



UnB – Universidade de Brasília

FD – Faculdade de Direito

A licitude antitruste do financiamento de litígio contra concorrente

Fabiano Coelho Vieira Junior

Matrícula: 14/0138188

Brasília

2018

Brasília, 06 de dezembro de 2018

UnB – Universidade de Brasília

FD – Faculdade de Direito

A licitude antitruste do financiamento de litígio contra concorrente

Fabiano Coelho Vieira Junior

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial à obtenção do título de bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB

Orientador: Prof. Leandro Oliveira Gobbo

Brasília, 06 de dezembro de 2018

TERMO DE APROVAÇÃO

Fabiano Coelho Vieira Junior

A licitude antitruste do financiamento de litígio contra concorrente

Trabalho de conclusão de curso aprovado como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, pela seguinte banca examinadora:

Leandro Oliveira Gobbo
Professor Mestre e Orientador

Antônio Augusto Brandão de Aras
Professor Doutor e Examinador

Angelo Gamba Prata de Carvalho
Professor Mestrando e Examinador

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha família e ao meu orientador.

RESUMO

O objetivo do presente trabalho é explorar em quais hipóteses o financiamento de litígio contra concorrente deve configurar um ilícito antitruste. A relevância desse objetivo é dar previsibilidade jurídica a essa técnica que tem o potencial de dissuadir a prática de ilícitos pelo concorrente, aumentar o acesso à justiça e promover os empresários que não praticam ilícitos. As metodologias utilizadas são a pesquisa jurisprudencial das decisões do CADE sobre matéria análoga, que é o abuso de direito de petição, e a articulação da teoria geral do abuso de direito. As pesquisas indicaram que nem sempre o financiamento de litígio contra concorrente configurará um ilícito antitruste. Quando for possível se observar que, na conduta do agente, interesses compatíveis com os interesses sociais preponderam sobre interesses anticoncorrenciais, a conduta não pode ser considerada um ilícito antitruste. A conclusão é que o financiamento de litígio contra concorrente não configurará ilícito antitruste quando for plausível o direito buscado em litígio, quando as informações fornecidas à autoridade decisória que o financiador tiver o dever de saber forem verídicas e não enganosas, quando o meio escolhido para a defesa do direito for aquele que mais promove o direito perseguido e menos incorre em custos para o concorrente, e quando for avisado o concorrente que os litígios contra ele estão sendo financiados. A contribuição dessa pesquisa é iniciar a discussão sobre a licitude antitruste do financiamento de litígio contra o concorrente.

Palavras chave: Direito da concorrência. Financiamento de litígio contra concorrente. Abuso de direito de petição. Condutas unilaterais.

Sumário

Introdução	9
1. O FINANCIAMENTO DE LITÍGIO CONTRA CONCORRENTE	11
1.1. Formas de financiamento de litígio contra concorrente	12
1.1.1. <i>Aumento do benefício esperado</i>	12
1.1.2. <i>Diminuição do prejuízo esperado</i>	12
1.1.3. <i>Diminuição da expectativa de sucumbência do litigante</i>	13
2. O ILÍCITO ANTITRUSTE	15
2.1. Características gerais	15
2.2. Indiferença em relação à forma	16
2.3. A culpa	16
2.4. Efeitos reprimíveis	17
2.5. Exemplos legais de condutas anticoncorrenciais	17
2.6. Conclusões sobre o ilícito antitruste	18
3. A CONDUTA ABUSIVA	20
3.1. Resposta de Dworkin ao problema da tipicidade aberta	21
3.2. Concepções do direito criticadas por Dworkin	22
3.3. O direito como integridade	23
3.4. A legitimação da punição mais adequada ao antitruste	24
3.5. Análise da abusividade pelo critério da integridade	25
3.6. Definição de abuso de direito de petição	25
3.7. Definição preliminar de abuso de financiamento de litígio por terceiro contra o concorrente 26	
3.8. Semelhanças e diferenças entre as duas figuras	27
3.9. Conclusões doutrinária sobre os requisitos para a configuração da <i>sham litigation</i> para o CADE 28	
3.10. Plausibilidade das ações e o abuso de direito de petição para o CADE	29
3.11. A veracidade das informações fornecidas e o abuso de direito de petição para o CADE	30
3.12. A proporcionalidade do meio e o abuso de direito de petição para o CADE	31
3.13. Conclusão sobre entendimentos da jurisprudência do abuso de direito de petição e sua aplicação ao financiamento de litígio contra concorrente	31
4. A CONDUTA ABUSIVA E A TEORIA GERAL DO ABUSO DE DIREITO	33
4.1. Inadequação da doutrina subjetiva do abuso de direito ao direito antitruste	34
4.2. Adequação da doutrina objetiva do abuso de direito ao direito antitruste	35

4.3.	A anormalidade do exercício de direito	36
4.4.	O abuso de direito no Código Civil.....	37
4.5.	Extrapolamento da função social	37
4.6.	A bitola argumentativa da finalidade da norma	38
4.6.1.	<i>Os objetivos da legislação antitruste</i>	38
4.6.1.1.	Melhores resultados econômicos.....	39
4.6.1.2.	Preservação da liberdade	40
4.6.1.3.	Competição justa	41
4.6.1.4.	Problemas sócio-políticos	42
4.6.1.5.	A escolha valorativa brasileira	43
4.6.1.6.	Observações sobre a finalidade das normas antitruste	44
4.6.2.	<i>Finalidade das normas antitruste e o financiamento de litígios contra concorrente</i>	45
4.7.	A bitola argumentativa da função social	47
4.7.1.	<i>Interesses legítimos</i>	47
4.7.2.	<i>Proporcionalidade do meio</i>	48
4.7.3.	<i>A proporcionalidade na busca do direito</i>	49
4.7.4.	<i>A proporcionalidade na escolha do caso a ser financiado</i>	50
4.7.5.	<i>O legítimo interesse do maior acesso à justiça</i>	52
4.7.6.	<i>O legítimo interesse da dissuasão de práticas antijurídicas e a promoção do bom empresário</i> 54	
4.7.7.	<i>Interesses ilegítimos e interesses legítimos no financiamento de litígio contra concorrente</i> 56	
4.8.	A bitola argumentativa da boa-fé objetiva	56
4.8.1.	<i>A publicidade do financiamento de litígio contra concorrente</i>	57
4.8.2.	<i>A veracidade das informações e o financiamento de litígio contra concorrente</i>	58
5.	EFEITOS ANTICONCORRENCIAIS	60
5.1.	Limitar, falsear ou prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa.....	60
5.2.	Domínio de mercados.....	60
5.3.	Exercício abusivo de posição dominante	61
5.4.	O efeito anticoncorrencial do abuso do direito de petição	61
5.5.	O possível efeito anticoncorrencial de um financiamento de litígio por terceiro.....	62
5.6.	Desnecessidade de posição dominante do agente	65
5.6.1.	<i>Posição dominante e abuso de direito de petição</i>	66
5.6.2.	<i>Posição dominante e o abuso de financiamento de litígio contra concorrente</i>	67
6.	CONCLUSÃO	68
	REFERÊNCIAS	70

Introdução

O financiamento de litígio contra concorrente é, em termos simples, o estímulo de um empresário sobre sujeitos para que esses ajuízem demandas no judiciário contra seus concorrentes.

Tal estímulo pode ter efeitos anticoncorrenciais, por forçar o concorrente a voltar seus recursos à sua defesa no judiciário, ao invés de os utilizar em favor da sua empresa. A prática pode ser tão intensa que possibilite a falência de um concorrente, como pode ser mais branda, somente acarretando um aumento de preços ou a perda de uma oportunidade de negócios.

Ainda que o artifício possa ter efeitos negativos, também pode ter efeitos positivos. Ela transforma ilícitos sobre os quais normalmente não haveria demanda na Justiça em custos, forçando os agentes do mercado a se adequarem ao ordenamento jurídico. Pode ser, assim, meio de os agentes de mercado policiarem uns aos outros. Também, a prática pode aumentar o acesso à justiça.

Este trabalho, procura desvendar em que hipóteses o financiamento de litígio deverá ser considerado um ilícito antitruste, e, assim, reprimido, e em que hipóteses não configurará um ilícito antitruste, não devendo ser reprimido.

Para resolver essa questão, depois de se definir o que é financiamento de litígio contra concorrente, e de se exemplificar formas em que ele pode existir, estuda-se o que configura um ilícito antitruste. Ao se verificar que o mesmo é formado por uma conduta abusiva e por um efeito anticoncorrencial, procuram-se, primeiro, parâmetros para se definir o que é uma conduta abusiva.

O primeiro parâmetro é encontrado na noção de jurisprudência íntegra de Dworkin. Na falta de jurisprudência sobre o financiamento de litígio contra concorrente, pesquisa-se jurisprudência de um ilícito semelhante, o abuso de direito de petição.

Depois, buscam-se parâmetros na teoria geral do abuso de direito. Tais parâmetros são a anormalidade, o desvio de finalidade da norma, a falta de boa-fé objetiva e o interesse

ilegítimo. Em meio a isso, adequam-se os parâmetros encontrados na jurisprudência sobre abuso de direito de petição ao contexto do financiamento de litígio contra concorrente. Também, encontram-se questões exclusivas do financiamento de litígio contra concorrente.

Por fim, examinam-se os efeitos anticoncorrenciais que podem advir do financiamento de litígio contra concorrente e a desnecessidade de posição dominante para a configuração do ilícito antitruste.

1. O FINANCIAMENTO DE LITÍGIO CONTRA CONCORRENTE

Quando se fala em financiamento de litígio por terceiro, em geral, se refere à relação jurídica em que o financiador disponibiliza fundos em benefício de uma das partes em uma disputa jurídica (RODGERS et al., 2016, p. 1). O contraente litigante, no caso de insucesso na demanda judicial, não deve pagar o valor dispendido pelo contratante que disponibiliza fundos, o que diferencia a prática de um empréstimo (SAHANI, 2016, p. 392), e a classifica como investimento, por haver transferência de riscos ao financiador (SHANNON, 2015, p. 892-893).

O contraente litigante vai ao contratante financiador à procura de fundos a financiar seu litígio. O financiador do litígio terá, nesse contrato, interesse em obter lucro, enquanto que o financiado terá interesse em viabilizar seu litígio. Há um acordo em que o financiador receberá parte dos benefícios advindos do litígio do financiado (SAHANI, 2016, p. 392-393).

Neste trabalho, estuda-se a licitude antitruste não do financiamento de litígio por terceiro, mas do financiamento de litígio contra concorrente. O financiamento de litígio por terceiro é uma forma de se praticar o financiamento de litígio contra concorrente, mas a definição desse será mais larga do que a do financiamento de litígio.

Do ponto de vista do direito da concorrência, o que é relevante é a relação causal entre a conduta de um agente econômico e os impactos a seus concorrentes. Não é relevante para esse direito a relação entre financiado e financiador, relação com que se preocupam outros ramos do direito. Isso é porque o Direito Antitruste é indiferente à forma dos atos (FRAZÃO, 2017, p. 252).

Os objetivos anticoncorrenciais de um financiamento de litígio contra concorrente podem ser de dois tipos. O primeiro é o estímulo a um maior número de litígios contra o concorrente. O segundo é o aumento dos custos de cada litígio para o concorrente, por meio da influência que tem o financiador sobre seu litigante financiado.

Dessa forma, para mim, uma definição adequada ao direito antitruste de financiamento de litígio contra concorrente seria qualquer ato que procure diminuir, para um potencial litigante com pretensão contra concorrente, a expectativa de custo de litigância, ou que procure aumentar para o mesmo sua expectativa de benefícios decorrentes do litígio, de forma a estimular o litígio contra o concorrente. É possível que, nesse ato, se procure aumentar o custo de litigância para o concorrente.

1.1. Formas de financiamento de litígio contra concorrente

São tantas as formas de financiamento de litígio contra o concorrente quanto o ordenamento jurídico e a criatividade permitirem. De acordo com minha visão, estimulará o litígio contra o concorrente aquele que: 1. aumentar o benefício esperado pelo litigante ; 2. diminuir o prejuízo esperado pelo litigante; 3. diminuir a expectativa de sucumbência pelo litigante. A título de exemplo, listo algumas formas de cada categoria.

1.1.1. Aumento do benefício esperado

Pode-se aumentar o benefício esperado pelo litigante ao se prometer a determinado grupo de litigantes que, ao litigar, auferirão, além dos ganhos advindos do sucesso do litígio, determinado benefício a ser dado pelo financiador. Essa técnica adia, para o financiador, os custos que se terá com o financiamento do litígio. Apesar da perspectiva de concentração de mercado em seu favor, e do conseqüente lucro, não terá o financiador perspectiva de lucro imediato nessa atividade, mas somente de custos. Também, não se oportunizará acesso à justiça daqueles excluídos por custos, sendo técnica que se volta a estimular sujeitos avessos ao risco a tomá-lo.

1.1.2. Diminuição do prejuízo esperado

Pode-se diminuir o prejuízo esperado pelo litigante ao se garantir eventuais custos por sucumbência, ou ao se prometer benefícios ao litigante mesmo que a sua pretensão não logre êxito.

Pode-se custear honorários advocatícios contratuais, se o valor dos mesmos for menor que determinado valor pré-fixado pelo financiador, ficando a cargo do financiado encontrar advogado que aceite os termos dados.

Pode-se diminuir os custos de ajuizamento para o litigante ao se prometer pagar todos os eventuais custos com o Judiciário. É a técnica mais usual de financiamento de litígio. Trata-se de técnica eficaz porque a persecução de muitas das pretensões pela via judiciária exige um grande comprometimento de capital, o qual se verifica difícil de prever, acarretando risco (SHEPHERD; STONE II, 2014, p. 922). A transferência dos custos do processo traz previsibilidade e redução dos riscos criados pelo processo judicial (CABRAL, 2018b, p. 50).

1.1.3. Diminuição da expectativa de sucumbência do litigante

Potenciais autores de ações judiciais resistem à prática do litígio por sua limitação institucional e aversão ao risco de perda de investimento em um litígio (SHEPHERD; STONE II, 2014, p. 924). Eles têm limitações quanto à sua experiência com litígio (SHEPHERD; STONE II, 2014, p. 924). Por sua limitação em relação ao conhecimento de direito material, há um custo de detecção e avaliação de casos e pedidos viáveis, bem como de análise de consequências, o que aumenta a incerteza de que se perseguir o próprio direito é a melhor opção econômica (SHEPHERD; STONE II, 2014, p. 926). Há, ainda, a chance de manipulação da avaliação da viabilidade da persecução da pretensão na Justiça, porque os avaliadores podem ter interesses divergentes daqueles do potencial autor (SHEPHERD; STONE II, 2014, p. 924). Por exemplo, um advogado pode ter interesse em perseguir, às custas de seu cliente, um direito frívolo para que possa receber honorários convencionais e ter, ainda, uma pequena chance, no caso de sucesso da demanda aventureira, de receber honorários sucumbenciais.

Litigar requer um investimento substancial de capital em busca de um benefício que só será auferido em um futuro remoto. No Brasil, o tempo médio da sentença na fase de conhecimento estadual no 1º grau é de 1 ano e 11 meses, e na fase de execução estadual é de 5 anos e 3 meses (CNJ, 2018, p. 148).

