

# SHAM LITIGATION E GARANTIAS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO: TRÊS BREVES PERGUNTAS (OU REFLEXÕES)

Gustavo Osna<sup>1</sup>

Bruno Renzetti<sup>2</sup>

Resumo: O presente artigo explora a temática do abuso de direito de petição com fins anticompetitivos – prática conhecida como *sham litigation* – e sua relação com as garantias fundamentais do processo. Para tanto, o artigo tem como ponto inicial a construção da teoria do *sham litigation* nas cortes norte-americanas e o desenvolvimento de sua exceção, conhecida como Doutrina Noerr-Pennington. A partir disso, essas teorias são coejadas com questões acerca das garantias processuais fundamentais do jurisdicionado. Indaga-se a possível violação trazida pela técnica à garantia de acesso à justiça, seu diálogo com a imposição de sanções por litigância má-fé e a necessidade de que, em seu âmbito, haja uma análise macro da estratégia processual para se constatar o ilícito concorrencial.

Palavras-Chave: *Sham Litigation*; Garantias processuais; Direito de petição; Acesso à justiça.

## 1. INTRODUÇÃO

---

<sup>1</sup> Professor Adjunto dos Programas de Graduação e de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da PUC/RS. Doutor em Direito das Relações Sociais pela UFPR. Mestre em Direito das Relações Sociais e Bacharel em Direito pela UFPR. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Advogado.

<sup>2</sup> Professor do Programa de LL.M. Empresarial do IBMEC/SP. Mestre em Direito e Desenvolvimento pela FGV Direito SP e Bacharel em Direito pela UFPR. Membro do Comitê de Regulação do IBRAC. Advogado.



Constituição Federal garante aos cidadãos, em seu rol de direitos fundamentais, “o *direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou contra abuso de poder*”. Entretanto, sem óbice dessa previsão, entende-se que a garantia de petição não é absoluta, de forma que seu abuso deve ser coibido. Tal abuso pode ser parte de litígio estratégico de atores econômicos que têm, como objetivo oculto do manejo de ações, impor prejuízos a seus concorrentes.

Nesse sentido, a discussão sobre *sham litigation* também toca debates ligados às garantias fundamentais do processo, essenciais para viabilizar um efetivo e devido acesso à justiça. São três questões relativas a tal tema que guiam o desenvolvimento do presente artigo.

O presente texto está dividido em duas seções. A primeira traz os contornos do desenvolvimento da teoria do dano relativo ao *sham litigation*, a partir de julgamentos paradigmáticos da Suprema Corte dos Estados Unidos. Foram também as cortes norte-americanas que inauguraram a exceção ao *sham*, delimitando os limites de proteção ao direito de petição, consagrado na primeira emenda da Constituição dos EUA. A primeira seção também traz exemplos de como a teoria já foi utilizada pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) na análise de casos que tratavam do possível abuso do direito de petição com finalidades anticompetitivas.

A segunda seção trata da aproximação entre o *sham litigation* e a axiologia do processo civil brasileiro, a partir de três questões. Primeiro, explora-se se a sanção referente a *sham litigation* não seria uma violação da garantia de acesso à justiça. Em seguida, verifica-se como a possibilidade de imposição de sanções por *sham litigation*, em âmbito administrativo pela autoridade da concorrência, dialoga com o tratamento conferido em juízo à hipótese de litigância de má-fé. Por fim, a terceira e última questão – ou reflexão – versa sobre a necessidade de

análise macro para se aferir a existência ou não do abuso de direito de petição.

## 2. SHAM LITIGATION: APROXIMAÇÕES INICIAIS

### 2.1. O DESENVOLVIMENTO DA TEORIA

Para o devido entendimento das origens e desenvolvimento do que se convencionou chamar de *sham litigation*, faz-se necessário breve resgate da matéria constitucional norte-americana, dado que a teoria se originou a partir de entendimento da Suprema Corte dos Estados Unidos.

A Primeira Emenda da Constituição dos Estados Unidos, de autoria de James Madison, garante o direito de petição, uma liberdade básica ao cidadão estadunidense. De acordo com o texto da emenda, é vedado ao Congresso estabelecer leis ou regulamentos que dificultem o direito de se peticionar ao Governo buscando a reparação de ilicitudes<sup>3</sup>.

Dado seu status constitucional e de direito fundamental, o direito de petição é objeto de larga proteção no ordenamento norte-americano, mas seu uso não é absoluto, possuindo uma importante exceção. De acordo com Herbert Hovenkamp, a proteção ao direito de petição é relativizada nos casos em que a petição se revela como apenas *sham* – isto é, quando o objetivo da provocação jurisdicional não é obter do autoridade uma resposta favorável a seu pleito, mas sim promover empecilhos a um rival de mercado, beneficiando-se do procedimento em si, não do resultado final<sup>4</sup>.

O entendimento jurisprudencial norte-americano acerca

---

<sup>3</sup> “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 to peaceably assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.”

<sup>4</sup> HOVENKAMP, Herbert. *The Antitrust Enterprise: Principle and Execution*. Cambridge: Harvard University Press, 2008, p. 244.

da proteção de direito de petição está calcado em dois casos paradigmáticos de meados do século XX: o Caso Noerr e o Caso Pennington. As suas decisões deram origem ao que passou a ser chamado de Doutrina Noerr-Pennington, como se verá a seguir.

a) A DOCTRINA NOERR-PENNINGTON

A disputa entre *Eastern Railroad Presidents Conference* e *Noerr Motor Freight Inc.* foi julgada no ano de 1961. O caso se iniciou a partir de uma ação de coautoria de 41 empresas de transporte rodoviário do estado da Pensilvânia em face de empresas de transporte ferroviário, da associação dos presidentes de tais companhias e de um escritório de relações públicas. A origem do pleito das empresas de transporte rodoviário estava no fato de que o escritório de relações públicas havia sido contratado pelos ferroviários para conduzir uma campanha publicitária contra o transporte rodoviário, incentivando a adoção de legislação prejudicial aos caminhoneiros. De acordo com os autores da ação, a campanha tinha como único objetivo a eliminação de concorrentes no transporte de cargas para longas distâncias. A campanha teria sido exitosa ao influenciar o governo local a vetar medida legislativa que permitiria aos caminhoneiros carregar fretes mais pesados nas estradas da Pensilvânia.

Entre os pedidos formulados na peça inicial, os autores pleiteavam que as empresas de ferrovias se abstivessem do exercício de qualquer tipo de pressão no governo estadual, pelo intermédio de empresas de relações públicas contratadas para tanto. Ao contestarem o feito, as empresas de ferrovia reconheceram o incentivo a campanhas publicitárias, mas negaram qualquer fim escuso, reforçando que a campanha havia sido lançada com o objetivo de alertar a população sobre os danos causados pelos caminhões às rodovias.

