



SHAM LITIGATION NO DIREITO BRASILEIRO: FUNDAMENTOS LEGAIS E POSSÍVEL OCORRÊNCIA EM PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS

JOÃO MARCOS MOREIRA PRADO

Pós-graduando em Direito Empresarial da Fundação Getúlio Vargas - FGV.

ELIAS KALLÁS FILHO

Professor Titular e Coordenador de Graduação da Faculdade de Direito do Sul de Minas - FDSM. Pós-Doutorado na Fundação Cardiovascular São Francisco de Assis. Doutor em Direito Comercial da Universidade de São Paulo - USP. Advogado.

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo discutir os fundamentos legais para a aplicação de *sham litigation* no direito brasileiro, bem como sua possível ocorrência em procedimentos licitatórios. A partir de um conceito de *sham litigation* adequado à prática jurídica brasileira, são analisadas intersecções entre a Constituição de 1988 e os dispositivos infraconstitucionais que se relacionam ao instituto. A metodologia utilizada foi analítica, com estudo da doutrina e legislação pertinentes. Pode-se concluir que *sham litigation* relaciona-se ao abuso do direito de ação e de petição com fins anticoncorrenciais, podendo caracterizar infração à ordem econômica nos termos do art. 36 da Lei nº 12.259/2011, e que é possível a ocorrência de *sham litigation* em procedimentos licitatórios, com potenciais prejuízos ao mercado, à Administração Pública e à coletividade como um todo.

Palavras-Chave: *Sham litigation*. Abuso de direito. Concorrência. Procedimento Licitatório.

Abstract: The present work aims to discuss the legal foundations for the application of sham litigation in Brazilian law, as well as its possible occurrence in bidding procedures. Based on a concept of sham litigation suited to Brazilian legal practice, intersections between the 1988 Constitution and the infra-constitutional provisions that relate to the institute are analyzed. The methodology used was analytical, with a study of the relevant doctrine and legislation. It can be concluded that sham litigation is related to the abuse of the right of action and petition for anti-competitive purposes, which may characterize an infringement of the economic order

under the terms of art. 36 of Law No. 12,259/2011, and that it is possible for sham litigation to occur in bidding procedures, with potential damage to the market, the Public Administration and the community as a whole.

Keywords: Sham Litigation. Abuse of right. Competition. Bidding Procedure.

Introdução

O instituto de *sham litigation* relaciona-se ao abuso do direito de ação e de petição com fins anticoncorrenciais. Em outras palavras, trata da situação em que o peticionante provoca o Estado para uma aparente tutela de direitos, com a verdadeira intenção de auferir vantagens no mercado.

Assim, o presente artigo pretende revisar as bases do instituto de *sham litigation* e discutir as bases para aplicação dele no direito brasileiro, inclusive no âmbito de procedimentos licitatórios, em que a Administração Pública busca contratar empresas privadas na consecução do interesse público.

1. A origem da prática de *sham litigation*

Sham litigation é um instituto originário do direito norte-americano, onde surgiu como uma exceção à teoria da imunidade à legislação antitruste – conhecida como *Noerr-Pennington Doctrine*, que prestigiava a proteção ao direito de petição, mesmo com a possibilidade de prejuízo à livre concorrência ou ao mercado em si.¹

No caso *California Motor Transport Co v. Trucking Unlimited* foram analisadas, em um mesmo caso, as petições ao Judiciário como *sham litigation* e a imunidade antitruste

¹ FIDELIS, Andressa Lin. Sham Litigation e o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Revista de Direito da Concorrência, Brasília, n22, abril. 2010. pp. 68-69. Conforme o autor, destacam-se no contexto da Noerr-Pennington Doctrine dois casos. O primeiro deles é Eastern Railroad Presidents Conference v. Noerr Motor Freight Inc., que implicou na colisão entre os interesses protegidos pela lei antitruste e os direitos constitucionais, sendo solidificado o entendimento de que as ferroviárias (no caso em questão), bem como qualquer indivíduo ou grupo, podem valer-se de seus esforços para pressionar o Estado, mesmo que isso gere medidas anticompetitivas, não sendo estas ilícitas, mas sim respaldadas pelo direito de peticionar. E no caso United Mine Workers of America v. Pennington, a posição da Suprema Corte não foi diferente. Um sindicato de mineiros estabeleceu um salário-mínimo para a indústria, sugerindo que o carvão só poderia ser adquirido das empresas que praticassem o valor fixado. Na prática, era inviável que companhias locais operassem neste preço, sendo alegado por estas dano à competição no setor.