Há, para o potencial autor, alternativas lucrativas de investimento que podem ser mais interessantes do que um litígio, por menores serem os riscos ou mais imediato o retorno

(SHEPHERD; STONE II, 2014, p. 927). Existindo, preferirá o autor não perseguir seus direitos. Também, custos com litigância são classificados contabilmente como prejuízos futuros ou expectativas de pagamento, podendo impedir alguma transação comercial ou mesmo prejudicar oferta pública de ações (CABRAL, 2018b, p. 50).

No caso de um litigante mais pobre, a necessidade de investimento de capital ou tempo podem inviabilizar a propositura da ação. Por mais que o sistema processual brasileiro procure baratear o processo judicial e garantir o acesso à justiça pela população mais humilde, os litigantes dessa classe não deixam de ter custos com coleta de provas, busca por conhecimento em direito, estresse e dispêndio de tempo. Sempre haverá, assim, desigualdade processual entre o litigante pobre e o litigante com mais dinheiro. Esse, percebendo a baixa probabilidade de ser processado e condenado, tende a não negociar, e toma uma postura do tipo “esperar para ver” (CABRAL, 2018b, 51).

São, portanto, diversos os fatores que tornam grande a aversão em perseguir os próprios direitos na justiça. Não é pequena a massa de potenciais litigantes que simplesmente desistem de perseguir seus direitos.

Pode-se diminuir a aversão a risco do litigante ao indicar suas chances de ganhar em eventual litígio. Assim, o litigante estará mais propenso a perseguir seu direito no judiciário, pela maior certeza do retorno desse investimento.

A diminuição da expectativa de sucumbência do litigante se dará em qualquer caso de financiamento de litígio por terceiro, já que o financiador de litígio conferirá independentemente o mérito da pretensão. Essa análise precede o contrato e não acarreta custos ao potencial autor do litígio (SHEPHERD; STONE II, 2014, p. 947). Em sua análise própria, o financiador de litígios identificará direitos subvalorizados (SHEPHERD; STONE II, 2014, p.932-933) pelo potencial autor ou seu advogado. A sua valoração do mérito da pretensão poderá ser identificada pela diferença entre o valor da demanda e o valor exigido pelo financiar na repartição de resultados para que financie o litígio. Quanto maior essa diferença, maior é o mérito do litígio, por menores serem os riscos (AVRAHAM; WICKELGREN, 2014, 2014, p. 249).

2. O ILÍCITO ANTITRUSTE

O art. 173 § 4º da Constituição Federal indica modalidades do exercício do poder econômico que podem ser consideradas juridicamente abusivas. Nesse dispositivo, a Carta Magna impõe à lei reprimir condutas concorrenciais desde que conjugadas abusividade do poder econômico, um conceito valorativo e jurídico que remete ao meio da conduta, e algum dos listados efeitos nocivos às estruturas de livre mercado, um conceito econômico que remete à eficiência das estruturas do mercado em favor da eficácia dos valores jurídicos protegidos, ensejando uma análise do resultado efetivo ou possível da conduta. Os efeitos reprimíveis, de acordo com a Constituição Federal, são a dominação de setores da economia, a eliminação da competição ou o aumento arbitrário de lucro.

Também tratou a lei de definir condutas que podem ser reprimidas. A lei n. 12.529/2011 descreve o ilícito antitruste.

2.1. Características gerais

O art. 36, caput, da referida lei trata das características gerais do ilícito antitruste. Inclui-se na redação do dispositivo a prática que possa ter por objeto ou por efeito aquilo listado nos incisos do mesmo. Ou seja, haverá ilícito antitruste se o agente econômico pretendeu com sua conduta alcançar o efeito anticompetitivo ou se da sua conduta surgiu algum potencial para que esse fosse atingido.

A Lei ‘ao se referir a “atos sob qualquer forma manifestados”, [...] inclui (no conceito de ilícito antitruste) toda e qualquer conduta [...] que possa, de alguma forma, prejudicar a concorrência’ (FORGIONI, 2018, p. 138).

Quando a lei se refere a efeitos potenciais, ‘procura coibir atos que, no futuro, possam gerar abusos ou prejuízos concorrenciais’ (FORGIONI, 2018, p. 152). Dessa forma,

para a caracterização do ilícito, não se exige a produção de efeitos concretos (FRAZÃO, 2017, p. 252).

2.2. Indiferença em relação à forma

No Direito Antitruste, há indiferença em relação à forma pela qual o ato foi manifestado (FRAZÃO, 2017, 252), sendo a ilicitude da prática independente de sua tipificação formal pelo ordenamento jurídico:

‘Às condutas antitruste, não se aplica a definição estrita de ato jurídico da clássica doutrina civilista. Além dos atos com o fim imediato de adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direito, também o ato nulo de pleno direito, inválido ou ineficaz, ou que ainda não tenha chegado a existir no mundo jurídico poderá subsumir-se à Lei Antitruste (FORGIONI, 2018, p. 152).

2.3. A culpa

Não é pacífico, na doutrina, a exigência da culpa para a configuração de conduta abusiva.

De acordo com a teoria majoritária, a lei afasta qualquer consideração sobre o exame da culpabilidade do agente no momento de verificação da abusividade de sua conduta. Trata-se de interpretação literal da lei, na qual se lê que ‘constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa [...]’ (art. 36, da Lei n. 12.529/2011).

De acordo com teoria minoritária, a lei afasta somente a necessidade de comprovação de culpa vista sob viés psicológico, vinculado à cognoscibilidade, previsibilidade e evitabilidade da conduta, mas não a demonstração da reprovabilidade da conduta (FRAZÃO, 2017, p. 263).

De acordo com a teoria minoritária, a conduta seria apreciada a partir de um modelo abstrato e geral de comportamento aceitável em comparação com o comportamento praticado (FRAZÃO, 2017, p. 265). Sobre tal modelo abstrato de comportamento, cabe anotar que não há consenso sobre o grau de culpabilidade a ser considerado para a configuração da culpa, nem quanto ao elemento anímico (COSTA, 2006, p. 42). Ainda assim, a teoria da imputação objetiva seria adequada ao direito antitruste. Segundo essa análise da conduta, se previsível o efeito de uma causa por um agente racional, é ela imputável ao agente que a praticou (MAEDA, 2013, n.p.). Tal análise é adequada por ser objetiva e pelo fato de que o agente que perpetra um ilícito antitruste ser, em geral, racional. Também, caberiam, como causas de justificação da conduta, excludentes de ilicitude, como o exercício legítimo de direito, o estado de necessidade e a força maior (FRAZÃO, 2017, p. 263-264).

2.4. Efeitos reprimíveis

Os incisos do dispositivo comentado tratam dos efeitos anticoncorrenciais reprimíveis. A lei, ao definir quais suportes fáticos ensejam a caracterização da conduta como ilícita, escolheu dar ênfase aos efeitos (FRAZÃO, 2017, p. 252).

De fato, o art. 36, caput, da lei em comento indica que o efeito da conduta, ainda que potencial, ou a finalidade da conduta, é aquilo que identificará o ilícito antitruste.

A lei amplia o rol de efeitos previstos na Constituição Federal, passando a incluir, além do domínio de mercados, do aumento arbitrário de lucros e da eliminação da concorrência, o exercício abusivo de posição dominante e qualquer forma de limitação, falseamento ou prejuízo à livre concorrência ou livre iniciativa (FRAZÃO, 2018, p. 253).

Far-se-á, em outro capítulo, um resumo dos efeitos relevantes a este texto.

2.5. Exemplos legais de condutas anticoncorrenciais

O §3º do art. 36 da Lei n. 12.529/2011 lista, de forma meramente exemplificativa, condutas anticoncorrenciais (FRAZÃO, 2017, p. 252).

Essas condutas listadas são os ‘instrumentos mais utilizados no abuso do poder econômico, e não esgotam todas as possibilidades de condutas empresariais lesivas às estruturas do livre mercado’ (COELHO, 2016, p. 235).

No entanto, não se tratam de “infração per se”, pois [...], para serem declaradas ilícitas, necessitam da comprovação de seus efeitos abusivos ou anticompetitivos, conforme exigido pelo caput do art. 36’ (FORGIONI, 2018, p. 142) da Lei n. 12.529/2011.

2.6. Conclusões sobre o ilícito antitruste

Verifica-se, da análise das normas que qualificam condutas como ilícitos antitruste, que todas as condutas de um agente econômico no mercado são, ao menos potencialmente, ilícitos antitruste.

Isso porque o legislador, como se viu, optou por caracterizar as condutas dos agentes econômicos como ilícitos antitrustes sempre que potenciais os efeitos listados nos incisos do art. 36 da Lei n. 12.529/2011, ou quando se objetivar alcançar um deles. Entre esses, a dominação de mercado ou parte dele e a eliminação da concorrência, finalidades inerentes à competição.

Não deveria ser possível se caracterizar a infração à ordem econômica somente pelo efeito ou finalidade da conduta, como sugere a lei, sendo necessária a valoração do meio da conduta, sob pena de a norma colocar em cheque a própria existência da concorrência. Isso porque:

‘não há competição empresarial sem o intuito de conquista de mercado. Desse modo, o elemento fundamental da concorrência, sua essência

mesmo, é o intuito de alargar a clientela, em prejuízo de concorrentes dedicados ao mesmo segmento de mercado. [...] O efeito necessário da competição é a indissociação entre o benefício de uma empresa e o prejuízo de outra, ou outras. [...] A intencionalidade de causar dano a outro empresário é elemento presente tanto na concorrência lícita como na ilícita' (COELHO, 2016, p. 219).

Dessa forma,

‘não se pode impor aos agentes econômicos um dever geral de lealdade e de cuidado em relação aos seus concorrentes, punindo-os em razão da adoção de estratégias que, ainda que revestidas de propósitos legítimos, pudessem prejudica-los. Tal orientação é extremamente problemática e vai muito além do dever de não preda concorrentes, na medida em que resultaria em uma verdadeira obrigação de manter rivais, o que poderia até mesmo desvirtuar a disputa que é inerente à competição. [...] Assim, o suposto padrão de lealdade apenas pode ser analisado em conjunto com a existência de uma racionalidade predatória’ (FRAZÃO, 2016, p. 480).

Nem toda restrição à concorrência implica domínio ilícito do mercado, pois pode ser derivada de vantagem competitiva, prevista no § 1º do art. 36 da Lei n. 12.529/2011. ‘O ato da empresa [...] poderá não configurar abuso por decorrer do exercício “normal” da conquista de mercado (FORGIONI, 2018, p. 148). Ou seja, a partir de uma análise valorativa de conduta, pode a prática com efeitos anticoncorrenciais ser considerada lícita.

Somente quando se puder verificar na conduta do agente a efetividade ou potencialidade de um efeito lesivo às estruturas da concorrência, ou a finalidade de se alcançar tal efeito, conjugado, um ou outro, com um meio abusivo, é que se pode caracterizar a conduta como um ilícito antitruste.

3. A CONDUTA ABUSIVA

O que define a licitude ou ilicitude de uma conduta empresarial com efeitos anticompetitivos, no direito antitruste, é a caracterização da conduta como abusiva ou não. Não seria abusiva, e, portanto, seria lícita, de acordo com a letra da lei, o exercício “normal” de conquista de mercado.

Assim, resta saber o que é o exercício “normal” de conquista de mercado, e o que é o exercício “predatório” de conquista de mercado. Em outras palavras, o que é o meio abusivo e o meio não abusivo.

‘A Constituição não define diretamente o que vem a ser abuso do poder econômico’ (FRAZÃO, 2017, 248). Já a lei acolhe uma grande amplitude conceitual e indeterminação terminológica ao tratar da caracterização de uma conduta como ilícito antitruste, deixando às autoridades aplicadoras a tarefa de densificar as condições necessárias para a configuração desse ilícito (FRAZÃO, 2017, p. 256).

‘O amplo espectro proporcionado pelos termos fluidos [...] empregados no texto normativo permitem que [...] as autoridades [...] alterem sua interpretação/aplicação, coadunando-as com as diversas visões econômicas’ (FORGIONI, 2018, p. 172), diante da ‘impossibilidade de se definir aprioristicamente todas as hipóteses de infração à ordem econômica, sobretudo em face da variação e da constante evolução das práticas empresariais’ (FRAZÃO, 2017, p. 288-289).

Embora se assegure maior efetividade ao princípio da livre concorrência, fragiliza-se a segurança jurídica (FRAZÃO, 2017, p. 257). ‘Quando os limites entre a conduta lícita e [...] ilícita não são claros, é difícil se falar na autodeterminação do agente econômico’ (FRAZÃO, 2017, p. 258). Compete à construção jurisprudencial a tarefa de conciliar a proteção à livre concorrência e a segurança jurídica (FRAZÃO, 2017, p. 259).

Verifica-se que, no Brasil, houve uma efetiva transferência de competência de valoração de condutas à autoridade aplicadora da norma jurídica. Se absteve o legislador de

vincular a mesma em relação a esse ponto. Trata-se de um complexo problema de legitimidade da violência estatal.

O legislador, o qual estaria imbuído de legitimidade democrática para valorar condutas como abusivas ou não, permitiu à autoridade aplicadora da norma total liberdade sobre essa valoração, sem definir critérios estritos, ou seja, sem impor a ela maiores ônus de gerar, na aplicação da sanção, argumentos escorados em parâmetros legais os quais indicariam o que é uma conduta abusiva e o que não é.

Ao mesmo tempo, o legislador identificou todos os atos de concorrência das empresas como tendo um efeito anticompetitivo, que é, ao menos, no caso de todas as condutas unilaterais, o de dominação parcial de mercado e eliminação parcial da concorrência. Assim, a autoridade aplicadora da norma tem o potencial de aplicar sanções a qualquer um, conforme considere abusiva ou não a conduta do agente econômico.

O único parâmetro dado pelo legislador ordinário à questão da abusividade da conduta foi que o ‘processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores’ (art. 36, §1º, da Lei 12.529/2011) não seria considerado abusivo. Resta, ainda, definir o que é um processo “natural” fundado na maior eficiência”, conceito o qual, se não é vazio, tem alto grau de indeterminação. Também, não se esclarece se somente esse meio será considerado não abusivo, ou se outros também podem não o ser.

Assim, necessária é a busca de critérios que norteiem o aplicador da norma e que deem alguma segurança jurídica ao jurisdicionado, de forma que esse não vá se abster de realizar atividades que gerariam riquezas, por conta de sua aversão ao risco de sanções antitruste.

3.1. Resposta de Dworkin ao problema da tipicidade aberta

O ilícito antitruste se caracteriza pela tipicidade aberta, utilizando-se a legislação de termos extremamente amplos para definir as condutas puníveis. Como o pano de fundo

da concepção do direito é uma questão da necessidade de se justificar nos casos concretos o uso da força (DWORKIN, 1999, p. 116), evidencia-se um problema em relação à legitimidade da decisão e da punição da conduta.

Dworkin identifica três concepções do direito que justificam o uso da força.

3.2. Concepções do direito criticadas por Dworkin

Para o convencionalismo, decisões políticas precedentes justificam e limitam o uso da força. A finalidade do vínculo entre direito e uso da força remete apenas à previsibilidade e equidade procedimental imposta aos legisladores. O direito se resume a leis e precedentes que contém decisões de autoridades, vinculando o juiz fortemente. (DWORKIN, 1999, p. 141).

