disponível [online] [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm). Acesso: 11 de maio 2016

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

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

I – deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso; II – alterar a verdade dos fatos; III – usar do processo para conseguir objetivo ilegal; IV – opuser resistência injustificada ao andamento do processo; V – proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo; VI – provocar incidente manifestamente infundado; VII – interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório. BRASIL, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, **Código de Processo Civil**, disponível [online] [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: 11 de maio 2016

<sup>8</sup> 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; IV - exercer de forma abusiva posição dominante Disponível em: 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] [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm). Acesso em: 11 de maio de 2016.

<sup>9</sup> Para mais informações acerca do fundamento da economia de mercado: ASSAFIM, João Marcelo de Lima. Controles Sociais Extrínsecos do Exercício de Direitos de Propriedade Intelectual: Antitruste de tutela de direitos fundamentais. **XVI ENCONTRO PREPARATÓRIO DO CONPEDI. Rio de Janeiro**, 2007.

<sup>10</sup> FORGIONI, Paula A. Os Fundamentos do Antitruste, p. 29

<sup>11</sup> NISHIJIMA, Marislei - Os preços dos medicamentos de referência após a entrada dos medicamentos genéricos no mercado farmacêutico brasileiro- RBE Rio de Janeiro v. 62 n. 2 / p. 189–206 Abr-Jun 2008

importantíssimo para o processo de formação de preço, pois ele oferece um produto igualmente eficiente por um preço abaixo dos originais. Desse modo, estimula a competição sob a perspectiva tanto estática, quanto dinâmica.<sup>12</sup>

O objetivo desse trabalho consiste em reunir elementos os quais comprovem que o direito brasileiro é capaz de coibir condutas unilaterais de caráter exclusionário, os quais se valem do direito de peticionar para distorcer o processo concorrencial.

O método abordado possui o caráter dedutivo pois já está preconcebido o problema e hipótese, esta que será verificada, partindo dos preceitos gerais até o específico. Além disso, o trabalho aborda a elaboração de sumário, sendo dividida em cinco capítulos com vistas de abordar aspectos importantes da situação problema apresentada. Enquanto isso, o caso a ser discutido não se leva o aspecto temporal, visto que ele é o único decidido pelo CADE para comprovar a hipótese.

O primeiro capítulo será abordado uma breve perpassada pelos precedentes legislativos do direito da concorrência brasileiro, sem buscar o retroceder por épocas mais distanciadas, pois o trabalho poderia incorrer em riscos anacrônicos, os quais os historiadores são especialistas para realizar tal árdua tarefa.

O segundo capítulo será abordado a justificativa socioeconômica, passando primeiramente pela relação direta da concorrência com a economia, relatando acerca de seu papel para conter distorções no mercado, e conseqüentemente sua importância para o consumidor final. Por outro lado, como a situação problema passa por um direito de petição envolvendo propriedade industrial, será relatado a importância deste instituto para o desenvolvimento. Por último, aprofundando a situação problemática do assunto, a pesquisa mostrará os impactos sociais e econômicos dos medicamentos genéricos, focando nos seus usuários e nos preços praticados por esse produto.

O terceiro capítulo, por sua vez, trará a experiência internacional a qual mais refletiu em matéria de abuso de direito no Brasil, a norte americana com a doutrina *sham litigation*. Nesse

---

<sup>12</sup> MOTTA, MASSIMO; SALGADO Lúcia Helena. Política de Concorrência. **Teoria e Prática e sua aplicação no Brasil** p.43-46

capítulo, será introduzido como funciona a sistemática norte americana e quais foram os casos mais relevantes para a construção desse forte debate.

O quarto capítulo adentrará pelo sistema brasileiro, expondo inicialmente os fundamentos regulares de se peticionar, partindo-se do princípio do acesso à justiça. Passada essas noções, o trabalho se desdobrará para os atos que caracterizam o abuso de direito e como são puníveis tanto na esfera civil, quanto nas questões concorrenciais. Para encerrar o tópico, será explanado os casos relevantes acerca da matéria no CADE.

Em relação ao quinto e último capítulo dessa monografia, será traduzido a junção da situação problema e hipótese traduzida em um julgado do CADE. Foi escolhido o processo administrativo nº 08012.011508/2007-91, conhecido como caso Eli Lilly. Desse modo, serão expostos de modo detalhado os argumentos da conselheira Ana Frazão sobre as condutas realizadas pela sociedade empresária supracitada frente as fabricantes de medicamentos genéricos.

## **1. A EVOLUÇÃO NORMATIVA DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL**

Para entender melhor acerca da importância do direito concorrencial no sistema brasileiro, será demonstrado de modo breve o percurso normativo o qual passou o ordenamento jurídico pátrio para chegar à sua especificação constitucional e sua legislação específica, esta tratada em tópico específico, para buscar uma tutela qualificada do pleno funcionamento de mercado. Outra questão a ser demonstrada será a evolução da autoridade antitruste, materializada no CADE, expondo a evolução da efetividade da autarquia e de seu prestígio institucional.

### **1.1 Precedentes legislativos até a chegada da Lei 12.529/11.**

Apesar de possuir registros mais antigos acerca da tutela da concorrência, o trabalho não busca remeter a tempos mais remotos para obter essa análise, mas é certo que desde 1934, o governo por meio do decreto 24.150 passou em atuar na intervenção em questões relativas ao processo de formação de preço, alavancando a determinação de índices para o reajuste de

aluguéis e tarifas de energia, estas que eram atividades privadas. Entretanto, isso não estava ligada à uma preocupação estatal no processo concorrencial.<sup>13</sup>

No Brasil as primeiras iniciativas mais acentuadas em combate as práticas abusivas geradas pelo poder econômico foi fruto de condutas associadas ao aumento de preços. Assim, instituídos no Estado Novo, os decretos 869 de 18/11/38 e, de modo posterior, o 4.447 foram impostos com o intuito de combater determinados atos que dificultavam a concorrência.<sup>14</sup>

A preocupação para reprimir esse ilícitos se manteve, dessa forma em 1946 foi promulgada a primeira constituição brasileira a qual inseriu de modo expreso o princípio do abuso de poder econômico, positivado no artigo 148<sup>15</sup>. Isso significou uma transformação no sistema antitruste brasileiro<sup>16</sup>, pois a partir daí mostra maior preocupação dos governantes responsáveis em face de um forte mercado fortalecido por uma desenvolvimento industrial de massa<sup>17</sup>. Desse modo, era necessário desenvolver um modo de repressão ao abuso de poder econômico<sup>18</sup>.

Ainda possuindo um caráter duvidoso acerca do modo o qual seriam exercidos o controle dos ilícitos exercidos por determinados agentes econômicos, surge a lei 4.137/62, na qual houve fervorosas discussões acerca da instituição dela.

Em um primeiro momento, discutia-se no congresso nacional a promulgação da lei de abuso de poder econômico, possuindo somente a intenção de eliminar os efeitos anticompetitivos danosos ao mercado. Entretanto de um lado, liderado por Getúlio Vargas, era ressaltado os males da concentração do poder econômico. Por outra concepção, o deputado da

---

<sup>13</sup> CONSIDERA, Claudio Monteiro. Uma breve história da economia política da defesa da concorrência. **Revista do Ibrac**, v. 9, n. 5, 2002. P.11

<sup>14</sup> MOTTA, MASSIMO; SALGADO Lúcia Helena. **Política de Concorrência. Teoria e Prática e sua aplicação no Brasil** p.14

<sup>15</sup> A Constituição de 1946 exprimia: 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”. Para mais informações ver: BRASIL, **Constituição Federal de 18 de setembro de 1946**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm)>. Acessado em 22 de mai.2018

<sup>16</sup> FORGIONI, Paula A. Os Fundamentos do Antitruste, p. 109

<sup>17</sup> Para mais informações acerca de desenvolvimento industrial de massa, veja: ASCARELLI, Tulio-**Teoria de la concurrencia y de los bienes inmateriales**.p.3

<sup>18</sup> Paula Forgioni exalta em sua obra que as principais preocupações do governo era reprimir (I) dominação do mercado nacional (II) eliminação da concorrência (III) aumento arbitrário dos lucros. Para mais informações, veja: FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**, p. 111

época, Jurandir Pires afirmava que a estrutura de poder econômico era completamente normal em um modelo capitalista e nada deveria, tampouco poderia ser realizado.<sup>19</sup>

Ainda que muito discutida, a lei foi instituída, sendo a primeira antitruste e estabelecendo o Conselho Administrativo de Defesa Econômica- CADE- para aplicá-la. Devendo investigar e julgar práticas danosas à concorrência.

Entretanto, foi constatado que durante os anos de 1963 até 1990 o CADE cuidou de um total de 337 procedimentos, gerando apenas 16 condenações e sendo todas revistas<sup>20</sup>. Assim constata-se uma ineficácia latente da norma antitruste, visto diversos problemas enfrentados, principalmente pela repressão do governo militar.

A constituição de 1988 ajudou a renovar as esperanças de uma tutela efetiva de práticas que vão de encontro as práticas de competição, instituindo o art. 170, IV explicitando a intenção de tutelar a livre concorrência<sup>21</sup> e coibindo atos de abuso de poder econômico no art. 173, §3º<sup>22</sup>.

Daí surgiu a lei 8158/91, reformulando a área de defesa da concorrência, tendo em vista de revitalizar essa política, devida a abertura do mercado e a liberalização da economia<sup>23</sup>. Como consequência, em razão para se tornar o CADE mais eficiente<sup>24</sup> foi criada a Secretaria de Direito Econômico. Esta secretaria foi inserida dentro do Ministério da Justiça, estreitando relações de colaboração com o Ministério da Fazenda. O órgão antitruste, desse modo, possuiu sensíveis melhoras e ganho de qualidade nas suas decisões, possuindo maior número de condenações e

---

<sup>19</sup> Ibidem p.112

<sup>20</sup> Dados expostos por Lucia Helena Salgado, para mais informações: MOTTA, MASSIMO; SALGADO Lúcia Helena. Política de Concorrência. **Teoria e Prática e sua aplicação no Brasil** p.14

<sup>21</sup> Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:  
(...)

IV - livre concorrência. Disponível em: BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, disponível [on-line] em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm). Acesso: 22 de maio de 2018

<sup>22</sup> 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. Disponível em: BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, disponível [on-line] em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm). Acesso: 22 de maio de 2018

<sup>23</sup> FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**, p. 123

<sup>24</sup> MOTTA, MASSIMO; SALGADO Lúcia Helena. Política de Concorrência. **Teoria e Prática e sua aplicação no Brasil** p.14



ganhando repercussão midiática demonstrando a efetividade da autoridade concorrencial no Brasil.<sup>25</sup>

Entretanto, o sistema enfrentava dificuldade, pois o país passava por graves desequilíbrios macroeconômicos, perpassando pelo problema inflacionário, dificultando em demasia as análises de processo de formação de preço e as demais condutas anticompetitivas.<sup>26</sup>

Surge a lei 8.884 em 1994, trazendo diversos avanços ao setor concorrencial, visto que a constituição brasileira precisava de um modelo mais refinado de proteger o modo de produção capitalista<sup>27</sup>. Assim a nova lei trouxe aspectos relevantes como a reforma completa no CADE, esta autoridade antitruste passa a poder ter o poder finalístico de controle da concorrência, além de incremento em sua autonomia administrativa. Além disso introduz o conceito de posição dominante no mercado e, esta matéria que irá relacionar-se intimamente com o estudo do presente trabalho. Outras medidas que merecem lembranças são a criação do compromisso de cessação de conduta e a definição de aumento abusivo de preços não justificado.<sup>28</sup>

O CADE ainda não gozava de grande prestígio por parte da opinião pública, pois muitas vezes decretava atos não condizentes com sua função e, dessa forma sendo acusado como um tribunal político.<sup>29</sup>

Entretanto, algumas mudanças positivas foram de modo patente percebido, pode-se destacar que houve um aumento em relação ao controle de vários atos de concentração e também um maior combate aos cartéis os eram um dos problemas atemorizantes da economia brasileira e mundial.

Além disso, cresceu a atuação do ministério público na área concorrencial, passando a atuar de modo mais sistêmico junto ao CADE e as demais entidades relacionadas à proteção

---

<sup>25</sup> FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**, p. 124

<sup>26</sup> MOTTA, MASSIMO; SALGADO Lúcia Helena. Política de Concorrência. **Teoria e Prática e sua aplicação no Brasil** p.15

<sup>27</sup> GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**, p.210

<sup>28</sup> Considera, Claudio Monteiro. "Uma breve história da economia política da defesa da concorrência." *Revista do Ibrac* 9.5 (2002).

<sup>29</sup> Paula Forgioni demonstra em sua obra que dias após da vigência da nova lei, foi decretada a prisão preventiva de acionista de "importante rede atacadista" acusado por "aumento abusivo de preço. Por outro lado, no final dos anos 90 permitiam-se atos de concentração elevadíssimos. Para mais informações: FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**, p. 124

antitruste. Esse prestígio, alcançou a esfera do judiciário, aumentando o respeito institucional frente a análise de decisões realizadas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Desse modo, o caráter decisório do judiciário não estava reformando tanto os atos da autarquia, gerando maiores receios às sociedades empresárias em relação a práticas de atos considerados anticompetitivos.<sup>30</sup>

Ainda que os avanços eram percebidos de modo notório, mudanças ainda eram necessárias para modernizar ainda mais o sistema brasileiro de defesa da concorrência. Isso pode ser afirmado, pois devido a um desenho institucional falho, derivado de um processo histórico instável era necessário simplificar e unificar a atuação antitruste no Brasil. Paralelamente, era indispensável melhorar o corpo técnico a fim de qualificar as decisões proferidas e investigar de modo mais refinados os atos analisados pela autoridade. Por último ainda carecia de eficiência e agilidade para otimizar o sistema<sup>31</sup>. Portanto era necessário a criação de uma nova lei, como veremos no próximo tópico.

## **1.2 A Lei 12.529/2011**

Criada em 2011, o novo diploma antitruste, mantendo muito da influência do diploma normativo anterior, entretanto instituindo inovações de latente relevância, principalmente no tocante a estrutura da autarquia.

Do ponto de vista estrutural, a secretaria de defesa econômica foi incorporada pelo CADE, dividindo-se, principalmente, em Tribunal Administrativo e Superintendência-Geral. O primeiro possui a função de avaliar e julgar os atos acusados de infração de ordem econômica e analisar atos de concentrações. O segundo, por outro turno, investiga e instrui os atos que necessitam ser apreciados pelo Tribunal Administrativo<sup>32</sup>. Ainda pode-se destacar que a Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda possuiu funções mitigadas, restando, de modo não exclusivo, promover a concorrência junto à própria administração.

---

<sup>30</sup> Ibidem p.126

<sup>31</sup> MOTTA, MASSIMO; SALGADO Lúcia Helena. Política de Concorrência. **Teoria e Prática e sua aplicação no Brasil** p. 17

<sup>32</sup> Para mais informações: FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**, p. 127

Além disso, do ponto de vista material os atos de concentração deveriam ser notificados de modo prévio ao CADE, obrigando as sociedades empresárias a remeter seus atos previamente à autoridade.

Outra novidade foi a criação de um departamento econômico, deixando a SEAE integrada ao sistema de defesa da concorrência, no entanto ficou encarregada de exercer a função de advocacia no que tange a concorrência em setores regulados e em relação a normas e regulações em geral.<sup>33</sup>

Assim, portanto criou-se grandes responsabilidades, exigindo uma postura combatente da autoridade antitruste brasileira. A professora Paula Andrea Forgioni assinala que o CADE deveria alocar maior preocupação na investigação de condutas, ao invés de focar somente em controle de estruturas dentro da sua atuação.<sup>34</sup>

A Lei 12.529/2011 possui o objetivo de proteger interesses difusos conectando-se ao bom funcionamento de mercado e à defesa dos consumidores. Além disso, ela dispõe mecanismos suficientes para proteger as distorções causadas por agentes econômicos que buscam lesar a competição, hipótese que adotará este presente trabalho.

## **2. ASPECTOS SOCIOECONOMICOS DA CONCORRÊNCIA E DOS MEDICAMENTOS GENÉRICOS.**

Como foi indicado na introdução deste trabalho, esse capítulo destina-se para indicar a importância socioeconômica do trabalho monográfico. Isso será comprovado demonstrando a relação da atuação antitruste para o pleno funcionamento da concorrência em tempos de uma economia de mercado aquecida. Por sua vez, em outro tópico, por se tratar de um assunto ao qual envolve litígio de propriedade industrial, mostrará o paralelo íntimo entre esses direitos e o desenvolvimento, especificamente o de produtos farmacêuticos. Por último, ainda será

---

<sup>33</sup> MOTTA, MASSIMO; SALGADO Lúcia Helena. Política de Concorrência. **Teoria e Prática e sua aplicação no Brasil** p. 17

<sup>34</sup> A professora Paula Forgioni assinala: “Espera-se que nos próximos anos, o CADE passe a efetivamente coibir abusos de posição dominante e outras práticas lesivas aos consumidores e à fluência de relações econômicas, deixando de se preocupar quase que exclusivamente com atos de concentração”. Para mais informações: FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**, p.128

abordado a questão dos medicamentos genéricos, seu impacto no preço e seus benefícios sociais à sociedade pela relação de custo/benefício de seu produto.

## 2.1 Função da Concorrência para a Economia

Estudos multidisciplinares apontam a relação entre o direito e a economia, formando-se o estudos do direito econômico, o que nada mais é do que o direito de intervenção do estado na economia<sup>35</sup>.

Não se nega a intensa relação da economia para o direito, os quais influencia na formulação de leis e análises jurídicas no contexto atual. Isso fomentado pelos conceitos introduzidos na pesquisa econômica ao qual facilitam na formulação de novas teses visando o desenvolvimento da sociedade. Por outro lado, o sujeito econômico está mediante à normas jurídicas e de suas finalidades morais e sociais, equilibrando-se os dois institutos entre si.<sup>36</sup>

Seguindo esse sentido, percebe-se que o direito concorrencial é uma das facetas apresentadas pelo direito econômico, pois ele é um dos atos o qual o Estado possui a liberdade de intervir na esfera econômica.<sup>37</sup> Isso ocorre, pois desde os tempos da economia industrial de massa<sup>38</sup>, o empresário não era capaz de regular a si próprio, necessitando que o Estado atuasse sobre as estruturas de mercado, buscando aperfeiçoá-las ou ajustá-las, ou valendo-se de sua competência normativa.<sup>39</sup> Portanto, no que tange à repressão de abusos do poderio econômico, essa matéria está contida no estudo do Direito Econômico.<sup>40</sup>

Nesse contexto, o direito antitruste se insere de maneira efetiva, pois ele foi criado com o objetivo de auxiliar a tutela da livre concorrência<sup>41</sup>. A competição entre agentes econômicos cria poderosos incentivos para ganhar o mercado, atraindo o consumidor com preços menores

---

<sup>35</sup> BRUNA, Sérgio Varella, **O Poder Econômico e sua Conceituação do abuso em seu exercício**. P.160-166

<sup>36</sup> DE SOUZA, Washington Peluso Albino. **Lições de Direito Econômico**. P.28

<sup>37</sup> BRUNA, Sérgio Varella, Op. Cit 160

<sup>38</sup> ASCARELLI, Túlio. **Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales**. P.18

<sup>39</sup> GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**, p.187

<sup>40</sup> BRUNA, Sérgio Varella. Op.cit p.168

<sup>41</sup> SZMID, Rafael. **Interfaces entre direito concorrencial e propriedade intelectual** - IBRAC (Vol. 19/2011. Pg. 297)

e produtos mais qualitativos<sup>42</sup>. Em uma sociedade a qual se guia através de uma economia de mercado, deve se consagrar, para seu pleno funcionamento, normas de defesa da concorrência<sup>43</sup>, pois em situações de monopólio ou em mercados com níveis de concentração elevado, a disciplina jurídica consumerista é incapaz de lidar com esses problemas<sup>44</sup>. Assim cabe ao direito concorrencial a missão de equilibrar harmonizar os interesses gerais da sociedade,<sup>45</sup> demonstrando que o antitruste é um mecanismo fundamental para alcançar maneiras para alavancar a justiça social, econômica e digna para quem se usufrui dela.<sup>46</sup>

A disciplina antitruste não busca tutelar o concorrente individualmente, mas sim a concorrência, visando o que melhor atenda a sociedade, preservando mecanismos de mercado, os quais são considerados aparatos técnicos para a produção social.

Por essa via, observa-se com bastante cautela o poderio econômico, pois este é capaz de ditar comportamentos econômicos de outrem, trazendo para o regime concorrencial o potencial em controlar preços em um setor do mercado, assim potencializando seus lucros, influenciando na renda social<sup>47</sup>. Por essa questão o poder econômico, não pode influenciar negativamente na evolução social<sup>48</sup>, devendo ser usado para o desenvolvimento nacional e justiça na sociedade<sup>49</sup>, gerando inovação, emprego e renda ao país.