constante na doutrina *Noerr-Pennington*.² O caso narra que uma companhia de caminhões (*Trucking*) alegou que a companhia California conspirara para monopolizar os negócios e o comércio no transporte de mercadorias, violando as leis antitrustes, por meio de propositura de ações conjuntas nas esferas estaduais e federais, com o intuito de adquirir direitos operacionais ou para transferi-los ou registrá-los. Ainda, foi observado o impedimento de *Trucking* no acesso livre e ilimitado aos Tribunais por estas ações – ensejando infração às leis antitrustes.³ A decisão entendeu que a imunidade à legislação antitruste não poderia ser aplicada quando há exclusivo propósito de prejudicar a concorrência, por meio de ações maléficas às atividades de um competidor.⁴

Além do intuito ilícito e dos meios empregados, a Corte delimitou outras condutas ilícitas que poderiam ensejar a prática de *sham litigation*, sendo elas, a título exemplificativo: i) o falso testemunho; ii) o uso de uma patente obtida por fraude para excluir um concorrente do mercado; iii) o conluio com a autoridade pública para eliminar concorrentes; e iv) o suborno de um agente público.⁵

Contudo, esse rol de condutas ilícitas apontado pela Corte em *California v. Trucking* gerou certa confusão nos tribunais, que passaram mais de 25 anos discutindo os limites da definição de *sham litigation*.⁶

Visando oferecer mais segurança jurídica, a Suprema Corte norte-americana desenvolveu um mecanismo para identificação de pressupostos objetivos para configuração de *sham litigation*, o *PRE test*, que tem origem no caso *Professional Real Estate Investors, Inc. v. Columbia Pictures Industries, Inc.*⁷ Embora o teste não tenha findado o debate sobre o assunto, sua importância se justifica porque estabeleceu dois requisitos para a caracterização de *sham*: i) que a ação ou petição seja ausente de fundamentos, de forma que nenhum litigante razoável possa esperar sucesso em seu mérito; e ii) que a ação ou petição camufle uma

² VINHAS, Tiago Cação. *Sham Litigation* do abuso do direito de petição com efeitos anticoncorrenciais. 2014. 228 f. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. p. 33.

³ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. 404 U.S. 508 (1972). Disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/404/508/#516> Acesso em 20 abril 2020.

⁴ FIDELIS, Andressa Lin. *Sham Litigation* e o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Revista de Direito da Concorrência, Brasília, n22, abril. 2010. p. 70.

⁵ FIDELIS, Andressa Lin. *Sham Litigation* e o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Revista de Direito da Concorrência, Brasília, n22, abril. 2010. p. 71.

⁶ VINHAS, Tiago Cação. *Sham Litigation* do abuso do direito de petição com efeitos anticoncorrenciais. 2014. 228 f. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) -Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. p. 36.

⁷ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. 508 U.S. 49 (1993). Disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/508/49/> Acesso em 21 abril 20. Em suma, uma rede de hotéis havia sido processada, previamente, pela Columbia e outros estúdios, por violar direitos autorais ao instalar aparelhos de videodiscos nos quartos e alugar filmes. O acórdão ensejou no PRE respectivamente mencionado.

tentativa de intervenção direta nas relações negociais de um concorrente, por meio da motivação subjetiva do litigante.⁸

Conforme Netto, essa motivação subjetiva, para a realização de *sham litigation*, precisaria da indiferença do litigante em relação ao resultado da ação, da falta de justificação dos custos do processo, e que os efeitos colaterais fossem visados pelo peticionante.⁹

Analisando-se, então, os precedentes norte-americanos fica evidente que o diagnóstico de *sham litigation*, na formulação estadunidense, requer uma análise refinada e meticulosa, visando definir se há mera irregularidade no exercício do direito de petição ou se há abuso intencional capaz de causar danos à concorrência.¹⁰

2. Fundamentos de *sham litigation* no direito brasileiro

O constituinte de 1988 optou expressamente por uma economia de mercado, na qual o Estado possui papel importante de preservação da liberdade de iniciativa e da concorrência; e na qual a atuação direta do Estado na exploração de atividades econômicas é excepcional, ocorrendo apenas quando justificada por razões de segurança nacional ou de relevante interesse coletivo. Neste contexto, a lei deve reprimir eventual abuso do poder econômico que vise monopolizar o mercado, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros, ao mesmo tempo em que deve buscar a implementação dos princípios constitucionais da ordem econômica.