No pragmatismo, nega-se que decisões pretéritas justifiquem, por si, o uso ou não da violência Estatal. Esse uso é justificado pela eficiência ou qualquer valor entendido como de maior peso no momento da decisão (DWORKIN, 1999, p. 185).

Dworkin critica essas concepções. Em ambas, a atuação dos tribunais é realizada de acordo com o critério interpretativo da discricionariedade em sentido forte. Nessa atuação, o agente decisório não está vinculado a qualquer critério explicitamente previsto por autoridade legitimada. Só se distinguem as decisões encontradas por esse meio de atos arbitrários por conta de critérios implícitos (DWORKIN, 2002, p. 52).

Com a discricionariedade em sentido forte, há criação por parte dos tribunais. As decisões seriam antidemocráticas, já que juízes estariam desempenhando a função que seria de órgãos representativos. Seria injusta porque os tribunais estariam aplicando retroativamente norma que eles próprios criaram. Isso seria contra o Estado de Direito e inverteria a lógica da função judicial (DWORKIN, 2002, p. 127).

Para Dworkin, afiançar-se a plausibilidade de o juiz criar direito contradiz os fundamentos do postulado da divisão de poderes. Também, uma criação ex post facto

do direito é criticável por ofender as expectativas dos envolvidos (DWORKIN, 2002, p. 112).

3.3. O direito como integridade

Dessa forma, Dworkin propõe a concepção do direito como integridade. Seus aspectos são os pressupostos de adequação da interpretação e a observância dos cânones interpretativos. A coerência normativa como critério de justificação resultará em sua tese da melhor interpretação (DWORKIN, 1999, p. 243).

A integridade requer que os juízes, ao decidirem, não percam de vista que suas decisões devem fazer parte de um todo coerente. Isso permite conceber a comunidade política como uma associação de princípios. Nessa, infere-se que seus membros, governados por princípios comuns, aceitam a utilização desses ainda que não tenham sido formalmente declarados (DWORKIN, 1999, p. 254-255). Os juízes devem oferecer sempre em suas decisões a melhor prática interpretativa à luz dessa perspectiva de integridade (DWORKIN, 1999, p. 261).

Nessa concepção, não há discricionariedade em sentido forte. A discricionariedade em sentido forte é a não verificação de vínculo detectável pela prova do pedigree. A prova do pedigree é a identificação do processo pelo qual surgiu a norma de uma comunidade, definindo tal processo se a norma é válida ou não. Se tal prova serve apenas para identificar regras, e não princípios, e se sempre há princípios a serem utilizados na tomada de decisão, não há discricionariedade em sentido forte na concepção do direito como integridade (SGARBI, 2009, p. 161).

Na concepção do direito como integridade, há uma força gravitacional dos precedentes atuando sobre as decisões. Tal força é exercida pelos argumentos de princípio que lhe fornecem sustentação (DWORKIN, 2002, p. 177). A autoridade decisória deve construir um esquema de princípios abstratos e concretos que forneça uma justificação coerente a todos os precedentes (DWORKIN, 1999, p. 181-183).

Assim, terá legitimidade a decisão criada com base num critério de integridade. Os princípios que fundamentaram decisões anteriores devem informar as futuras decisões.

3.4. A legitimação da punição mais adequada ao antitruste

Quanto à legitimidade da punição, o convencionalismo pode vir a valorizar a segurança jurídica em detrimento de outros valores. Nele não se verifica legitimidade de punição quando não houver prévia e expressa orientação.

Já o pragmatismo prefere outros valores em detrimento da segurança jurídica, podendo haver punição sempre que se promova o valor sobressalente.

Pelo motivo de a comunidade de princípios aceitar a utilização dos mesmos, ainda que não formalmente declarados, verifica-se que a concepção do direito como integridade, quanto à segurança jurídica, está num meio termo entre as outras duas.

Aqui, a punição é possível quando previsível pela abstração de princípios das orientações anteriores das autoridades, e não é possível quando imprevisível, por conta da impossibilidade de abstração de princípios das orientações anteriores.

Trata-se de uma via que equilibra a segurança jurídica com a dinamicidade. É, portanto, adequada ao Direito Administrativo Sancionador, o qual tem tanto a necessidade de dinamicidade quanto a de segurança jurídica.

Por conta da dinamicidade do mercado e a complexidade dos ilícitos antitruste, mudanças na jurisprudência do CADE são esperadas, passando-se a considerar lesivas práticas que até então não eram entendidas como tal (FRAZÃO, 2017, p. 326).

Por outro lado, se pronunciamento do CADE incutiu nos administrados legítima confiança na licitude de sua conduta, a imposição de sanção seria afronta à boa-fé objetiva e às garantias constitucionais que exigem a comprovação da reprovabilidade da conduta para aplicação de sanção (FRAZÃO, 2017, p. 327). ‘Não se podendo prever

a ilicitude da conduta, ainda que sob um critério abstrato de comportamento, não há justificativa para a punição' (FRAZÃO, 2017 p. 327).

Dessa forma, este trabalho procurará na caracterização do abuso de direito de petição pelo CADE, princípios e critérios que norteiem a caracterização do abuso de financiamento de litígio contra concorrentes. Assim, se verificará hipóteses em que a punição é cabível e em que não é cabível, a partir de uma perspectiva de integridade.

3.5. Análise da abusividade pelo critério da integridade

Na minha opinião, o ilícito concorrencial por conduta, há dois níveis de análise. O primeiro é sobre a potencialidade lesiva da conduta. O segundo é sobre a abusividade da conduta. Aquele nível resultará de uma análise preponderantemente econômica, enquanto esse nível resultará de uma análise preponderantemente jurídica-valorativa.

Quanto à análise sobre a abusividade da conduta, alteração jurisprudencial deverá demonstrar que se passa a ter em consideração novos elementos, antes não considerados, que levam a crer que a conduta deve ser considerada abusiva. Na falta dessas justificações, deve a autoridade julgadora extrair princípios das anteriores decisões da sociedade e aplicá-los ao caso presente.

A tendência geral, num contexto de integridade, é a estabilidade e coerência da valoração da jurisprudência sobre as condutas, dada a maior dificuldade de se fundamentar decisões que divergem da antiga jurisprudência.

Dessa forma, neste trabalho procuram-se os princípios que fundamentaram as decisões sobre o abuso de direito de petição, para aplicá-los ao caso do financiamento de litígios contra concorrentes. Identificam-se, assim, situações em que o financiamento de litígio é abusivo e situações que não é abusivo, de acordo com os critérios encontrados.

3.6. Definição de abuso de direito de petição

Para Ana Frazão,

‘Sham Litigation consiste no abuso de direito de petição com finalidade anticompetitiva. A prática ficará configurada quando forem ajuizadas ações com intuito de obter benefícios anticoncorrenciais, decorrentes de mera propositura das demandas, hipótese em que o interesse na obtenção de decisão favorável à pretensão do autor assume menor relevância. [...] A possibilidade de causar efeitos lesivos à concorrência (alcança o) Poder Judiciário (e) as instâncias decisórias administrativas’ (FRAZÃO, 2017, p. 391 - 392).

De acordo com Christopher Klein (1989, p. 1), abuso de direito de petição é litígio predatório ou fraudulento com efeito anticompetitivo, ou seja, o uso impróprio dos processos estatais contra rivais para se atingir finalidade anticompetitiva.

O litigante predatório não espera lucrar por conta somente do julgamento de mérito de sua demanda. Espera lucrar por conta de um maior domínio de mercado decorrente do efeito dos litígios sobre a capacidade de competição de seu rival econômico (KLEIN, 1989, p. 19 - 20).

O referido autor define o exercício de direito de petição não abusivo como aquele em que o autor esperava benefícios diretos sobre o mérito da demanda por meios não fraudulentos (KLEIN, 1989, p. 19 - 20).

3.7. Definição preliminar de abuso de financiamento de litígio por terceiro contra o concorrente

Financiamento de litígio por terceiro é qualquer ato feito pelo financiador que aumente os benefícios ou diminua os custos ou riscos de litigância para um dos litigantes, o financiado.

Quando o financiador for empresário ou for associado ao empresário que é concorrente no mercado com a parte processual não financiada, estará configurado o financiamento de litígio contra concorrente.

O financiamento de litígio contra concorrente será abusivo se assim considerado pelo ordenamento jurídico. Este texto procurará definir essa abusividade.

3.8. Semelhanças e diferenças entre as duas figuras

A figura mais próxima ao que poderia configurar um abuso no financiamento de litígio a já ter sido enfrentada pelo CADE, é a do abuso do direito de petição.

Na realidade, os efeitos das duas é idêntico, o aumento de custos para o concorrente advindos de processos estatais. A única diferença substancial é que no abuso de direito de petição a relação anticoncorrencial é dada somente entre agente econômico e seu concorrente, e, no abuso de financiamento de litígio, a relação ocorre entre o agente econômico, o sujeito a que o agente econômico financia, e o concorrente.

Em ambas as figuras, 1. Há petição para o Estado para que este condene a outra parte, o concorrente; 2. Não há necessidade de se buscar direito próprio, já que em ambos se pode pedir pela mera adequação legal da conduta do concorrente à normas; 3. Há finalidade anticompetitiva; 4. Obtenção de decisão favorável tem menor importância do que provocar custos advindos do próprio processo judicial ou administrativo; 5. A conduta é considerada abusiva; 6. Diz-se estar tentando promover comando do Estado, mas isso não passa de subterfúgio para fins ilícitos.

O que difere entre as figuras é, tão somente, que no abuso de petição, aquele que pede ao Estado é o próprio agente econômico, e no abuso de financiamento de litígio, aquele que pede ao Estado é alguém que não o agente econômico, ou seja, o seu financiado.

3.9. Conclusões doutrinária sobre os requisitos para a configuração da *sham litigation* para o CADE

Para Bruno Polonio Renzetti, no Brasil, o abuso de direito de petição ‘se caracteriza a partir do uso impróprio dos tribunais e dos procedimentos judicantes para atingir fins anticoncorrenciais’ (RENZETTI, 2017, p. 162).

Tiago Canção Vinhas, ao analisar a jurisprudência do CADE, conclui que ‘a verificação da caracterização da *sham litigation* [...] no Brasil vem se dando, sobretudo, dentro dos restritos parâmetros desenvolvidos pela Suprema Corte norte-americana, com a aplicação do Teste PRE’ (VINHAS, 2017, p. 176). De acordo com esse teste, devem-se observar dois critérios para a caracterização do abuso. O critério objetivo é o descabimento do processo do ponto de vista de um litigante racional, e o critério subjetivo é o intuito da parte de agir estrategicamente sobre a concorrência (RENZETTI, 2017, p. 13).

Conclui Ana Frazão, a partir da análise da jurisprudência do CADE sobre abuso de direito de petição, que, ‘de forma geral, deverão ser consideradas a plausibilidade das ações, a veracidade das informações fornecidas, além da proporcionalidade dos meios utilizados’ (FRAZÃO, 2017, p. 402).

Dispõe o Conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva que:

‘o direito de petição pode ser considerado abusivo levando-se em consideração a plausibilidade do direito invocado, a veracidade das informações, a adequação e a razoabilidade dos meios utilizados e a probabilidade de sucesso da postulação’ (CADE, PA nº 08012.006076/2003-72, 2007).

3.10. Plausibilidade das ações e o abuso de direito de petição para o CADE

De acordo com o Conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva ‘o direito de petição pode ser considerado abusivo levando-se em consideração (também) a plausibilidade do direito invocado’, tendo o Tribunal, no caso, descartado a configuração de abuso de direito de petição por entender que o pedido era legítimo. (CADE, PA nº 08012.006076/2003-72, 2007).

Segundo o Conselheiro Olavo Chinaglia, não poderia ser considerada uma infração à ordem econômica qualquer ação regularmente ajuizada que observe os princípios processuais, ainda que se entendesse que a decisão trouxe efeitos negativos para o mercado. Assim, afastou-se, no caso, a hipótese de abuso de direito de petição (CADE, PA nº 08012.004484/2005-51, 2010).

Ressaltou o Conselheiro Alessandro Octaviani que não configura abuso de direito de petição se as ações propostas não careciam de embasamento legal nem eram desarrazoadas (CADE, PA nº 08012.004572/2007-15, 2014).

Na análise da abusividade do direito de petição, o juiz se preocupa com uma perspectiva confinada aos interesses das partes do processo. A autoridade antitruste analisa a conduta sobre a perspectiva do mercado e dos interesses difusos. Por esse motivo, a identificação do abuso de direito de petição pela autoridade antitruste não se condiciona necessariamente ao reconhecimento da abusividade pelas autoridades que originalmente julgaram o processo (FRAZÃO, 2017, p. 396).

Dessa forma, a autoridade antitruste poderá fazer um exame próprio sobre a razoabilidade das ações, ainda que seja comum, na prática, se pressupor a razoabilidade das ações de acordo com a decisão das autoridades que originalmente julgaram o processo, principalmente quando o acusado de praticar abuso de direito de petição vê sua demanda provida. Por exemplo, já entendeu o Tribunal do CADE que pedido se revestia de plausibilidade por ter o STF reconhecido verossimilhança da tese (CADE, PA nº 08012.001397/2008-95, 2012).

De forma geral, se verifica, na jurisprudência do CADE sobre abuso de direito de petição, que:

‘a viabilidade dos direitos sustentados e o seu reconhecimento pelas autoridades competentes [...] são circunstâncias que normalmente afastam a abusividade da conduta e, conseqüentemente, a ilicitude concorrencial’ (FRAZÃO, 2017, p. 396).

3.11. A veracidade das informações fornecidas e o abuso de direito de petição para o CADE

Um dos critérios levados em consideração na análise de abuso de direito de petição é a veracidade das informações (CADE, PA nº 08012.006076/2003-72, 2007).

Ponderou o Conselheiro César Costa Alves de Mattos que uma ação que tem seu arcabouço em fatos enganosos, induzindo o Estado a erro, pode ser considerada abusiva (CADE, PA nº 08012.004484/2005-51, 2010).

O Conselheiro Fernando de Magalhães Furlan afirmou ser abusiva a solicitação de liminar que excede o espaço de ação legítima para um agente do mercado, que apresente caracterização falsa de perigo na demora, e que omita detalhes contraditórios que pudessem sanar informações imprecisas prestadas ao magistrado (CADE, PA nº 08012.004484/2005-51, 2010).

Para o Conselheiro Ricardo Machado Ruiz, se utilizar de um contexto de discrepância regulatória para se fazer pedidos na justiça, omitindo-se informação não interessante ao litígio, é conduta oportunista, mas não abusiva (CADE, PA nº 08012.004484/2005-51, 2010).

O Conselheiro Olavo Chinaglia ressaltou que o desprovemento de ação configura evidência de comportamento abusivo se resulta de demanda desprovida de plausibilidade, enganosidade ou fraude (CADE, PA nº 08012.004484/2005-51, 2010).

O Conselheiro Gilvandro Araújo Vasconcelos destacou que, sempre que houver falsidade decorrente de manifestações comissivas ou de omissões nas petições submetidas ao Executivo, Legislativo ou Judiciário, fica caracterizado o abuso de petição (CADE, n. 08012.0075/2005-94, 2014).