O que se espera do titular do poder econômico é um comportamento de cunho fomentador, o qual será aproveitado pela sociedade, rechaçando a ideia de que seria suficiente somente ao dono dos aparatos financeiros ostensivos não o usar de modo inadequado, lesando a outrem. Dessa forma, esse poderio possui a função de não ser exercido somente em proveito de si, mas sim por um interesse que busque beneficiar o bem comum.<sup>50</sup>

---

<sup>42</sup> Baker, Jonathan, "**Beyond Schumpeter vs. Arrow: How Antitrust Fosters Innovation**" (2007). *Articles in Law Reviews & Other Academic Journals*. Paper 276. Disponível em: [http://digitalcommons.wcl.american.edu/facsch\\_lawrev/276](http://digitalcommons.wcl.american.edu/facsch_lawrev/276). Acessado em: 01 de abril.2018

<sup>43</sup> ASSAFIM, João Marcelo de Lima. **A nova Lei de Defesa da Concorrência: perspectivas e critérios acerca da relação entre os direitos sobre os bens imateriais e de defesa da livre concorrência**. Direito, Inovação e Tecnologia, Volume 1

<sup>44</sup> ASSAFIM, João Marcelo de Lima. ASSAFIM, João Marcelo de Lima. **Controles Sociais Extrínsecos do Exercício de Direitos de Propriedade Intelectual: Antitruste de tutela de direitos fundamentais**. XVI ENCONTRO PREPARATÓRIO DO CONPEDI. Rio de Janeiro, 2007. p.2

<sup>45</sup> KUNTZ, Karin Grau: **Da Defesa da Concorrência**, Revista ABAPI nº 145, nov/dez de 2016.

<sup>46</sup> FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**, p.193

<sup>47</sup> BRUNA. Sérgio Varella. Op.cit p.169

<sup>48</sup> Ibidem.

<sup>49</sup> Para mais informações sobre desenvolvimento nacional e justiça social, veja em: TAVARES. André Ramos, **Direito Constitucional Econômico**. P.168-172.

<sup>50</sup> Ibidem.

A política antitruste não deve ser vista somente como um modelo de eliminação aos efeitos autodestrutíveis do mercado, entretanto deve possuir uma ótica de tutelar a livre concorrência, incentive os agentes econômicos a inovarem<sup>51</sup> e, por consequência, a conseguirem alcançar a eficiência alocativa. Assim, com sua efetiva aplicação, as políticas concorrenciais possuem o objetivo de efetuar o bem-estar econômico<sup>52</sup>.

Outro objeto de preocupação do direito antitruste tange em relação aos monopólios de determinados agentes econômicos, podendo criar grandes distorções no processo de formação de preço. Em um modelo de concorrência perfeita o produtor é refém do mercado, sendo incapaz nele de influir, pois estará completamente controlado, possuindo o dever de produzir para sobreviver e, assim, diminuir a escassez<sup>53</sup>. Entretanto, em caso de se tornar um monopolista pode gerar alguns danos ao mercado, não sendo essa posição em si não é a grande preocupação da autoridade antitruste, o que gera constante atenção ao direito concorrencial é a forma o qual eles são mantidos e quais resultados eles geraram, podendo ser derivado de condutas anticompetitivas. Dessa maneira, os custos da criação do monopólio podem distorcer o processo de formação de preço e ser alocados de modo ineficiente no mercado<sup>54</sup>.

Além disso, a posição de monopólio pode conceder poderes aos agentes empreendedores detentores deste em relação ao controle do mercado relevante em questão, podendo determinar, conforme lhe convier, qual será a quantidade ofertada ao mercado, podendo influir no preço e provocando de modo proposital a escassez<sup>55</sup>. Assim, por essa vantagem obtida, as sociedades empresárias poderão realizar condutas de eliminação de concorrentes e fechamento de mercado. Estruturas concentradas são, definitivamente, passíveis de surgimento de condutas anticompetitivas.<sup>56</sup>

---

<sup>51</sup> Forgioni, Paula A. Op. cit, p. 93

<sup>52</sup> Para mais informações sobre bem-estar econômico veja: MOTTA, MASSIMO; SALGADO Lúcia Helena. **Política de Concorrência. Teoria e Prática e sua aplicação no Brasil** p.10

<sup>53</sup> Sérgio Varela explana da seguinte forma: “Ganancioso, porque procura elevar seu lucro máximo, é uma fera enjaulada, enclausurada pelas barreiras intransponíveis impostas inexoravelmente pelo mercado”. Mais informações em:

<sup>54</sup> Para mais informação sobre os efeitos da criação de monopólio: HOVENKAMP, Herbert *Federal antitrust policy - The law of competition and its practice*, 2nd ed., St. Paul, West Group, 1999, p. 19

<sup>55</sup> BRUNA. Sérgio Varela. Op.Cit. P. 31

<sup>56</sup> SAITO, Leandro. **Antitruste e novos negócios na internet. Condutas anticompetitivas ou exercício regular de poder econômico?**. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, University of São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-22072016-130405/>>. Acesso em: 09 de maio.2018

No caso de produtos farmacêuticos, tema o qual guiará o cenário que gerou o processo de situação problema e hipótese do trabalho, é fundamental a atenção da ótica antitruste por se tratar de um setor dotado de grande sensibilidade social e gozar de proteção constitucional ostensiva.<sup>57</sup> Entretanto, é natural encontrar discussões acerca do possível contraste entre a proteção de exclusivo e aplicação da política concorrencial, assunto que será abordado no próximo tópico.

## 2.2. Os direitos de propriedade industrial para incentivo da inovação

Apesar de, em primeira análise, existir um conflito entre os direitos de propriedade industrial e o direito antitruste, ambos são ferramentas com o intuito de promoção de políticas públicas, fomentando a inovação, alimentando a competição<sup>58</sup> entre agentes econômicos e, assegurando dessa forma, o bem-estar entre consumidor<sup>59</sup>.

A propriedade industrial outorga ao detentor de seu título de direitos exclusivos temporários cedidos pelo Estado, dando a ele faculdades legítimas de opor direitos de exclusão frente aos indivíduos violadores desse exclusivo.<sup>60</sup> Essa legitimidade pode derivar uma imposição de barreiras à entrada aos demais competidores, entretanto não se trata de uma barreira gratuita e sem obrigações, ela está acoplada pelo adimplemento do titular ao meio social que lhe permitiu usufruir esses benefícios<sup>61</sup>.

---

<sup>57</sup> Art. 6 São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, disponível [on-line] em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm). Acesso: 22 de maio de 2018

<sup>58</sup> Silva, Lucia Helena Salgado, Graziela Ferrero Zucoloto, and Denis Borges de Barbosa. "**Litigância predatória no Brasil.**" (2012).

<sup>59</sup> Voto da Conselheira Ana Frazão no Processo Administrativo 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)

<sup>60</sup> ASSAFIM, João Marcelo de Lima. **A nova Lei de Defesa da Concorrência: perspectivas e critérios acerca da relação entre os direitos sobre os bens imateriais e de defesa da livre concorrência.** Direito, Inovação e Tecnologia, Volume 1 p. 283

<sup>61</sup> *Ibidem.* P. 284

Seguindo essa via, os direitos de propriedade industrial é mecanismo dotado de eficácia para o processo de inovação, criando uma estrutura jurídica robusta e, como consequência, atraindo investimentos em setores de pesquisa e desenvolvimento, permitindo-se assim o inventor a tranquilidade necessária para desenvolver seus produtos e repassá-lo do melhor modo ao consumidor.<sup>62</sup>

Outro fator a ser visto é que a propriedade industrial é um elemento essencial para a formação da concorrência. Isso pode ser afirmado, pois a concessão do exclusivo gera mecanismos jurídicos importantes para sociedades empresárias que delas gozam, diferenciando dos seus rivais. Caso sua eficácia seja plena, os rivais também buscarão meios de inovar e obter esse privilégio dado pelo aparato estatal, incentivando a competição entre os agentes econômicos.<sup>63</sup>

No setor farmacêutico a propriedade industrial tem importantes fundamentos econômicos, que a justificam e a tornam necessária.<sup>64</sup> Necessita-se um olhar mais enfático, pois trata-se de uma questão social muito forte e desta indústria poderá sair invenções as quais podem acarretar na cura de diversas enfermidades as quais a sociedade é passível de contrair-se.<sup>65</sup> Portanto, ao mesmo tempo que o acesso facilitado ao consumidor para esse setor deve ser garantido, o empreendedor necessita de tranquilidade para desenvolver um produto de qualidade, visto que esse é um mercado que demanda uma série investimentos no setor de P&D aos quais demandam um longo prazo para sua execução.

Como referido acima, o direito de patente é fundamental para o processo de criação de novos fármacos, cada vez mais refinados no espectro tecnológico. Contudo, nota-se que parte considerável da problemática atinente ao acesso a medicamentos, principalmente nos países em

---

<sup>62</sup> WERNECK, Bruno Dario; FLAUSINO, Gustavo Coelho; MAFRA, Ricardo Villela- **O exercício dos direitos de propriedade intelectual e a aplicação do direito da concorrência**. Revista IBRAC, ANO 1, nº10, dezembro de 2010.

<sup>63</sup> CARVALHO, Nuno Pires de. **A estrutura dos sistemas de Patentes e de Marcas, passado, presente e futuro**. *Lumen Juris*. P.61

<sup>64</sup> ROSENBERG, Bárbara. **Interface entre o regime de patentes e o direito concorrencial no setor farmacêutico**. Propriedade Intelectual, estudos em homenagem à Professora Maristela Basso. Curitiba. Juruá.2005. p.267

<sup>65</sup> CASCÃO, Luís Bernardo Coelho. **O prazo de validade das patentes *pipeline* –remanescente de proteção da patente originária e limitador**.35. Dissertação. (Mestrado em Direito Comercial). Faculdade Candido Mendes. 2009. Disponível em: <http://dominiopublico.mec.gov.br/download/teste/arqs/cp135132.pdf>. Acessado em 10/05/2018.



desenvolvimento é em relação ao uso de modo escuso da proteção patentária.<sup>66</sup> Assim, os titulares desse direito, podem valer-se de abusos dessa prerrogativa, com o intuito de restringir a concorrência, criando barreiras à entrada de novos concorrentes e impedindo a inovação no setor.<sup>67</sup>

Trazendo para um aspecto um pouco mais sensível, pois o caso que norteia esse presente trabalho envolve uma disputa judicial entre sociedades empresárias que vendem um produto para o tratamento de câncer, parte da doutrina mais autorizada defende que deva existir uma política de preços diferenciada em matéria de medicamentos essenciais. Isso deve ocorrer principalmente em países ainda em desenvolvimento, pois o gasto em P&D é majoritariamente vindo do exterior em países mais consolidados economicamente, recuperando seus gastos nestes locais. Assim, o preço dos medicamentos deveriam somente ser provenientes dos custos envolvidos na produção deles<sup>68</sup>. Ainda que não tenha chegado a um cenário perfeito, os medicamentos genéricos demonstram-se como alternativas de políticas de acesso à saúde, direito social garantido pela constituição, tema que será brevemente abordado no próximo tópico.

### **2.3 Aspectos sociais dos medicamentos genéricos no Brasil.**

Impulsionados pelos mercados genéricos, o setor de fármacos cresceu de forma notável no cenário brasileiro,<sup>69</sup> isso se deve muito ao fato das exigências do meio social, na qual as buscas de acesso a baixo custo a novas tecnologias são cada vez mais prementes<sup>70</sup>. Dessa forma, os medicamentos genéricos influenciaram de forma tanto em parte estática quanto no arcabouço dinâmico nesse ramo, muitas vezes caracterizado por seu alto índice de concentração<sup>71</sup>.

---

<sup>66</sup> ROSENBERG, Bárbara. Op.Cit P.268

<sup>67</sup> ASSAFIM, João Marcelo de Lima. **A nova Lei de Defesa da Concorrência: perspectivas e critérios acerca da relação entre os direitos sobre os bens imateriais e de defesa da livre concorrência**. Direito, Inovação e Tecnologia, Volume 1 p.285

<sup>68</sup> CALIXTO, Salomão. **Direito industrial, direito da concorrência e licenciamento compulsório**. Direitos de Propriedade Intelectual& Saúde Pública- o acesso universal aos medicamentos anti-retrovirais no Brasil. IDCID. P.146

<sup>69</sup> GOMES, Renata de Pinho et al. O novo cenário de concorrência na indústria farmacêutica brasileira. **Bndes Setorial, Rio de Janeiro**, n. 39, 2014.

<sup>70</sup> CALIXTO, Salomão. **Direito industrial, direito da concorrência e licenciamento compulsório**. Direitos de Propriedade Intelectual& Saúde Pública- o acesso universal aos medicamentos anti-retrovirais no Brasil. IDCID. P.146

<sup>71</sup> Para mais informações sobre o índice de concentração do setor farmacêutico, veja: ROSENBERG, Gerson; FONSECA, Maria da Graça Derengowski; D'AVILA, Luiz Antonio. **Análise comparativa da concentração**

A entrada desse setor industrial no Brasil aconteceu nos anos 2000, após ter sido regulamentado pelo governo em 1999, isso ocorreu, pois, o governo pretendia instaurar uma forte política de incentivo a competição nesse setor. Além disso, houve pela parte do Estado, ostensivas propagandas com intuito de promover as marcas genéricas, dotadas de desconfiança por possuírem o estigma de produto de “segunda-linha”.<sup>72</sup> Desse modo, o governo também se beneficiaria dessas medidas por possuírem a opção de contratar sociedades empresárias para o fornecimento de medicamentos de menor custo para seus órgãos de saúde pública.

Caracterizado por ser um setor ao qual possui reduzidas chances de barreira à entrada, pois sua criação depende de moléculas as quais já não estão providas de proteção patentária, o setor de medicamentos genéricos oferta uma enorme oportunidade competitiva.<sup>73</sup> Embora existam críticas que essa alternativa possa comprometer na inovação desse setor, é inegável que houve maior acesso de sociedades empresárias estrangeiras entrando nesse setor. Além disso, em países emergentes como o Brasil<sup>74</sup>, ele constituiu um aspecto social importantíssimo para o acesso a saúde no país.

O impacto desse tipo de produto refletiu em diversos aspectos socioeconômicos no Brasil, trazendo diversos melhoramentos para a sociedade. Um dos fatores mais relevantes foi o aumento do grau de consumo de fármacos no país<sup>75</sup>, demonstrando que diversas classes econômicas possuíram o acesso à um tratamento mais adequado de saúde. Este alcance se deve justamente à facilidade de que essa indústria possui em produzir os medicamentos com custos inferiores<sup>76</sup>, podendo tanto repassar ao governo por um valor financeiro inferior aos hospitais

---

**industrial e de turnover da indústria farmacêutica no Brasil para os segmentos de medicamentos de marca e genéricos.** *Economia e Sociedade*, Campinas, v. 19, n. 1, p. 107-134, 2010.

<sup>72</sup>Nishijima, Marislei; Biasoto Jr., Geraldo; Lagroteria, Eleni. **A competição no mercado farmacêutico brasileiro após uma década de medicamentos genéricos: uma análise de rivalidade em um mercado regulado** 155-186. *Economia e Sociedade* 23.1 (2014): 155-186. Disponível em: <http://repositorio.unicamp.br/jspui/handle/REPOSIP/33767>. Acessado em: 17/05/2018.

<sup>73</sup> GOMES, Renata de Pinho et al. O novo cenário de concorrência na indústria farmacêutica brasileira. **Bndes Setorial, Rio de Janeiro**, n. 39, 2014.

<sup>74</sup> *Ibdem*

<sup>75</sup> O artigo aponta que em 2013 o mercado farmacêutico brasileiro atingiu o 6º lugar em matéria de consumo. Para mais informações: GOMES, Renata de Pinho et al. O novo cenário de concorrência na indústria farmacêutica brasileira. **Bndes Setorial, Rio de Janeiro**, n. 39, 2014

<sup>76</sup> NISHIJIMA, Marislei. **Análise econômica dos medicamentos genéricos no Brasil**. 2003.p. 73 e 123 Tese (Doutorado em Teoria Econômica) - Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003. doi: 10.11606/T.12.2003.tde-12122005-101205. Acesso em: 2018-05-17

públicos, quanto para farmácias, dando ao consumidor final a oportunidade de tratar de suas enfermidades com menores soluções financeiras, melhorando-se portanto, seu bem-estar.<sup>77</sup>

### **3. EXPERIÊNCIA INTERNACIONAL. O ABUSO DE DIREITO NA ÓTICA NORTE AMERICANA: *SHAM LITIGATION***

Este capítulo irá observar a construção jurisprudencial o qual originou um dos temas mais recentes do direito concorrencial atual, a *sham litigation*. Assim, serão expostos casos os quais o direito de petição passou pela ótica antitruste como a interpretação de seu uso foi se moldando ao longo dos julgados. Essa passagem é de fundamental importância, pois muito do que foi adotado como critério, serviu de referencial em julgamentos proferidos pelo CADE.

#### **3.1 Breves considerações sobre o direito antitruste norte americano.**

Antes de aprofundar nos casos aos quais envolveram a discussão sobre o abuso de direito de petição, será apresentado de modo sucinto como sistematiza o direito concorrencial norte americano e seu possível conflito com o direito de petição, consagrado constitucionalmente.

A legislação antitruste estadunidense se traduz pelo Sherman Act, ainda que não seja um consenso o real grupo ao qual motivou sua criação, é inegável que essa lei criada na metade do século XIX tenha um enorme significado para a economia dos Estados Unidos.<sup>78</sup> Seu surgimento nasceu a partir de um momento ao qual os Estados Unidos passava por um processo de industrialização de sua economia. Como vetor para esse crescimento a indústria ferroviária exercia um grande papel na questão de transportar produtos para ajudar no desenvolvimento do país.<sup>79</sup>

As companhias ferroviárias inicialmente guerreavam para obter a capacidade de levar aos seus dependentes o preço mais baixo possível e conseguir sair a frente de suas concorrentes. As operações consistiam em realizar grandes investimentos para reorganizar atividades produtivas

---

<sup>77</sup> Para mais informações sobre bem-estar do consumidor, veja: MOTTA, Massimo; SALGADO Lúcia Helena. **Política de Concorrência. Teoria e Prática e sua aplicação no Brasil** p.10

<sup>78</sup> STIGLER, George J. The origin of the Sherman Act. **The Journal of Legal Studies**, v. 14, n. 1, p. 1-12, 1985.

<sup>79</sup> FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**. p. 71-73.

e distributivas, adquirindo novos aparelhos para se tornarem referência em um ou ingressar em novos mercados.<sup>80</sup>

Entretanto, as sociedades empresárias do ramo ferroviário perceberam que isso estava afetando em seus lucros e então começaram a articular soluções para as quais resolvessem essa questão financeira. Dessa forma, a artimanha adota por elas foi de combinar preços e fazer acordos horizontais para dar fim às guerras de preço. Assim os acordos permitiriam essas sociedades manter os altos preços, controlar o mercado e obter grande margem lucrativa.<sup>81</sup>

A medida não agradou pequenos grupos de empresários e agricultores, o qual, segundo fortes indícios históricos, foram os grupos que se organizaram para pressionar o poder legislativo e definir uma norma antitruste, a qual culminou para a criação da lei Sherman.<sup>82</sup>

Para coibir atos anticompetitivos, os artigos mais importantes são a seção 1 e 2 da Lei Sherman. O primeiro trata-se de proibir conspirações e contrato que restringem o comércio<sup>83</sup>. Enquanto a seção 2, está a qual será de maior relevância para o trabalho monográfico, trata-se de tentativas de monopolização, como será exposto<sup>84</sup>:

*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 (...)*

Como diversas legislações em âmbito global, o Sherman Act também passou por dificuldades interpretativas e gerou inúmeras controvérsias quanto a sua aplicação. Isso pode

---

<sup>80</sup> MOTTA, MASSIMO; SALGADO Lúcia Helena. Política de Concorrência. Teoria e Prática e sua aplicação no Brasil p. 3

<sup>81</sup> Ibidem.p.3

<sup>82</sup> STIGLER, George J. The origin of the Sherman Act. **The Journal of Legal Studies**, v. 14, n. 1, p. 12; 1985

<sup>83</sup> “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(...).ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, **Sherman Act**, disponível [on-line] in <http://uscode.house.gov/browse/prelim@title15/chapter1&edition=prelim>. Acessado em: 21 de maio de 2018

<sup>84</sup> Tradução Livre: Seção 2. Toda pessoa que monopolizar ou tentar monopolizar, ou combinar ou conspirar com qualquer outra pessoa ou monopolizar qualquer parte do comércio ou comércio entre os vários Estados, ou com nações estrangeiras, serão considerados culpados de uma contravenção (...).”

ser afirmado, pois nos primeiros anos a lei era aplicada de modo estrito sem considerar se as condutas praticadas pelas sociedades empresárias possuíam algum benefício em prol do consumidor, gerando eficiência com a vantagem competitiva. Assim, as sanções antitruste seguiriam à risca ao qual estava positivado, caracterizando infrações *per se*<sup>85</sup>.

Com o passar dos anos, a interpretação legislativa ganhou força a regra da razão ao qual o método de análise consiste em sancionar somente condutas as quais restringem a concorrência de modo não razoável. Assim, são levados em consideração o que a posição dominante devolve para o consumidor.<sup>86</sup>

O que será exposto a seguir será o possível conflito entre atos os quais afetam a concorrência de modo que exceda a razoabilidade através do direito de petição<sup>87</sup>, criando-se um conflito ao qual desdobrou inúmeras discussões nas cortes estadunidenses.