Em primeira instância, as alegações apresentadas pelas empresas de transporte rodoviário foram julgadas procedentes:

entendeu-se que a campanha publicitária era fraudulenta e maliciosa, pois tinha como objetivo final acabar com a competição imposta pelos caminhoneiros ao transporte ferroviário, além de prejudicar a imagem dos caminhoneiros perante a sociedade. As ferrovias apelaram, mas a Corte do Terceiro Circuito manteve a decisão da instância anterior. Assim, as ferrovias recorreram para a Suprema Corte, que deu provimento ao recurso.

De acordo com o entendimento da Suprema Corte, as ferrovias não violaram o Sherman Act em momento algum, pois a reunião de pessoas ou entidades com o Legislativo ou Executivo, com o objetivo de influenciar a adoção ou não de certa legislação que poderia trazer restrições a um dado mercado, não poderia ser considerada um ilícito concorrencial.

Importante apontar que a Suprema Corte pontuou que existe sim a possibilidade de campanhas publicitárias serem veiculadas de forma simulada (*sham*), com o objetivo de ocultar seu verdadeiro objetivo, isto é, interferir nos negócios de seus concorrentes. Nestes casos, a Corte entendeu que seria possível a aplicação do Sherman Act, mas que tal entendimento não se aplicava ao caso Noerr. Para os juízes da Suprema Corte, a condenação do direito de petição sob o manto do Sherman Act incorreria em graves consequências constitucionais.

O segundo caso que contribuiu para a origem da doutrina Noerr-Pennington foi a disputa entre *United Mine Workers of American and Retirement Fund* e *Phillips Brothers Coal Company*. O sindicato dos mineradores buscava a condenação do réu devido ao alegado desrespeito a acordo salarial celebrado entre as minas de carvão. O réu, por sua vez, apresentou reconvenção, alegando que o sindicato e outras operadoras de minas haviam conspirado para monopolizar o mercado, incorrendo em violação dos parágrafos primeiro e segundo do Sherman Act.

De acordo com as razões apresentadas pelo réu em sua reconvenção, o sindicato dos mineradores estaria patrocinando medidas com o objetivo de eliminar concorrentes menores no

mercado. Parte significativa da controvérsia estava no fato de o sindicato e outros operadores de minas tentarem impor os termos do acordo salarial de 1950 a pequenas mineradoras, que não possuíam a capacidade financeira para arcar com os custos do acordo. Adicionalmente, buscavam a exclusão dos trabalhadores não sindicalizados do mercado de exploração e venda de carvão. Relativamente ao tema do *sham litigation*, a alegação mais relevante era o alegado *lobby* do sindicato junto à Secretaria do Trabalho, para que o órgão estabelecesse um salário mínimo mais alto do que em comparação a outras indústrias.

O sindicato de mineradores perdeu a ação em primeira instância e também em grau de recurso, quando o Tribunal entendeu que as atitudes do sindicato não estavam protegidas pela imunidade antitruste presente no Sherman Act. No âmbito da Suprema Corte, foi mantida a decisão das instâncias inferiores, ratificando que os sindicatos não estão imunes ao Sherman Act, principalmente quando as políticas salariais têm como objetivo eliminar competidores no mercado. Importante destacar que, de acordo com a opinião emitida pelo Justice White, não se pode deixar um sindicato imune à legislação antitruste, principalmente quando buscam impor condições de trabalho a empregadores que não participam do sindicato e não tiveram a oportunidade de se manifestar durante negociações prévias.

Mais relevante para o presente artigo, todavia, é o fato de que a Suprema Corte reverteu o entendimento das instâncias inferiores acerca da influência exercida pelo sindicato sobre a Secretaria do Trabalho. Para construir sua opinião sobre o tópico, a Corte trouxe à tona entendimentos que havia esposado no caso Noerr, no qual foi assentado que a tentativa de exercer influência sobre autoridades governamentais não seria um ilícito antitruste. Objetivos anticompetitivos não tornam a conduta de peticionar ao governo como algo ilegal. Assim, a Suprema Corte deu provimento à alegação feita pelo sindicato, isto é, de que a instância anterior não havia considerado corretamente o que havia sido

julgado em Noerr. Dessa forma, o recurso foi provido parcialmente e o caso foi enviado de volta para as instâncias inferiores, para um novo julgamento, de acordo com o arrazoado da Suprema Corte.

## b) A EXCEÇÃO DE *SHAM LITIGATION* À DOCTRINA NOERR-PENNINGTON

Após o estabelecimento da regra em Noerr-Pennington, a Suprema Corte dos Estados Unidos passou a se deparar com casos sobre o direito de petição que não se subsumiam aos parâmetros estabelecidos pela sua jurisprudência, obrigando os seus membros a criarem exceções à doutrina de imunidade antitruste, bem como a estabelecerem critérios para se verificar ou não abuso de direito de petição.

Dentre os diversos casos julgados pela Suprema Corte e que versaram sobre o tema, o de maior destaque e que merece explicação detalhada aqui foi *Professional Real Estate Investors v. Columbia Pictures Industries*, que passou a ser conhecido simplesmente como Caso PRE. Foi nesta oportunidade que a Suprema Corte estabeleceu o critério objetivo para avaliar se uma demanda com contornos concorrenciais estaria isenta da Doutrina Noerr-Pennington, configurando-se como *sham litigation*. A pergunta de fundo do caso era: o manejo de diversas ações pode ser considerado como *sham* devido ao fato de que o provimento da pretensão final do autor não é sua razão de uso dos meios judiciais?

Os autores PRE eram proprietários de hotéis que disponibilizavam filmes em fitas para aluguel por seus hóspedes. A Columbia, por sua vez, era a proprietária de direitos autorais de muitos dos filmes disponíveis para aluguel. Frente a isso, a Columbia processou a PRE por violação de direitos autorais. A PRE apresentou reconvenção, alegando que a pretensão do estúdio não era legítima, tendo apenas características de *sham*

*litigation*, com o objetivo de excluir um competidor do mercado. Ao chegar na Suprema Corte, os juízes estabeleceram critérios para a definição de *sham litigation*.