Em síntese, terá faltado com a veracidade a ação que procura induzir o Estado a erro, seja de forma omissiva ou comissiva.

3.12. A proporcionalidade do meio e o abuso de direito de petição para o CADE

Outro critério a ser levado em consideração na análise do abuso de direito de petição é a adequação e a razoabilidade dos meios utilizados (CADE, PA nº 08012.006076/2003-72, 2007).

Para o Conselheiro Fernando Furlan, a caracterização do abuso de direito de petição demanda uma análise de proporcionalidade entre os interesses econômicos defendidos pela demanda, os mecanismos empregados para a promoção de tais interesses e o efeito negativo sobre a competição gerado pelo ajuizamento de ações (CADE, PA nº 08012.004484/2005-51, 2010).

3.13. Conclusão sobre entendimentos da jurisprudência do abuso de direito de petição e sua aplicação ao financiamento de litígio contra concorrente

O CADE indica que a petição judicial plausível não pode ser considerada abusiva. Dessa forma, o financiamento de litígio por terceiros, quando o direito for plausível, não pode ser considerado abusivo.

O CADE também indica que a demanda judicial não deve se fundar em informações inverídicas, voltadas a enganar a autoridade decisória, sejam de forma comissiva ou omissiva, sob pena de poder ser considerada abusiva.

Esse ponto é mais complexo no abuso de direito de financiamento de litígio contra concorrente do que no abuso de direito de petição. Afinal, nesse o abuso se dá somente por conduta própria, e naquele pode-se dar por conduta de outro. Esse ponto, portanto, merece análise própria sobre sua abusividade.

Por fim, o CADE considera abusiva a falta de proporcionalidade entre meios empregados para se perseguir direito e o resultado econômico do direito em si. Esse ponto, por sua alta complexidade, também merece análise própria.

4. A CONDUTA ABUSIVA E A TEORIA GERAL DO ABUSO DE DIREITO

‘O abuso do poder econômico tem íntima conexão com a teoria geral do abuso de direito. (Essa) [...] fornece parâmetros para o diagnóstico do exercício abusivo dos direitos decorrentes do poder econômico. [...] O poder econômico [...] decorre do exercício regular de direitos e liberdades, [...] motivo pelo qual os critérios para a identificação do seu abuso não se diferenciam substancialmente daqueles utilizados para as demais hipóteses de abuso de direitos ou liberdades’ (FRAZÃO, 2017, p. 268).

O direito subjetivo distingue-se do objetivo. Por isso, um ato praticado nos limites daquele podem ser contra esse, sendo contrário aos princípios do sistema jurídico. O abuso surge, assim, do extrapolamento dos limites internos dos direitos subjetivos (AMARAL, 2017, p. 312).

A teoria do abuso de direito se embasa na ideia de que todos os direitos têm finalidade social, não podendo ser legitimamente utilizado senão de acordo com a mesma (AMARAL, 2017, p. 312-313).

A doutrina subjetiva do abuso de direito tem como elementos o exercício de direito e a inexistência de interesse econômico. Além desses dois elementos, há um terceiro. Se divide a doutrina entre os critérios intencional, o qual exige o ânimo de prejudicar, e o técnico, o qual se contenta com o exercício incorreto e culposo do direito (AMARAL, 2017, p. 312). Trata-se de corrente que já gozou de maior aceitação, mas que hoje é minoritária (SANTOS, 2009. p. 128)

A doutrina objetiva do abuso de direito tem como elementos o exercício de direito e a anormalidade desse exercício. Além desses elementos, divide-se a doutrina entre os critérios econômico, que é o fim de satisfação de interesses ilegítimos, e o funcional ou finalista, que é o extrapolamento da função social do direito (AMARAL, 2017, p. 312). Trata-se da doutrina majoritária, a qual a análise se reduz aos meios e efeitos do comportamento humano, sem perquirir sobre a intenção ou culpa do agente (SANTOS, 2009. p. 128).

4.1. Inadequação da doutrina subjetiva do abuso de direito ao direito antitruste

A doutrina subjetiva do abuso de direito sugere que é abusivo o exercício de direito sem que haja interesse econômico, quando em prejuízo de outro sujeito.

A doutrina subjetiva do abuso de direito não é adequada ao direito antitruste. Ela reduz os valores analisados na busca da caracterização de ato como abuso de direito a valores meramente econômicos. Nela, a única justificção possível a um ato é o interesse econômico do agente. Tal característica é incompatível com a qualidade do direito antitruste de procurar proteger uma grande variedade de valores.

Ainda que o interesse econômico do agente fosse o único valor a ser protegido pelo antitruste, em uma absurda e distante situação hipotética de anarquia do mercado, a doutrina subjetiva do abuso de direito ainda não seria adequada à caracterização do abuso antitruste.

Qualquer que seja o critério adotado, intencional ou técnico, a doutrina, por ter como requisito a inexistência de interesse econômico, muito raramente poderia servir ao direito de concorrência. Isso porque, ao se realizar um ilícito concorrencial, normalmente se tem algum interesse econômico, ainda que indireto. Em geral, ao menos o empresário se beneficiará da concentração do mercado em seu favor.

Dessa forma, essa doutrina somente seria adequada para condenar atos praticados sem interesse econômico. Seria somente o caso de sujeito, guiado puramente por incentivos não econômicos, procurar prejudicar o empresário e, conseqüentemente, as estruturas de mercado. No entanto, seria suficiente ao agente procurar tirar lucro de seus atos para, de acordo com a doutrina subjetiva, agir licitamente. De fato, faz pouco sentido que se defina o ilícito com base na gratuidade do seu ato ou na obtenção de lucro.

Não são produtivas, no direito antitruste, as reflexões trazidas pela doutrina subjetiva intencional. Essa exige o dolo. Ou seja, há necessidade de o agente ter plena consciência

de que extrapolou os limites de seu direito e lesionou o direito de outro, tendo ele a intenção de prejudicar (SANTOS, 2009, p. 128). Por outro lado, a configuração do ilícito antitruste prescinde de culpa, ao menos no sentido tradicional (FRAZÃO, 2017, p. 246), qual seja, o dolo.

Já a doutrina subjetiva técnica, exige a configuração de culpa *lato sensu*. Discute-se a adequação de seu requisito de culpa, por não ser pacífico a qualidade da culpa a ser examinada na caracterização do ilícito antitruste.

De acordo com teoria majoritária, a Lei afasta qualquer consideração sobre o exame da culpabilidade do agente no momento de verificação da abusividade de sua conduta. O requisito da culpa na doutrina subjetiva técnica, assim, não traria grandes contribuições à análise do ilícito antitruste.

De acordo com teoria minoritária, a lei afasta somente a necessidade de comprovação de dolo, mas não a de culpa *latu sensu*. Aqui, o requisito da culpa traria alguma contribuição à análise do ilícito.

Verifica-se que seria remota a aplicação da doutrina subjetiva técnica para o esclarecimento da abusividade de conduta concorrencial. Exige-se, para tanto, a escolha política, no país, pela anarquia de mercado, a inexistência de interesse econômico por parte do agente econômico, e a aplicação, pela autoridade antitruste, de uma teoria minoritária de que a culpa é relevante para a caracterização de ilícito antitruste.

4.2. Adequação da doutrina objetiva do abuso de direito ao direito antitruste

Se fosse o caso de se eleger uma única doutrina a orientar toda a análise de abusividade das condutas antitruste, essa seria a doutrina objetiva. O código civilista, em seu art. 186, adotou elementos de ambas as teorias funcional ou finalista e econômica. Assim, a doutrina objetiva, em suas duas vertentes, seria aplicada, por analogia, ao direito antitruste.

Não só isso, a análise objetiva procurada pela teoria se compatibiliza com a desnecessidade de culpa para a configuração de ilícito antitruste.

Assim, será abusiva a conduta econômica em que se: 1. Exerça um direito de forma anormal extrapolando sua função social; ou 2. Exerça um direito de forma anormal com o fim de satisfazer interesses ilegítimos.

4.3. A anormalidade do exercício de direito

O Conselheiro Alessandro Octaviani, distinguiu o uso anormal do direito de petição do uso ordinariamente feito pelos agentes econômicos, votando, no caso, pela não condenação dos agentes acusados de abuso de direito de petição, sugerindo que o uso não anormal não poderia configurar abuso (CADE, PA nº 08012.004572/2007-15, 2014).

O ato anormal é aquele contrário à finalidade econômica e social do direito (COSTA, 2006, p. 45). Faz-se uma análise de se o exercício excede medida normalmente admitida pelo direito (PEREIRA, 2016, p. 79).

A lógica é que, se um tipo de ato é comumente realizado, e não vê qualquer um, ou ao menos não vê o judiciário, razão suficiente para questionar sua legitimidade, não pode ser ele abusivo.

De fato, o financiamento de litígio contra concorrente é ato extraordinário, o qual não teve a oportunidade de ser questionado ao menos na experiência jurídica brasileira. Por esse motivo, é ato anormal.

Apesar de poder, por si só, descaracterizá-la, a anormalidade do exercício de direito, por si só, não configura a abusividade do uso do direito. Trata-se de elemento que necessita de outro, o fim de interesse ilegítimo ou extrapolamento da função social, para configurar o abuso.

Dessa forma, exame dos outros elementos que configuram a conduta abusiva se fazem necessários para se definir em que situações o financiamento de litígio contra concorrente é abusivo.

4.4. O abuso de direito no Código Civil

O art. 187 do CC classifica como abuso de direito quando ‘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’.

O dispositivo em comento contém três cláusulas gerais, a servirem como bitolas interpretativas para a aferição do espaço de liberdade dentro do qual as posições jurídicas devem ser exercidas, quais sejam, a finalidade da norma, a função social e a boa-fé objetiva (SANTOS, 2009, p. 36 - 37).

Dessas bitolas, a primeira e a última se referem à doutrina objetiva funcional ou finalista, e a segunda se aproxima da doutrina objetiva econômica e da doutrina subjetiva, a qual, como já comentado, não é adequada ao antitruste.

4.5. Extrapolamento da função social

A doutrina objetiva econômica funcional ou finalista do abuso de direito foi adotada no art. 187 do CC (SANTOS, 2009, p. 129), que classifica abusiva conduta que exceda os limites do fim econômico ou social ou da boa-fé.

Ela parte de critérios éticos e morais, o abuso decorrendo do exercício de direito que exceda manifestamente regras sociais, ou seja, que excedam o fim pretendido pela ordem jurídica (COSTA, 2006, p. 45).

Depreende-se da referência ao fim econômico ou social do direito a ‘função instrumental própria de cada direito subjetivo, a qual justifica a sua atribuição ao titular e define o seu exercício’ (AMARAL, 2017, p. 314).

Infere-se que há um parâmetro ao exercício do direito resultante de aspiração cultural de integração sistemática, e que o desvio do comportamento exigido pelo sistema implica em abuso (PEREIRA, 2016, p. 84).

4.6. A bitola argumentativa da finalidade da norma

A norma tem uma razão de ser, a viabilizar a coexistência de liberdades, garantindo condições de vida em sociedade, a serem balizadas pelo princípio da dignidade da pessoa humana (SANTOS, 2009, p. 37-38), a solidariedade constitucional e o primado da igualdade (PEREIRA, 2016, p. 88).

Cada preceito normativo tem uma razão própria a qual não contraria esses princípios informadores do direito civil-constitucional (SANTOS, 2009, p. 38).

Para compreender essa razão, o intérprete deve se perguntar se a norma protege, o que protege e de que protege, preenchendo os campos de vagueza e imprecisão à luz dos preceitos do ordenamento jurídico (SANTOS, 2009, p. 39).

Estuda-se, assim, a função promocional do direito, ou seja, o que o sistema jurídico procura encorajar e o que procura desencorajar, direcionando comportamentos a certos objetivos (PEREIRA, 2016, p. 91). Por meio dessas reflexões é possível se verificar quando o exercício da posição jurídica contraria o sentido da norma.

4.6.1. Os objetivos da legislação antitruste

Uma forma de abordar a questão que examina a fronteira entra a conduta abusiva e a conduta não abusiva é explorar os objetivos da legislação antitruste. Far-se-á o resumo de algumas propostas sobre qual é tal objetivo.

Dependendo de qual é o objetivo utilizado como parâmetro, alocar-se-á benefícios a consumidores, pequenos empresários, interesses individuais ou ambientais (JONES; SUFRIN, 2001, P. 17). A questão de o que deve ser tratado na política concorrencial, além da questão da eficiência, é uma questão política (JONES; SUFRIN, 2001, P. 18).

Os objetivos a seguir observados são em parte complementares, e em parte concorrentes (KAYSEN; TURNER, 1959, p. 20), sendo necessária uma escolha política entre eles. Far-se-á uma resumida exposição de possíveis objetivos das normas antitruste. Depois, verificar-se-á qual foi a escolha brasileira de equilíbrio entre esses objetivos.

4.6.1.1. Melhores resultados econômicos

O objetivo de uma política concorrencial seria alcançar melhores resultados do ponto de vista da economia como um todo. Isso seria a eficiência no uso dos recursos; o progresso, visto como a inovação de produtos e serviços; estabilidade de resultados e de empregos; e distribuição equitativa de riqueza (KAYSEN; TURNER, 1959, p. 11).

Procura-se ‘promover e manter o processo de efetiva competição de forma a atingir uma alocação de recursos mais eficiente’ (JONES; SUFRIN, 2001, p. 4). Eficiência é a situação em que não há rearranjo de resultados do processo de produção e nem redistribuição desse processo que vá aumentar a satisfação do consumidor (KAYSEN; TURNER, 1959, p. 12).

Por esse motivo, por exemplo, escolheu o americano *Sherman Act* delegar ampla discricionariedade às cortes em prol da defesa do bem-estar do consumidor, se utilizando de um texto legal amplíssimo (BORK, 1978, p. 20).

A ideia de que é desejável uma eficiente alocação de recursos foi construída a partir da crença de que as preferências individuais são aquilo que tem maior valor entre os valores sociais, partindo-se da teoricamente frágil e empiricamente questionável premissa de racionalidade das decisões dos consumidores (SCHERER; ROSS, 1990, 29-30).

Em relação à legislação americana do *Sherman Act*, acreditava-se que não poderia ser imposta contra o empresário que, por suas habilidades superiores, conquistou o mercado porque ninguém mais conseguiria competir com seus produtos ou serviços. Essa

doutrina indica que o poder obtido pelo comportamento estimulado pelo processo competitivo não poderia ser tolhido, por mais que outras empresas e oportunidades de empresas fossem excluídas do mercado (KAYSEN; TURNER, 1959, p. 20).

4.6.1.2. Preservação da liberdade

Há um valor político informado pelo medo de que excessiva concentração de poder econômico possibilitará pressões políticas antidemocráticas (PITOFSKY, 1979, p. 1053).

Trata-se de receio de que pessoas privadas que detenham grande poder econômico, detendo um poder sem qualquer legitimação democrática, passem a interferir na liberdade econômica de outros, além de interferir em decisões políticas com muito mais força que pessoas privadas menos abastadas (AMATO, 1997, p. 2). Considera-se que os empresários são politicamente irresponsáveis e, por isso, o poder deles é perigoso (KAYSEN; TURNER, 1959, p. 18).