### 3.2 Precedentes norte-americano acerca do instituto: A Noerr Pennington Doctrine

De um modo a compreender a *Sham litigation* ou *Sham Exception*, não se pode deixar de passar pela doutrina norte-americana, pois os Estados Unidos foi o país propulsor da aplicação dessa figura, fazendo-se irradiar diretamente no Brasil. Essa matéria constituiu-se no bojo jurídico estadunidense, criando uma exceção, jurisprudencialmente criada, ao direito de petição.

Constitui *Sham litigation* o exercício abusivo do direito de ação utilizando de modo indevido e, até mesmo indiscriminado de procedimentos e regulamentações públicas, tanto na questão de lobbys governamentais, tanto em peticionar às esferas judiciais e administrativas,

---

<sup>85</sup> Para mais informações sobre o desenvolvimento da Lei Sherman ver em: FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**. p. 205

<sup>86</sup> Ibidem. P 206

<sup>87</sup> O conflito aparente seria com esse dispositivo: “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 assemble, and to petition the Government for a redress of grievances”. 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”. Para mais informações : ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, *Bill of Rights*, disponível [on-line] in [http://www.archives.gov/exhibits/charters/bill\\_of\\_rights\\_transcript.html](http://www.archives.gov/exhibits/charters/bill_of_rights_transcript.html) Acesso em 21 de maio de 2018

distorcendo o processo de formação de preço<sup>88</sup>. Como se pode notar existem distorções tanto na esfera judicial, quanto na esfera econômica.<sup>89</sup>

A doutrina Noerr Pennington originou-se de dois casos julgados pela Suprema Corte dos Estados Unidos, são eles: (i) *Eastern Railroad Presidents Conference v. Noerr Motor Freight, Inc.*<sup>90</sup> e; (ii) *United Mine Workers of America v. Pennington*<sup>91</sup>.

### 3.2.1 *Eastern Railroad Presidents Conference v. Noerr Motor Freight*

Julgado em 1961, o caso Noerr, originou-se em uma ação ajuizada por companhias de caminhoneiros em face de sociedades empresárias ferroviárias, a associação de presidentes dessas sociedades, a *Eastern Railroad Presidents Conference* e uma sociedade empresária de relações públicas, conhecida como *Carl Byoir & Associates*. Tudo isso ocorreu, pois, segundo o que foi alegado pela parte autora, as companhias ferroviárias usaram do serviço do escritório *Carl Byoir* para realizar uma forte campanha publicitária com o caráter de estimular manipular órgãos do Legislativo e do Executivo, buscando coibir a aprovação de um projeto de lei que beneficiaria fortemente os caminhoneiros<sup>92</sup>. Desse modo, por possuírem a convicção de que os réus conspiraram para restringir a concorrência e monopolizar o serviço de fretes para longa distância, os autores buscaram a condenação da parte ré nos parágrafos 1º e 2º do *Sherman Act*.<sup>93</sup>

Em tese defensiva, as companhias ferroviárias confirmaram que o objetivo das campanhas publicitárias era mesmo de influenciar a chancela de leis estaduais relativas a limites de peso dos fretes e de alíquotas tributárias, incentivando, dessa maneira, a criação de multas

---

<sup>88</sup> BARBOSA, Denis; SALGADO E SILVA, Lucia Helena; ZUCULOTO, Graziela; *Litigância Predatória no Brasil*, disponível em: [http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/6796/1/Radar\\_n22\\_Litig%C3%A2ncia.pdf](http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/6796/1/Radar_n22_Litig%C3%A2ncia.pdf)

<sup>89</sup> Para mais informações acerca do aspect econômico sobre sham litigation, veja em: KLEIN, Christopher C. *The Economics of Sham Litigation: Theory, Cases, and Policy*. Federal Trade Commission, Bureau of Economics, 1989.p.3

<sup>90</sup> *Eastern Railroad Presidents Conference v. Noerr Motor Freight, Inc.*, 365 U.S. 127 (1961).

<sup>91</sup> *United Mine Workers of America v. Pennington*, 381 U.S. 657 (1965). A redação desse tópico baseia-se, diretamente, no que foi transmitido no julgado

<sup>92</sup> SCHMIDT, Jeffrey *et al.* *The Noerr-Pennington Doctrine*, p. 7.

<sup>93</sup> Trecho da decisão proferida pela Suprema Corte Americana no caso *Eastern Railroad Presidents Conference v. Noerr Motor Freight, Inc.*: “The campaign so conducted was described in the complaint as “vicious, corrupt, and fraudulent,” first, in that the sole motivation behind it was the desire on the part of the railroads to injure the truckers and eventually to destroy them as competitors in the long-distance freight business (...).” Tradução livre: “A campanha conduzida foi descrita na reclamação como “feroz, corrupta e fraudulenta”, primeiro, no fato de que a a motivação apenas era o desejo das companhias ferroviárias de prejudicar as companhias de caminhoneiros e eventualmente destruir elas como concorrentes no mercado de fretes de cargas pesadas a longa-distância (...).”

para cargas que excedessem seu peso. As sociedades empresárias, por outro lado, negaram, veementemente, que seus atos publicitários possuíam o escopo de excluir os concorrentes do setor rodoviário do mercado. O principal argumento dos réus eram de que sua campanha era para informar ao público em geral os nefastos danos causados as pistas e autoestradas por parte dos veículos pesados e, principalmente, originados de caminhões que não respeitavam o limite de peso que seu automóvel permite. Não satisfeitos, as companhias ferroviárias apresentaram reconvenção, afirmando que as condutas anticompetitivas eram realizadas pelos caminhões.

Passado as instâncias inferiores, o caso chegou até a Suprema Corte oriundo de um recurso interposta pelas ferrovias em desfavor a decisão dos tribunais, estes que proferiram sentença com base no Sherman Act.

Acerca do caso, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América acolheu o recurso impetrado pelas companhias ferroviárias. De um lado ponderou os objetivos da lei concorrencial, do outro os princípios constitucionais protegidos pelo direito de petição<sup>94</sup>. Desse modo, alegou que o Sherman Act não prevê nada acerca de esforços para influenciar a aprovação de leis e; considerando que uma das estratégias para barrar o projeto de lei, os relatos contra os caminhoneiros se tornariam válidos nesse cenário.

Embora a forte fundamentação de que o objetivo das sociedades empresárias ferroviárias era meramente de enfraquecer de modo desleal os concorrentes, a Corte norte americana minimizou o fato. O argumento foi de que mesmo que a intenção das companhias fosse essa, desde que gozasse de proteção legal, a legislação antitruste nada poderia fazer para coibir atos políticos e que busquem informar a população interessada.<sup>95</sup>

---

<sup>94</sup> Note-se, aqui, que o direito de petição é entendido em sentido amplo, e não apenas como o direito de demandar judicialmente. Com efeito, o *right to petition*, em sentido amplo, corresponde ao “direito constitucional – garantido pela Primeira Emenda – de as pessoas fazerem pedidos formais ao governo, seja por lobby ou por cartas escritas a autoridades públicas” (GARNER. A. Bryan A. *Black’s Law Dictionary*, Editor in Chief, 7 ed., St. Paul, Minn., West Group, 1999, p. 1327, tradução livre). No original: *constitutional right – guaranteed by the First Amendment – of the people to make formal requests to the government, as by lobbying or writing letters to public officials.*

<sup>95</sup> Texto original: “The right of the people to inform their representatives in government of their desires with respect to the passage or enforcement of laws cannot properly be made to depend upon their intent in doing so.” Tradução livre : “O direito dos indivíduos de informar os representantes governamentais sobre seus desejos em relação à aprovação ou aplicação de leis não pode depender da intenção dos agentes ao fazer isso.”

Por último, os membros da Corte alegaram que condenar o direito de petição sob a égide do Sherman Act seria uma grande afronta e trairia grandes problemas constitucionais.

### 3.2.2 *United Mine Workers of America v. Pennington*

O outro julgado que marcou a forte construção doutrinária da Noerr Pennington foi o caso *United Mine Workers of America v. Pennington*. Seguindo o mesmo raciocínio, o Tribunal reforçou que o direito de petição estaria acima de qualquer proibição da esfera antitruste.

Ocorrido em Pennington, o caso em tela<sup>96</sup> trata-se de uma ação ajuizada pela *United Mine Workers of America*, sindicato carvoeiro, apoiado por grandes indústrias mineradoras, em face da sociedade empresária chamada: *Philipps Brothers Coal Company*,. A petição pleiteou a condenação em pagamentos de royalties, pois a companhia não respeitou um acordo salarial celebrado pelas minas de carvão em 1950, através da *National Bituminous Coal Wage Agreement*.

Em sua defesa e, apresentando reconvenção, *Philipps* alegou que esse tratado muito provavelmente eliminaria pequenas mineradoras, pois estas não possuiriam condições de manter seus empregados por esses termos. Ato contínuo, afirmou que essa ação somente buscava o domínio e fechamento de mercado por companhias mais robustas, violando o art 1º e 2º do Sherman Act.

Depois de várias discussões, o caso chegou até a Suprema Corte e sua decisão teve base na decisão do caso *Noer*, julgado poucos anos antes desse litígio. Assim, a Corte rechaçou a invocação do Sherman Act frente aos direitos garantidos pela First Amendment. Desse modo, segundo a Suprema Corte, o direito de petição é garantido mesmo se esse possuir o escopo de excluir os rivais.<sup>97</sup>

---

<sup>96</sup> 381 U.S. 657. A redação desse tópico baseia-se, diretamente, no que foi transmitido no julgado.

<sup>97</sup> No original: "Joint efforts to influence public officials do not violate de antitrust laws even though intended to eliminate competition. Such conduct is not illegal, either standing alone or as part of a broader scheme itself violative of the Sherman Act. The jury should have been so instructed and, given the obviously telling nature of this evidence, we cannot hold this lapse to be mere harmless error." Tradução livre: "Os esforços conjuntos para influenciar os funcionários públicos não violam as leis antitruste, mesmo com a intenção de eliminar a concorrência. Tal conduta não é ilegal, seja sozinho ou como parte de um esquema mais amplo em si violador do Sherman Act. O júri deveria ter sido instruído e, dada a natureza obviamente reveladora dessa evidência, não podemos impedir que esse lapso seja um simples erro inofensivo".



### 3.3 A Exceção de *Sham litigation*

Consolidada a forte proteção ao direito constitucional de petição garantido pela Noerr-Pennington doctrine, a Suprema Corte dos Estados deparou-se com alguns casos os quais não encaixavam nos parâmetros decisórios desta. Desse modo, criou-se a doutrina *sham litigation*, possuindo um caráter de exceção, retirando do direito de petição a imunidade da responsabilidade antitruste em alguns casos. Aquele que se vale do direito petição, portanto, poderá sofrer sanções por violações concorrenciais que derivem desse ato fraudulento revestido como direito de petição. Veremos nesse trabalho os casos que desencadearam a construção desse instituto.

#### 3.3.1 *California Motor Transport Co. v. Trucking Unlimited*

O caso em tela<sup>98</sup> é, definitivamente, paradigmático para o Direito da concorrência no que tange ao espectro da sham exception. Isso pode ser afirmado, pois a partir desse litígio iniciou-se uma análise mais cuidadosa da corte maior dos Estados Unidos acerca do uso do direito de petição de forma fraudulenta, protegido pelo precedente construído pelo Noer-Pennington<sup>99</sup>.

A ação consiste na sociedade empresária Trucking Unlimited acusando a California Motors de conspiração, pois esta estava empilhando demandas judiciais, em âmbito estadual e federal, em face da parte autora. De acordo com a demandante, as ações não possuíam nenhum fundamento e que seu único objetivo era de impedir que a Trucking de adquirir, transferir e registrar o direito de operação nas estradas. A linha argumentativa, portanto, seguia em dois rumos: o primeiro de que as ações tinham o caráter de retirar o competidor do mercado e o segundo era descaracterizar a sham com base nos precedentes supramencionados.

A partir desse conflito, a suprema corte reconheceu o exercício do *Sham litigation*, confirmando que os objetivos da Califórnia Motors não eram de influenciar as autoridades antitrustes, mas sim de criar barreiras aos seus concorrentes do acesso aos tribunais, retirando a possibilidade de acompanhar o processo decisório governamental.

---

<sup>98</sup> 404 U.S. 508, julgado em 13-1-1972, disponível [on-line] in <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/404/508/case.html> [21-05-2018]. A redação desse tópico baseia-se, diretamente, no que foi transmitido no julgado.

<sup>99</sup> HEAD. Jerry L, California Motor Transport Co. v. Trucking Unlimited: *A New Route for Noerr-Pennington and the Sham Exception*, 26 Sw L.J. 926 (1972) <http://scholar.smu.edu/smulr/vol26/iss5/9>. Acesso em 12 de Junho de 2018.

O argumento principal dos justices foi que qualquer pessoa possui o direito de acessar o poder judiciário, entretanto isso não significa uma imunidade automática frente à legislação antitruste. Isso pode ser afirmado, pois os direitos de petição não são imunes quando usados como parte de uma conduta para violar a legislação vigente.

Com o intuito de diferenciar das condutas as quais construíram a doutrina Noer Pennington, os julgadores do referido litígio apontaram algumas diferenças. Ao contrário do que se aplicava essa construção jurisprudencial, a Califórnia ao invés de valer de seu direito de lobby para influenciar os servidores públicos, ela não permitia que seus competidores obtivessem acesso aos mesmos meios estatais. Além disso, pela via de diversas petições, ela obstruía a via judiciária e administrativa e, portanto, desencorajava a sua concorrente, *Trucking Unlimited* de buscar as vias necessárias para a obtenção de seus pleitos. Portanto, observando um padrão de demandas sem fundamentos precisos, a Suprema Corte aduziu que a sociedade empresária não poderia escapar do âmbito de aplicação concorrencial.<sup>100</sup>

Essa decisão possuiu um teor enorme no quesito a inovação decisória acerca desse assunto. Como qualquer novo precedente, esse também suscitou dúvidas em alguns aspectos, isso ocorreu pois a título exemplificativo a Suprema Corte suscitou que era passível de resultar punições antitrustes, atitudes como corrupção, recebimento de propina, alegações escusas ou demandas demasiadamente repetitivas. O resultado dessas alegações gerou grande alvoroço nos

---

<sup>100</sup> Sustentou a suprema corte: One claim, which a court or agency may think baseless, may go unnoticed; but a pattern of baseless, repetitive claims may emerge which leads the factfinder to conclude that the administrative and judicial processes have been abused. That may be a difficult line to discern and draw. But once it is drawn, the case is established that abuse of those processes produced an illegal result viz., effectively barring respondents from access to the agencies and courts. Insofar as the administrative or judicial processes are involved, actions of that kind cannot acquire immunity by seeking refuge under the umbrella of "political expression.

Tradução Livre: Uma reivindicação, que um tribunal ou agência pode achar infundada, pode passar despercebida; mas um padrão de afirmações repetitivas e infundadas pode surgir, o que leva ao fato de que os processos administrativos e judiciais foram abusados. Essa pode ser uma linha difícil de discernir e desenhar. Mas, uma vez elaborado, o caso é estabelecido de que o abuso desses processos produz um resultado ilegal, impedindo efetivamente os entrevistados de acessar as agências e os tribunais. Na medida em que os processos administrativos ou judiciais estão envolvidos, ações desse tipo não podem adquirir imunidade buscando refúgio sob a égide da "expressão política".

Para mais informações buscar em: Estados Unidos 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> [21-05-2018].

tribunais, pois muitas condutas as quais possuíam leis próprias para a sua sanção foram confundidas, em tribunais inferiores, como exemplo máximo de *sham litigation*<sup>101</sup>.

### 3.3.2 *Walker Process Equipment Inc. v. Food Machinery & Chemical Corp.*

Considerado um dos casos importantíssimos para o desenvolvimento acerca da construção denominada *sham litigation*, o litígio em questão ganha a peculiaridade de ser um caso que se vale de um direito de propriedade industrial para modificar a ordem natural da competição<sup>102</sup>.

O surgimento do litígio partiu de uma ação judicial movida pela Food Machinery em face da Walker Process acusando está de estar supostamente violando o direito de patente dela acerca de equipamentos aeradores para sistemas que tratam esgoto, desistindo posteriormente por esse exclusivo haver vencido. Não contente com o abandono da demanda, a Walker detectou que sua competidora possuía um título irregular de patente, dado pela falha do órgão responsável e, dessa maneira, usava esse direito para litigar contra demais sociedades empresárias.

Com essa supostas descoberta, a Walker Process ingressou no poder judiciário propondo uma ação em que seu principal fundamento era de que sua concorrente se aproveitava de um título irregular com a intenção de obter um monopólio artificial no mercado supracitado, prejudicando outros atores desse mesmo nicho mercadológico.

Nos tribunais inferiores, em sede de primeira instância conclui-se a distorção no processo concorrencial, dando razão à demandante. Entretanto, na segunda instância, houve divergência da sentença primária, com o fundamento de que só competiria ao órgão competente de concessão patentária para ter o juízo de que se o pedido era falso ou não, não fazendo parte, portanto, do escopo de instituições privadas para fazer essa valoração.

---

<sup>101</sup> DARALY J. Durie and Mark A. Lemley, **The Antitrust Liability of Labor Unions for Anticompetitive Litigation**, 80 Cal. L. Rev. 757 (1992). Disponível em: <http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol80/iss3/5>. Acessado em 21/05/2018. P.790

<sup>102</sup> 382 U.S. 172, julgado em 6 de dezembro de 1965-Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/382/172/case.html>. Acessado em 21-05-2018. A redação desse tópico baseia-se, diretamente, no que foi transmitido no julgado

O caso chegou à Suprema Corte e ela deu um modo distinto para a interpretação da problemática em questão, trazendo um grande impacto, principalmente, à época. Primeiramente, afastou-se a análise dos requisitos da patente, focando-se somente nos ilícitos concorrenciais e o que a fraude patentária poderia causar. Assim, esclareceu que não se tratava de análise da validade do exclusivo, supondo que se o registro ainda estivesse em vigor, caberia ao órgão competente em anulá-lo. Desse modo somente na restrição ao mercado causado pelo título obtido de modo escuso e, portanto, distorcendo a concorrência entre os agentes econômicos, foi devidamente analisado.

Superado essa questão, a Suprema Corte estadunidense analisou que sua decisão estava girando em torno de ações sem fundamentos nascidas a partir de um título de patente fraudulento, configurando-se em um possível ilícito concorrencial. Assim o tribunal, criou a possibilidade de ajuizamento de determinadas demandas, alegando que o título de uma patente fraudulenta poderá ensejar em *sham litigation*.

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

Ainda com muitas indefinições acerca da aplicação correta da sham exemption, esse julgado<sup>103</sup> ajudou a aumentar o espectro da aplicação desse precedente. Com uma fervorosa discussão entre os “justices”, o caso em si não foi passível de condenação antitruste, entretanto influenciou diversos julgados posteriores.

O início desse litígio deu-se após a sociedade empresária Indian Head desenvolver uma tecnologia, ao qual criava um eletroduto de plástico para produtos elétricos e submeteu para a aprovação da National Fire Protection Association (NFPA), fundação privada ao qual era composta por diversos membros da sociedade civil. Essa associação possuía uma enorme influência sobre setores públicos e privados, possuindo, assim um Código que versava sobre diversos assuntos relacionados a proteção de incêndio. Uma das especificações desse código era aceitar somente eletrodutos de aço, entretanto, a parte demandante, in casu, estava pleiteando essa alteração

---

<sup>103</sup> 486 U. S. 492, julgado em 13-6-1988, disponível [on-line] in <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/486/492/case.html>. A redação desse tópico baseia-se, diretamente, no que foi transmitido no julgado

Buscando aprovar seu produto, a Indian Head, através de ostensivo lobby buscou nessa associação meios para lograr êxito em seu empreendimento, conseguindo angariar diversos membros em prol de sua pauta. Entretanto, sabendo que sua concorrente estaria prestes a ganhar um espaço valoroso no mercado, a Allied Tube reuniu membros da indústria siderúrgica, dentre outros fabricantes do produto de aço com o intuito de barrar essa aprovação. Além disso, usou do seu poder econômico, para pagar diversas inscrições na véspera da votação para recomendar o produto, conseguindo barrar sua concorrente de ingressar no mercado com sua nova tecnologia.

Inconformada por ter sua mercadoria desaprovada pelo respeitado código, a sociedade empresária entendeu que estava sofrendo restrições competitivas ilícitas e procurou a via judiciária sob alegação de que sua atividade competitiva estava sendo prejudicada pelos atos cometidos pela Allied Tube. A ré em sua defesa, invocou o precedente da doutrina Noer Pennington, julgando válidas suas vias para não permitir o conduíte de plástico ser aprovado.

Em um primeiro momento, a corte distrital, equivalente à 1ª instância, rejeitou o pleito, alegando que a atitude da parte ré era lícita, pois o lobby feito equivalia àquele realizados em órgãos públicos, permitida pelos tribunais dessa forma. O tribunal recursal, entretanto, não entendeu do mesmo modo, trazendo o caso para a Suprema Corte a qual levantou fervorosos debates.

A maioria da corte norte americana identificou três categorias diferentes para a imunidade em relação ao direito de petição ao qual dependia do contexto e de sua natureza. Abrindo a primeira categoria, as intervenções que resultam em restrições anticompetitivas, mas que sejam de ações governamentais válidas em face de atos de caráter privado, são plenamente imunes sob o espectro da doutrina Noer Pennington. A segunda categoria aborda que quando uma petição privada atinge em si uma natureza anticompetitiva, sua imunidade é apenas parcial, possuindo personalidade incidental. Por último, a ação que não possui o objetivo autêntico de influenciar as decisões do aparato estatal, ao qual possui intenções simuladas, não são, definitivamente, protegidas pelo direito de petição<sup>104</sup>.