Foram estabelecidos dois passos para a definição de *sham*. Primeiro, a demanda não deve ter lastro em fundamento jurídico algum (*baseless claim*), de forma que nenhum litigante sensato teria expectativa de receber provimento jurisdicional positivo no mérito. Assim, nos casos em que se verificasse a falta de fundamento jurídico, poderia a Corte passar a analisar as motivações subjetivas do autor da demanda, a fim de verificar se se tratava de mecanismo para influenciar nas relações comerciais de outros concorrentes. De acordo com a decisão da Suprema Corte:

We now outline a two-part definition of sham litigation. First, the lawsuit must be objectively baseless in the sense that no reasonable litigant could realistically expect success on the merits. If an objective litigant could conclude that the suit is reasonably calculated to elicit a favorable outcome, the suit is immunized under Noerr, and an antitrust claim premised on the sham exception must fail. Only if challenged litigation is objectively meritless may a court examine the litigant's subjective motivation.

Os dois passos utilizados pela Suprema Corte para buscar verificar a existência ou não de *sham litigation* passaram a ser conhecidos na jurisprudência como “Teste PRE”. O teste utiliza critérios objetivos para definir as situações em que há a existência de uma exceção à Doutrina Noerr-Pennington, inaugurando uma nova discussão doutrinária e jurisprudencial.

Ao comentar a decisão, Herbert Hovenkamp lembra que, apesar de a Corte ter estabelecido critérios objetivos para a configuração de *sham litigation*, ela não conseguiu esclarecer o que de fato configuraria um *baseless claim*<sup>5</sup>. Na mesma esteira, Gary

---

<sup>5</sup> HOVENKAMP, Herbert. *Federal Antitrust Policy – the Law of Competition and its practice*. 2<sup>nd</sup> Ed. St. Paul: West Group, 1999, p. 693. Hovenkamp também aponta que não se pode falar em *sham litigation* quando o litigante procura obter uma medida favorável do governo, ainda que represente prejuízo a um concorrente. Para o autor,



Myers aponta que o uso de termos indefinidos pela Suprema Corte (tais como “causa provável” e “garantido por lei existente”) criou ambiguidade quanto à primeira parte do Teste PRE. Para Myers, é possível conceber que um litigante tenha como expectativa a derrota nos tribunais, ainda que seu pedido tenha fundamento<sup>6</sup>.

Posteriormente, na década de 1990, o Nono Circuito de Apelações julgou o caso entre *USS-POSCO Industries v. Contra Costa County Building & Construction Trades Council*, o qual acabou estabelecendo novos parâmetros para a aferição ou não de *sham litigation*. Neste caso, criou-se o que acabou sendo chamado na doutrina e na jurisprudência de Teste POSCO, o qual aborda o uso indiscriminado de remédios governamentais, quando o comportamento anticompetitivo não reside na ausência de fundamentos de uma única ação, mas sim no uso reiterado de processos administrativos e/ou judiciais para atingir um concorrente. Especificamente quanto ao mérito do caso que originou o teste, ao analisar uma situação de litigância reiterada, com base nos mesmos argumentos e preceitos legais, a Corte do Nono Circuito justificou que o Teste PRE se destinava primordialmente à identificação de *sham litigation* em face de uma única ação sem fundamento. Dentro desse contexto, a Corte também ponderou que, nos casos em que há múltiplas ações, a existência de eventual decisão favorável em um ou mais casos não impede a caracterização do ilícito de *sham litigation*. Isso pois, nos casos em que um conjunto de ações é manejado de forma sistemática

---

este seria o preço a ser pago pela democracia: “But let us begin with the premise that if a substantial element (not necessarily the exclusive element) in the antitrust defendant’s motive is to obtain the requested relief from the government, then the conduct at issue is not a sham. The case law certainly seems to be pointing in that direction, and the First Amendment may compel it. This may entail that some antitrust defendants will get away with badly motivated petitions even when the government takes no action. That outcome may simply be one of the prices that we pay for democracy.”(p. 689).

<sup>6</sup> MYERS, Gary. Antitrust and First Amendment Implications of Professional Real Estate Investors. In: *Washington and Lee Law Review*. v. 51, issue 4, 1994, p. 1223.

e reiterada, impõem-se custos indevidos aos concorrentes, obstando o devido funcionamento e desenvolvimento de suas atividades econômico.

Considerando a intensa construção jurisprudencial sobre o tema de *sham litigation* na prática norte-americana, natural que tais precedentes influenciassem a prática brasileira. De fato, o CADE já teve a oportunidade de se manifestar sobre o assunto em diversos casos, estabelecendo seus parâmetros para avaliar a existência ou não da infração concorrencial de *sham litigation*.

## 2.2. APLICAÇÃO INCIPIENTE NA REALIDADE BRASILEIRA

O direito de petição, previsto no art. 5º, XXIV, da Constituição Federal, não é absoluto, devendo seu exercício se dar de forma razoável. O abuso se constata com o manejo de ações visando a obter benefícios oriundos da mera propositura de demandas, sem fundamento legal. Nos casos em que tal abuso se traduz em estratégia anticompetitiva, pode-se configurar a conduta de *sham litigation*.

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica já teve a oportunidade de apreciar casos em que se discutiram os contornos necessários para a aferição do *sham litigation*. A discussão é balizada por dois elementos indispensáveis: primeiro, avaliam-se as circunstâncias em que o direito de petição foi exercido e se isso ocorreu de maneira abusiva; em seguida, caso reste caracterizado o abuso, avalia-se se tal abuso gerou efeitos anticompetitivos, sejam potenciais ou efetivos.

A jurisprudência do CADE, inspirada nos tribunais norte-americanos, comumente recorre a testes para verificar a existência ou não do abuso. A autoridade da concorrência brasileira, quando instada a se manifestar sobre o tema, busca avaliar: (a) se a pretensão teria ou não fundamentos passíveis de criar a expectativa de sucesso da demanda ou seria somente um

*baseless claim*, inspirado no Teste PRE; e (b) se há uso reiterado de ações infundadas, com o objetivo de prejudicar concorrente no mercado, de acordo com a teoria desenvolvida no Teste POSCO.

A partir desses dois parâmetros, o CADE tem avaliado uma série de fatores para aferir se uma ação configura ou não abuso do direito de petição: os fundamentos (ou ausência deles) em cada ação, a possibilidade de a ação se configurar como fraude, a improcedência dos pedidos, a racionalidade econômica das ações, a veracidade de informações prestadas, a multiplicidade de ações, etc. O emprego de tais requisitos é utilizado como um indicador de que a prática investigada pode se constituir em *sham litigation*, de forma que nenhum litigante poderia esperar resultado positivo, evidenciando o manejo da ação com fins estritamente espúrios.