O antitruste tem por finalidade não só a eficiência econômica, mas também a preservação das estruturas da democracia liberal, já que um mercado competitivo irá impedir o excesso de poder privado (JONES; SUFRIN, 2001, P. 15).

O modelo competitivo de mercado a ser imposto através do antitruste nega a concentração do poder em um único local, o que combina com um modelo democrático e pluralístico de sociedade (HOFSTADTER, 1965, p.197). O poder em questão é tanto econômico, em mercados específicos, quanto político de liderança social (KAYSEN; TURNER, 1959, p. 18).

É desejável numa democracia liberal se evitar que facções imponham aos cidadãos medidas que favoreçam a si. Facções surgem, em geral, da distribuição desigual de propriedade. A melhor maneira de se evitar uma sociedade dominada por facções é mantê-las tão pequenas e diversas que não conseguirão impor seu sistema de opressão (SHERER; ROSS, 1990, p. 18).

A premissa é que, se numa democracia liberal cada cidadão tem direitos políticos iguais, o poder na esfera pública é reconhecido democraticamente, enquanto que o poder na

esfera privada é, em princípio, abusivo, devendo ser limitado (AMATO, 1997, p. 3). A competição descentralizaria e dispersaria o poder privado, protegendo a liberdade individual (AMATO, 1997, p. 3). A manutenção de um mercado competitivo resolve o problema de forma impessoal (SHERER; ROSS, 1990, p. 19).

Para diminuir o poder de grandes empresários, uma política pública poderia diretamente reduzir o tamanho e importância de grandes negócios, limitar a conduta de grandes empresários ou subsidiar pequenos empresários, sendo que as duas primeiras opções estariam dentro do escopo do direito antitruste (KAYSEN; TURNER, 1959, p. 19).

4.6.1.3. Competição justa

O objetivo de uma política de competição é prevenir a injusta aquisição de poder de mercado por empresários sem proteger em excesso seus rivais (GOYDER, 1998, p. 14). Parte-se do sentimento de que a competição deva ser “justa” (JONES; SUFRIN, 2001, P. 16).

Com a competição, substitui-se o controle pessoal da situação econômica por burocratas ou por empresários poderosos em favor do controle impessoal do mercado, o que é sentido como mais “justo” pelo jurisdicionado (KAYSEN; TURNER, 1959, p. 15). Também considera o jurisdicionado mais “justo” quando há efetivas alternativas de negócios (KAYSEN; TURNER, 1959, p. 16).

Outro conceito de “justo” remete ao *“fair play”* ou “comportamento esportivo”. Seria a prática de as empresas maiores não usarem em demasia os benefícios de seu poder de mercado, buscando retorno financeiro “razoável” ou invés de máximo (KAYSEN; TURNER, 1959, p. 17). Seria a prática de não usar seu alto poder de barganha em seu benefício, e de não forçar a outra parte a aceitar condições piores que aquelas consideradas “justas” (KAYSEN; TURNER, 1959, p. 18).

Quer a regulação da competição proteger os competidores, favorecendo os menores agentes econômicos, de forma que os mesmos possam competir com os maiores. Pretende-se proteger a competição em si mesma, fazendo-se necessária a limitação do poder dos agentes econômicos maiores (KAYSEN; TURNER, 1959, p. 13).

Parte-se de um sentimento de desconfiança em relação aos grandes empresários (JONES; SUFRIN, 2001, P. 16). Esse sentimento surge da experiência histórica de um passado em que o mercado era formado principalmente por pequenos empresários e fazendeiros, tendo essa experiência sido abruptamente substituída pela tomada da economia por grandes corporações (HOFSTADTER, 1965, p. 193-194).

Por exemplo, no contexto de edição do americano *Sherman Act*, passava-se por um período de revolução tecnológica, em que pequenos empresários perderam seus negócios em favor daqueles empresários que conseguiam investir nas novas tecnologias (HOVENKAMP, 2005, p. 41-42)

O poder de mercado coloca o empresário em uma situação em que conseguirá suportar situações econômicas adversas, enquanto seus competidores sucumbirão (GOYDER, 1998, p. 14).

Se entender-se que somente a perspectiva econômica está a orientar a interpretação do antitruste, o provável resultado será que a economia será dominada por poucos gigantes corporativos (PITOFISKY, 1979, p. 1055). Deve-se entender a legislação antitruste além da mera teoria econômica envolvida, incluindo-se a perspectiva social de desconfiança em relação aos grandes negócios (HOFSTADTER, 1965, p. 196).

Também, parte-se da premissa de que é desejável que a sociedade encoraje o cidadão a ser empreendedor (JONES; SUFRIN, 2001, P. 16). Trata-se de positiva valoração do desejo de aumentar a liberdade individual e empreendedora do indivíduo (PITOFISKY, 1979, p. 1054). Na União Europeia, por exemplo, os pequenos empresários são considerados os principais futuros provedores de empregos, havendo um sentimento positivo em relação ao empreendedorismo dos indivíduos (GOYDER, 1998, p. 15).

4.6.1.4. Problemas sócio-políticos

Políticas públicas são os meios de que dispõe o Estado para influir de maneira sistemática sobre a economia (FORGIONI, 2018, p. 198). Considera-se que a competição pode ser utilizada para servir a outras políticas públicas, promovendo valores outros e resolvendo problemas além dos da competição (JONES; SUFRIN, 2001, P. 16). A política antitruste poderá ser atuada ao se escolher aplicar ou não a Lei

Antitruste (FORGIONI, 2018, p. 199). Assim, a autoridade antitruste decidiria aplicar ou não a norma legal em favor das várias políticas públicas.

4.6.1.5. A escolha valorativa brasileira

Cada ordenamento jurídico possui princípios próprios decorrentes de sua realidade específica, seu contexto histórico, econômico e social (FORGIONI, 2018, p. 169). No direito antitruste, lida-se com princípios, um corpo de normas que contém escolhas de valor e proibições de ordem geral, sendo o antitruste instrumental a determinada política econômica (FORGIONI, 2018, p. 172).

O legislador ordinário brasileiro garantiu excludente de ilicitude quanto ao ‘processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores’ (art. 36, §1º, da Lei 12.529/2011).

Uma possível interpretação dessa norma é que ela garante a não punição à alocação eficiente de recursos pelo empresário no âmbito de sua empresa, de forma a lhe garantir vantagem competitiva e ao se maximizar o bem-estar do consumidor final. Ou seja, seguir-se-ia a doutrina americana de que “o comportamento estimulado pelo processo competitivo” não pode ser tolhido, por mais que outras empresas e oportunidades sejam excluídas do mercado.

Tal norma, por exemplo, exclui a ilicitude do comportamento espontâneo dos agentes econômicos no caso de paralelismo de condutas, ou seja, quando agem de forma racional respondendo aos estímulos do mercado (FORGIONI, 2018, p. 361 - 365).

Ainda que a lei procure estabelecer essa orientação de excludente de ilicitude, por força de normas constitucionais, a mesma não é o único caso de exclusão de ilicitude.

A lei antitruste brasileira tem como objetivo assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, sendo que os princípios da livre iniciativa e livre concorrência são instrumentais à promoção da dignidade humana (FORGIONI, 2018, p. 173). Evidencia-se um caráter meramente instrumental da concorrência (FORGIONI, 2018, p. 196).

Lê-se, no art. 1º da Lei Antitruste que essa visa proteger a ‘liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico’.

O art. 36, caput, da Lei n. 12.529/2011 indica a proteção, também, ‘daqueles que se encontram em posição de sujeição em relação ao titular de poder econômico ou de posição dominante’, enquanto que o art. 88 §6º I da mesma lei protege a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico (FORGIONI, 2018, p. 252).

Verifica-se que o texto normativo procurou proteger uma multiplicidade de interesses, restando à autoridade aplicadora optar por promover um ou outro no caso concreto, possibilitando-se decisões diversas em sentidos opostos, ao que se dá o nome de “jogo do interesse protegido” (FORGIONI, 2018, p. 247 - 248).

Assim, no Brasil, não se pode sustentar que o antitruste visa apenas a implementar a eficiência. De qualquer forma, pode-se afirmar que objetivo antitruste é, ao menos, o de

‘criar e preservar, nos ditames constitucionais, ambiente no qual as empresas tenham incentivos efetivos para competir, inovar e satisfazer as demandas dos consumidores; proteger o processo competitivo e evitar que os mercados sejam fossilizados pelos agentes com elevado grau de poder econômico’ (FORGIONI, 2018, p. 198).

4.6.1.6. Observações sobre a finalidade das normas antitruste

O ordenamento jurídico brasileiro preferiu defender, de uma só vez, vários valores, sem se preocupar sequer em hierarquiza-los. Resta, portanto, ao aplicador da norma, no caso concreto, pesar os vários valores em questão e harmonizá-los. Quanto aos demais juristas, resta apenas identificar argumentos favoráveis ou desfavoráveis em relação à conduta, procurando equilíbrios em relação aos valores em jogo.

Dessa forma, verifica-se que a busca apriorística pela definição de abuso da conduta concorrencial a partir da verificação dos objetivos da lei antitruste, ou seja, dos valores por ela perseguidos, se mostra, no Brasil, infrutífera. A definição de abuso resultará de

uma ponderação de valores no caso concreto. De fato, ‘discussões excessivamente gerais sobre os objetivos da Lei Antitruste [...] são estéreis’ (FORGIONI, 2018, p. 170).

4.6.2. Finalidade das normas antitruste e o financiamento de litígios contra concorrente

O financiamento de litígio contra concorrente pode ser ferramenta que até mesmo promova as finalidades das normas antitruste, respeitados certos parâmetros. O financiamento de litígio contra concorrente pode tornar a economia mais eficiente. Ele favorece que ilícitos se traduzam em custos, e que, dessa forma, empresários realmente mais eficientes dominem o mercado, e não aqueles que se utilizam de técnicas psicológicas para não arcar com seus atos ilícitos. Preserva-se, assim, também, o sentimento de justiça impessoal do mercado.

Ainda assim, deve-se considerar que são as grandes empresas aquelas que tem facilidade em se adequar às exigências estatais enquanto os pequenos produtores podem não ter recurso para tanto (BODART, 2017, p. 122). Isso porque a imposição de exigências ao agente econômico aumenta barreiras de entrada e cria despesas para competidores, sendo a compensação dos pontos negativos da concentração de mercado com os benefícios sociais pouco clara (BODART, 2017, p. 123 - 124).

Também, pequenos empresários terão dificuldade de financiar litígios contra um concorrente maior, enquanto que o maior não terá a mesma dificuldade. Pequenos empresários podem se juntar contra o maior, mas, mesmo assim, incorrerão nos custos de se coordenar para tal fim.

O pressuposto é o de que as normas jurídicas são justas e os julgadores razoáveis. No entanto, se esses pressupostos não forem verdadeiros, e as normas não forem suficientemente pensadas para garantir um bom ambiente concorrencial e os juízes não forem competentes para considerar os impactos econômicos de suas decisões, o financiamento de litígio por terceiros somente iria acelerar os efeitos de um sistema em si injusto e tendente à concentração do mercado.

De qualquer forma, não provado o contrário esse pressuposto, e não demonstrado que a concentração de mercado é mais negativa do que os benefícios sociais buscados pelas

leis, deve-se entender que financiamento de litígio contra concorrente, obedecendo certos critérios, não viola a finalidade das normas antitruste.

Como se viu, o direito antitruste tem a pretensão de proteger uma grande quantidade de valores, sendo improdutiva a tarefa de se estudar aprioristicamente qual desses valores é aquele a ser mais defendido. Deve-se notar que o legislador, ainda assim, aponta para uma resposta, em relação ao financiamento de litígio contra concorrente e o direito da concorrência.

O sistema jurídico não previu explicitamente o financiamento de litígio contra concorrente. No entanto, em relação ao direito do consumidor, previu, no art. 29 do CDC, que qualquer um, mesmo o concorrente, pode litigar contra o empresário que comete determinados ilícitos, de forma a prevenir a ocorrência de danos (MARQUES, 2002, p. 290). Trata-se de norma que visa proteger tanto consumidores quanto mercado (EBERLIN, 2008, p. 8), promovendo um diálogo entre o direito do consumidor e o direito da concorrência (EBERLIN, 2008, p. 8 - 9). Apesar de ser norma de pouca aplicação (MARQUES, 2002, p. 294), revela a finalidade do sistema jurídico de permitir que agentes econômicos promovam litígios contra seus concorrentes, de forma a adequá-los aos interesses maiores da sociedade, representados no ordenamento jurídico.

Outro ponto a se notar é que é permitida, na esfera administrativa, a participação de agentes econômicos em processos em que não perseguem bens da vida para si, mas apenas a adequação de concorrente à lei e sua punição, com as consequentes perdas financeiras. Já decidiu o Tribunal do CADE que não é abusiva a conduta de interferir em processos administrativos junto a órgãos ambientais e ao CADE, quando o pedido se reveste de plausibilidade (CADE, 2012, PA nº 08012.001397/2008-95).

Verifica-se que o ordenamento jurídico muitas vezes considera desejável que os agentes de mercado se voltem contra seus concorrentes de forma a adequá-los às leis, mesmo que seu interesse também seja o de ver seus concorrentes punidos e a consequente concentração de mercado em seu favor. O financiamento de litígio contra concorrente que obedece a certos parâmetros tem o mesmo fim. Dessa forma, pode-se argumentar que ele está em conformidade com a finalidade do ordenamento jurídico do direito

brasileiro, o qual promove a adequação dos agentes do mercado por outros agentes do mercado.

4.7. A bitola argumentativa da função social

A função social restringe o individualismo em favor dos interesses coletivos. Transcende-se a relação jurídica de somente os sujeitos dessa relação, por se entender que a mesma afeta e é afetada pelas condições sociais que a cercam (SANTOS, 2009, p. 47).

Historicamente, ordenamentos antes centrados no indivíduo passaram a ceder espaço a uma ordem jurídica centrada na dignidade da pessoa humana trazendo como mote o princípio da solidariedade, o qual dá fundamento e limite aos direitos individuais (SANTOS, 2009, p. 44).

A função social do direito é o alcance dos fins almejados pelo legislador dentro da perspectiva valorativa do ordenamento jurídico (PEREIRA, 2016, p. 93).

Trata essa bitola argumentativa, assim, da mesma análise feita pela teoria objetiva econômica em relação à legitimidade do interesse do agente.

4.7.1. Interesses legítimos

A doutrina objetiva econômica do abuso de direito tem como elemento particular de caracterização de abuso a finalidade de satisfação de interesses ilegítimos. Compreende-se que há um dever de respeito pelo sujeito individual aos interesses hierarquicamente superiores da coletividade, os quais carregam elemento social a formar a norma jurídica (MARTINS, 1941, p. 141 - 143).

O critério tomado por essa doutrina é eminentemente econômico, não se valendo de critérios éticos ou morais (COSTA, 2006, p. 45). O interesse ilegítimo decorre da falta

de uma razão séria, legítima e objetiva para o exercício do direito (PEREIRA, 2016, p. 79).

Especificamente em relação ao direito antitruste, por exemplo, há uma área em que o interesse de dominar parcialmente mercado é considerado legítimo, sendo tal interesse próprio e inerente à concorrência. No entanto, em certas hipóteses, o interesse em dominar mercado passa a ser considerado ilegítimo, passível de sanção administrativa, por caracterizada a conduta predatória.