---

<sup>104</sup> Apesar de estar descrito no próprio julgado, para mais detalhes acerca da análise do julgamento: DURIE, Daralyn J.; LEMLEY, Mark A. **The Antitrust Liability of Labor Unions for Anticompetitive Litigation**. Cal.

Dessa forma, foi-se afastado pela maioria dos justices a imunidade angariada pela doutrina Noer Pennington, pois a National Fire Protection Association possuía escopo privado, com membros que possuíam interesses comuns e poderiam danificar o processo concorrencial, não considerando de forma significativa que essa associação dotava de uma influência quase governamental. Além disso, os julgadores fizeram um paralelo com os casos que foram imunes, alegando que os protegidos estavam atuando no espectro político, enquanto o Allied Tube estava somente dentro dos limites de um processo meramente privado.

Como escrito anteriormente, o julgado não obteve decisão unânime, gerando discordâncias e críticas aos critérios adotados pela maioria da Corte. Um dos justices teceu críticas ao critério a natureza e do contexto, não fazendo diferenciação entre essa imunidade e aplicação da doutrina Noer Pennington<sup>105</sup>. Assim, associações privadas perderiam grande força em sua influência, desestimulando os entes de associar-se.

Esse caso foi importante para analisar melhor a imunidade dado pela doutrina Noer Pennington, assim não são imunes todo esforço concertado para criar influências em ações governamentais. Assim, as atividades de restrições privadas dependem se o seu efeito competitivo ou político predomina. No caso em tela o conluio realizado pelas sociedades empresárias de foi descartado o objetivo incidental para a tentativa de influenciar o governo.<sup>106</sup>

---

L. Rev., v. 80, p. 757, 1992. Disponível : <http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol80/iss3/5>. Acesso em 23 de fevereiro.2018

<sup>105</sup> (...) The Court now refuses to apply the rule of these cases to the participants in those private organizations, such as National Fire Protection Association (NFPA), that regularly propound and publish health and safety standards for a variety of products and industries and then present these codes to state and local authorities for the purpose of having them enacted into law. The NFPA and those participating in the code-writing process will now be subject to antitrust liability if their efforts have anticompetitive effects and do not withstand scrutiny under the rule of reason.(...)

Tradução Livre: A Corte agora se recusa a aplicar a regra desses casos aos participantes daquelas organizações privadas, como a National Fire Protection Association (NFPA), que regularmente propõem e publicam padrões de saúde e segurança para uma variedade de produtos e indústrias e então apresentam esses códigos. às autoridades estaduais e locais para que sejam promulgadas em lei. A NFPA e os participantes do processo de codificação estarão sujeitos à responsabilidade antitruste se seus esforços tiverem efeitos anticoncorrenciais e não resistirem ao escrutínio sob a regra da razão

<sup>106</sup> DURIE, Daralyn J.; LEMLEY, Mark A. op.cit 757

### **3.4 Professional Real Estate Investors v. Columbia Pictures- A criação do teste PRE e seus debates**

Conhecido como um dos casos mais paradigmáticos para a consolidação dos critérios adotados em caso de *sham litigation*, o caso envolvendo as sociedades empresária Professional Real Estate Investors ( PRE) em face da Columbia Pictures, influenciou fortemente casos na jurisprudência internacional, suscitando diversos debates acerca do que foi adotado. A descrição do caso será explanado a seguir.<sup>107</sup>

Os autores da PRE eram proprietários de resorts, possuindo uma videoteca disponível para seus hóspedes alugarem filmes e assistirem em seus respectivos dormitórios. A Columbia, por causa desse fato, processou os proprietários do resort alegando violação do Direito de autor, a fim de obter indenização e retirar o produto do resort. A PRE não se acou com o processo, propondo reconvenção, alegando que o único motivo para o litígio era de excluir um concorrente do mercado, configurando na hipótese de *sham litigation*.

Em um primeiro momento, a corte distrital não concedeu razão à nenhuma das partes, entrando ao quesito de Sham, o julgador entendeu de que a Columbia possuía indícios minimamente razoáveis para pleitear um processo em face da PRE, descartando sumariamente que deveria retirar a imunidade antitruste da doutrina Noer Pennington. Desse modo, a reconvincente não apresentou o padrão de prova suficiente para alcançar sua pretensão.

Por outra via, o tribunal recursal optou por outro entendimento, identificando distorções no processo concorrencial, enxergando que houve demandas demasiadamente repetitivas e desprovida de quaisquer fundamentos, visando somente estrangular seu concorrente no aspecto financeiro, não possuindo qualquer interesse na resolução de mérito. Dando, assim, provimento ao pleito da PRE.

O caso chegou na Suprema Corte a qual definiu pela primeira vez estabeleceu critérios objetivos para caracterizar a exceção à Doutrina Noer Pennington, alinhando com o entendimento primário da corte estadunidense. Sua observação é de que ações privadas as quais

---

<sup>107</sup> 508 U.S. 49 julgado em 3-5-1993, disponível [on-line] in <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/508/49/case.html>

não estão diretamente ligadas à atos governamentais não podem simplesmente perder a imunidade dada ao direito de peticionar frente a ótica antitruste.

Dando prosseguimento ao seu entendimento, a Suprema Corte apontou que caberia à reconvinte em apresentar um arcabouço probatório o qual desqualifique o pleito da Columbia. Após isso, apontou que deveria se observar se a ação ajuizada era objetivamente sem fundamento, de modo que nenhum litigante com intuito de vencer a demanda, não esperaria tal êxito com tais argumentos. Passada essa fase, necessita-se avaliar se por meio de tal ação, o demandante possuiria a motivação de prejudicar os negócios do concorrente. Por último, atendido os dois preceitos supracitados, precisa comprovar que houve, efetivamente, a violação de uma regra antitruste.

Tratando-se de um caso que gerou inúmeras discussões, novamente a decisão final não gozou de unanimidade em termos de fundamentação, apesar que a decisão de vetar o pleito da reconvinte foi seguida. Um dos justices emitiu o alerta demonstrando preocupação com a obscuridade e rigidez do critério adotado, pois em casos futuros os quais demandariam maior análise por sua maior complexidade, poderia confundir o entendimento dos tribunais futuros e, para agravar, exterminar o alcance do direito antitruste para questões que envolvam abuso de petição para influenciar no declínio financeiro do concorrente.<sup>108</sup>

Propôs o justice, portanto, que o autor deveria ser avaliado pelo seu interesse final da ação e se ele tinha realmente a necessidade de propor determinada demanda em face do réu em questão. Dessa forma, ele estava preocupado se a ação causou uma vantagem competitiva indevida a ponto de barrar ou excluir seu concorrente.

A conclusão majoritária, portanto, estabeleceu dois critérios explícitos para esse precedente. O primeiro foi de que a ação não poderia possuir nenhum fundamento, em que,

---

<sup>108</sup> (...) First, where the lawsuit is objectively baseless and the defendant's motive in bringing It was unlawful; second, where the conduct involves a series of lawsuits brought pursuant to a policy of starting legal proceedings without regard to the merits and for an unlawful purpose; and third, if the allegedly unlawful conduct consists of making intentional misrepresentations to the court, litigation can be deemed a sham if a party's knowing fraud upon, or its intentional misrepresentations to, the court deprive the litigation of its legitimacy.

Tradução Livre: Primeira, quando a ação é objetivamente infundada e o motivo de o demandante ajuizar a ação é ilícito; segunda, quando a conduta envolve uma série de ações ajuizadas em conformidade com uma política de iniciar procedimentos jurídicos sem consideração ao seu mérito e voltada para um propósito ilícito; e terceira, se a alegada conduta ilícita consiste em fazer afirmações falsas intencionalmente perante a Corte, a demanda pode ser considerada abusiva se aparte sabe da fraude em questão, ou se suas afirmações eram sabidamente falsas, a Corte pode desprover a demanda de sua legitimidade"



definitivamente, nenhum litigante razoável poderia, de forma realista, esperar que sua pretensão fosse deferida; enquanto o segundo entendimento era de que o agente econômico possivelmente nocivo deveria possuir a motivação expressa de causar danos ao seu concorrente, não possuindo interesse no mérito da ação.

Esse novo teste promovido pela justiça estadunidense gerou diversos conflitos e também foi passível de expansões ao longo dos anos. Inicialmente parte da doutrina alertava que esses critérios adotados iriam aniquilar o instituto da *sham litigation*, pois a exigência probatória possuía um caráter inalcançável.<sup>109</sup>

Com a preocupação sendo refletida no direito norte-americano a Federal Trade Commission (FTC) soltou um relatório com o intuito de evitar que a doutrina Noer Pennington obtivesse um caráter inalcançável, ampliando o entendimento dos abusos nessa seara. Dessa maneira, divergindo-se da Suprema Corte entendeu que não estariam imunes atos buscando decisões não discricionárias de esferas governamentais, junto a isso peticionar com informações fraudulentas; e pretensões repetidas sem quaisquer preocupações com a resolução de mérito, com o intuito de prejudicar seu competidor.<sup>110</sup>

A medida não agradou parte da doutrina ao qual considera que deve descartar sumariamente casos os quais o autor possua alguma razoável chance de êxito na questão de retirar a imunidade antitruste. Mesmo que se sustentasse um objetivo anticoncorrencial, o modelo constitucional de peticionar deveria ser capaz de sobressair sobre isso e, assim, proteger o litigante acusado de *sham litigation*<sup>111</sup>.

O modo de análise também foi objeto de profunda análise, pois levantou-se a discussão de que os requisitos objetivos dependeriam muito do entendimento de determinada jurisprudência, podendo esta ser modificada a qualquer tempo, dessa forma, na figura de Robert

---

<sup>109</sup> HSIEH, Charles C. **Professional Real Estate: The Line Between Patent and Antitrust**. Harv. JL & Tech., v. 7, p. 173, 1993.

<sup>110</sup> FEDERAL TRADE COMMISSION, *Enforcement Perspectives on the Noerr-Pennington Doctrine*, 2006, Link: <https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/reports/ftc-staff-report-concerning-enforcement-perspectives-noerr-pennington-doctrine/p013518enfperspectnoerr-penningtondoctrine.pdf> . Acessado em: 28/05/2018

<sup>111</sup> *Federal Antitrust Policy - the law of competition and its practice*, 3ª ed., St. Paul, Minnesota, Thomson West, 2005, p. 702-707

Bork, foi-se defendido a análise de requisitos subjetivos, mesmo que eles fossem difíceis de alcançar com facilidade. Expondo seu argumento da seguinte maneira:

*“The following five factors would appear to be prominent among those which should determine the liability of persons charged with improper attempts to employ the coercive powers of government for wrongful ends: (i) the intent of the parties; (2) the means employed; (3) the character of governmental process involved; (4) the character of decision to be made; and (5) the degree to which the process focuses upon the formulation of general rules or upon the specific rights or liabilities of particular parties. These five factors should usually be decisive. Obviously, not all of these factors need point to liability for that to be proper result in a particular case.”<sup>112</sup>*

### **3.5 USS-POSCO Industries v. Contra Costa County**

A sociedade empresária USS-POSCO Industries (UPI) é uma joint venture formada com o intuito de operar e desenvolver mais acentuadamente uma antiga operadora de aço. Um dos sindicatos interessados, tentaram induzir a UPI estabelecer vínculo de contrato geral à um contratante sindicalizado. Entretanto, após essa pressão a UPI decidiu fechar um contrato milionário, envolvendo mais de 800 empregos à sociedade empresária BE & K.

Após possuir esse direito concedido, a sociedade empresária BE & K alegou que sofreu inúmeras retaliações do sindicato de Contra Costa County, alegando que eles estariam realizando condutas para eliminar a produção não-sindicalizada na região. As condutas estavam dentre promover lobby em busca de diversas licenças ambientais, fazendo a BE & K buscar diversas autorizações, causando danos financeiros. Além disso, o sindicato propôs diversas ações judiciais de caráter ambiental, instaurou diversas arbitragens e deu provimento à variadas execuções para estrangular a empreiteira economicamente e fazê-la desistir do negócio com a UPI.

---

<sup>112</sup> Tradução livre: “Os seguintes cinco fatores parecem ser proeminentes entre aqueles que devem determinar a responsabilidade de pessoas acusadas de tentativas impróprias de empregar os poderes coercitivos do governo para fins ilícitos: (i) o interesse das partes; (2) os meios empregados; (3) o caráter do processo governamental envolvido; (4) o caráter de decisão para bem; e (5) o grau em que o processo se concentra na formulação de regras gerais ou no conjunto dos direitos ou obrigações específicos de determinadas partes. Esses cinco fatores geralmente devem ser decisivos.” Para mais informações: BORK, Robert em *The Antitrust Paradox - a policy at war with itself*, New York, The Free Press, 1993, p. 357

Dessa forma a Uss-Posco ingressou no judiciário alegando que essas práticas possuíam um caráter anticoncorrencial, os sindicatos rebateram dizendo que suas condutas eram lícitas, citando o direito de lobby abarcado pela doutrina Noer Pennington e, dessa forma, estariam somente gozando de suas prerrogativas. Com isso, houve concessões ao direito da Costa County por a sociedade empresária demandante não haver produzido o caráter probatório suficiente e que a conduta era válida<sup>113</sup>. Entretanto, também a UPI foi vencedora em um dos tribunais por este entender que havia indícios robustos de conduta anticoncorrencial.

Novamente, o caso chegou à Suprema Corte, esta detectou que o exame para detectar abuso no direito de petição fora feito somente analisando de caráter retrospectivo. Assim, a partir desse julgado, consignou que em casos de o mesmo litigante ajuizar várias demandas frente ao mesmo réu, tanto nas hipóteses administrativas, quanto judiciais, a orientação foi de que a análise deveria ser realizada de modo prospectivo. A Suprema Corte, portanto, entendeu que a gama de processos movido pelo respectivo autor, não seria necessário fazer análise de mérito de todos eles, pois mesmo que alguma ação tivesse êxito, deveria analisar se a política desses procedimentos legais eram prejudicar o competidor.<sup>114</sup>

---

<sup>113</sup> Rejecting BE & K's argument that the suits fell within the sham exception to Noerr-Pennington, the district court found that the lobbying of state and local bodies and the Eichleay actions were valid attempts to petition the government. After discovery, the court granted partial summary judgment for the unions

Tradução Livre: Rejeitando o argumento da BE & K de que os processos se enquadravam na exceção fictícia a Noerr-Pennington, o tribunal distrital descobriu que o lobby de órgãos estaduais e locais e as ações de Eichleay eram tentativas válidas de petição ao governo. Após a descoberta, o tribunal concedeu julgamento sumário parcial para os sindicatos.

<sup>114</sup> When dealing with a series of lawsuits, the question is not whether any one of them has merit--some may turn out to, just as a matter of chance--but whether they are brought pursuant to a policy of starting legal proceedings without regard to the merits and for the purpose of injuring a market rival. The inquiry in such cases is prospective: Were the legal filings made, not out of a genuine interest in redressing grievances, but as part of a pattern or practice of successive filings undertaken essentially for purposes of harassment?

Tradução Livre: Quando se trata de uma série de ações judiciais, a questão não é se qualquer delas tem mérito - algumas podem ocorrer apenas por acaso -, mas se são apresentadas de acordo com uma política de iniciar um processo judicial sem considerar ao mérito e com o objetivo de ferir um rival do mercado. A investigação nesses casos é prospectiva: os pedidos legais foram feitos, não por um interesse genuíno em reparar queixas, mas como parte de um padrão ou prática de arquivamentos sucessivos realizados essencialmente para fins de assédio?

#### **4. SISTEMA BRASILEIRO. O ABUSO DE DIREITO E SEUS DESDOBRAMENTOS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA.**

A questão do abuso de direito de petição com objetivos anticompetitivos já foi matéria de discussões no CADE, possuindo divergências nas decisões e trazendo uma grande celeuma às essas condutas unilaterais. Antes de tirar quaisquer conclusões, por se tratar de matéria sensível, é necessário discorrer acerca dos institutos da dogmática geral e especializada acerca do instituto do abuso e também dos princípios constitucionais de acesso à justiça e direito de peticionar.

Também será trabalhado uma gama de casos avaliados pela autoridade antitruste acerca do abuso do direito de petição e suas decisões com o intuito de clarear o entendimento do CADE sobre a matéria antes de adentrar na junção da situação problema e hipótese que discorrerá igualmente de uma decisão administrativa dessa autarquia.

##### **4.1 O Princípio de Acesso à Justiça**

Antes de adentrar nos aspectos acerca do direito e seus abusos, esse trabalho monográfico perpassará pelo o conceito constitucional de acesso à justiça, pois a partir dele pode se fundamentar o direito de ação e, após isso, destrinchar o que excede seus limites.

O princípio de acesso à justiça contém caráter de norma constitucional fundamental, expressa no art 5º, XXXV da constituição federal<sup>115</sup>, conectando sua imagem como um direito social básico nas sociedades modernas<sup>116</sup>. Não assegura somente o mero acesso formal ao judiciário, mas busca um mecanismo qualificado para usufruir do modo mais efetivo possível

---

<sup>115</sup> Art 5º(...)

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] [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm). Acesso em 21 de maio de 2018

<sup>116</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant G.; NORTHFLEET, Ellen Gracie. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

do aparato jurisdicional, propiciando ao seu usuário uma atenção especial e um tratamento de nível qualificado para conseguir obter uma apreciação adequada de sua demanda.<sup>117</sup>

Apesar de ser um conceito forte, o acesso à justiça ainda gera algumas celeumas acerca dos seus desdobramentos, uma delas é como garantir a efetividade<sup>118</sup> de modo objetivo, dando elementos claros para sua execução e não se quedar somente uma definição vaga. Assim, levanta-se a discussão de como garantir a paridade de armas<sup>119</sup> entre os indivíduos que querem gozar dessa prerrogativa constitucional.

Uma das maneiras, diretamente ligada à situação problema do trabalho monográfico, é acerca dos custos como um mecanismo o qual pode dificultar essa garantia positivada na carta magna brasileira. Em casos de litígios que envolvem questões concorrenciais, essa distorção dos custos é usada para estrangular competidores e criar um regime de monopólio artificial<sup>120</sup>. Dessa forma uma das efetividades do acesso à justiça deve levantar a preocupação nesse setor.

Superado esse tópico, passemos à explicação do conceito do direito constitucional do direito de petição, tema importantíssimo para a compreensão do problema levantado.

## 4.2 O Direito de Petição

O direito de petição é o direito de comparecer à autoridade, possuindo origem de caráter privado, atribuindo-se como prerrogativa inerente à apenas o indivíduo. Somente se adquirir maior transcendência é que ganha o poder como interesse público.<sup>121</sup> Entretanto deve ser notado que em termos de sua titularidade, ela coopta o aspecto universal, assegurando pessoas físicas,

---

<sup>117</sup> WATANABE, Kazuo. "Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses." PELUZO, Min. Antônio Cezar e RICHA, Morgana de Almeida (Coords.) **Conciliação e Mediação: Estruturação da Política Judiciária Nacional**, Rio de Janeiro: Forense(2011).

<sup>118</sup> Capelletti ressalta: "Embora o acesso efetivo à justiça venha sendo crescentemente aceito como um direito social básico nas modernas sociedades, o conceito de "efetividade" perfeita é por si só vago". (...) "A questão é saber até onde avançar na direção do objetivo utópico e a que custo". Para mais informações: CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant G.; NORTHFLEET, Ellen Gracie. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

<sup>119</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2015 pag.385

<sup>120</sup> ASSAFIM, João Marcelo de Lima. **A nova Lei de Defesa da Concorrência: perspectivas e critérios acerca da relação entre os direitos sobre os bens imateriais e de defesa da livre concorrência**. P.316

<sup>121</sup> COUTURE. Eduardo. Fundamentos do Direito Processual Civil.P.38

jurídicas, tanto nacionais quanto estrangeiras em exercer esse direito. Portanto, não há que se buscar quaisquer critérios subjetivos para o exercício dessa prerrogativa constitucional.<sup>122</sup>

Essa faculdade jurídica é oriunda de um princípio constitucional da inafastabilidade de jurisdição, do direito ao acesso à justiça e da petição administrativa. Esses dispositivos normativos estão incluídos no art.5º, inciso XXXIV e XXXV da Carta Magna<sup>123</sup>, considerado um dos artigos com maior força de aplicação e proteção no ordenamento jurídico brasileiro. Dessa forma, o exercício desse direito possui escopo de forte presunção de legitimidade.

Esse direito foi caracterizado paralelamente com o desenvolvimento do conceito de justiça em que abrange, indiscutivelmente, os diversos ramos do poder público e quando é exercitado perante o judiciário, compreende em todas as esferas dele. Assim, consiste em dar luz a exercícios democráticos a serem praticados.<sup>124</sup>

A questão acerca do direito de petição já foi enfrentada nas cortes superiores do Brasil, consagrando o ministro Celso de Mello a prerrogativa de exercer o caráter democrático, assim vejamos o que suscitou sua fundamentação:<sup>125</sup>

*“O direito de petição, presente em todas as Constituições brasileiras, qualifica-se como importante prerrogativa de caráter democrático. Trata-se de instrumento jurídico-constitucional posto à disposição de qualquer interessado – mesmo daqueles destituídos de personalidade jurídica –, com a explícita finalidade de viabilizar a defesa, perante as instituições estatais, de direitos ou valores revestidos tanto de natureza pessoal quanto de significação coletiva. ”*

---

<sup>122</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, p. 668.