Por exemplo, quando se fala de plausibilidade do direito invocado nas ações, o CADE já entendeu que o reconhecimento de tal direito, por outros órgãos e autoridades, é importante indício de que a ação proposta não é *baseless*<sup>7</sup>. No mesmo sentido, ainda que o reconhecimento do direito ocorra de forma precária, como nos casos de antecipação de tutela, a autoridade da concorrência tem considerado tal fator como suficiente para afastar a possibilidade de configuração de *sham litigation*<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> Processo Administrativo nº 08012.004572/2007-15, Relator Cons. Alessandro Octaviani, Representantes: Comissão de Defesa do Consumidor da Câmara dos Deputados e Amitech Brasil Tubos Ltda., Representada: Saint Gobain Canalização Ltda., 04-06-2014. “*verifica-se que as ações judiciais e administrativas propostas pela SGC não poderiam ser qualificadas como carecedoras de embasamento ou desarrazoadas. Aliás, dos casos relatados pela Amitech, é possível encontrar situações em que inclusive os órgãos julgadores reconheceram o pleito, como ocorreu no Mandado de Segurança nº 201.286/205 (às fis. 4839). Numa situação como essa, percebe-se que a interpretação final do poder judiciário pode albergar como legítimo o direito, afastando-lhe o rótulo de ‘absurdo’*”.

<sup>8</sup> Nota Técnica n. 453/SG, Inquérito Administrativo nº 08700.005241/2013-92, Representante: Vigor Alimentos S/A, Representados: Kellogg Brasil Ltda. e Danone Ltda., arquivamento em 23-12-2013. “*Tampouco foi demonstrado que o pedido em apreço era tamanhamente desprovido de fundamentação, que de modo evidente dele*

Deve-se esclarecer aqui, entretanto, que o eventual insucesso de uma postulação no Judiciário ou em âmbito administrativo não significa automaticamente que se trata de um abuso do direito de petição. Aqui, o critério de *probabilidade de sucesso* da ação tem importante papel, dado que a simples negação de um pleito não é suficiente para provar que o litigante não poderia esperar resultado diferente<sup>9</sup>.

O CADE também já abordou em detalhes o critério de multiplicidade de ações. A hipótese de abuso é reforçada quando se verificam ações idênticas e também quando a litispendência é reconhecida pelo próprio Judiciário. De outra banda, a renovação temática da discussão, bem como a incerteza do foro competente para apreciar a demanda, poderia se caracterizar como justificativa para afastar o potencial abuso de direito de petição.

Caso o CADE entenda pela caracterização do abuso do direito de petição, passa-se, então, a um segundo passo da análise, isto é, verificar se o abuso do direito de petição teve, de fato, fins anticompetitivos. Somente na verificação de tais efeitos é que se pode falar de *sham litigation*. Nas palavras do ex-Conselheiro Olavo Chinaglia, “*os prejuízos a particulares impostos pela litigância abusiva podem justificar uma reparação no âmbito civil, mas a configuração de um ilícito antitruste punível pelo Cade depende da comprovação de um prejuízo à própria ordem concorrencial.*” Afinal, o mandato legal do CADE busca a proteção da concorrência, não de agentes econômicos

---

*não se esperaria qualquer chance de sucesso. Pelo contrário, o Poder Judiciário antecipou a tutela da ação judicial que discute a violação do *tradedress* das empresas (...). Assim, tendo em vista a avaliação consciente por parte da autoridade competente e investida para se pronunciar a respeito das discussões de *tradedress*, afasta-se um dos critérios necessários para constatação de *sham litigation*”.*

<sup>9</sup> “O fato de uma tese levada ao Judiciário eventualmente revelar-se, ao final, perduradora, está longe de ser suficiente para caracterizar uma ação objetiva e evidentemente infundada, a ponto de ser considerada abusiva”. (Nota Técnica n. 042/14, em face de recurso, Inquérito Administrativo nº 08700.005241/2013-92, Representante: Vigor Alimentos S.A., Representadas: Kellogg Brasil Ltda. e Danone Ltda., arquivado em 23-12-2013).

específicos.

O CADE, em diversas oportunidades, já registrou que a eliminação de concorrentes é indícios para aferir se o abuso do direito de petição afeta a concorrência como bem coletivo, isto é, como instituição. Para que uma acusação de *sham litigation* seja efetiva, deve-se restar provado os efeitos anticompetitivos à toda a coletividade, não apenas a este ou aquele agente econômico específico<sup>10</sup>.

Recentemente, o CADE apreciou um novo caso de *sham litigation*, envolvendo o aplicativo Uber. Em julho de 2015, o DCE da Universidade de Brasília apresentou representação ao CADE, em face do Sindicato dos Permissionários de Táxi e Motoristas Auxiliares do Distrito Federal (SINPETAXI/DF), do Sindicato dos Motoristas e Trabalhadores nas Empresas de Taxi no Estado de São Paulo (SIMTETAXI/SP), da Associação Boa Vista de Taxi e de José Renan de Freitas. Em síntese, a representação alegava a adoção de práticas contra a ordem econômica pelo Representados, com o objetivo de impedir e obstaculizar a prestação de serviços de transporte de passageiros proporcionados por aplicativos como o Uber.

De acordo com as alegações constantes na petição inicial do DCE da UnB, os Representados ajuizaram demandas com os mesmos fundamentos jurídicos e pretensões, com conteúdo material idêntico. Para o DCE, a reincidência no ajuizamento de ações frívolas caracterizaria o *objective baseless claim*, requisito necessário para a configuração de *sham litigation*. Posteriormente, a própria Uber se tornou Representante no processo, apresentando cerca de mais 25 procedimentos movidos por associações de taxistas contra as empresas de transporte por aplicativo.

---

<sup>10</sup> Para uma análise mais detida e aprofundada da jurisprudência do CADE sobre o tema, ver 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, 2017. Disponível em: < <http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrência/article/view/281/150>>

O caso foi a julgamento em julho de 2018 e, nos termos do voto do Relator, Conselheiro Maurício Bandeira Maia, a Representação foi arquivada, não prosperando as alegações do DCE/Unb e da Uber.

O Conselheiro-Relator, em seu voto, reconheceu que o direito de petição não é absoluto e que seu possível abuso é passível de avaliação pelo CADE em caso de existência de práticas anticompetitivas. Todavia, no caso em tela, o Relator entendeu não haver abuso do direito de petição, pois haveria dúvida razoável sobre qual seria o foro competente para analisar o litígio<sup>11</sup> e também que a demanda dos taxistas não estaria desprovida de fundamentos<sup>12</sup>.