O que ocorre é um exame de proporcionalidade da conduta no caso concreto. Não se condena a conduta pela mera existência de interesse ilegítimo. Se assim fosse, segundos interesses ilegítimos impediriam a realização de primeiros interesses legítimos, e o direito sobre esses restaria inviabilizado. Se mostrarem-se presentes na conduta do agente interesses legítimos e ilegítimos, deve-se examinar qual deles prepondera. No exemplo, a conduta será uma conduta de concorrência, se predominarem interesses legítimos, e será uma conduta predatória, se predominarem interesses ilegítimos.

Dessa forma, tudo o que se pode exigir do agente é que ele tenha um razoável motivo a justificar os efeitos negativos de sua conduta. Razoável motivo é aquele compatível com os interesses da sociedade. Ele deve ser preponderante sobre eventuais interesses ilegítimos para que a conduta como um todo seja considerada legítima.

Para se verificar se o interesse legítimo que justifica interesse ilegítimo não passa de mero engodo a iludir a autoridade que deveria reprimir interesses ilegítimos, deve-se fazer uma análise de proporcionalidade do meio, pesando a eficácia dos interesses legítimos e dos interesses ilegítimos.

4.7.2. *Proporcionalidade do meio*

Se mostrarem-se presentes na conduta do agente interesses legítimos e ilegítimos, deve-se verificar se o meio escolhido promovia mais o interesse legítimo do que o interesse ilegítimo. Tal critério já foi utilizado pelo CADE em relação ao abuso de direito de petição, como se comentou em tópico anterior.

Em relação ao direito de petição e ao financiamento de litígio contra concorrente, aplica-se, por analogia, o princípio da menor onerosidade do processo de execução do Código de Processo Civil, segundo o qual

‘as medidas executivas devem ser realizadas observando-se a menor onerosidade (ou menor restrição possível) da medida executiva e a máxima efetividade (ou do resultado) da execução, que nada mais são que elementos do critério da proporcionalidade’ (MEDINA, 2016, p. 1009).

Por exemplo, quanto ao direito de petição, é legítimo o interesse em buscar o próprio direito da melhor forma possível. No entanto, não é legítimo o interesse de se dissimular estratégia anticompetitiva que somente busque eliminar a concorrência (FRAZÃO, 2017, p. 393).

4.7.3. A proporcionalidade na busca do direito

Assim, tanto no direito de petição quanto no financiamento de litígio contra concorrente, deve-se procurar, primeiro, o meio que mais trará frutos à parte. Depois, entre os meios que igualmente mais dão frutos à parte, deve-se escolher aquele que menor onerosidade causa à contraparte.

Se o financiador de litígio procurar se utilizar de meio que não maximiza os ganhos da parte, mas impõe grandes ônus ao concorrente, preponderante será, sobre seus interesses legítimos, seu interesse de predar o concorrente.

São variadas as formas de se agravar os danos do litigante concorrente, para além dos danos que normalmente sofreria em decorrência do aumento de litígios contra si por conta do financiamento dos mesmos, prejudicando as partes e beneficiando unicamente o financiador. Devem ser consideradas atos abusivos por ferimento da proporcionalidade. Cito alguns exemplos.

Pode-se pretender causar maiores danos ao litigante concorrente ao estipular o financiador que a parte com direito plausível deverá litigar na mais demorada justiça comum, a qual condena a honorários sucumbenciais, ao invés de na reconhecidamente mais rápida justiça especial, a qual não condena aos mesmos. Afinal, tem o autor a

faculdade de escolher entre a justiça comum e a justiça especial, dependendo do valor do seu litígio.

Também pode haver estipulação de que se escolha, dentre os foros possíveis, aquele que gere mais custos à contraparte, por mais que não se beneficie a parte financiada.

Não só isso, não é improvável cláusula que proíba a transação, e que obrigue a parte a persistir no litígio até a sentença.

Pode haver até cláusula que impõe que havendo sucumbência, ainda que parcial, da parte, essa seja obrigada a recorrer.

Pode também ocorrer de haver cláusula que obrigue a parte a dar publicidade aos fatos que deram causa ao seu litígio, com o fim de deteriorar a imagem da contraparte.

Um bom parâmetro que pode ser empregado para se delimitar a conduta proporcional e a desproporcional no financiamento de litígios contra concorrentes é o da utilidade para a parte. Se foi útil a ela, é proporcional, e, portanto, legítima. Se foi inútil ou deletéria, e causou dano à contraparte, é desproporcional, e, portanto, ilegítima.

4.7.4. A proporcionalidade na escolha do caso a ser financiado

Não deve o financiador de litígio contra concorrente financiar causas frívolas, sem grandes chances de vitória. Essas causam morosidade à máquina judiciária, e diminuem a qualidade das decisões, por conta do sobre-carregamento dos juízes, o que prejudica a todos que buscam seus direitos. Não só isso, mas também pretensões ilegítimas podem fazer com que seja punido com custos judiciais o bom empresário, possibilitando a concentração do mercado nas mãos do mau empresário.

Assim, deve ser plausível a pretensão do financiado. A falta de sentido econômico em se buscar algo que não corresponde a uma razoável relação de custo-benefício, bem como de litigar sobre pretensão que muito provavelmente não vingará por estar carregada de riscos, revelam a preponderância do interesse ilegítimo de prejudicar a concorrência.

Parâmetros para se observar se prevaleceram interesses ilegítimos no financiamento de litígios é indagar se a pretensão em questão teria sido financiada por um empresário probo o qual não teria qualquer interesse no financiamento do litígio além da aferição de lucro. Assim, deve a pretensão ser racional, ou seja, a probabilidade de vitória deve justificar marginalmente os custos investidos na perseguição do direito.

A única diferença legítima entre um financiador de litígios qualquer e o financiador que também é concorrente deve ser que o último vai perseguir menos o lucro, por ter outros interesses satisfeitos no financiamento do litígio, podendo oferecer ao financiado melhores condições de financiamento.

Precedentes da Suprema Corte Norte-Americana indicam que a análise do abuso de direito de petição não deve ater-se apenas a determinada demanda, mas sim ao conjunto de demandas promovidas. Isso porque, às vezes, pode-se verificar a estratégia anticompetitiva do autor pelo conjunto de ações, o que não poderia ser inferido a partir do exame de cada uma das ações individuais (FRAZÃO, 2017, p. 396).

Em relação ao abuso de direito de petição, no litígio *USS POSCO Industries v. Costa Building & Construction Trade Council*, julgado pela corte de apelação do nono circuito dos Estados Unidos, um número considerável de demandas foi considerado procedente (quinze de um total de vinte e nove, especificamente). A discussão do caso girava em torno do enquadramento da conduta na categoria ‘petições feitas sem se considerar se o mérito era plausível ou não’ (CORTE DE APELAÇÃO DO NONO CIRCUITO, nº 92-15497, 1994).

A referida Corte concluiu que o resultado anticompetitivo advém da ação orquestrada, reiterada e sistemática de pedidos judiciais, com o fim de elevar os custos dos rivais (FRAZÃO, 2017, 393).

Avalia-se, então, ‘a existência de uma ação política configurada na instauração de litígios, mesmo que esses venham a ter provimento favorável, desde que tenham a finalidade de prejudicar o concorrente (GABAN; DOMINGUES, 2016, p.184).

O teste POSCO sugere que há, para a configuração da conduta ilícita, a necessidade de “baixa probabilidade” de obter sucesso nas demandas tomadas em conjunto’, (SGCADE, 2016, p. 17), sendo que não existe um percentual certo consolidado na jurisprudência que qualifique uma probabilidade como “baixa” para fins desse teste.

Uma maneira de se saber se um financiador está incorrendo em abuso é comparar a proporção de casos vencidos financiados por ele contra determinado concorrente com a proporção de casos vencidos financiados por financiadores de litígio desinteressados na questão concorrencial, mas somente em seu lucro.

4.7.5. O legítimo interesse do maior acesso à justiça

Se a expectativa de ganho for menor do que a expectativa de custo para se perseguir um direito, por mais que tal direito tenha mérito, a parte não o perseguirá (SHEPHERD, 2012, p. 597). Nesse caso, não será a conduta contrária ao direito dissuadida pelo sistema jurídico.

Uma importante reflexão que faz aquele que persegue seus direitos é que a reparação de custos com o processo é dada pela regra da causalidade. De acordo com a mesma, o custo do processo deve ser suportado por aquele que deu causa injustificadamente à sua instauração, o sucumbente. No entanto, essa regra só incorpora os custos judiciais, não abrangendo vários (CABRAL, 2018a, p. 69).

Dessa forma, custos com honorários de advogado de natureza contratual, procedimentos de negociação, atos preparatórios do litígio, participação de terceiros remunerados como o mediador e o árbitro, entre outros, não são necessariamente ressarcidos ao final do litígio (CABRAL, 2018a, p. 69 - 70). Assim, mesmo que aquele que persegue seus direitos saia vitorioso, poderá acabar despendendo uma grande quantia de dinheiro para tanto sem ser ressarcido por ela.

Também deve aquele que persegue direito lidar com um grande grau de incerteza, o que desvaloriza o valor da ação para a parte (SHEPHERD, 2012, p. 597). O litigante deve agir sem saber se e em que medida poderá ver seu patrimônio suportar custos com o processo (CABRAL, 2018a, p. 71).

Primeiro, deve lidar com a imprevisibilidade sobre o resultado e a duração do processo (CABRAL, 2018a, p. 70). Em média, um processo na Justiça Estadual de 1º Grau dura três anos e nove meses da propositura à sentença, o que já é tempo considerável para se esperar pelo devido direito (CNJ, 2018, p. 147).

Ainda assim, há incerteza sobre qual das muitas possibilidades de tramitação do processo será a efetiva, podendo o processo ter tantos atos e incidentes quanto a lei permite, alguns deles custosos (CABRAL, 2018a, p. 70).

Dependendo do contrato com o advogado, há incerteza sobre o quanto ter-se-á que pagá-lo, ao final desse incerto processo. Além disso, a responsabilidade sobre os custos processuais só será revelada ao final do processo (CABRAL, 2018a, p. 71).

Mesmo os hipossuficientes, a quem a lei garante gratuidade do processo, tem altos custos com o tempo despendido em busca de seu direito, faltando ao trabalho, comparecendo a sessões, executando atos judiciais, produzindo provas, colhendo informações e esperando em filas para ser atendido por um advogado gratuito. Também deve-se levar em conta a aflição psicológica que passa por conta da insegurança em relação ao próprio direito, e o desconforto em ter que lidar com uma situação extraordinária.

No caso de litigantes empresários, custos com litigância saem, na contabilidade da empresa, como prejuízos futuros ou expectativas de pagamento, o que pode impedir, por exemplo, a participação em alguma transação comercial ou prejudicar uma oferta pública de ações em bolsa (CABRAL, 2018b, p. 50).

No caso de litigantes eventuais, especialmente os mais pobres, a proposição de demanda pode se mostrar inviabilizada pelos custos do processo judicial (CABRAL, 2018b, p. 50). Esses se prolongam no tempo e vão, como se disse, além dos custos meramente monetários, não sendo a justiça gratuita necessariamente suficiente para garantir o acesso efetivo à justiça.

O Indicador de Reserva Financeira mostra que nas classes C, D e E somente 30% dos entrevistados eram poupadores habituais (CNDL, 2017, p. 2). Isso significa que 70%

das pessoas que ganham menos que cinco salários mínimos encerram o mês sem sobras de dinheiro. Como essas pessoas representam 76% da população brasileira (IBOPE, 2017, p. 3), está-se a falar de 53,2% da população brasileira que não tem recursos a despender para arcar com custos além dos habituais. Essas pessoas, mesmo quando beneficiárias da justiça gratuita, têm dificuldade de suportar sozinhas os custos não monetários (como o dispêndio de tempo e acúmulo de estresse, a perda de moral com o empregador por conta da falta no trabalho) e os custos extrajudiciais (como o custo com transporte, com a coleta de prova e com a não produção de trabalho, quando ganha pela qualidade ou quantidade de trabalho) de uma ação judicial, sendo naturalmente avessas aos riscos de tal investimento. Elas precisam de seu tempo e dinheiro agora, sendo relutantes em esperar.

O financiamento de litígio contra concorrente tem uma qualidade a mais em relação ao financiamento de litígio por terceiro. Como o incentivo dos financiadores de litígio é o de lucrar, e não necessariamente perseguir o direito da parte financiada (AVRAHAM; WICKELGREN, 2014, p. 235), na realidade, sua estratégia é só investir em casos em que o direito material beneficia a parte financiada, o que cria uma situação de ineficiência do acesso à justiça (Shepherd, 2012, p. 595). O financiador de litígio também procura tomar para si a maior parte dos ganhos advindos do litígio.

Já no financiamento de litígio contra o concorrente, como o financiador tem interesse no aumento dos custos do seu concorrente, o que o conferirá maior domínio de mercado, poderá apresentar condições mais atrativas ao financiado do que aquelas de um financiador meramente interessado no lucro que pode auferir ao investir em um litígio, bem como ser mais ousado em relação a quais litígios financiará, financiando bons litígios, mas não somente os “grandes casos” ou os “casos ganhos”.

4.7.6. O legítimo interesse da dissuasão de práticas antijurídicas e a promoção do bom empresário

Com o financiamento de litígio contra o concorrente, desde que respeitados os parâmetros de plausibilidade do direito, veracidade das informações fornecidas e proporcionalidade do meio, empresários que ensejam uma maior quantidade de litígios contra si serão mais punidos que empresários que ensejam uma menor quantidade de litígios contra si. Os empresários que ensejaram uma maior quantidade de litígios contra

si foram negligentes, às vezes de forma sistemática, pelo não cumprimento de dever jurídico.

O financiamento de litígio contra o concorrente força que o “bom empresário” tenha existência salutar e longa no mercado, já que, por seu respeito à ordem jurídica, dificilmente será atacado. Já o “mau empresário” será penalizado por suas práticas, e possivelmente sairá do mercado. Se assim não for, o “bom empresário” ‘poderá ser prejudicado, perdendo fatias de mercado para empresários que, mesmo desrespeitando as leis [...], “conquistam” (mercado) [...] com práticas e condutas abusivas’ (EBERLIN, 2008, p. 12).

O perigo da proibição de um “razoável” financiamento de litígio contra concorrente é que o “mau empresário” procurará

‘auferir lucros ao vender o máximo possível, mascarar práticas [...] abusivas e, no caso de (pessoas) que optem por ajuizar ações, apostar na morosidade do judiciário, na concretização de acordos de baixo custo (culpa lucrativa) e, até mesmo, no fato de que algumas (pessoas) não têm o hábito de procurar o judiciário’ (EBERLIN, 2008, p. 12).

Sabendo dos custos do litígio, aqueles que descumprem com seu dever, principalmente os grandes *players*, vislumbram a baixa probabilidade de sofrerem processo judicial e serem condenados, permitindo-se descumprir mais deveres (SHEPHERD, 2012, p. 597). Também adotam uma postura não negociativa de “esperar para ver”, em relação àqueles que querem perseguir seus direitos, apostando que não acionarão a justiça e que simplesmente desistirão de sua pretensão (CABRAL, 2018b, p. 51).