Daí porque, no direito brasileiro, *sham litigation* deve ser compreendido em consonância com as disposições constitucionais acerca da Ordem Econômica e, em especial, com o artigo 36 da Lei nº 12.529/2011, que trata das infrações à Ordem Econômica, sendo certo que sua definição também tangencia outros institutos jurídicos, como o direito de ação e de petição, o abuso de direito e a litigância de má-fé.

Embora não correspondam a conceitos idênticos, o direito de ação e o direito de petição guardam diversas similaridades, porque são, ambos, relacionados ao acesso ao Judiciário, servindo como premissas básicas do sistema jurídico, isto é, o meio pelo qual as pessoas podem pleitear seus direitos e/ou resolver suas demandas sob a égide do Estado.¹¹ O

⁸ Ibid., p. 46-47.

⁹ NETTO, Patrícia Bueno. “Sham litigation”: abuso do direito de petição como prática contrária à concorrência. Revista Trimestral de Direito Público. n62.

¹⁰ FIDELIS, Andressa Lin. Sham Litigation e o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Revista de Direito da Concorrência, Brasília, n22, abril. 2010. p. 72-73.

¹¹ TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. Disponível em <https://app.saraivadigital.com.br/biblioteca/main> Acesso em 04 de agosto de 2020

Estado, ao deter o monopólio da violência, coloca-se no dever de prover sempre uma prestação jurisdicional, que se consagra por meio do direito de ação e de petição.

O direito de ação refere-se à possibilidade de qualquer pessoa provocar o exercício da jurisdição. Para que ocorra essa provocação não é necessário que o verdadeiro titular do direito seja o arguente – basta que sustente a existência de seu direito e prove sua titularidade.¹²

O inciso XXXV do artigo 5º da Constituição enuncia que nenhuma lesão ou ameaça a direito será excluída da apreciação dos órgãos jurisdicionais. Logo, o acesso é garantido desde que haja fundamentação material, possibilitando-se o exercício de todos os meios válidos para a obtenção de uma solução definitiva para determinado caso. Além disso, o direito de ação alcança também a prerrogativa de participação processual ampla, com a possibilidade de argumentação, de realização probatória e do direito a uma sentença devidamente motivada.¹³

Já o direito de petição, em termos históricos, foi originado na Inglaterra, durante o período medieval, através do *right of petition*, que se firmou no *Bill of Rights* de 1689. No documento é mencionado: “That it is the right of the subjects to petition the king, and all commitments and prosecutions for such petitioning are illegal”.¹⁴

Na Constituição do Brasil, é assegurado a todos o direito de provocar o Poder Público, mesmo sem o pagamento de taxas, para a defesa de direitos ou contra a ilegalidade ou o abuso de poder. O pedido feito ao Estado se instrumentaliza por meio do direito de petição.

O direito de petição é um típico direito fundamental de caráter generalista, caracterizando um direito da pessoa humana, assim, é assegurando a todos, pessoas físicas e jurídicas, brasileiros ou estrangeiros, ou até mesmo a entes não dotados de personalidade jurídica. Outrossim, o exercício pode ser individual ou coletivo.¹⁵

Para os fins da presente pesquisa, o crucial é identificar o momento em que o exercício do direito de petição e/ou de ação se torna potencialmente lesivo à concorrência, com a configuração do abuso no exercício destes direitos. Neste sentido, duas inferências são necessárias: a) na jurisprudência brasileira, ambos os conceitos (direito de ação e direito de petição) são utilizados quando se trata do fenômeno de *sham litigation*; e b) como aponta

¹² Ibid.

¹³ Ibid.

¹⁴ Disponível em https://www.law.gmu.edu/assets/files/academics/founders/English_BillofRights.pdf Acesso em 04 de agosto de 2020

¹⁵ MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. Curso de Direito Constitucional. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018

Renzetti¹⁶, entre o ato ilícito e o abuso de direito, o correto é enquadrar *sham litigation* na ótica do abuso de direito, que se verifica objetivamente, sem a necessidade de demonstração da culpa.