A partir da análise do caso Uber e de outros casos julgados pelo CADE sobre o tema de *sham litigation*, tem-se que,

---

<sup>11</sup> “Com efeito, o direito não é absoluto e não está imune à avaliação do CADE quanto a possibilidade de gerar práticas anticompetitivas. Contudo, tendo em vista a própria novidade do tema, existia à época uma dúvida jurídica plausível a respeito da legalidade das ERTs. Dúvida essa compartilhada inclusive pelo Judiciário brasileiro, ocasionando, em sintonia com as narrativas das Representadas, um momento inicial em que houve uma ambiguidade nas decisões sobre quais seriam as partes legítimas, os instrumentos judiciais devidos e a competências dos foros, em um quadro de relativa incerteza jurídica, o que acabou suscitando nas Representadas a urgência e necessidade de se impetrarem diferentes ações até que as questões pudessem ser definidas pelo próprio Judiciário.” (Processo Administrativo n. 08700.006964/2015-71, Representantes: Diretório Central dos Estudantes Honestino Guimarães e Uber do Brasil Tecnologia Ltda. Representados: Associação Boa Vista de Táxi e outros, j. 04/07/2018).

<sup>12</sup> “Tendo em vista a novidade que as ERTs representaram para o mercado e a dúvida reinante sobre o tema, a demanda dos taxistas em reconhecer a proibição dos aplicativos de transporte individual de passageiros não parece estar totalmente despida de fundamento, a ponto de se considerar o seu acesso ao judiciário como abusivo, conquanto se concorde com os benefícios que os novos serviços traziam para o mercado e para a concorrência. Nesse contexto, não se afigura possível afirmar que o fato de várias entidades ingressarem com ações semelhantes constituir litigância abusiva, especialmente diante da existência de dúvida razoável sobre o mérito de suas demandas e o fato de se considerarem vítimas de lesões de direito ocasionadas pelo surgimento de um novo tipo de serviço, até então não regulado.” (Processo Administrativo n. 08700.006964/2015-71, Representantes: Diretório Central dos Estudantes Honestino Guimarães e Uber do Brasil Tecnologia Ltda. Representados: Associação Boa Vista de Táxi e outros, j. 04/07/2018).

apesar de utilizar os testes formulados pela Suprema Corte americana como um importante parâmetro de análise, eles não são absolutos. As particularidades de cada caso e o contexto do setor econômico envolvido, também têm sido levados em consideração no momento de apreciação da matéria pela autoridade concorrencial. Não há o simples transplante de conceitos ou modelos estrangeiros à prática nacional.

### 3. O SHAM LITIGATION E A AXIOLOGIA DO PROCESSO: TRÊS NOTAS PARA REFLEXÃO

#### 3.1. SHAM LITIGATION E ACESSO: HÁ VIOLAÇÃO À GARANTIA?

Com base nas considerações trazidas no capítulo anterior, é possível concluir de maneira relativamente clara que a ideia de *sham litigation* pressupõe uma aplicação de *sanção* pelo ingresso em juízo; uma consequência negativa pelo fato de o sujeito ter exercitado sua garantia de ação, veiculando em juízo determinada medida processual provida de impacto concorrencial.

Sendo esse o cenário, porém, algumas indagações poderiam ser prontamente levantadas. Afinal, a aceitação do instituto, diante dessa premissa, não caracterizaria uma lesão à própria tutela da *garantia de ação*? Ao sancionar determinado *player* do mercado pelo simples fato de ir a juízo, não se estaria indo na contramão de sua *garantia de acesso*? Como conformar essa questão?

Em nossa visão, não há dúvidas de que as questões possuem absoluta pertinência e relevância. E isso por um aspecto preliminar e bastante óbvio: no atual contexto constitucional brasileiro, não há dúvidas de que a *ação* e o *acesso à justiça* possuem amparo *constitucional*. Trata-se de valores que possuem previsão no contexto da Constituição Federal de 1988,

razão pela qual não é viável restringir de forma injustificada a densidade da sua aplicação <sup>13</sup>.

É partindo disso que as indagações acima se tornam necessárias, fornecendo subsídio para uma reflexão inicial: o reconhecimento de *sham litigation* na realidade brasileira é possível, mas inequivocamente impõe uma leitura condicionada de garantias fundamentais do processo. Diante desse aspecto, pode-se concluir que: (i) a aplicabilidade da técnica em questão deve ser *fundamentada e proporcional*; e, (ii) mais que isso, admiti-la exige que se reconheça – como já realizado em outras ocasiões <sup>14</sup> – que *não há garantia absoluta*. É a partir disso que se torna viável afirmar que igual raciocínio também vale para aquelas ligadas ao processo.

Realmente, o problema pode ser bem percebido ao levar-se em conta que o *acesso à justiça*, por mais que possua grau semântico suficiente para servir como norma fundamental do processo, não pode ser entendido como um preceito *ilimitado e absoluto*. Até porque, se assim fosse, haveria espaço para que sua concretização pródiga levasse uma situação de *inacesso*: ao viabilizar-se sem ressalvas ou *nudges* contrários que *qualquer* sujeito conduzisse *qualquer* pretensão ao Judiciário, seria razoável que deixasse de haver condições estruturais e materiais para conferir tutela àqueles que efetivamente necessitassem dessa proteção <sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> Por todos, ver, MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*. v.1. 5 ed. São Paulo: Ed. RT, 2019.

<sup>14</sup> Ver, nesse sentido, OSNA, Gustavo. *Processo civil, cultura e proporcionalidade: análise crítica da teoria processual*. São Paulo: Ed. RT, 2017. Também, ARENHART, Sérgio Cruz. OSNA, Gustavo. Complexity, proportionality and the ‘pan-procedural’ approach: some bases of contemporary civil litigation. In. *International Journal of Procedural Law*. n.4. Cambridge: Intersentia, 2014.

<sup>15</sup> Idem. Na mesma linha, afirma Mancuso que que a “oferta de justiça estatal a toda e qualquer controvérsia, acaba provocando três deletérios efeitos: fomenta a litigiosidade ao interno da sociedade; desestimula a busca pelos meios alternativos, e, ainda, resulta em sobrecarga ao Judiciário, atulhando-o de processos que, antes, poderiam e deveriam ser resolvidos em outras instâncias”. Assim, o autor entende “os milhões de processo em curso em nosso aparelho judiciário estatal derivam, em larga medida, de



É evidente que, conforme já percebido por Arenhart, esse tipo de interpretação cria constante risco de que se transcenda a linha tênue existente entre a *conformação* da garantia e a sua *violação*; entre a *adequação interpretativa* compatível com uma leitura contemporânea do acesso e a limitação indevida de seu conteúdo. Não obstante, o desafio deve ser assumido e enfrentado, como notado por Mancuso. Somente assim é possível se pensar seriamente na concretização das atuais funções jurisdicionais <sup>16</sup>.