<sup>123</sup> Art5º (...)

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;
- b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal; Disponível em: BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, disponível [on-line] in [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)

<sup>124</sup> COUTURE. Eduardo. **Fundamentos do Direito Processual Civil**.p.35

<sup>125</sup> ADI 1.247 MC, rel. min. Celso de Mello, j. 17-8-1995, P, DJ de 8-9-1995.

Diverge-se acerca do alcance que possui o direito constitucional de peticionar possui frente aos demais direitos, apesar de que o requerimento não necessita estar necessariamente previsto em lei, o que se sabe é que ele não possui uma reserva legal expressa. Dessa forma, permite o legislador a adotar mecanismos com o objetivo de adequar meios para sua melhor aplicação e evitar possíveis abusos<sup>126</sup>. Além disso, da margem aos julgadores tanto no cenário judicial, quanto administrativo para tecer decisões para não ferir de modo injusto uma parte<sup>127</sup>.

Outro fator a ser considerado é de que os direitos fundamentais possuem um núcleo essencial ao qual deve ser respeitado, um deles é a fundamentação dele relacionados às restrições, em acréscimo deve se relacionar a possível restrição com o direito fundamental; e também se o direito fundamental protegido quer tutelar seu núcleo essencial<sup>128</sup>.

Deve-se entender, portanto, que nenhuma ordem jurídica tem o poder de proteger os direitos fundamentais de maneira ilimitada, rechaçando a ideia de que eles são absolutos<sup>129</sup>. Filiando-se a teoria interna dos limites aos direitos fundamentais, entende-se que essas normas constitucionais já nascem com “limitações imanes”<sup>130</sup>. Os direitos fundamentais, resumidamente, devem ser restritos quando ações ou omissões dos poderes públicos ou de particulares dificultem, reduzam ou eliminem o acesso ao bem jurídico protegido, distorcendo negativamente seu exercício e, ou limitando os deveres e promoção que resultem dos direitos fundamentais<sup>131</sup>.

Após expor a importância dos princípios constitucionais acerca do direito de acesso à justiça relacionado ao direito de petição, apontando seus limites e desafios. Este trabalho monográfico irá partir para a conceituação de abuso de direito e as consequências as quais podem decorrer em razão disso. Conforme aponta a hipótese juntamente com a situação

---

<sup>126</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, p. 668.

<sup>127</sup> De acordo com o Conselheiro César Mattos, “*sham litigation* é a conduta consubstanciada no exercício abusivo do direito de petição, com a finalidade de impor prejuízos ao ambiente concorrencial”. Para mais informações ver: Processo Administrativo 08012.004484/2005-51 (Representante: SEVA Engenharia Eletrônica S.A., Representadas: Siemens VDO Automotive Ltda., Continental do Brasil Indústria Automotiva Ltda.), julgado em 18.08.2010.

<sup>128</sup> Para mais informações sobre o limite dos direitos constitucionais ver em: **SILVA, Virgílio Afonso da, Direitos Fundamentais - conteúdo essencial, restrições e eficácia**, São Paulo, Malheiros, 2011, p. 21-23.

<sup>129</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional** pag.341

<sup>130</sup> Sobre limites imanes e teoria interna ver PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Interpretação constitucional e direitos fundamentais – **Uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na teoria dos princípios**, p.140 e ss.

<sup>131</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional** pag.341

problema desse trabalho, o direcionamento dado pelo decorrer desse capítulo irá priorizar as questões as quais levantam a problemática no espectro concorrencial.

### 4.3 Noção sobre Abuso de Direito

A problemática dessa questão surgiu após detectarem, a partir de estudos de órgãos competentes, em que grande parcela de demandas judiciais atreladas à um pequeno grupo de litigantes, tanto nos setores públicos, quanto privados, revestidos de grandes recursos financeiros para suportar os encargos futuros. Dessa maneira, o problema concorrencial suscitado demanda um diagnóstico para avaliar determinada situação.<sup>132</sup>

A ideia de abuso de direito transmite o sentido de que não se pode admitir que determinado indivíduo conduza de modo escuso a utilização de seu direito com o exclusivo intuito de transformar a causa em prejuízo alheio, inicialmente ele se reveste de um ato jurídico aparentemente lícito, no entanto é levado a efeito sem a devida regularidade. Apesar que deve se rechaçar a ideia que um direito regularmente satisfeito não causará danos à parte adversa.<sup>133</sup> Portanto, juridicamente entende-se que abuso de direito pode ser entendido como o fato de utilizar um direito de modo além e ilícito que o ordenamento jurídico pátrio permite.<sup>134</sup>

A teoria do abuso de direito alcançou a teoria de direito subjetivo, dando limites à sua atuação perante os demais. Com isso não se permite que um direito atinja até suas últimas consequências, aplicando-se o brocardo jurídico *summum ius, summa iniura* (justiça perfeita, injustiça perfeita).<sup>135</sup>

Duas teorias encampam a problemática do abuso de direito, são elas a subjetivista e a objetivista. A primeira, segundo seus defensores, verifica-se quando o titular de um direito subjetivo<sup>136</sup>, apesar de estar nos seus limites formais, utiliza-o com a intenção de afetar seu adversário, caracterizando na culpa delitual, colocando isto como requisito obrigatório. A

---

<sup>132</sup> BUNN, Maximiliano Losso; ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Apontamentos preliminares sobre o uso predatório da jurisdição/preliminary notes about the predatory use of the judiciary**. Revista Direito e Liberdade, v. 18, n. 1, p. 247-263, 2016.

<sup>133</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. São Paulo. Saraiva. 2016 P.565-570

<sup>134</sup> VENOSA, Sílvio Salvo de. **Direito Civil, Parte Geral**, Vol. 1, 2004.p.586

<sup>135</sup> *Ibidem*. P.587

<sup>136</sup> BRUNA. Sérgio Varella, **O Poder Econômico e sua Conceituação do abuso em seu exercício**. P.160-166.



segunda corrente, seguindo por outra via, apontam que o caminho do raciocínio deve considerar somente se o direito possui um caráter antissocial.<sup>137</sup>

Aprofundando pela escola objetivista, ponto de vista mais compatível com esse trabalho, a ideia que se propõe é de que deve ser deixada de lado a ideia meramente individualista do uso do direito, mas sim aplicá-lo com uma finalidade social plausível. Em casos os quais envolvem questões concorrenciais, o abuso do direito é uma forma de se valer do abuso do poder econômico, dessa forma o julgador deve ater seus olhos na liberdade de iniciativa, um direito com função, poder-dever com o intuito de demonstrar a função social das sociedades empresárias frente à sociedade civil.<sup>138</sup>

Os elementos os quais imputam ao abuso de direito como categoria jurídica são seus efeitos, pois eles geram o dever de indenizar. Dessa forma, esse instituto está intimamente ligado ao da responsabilidade civil, entretanto este está em muitas oportunidades ligados à culpa, coisa que o abuso de direito não se vale.<sup>139</sup>

No ordenamento jurídico brasileiro, o abuso de direito está positivado no art. 187<sup>140</sup> do Código Civil brasileiro, ao qual possui característica de ato ilícito, ensejando-se, assim responsabilidade civil ao cometedor desse ato<sup>141</sup>.

O artigo explora os extremos da caracterização do abuso de direito, assentando que o exercício dele deve ser contido. O Código Civil institui um parâmetro o qual o sujeito possuidor do direito subjetivo não o pode exercer violando o princípio da boa-fé, tampouco afrontando as finalidades sociais e econômicas do direito<sup>142</sup>. Assim é suficiente determinar sem necessitar de indagação totalmente subjetiva, abusa de seu direito o indivíduo que lesa a parte adversa sem causar vantagem legítima a si, rechaçando o propósito de causar dano ao laço intimista do titular. Portanto, basta somente lesar de modo escuso a parte adversa com atentados à função econômica e social<sup>143</sup>.

---

<sup>137</sup>CAVALIEIRI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**.P.27

<sup>138</sup> BRUNA. Sérgio Varella Op. Cit 164

<sup>139</sup> Ibidem.

<sup>140</sup> Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

<sup>141</sup> STOLZE. Pablo. Manual de Direito Civil. P283

<sup>142</sup> Para mais informações sobre boa-fé, veja: Para mais informações sobre essa categoria jurídica ver em ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil** 4.P.187

<sup>143</sup> PEREIRA. CAIO MÁRIO. Instituições de Direito Civil. P.571

Fechando a questão, os próximos tópicos irão abordar como se manifestam as punições em casos aos quais ocorram o abuso de direito em questões que envolvem a seara concorrencial.

#### 4.4 Litigância de Má-fé

Apesar de não ser claro na doutrina de que não é instituto contido dentro do espectro do abuso de direito<sup>144</sup>, a litigância de má-fé possui traços conexos a ele e cabe traçar um paralelo em relação à jurisprudência do CADE.<sup>145</sup>

A necessidade da aplicação da boa-fé objetiva<sup>146</sup> como cláusula geral está estabelecida no art. 5 do Código de Processo Civil Brasileiro<sup>147</sup>. Paralelamente, a litigância de má-fé está positivada nos artigos 79 e 80 do Código de processo civil<sup>148</sup> para alcançar esses dispositivos o demandante deverá estar descumprindo o dever de probidade contido na cláusula geral já supramencionada, cabe-se alertar que o rol é meramente exemplificativo.<sup>149</sup>

A doutrina diverge em relação à identificação da litigância de má-fé, podendo surgir diversas opiniões acerca do modo o qual ele deverá ser aplicado. De um lado, parte da doutrina entende que esse abuso está contido quando o ato não é dotado de seriedade, reveste-se ilicitamente e possui o escopo ilegítimo.<sup>150</sup> Por outro lado, existem doutrinadores que consideram que esse instituto se coaduna quando a relação processual é dotada de desequilíbrio

---

<sup>144</sup> Ibidem. P.570

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

<sup>146</sup> Fredie Didier Jr conceitua boa-fé objetiva como: “A boa-fé objetiva é uma norma de conduta: impõe e proíbe condutas, além de criar situações jurídicas ativas e passivas”. Para mais informações veja em: JR. Fredie Didier. **Curso de Direito processual civil** 2015. Volume 1.

<sup>147</sup> Código de Processo Civil: Art. 5º Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.

<sup>148</sup> **Art. 79.** Responde por perdas e danos aquele que litigar de má-fé como autor, réu ou interveniente

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

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

II - alterar a verdade dos fatos;

III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal;

IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo;

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

VI - provocar incidente manifestamente infundado;

VII - interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.

<sup>149</sup> NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil – Nova Lei 13.015/2015**, p. 414.

<sup>150</sup> ABDO, Helena Najjar, **O Abuso do Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007, p. 94.

entre os litigantes no interesse do conflito e pela desnecessária tutela jurisdicional desproporcional causada por um dos demandantes<sup>151</sup>.

#### **4.5 Responsabilidade Civil: O Abuso de Direito como um ato ilícito.**

Se filiando com a corrente de que o abuso de direito constitui um ato ilícito, esse tópico discorrerá como consiste esse ato e seus desdobramentos.

O ato ilícito consiste de modo direto e indireto da vontade de ocasionam efeitos jurídicos, entretanto contraria o ordenamento jurídico. Esse ato é um dos pressupostos da responsabilidade civil. Além disso, o ato necessita estar coberto sobre o manto da ilicitude, possuindo geralmente uma cadeia de atos ilícitos, como pode se identificar em alguns casos de direito da concorrência <sup>152</sup>. Dessa forma, como a responsabilidade civil prega, o dever de indenizar vai ser o centro da questão, pois o centro de transgressão do ao dever de conduta que constitui o ato ilícito.<sup>153</sup>

Outra questão a ser levantada é de que o ato ilícito é cria deveres para o agente, em função do dever de reparação ao qual se põe em razão do dano causado a outrem. A ilicitude da conduta do agente se estabelece quando existe a violação de preceito contrário a um dever preexistente, se caracterizando pela ação ou omissão. <sup>154</sup>

Segundo o professor, Caio Mario, existem determinados requisitos aos quais devem ser cumpridos para caracterização do ilícito, são eles: (i) uma conduta, que se configure, na realização intencional ou meramente previsível de um resultado exterior; (ii) violação do ordenamento jurídico, caracterizada pela contraposição do comportamento à determinação de uma norma; (iii) a imputabilidade, isto é, a atribuição do resultado antijurídico à consciência do agente; (iv) a penetração da conduta na esfera jurídica alheia, pois enquanto permanecer inerte não queda necessário a atenção do direito<sup>155</sup>.

---

<sup>151</sup> *Ibidem*. P.97

<sup>152</sup> “Foi no contexto dessas várias demandas judiciais que foram verificados indícios de abuso de direito de petição” Para mais informações Voto da Conselheira Ana Frazão no Processo Administrativo 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)

<sup>153</sup> VENOSA, Sílvio Salvo. Direito Civil, Parte Geral.568

<sup>154</sup> PEREIRA, Caio Mario. Instituições de Direito Civil. Volume 1. P. 559-570.

<sup>155</sup> *Ibidem*. P.560

Enquanto o ato ilícito tem a obrigação de reparar o mal causado em abstrato, ou seja, integrando-se à seara moral, a responsabilidade civil ingressa no cerne da questão para dar concretude a isso<sup>156</sup>. Desse modo ela positiva-se no 927<sup>157</sup> com a função de reaver o prejuízo sofrido por outrem.

Caio Mário aponta que existem alguns requisitos essenciais para verificar a ocorrência responsabilidade civil, o qual deve ser checado se a conduta possui o escopo antijurídico o qual remeta comportamento em contrariedade com o direito no sentido comissivo ou omissivo, não necessitando a confirmação de propósito. Além disso, devera existir um dano, interpretado no sentido de bem jurídico de natureza patrimonial. Por último, deve haver nexo de causalidade entre o dano e a conduta praticada pelo agente malfeitor do ato antijurídico.

É objeto de questionamento se esses apontamentos podem ser enquadrados nas práticas anticoncorrenciais, ou se estes são tão somente englobados nas punições previstas pela lei 12.529/2011. Conforme prevê o artigo 47<sup>158</sup> do diploma normativo antitruste, exhibe que o judiciário pode e deve ser acionado, seguindo os ditames do Código Civil.<sup>159</sup>

#### 4.6 A aplicação do art. 36 da Lei 12.529/2011

O direito concorrencial propõe proteger sempre o crescimento interno do país, pois só nesses casos existe a certeza de que os ganhos de eficiências protagonizados pelos agentes econômicos foram repassados de modo corretos aos consumidores e gerando riqueza líquida. Essa preferência concorrencial pelo crescimento local utiliza aparatos para coibir práticas as

---

<sup>156</sup> *Ibidem* P.567

<sup>157</sup> **Art. 927.** Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

**Parágrafo único.** Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

<sup>158</sup> Lei 12.529: Art. 47. Os prejudicados, por si ou pelos legitimados referidos no art. 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, poderão ingressar em juízo para, em defesa de seus interesses individuais ou individuais homogêneos, obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica, bem como o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos, independentemente do inquérito ou processo administrativo, que não será suspenso em virtude do ajuizamento de ação.

<sup>159</sup> Paula Forgioni exalta: “Se os advogados levaram ao conhecimento dos juízes os abusos cometidos pelos agentes econômicos com posição dominante, a Magistratura não será impelida a enveredar pela matéria, prejudicando a sociedade brasileira. Advirta-se, contudo: isso somente poderá ser feito a partir do momento em que o conhecimento do direito concorrencial disseminar-se entre os advogados(...). Para mais informações veja: FORGIONI. Paula. Op.cit. pág 163

quais não favoreçam a política antitruste e, dessa forma, atrapalhe na distribuição de renda<sup>160</sup>. Desse modo, surge o artigo 36 da lei 12.529, prevendo quais atos violam essa política e deverão ser punidas pelas sanções estabelecidas no arts.37 e 38 da lei 12.529.

Apesar de existir dentro da lei concorrencial mecanismos para conter atos nocivos à competitividade, esse tópico restringirá somente a análise dos dispositivos apresentados pelo artigo 36, pois estes são os quais se comunicam para encaixar as condutas unilaterais, tema o qual esse trabalho monográfico aborda, especificamente na questão de abuso de direito.

Parece posição pacífica da doutrina de que os ilícitos antitruste, previstos na lei brasileira, possui sua definição pelos efeitos que possam ser provocados por quaisquer espécies de condutas. Dessa forma rejeita-se que existam condutas típicas que possam ser considerados ilícitos *per se*<sup>161</sup>.

Materializando no direito positivo, o artigo 36<sup>162</sup> expressa de modo geral o que se constitui infração à ordem econômica, desdobrando-se em seus incisos para enquadrar-se nas condutas. Logo no primeiro inciso nota-se uma comunicação clara com a constituição federal, pois já se percebe que todas as atividades realizadas pelos agentes econômicos deverão respeitar os princípios da livre concorrência e da livre iniciativa.

A livre concorrência é um dos mecanismos os quais fazem o sistema econômico progredir, assim é ela que, ditadas pelas leis do mercado irão determinar ou não o êxito do empreendedor. Dessa forma, para a concretude desse preceito constitucional, a lei antitruste não admite monopólios ilícitos ou qualquer modo de distorção mercadológica, buscando a igualdade material dos competidores. Portanto, sem a concorrência livre não há como falar sobre economia de mercado.<sup>163</sup>

---

<sup>160</sup> COMPARATO, Fábio Konder, CALIXTO, Salomão Filho - **O Poder de Controle na Sociedade Anônima**.p.526

<sup>161</sup> MELLO, Maria Tereza Leopardi; POSSAS Mario. **A caracterização de infração- interpretação do art.20 da lei 8.884/94**. Ensaio sobre economia e direito da concorrência. P. 145

<sup>162</sup> 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.

<sup>163</sup> TAVARES. André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**.p. 256

A livre concorrência atua em dois aspectos, de um prisma, volta-se seus olhos ao consumidor final, tendo este como parte vulnerável, necessitando de uma proteção jurídica mais acentuada, tutelada por esse princípio.<sup>164</sup> Paralelamente, a tutela da livre concorrência existe para viabilizar a economia de mercado, assim as normas de defesa da concorrência está em garantir, de maneira primordial um ambiente competitivo, assegurando uma maior qualidade e quantidade de produtos e bens de serviço.<sup>165</sup>

É um erro atribuir o princípio da livre-iniciativa juntamente com a ausência de atuação estatal nesse setor, ele na verdade é essencial para que essa norma constitucional seja aplicada com plena eficácia, pois além de regular, a autoridade tem o dever de conduzir da melhor forma possível maneiras para que se facilite aos empreendedores a facilidade manter seus negócios, sem prejuízos ilícitos causados por terceiro.<sup>166</sup> Desse modo deve avaliar o ponto de vista do qual a liberdade individual produza valor ao bem social.<sup>167</sup>

Assim, qualquer ato ao qual seja praticado por um agente econômico poderá ser considerado ilícito se, de alguma forma prejudicar a livre concorrência, levanta-se a questão se é requisito obrigatório possuir posição dominante ou não. De um lado, existem doutrinadores os quais defendem que para se caracterizar infração, o agente econômico deve obter posição dominante frente ao mercado atingido<sup>168</sup>. Seguindo outra via, dispensa que haja necessariamente o uso de posição dominante, pois existe uma distinção de incisos para enquadrar-se a conduta .<sup>169</sup>

Os incisos II e IV são mais voltados para a questão de domínio de mercado e exercício de abuso de posição dominante, somente a conduta sendo realizada, não necessitando-se que os objetivos buscados sejam efetivamente realizados<sup>170</sup>. Isso ocorre, pois, todo abuso de posição dominante restringe a concorrência, lesando o mercado e seu consumidor final. Entretanto, há de se considera que nem todo ato ao qual uma sociedade empresária que possui o poder

---

<sup>164</sup> Ibidem.p.256

<sup>165</sup> ASSAFIM, João Marcelo. **A nova Lei de Defesa da Concorrência: perspectivas e critérios acerca da relação entre os direitos sobre os bens imateriais e de defesa da livre concorrência.** P.284

<sup>166</sup> FORGIONI, PAULA A. Op cit. P.142

<sup>167</sup> GRAUS, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição. P.197

<sup>168</sup> MELLO, Maria Tereza Leopardi; POSSAS Mario.Op. cit.p.145

<sup>169</sup> FORGIONI, Paula A. Op cit. P.143

<sup>170</sup> Ibidem. P. 143

dominante pode ser imputada como ilícito concorrencial, esse só ocorre quando o titular desse poderio e ameaça distorcer ou distorce o processo concorrencial<sup>171</sup>.

Outro inciso que merece devida consideração é o III, pois este também busca proteger o consumidor ou o lesado pelo agente detentor de dominância e que conseguiu lograr lucros arbitrariamente. Além disso, percebe-se que este também tutela os princípios constitucionais de livre concorrência e livre iniciativa, pois enquanto elevam-se lucros de modo arbitrário, pode-se configurar um atentado a esses bens jurídicos, como em casos de conflito entre franqueador e franqueado<sup>172</sup>.