Em relação ao abuso de direito, Francisco Amaral ensina que este ocorre sempre que o titular o exerce fora de seus limites intrínsecos, próprios de suas finalidades sociais e econômicas. A teoria do abuso de direito surge no século XIX, para superar as concepções individualistas e liberais que viam o direito subjetivo como o poder da vontade e como expressão da liberdade individual, haja vista que o titular tinha a prerrogativa de utilizar seus direitos sem quaisquer limitações.¹⁷

Silvio de Salvo Venosa cita o brocardo “*summus ius, summa iniura*” para consubstanciar o fato de que nenhum direito pode ser levado às últimas consequências. O abuso de direito consubstancia um ato jurídico aparentemente lícito, mas que se afasta da finalidade para a qual esse direito foi criado. Logo, o doutrinador conclui que o titular de prerrogativa jurídica que atua de modo que sua conduta vai de encontro à boa-fé, aos bons costumes, aos fins econômicos e sociais da norma, incide no ato abusivo.¹⁸

O artigo 187 do Código Civil conceitua o abuso de direito ao determinar que comete ato ilícito o titular de um direito que, em seu exercício, ultrapassa as barreiras impostas pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. Adverte Paulo Lôbo que o abuso do direito é caracteristicamente objetivo e se caracteriza ainda que não se verifique dano.¹⁹

Fazendo explícita vinculação entre *sham litigation* e o conceito legal de abuso do direito, destaca-se o seguinte trecho de decisão do CADE, relatada pelo Conselheiro César Costa Alves de Mattos:

A suposta prática, que se enquadra no conceito de *sham litigation*, como detalhado no parecer da SDE, embora oriunda da comunidade jurídica norte americana, encontra sua configuração no arcabouço jurídico nacional, na figura do abuso de direito do Código Civil, em seu art. 187, combinado com a Lei 8.884/94, especificamente no art. 20, caput e inciso II e art. 21, incisos IV e V (...)²⁰

¹⁶ RENZETI, Bruno Polonio. Tratamento do Sham Litigation no Direito Concorrencial Brasileiro à Luz da Jurisprudência do CADE. Revista de Defesa da Concorrência. Vol. 5. N. 1. 2017- Maio. P. 160.

¹⁷ AMARAL, Francisco. Direito Civil: Introdução. 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Disponível em <https://app.saraivadigital.com.br/biblioteca/main> Acesso em 11 de agosto de 2020

¹⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil – Parte Geral. Editora Atlas, S.A, São Paulo, 2015. p. 587-588.

¹⁹ LÔBO, Paulo. Direito civil. São Paulo: Saraiva, 2020. Disponível em <https://app.saraivadigital.com.br/biblioteca/main> Acesso em 11 de agosto de 2020

²⁰ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Averiguação Preliminar nº. 08012. 005727/2006-50, Representante: Ministério Público Federal do Estado de Minas Gerais, Representada: Alcoa Alumínio S.A., julgada em 28/4/2010, disponível em <http://www.cade.gov.br> 11 de agosto de 2020

É possível concluir, portanto, que a configuração do abuso de direito prescinde da culpa e também do dano, o que, aliás, coaduna com o disposto no *caput* do artigo 36 da Lei nº 12.529/2011, que explicita a irrelevância do elemento subjetivo e do resultado efetivo para configuração da infração à ordem econômica.

Outro instituto que dialoga com *sham litigation* é a litigância de má-fé, descrita no artigo 80 do Código de Processo Civil. Esta constitui um ilícito processual, que compreende atos praticados em contraposição com os deveres das partes no processo. Mesmo que o processo seja palco de competição e interesses contrapostos, as partes devem pautar seus comportamentos por meio da boa-fé e lealdade processual.²¹

Mas argumenta Tiago Cação Vinhas que a multa imposta pelo CADE por prática de abuso de direito de ação/petição com efeitos anticoncorrenciais (*sham litigation*) não deve ser considerada *bis in idem* com eventual multa por litigância de má-fé, porque a) a multa de litigância de má-fé é de natureza judicial, enquanto a imposta pelo CADE é de natureza administrativa; e b) o dano processual avaliado pelo juiz é circunscrito aos prejuízos apenas processuais, já o dano averiguado pelo CADE diz respeito aos prejuízos causados à coletividade.²²

Deste modo, é cabível inferir que os institutos da litigância de má-fé e de *sham litigation* guardam semelhanças, porém não se confundem, porque, afinal, este é analisado no tocante ao potencial lesivo à concorrência, mesmo que possa reproduzir práticas constantes no artigo 80 do CPC.