Nesse passo, o critério da *proporcionalidade*, composto por subcritérios judiciosos e bem manejados, pode representar um importante suporte para permitir o melhor arranjo da situação. Isso, tanto a partir de um viés *endoprocessual*, apreciando-se os valores em disputa no âmbito do próprio processo <sup>17</sup>,

---

uma leitura exacerbada e irrealista que tem sido feita do acesso à justiça”. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. 2 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2014. p.66-67.

<sup>16</sup> É que “a assunção, pelo Estado-juiz, dos conflitos instaurados e não auto ou heterocompostos entre os interessados ou entre estes e a Administração Pública, não foi acompanhada de uma igual preocupação com a boa gestão da imensa massa de processos que foi se avolumando nos escaninhos judiciários, de primeiro e segundo graus, assim como tampouco se atentou para um efetivo controle da *efetividade* da prestação jurisdicional, olvidando-se o aviso de que a *quantidade acaba por afetar a qualidade* (...) como se diz em sede de “organização e método”, *quem quer os fins, deve dar os meios*, e o que se constata é que o Estado brasileiro houve por bem assumir o monopólio de distribuir a Justiça, mas não revelou empenho e proficiência em dotá-la dos meios pessoais e materiais que lhe permitissem produzir um resultado final de boa qualidade”. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. p.58-59.

<sup>17</sup> É que, tomando-se em conta os princípios constitucionais, “em grande parte das situações tais garantias entram em colisão e devem ser harmonizadas, sob pena de prevalência de um preceito fundamental sobre os demais. Para que não haja essa superposição e com o fito de compatibilizar os princípios, vale-se a doutrina e a jurisprudência, a partir da experiência alemã, do critério de proporcionalidade. Segundo esse preceito, a ponderação entre os vários princípios constitucionais em choque – a fim de extrair-se a solução melhor ao caso concreto – deve ser informada por três subcritérios: impõe-se a avaliação do ato (...) à luz da sua adequação, de sua necessidade e de sua proporcionalidade (...) essa análise da proporcionalidade, que aqui é chamada de proporcionalidade endoprocessual, é comumente utilizada para avaliar a

quanto por meio de uma guinada mais *ampla* e capaz de apreender toda a realidade *cultural, estrutural e legislativa* que perpassa o litígio. Sob essa segunda vertente, *panprocessual*, torna-se possível compreender de forma mais cética o papel desempenhado por determinado processo dentro da totalidade do contexto jurisdicional<sup>18</sup>. E é também por meio dele que, em nossa visão, facilita-se a aceitação dos parâmetros da *sham litigation* como limites legítimos ao exercício de acesso. Isso, evidentemente, desde que embasada por uma adequada e suficiente fundamentação.

### 3.2. SHAM LITIGATION E LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ: HÁ JUSTAPOSIÇÃO ENTRE AS SANÇÕES?

No tópico anterior, foi visto que uma primeira indagação ligada ao *sham litigation*, e ao mesmo tempo uma lição que pode decorrer do seu manejo, é que o *acesso à justiça* não é absoluto e deve ser lido de maneira proporcional. Além disso, consideramos que há ainda uma segunda provocação ligada ao tema que deve ser mencionada, extraíndo-se mais uma constatação do seu conteúdo. Seria possível afirmar que haveria *coincidência* ou *excludência* entre as sanções ligadas ao *sham litigation* e à *litigância de má-fé*? Mais que isso, haveria espaço para afirmar que eventual julgamento ligado a um dos pontos *vincularia*, também, a conclusão atingida no acerto do outro?

---

compatibilização, por exemplo, entre os princípios da tempestividade da tutela (...) em relação ao contraditório”. ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*. São Paulo: Ed. RT, 2013. p.34-35.

<sup>18</sup> “we believe that proportionality can also be used as a tool of *judicial* management. From this perspective, such a principle could be seen as an interpretative element capable of collaborating to solve the puzzles of contemporary civil litigation observed in the previous section. In the challenge occasioned by its functions and its material restraints, we believe that this approach can contribute both in an “*endo-procedural*” side (as more commonly noted) and, especially, in what we call the “*pan-procedural*” one”. ARENHART, Sérgio Cruz. OSNA, Gustavo. Ob. cit. p. 196.

Em relação a essas dúvidas, o problema se coloca essencialmente porque, como visto, a gênese da punição pautada no *sham litigation* residiria na tentativa de coibir um uso do processo civil provido de finalidades que não coincidem com uma real procura pela proteção jurisdicional; de evitar uma utilização *desvirtuada* da garantia de acesso, subvertendo o seu conteúdo para alcançar alguma espécie de benefício concorrencial.

Ocorre que, colocando essa premissa geral em exame, observa-se que o próprio processo civil possui disciplina *específica* para lidar com uma realidade similar. E isso porque, apreciando-se as situações reconhecidas em lei como hipóteses de *litigância de má-fé*, percebe-se que se estabelece de forma explícita que incorrerá nesse tipo de conduta aquele que “*usar do processo para conseguir objetivo ilegal*” (Código de Processo Civil, art. 80, inc. III). Sendo assim, e tendo em vista que a infração à ordem concorrencial constitui atitude vetada em nosso ordenamento (e, por isso, “*objetivo ilegal*”), haveria uma aparente justaposição entre o *sham litigation* e a preocupação já estabelecida pelo próprio legislador processual.

Essa aparente intersecção entre as esferas poderia levar a alguns dilemas casuísticos. E isso porque, ao mesmo tempo em que seria crível que se afirmasse que a punição jurisdicional por litigância de má-fé seria *o bastante* para dar conta do problema (razão pela qual sua aplicação esvaziaria a importância da multa por *sham litigation*), haveria espaço para uma dúvida ainda mais crítica: tendo o Judiciário concluído que *não houve litigância de má-fé* por uso desvirtuado do processo, poderia a autoridade concorrencial aplicar de maneira sequencial a punição por *sham litigation*? Nessa hipótese, ele não estaria adotando como fundamento explícito uma questão já afastada em sede jurisdicional?