Por último, cabe ressaltar que não importa a forma a qual se caracteriza o ilícito concorrencial, pois no próprio caput que qualquer modo de manifestação da infração antitruste coadunaria em sanção. Assim desde petições demasiadas, troca de informações entre concorrentes, acordos assinados ou não em atas, entendimentos informais, dentre outras práticas poderão enquadrar-se no escopo do artigo 36, punindo os agentes econômicos da forma devida.<sup>173</sup>

Após essa breve explanação acerca do art.36, o próximo tópico abordará as condutas as quais passam pelo abuso de direito nos olhos do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, será demonstrando os casos os quais houve instauração de processo administrativo, notas técnicas com resultados diversos.

#### **4.7 Histórico dos casos envolvendo abusos de direito no CADE**

Depois de perpassar pelo histórico estadunidense acerca de questões concorrenciais valendo-se do direito de petição e também expor como o ordenamento jurídico brasileiro trata em suas normas as questões que visem abusar de algum direito, o trabalho partirá para a análise de casos aos quais passou o sistema nacional. Será de fácil percepção a influência norte americana nas questões envolvendo esse assunto, tanto que a jurisprudência do CADE trata esse instituto como *sham litigation*, nomenclatura iniciada pelos julgamentos dos Estados Unidos. Sobre os casos escolhidos, apesar de que existam poucos julgados a respeito, visto que

---

<sup>171</sup> Ibdem p. 144

<sup>172</sup> Ibidem p. 144-148.

<sup>173</sup> Ibdem.

a prioridade do conselho parece ser por vias de voltar seus olhos aos carteis e aos atos de concentração<sup>174</sup>, eles ilustram bem como a autoridade antitruste está valendo-se do caso.

#### 4.7.1 Caso SINPETRO

Processo de nº 08000.024581/1994-77<sup>175</sup> ao qual foi instaurado *ex officio* pela extinta SDE em face das redes Gasol e Igrejinha, e o Sindicato do Comércio Varejista de Derivados de Combustíveis e Lubrificantes do Distrito Federal - SINPETRO/DF. Isso ocorreu após uma denúncia as quais indicavam indícios de acordos horizontais envolvendo esses grupos econômicos.

Na investigação, a SDE, em seu juízo, detectou que os grupos denunciados estavam criando dificuldades ao acesso das concorrentes no ramo de venda e varejo de produtos derivados do petróleo, caracterizando-se, portanto, em barreiras à entrada. Isso ocorreu, após a Secretaria observar as atas as quais o Grupo Carrefour seria impedido de construir postos de gasolina nos estacionamentos dos estabelecimentos do mercado. Seguindo essa ata, a SINPETRO do Distrito Federal, remeteu um ofício ao governador, requerendo medidas as quais proibissem a construção dos postos, o parlamentar que, segundo constava em ata, deu sua palavra para o impedimento de tal feito.

Como consequência, houve a criação da lei distrital nº 2.526/2000 ao qual vedava a existência de postos de gasolina em estacionamentos e em outros tipos de estabelecimentos. Apesar de ter ocorrido a lei complementar 294/2000 que praticamente revogava a distrital, ficou mantido a vedação aos estacionamentos em relação a possuir postos. Dessa forma, o grupo

---

<sup>174</sup> O Dr. João Marcelo de Lima Assafim expôs em seu discurso no evento de especialistas de direito da concorrência: “ It’s true that Brazil has made some progress on mergers and horizontal agreements. But it has given less attention to unilateral conduct. As a result, the few cases that have investigated unilateral conduct are foreclosed without a decision on the merits”. Tradução livre: É verdade que o Brasil fez progressos nas questões acerca fusões e acordos horizontais. Entretanto, deu menos atenção às condutas unilaterais. Como resultado, os poucos casos que possuem investigação de condutas unilaterais são fechados sem nenhuma resolução de mérito. Para mais informações veja: ASSAFIM, João Marcelo de Lima, **The Interface Between Intellectual Property and Competition**. Publicado em Revista ABPI. P.65.

<sup>175</sup> 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]. Informações extraídas somente dos votos do respectivo caso, todo adicional será expressamente mencionado



Carrefour sofreu danos, pois possuía um sistema de abastecimento ao qual não era necessário a presença de frentistas para recolocar combustível nos automóveis.

Observado tais ocorrências, a SDE decidiu sugerir que as representadas fossem enquadradas nas punições previstas no artigo 20, inciso I e do art. 21, II, III, IV, V, X da extinta lei 8884/94<sup>176</sup>.

A representada, em tese defensiva, buscou argumentar que todos os atos praticados, foram sempre com vistas ao benefício do consumidor final, negando que qualquer ação realizada buscava agir de modo ilícito.

Ao analisar o caso o relator procurou entender se houve de fato deliberações pela SINPETRO para que houvesse medidas contrárias ao ingresso do Carrefour ao mercado, confirmando essas suspeitas com as leituras da ata.<sup>177</sup> Dessa forma, as representadas foram condenadas a pagarem 5% de seus rendimentos brutos, por ter impedido a concorrência no setor de combustíveis.

O caso foi um dos pontos de partida para compreender abuso de direito, ainda que o conluio entre os agentes econômicos foi o principal alvo das autoridades antitruste. Alguns comentários acerca do caso dão conta que o direito constitucional de pleitear às autoridades públicas foi completamente ignorado pelo CADE, entretanto não se defende que eles não devam ser limitados.<sup>178</sup>

---

<sup>176</sup> “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

<sup>177</sup> “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”.

<sup>178</sup> VINHAS, Tiago Cação. **Sham Litigation: do abuso de direito de petição com efeitos anticoncorrencias**, p. 149.

#### 4.7.2 Caso Ediouro

Processo administrativo de nº 08012.005335/2002-67<sup>179</sup> tratou-se de uma representação promovida pelas Editoras Nova Atenas e Porto da Arte em face de condutas supostamente anticoncorrencias promovidas pela Ediouro.

A representação consistiu na acusação em que a editora Ediouro, conhecida como a líder no setor, estaria impondo barreiras à entrada ao mercado de revistas de passatempo, valendo-se de modo ilegítimo de seu direito de petição, pois notificou de modo extrajudicial as representantes no caso em tela, ameaçando que proporia ações judiciais em caso de suas concorrentes introduzissem as revistas no mercado, tendo em vista que os conteúdos, segundo a líder, eram idênticos aos publicados por ela.

Outro fator exposto, era de que a Ediouro tentara influenciar a Distribuidora Nacional de Publicações S/A (DINAP), distribuidora, a não possuir relações negociais com a Editora Nova Atenas e que a representada ainda firma acordo com outras editoras possuindo cláusulas de não competição. Desse modo, essas ameaças não eram incomuns por parte dessa sociedade empresária, inclusive sendo apontada como reincidente.

A extinta SDE opinou pelo arquivamento, pois ela na sua averiguação preliminar explicitou quatro motivos para que se procedesse tal ato. O primeiro deles foi de que o mercado de revistas era bastante pulverizado e não possuiria uma líder capaz de distorcer o mercado. Além disso que, considerando que as revistas de passatempo não consistiriam em parcela significativa de seus lucros, não havendo sentido em exercer enormes esforços na máquina pública tão somente para excluir os concorrentes. O terceiro fato foi de que por ser pulverizado, não havia como exercer barreiras à entrada no mercado. Por último, não haveria uma racionalidade econômica para as distribuidoras aceitarem o suposto requerimento da Ediouro para deixar de fazer negócios com suas concorrentes.

Apesar dessa recomendação, o conselheiro Luís Fernando Schuartz recorreu de ofício e rejeitou a ideia de arquivar determinado caso, instaurando-se, dessa maneira, o processo

---

<sup>179</sup> 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, TCC assinado em:27/07/2016

administrativo para apurar de modo mais adequado o feito. O relator comentou que por se tratar de uma diferença muito difícil de compreender, ainda seria necessário aprofundar mais no caso e não arquivando-o prontamente<sup>180</sup>.

Em tese defensiva, a representada apresentou que suas ações possuíam um arcabouço sólido e que ela estava regularmente apta para exercer seu direito de petição feito às autoridades públicas. Essa defesa já estava enquadrada na nova lei, ficando a cargo da Superintendência Geral em analisar o feito.

Na nota técnica, a SG inicialmente expôs que só o fato dos acordos extrajudiciais promovidos pela Ediouro com o intuito de firmar cláusulas de não concorrência já estaria apto para sofrer sanções previstas na 12.529/2011. Além disso, identificou no caso concreto no quesito de condições da ação que existiam alegações contraditórias, incompatíveis com o caso, também existia omissão em certos aspectos nos processos. Dessa maneira, apesar das ações não possuírem necessariamente inverdades, mas sim interpretações jurídicas desarrazoadas, constituído no instituto jurídico do *venire contra factum proprium*<sup>181</sup>. Por último, a SG aponta que a representada busca denegrir a imagem das concorrentes com essas ações judiciais, pois saberia que elas não possuíam fundamento para tal pleito.<sup>182</sup> A SG, dessa forma, inquiriu pela condenação da Ediouro no caso.

A desdobramento desse processo resultou na celebração de um Termo de Compromisso de Cessação (TCC), ao qual a Ediouro Publicações S/A se comprometeu a cessar com as práticas denunciadas e em pagar uma contribuição pecuniária no valor de R\$ 1.700.000,00 (um milhão e setecentos mil reais)

---

<sup>180</sup> O relator aborda: “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 judicante, furtar-se à tarefa de determinar se uma conduta (...) No caso concreto, ainda não está claro de qual das duas modalidades se trata...”

<sup>181</sup> Para mais informações sobre essa categoria jurídica ver em ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil** 4.P.186

<sup>182</sup> A SG expõe: Nota-se um padrão no comportamento da Representada, que, a partir de fundamentos no mínimo questionáveis, promovia litígios contra seus concorrentes. Das referidas ações derivavam acordos judiciais de não concorrência que cancelavam a saída de concorrentes do mercado, mediante pagamento. Tendo em vista não haver racionalidade na conduta referida, ficando patente o objetivo de que os concorrentes deixassem de contestar o domínio da Ediouro em um mercado no qual sua participação já era muito elevada, considera-se presente o interesse anticompetitivo da Representada.

### 4.7.3 Caso Baterias Moura

Averiguação preliminar nº 08012.006076/2003-72<sup>183</sup> instaurada no CADE após o grupo conhecido como Baterias Moura demandar no tribunal administrativo frente a diversas sociedades empresárias do ramo de baterias.

O início do embate surgiu após as sociedades empresárias, futuramente representadas, denunciaram o grupo Moura alegando que esta estaria com sua certificação de modo irregular de baterias por ela produzidas. Dessa forma, esse requisito em falta estaria dando uma vantagem na produção de seus produtos, fazendo-se assim ir para o mercado a um baixo custo, prejudicando os rivais que estariam possuindo custos extras para deixar suas baterias em estado regular. Assim, prosseguiram com suas reclamações e peticionaram uma denúncia frente a ANATEL para reparar o vício.

Sabendo do ocorrido, o grupo Moura peticionou uma denúncia ao CADE, alegando que o grupo adverso possuía 90% do controle do mercado e que estaria realizando tais práticas para eliminar um competidor, supostamente, mais eficiente do mercado.

Um dos relatores, o conselheiro Luis Carlos Delorme Prado não considerou suficiente as provas produzidas pela SDE, considerando constitucional o direito regular e, dessa forma, optou por não prosseguir com a investigação e, portanto, votando pelo seu arquivamento. Decisão a qual foi a tônica desse caso, entretanto merecendo atenção em relação ao voto vista.

O relator Ricardo Villas Boas se posiciona de modo adverso à importação da doutrina Noer-Pennington na sistemática do ordenamento jurídico brasileiro. Primeiramente, o conselheiro buscou extrair da jurisprudência dos Estados Unidos alguns parâmetros para analisar situações trazidas pela SBDC, essas nas quais a atividade de usufruir do exercício de petição ao aparato estatal pareça de algum modo ocorrer um embate frente aos bens jurídicos acobertados pelo direito antitruste.

---

<sup>183</sup> BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Averiguação Preliminar nº 08012.006076/2003 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

Seu voto seguiu indicando que era necessário reanalisar o amplo direito de petição quando o exercício dele se designa ao espectro político. Seguindo seu raciocínio, expôs que a comunicação com o Estado baseia-se em um caráter político e, ou fiscalizatório, possuindo uma função essencial com o intuito de ajudar na formulação da opinião parlamentar. Em segunda premissa, expõe que não é dever, tampouco função do CADE em remeter ao seu juízo se as decisões proferidas por outros setores contem vícios ou não. Admite-se, portanto, uma limitação antitruste em conseguir reconhecer onde estão contidos os abusos de direito de petição. Assim, os critérios a serem levados em consideração seriam a plausibilidade do direito invocado, a veracidade das informações, adequação com a razoabilidade dos meios utilizados e a probabilidade de sucesso na postulação.

Apesar de mesmo com a limitação citada, o conselheiro admitiu a intervenção do CADE em questões que envolvem abuso de petição, sendo algo de bastante proveito, pois ele propôs critérios à análise de abusos de direito de petição, ou também chamado de *sham litigation*. Entretanto, no caso em tela, o relator entendeu que inexistiu condutas envolvendo abusos por parte das representadas, visto que a Anatel reconheceu a procedência de algumas questões suscitadas pelos concorrentes do grupo Moura.

#### **4.7.4 Caso Siemens VDO**

Apesar de não ter terminado em uma condenação utilizada como *sham litigation*, mas sim como convite a acordo horizontal, o processo 08012.004484/2005-51<sup>184</sup> o caso Siemens VDO trouxe uma das discussões mais ricas e ostensivas entre os julgados do CADE.

A origem desse julgamento iniciou-se após a sociedade empresária conhecida como SEVA Engenharia Eletrônica propôs uma representação em face da Siemens VDO, alegando que esta estava impondo barreiras à entrada frente a concorrência no setor de tacógrafos, enquadrando-se na até então lei 8884/94, especificamente no art.20 e seus incisos.

---

<sup>184</sup> 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. Todas as informações desse caso foram retiradas desse julgado, qualquer conteúdo suplementar será expressamente citado.

A denúncia consistia em apontar que munida de sua posição dominante, a Siemens causou empecilhos na questão de homologação e comercialização de tacógrafos. Seu estratagema consistia em exercer influência no campo político para que o Departamento Nacional de Trânsito (“DENATRAN”) não autorizasse os tacógrafos das concorrentes, exercendo, dessa forma pressão para revogar as portarias. Além disso propunha ações judiciais com pedidos liminares para obter tal feito de revogação, alegando conflito de competências entre o Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (INMETRO) e o Conselho Nacional de Trânsito (Conatran). Por último, alegou que houve convite à cartelização para que a SEVA retirasse seu produto do mercado e redirecionado para outros.

A SDE analisando tais atos reconheceu a possibilidade do CADE avaliar a conduta de abuso de direito de petição, enquadrando ele como *sham litigation*, colocando assim como prejudicial à concorrência e fazendo um paralelo com o processo civil brasileiro.<sup>185</sup>

A fundamentação da secretaria tomou como luz a doutrina norte americana para fazer sua análise e fundamento ela conforme o famoso teste PRE. O enquadramento em *sham litigation* ocorreu após reparar que a Siemens propôs um mandado de segurança sem legitimidade para tal feito e manteve essa posição em um procedimento ordinário em face da SEVA. Além disso, sua petição inicial continha obscuridades no sentido em que ela não esclarecia o motivo da denúncia de falta de autorização de tacógrafos da concorrente, mas mesmo assim ela também os comercializavam nas mesmas condições.

Na época, o conselheiro encarregado de ser o relator desse caso foi Fernando de Magalhaes Furlan, este que adotou a ideia de abuso de direito de petição, convertida ao vocabulário anglo-saxão de *sham litigation*. Ele sustentou que o direito de petição é regularmente previsto no sistema constitucional brasileiro, entretanto não haveria hipóteses nela as quais protegeriam o suposto abuso<sup>186</sup>. Dessa maneira, o conselheiro optou pela condenação da representada pelo ilícito ocorrido no caso.

---

<sup>185</sup> Diz a extinta secretaria de direito econômico: ” A doutrina do *sham litigation* é, portanto, aplicável no direito concorrencial brasileiro, inclusive pela existência de instituto análogo no art. 17, III, do Código de Processo Civil: “usar do processo para conseguir objetivo ilegal” in casu, objetivo oposto à lei concorrencial brasileira.”

<sup>186</sup> O Relator alegou: 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.

Por outra via, o conselheiro da época Olavo Zago Chinaglia divergiu do posicionamento do relator supracitado, mencionando que não conseguiu confeccionar uma linha de raciocínio a qual ligasse as condutas de abuso de direito com a de cartel. Apesar de reconhecer que fazer uso de modo abusivo da faculdade jurídica de peticionar não se encontra imune dos olhos da autoridade antitruste, esse julgado possuía legitimidade suficiente para afastar essa hipótese de incidência, pois necessitaria de indícios mais claros.

Acompanhando o voto divergente do relator, o conselheiro César Costa Alves de Mattos, fundamentando que o abuso de petição deve transpor a finalidade social e econômica do direito, não considerando as questões de dolo ou culpa. Além disso classificou que a categoria jurídica dos atos praticados seriam os de litigância de má-fé e para isso chegar ao CADE, deveria haver uma condenação proferida pelo poder judiciário para a prática de tal ato. O relator valeu do teste PRE para fundamentar seu voto, acrescentando ainda que uma ação que possua um conteúdo enganoso, induzindo o Estado a erro poderá ser considerada infração à ordem econômica. Entretanto, no caso em tela, as ações as quais gerou a representação no CADE, foram consideradas legítimas, afastando, portanto, a hipótese de condenação dos termos da lei antitruste.

Outro conselheiro ao qual esteve envolvido nesse extenso caso, admitiu que existiria um conflito regulatório entre a questão da homologação dos tacógrafos, afastando a hipótese de abuso. Entretanto, ele entendeu que os litígios judiciais possuíam o escopo de causar constrangimento à representante, dando vida mais longa ao produto da Siemens. Apesar de afastar a incidência abusiva de petição, o conselheiro seguiu com o relator na decisão de condenação.

O conselheiro Vinicius Marques de Carvalho descartou o abuso, visto que a representada não se valeu do seu direito de peticionar para lesar a concorrente. Entretanto, condenou pelo convite a cartelização, visto que foi comprovado em ligação que a sociedade empresária Siemens queria controlar determinado setor com a ajuda de suas concorrentes. O conselheiro Carlos Emmanuel Ragazzo acompanhou o voto de forma integral.

O último voto foi proferido pelo conselheiro Arthur Sanchez Badin, este que seguiu a linha de fundamentação no que tange a fazer um paralelo com a doutrina norte americana e tentar importá-la para o caso concreto brasileiro. No entanto, ele apontou uma divergência

apontada nesse trabalho e seguiu na linha de que para observar se ocorreu práticas abusivas, teria que comprovar que a sociedade empresária representada. Outra questão seria de que houvesse alguma expectativa de vitória em anteposição à ação ao qual não possuiu nenhum fundamento meramente razoável. Mais um fator a ser relevado, seria o interesse anticoncorrencial escrutinado arditosamente em ações com suspostamente vistas em outro interesse. Também deve ser considerado se a ação está causando um dano econômico ostensivo ao competidor ao qual sofre a demanda judicial, esta dotando menor capacidade financeira, causando barreiras à entrada, denegrindo a imagem e criando prejuízo à atividade da concorrente. Os argumentos ainda continuam, com o conselheiro apontando que as ações que visem influenciar as atividades governamentais devem possuir fins anticompetitivos. Após a exposição dessa gama de fatores, o conselheiro compreendeu que não seria o caso narrado em tela, descaracterizando o fator de abuso.

Por fim, após a explanação dos votos dos conselheiros da época, foi decidido que a Siemens seria condenada pelo convite à cartelização, proposto pelo conselheiro Vinicius Marques. Com isso os conselheiros Fernando Furlan e Ricardo Machado Ruiz reconfiguraram seus respectivos votos, concordo com a proposta supracitada pelo conselheiro.

Esse caso possuiu enorme função em termos de compreender o modo que o CADE trata o abuso de petição. Nesses votos os conselheiros rechaçaram que o direito de petição por si só recebe uma proteção automática. Além disso, o teste PRE foi usado com bastante relevância e também foi levado em consideração uma série de práticas, a partir do abuso de direito positivado no Código Civil, com o intuito de distorcer o processo concorrencial.<sup>187</sup>

#### 4.7.5 Caso Shop Tour

Um dos casos mais marcantes acerca de abuso de direito de petição, sendo o primeiro ao qual o Plenário do CADE importou integralmente o termo *sham litigation*, o processo administrativo 08012.004283/2000-40<sup>188</sup> merece atenção neste trabalho monográfico.