Com a transferência desses custos do processo a terceiro, a parte torna-se um litigante neutro ao risco, tendo sua força negociativa aumentada e equalizada à da contraparte (AVRAHAM; WICKELGREN, 2014, p. 234). A contraparte passa a saber que seu adversário tem recursos para ajuizar a demanda e que ele será menos propenso a aceitar transações por desespero (CABRAL, 2018b, p. 51).

Com essa transferência, assim, o litigante evita de fazer uma transação prematura, a qual decorreria de sua necessidade imediata de dinheiro (AVRAHAM; WICKELGREN, 2014, p. 234).

Dessa forma, o financiamento de litígio por terceiro pode resultar na melhor compensação da parte financiada e na mais efetiva dissuasão de comportamentos condenados pelo ordenamento jurídico (SHEPHERD, 2012, p. 599).

Essa dissuasão se dá em dois níveis. Primeiro, aumenta os custos esperados da contraparte em incorrer em ilícitos similares, e, em segundo, aumenta a expectativa dos outros empresários de que poderão sofrer os mesmos custos se praticarem o ilícito (SHEPHER; STONE II, 2015, p. 953).

O correto financiamento de litígio contra concorrente tem por efeito desestimular o mau comportamento do concorrente, de forma que ele não possa auferir lucro dele. O mau empresário, diante da constante ameaça de litígio contra si, não poderá mais tirar vantagem da baixa propensão dos indivíduos de demandar seus direitos no judiciário. Dessa forma, não só não mais auferirá lucro de seus atos condenáveis, como, se tentar, incorrerá em maiores custos, e passará a perder mercado para o bom empresário, o qual não procura conquistar mercado com atos abusivos.

4.7.7. Interesses ilegítimos e interesses legítimos no financiamento de litígio contra concorrente

Não há que se negar que o financiamento de litígios contra concorrente carrega em si o ilegítimo interesse de aumentar os custos da concorrência e aumentar, dessa forma, seu poder de mercado. Esse interesse ilegítimo deve ser sopesado em relação aos legítimos interesses de 1. dissuadir condutas antijurídicas; 2. aumentar o acesso à justiça.

Se os interesses legítimos do agente pesarem mais do que os ilegítimos, a conduta não pode ser considerada abusiva. Não pretende este trabalho, de qualquer forma, dar resposta definitiva a essa questão valorativa. No entanto, é da opinião do autor que, respeitados os parâmetros neste trabalho estabelecidos, os referidos interesses legítimos são mais valiosos à sociedade do que o interesse condenável.

4.8. A bitola argumentativa da boa-fé objetiva

A boa-fé objetiva impõe aos sujeitos de direito o dever de manter em suas relações jurídicas um comportamento probo, leal e confiável (SANTOS, 2009, p. 47). Psicologicamente, é ‘a convicção de que se procede com lealdade, com a certeza da existência do próprio direito, do que deriva a convicção da licitude do ato ou da situação jurídica’, e eticamente significa a consideração, pelo agente, dos legítimos interesses alheios, como um dever de comportamento (AMARAL, 2017, p. 314).

Trata-se de conceito aberto a ser construído pela doutrina e jurisprudência conforme o contexto social determinar (SANTOS, 2009, p. 48). Suas funções relevantes ao presente estudo são servir como parâmetro de comportamento e de baliza ao exercício das posições jurídicas (SANTOS, 2009, p. 51).

4.8.1. A publicidade do financiamento de litígio contra concorrente

O financiamento de litígio contra o concorrente é uma forma de os agentes do mercado forçarem a obediência dos outros ao ordenamento jurídico, dissuadindo o engajamento em comportamento ilícito. Não atenta, portanto, contra interesses alheios legítimos, mas somente contra interesses alheios ilegítimos de lucrar com o próprio ato ilícito.

A tentativa de dissuadir o concorrente de praticar atos ilícitos não pode ser vista como um atentado à boa-fé objetiva.

Ainda assim, deve-se considerar que não há no mundo qualquer regulamento que obrigue o financiado a dar publicidade de seu financiador ou sequer se está tendo seu litígio financiado. É comum que o financiamento de litígio por terceiro se dê sob um “manto de sigilo” (U.S. Chamber..., 2012, p. 14). Dessa forma, não só será dificultoso de o concorrente provar ser vítima de um suposto abuso de direito de financiamento de litígio, como será difícil tomar ciência desse fato.

Como os alvos do financiamento de litígio não sabem que a outra parte está sendo financiada, estão mal equipados para defender sua posição ou ajustar sua estratégia jurídica (KHOSHSIMA, 2018, 1031). Não terá o alvo do financiamento de litígios contra concorrente a pressão externa de não cometer ilícitos. Na realidade, poderá, até mesmo, pretender cometer mais ilícitos com o fim de, com o dinheiro acumulado

indevidamente, pagar pelos ilícitos transformados em custos pelo judiciário, colocando-se numa situação de bola de neve.

O financiamento de litígios contra concorrente, quando feito às escuras, demonstra a preponderância da intenção de gerar custos ao rival sobre a intenção de o forçar a adequar-se ao sistema jurídico. Trata-se de verdadeira afronta à boa-fé objetiva do uso do instrumento.

É relevante que surja regulação no sentido de dar publicidade ao financiamento do litígio. Há movimentos nesse sentido no mundo, como, por exemplo, nos EUA (U.S. Chamber..., 2012, p. 14).

Na falta de regulação, ainda se pode argumentar que a não publicidade do financiamento de litígio contra concorrente configura conduta abusiva pela falta de boa-fé objetiva e por ser atitude contrária aos bons costumes.

De fato, se um dos fundamentos da legitimidade do financiamento de litígio contra o concorrente é a penalização do mau empresário, deve o empresário-alvo estar ciente de que sua penalização está sendo facilitada, para que verifique que entre seus interesses imediatos está a melhora da qualidade de suas relações jurídicas, e, assim, tenha oportunidade de prontamente se adequar. Do contrário, o financiamento de litígio contra concorrente não passará de um golpe obscuro contra a concorrência.

É possível que o financiador se utilize da possibilidade de obscuridade do financiamento de litígio para que não sofra represálias (KHOSHIMA, 2018, p. 1049). Tal fim, no entanto, não deve ser condenado. O que não deve haver é que o concorrente seja alvo de uma série de financiamentos de litígios sem saber, para que ele não se enrole nas teias de um empresário malicioso. Ainda é possível, por exemplo, que o empresário contrate em segredo empresa especializada em financiamento de litígio, para que essa empresa cobre menor lucro de litígios em que o réu é concorrente do empresário, desde que tal empresa não esconda desse concorrente que está a financiar tais litígios.

4.8.2. A veracidade das informações e o financiamento de litígio contra concorrente

Esse ponto é mais complexo no abuso de direito de financiamento de litígio contra concorrente do que no abuso de direito de petição. Afinal, nesse o abuso se dá somente por conduta própria, e naquele pode se dar por conduta de outro.

Deve ser considerada abusiva a conduta do financiador de litígio que promove, de qualquer forma, a enganosidade nas ações judiciais que financia. Assim, não deve o financiador patrocinar litígio contra seu concorrente quando sabe que tal litígio se baseia em informação falsa.

Também, pode-se falar no seu dever de conhecer o litígio que patrocina. Por conta do princípio geral do direito civil de que não se pode beneficiar da própria torpeza, não pode o financiador se beneficiar de seu conhecimento seletivo. Há um verdadeiro dever de buscar saber da veracidade das informações a serem fornecidas em litígio por seu financiado, para que procure evitar impor custos judiciais ao concorrente ao financiar litígio eivado de enganosidade gerada pelo financiado.

De fato, não é possível que o financiador de litígio tenha acesso infinito às informações de quem tem posse o financiado. Até porque podem haver informações as quais, por lei ou convenção privada, não poderia o financiador ter acesso.

No entanto, deve haver uma análise de razoabilidade, verificando-se se um financiador que não seria concorrente da parte contrária exigiria ou não informações específicas. Ou seja, deve-se verificar informações exigidas normalmente no mercado de financiamento de litígio.

Na hipótese de o financiador não demonstrar diligência em procurar saber das informações a serem prestadas em litígio, seu interesse em causar custos será preponderante sobre seu interesse em promover o acesso à justiça e de dissuadir atos ilícitos por seu concorrente.

De qualquer forma, não se pode condenar o financiador por não saber de informações que não tinha como ou não poderia saber.

5. EFEITOS ANTICONCORRENCIAIS

Os efeitos anticoncorrenciais reprimidos pela lei estão previstos nos incisos do art. 36 da Lei 12.529/11. Desses, aqueles aplicáveis ao presente estudo são limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; dominar mercado relevante de bens ou serviços; e exercer de forma abusiva posição dominante.

5.1. Limitar, falsear ou prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa

É assegurada aos agentes a liberdade de desenvolvimento de atividade econômica, a ser garantida por limites à sua atuação, de forma a preservar a manutenção do sistema e das “regras do jogo” (FORGIONI, 2018, p. 144).

Dessa forma, procura a lei proteger a livre concorrência e a livre iniciativa de limitação, falseamento e qualquer prejuízo pelos agentes do mercado.

Limitar a livre concorrência ou iniciativa é barrar total ou parcialmente a possibilidade de acesso de potenciais empreendedores à atividade produtiva, geralmente por meio de obstaculização (ULHOA, 2016, p. 232). Falsear a livre concorrência ou iniciativa é ocultar a prática anticompetitiva (ULHOA, 2016, p. 238). Prejudicar a livre concorrência ou iniciativa é incorrer em qualquer prática empresarial lesiva às estruturas do mercado (ULHOA, 2016, p. 239).

Pela amplitude dos termos desse dispositivo, pode-se dizer que qualquer ato poderá ser considerado ilícito se ‘prejudicar a livre iniciativa ou a livre concorrência em conduta dissociada de sua vantagem competitiva’ (FORGIONI, 2018, p. 147).

5.2. Domínio de mercados

Ter por objeto ou efeito a dominação de mercado é ‘propiciar a detenção de poder econômico suficiente para assegurar comportamento independente e indiferente em relação aos demais agentes’ (FORGIONI, 2018, 147). Ou seja, trata-se da busca por posição monopolística.

Ainda assim, por força do art. 36 §1º da Lei n. 12.529/2011, poderá a empresa buscar licitamente a posição dominante do mercado, vindo até a dominá-lo, com a eliminação de seus competidores, desde que por meio de sua maior capacidade em relação a eles (FORGIONI, 2018, 147).

Verifica-se que a posição dominante não é vedada em si, de forma que nem todo ato praticado por empresa em posição dominante será ilícito (FORGIONI, 2018, 147). Não é abusivo o exercício do poder econômico compatível com as estruturas de do livre de mercado (ULHOA, 2016, 229).

5.3. Exercício abusivo de posição dominante

Para Ulhoa (2016, p. 243), trata-se de mera redundância a previsão que condena o abuso de posição dominante, por estar abrangido pelos demais efeitos condenados previstos em lei, não podendo ser considerado efeito autônomo, sendo mera síntese da matéria.

5.4. O efeito anticoncorrencial do abuso do direito de petição

No abuso de direito de petição, o autor das ações busca impor custos colaterais a seus concorrentes ‘com objetivo de ganhos competitivos, independentemente do resultado final da ação’ (RENZETTI, 2017, p. 158). De modo geral, tem a jurisprudência do CADE reconhecido o potencial anticompetitivo da conduta (FRAZÃO, 2017, p. 393).

O Conselheiro Arthur Sanchez Badin exemplificou efeitos anticoncorrenciais da conduta, como

‘imposição de grandes custos às empresas com menor capacidade financeira; [...] uso da demanda como instrumento para prejudicar a imagem da empresa ré; [...] criação de barreiras artificiais à entrada de competidores no mercado; [...] prejuízo à atividade de concorrentes’ (CADE, PA nº 08012.004484/2005-51, 2010).

O Conselheiro Relator Vinícius Marques de Carvalho concluiu que a conduta elimina concorrentes do mercado e possibilita o aumento de preços pelos outros agentes do mercado (CADE, PA nº 08012.004283/2000-40, 2010).

Observou a Superintendência-Geral do CADE que uma ação enganosa, se enganar o judiciário, tem custo zero de implementação por parte do agente (CADE, PA nº 08012.011508/2007-91, 2015). Dessa forma, ‘uma ação de *sham litigation* “bem-sucedida” pode surtir efeitos anticompetitivos mesmo quando o autor não detiver, a priori, grande participação de mercado’ (FRAZÃO, 2017, p. 395-396).

5.5. O possível efeito anticoncorrencial de um financiamento de litígio por terceiro

É possível se alcançar efeitos anticoncorrenciais por meio do financiamento de litígios. No caso, alarga-se, por esse meio, o acesso à justiça contra o concorrente enquanto o acesso à justiça contra si permanece o mesmo. Dessa forma, o concorrente com maior probabilidade sofrerá os efeitos de suas condutas ilícitas, enquanto que o financiador, mantendo contra si probabilidade ordinária de sofrer litígios, não sofrerá tanto os efeitos de suas condutas ilícitas.

Do ponto de vista do litigante,

‘decidir entre o ajuizamento ou não de um processo judicial, entre o recurso ou o acordo diante de uma sentença desfavorável, significa [...] ponderar riscos e probabilidades contra os possíveis resultados finais, de acordo com a análise behaviorista do Direito’ (MARCELLINO JUNIOR, 2014, p. 203).

Assim, quanto maior o custo de litigar, ‘maior a chance de êxito exigida para que seja racional entrar com a ação e [...] quanto maior o ganho associado com a ação [...], menor essa probabilidade [...] precisa ser’ (ARAKE; GICO JR, 2014, p. 169).

Dessa forma, ‘se o resultado esperado da ação, dado pelo benefício esperado [...] subtraído do prejuízo esperado [...] e pelos custos de ajuizamento [...], for maior que zero, é racional o ajuizamento dessa ação’ (ARAKE; GICO JR, 2014, p. 169).

Como as ações judiciais acarretam riscos de prejuízos para as partes, não havendo possibilidade de prejuízo, a probabilidade do indivíduo avesso ao risco de optar pelo ajuizamento da ação é muito maior (MARCELLINO JUNIOR, 2014, p. 207). É exatamente isso que pode fazer o financiamento de litígio contra concorrente.

O financiamento de litígio contra concorrente dá aos grupos de excluídos do acesso à justiça tal acesso, quando eles foram excluídos por falta de interesse em dispor determinada quantia de dinheiro na perseguição de bem da vida ou por falta de recursos imediatos para custear tal perseguição.

Ainda assim, se isso ocorrer somente contra um empresário, e os outros se manterem numa situação em que há grande parcela de pessoas com pretensões jurídicas contra eles excluídas do “mercado de litígios”, aquele empresário terá maiores dificuldades de competir, por ter que desviar seus recursos para se defender na Justiça, enquanto os outros empresários poderão investir no crescimento de sua empresa e em oportunidades de negócio.

O financiador de litígio pode pretender desacelerar o progresso da competição dentro de seu mercado (KHOSHSIMA, 2018, p. 1032). Para tanto, sequer necessitam as demandas financiadas terem sucesso, bastando que se suje o nome de seu rival ou que o faça despender muito dinheiro, ao se promover o prolongamento de litígios contra ele (KHOSHSIMA, 2018, p. 1032).