O dilema pode ser mais bem explicado pela via exemplificativa. Para tanto, suponhamos que a sociedade empresária Y ajuíza diversos feitos, com semelhanças fáticas e embasamento legal similar, em face da companhia internacional X, que

procura ingressar no mercado brasileiro. Imaginemos que, no âmbito de tais disputas, Y veicula diferentes pretensões aparentemente infundadas que, caso acolhidas, levariam à impossibilidade de atuação de X no cenário nacional. Suponhamos, ainda, que se veicula em contestação pretensão *expressa* de condenação da autora por litigância de má-fé com fundamento no art. 80, inc. III, do Código de Processo Civil – afirmando de maneira textual que a medida possui como único propósito lhe causar prejuízo de ordem concorrencial. Por fim, estabeleçamos que o feito é julgado *improcedente*, mas que, da mesma forma, o pedido de condenação por litigância de má-fé também é rejeitado.

Nesse caso, tendo em vista a existência de debate *explícito* a respeito do problema, seria possível uma decisão *posterior* da entidade técnica que reconhecesse a existência, *in casu*, de *sham litigation*? Haveria possibilidade de que se chegasse a uma conclusão diversa daquela adotada pelo Judiciário, ainda que com o mesmo fundamento<sup>19</sup>?

Colocando as coisas em perspectiva, constata-se ainda que a situação hipotética acima sequer seria a única em que esse tipo de atrito entre instâncias poderia ser verificado. Além dela, seria também viável que o cenário oposto (isso é, a decisão jurisdicional que *reconhecesse a litigância de má-fé*) conduzisse a diferentes dúvidas e indagações.

Realmente, caso se concluísse em juízo que *houve*

---

<sup>19</sup> Perceba-se que o problema poderia se ampliar na medida em que, com o advento do Código de Processo Civil de 2015, passou-se a ser explicitamente permitida em nosso direito a incidência da dita *coisa julgada sobre questão*. É que, nos termos legislativos (art. 503), “a decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida. § 1º O disposto no caput aplica-se à resolução de questão prejudicial, decidida expressa e incidentalmente no processo, se: I - dessa resolução depender o julgamento do mérito; II - a seu respeito tiver havido contraditório prévio e efetivo, não se aplicando no caso de revelia; III - o juízo tiver competência em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como questão principal. § 2º A hipótese do § 1º não se aplica se no processo houver restrições probatórias ou limitações à cognição que impeçam o aprofundamento da análise da questão prejudicial”. Ver, sobre o tema, MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada sobre questão*. São Paulo: Ed. RT, 2018.

litigância de má-fé por ter o autor se valido do processo com propósito diverso da tutela jurisdicional, seria possível afirmar que a questão estaria *encerrada*? Em outros termos, caso referida punição fosse objeto de aplicação, eventual sanção pelo órgão técnico ligada à prática de *sham litigation* configuraria *bis in idem*?

No mesmo sentido, tendo o Poder Judiciário acolhido *in totem* a alegação da companhia X (isso é, a assertiva de que o uso do processo estaria atendendo a propósitos eminentemente anticoncorrenciais) e condenado a sociedade Y por litigância de má-fé a partir desse fundamento, haveria eventual *vinculação* do órgão técnico quanto a essa deliberação? Poderia ele contrariar a motivação estabelecida em juízo?

Observando cada uma dessas indagações o que se percebe é que, verdadeiramente, existe aqui um ponto crítico para a compreensão do tema. O conflito entre instâncias, inerente a diferentes aspectos de nosso cenário, uma vez mais entra em cena. E nesse ponto, por mais que o debate siga vivo e seja necessário, considera-se que a principal lição a ser estabelecida é a seguinte: o órgão técnico é, em última análise, o principal palco do ciclo regulatório do setor – possuindo assertividade a respeito dos diferentes valores inseridos em seu campo<sup>20</sup>. E esse aspecto não pode ser perdido de vista.

Realmente, é hoje notório que os fundamentos do anti-truste não existem para proteger este ou aquele agente econômico, mas sim para tutelar a concorrência como *instituição*. Ademais, entram em cena com especial vigor feixes de interesse como aqueles ligados ao público consumidor e à sua tutela. E é

---

<sup>20</sup> Conceituando a questão, Vital Moreira indica que “um processo de regulação implica tipicamente (...) três etapas essenciais: (a) aprovação das normas pertinentes (leis, regulamentos, códigos de conduta, etc); (b) implementação concreta das referidas regras (autorizações, licenças, injunções, etc); (c) fiscalização do cumprimento e punição das infrações”. Seria esse, pois, o “ciclo regulatório” inerente a determinado setor. MOREIRA, Vital. *Auto-regulação profissional e administração pública*. Coimbra: Almedina, 1997. p.36-37.

o órgão técnico aquele que parece ter a melhor aptidão para, com olhar macroscópico, compreender a possibilidade de que a demanda efetivamente se mostre lesiva à fluidez concorrencial; verdadeiramente configure ato caracterizável como *sham litigation* <sup>21</sup>.

Nesses termos, acredita-se que a eventual conclusão jurisdicional pela ausência de litigância de má-fé não deve esgotar a necessária análise técnica a ser feita na esfera adequada – aplicando-se igual premissa à possível condenação judicial afeta a esse particular. Além disso, pela própria divergência funcional entre as punições, também não parece haver problema na possível aplicação de ambas, não se tratando de efetiva reiteração: enquanto em uma ponta parece haver real sanção pela prática anticoncorrencial, na outra a base causal é o próprio uso abusivo do processo (aspecto que, ressalta-se, poderia ser identificado em inúmeras outras ocasiões). Por mais que a situação fática coincida, a justaposição não parece dispor de plenitude.

### 3.3. SHAM LITIGATION E MEDIDA RAZOÁVEL: A ANÁLISE ISOLADA BASTA?

No tópico anterior, foram levantadas indagações diretamente relacionadas à possibilidade de que, no âmbito do *sham litigation*, ocorram situações de *atrito* ou de *coincidência* entre análises realizadas pelo Judiciário ou pelo órgão técnico; hipóteses, enfim, em que o *conflito entre instâncias* pode dar a cara – exigindo olhares atentos.

Aqui, como terceira dúvida central ligada à matéria,

---

<sup>21</sup> Sobre o tema, de maneira especial e propondo o debate com pioneirismo, cita-se SUNSTEIN, Cass R. VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. In. *Michigan Law Review*. n.101. Ann Arbor: Michigan Law School, 2003. Ainda, criticando um possível uso desmedido do argumento, ARGUELHES, Diego Werneck. LEAL, Fernando. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. In. *Direito, Estado e Sociedade*. n.38. Rio de Janeiro: PUC-RIO, 2011.

pretende-se trazer uma interrogação que revela uma vez mais a necessidade de que sua aplicação seja compreendida e executada a partir de um viés *macro*, levando em conta o cenário global da situação: é possível que uma demanda, mesmo que individualmente razoável, possa constituir uma peça do quebra-cabeças do *sham litigation*?