---

<sup>187</sup> VINHAS, Tiago Cação. *Sham Litigation: do abuso de direito de petição com efeitos anticoncorrencias*, p.179

<sup>188</sup>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, Todas as informações desse caso foram retiradas desse julgado, qualquer conteúdo suplementar será expressamente citado



O imbróglio surgiu a partir da denúncia instaurada em face da Box 3 Video e Publicidade e Léo Produções e Publicidade (Box 3) sob a alegação que esta teria supostamente limitado ou impedido o acesso de novas sociedades empresárias ao mercado que envolvia programas de vendas e promoções de televisão. Para sustentar esse direito, a Box 3 afirmou que possuía registro de direito autoral sobre o formato do programa discutido nos processos, ao qual foi remetido a registro junto à biblioteca nacional de cultura, com característica de programa, o que, portanto, configura-se em proteção ao direito de autor. O STJ, posteriormente, reconheceu que não haveria base no direito da sociedade empresária.<sup>189</sup>

Analisando o caso, a extinta Secretaria de Direito Econômico julgou que não haveria indícios suficientes para configurar infração à ordem econômica, pois, a representada só estaria defendendo seu direito legítimo, exercendo dessa forma o direito constitucional de peticionar. Além disso, analisou que o direito obteve êxito em determinadas demandas, regularizando, dessa maneira, seu pleito. O ministério público federal também acompanhou essa posição e a procuradoria geral igualmente emitiu opinião similar<sup>190</sup>.

O relator do caso, Vinicius Marques Carvalho, atentou que houve modificações realizadas pelo poder judiciário acerca dos casos aos quais davam razão ao suposto direito da representada foram revertidas nas instâncias superiores. Ato contínuo, através de instrução complementar, trouxe novamente o caso a pauta, rejeitando a indicação de arquivamento.

O conselheiro alega que ninguém é imune a ótica do direito concorrencial se valendo do direito de petição, visto que ele não tem caráter absoluto. Seguindo essa linha, ele argumentou que as premissas jurídicas invocadas pela Box Video estariam equivocadas, pois o título da biblioteca nacional não possui características de título aquisitivo de direito e que nem poderiam configurar tal forma, visto que o gênero televisivo não está com previsão de proteção na lei de direito autoral. Assim, alegou que o produto oferecido pela Box Vídeo não produziria nenhum efeito positivo a sociedade, buscando um monopólio ilegal.<sup>191</sup>

---

<sup>189</sup> STJ 6a Turma, REsp 223.748-SP, rel. min. Fernando Gonçalves, j 16 3 00, não conheceram, DJU 10 4.00, p 138

<sup>190</sup> Parecer 358/2009 emitida pela Procuradoria do CADE.

<sup>191</sup> Afirma Vinicius: “No caso de uma patente lícita, o que se pode observar é que existe uma troca, do ponto de vista social. Considerando uma patente ou um cultivar, tem-se, por um lado, a existência de um "monopólio" por um período de tempo razoável, capaz de remunerar o capital investido no invento, mas, por outro, há um ganho social relativo à própria inovação. Todavia, no presente caso, o autor não apresenta nenhuma invenção, não produz

O relator prosseguiu fazendo comparações com o direito norte americano e identificou que os fundamentos das ações não possuíam fundamentos plausíveis. Prosseguiu ainda, de modo perspicaz, indicando que mesmo com a obtenção de demandas favoráveis em alguns casos no judiciário, não se pode afastar completamente da ótica de análise concorrencial.<sup>192</sup>

Outras considerações realizadas foram acerca da série de ações com o caráter anticompetitivo as quais configuram em um ilícito processual, no caso a litigância de má-fé. Vinicius cita o dispositivo do antigo Código de Processo Civil o qual ficava exposto no artigo 17, I<sup>193</sup>, ao qual no código atual está localizado no artigo 80<sup>194</sup>. Sua conclusão optou pela condenação da representada, enquadrando as condutas destas como anticoncorrencias, pois seus objetivos com as ações judiciais eram afastar as concorrentes do mercado de propaganda em programas e com isso obter um monopólio ilegal, possibilitando a ela o aumento do preço e distorcendo o fluxo comum do processo concorrencial.<sup>195</sup>

## **5. O ABUSO DE DIREITO DE PETIÇÃO NO SETOR FARMACÊUTICO: CASO ELI LILLY**

O trabalho monográfico chega ao seu último capítulo apresentando o caso ao qual irá comprovar a hipótese de resposta provisória ou não. Foi apresentada a situação problemática em que determinados agentes econômicos, valendo-se do seu direito constitucional de

---

nada à sociedade com originalidade capaz de merecer amparo jurídico e, ao mesmo tempo, não só acaba por simular um direito que não o tem, na busca de ludibriar o Poder Judiciário, mas, também, assume uma conduta de risco que pode levar ao monopólio, considerando os custos processuais existentes”.

<sup>192</sup> Sobre eventuais vitórias, emendou o relator Vinicius: Assim, mesmo que a Box 3 tenha ganho poucos provimentos iniciais, ousou discordar da SDE, da Procuradoria do CADE e do MPF. Não é possível concordar com esse ambiente, injusto, criado por causas frívolas, que garantiram maior poder de mercado, com base exclusivamente em argumentos arditos que simularam um suposto direito inexistente.

<sup>193</sup> 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, [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: 11 de maio 2016

<sup>194</sup> . Considera-se litigante de má-fé aquele que:

I – deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso (Brasil, Lei nº13.105, de 16 de Março de 2015).

<sup>195</sup> Nesse caso *O Conselho Administrativo de Defesa Econômica- CADE, na 482 seção ordinária de julgamento, realizada no dia 15/12/2010, condenou a empresa Box 3 Vídeo e Publicidade Ltda. responsável por veicular o programa Shop Tour, no Processo Administrativo de n. 08012.004283/2000-40 a pagar a multa de R\$1.774.312,66 (um milhão setecentos e setenta e quatro mil trezentos e doze reais e sessenta e seis centavos), em razão da prática de litigância predatória ou fraudulenta com efeitos anticompetitivos, nos termos do art. 20 e 21, IV e V, ambos da Lei 8884/94.*

peticionar e de acesso à justiça, abusam de seu direito ou o utilizam de modo fraudulento a fim de eliminar seus respectivos competidores. Isso gera uma enorme preocupação, em diversos setores, um deles, o qual foi escolhido pelo trabalho por sua grande relevância é o de patentes farmacêuticas. Assim veremos como a autoridade antitruste tratou o processo administrativo nº 08012.011508/2007-91, conhecido como caso Eli Lilly e quais foram os fundamentos utilizados para proferir a decisão sobre o imbróglio que chegou ao tribunal provedor do direito da concorrência.

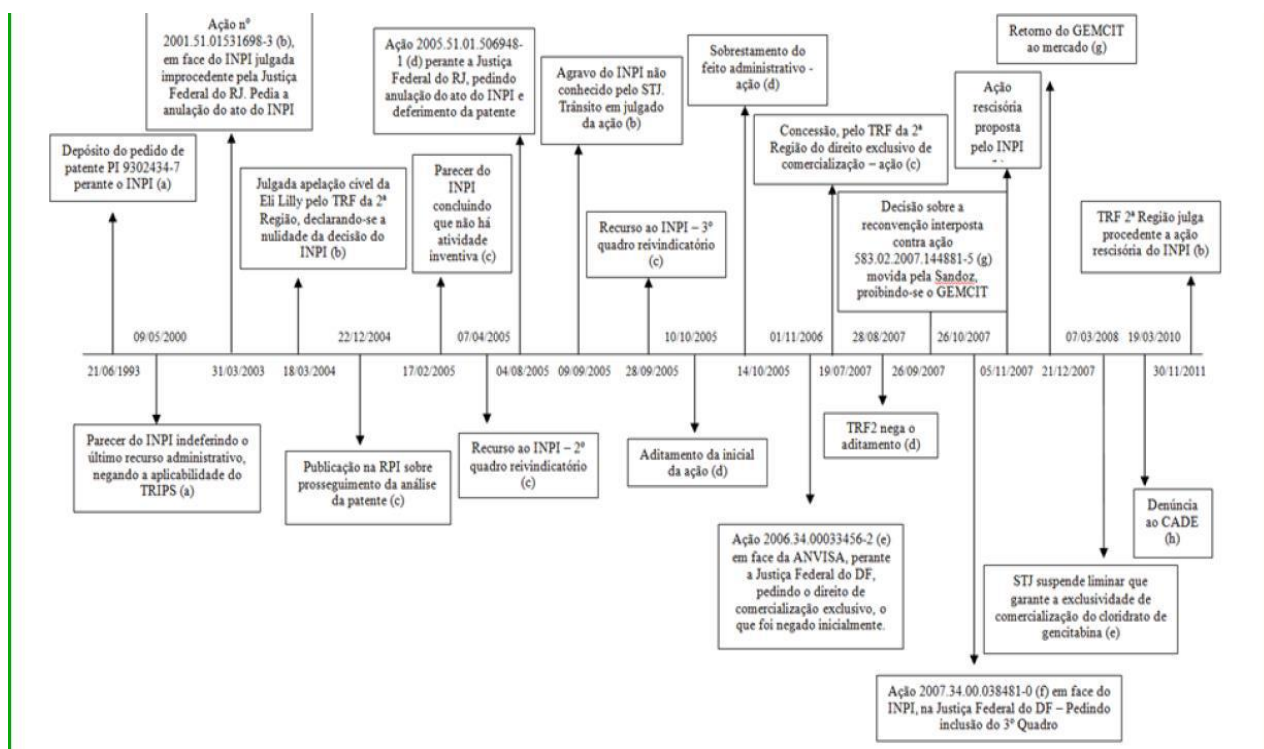
### **5.1 Caso Eli Lilly**

Processo instaurado pela Secretaria de Direito Econômico, em 02.12.2012, em desfavor da Eli Lilly do Brasil e Eli Lilly Company, com intuito de apurar supostas práticas de abuso de direito, popularmente chamado de *sham litigation* das representadas. Esta demanda surgiu a partir da representação proposta pela Associação Brasileira das Indústrias de Medicamentos Genéricos. Eli Lilly, segundo a representação, estaria praticando atos anticompetitivos por meio de proposição de demasiadas ações de escopo administrativo- INPI e Anvisa- e judicial, esta no caso em comarcas diferentes- Rio de Janeiro e DF-. Buscando-se, portanto, a obtenção ilícita de exclusividade, face dos concorrentes, na comercialização do medicamento cloridato de gencitabina, utilizado para o auxílio de tratamento contra o câncer. Dentro do estratagema da sociedade empresária denunciada estava a procurar mais de um foro para proteger seu direito, omitindo dados relevantes e alterando o escopo da patente frequentemente.

Para lograr êxito, a Eli Lilly teria promovido alterações no escopo da patente, não comunicando para as autoridades competentes informações fidedignas, a ponto de que alterariam o juízo dos órgãos julgadores de modo significativo.

Em sua defesa, a representada alegou que a conduta de *sham litigation* referia-se apenas em atos que não possuem a intenção de requerer os interesses legítimos e que são ações as quais buscam, unicamente, prejudicar os concorrentes. Desse modo, para que ela fosse condenada, deveria ser comprovado o ato de má-fé, ato ao qual a Eli Lilly negou veementemente. Para ilustrar tal compreensão, a representada trouxe diversos julgados do CADE e da jurisprudência estrangeira que trataram do tema.

Dessa forma, instaurou-se um processo administrativo a fim de investigar todas as condutas, conforme possuíram o histórico conforme a imagem abaixo<sup>196</sup>:



Avaliando essa gama de processos, a superintendência geral, dando o seu parecer, opinou pela condenação, pois a ora representada estaria valendo-se de modo abusivo de seu direito de petição<sup>197</sup>, enquadrando nos artigos 21, IV, V, X e XVI e art. 20, I, II e IV, da Lei 8.884/1994, antiga lei antitruste. A SG entendeu que as omissões foram demasiadas severas perante ao poder judiciário, com o intuito de suspender a análise do INPI e, assim, criar um monopólio pois seu concorrente estaria comercializando o produto sob disputa judicial<sup>198</sup>

A procuradoria do CADE seguiu o raciocínio da SG e também opinou pela condenação da Eli Lilly, pois ela se valeu de um padrão comportamental não esperado e a qual supera o

<sup>196</sup> Imagem retirada do processo administrativo: 08012.011508/2007-91

<sup>197</sup> Nos termos da Nota Técnica do no Processo Administrativo nº 08012.011508/2007-91: “abusaram de seus direitos de petição, utilizando-se de ardilosa engenharia processual, na busca de direitos que não lhes eram devidos, e com efeitos anticompetitivos severos” (fl. 279).

<sup>198</sup> Suscitou a SG: "Assim, de forma abusiva e tumultuada, por meio de enganosa e omissões severas ao Judiciário e utilizando-se de artifício doloso e ardiloso –consistente em pedir e obter a suspensão da análise do INPI junto a um Juízo, ao mesmo tempo que se pedia o monopólio temporário do produto em outro Juízo, sob o argumento de demora na análise pelo INPI (demora essa demandada e obtida pela própria empresa) –, as representadas conseguiram o monopólio sobre um medicamento que estava em domínio público, (Gencitabina), para o uso de câncer de mama.

limite do razoável, prejudicando a ordem econômica. O ministério público também opinou pela condenação.

O caso foi encaminhado à conselheira Ana Frazão, sendo esta, desse modo, designada para a relatoria do litígio.

Antes de adentrar no caso em si, a conselheira fez um paralelo entre o direito de propriedade intelectual e o antitruste. No voto, ela aponta pela comunhão entre os dois institutos, indicando que o direito concorrencial garante uma concorrência saudável, permitindo a circulação de bens tangíveis e intangíveis sem que outros agentes econômicos se valham de práticas danosas ao mercado, enquanto o de propriedade intelectual estimula a inovação tecnológica por meio da garantia da exploração exclusiva por um período de tempo de determinado produto ou processo realizado pelo seu inventor.

Entretanto apontou que caso exista algum abuso por parte dos direitos intelectuais, eles não passarão despercebidos pela ótica antitruste. Ainda ressaltou que a literatura anda permeada de preocupações envolvendo esse possível conflito, pois patentes são registradas propositalmente com limites pouco claro ou de modo ambíguo com o intuito de promover disputas judiciais contra competidores. Portanto, ainda teceu críticas às autoridades responsáveis a avaliar o registro, causando, assim, a possibilidade de abuso em diversas modalidades.

A relatora aponta em ato contínuo que os titulares de exclusivos, necessita de reforçar a lealdade processual, pontuando que os direitos devem ser exercidos dentro dos seus limites e de modo proporcional. Assim, tanto nas petições de caráter judicial e administrativo deveriam ser providas de modo cuidadoso, pois caso a autoridade perceba alguma lesão no mercado, nada impedirá uma atuação ostensiva por parte da lei concorrencial. Por último, demonstrou que mesmo com o direito concedido a patente ela é pendente de controle caso haja desvios, nesse caso quem de fato não o tem, passaria por um rigor maior.<sup>199</sup>

---

<sup>199</sup> Ana Frazão sustenta: Se mesmo a defesa judicial de um direito de propriedade intelectual devidamente registrado perante as autoridades competentes pode ser abusiva e comprometer o ambiente concorrencial, com maior razão é possível a identificação da ilicitude quando ocorrem restrições abusivas e injustificadas à concorrência sem que a parte tenha nem mesmo obtido o registro respectivo, como é o caso da Eli Lilly

A relatora, portanto, escancarou a situação problema desse trabalho monográfico alegando que instrumentalizar o direito de ação para gerar efeitos os quais lesem o funcionamento do mercado é, definitivamente, matéria a qual deve se preocupar o direito da concorrência. Ainda alegou que exercício do direito de ação é legítimo quando o autor pretende buscar os meios adequados para obter a prestação jurisdicional que garanta seu direito na melhor forma possível, mas pode acarretar em ilicitudes se este é utilizado com vistas a distorcer o processo concorrencial, visando a eliminação de agentes econômicos.

## **5.2 Análise de Mérito.**

A análise da conduta se dividirá conforme a relatora expôs em seu voto as etapas. Primeiro abordará as questões relativas ao depósito de patente e o ajuizamento da primeira ação judicial em face do INPI. Depois será mostrado a alteração no escopo do pedido de patente, passando também pela interpretação da relatora sobre o suposto induzimento do Judiciário a erro mediante omissão de informações relevantes e a obtenção de exclusividade de comercialização do cloridato de gencitibina. Também será exposto a possibilidade de fórum shopping e por último a vedação à Sandoz da comercialização do medicamento GEMCIT.

### **5.2.1 Depósito da patente e ajuizamento da Ação nº 2001.51.01531698-3**

Em 1993 a representada realizou o depósito do PI 9302434-7 e em 1996 requereu o exame de mérito da patente. De acordo com seu pedido inicial, a representada pleiteou a patente de processo para produzir uma espécie de composto e teve sua pretensão indeferida pelo INPI, sob o argumento que o acordo TRIPS não vinculava de modo automático o Brasil, pois existia uma cláusula que admitia a postergação de determinados dispositivos por quatro anos.

A relatora observou que o INPI somente se valeu da inaplicabilidade do Acordo TRIPS, não se manifestando sobre ausência de atividade inventiva, este assunto ao qual foi objeto de sua ação rescisória.

Nessas circunstâncias, apesar da SG entender que o abuso de direito era evidente, pois o gencitabina estava em domínio público e além disso o acordo internacional não reconhecia o patenteamento daquele processo, a relatora não entendeu que só esse ato significaria o que o

CADE anda decidindo sobre *sham litigation*. Isso ocorreu, pois em seu entendimento o assunto ainda possuía controvérsias razoáveis, afastando a hipótese de abuso de direito. Para fundamentar seus argumentos, Ana Frazão que o fato de que a representada buscou um órgão competente para analisar a patenteabilidade do produto. Além disso, o único argumento apresentado pelo INPI pelo indeferimento foi uma questão controversa, tanto que a representada em um primeiro momento conseguiu a anulação da decisão do INPI, sendo a autarquia obrigada a analisar o mérito da patente.

Seguindo essa linha, ainda segundo a relatora, o fato do Brasil não ter se posicionado expressamente acerca da postergação de quatro em relação ao acordo, explicando-se assim o fato de que diversas matérias acerca dessa questão ainda divergiam opiniões nos julgados do tribunal. Frazão ainda rebateu o argumento da SG sobre que a representada possuía pleno conhecimento de que sua pretensão era incabível, pois o TRIPS não protegeria patentes de processos de fármacos. Entretanto, para divergir da superintendência geral, a relatora apontou que a interpretação não era inequívoca. Assim expôs o termo do acordo TRIPS:<sup>200</sup>

*“Art. 27: Matéria Patenteável*

*1. Sem prejuízo do disposto nos parágrafos 2 e 3 abaixo, qualquer invenção, de produto ou de processo, em todos os setores tecnológicos, será patenteável, desde que seja nova, envolva um passo inventivo e seja passível de aplicação industrial(...)”*

Assim, considerando todas as dúvidas suscitadas pelo imbróglgio em si, sendo que a Eli Lilly obteve vitória em alguns deles, a relatora alçou do princípio *in dubio pro reu*, descartando a hipótese de infração à ordem econômica por esses motivos, passando analisar outros elementos da denúncia.

## **5.2.2 A alteração do escopo do pedido de Patente**

Na segunda análise realizada pelo INPI, o pedido de patente também foi julgado de modo improcedente, alegando haver falta de atividade inventiva, fato novo em relação ao primeiro

---

<sup>200</sup> Trecho do artigo citado pelo voto da relatora Ana Frazão, para mais informações ver em: ACORDO TRIPS, disponível em: <http://www.inpi.gov.br/legislacao-1/27-trips-portugues1.pdf> . Acessado em 10/06/2018.

exame da autarquia. A Eli Lilly ainda tentou através de pareceres e apresentação de um segundo quadro reivindicatório ainda sobre o processo da patente conseguir a satisfação de sua pretensão. Entretanto, o INPI ainda manteve sua decisão de que não houve nenhuma espécie de atividade inventiva para conceber tal registro.

Durante o trâmite do processo administrativo no INPI, a representada ajuizou uma segunda ação judicial, no Rio de Janeiro novamente com vista de anular a decisão proferida pela autarquia.

Ocorre que quando a representada recorreu administrativamente da decisão realizada pelo INPI, ela apresentou um quadro reivindicatório a pretensão deixou de tratar de processo, mas sim de produto. Assim, a representada pediu aditamento na ação ordinária que corria para a anulação do segundo exame realizado pela representada, o INPI não chegou a realizar análise desse recurso, pois se encontrava impedido por uma ação judicial a pedido da Eli Lilly. Dessa forma, a SG entendeu que esse ato era anticompetitivo, pois a alteração sedimentada pela representada ultrapassou os limites da lei e ainda deveria ser feito somente se tivesse a intenção de esclarecer ou definir algo, não alterar seu escopo.

Nesse caso, a relatora admitiu que as novas reivindicações possuíam uma questão problemática inculcada nelas, pois se tratava de um estratagema antevendo a impossibilidade de obtenção da patente, pretendendo alterar seu escopo para que, em momento posterior, obtivesse a concessão do objeto pretendido. Outro fator a ser levado em consideração é que, segundo a conselheira, existiam grandes evidências de que os produtos estavam circulando no mercado enquanto ocorria o exame, reforçando a tese de que essa alteração patentária somente seria um modo ardiloso utilizado pela Eli Lilly para obter o monopólio indevido sobre um medicamento.

### **5.2.3 Omissões de informações relevantes pela representada e obtenção de monopólio indevido**

A relatora analisou a ação da Ação nº 2005.51.01.506948-1 proposta pela representada, perante a Justiça Federal do Rio de Janeiro, ao qual requeria o sobrestamento do feito administrativo, junto ao INPI até que fosse proferida uma decisão judicial acerca do caso, visando alertar concorrentes sobre a utilização da patente. Esse pedido, visava atingir outra ação judicial também proposta pela Eli Lilly frente a ANVISA para obter a exclusividade de



comercialização do produto (EMR) GEMZAR, assim criaria um monopólio frente aos outros concorrentes.