Finalmente, o artigo 36 da Lei nº 12.529/2011 oferece hipóteses de incidência legal concernentes à infração da ordem econômica. É exatamente neste ponto que o instituto de *sham litigation* encontra respaldo para aplicação no sistema antitruste brasileiro, porque i) não se trata simplesmente de importar o conceito jurídico como uma simples forma, sem se considerar as particularidades de cada país; e ii) para configuração do instituto basta que ocorra qualquer dos efeitos previstos no artigo mencionado.²³

Dispõe o referido artigo que constitui infração da ordem econômica, independente de culpa, os atos que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não alcançados: I) limitação, falseamento ou prejuízo a livre concorrência ou a livre

²¹ BUENO, Cassio Scarpinella, Comentários ao Código de Processo Civil Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2017. Disponível em <https://app.saraivadigital.com.br/biblioteca/main>. Acesso em 11 de agosto de 2020

²² VINHAS, Tiago Cação. *Sham Litigation* do abuso do direito de petição com efeitos anticoncorrenciais. 2014. 228 f. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial)-Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. p. 158.

²³ RENZETI, Bruno Polonio. Tratamento do Sham Litigation no Direito Concorrencial Brasileiro à Luz da Jurisprudência do CADE. Revista de Defesa da Concorrência. Vol. 5. N. 1. 2017 - Maio. p. 162.

iniciativa; II) dominação de mercado relevante de bens e serviços; III) aumento arbitrário dos lucros; e IV) abuso de posição dominante.²⁴

Logo, como aponta Tiago Cação Vinhas, para que os direitos de ação e de petição exercidos de forma abusiva possam configurar infração da ordem econômica, é requerido que produzam ou possam produzir os efeitos anticompetitivos descritos no caput do artigo 36 da Lei 12.529/2011. O autor defende que tal abuso no ordenamento brasileiro consiste em *sham litigation latu sensu*, em comparação ao instituído nos Estados Unidos da América.²⁵

Uma importante referência em matéria de *sham litigation* no Brasil foi o caso Eli Lilly, no qual foi instaurado processo administrativo que culminou na condenação da empresa, pelo abuso do direito de petição com efeitos lesivos à concorrência, ao pagamento de multa no valor de R\$36,6 milhões.

A representação foi apresentada pela Associação Brasileira das Indústrias de Medicamentos Genéricos - Pró Genéricos, devido ao fato de que a representada teria buscado, sucessivas vezes e por diversos meios, a exclusividade na comercialização do produto “GEMZAR” (princípio ativo do cloridato de gemcitabina), que não goza de nenhuma proteção patentária no Brasil²⁶, criando barreiras artificiais à concorrência. O cloridato de gencitabina é utilizado para o tratamento de câncer e essas ações poderiam, além de prejudicar a concorrência com o monopólio do mercado, limitar o acesso da população ao medicamento.

3. Ocorrência e implicações de *sham litigation* no processo licitatório

O Estado nem sempre é capaz de atender diretamente a todas as demandas para a melhor realização do interesse público, sendo imprescindível a contratação de agentes externos. É neste contexto que se insere a licitação, instituto de natureza procedimental administrativa, de modo a permitir que a Administração Pública selecione a melhor proposta para o contrato de seu interesse. Da redação do artigo 37, XXI, da Constituição de 1988, depreende-se que o procedimento licitatório é a regra; e a contratação direta, a exceção. A

²⁴ BRASIL, Lei 12.529 de 30 de novembro de 2011. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm Acesso em 4 de agosto de 2020.

²⁵ VINHAS, Tiago Cação. *Sham Litigation* do abuso do direito de petição com efeitos anticoncorrenciais. 2014. 228 f. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) -Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. p. 149, 152 e 159.