Em nossa visão, essa indagação também leva a uma reflexão imprescindível para a plena compreensão do tema: identificar uma medida judicial como lesiva à concorrência é vislumbrar, antes de tudo, a possível *estratégia* que lhe é subjacente<sup>22</sup>. E é por força disso que, efetivamente, há espaço para que um debate judicial aparentemente *razoável* (e por isso, isoladamente, provido de aparência tolerável) mostre-se, contextualmente, figura de *sham litigation* e possa ser reconhecida como tal.

De que maneira, porém, esse aspecto poderia ocorrer? Como sancioná-lo sem criar algum tipo de limitação excessiva à própria garantia de ação? Uma medida individualmente tolerável poderia gerar essa espécie de consequência desfavorável ao seu proponente?

Em nossa visão, a própria realidade brasileira recente demonstra que isso é possível. É que, de uma maneira geral, o cenário proposto parece coincidir em alguma medida com a já descrita situação envolvendo o aplicativo Uber. Ali, mais do que o cerne de cada disputa judicial, considerou-se o conjunto de feitos em sua perspectiva *macroscópica*. Foi a partir dela que se constatou o possível intento concorrencial inerente à estratégia adotada em juízo – aspecto que, apreciando-se pulverizadamente cada debate, poderia passar despercebido – e, como já relatado, foi afastado pelo CADE em sua análise.

---

<sup>22</sup> Ver, sobre o tema, *passim*, PATRÍCIO, Miguel Carlos Teixeira. *Análise Econômica da Litigância*. Coimbra: Almedina, 2005. Ainda, COOTER, Robert. ULEN, THOMAS. *Law & Economics*. 3.ed. Reading: Addison Wesley Longman, 2000. p.390-392. Também, WOLKART, Erik Navarro. *Análise Econômica do Processo*. São Paulo: Ed. RT, 2019.

Em relação a esse ponto, então, ressalta-se uma vez mais a importância de que o tema em apreço seja conjugado com a adoção de um suporte *proporcionalmente amplo* das garantias processuais. É que, diante desse pano de fundo, constata-se a importância de que a ideia de *ação* e a possibilidade de seu exercício também sejam lidas de maneira rente às suas *circunstâncias*, aos seus *efeitos* e às suas *possibilidades* materiais<sup>23</sup>.

De fato, conforme exposto acima, compreender o processo civil de maneira efetivamente *proporcional* é excluir do seu léxico a noção de *absoluto*; é perceber que não há elemento processual capaz de se desprender, por completo, dos aspectos culturais e conjecturais que o permeiam; é notar, então, que sua concretização entra em conflito com diferentes valores e não pode ser lida de maneira desprendida do contexto global do Judiciário, bem como de seu aspecto funcional.

Apreendidos as coisas dessa forma, é possível notar que a garantia de *ação* pode encontrar limites necessários não apenas em um viés endoprocessual, mas também em um contexto mais amplo. E é precisamente por isso que a estratégia em que seu uso se insere poderia levar ao reconhecimento casuístico de infração concorrencial -caracterizável como *sham litigation*. Somente assim as peças do tabuleiro são devidamente manejadas.

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Entre os diferentes elementos tormentosos inseridos no campo processual civil, encontra-se, com lugar de destaque, a extensão a ser dada à ideia de *acesso à justiça*. Por outro lado, tomando como base a esfera concorrencial, há embasamento concreto capaz de demonstrar que o recurso aos Tribunais pode ser utilizado como infração à ordem econômica, nos termos da Lei n. 12.529/2011. Como, então, amarrar essas pontas?

---

<sup>23</sup> Cita-se, novamente, *passim*, OSNA, Gustavo. *Processo civil, cultura e proporcionalidade*.



O presente artigo procurou se ocupar desse problema, apresentando, para tanto, o importante papel que pode ser desempenhado em nosso contexto pelo mecanismo do *sham litigation*. Conforme demonstrado, sua operacionalização na realidade brasileira ainda se encontra em estágio incipiente – mas parece identificar terreno fértil para crescimento.

Nesse sentido, foram expostas algumas considerações centrais ligadas à aplicação dessa temática e aos seus potenciais – aferindo-se, especialmente, como ela se conjuga com as garantais fundamentais do processo civil. Como visto, a acomodação é possível. Mais que isso, ela pode se mostrar o caminho mais salutar para a preservação da própria lógica estrutural e funcional que deve marcar o núcleo do processo.



## BIBLIOGRAFIA

- ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*. São Paulo: Ed. RT, 2013.
- ARENHART, Sérgio Cruz. OSNA, Gustavo. Complexity, proportionality and the ‘pan-procedural’ approach: some bases of contemporary civil litigation. In. *International Journal of Procedural Law*. n.4. Cambridge: Intersentia, 2014.
- ARGUELHES, Diego Werneck. LEAL, Fernando. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. In. *Direito, Estado e Sociedade*. n.38. Rio de Janeiro: PUC-RIO, 2011.
- COOTER, Robert. ULEN, THOMAS. *Law & Economics*. 3.ed. Reading: Addison Wesley Longman, 2000.
- HOVENKAMP, Herbert. *The Antitrust Enterprise: Principle*

- and Execution*. Cambridge: Harvard University Press, 2008.
- HOVENKAMP, Herbert. *Federal Antitrust Policy – the Law of Competition and its practice*. 2<sup>nd</sup> Ed. St. Paul: West Group, 1999.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. 2 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2014.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada sobre questão*. São Paulo: Ed. RT, 2018.
- MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*. v.1. 5 ed. São Paulo: Ed. RT, 2019.
- MOREIRA, Vital. *Auto-regulação profissional e administração pública*. Coimbra: Almedina, 1997.
- MYERS, Gary. Antitrust and First Amendment Implications of Professional Real Estate Investors. In: *Washington and Lee Law Review*. v. 51, issue 4, 1994.
- OSNA, Gustavo. *Processo civil, cultura e proporcionalidade: análise crítica da teoria processual*. São Paulo: Ed. RT, 2017.
- PATRÍCIO, Miguel Carlos Teixeira. *Análise Económica da Litigância*. Coimbra: Almedina, 2005
- 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, 2017. Disponível em: <<http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/articulo/view/281/150>>
- SUNSTEIN, Cass R. VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. In. *Michigan Law Review*. n.101. Ann Arbor: Michigan Law School, 2003.
- WOLKART, Erik Navarro. *Análise Econômica do Processo*. São Paulo: Ed. RT, 2019.