O problema da sistemática demonstrada foi de que a Eli Lilly pretendia ganhar exclusividade na patente de produto, a qual era derivada de um aditamento o qual nem o INPI, tampouco o Poder Judiciário tinha autorizado tal feito. Além de omitir o parecer do INPI, a representada também não prestou as informações necessários acerca da ação judicial já existente a qual tramitava na Justiça Federal do Rio de Janeiro. A notícia dessa ação somente chegou, após a ANVISA propor contestação.

A representada ainda não declarou a existência da manifestação do INPI nos autos da ação judicial ajuizada no Rio de Janeiro, a qual o INPI se colocou contra os aditamentos ao qual convertia a patente de processo para patente de produto.

A série de ações as quais induziram o Desembargador Federal Fagundes de Deus a erro, fazendo ele prover pela tutela pretendida. Assim, a Anvisa teve que se abster, até trânsito em julgado da sentença, de conceder registro que autorizasse a comercialização de produtos similares ao GEMZAR, enquanto o INPI não analisasse os objetos do pedido de patente, inclusive os que se referiam ao aditamento, ao qual teve seu parecer omitido. O que impediu o completo êxito da estratégia da representada foi a suspensão da tutela proferida pelo STJ, retirando aquilo que seria um monopólio temporário por cerca de cinco anos da representada.

A relatora apontou que estratégia toma contornos mais graves, quando se observa o contexto geral das práticas. Ao pedir o sobrestamento da patente, a Eli Lilly já possuía diversas decisões contrárias do pedido de patente frente ao INPI, de modo que tudo indicava que a autarquia iria proferir decisão contrária à pretensão, de forma que o EMR acabou sendo utilizado para substituir os efeitos do registro de patente os quais não possuíam os requisitos para o deferimento. O sobrestamento, na ótica de Ana Frazão, causou um caráter decisivo para a representada obter sua pretensão de modo satisfatório. Isso pode ser afirmado, pois ao impedir a manifestação do INPI, a Eli Lilly ingressou em juízo e alegou que o pedido, ainda pendente de análise, afirmando que estava com os requisitos regulares ao TRIPs e justificando, portanto, a tutela antecipada.

A conselheira é categórica ao afirmar que a Eli Lilly ocultou de forma dolosa a informação de que o processo administrativo estava sobrestado, induzindo ao magistrado ao erro. Assim, uma informação como essa omitida, gerou descompassos no processo fluído de competição. O ordenamento jurídico brasileiro, na visão da relatora, através da noção mais ampla de abuso de direito permite que sua aplicação vá além da simples ocorrência de emulação, abrangendo igualmente as hipóteses de culpa. Portanto, não é possível descartar a existência de abuso de direito de petição, quando a parte adversa faltou com os deveres leais e diligentes previstos.

Por último, apesar de pontuar os argumentos supracitados, todavia a relatora é enfática ao dizer que a condenação se propõe no desvio de finalidade do direito, abusando da faculdade de peticionar, violando os deveres de boa-fé objetiva e lealdade processual.

#### **5.2.4 Fórum Shopping**

A ação nº 2007.34.00.038481-0, proposta diante da Justiça Federal do Distrito Federal em face do INPI, a qual também pretendia incluir o novo quadro reivindicatório para análise do pedido de patente de produto. Essa estratégia, segundo Ana Frazão, visava trazer o pleito para ser discutido no âmbito do TRF da 1ª região, no qual a representada já possuía uma decisão favorável, o que caracteriza *fórum shopping*. O que confirma a tese da conselheira, foi de que o pedido da ação no Distrito Federal possuía escopo igual ao aditamento à ação proposta no Rio de Janeiro, este que já havia sido objeto de agravo de instrumento naquele foro. Dessa forma, a relatora entendeu que essa ação proposta com o mesmo pedido, buscou estabelecer fundamentos para que seu pleito de monopólio fosse julgado procedente, mesmo com uma decisão desfavorável em foro distinto.

Seguindo sua linha ela expôs mesmo que a mero ajuizamento de ações em foros distintos não são caracterizadoras por si só de ilícitos antitruste, entretanto analisando o caso concreto, demonstra que essa pretensão estaria interligada a um estratagema para instituir um monopólio e retirasse seus concorrentes do merca. Isso pode ser afirmado, pois a Eli Lilly já tinha recebido uma decisão desfavorável em outro foro, explicitando, dessa maneira, o comportamento de forma abusiva da parte representada.

A relatora entendeu que isso configuraria em uma estratégia que reforçaria o abuso de direito com vistas a lesar a concorrência e, nos termos utilizados pela conselheira, seria denominada como *sham litigation*, justificando cada vez mais a intervenção do CADE.

#### **5.2.5 Reconvenção da Eli Lilly na ação nº 583.02.2007.14.881-5 promovida pela Sandoz**

A conselheira Ana Frazão detectou que a representada ainda tentou lesar suas concorrentes através de uma reconvenção contra uma ação proposta pela sua competidora Sandoz, o fundamento da reconvenção foi que ela era titular do registro da GEMCIT, pois possuía a tutela conferida em prol dela.

O ilícito foi visto, pois na vista da Ana Frazão, a Eli Lilly de modo doloso, apresentou informações equivocadas e enganosas acerca da tutela obtida no agravo de instrumento nº 2007.01.00017916-0, pois deu a entender que o EMR concedido a ela, a Anvisa, estaria impedida de conceder quaisquer registros referentes a produtos com similaridade com o GEMZAR, independente de sua finalidade.

Portanto, o ato lesivo se caracteriza no momento em que a representada, de modo proposital, de modo doloso estende a decisão proferida no referido agravo, dando a impressão que a decisão teria proibido a ANVISA que deixasse de conceder registro para produtos similares ao da tutela obtida, de modo irregular, pela representada.

#### **5.2.6 Efeitos lesivos à concorrência e condenação**

Após perpassar minuciosamente pelas ações, a relatora reuniu os atos lesivos à concorrência e dessa forma procedeu a condenação.

Ana Frazão, alegou que a representada utilizou a proteção de uma patente obtida de modo ilícito, trazendo danos significativos ao processo de formação de preço, pois o monopólio artificial instituído sem a justificativa social da propriedade intelectual.

A partir do monopólio obtido de maneira irregular, revestidas de decisões judiciais favoráveis conseguidas pelo fato da representada não prestar as informações completas, deixando muitas coisas relevantes omitidas, gerando danos concretos à concorrência. Tendo

vistas disso, a Eli Lilly obteve o monopólio sobre o uma patente durante 8 meses, afastando seus concorrentes do mercado. Esse fato em si, gerou justificativas suficientes para conselheira achar passível de condenação.

Outra constatação feita no voto, foi de que uma das concorrentes da representada, a sociedade empresária Sandoz ficou impedida de comercializar seu produto GEMCIT para o tratamento do câncer durante três meses. O reflexo dessa conduta foi de encontro ao preço, pois enquanto sua competidora estava fora do mercado, a Eli Lilly vendeu o cloridato de gencitabina pelo valor de R\$ 540,00 e ao retorno da Sandoz ao mercado, o medicamento caiu para o valor de R\$ 189,00.

Uma discussão levantada no trabalho monográfico e é muito recorrente sobre se somente obtendo poder de mercado os casos levados ao CADE seriam passíveis de condenação. A conselheira rechaça essa hipótese, demonstrando que a ausência desse requisito é irrelevante em questões de abuso de direito, pois o sucesso de uma demanda já pode ser considerado como suficiente para afastar concorrentes do mercado<sup>201</sup>, elevar os custos e distorcer o processo de formação de preço.

Seguindo sua linha para condenar a Eli Lilly, a conselheira alegou que não havia mais incerteza acerca da estratégia ilícita da representada com vistas a obtenção de um monopólio, usando estratégias sem nenhum fundamento jurídico, usando argumentos omissos e falsos, com o intuito de mascarar o propósito anticoncorrencial. Além disso, a relatora afirmou que houve danos concretos ao mercado, visto que o produto em disputa obteve flutuações excessivas e assim obteve os preços aumentados. Portanto, embora a representada não obtivesse poder de mercado suficiente para exercer posição dominante, Ana Frazão entendeu que suas condutas geraram danos escandalosos ao mercado, reforçando houve abuso de direito, ou como preferem o conselheiro do CADE, a importação do termo *sham litigation*.

---

<sup>201</sup> Ana Frazão coloca da seguinte forma no voto: “O argumento da ausência de poder de mercado da Eli Lilly também não merece prosperar, uma vez que o market share é irrelevante quando se trata de casos de sham litigation, em que o sucesso de uma demanda já pode ser suficiente para afastar concorrentes do mercado, tal como ocorreu no caso concreto. ”

Ao fim, a representada foi enquadrada nos artigos 20, I e IV combinado com o art.21, IV, V e XVI da lei 8884/94, está que seria fatalmente o 36 da lei 12.529/11, caso a conduta tivesse sido acometida após a vigência da lei atual. A multa foi no valor de R\$ 36.679.586,16 (trinta e seis milhões seiscentos e setenta e nove mil quinhentos e oitenta e seis reais e dezesseis centavos. Por último, a relatora encaminhou a condenação para que o ministério público tomasse providências cabíveis aos casos que tangem reparação civil.

## CONCLUSÃO

O presente trabalho monográfico demonstrou a importância a qual possui o direito concorrencial para o combater práticas realizadas por determinados agentes econômicos, sendo de fundamental importância a participação estatal para potencializar os princípios constitucionais da livre concorrência e livre iniciativa.

Após perpassar por todos os tópicos levantados é notável que o direito de petição não está imune à legislação antitruste brasileira se esse abusar de sua finalidade e desviar de sua função econômica e social. Isso pode ser confirmado com os julgados pelo CADE, inspirando-se, principalmente, no desenvolvimento dos precedentes norte americano. Assim aplica-se o art. 36 o qual coíbe qualquer ato que tenha a finalidade de atingir objetivos que lesem a concorrência, independente se resultado final tenha logrado êxito ou não.

Outra consideração importante a ser feita é de que a partir do caso analisado para comprovar a hipótese de resposta provisória, foi de que o poder de mercado não influencia na questão da análise de abuso de direito com fins anticoncorrenciais. O que necessita ser levado em consideração é o estratagema adotado pelo agente econômico infrator, se esse obteve fins anticoncorrenciais valendo-se da faculdade de peticionar. Assim, os princípios da boa-fé processual e de lealdade devem ser seguidos à risca pelo indivíduo que supostamente possui algum direito e busca exercê-lo de modo regular.

O que pode gerar preocupações e cabe a reflexão acerca da autoridade antitruste é o uso do importado termo *sham litigation* em essas condutas as quais nada mais são do que o abuso de direito de petição com fins anticompetitivos. Tanto quanto a dogmática geral, quanto a especializada, com os institutos do abuso de direito no direito civil e o art. 36 da lei 12.529/2011 são suficientes para coibir esses ilícitos. Esse alerta é motivado pelo fato de que são duas escolas

jurídicas diferentes e o termo importado só é usado em parte nas discussões, visto que são consideradas as questões de petição nos órgãos judiciais e administrativos, ignorando a questão do lobby. Desse modo, propõe-se que a autoridade antitruste brasileira busque elaborar seus próprios critérios para proceder em eventuais julgamentos envolvendo o abuso e direito.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

ASCARELLI, Tulio- **Teoria de la Concurrencia y de los Bienes Inmateriales**. Bosch, 1970

ASSAFIM, João Marcelo de Lima. **A nova Lei de Defesa da Concorrência: perspectivas e critérios acerca da relação entre os direitos sobre os bens imateriais e de defesa da livre concorrência**. Direito, Inovação e Tecnologia, Volume 1. São Paulo. Saraiva. 2015

ASSAFIM, João Marcelo de Lima. **Controles Sociais Extrínsecos do Exercício de Direitos de Propriedade Intelectual: Antitruste de tutela de direitos fundamentais**. XVI ENCONTRO PREPARATÓRIO DO CONPEDI. Rio de Janeiro, 2007. p.2

ASSAFIM, João Marcelo de Lima, **The Interface Between Intellectual Property and Competition**. Publicado em Revista ABPI. P.65. nº 145, nov/dez de 2016.

BARBOSA, Denis; SALGADO E SILVA, Lucia Helena; ZUCULOTO, Graziela; **Litigância Predatória no Brasil**, disponível em: [http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/6796/1/Radar\\_n22\\_Litig%C3%AAncia.pdf](http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/6796/1/Radar_n22_Litig%C3%AAncia.pdf).

BAKER, Jonathan, "**Beyond Schumpeter vs. Arrow: How Antitrust Fosters Innovation**" (2007). *Articles in Law Reviews & Other Academic Journals*. Paper 276. Disponível em: [http://digitalcommons.wcl.american.edu/facsch\\_lawrev/276](http://digitalcommons.wcl.american.edu/facsch_lawrev/276). Acessado em: 01 de abril. 2018

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>

BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Termo de Compromisso de Cessação 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>

BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Averiguação Preliminar nº08012.006076/2003-72, 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>

BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Processo Administrativo nº08012.004484/2005-51, 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>

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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao46.htm)

BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, Institui o Código Civil, disponível [online] in [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)

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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm)

BRUNA. Sérgio Varella, **O Poder Econômico e sua Conceituação do abuso em seu exercício**. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1997

BORK, Robert H., *The Antitrust Paradox - a policy at war with itself*, New York, The Free



Press, 1993.

BUNN, Maximiliano Losso; ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. Apontamentos preliminares sobre o uso predatório da jurisdição/preliminary notes about the predatory use of the judiciary. *Revista Direito e Liberdade*, v. 18, n. 1, p. 247-263, 2016.

CASCÃO, Luís Bernardo Coelho. **O prazo de validade das patentes *pipeline* –remanescente de proteção da patente originária e limitador**. Dissertação. (Mestrado em Direito Comercial). Faculdade Candido Mendes. 2009. Disponível em: <http://dominiopublico.mec.gov.br/download/teste/arqs/cp135132.pdf>. Acessado em 10/05/2018.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant G.; NORTHFLEET, Ellen Gracie. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CALIXTO, Salomão. **Direito industrial, direito da concorrência e licenciamento compulsório**. Direitos de Propriedade Intelectual & Saúde Pública- o acesso universal aos medicamentos anti-retrovirais no Brasil. IDCID

CARVALHO, Nuno Pires de. **A estrutura dos sistemas de Patentes e de Marcas, passado, presente e futuro**. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2009

CAVALIEIRI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Editora Atlas, 2015.

COMPARATO, Fábio Konder, CALIXTO, Salomão Filho - **O Poder de Controle na Sociedade Anônima**. 6 ED. Rio de Janeiro. Editora Forense. 2014

CONSIDERA, Claudio Monteiro. **Uma breve história da economia política da defesa da concorrência**. *Revista do Ibrac*, v. 9, n. 5, 2002.

COUTURE. Eduardo. **Fundamentos do Direito Processual Civil**. Florianópolis. Conceito Editorial. 2008

DARALY J. Durie and Mark A. Lemley, **The Antitrust Liability of Labor Unions for Anticompetitive Litigation**, 80 Cal. L. Rev. 757 (1992). Disponível em: <http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol80/iss3/5>. Acessado em 21/05/2018. P.790

DE SOUZA. Washington Peluso Albino. **Lições de Direito Econômico**. Porto Alegre. Sérgio Antonio Fabris. 2002

DURIE, Daralyn J.; LEMLEY, Mark A. **The Antitrust Liability of Labor Unions for Anticompetitive Litigation**. Cal. L. Rev., v. 80, p. 757, 1992. Disponível: <http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol80/iss3/5>. Acesso em 23 de fevereiro.2018

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

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Suprema Corte, 486 U.S. 492, *Allied Tube v. Indian Head, Inc.*, julgado em 13-6-1988, disponível [on-line] in <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/486/492/case.html>

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Suprema Corte, 404 U.S. 508, *California Motor Transp.Co. v. Trucking Unlimited*, julgado em 13-1-1972, disponível [on-line] in <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/404/508/case.html>

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Suprema Corte, 499 U.S. 365, *City of Columbia v. Omni Outdoor Advertising, Inc.*, julgado em 1-4-1991, disponível [on-line] em <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/499/365/case.html> Acesso em 12 de Junho de 2018.

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> Acesso em 12 de Junho de 2018.

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](http://supreme.justia.com/cases/federal/us/381/657/case.html) Acesso em 12 de Junho de 2018.

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> Acesso em 12 de Junho de 2018.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Suprema Corte, USS-POSCO Industries v. Contra Costa County, 31 F.3d 800, julgado em 26-07-1994, disponível [on-line] <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F3/31/800/592102/> Acesso em 12 de Junho de 2018.

FORGIONI, Paula A., **Os Fundamentos do Antitruste**, 9<sup>a</sup> ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2016.

GARNER. A. Bryan A. *Black's Law Dictionary*, Editor in Chief, 7 ed., St. Paul, Minn., West Group, 1999, p. 1327

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 16. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

GOMES, Renata de Pinho et al. **O novo cenário de concorrência na indústria farmacêutica brasileira**. Bndes Setorial, Rio de Janeiro, n. 39, 2014.

HEAD. Jerry L, California Motor Transport Co. v. Trucking Unlimited: *A New Route for Noerr-Pennington and the Sham Exception*, 26 Sw L.J. 926 (1972) <http://scholar.smu.edu/smulr/vol26/iss5/9>. Acesso em 12 de Junho de 2018.

HOVENKAMP, Herbert. *Federal antitrust policy - The law of competition and its practice*, 2nd ed., St. Paul, West Group, 1999, p. 19

HSIEH, Charles C. **Professional Real Estate: The Line Between Patent and Antitrust**. Harv. JL & Tech., v. 7, p. 173, 1993.

JUNIOR, Fredie Didier. Curso de Direito processual civil 2015. Volume 1. Bahia. JusPODIVM. 2014

KUNTZ, Karin Grau: **Da Defesa da Concorrência**, Revista ABAPI nº 145, nov/dez de 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo. Saraiva. 2017

MELLO, Maria Tereza Leopardi; POSSAS Mario. **A caracterização de infração- interpretação do art.20 da lei 8.884/94**. Ensaio sobre economia e direito da concorrência. São Paulo. Editora Singular. 2002

MOTTA, Massimo; SALGADO, Lucia Helena. **Política de Concorrência: Teoria e Prática**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil – Nova Lei 13.105/2015**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NISHIJIMA, Marislei - **Os preços dos medicamentos de referência após a entrada dos medicamentos genéricos no mercado farmacêutico brasileiro**- RBE Rio de Janeiro v. 62 n. 2 / p. 189–206 Abr-Jun 2008.

NISHIJIMA, Marislei. **Análise econômica dos medicamentos genéricos no Brasil**. 2003.p. 73 e 123 Tese (Doutorado em Teoria Econômica) - Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003. doi: 10.11606/T.12.2003.tde-12122005-101205. Acesso em: 17-05-2018

Nishijima, Marislei; Biasoto Jr., Geraldo; Lagroteria, Eleni. **A competição no mercado farmacêutico brasileiro após uma década de medicamentos genéricos: uma análise de rivalidade em um mercado regulado** 155-186. *Economia e Sociedade* 23.1 (2014): 155-186. Disponível em: <http://repositorio.unicamp.br/jspui/handle/REPOSIP/33767>. Acessado em: 17/05/2018.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. São Paulo. Saraiva. 2016

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

ROSENBERG, Bárbara. **Interface entre o regime de patentes e o direito concorrencial no setor farmacêutico**. Propriedade Intelectual, estudos em homenagem à Professora Maristela Basso. Curitiba. Juruá.2005. p.267

ROSENBERG, Gerson; FONSECA, Maria da Graça Derengowski; D'AVILA, Luiz Antonio. **Análise comparativa da concentração industrial e de turnover da indústria farmacêutica no Brasil para os segmentos de medicamentos de marca e genéricos**. Economia e Sociedade, Campinas, v. 19, n. 1, p. 107-134, 2010.

ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. 4 eds. Bahia. JusPODIVM. 2014

SAITO, Leandro. **Antitruste e novos negócios na internet. Condutas anticompetitivas ou exercício regular de poder econômico?**. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, University of São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-22072016-130405/>>. Acesso em: 09 de maio.2018

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2015

SCHMIDT, Jeffrey *et al.* The Noerr-Pennington Doctrine. American Bar Association, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da, **Direitos Fundamentais - conteúdo essencial, restrições e eficácia**, São Paulo, Malheiros, 2011

STIGLER, George J. **The origin of the Sherman Act**. The Journal of Legal Studies, v. 14, n. 1, p. 1-12, 1985.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

VENOSA, Sílvio Salvo de. **Direito Civil, Parte Geral**, Vol. 1, São Paulo. Saraiva 2004.

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

WATANABE, Kazuo. "Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses." PELUZO, Min. Antônio Cezar e RICHA, Morgana de Almeida (Coords.) **Conciliação e Mediação: Estruturação da Política Judiciária Nacional**, Rio de Janeiro: Forense(2011).

WERNECK, Bruno Dario; FLAUSINO, Gustavo Coelho; MAFRA, Ricardo Villela- **O exercício dos direitos de propriedade intelectual e a aplicação do direito da concorrência**. Revista IBRAC, ANO 1, nº10, dezembro de 2010.