²⁶ BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 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. Relatora Ana Frazão. Julgado em 18/05/2015. Disponível em <http://www.cade.gov.br>. Acesso em 10 de agosto de 2020

justificativa é simples: o Estado deve se ater à indisponibilidade e à supremacia do interesse público, que se exteriorizam como limítrofes na escolha do contratante.²⁷

O artigo 175, caput da Lei Maior disciplina que “incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”²⁸. Também, qualquer licitação depende da ocorrência de i) pluralidade de objetos e de ofertantes, isto é, existência de concorrência e diversidade de objetos; ii) justificativa juridicamente viável, porque a licitação não é um fim em si mesmo; e iii) vários interessados para cumprirem a demanda existente.²⁹

Cada necessidade da Administração requer uma certa forma de realização do procedimento licitatório, portanto, de acordo com a leitura do inciso XXVII do artigo 22 da CRFB, fala-se em modalidades de licitação. Consoante a este entendimento, o artigo 22 da Lei nº 8.666/1993 se refere a cinco modalidades de licitação: concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão. E a Lei nº 10.520/2002 instituiu mais uma modalidade, o pregão.³⁰

Contudo, apesar de um aparato complexo e específico no direito público, ainda assim é possível a verificação de conluio e má-fé em face do Estado, inclusive o abuso de direito no âmbito da Administração Pública, seja de forma direta ou indireta.

Vinhas³¹ esclarece que o abuso de direito praticado no contexto administrativo não é previsto legislativamente, contudo a Lei nº 9.784/1999 trouxe em seu artigo 4º disposições sobre os deveres do administrado, tais como: I - expor os fatos conforme a verdade; II - proceder com lealdade, urbanidade e boa-fé; III - não agir de modo temerário; IV - prestar as informações que lhe forem solicitadas e colaborar para o esclarecimento dos fatos.³²

O conteúdo do artigo retro mencionado dialoga com o artigo 5º do Código de Processo Civil, sendo que este assegura, *ipsis litteris*: “aquele que de qualquer forma participa

²⁷ ARAÚJO, Edmir Netto. Curso de Direito Administrativo. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. Disponível em <https://app.saraivadigital.com.br> Acesso em 14 de agosto de 2020.

²⁸ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em 14 de abril de 2020

²⁹ AMORIM, Victor Aguiar Jardim de. Licitações e Contratos Administrativos: Teoria e Jurisprudência. Coordenação de Edições Técnicas. Brasília: Senado Federal. 2017. p. 24.

³⁰ Ibid. p. 63-65.

³¹ VINHAS, Tiago Cação. *Sham Litigation* do abuso do direito de petição com efeitos anticoncorrenciais. 2014. 228 f. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) -Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. p. 127-128.

³² Brasil, Lei n.º 9.784 de 29 de janeiro de 1999. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm Acesso em 18 de agosto de 2020

do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé³³. Logo, o fulcro de ambos os dispositivos é evitar a ação temerária no processo, seja ele judicial ou administrativo.³⁴

Essas premissas servem para sustentar que a Administração Pública, em suas relações jurídicas, por meio da realização de certames (procedimentos licitatórios), pode ser alvo de conluio/má-fé no momento de contratar, inclusive *sham litigation*, com prejuízos ao caráter competitivo do certame, podendo afetar, direta ou indiretamente, a vida de inúmeros cidadãos.

Merece ser destacado que no já citado caso Eli Lilly, de acordo com o relatório da Superintendência-Geral da Cade, durante o tempo em que as representadas exerceram exclusividade indevida com o amparo de liminar judicial, houve distorção dos preços do mercado. O preço do pregão RP 209/207 - sem concorrência – era de R\$ 589,00, relativo ao cloridato de gencitabina, que foi adquirido pela Secretaria de Saúde de São Paulo. Contudo, após a revogação da liminar, o preço decaiu para R\$ 189,00, via pregão RP 02/09, da mesma Secretaria.³⁵

Logo, a prática de *sham litigation*, que pode ser averiguada em várias condutas, pode prejudicar não apenas a concorrência e o mercado, mas também a Administração Pública e, por consequência, toda a população.

Conclusão

A aplicação de *sham litigation* no direito brasileiro tem como fundamento o abuso de direito de petição e/ou de ação potencialmente lesivo à concorrência, verificado objetivamente, isto é, sem a necessidade de demonstração da culpa e independentemente da existência de dano efetivo. Neste sentido, encontra guarida no artigo 36 da Lei nº 12.259/2011, que elenca hipóteses de infração à ordem econômica, as quais podem ser resultado de *sham litigation*, ou seja, por meio do abuso do direito de ação e petição, o peticionante produz (ou pode produzir) efeitos de I) limitação, falseamento ou prejuízo à livre

³³ Brasil, Código de Processo Civil (2015). Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm Acesso em 18 de agosto de 2020

³⁴ VINHAS, Tiago Cação. *Sham Litigation* do abuso do direito de petição com efeitos anticoncorrenciais. 2014. 228 f. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) -Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. p. 127-128

³⁵ BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 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. Relatora Ana Frazão. Julgado em 18/05/2015. Disponível em Acesso em 19 de agosto de 2020

concorrência ou à livre iniciativa; II) dominação de mercado relevante de bens e serviços; III) aumento arbitrário dos lucros; IV) abuso de posição dominante.

A prática de *sham litigation* pode também ocorrer no âmbito de procedimentos licitatórios, quando uma empresa licitante deflagra, tanto no âmbito administrativo como judicial, medidas abusivas que visam inviabilizar a competitividade do certame, com potenciais danos ao mercado, à concorrência, à Administração Pública e à coletividade como um todo.

Bibliografia

AMARAL, Francisco. Direito Civil: Introdução. 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Disponível em <https://app.saraivadigital.com.br/biblioteca/main> Acesso em 11 de agosto de 2020

AMORIM, Victor Aguiar Jardim de. Licitações e Contratos Administrativos: Teoria e Jurisprudência. Coordenação de Edições Técnicas. Brasília: Senado Federal. 2017. p. 24.

ARAÚJO, Edmir Netto de, Curso de Direito Administrativo. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. Disponível em <https://app.saraivadigital.com.br> Acesso em 14 de agosto de 2020.

BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 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. Relatora Ana Frazão. Julgado em 18/05/2015. Disponível em <http://www.cade.gov.br> Acesso em 10 de agosto de 2020.

BRASIL, Lei 12.529 de 30 de novembro de 2011. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112529.htm Acesso em 4 de agosto de 2020.

BRASIL, Lei n.º 9.784 de 29 de janeiro de 1999. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm Acesso em 18 de agosto de 2020

BRASIL. Código de Processo Civil (2015). Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm Acesso em 11 de agosto de 2020

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Averiguação Preliminar nº. 08012.005727/2006-50, Representante: Ministério Público Federal do Estado de Minas Gerais,

Representada: Alcoa Alumínio S.A., julgada em 28/4/2010, disponível em <http://www.cade.gov.br> 11 de agosto de 2020

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em 14 de abril de 2020

BUENO, Cassio Scarpinella, Comentários ao Código de Processo Civil Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2017. Disponível em <https://app.saraivadigital.com.br/biblioteca/main> Acesso em 11 de agosto de 2020

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. 404 U.S. 508 (1972). Disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/404/508/#516> Acesso em 20 abril 2020.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. 508 U.S. 49 (1993). Disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/508/49/> Acesso em 21 abril 20.

FIDELIS, Andressa Lin. Sham Litigation e o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Revista de Direito da Concorrência, Brasília, n22, abril. 2010. p. 68.

LÔBO, Paulo . Direito civil. São Paulo: Saraiva, 2020. Disponível em <https://app.saraivadigital.com.br/biblioteca/main> Acesso em 11 de agosto de 2020

MARINELA, F. DIREITO ADMINISTRATIVO. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2018 Disponível em <https://app.saraivadigital.com.br/biblioteca/main> Acesso em 14 de agosto de 2020

MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. Curso de Direito Constitucional. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018

NETTO, Patrícia Bueno. “Sham litigation”: abuso do direito de petição como prática contrária à concorrência. Revista Trimestral de Direito Público. n.62.

RENZETI, Bruno Polonio. Tratamento do Sham Litigation no Direito Concorrencial Brasileiro à Luz da Jurisprudência do CADE. Revista de Defesa da Concorrência. Vol. 5. N. 1. 2017- Maio.

TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. Disponível em <https://app.saraivadigital.com.br/biblioteca/main> Acesso em 04 de agosto de 2020

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil – Parte Geral. Editora Atlas, S.A, São Paulo, 2015. p. 574-575.

VINHAS, Tiago Cação. *Sham Litigation* do abuso do direito de petição com efeitos anticoncorrenciais. 2014. 228 f. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) -Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. p. 19.

Data da submissão: 07/03/2022

Data da aprovação: 21/06/2022