Por vários meios o financiamento de litígio alcança efeitos anticoncorrenciais. O objetivo será, sempre, forçar o preço dos rivais acima dos próprios, ou levar os mesmos à falência. Pode-se, 1. Gastar menos com o investido em financiamento de ações do que

gasta o concorrente com os custos judiciais; 2. Fazer com que com que um concorrente perca uma chance, seja de entrar no mercado, seja de fechar um negócio; 3. Causar má reputação, com a maior quantidade de litígios contra o concorrente, o que desviará o interesse do mercado e dos consumidores de com ele contratar.

Não são muitos os exemplos do uso de financiamento de litígio como forma de intencionalmente prejudicar o outro, mas pode-se citar quando Frank VanderSloot disponibilizou um milhão de dólares ao seu fundo “Guardiões da Verdadeira Liberdade”, voltados a financiar qualquer um que procure litigar contra a “mídia liberal” (LEVI, 2017, p. 763), em especial a revista *Mother Jones*, a qual publicou crítica em relação às suas opiniões sobre direitos dos gays, o que o fez mover um processo por difamação (LEVI, 2017, p. 781). No caso, VanderSloot procura infligir uma “morte por mil cortes”, financiando o máximo de ações quanto o possível, de forma a dolosamente provocar custos contra determinados agentes do mercado midiático, sem se importar com retornos financeiros (LEVI, 2017, p. 785 - 786).

Outro exemplo foi quando o bilionário Peter Thiel secretamente financiou Hulk Hogan contra a revista Gawker sobre a publicação não autorizada de um vídeo de sexo (LEVI, 2017, p. 764). O fundador e proprietário da Gawker chegou a identificar a decisão judicial em favor de Hulk Hogan como a razão da falência da revista (LEVI, 2017, p. 788). Esse tipo de financiador, com o fim de falir a empresa alvo, vai procurar financiar casos de valores grandes, incentivando uma dura briga judicial, simultaneamente financiando vários litígios de menor valor (LEVI, 2017, p. 786).

O financiamento de litígio malicioso pode ser eficaz, tendo sido até mesmo, como se viu, a razão da falência de uma empresa. Isso não é novidade. Por esse motivo, na *common law*, existiam três tipos de proibição ao financiamento de litígio, *barratry*, *champerty*, e *maintenance* (KHOSHSIMA, 2017, p. 1033).

Essas proibições tiveram origem na Europa feudal, dada à prática comum de ricos senhores feudais de financiar litígios contra seus inimigos, aumentando, assim, seu poder e dinheiro, exigindo, como contrapartida ao financiamento, uma porção do resultado (KHOSHSIMA, 2018, p. 1033 - 1034).

Tais proibições foram sendo deixadas de lado, no entanto, em favor da visão do litígio como mecanismo de mudança social, o que permitiu se ver o financiamento de litígio como forma de acesso ao Judiciário (KHOSHIMA, 2018, p. 1034).

Ainda assim, nos dias de hoje, a Comissão Europeia recomenda aos Estados Membros que proibam que financiadores de litígio financiem ações coletivas quando o réu for um competidor do financiador (RODGERS et al., 2016, p. 7)

O abuso no financiamento de litígios, assim, poderia caracterizar dominação de setores da economia ou eliminação da competição, quando se refere à norma constitucional. Também poderia limitar ou prejudicar a livre concorrência ou iniciativa, dominar mercado relevante, ou exercer de forma abusiva posição dominante, quando nos referimos à norma legal.

Também, quando o financiamento de litígio contra concorrente for feito de forma sigilosa e abusiva, configurar-se-á falseamento da livre concorrência ou livre iniciativa.

5.6. Desnecessidade de posição dominante do agente

‘A autoridade concorrencial tem (dificuldades naturais) para, unilateralmente e com seus recursos limitados, gerenciar, controlar e supervisionar todo o mercado’ (FRAZÃO, 2017, p. 67). Por isso, ‘o Direito de Concorrência é [...] naturalmente seletivo, devendo se ocupar daquelas condutas que têm impactos no mercado’ (FRAZÃO, 2017, p. 225).

‘O Direito Antitruste [...] não visa a corrigir quaisquer comportamentos não éticos ou enganosos; seu propósito mais imediato é promover a concorrência, estimulando estruturas de mercado competitivas e intervindo seletivamente quando as condutas empresariais impõem, de fato, uma ameaça à livre concorrência’ (FRAZÃO, 2017, p. 431).

‘Com efeito [...] uma conduta [...] só se torna ilícito antitruste se houver um dano real ou potencial significativo à concorrência’ (FRAZÃO, 2017, p. 432). Em geral, a mera

concorrência desleal entre agentes desprovidos de poder de mercado não gera efeitos que ensejam a intervenção da autoridade antitruste (FRAZÃO, 2017, p. 433).

Ainda assim, não se exige que se comprove a posição dominante do agente econômico (FORGIONI, 2018, p. 148). Não é só um agente econômico com posição dominante que consegue atacar as estruturas de mercado protegidas pelo Antitruste. Têm sido observadas práticas que, embora executadas por agentes sem posição dominante, podem ter repercussões sobre o mercado como um todo (FRAZÃO, 2017, p. 253).

5.6.1. Posição dominante e abuso de direito de petição

O abuso de direito de petição é mais provável de ocorrer quando: 1. o autor for um agente econômico dominante ou houver uma conspiração entre agentes econômicos não dominantes; 2. o réu for um potencial entrante no mercado, ou um recente competidor; 3. a finalidade do autor for prevenir ou postergar a entrada ou expansão do réu, ou causar sua saída do mercado (KLEIN, 1989, p. 25).

Ainda que a posição dominante, do ponto de vista da racionalidade econômica, propicie o abuso de direito de petição, fixou-se o entendimento no CADE de que a potencialidade lesiva dessa conduta independe da existência de posição dominante (CADE, PA nº 08012.007189/2008-08, 2014).

Inclusive, para o Conselheiro Eduardo Pontual, “quanto menor a presença [...] no mercado, quanto menor for [...] *market share*, maior é o dano que uma prática de *sham litigation* pode ocasionar [...] em razão de maior aquisição de poder de mercado” (CADE, PA nº n. 08012.010648/2009-11, 2014).

Entende-se que se o abuso de direito de petição não for detectado e coibido, e enganar a autoridade decisória, o custo de implementação da conduta abusiva é zero. Dessa forma, uma decisão obtida fraudulentamente, a qual tem exequibilidade imediata, é independente do tamanho do agente econômico que a impetra, podendo surtir efeitos anticompetitivos mesmo na falta de grande participação de mercado.

Assim, como o sucesso da demanda pode ser suficiente para afastar concorrentes do mercado, o *market share* é irrelevante nos casos de *sham litigation* (CADE, PA nº n. 08012.011508/2007-91, 2015).

5.6.2. Posição dominante e o abuso de financiamento de litígio contra concorrente

As mesmas razões que fundamentam que o domínio de mercado é irrelevante para a configuração do abuso de direito de petição se apresentam no caso do abuso de financiamento de litígio por terceiro.

Essas são o baixo custo da prática e que o sucesso da prática abusiva é suficiente para afastar concorrentes do mercado.

Além disso, no caso do financiamento de litígio contra concorrente, a prática pode vir até mesmo a se mostrar lucrativa para o empresário que a exerce. Tanto assim o é que, em vários países, o financiamento de litígio por terceiro é prática lucrativa e largamente difundida.

O empresário que procura incentivar litígios contra seu concorrente, por obter ganhos com o maior domínio de mercado que poderá trazer a conduta, pode cobrar preços menores de seus litigantes financiados, o que aumenta ainda mais o litígio contra seu concorrente.

Por esses motivos, ainda com mais razão do que no caso de abuso de direito, o domínio de mercado deve ser irrelevante para a configuração do financiamento de litígio por terceiro.

6. CONCLUSÃO

O financiamento de litígio contra concorrente tem efeitos anticoncorrenciais e pode ser abusivo, caracterizando um ilícito antitruste.

No entanto, também pode servir de mecanismo que promove o acesso à justiça, as boas relações jurídicas dos empresários e a dissuasão de condutas antijurídicas pelos empresários.

A partir da jurisprudência do CADE em relação ao abuso de direito de petição, é possível se afirmar que deve o financiador de litígio contra concorrente, para evitar que sua conduta seja caracterizada como abusiva, somente financiar pretensões em que o direito perseguido for plausível, em que as informações utilizadas não procurem enganar a autoridade, e em que se respeita a proporcionalidade do meio e o direito perseguido.

Em relação à plausibilidade, deve o financiador somente patrocinar direitos que tenham efetiva chance de serem reconhecidos pela autoridade, e que tenham uma boa relação de custo-benefício-riscos. Para se verificar se não houve desrespeito à plausibilidade, deve-se perguntar se um financiador de litígio que somente busca o lucro, estando desinteressado nos efeitos concorrenciais de seus atos, financiaria determinado litígio. Também, pode-se verificar a proporção de demandas financiadas improcedentes em relação às procedentes, fator que indica se o uso do financiamento de litígio contra o concorrente foi abusivo.

Em relação à exigência da veracidade das informações fornecidas, haverá abusividade quando existir enganabilidade nas ações financiadas e o financiador tiver o dever de saber da mesma. No entanto, não tendo ou não podendo o financiador saber desses elementos de enganabilidade, também tendo sido manipulado, não será sua conduta abusiva. O parâmetro para a verificação do cumprimento desse dever é a prática de informações exigidas normalmente no mercado de financiamento de litígio por terceiro

Em relação à proporcionalidade, deve o financiador de litígio procurar o meio que mais promove os direitos de seu financiado, e, dentre aqueles meios que promovem esses

direitos de forma equivalente, deve escolher aquele que menos onera seu concorrente. Para se verificar se não houve desrespeito à proporcionalidade, deve-se, assim, verificar se o ato foi útil à perseguição do direito pela parte financiada.

Outro requisito para que a conduta não seja considerada ilícita é a notificação ao concorrente de que sua contraparte nos litígios judiciais está sendo financiada.

Respeitados todos os pontos, deve a conduta ser considerada não abusiva, e, portanto, lícita. No entanto, desrespeitado qualquer um deles, revela-se a prevalência de interesse ilegítimo, e deve a conduta ser considerada abusiva, e, portanto, ilícita.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. Direito Civil Introdução. São Paulo: Saraiva, 2017

AMATO, G.. Antitrust and the Bounds of Power. Oxford: Hart Publishing, 1997.

AVRAHAM, Ronen; WICKELGREN, Abraham. Third-Party Litigation Funding - A Signaling Model. Disponível em: <<https://via.library.depaul.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com.br/&httpsredir=1&article=1009&context=law-review>> Acesso em 20/11/2018.

BORK, Robert H.. The Antitrust Paradox A Policy at War with Itself. 1ª ed. Nova York: Basic Books, 1978

CABRAL, Antônio do Passo. Convenções sobre os custos da litigância (I): admissibilidade, objeto e limites. Revista de Processo, São Paulo, v. 276, 2018.

CABRAL, Antônio do Passo. Convenções sobre os custos da litigância (II): introdução ao seguro e ao financiamento processuais. Revista de Processo, São Paulo, v. 277, 2018.

COELHO, Fabio Ulhoa. Curso de direito comercial, volume 1. 20 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016

Confederação Nacional de Dirigentes Lojistas. Indicador de Reserva Financeira. Disponível em: <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwjsg8fr5-PeAhWKj5AKHcuxCsYQFjAAegQICRAC&url=https%3A%2F%2Fwww.spcbrasil.org.br%2Fwpimpress%2Fwp-content%2Fuploads%2F2017%2F02%2FAn%25C3%25A1lise-Indicador-de-Reserva-Financeira-_jan-17-1.pdf&usg=AOvVaw28Q-4uOjEeI6SS4ttkU_rn2017> Acesso em 20/11/2018.

Conselho Nacional de Justiça. Justiça em números 2018. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>> Acesso em 20/11/2018.

COSTA, Antonio Augusto da Costa. Abuso de Direito no Código Civil. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cp002071.pdf>> Acesso em 20/11/2018.

DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a Sério. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

EBERLIN, Fernando Büscher Von Teschenhausen. O concorrente como consumidor equiparado. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v. 66, 2008.

ESTADOS UNIDOS. Corte de Apelação do nono circuito. Apelação nº 92-15497, rel. Kozinski. Data de julgamento: 26/07/1994.

FORGIONI, Paula A.. Os fundamentos do antitruste. 10ª ed. São Paulo: Thomas Reuters Brasil, 2018.

FRAZÃO, Ana. Direito da Concorrência Pressupostos e perspectivas. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. 1994

GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. Direito ANTITRUSTE. 4ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016

GOYDER, D. G.. EC Competition Law. 3ª ed. Londres: Oxford University Press, 1998.

HOFSTADTER, Richard. The Paranoid Style in American Politics and Other Essays. Nova Iorque: Harvard University Press, 1965.

HOVENKAMP, Herbert. Antitrust Policy After Chicago. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1396788> Acesso em 20/11/2018.

HOVENKAMP, Hebert. The Antitrust Enterprise Principle and Execution. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2005.

IBOPE. Pesquisa de opinião pública sobre otimismo. Disponível em: <[http://www.ibopeinteligencia.com/arquivos/JOB_1039_EOY%20-%20Relatório%20de%20tabelas%20\(divulga%C3%A7%C3%A3o\).pdf](http://www.ibopeinteligencia.com/arquivos/JOB_1039_EOY%20-%20Relatório%20de%20tabelas%20(divulga%C3%A7%C3%A3o).pdf)> Acesso em 20/11/2018.

JONES, Jones; SUFRIN, Brenda. EC Competition Law. Nova Iorque: Oxford University Press, 2001.

KAYSEN, Carl; TURNER, Donanld F.. Antitrust Policy. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1959.

KHOSHSIMA, Anusheh. Malice Maintenance Is “Runnin’ Wild”: A Demand for Disclosure of Third-Party Litigation Funding. Disponível em: <<https://brooklynworks.brooklaw.edu/blr/vol83/iss3/5/>>_Acesso em 20/11/2018.

KLEIN, Christopher C.. The economics of sham litigation: Theory, cases, and policy. Bureau of Economics Staff Report to the Federal Trade Commission, 1989.

LEVI, Lili. The Weaponized Lawsuit Against the Media: Litigation Funding as a New Threat to Journalism. Disponível em: <https://repository.law.miami.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1382&context=fac_articles> Acesso em 20/11/2018.

MAEDA, Renata de Souza. Pressupostos da responsabilidade civil: nexo causal. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13531> Acesso em 20/11/2018.

MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. 4ª ed. São Paulo: RT, 2002.

MARTINS, Pedro Baptista. O Abuso do Direito e o Ato Ilícito. 2ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1941.

PEREIRA, Felipe Pires. Abuso do direito nas relações jurídicas possessórias. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/19414/2/Felipe%20Pires%20Pereira.pdf>> Acesso em: 20/11/2018.

PITOFISKY, Robert. Content of Antitrust. Disponível em: <https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com.br/&httpsredir=1&article=4867&context=penn_law_review> Acesso em: 20/11/2018.

RENZETTI, Bruno Polonio. Tratamento do Sham Litigation no Direito Concorrencial Brasileiro à Luz da Jurisprudência do CADE. Disponível em: <<http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrencia/article/view/281>> Acesso em: 20/11/2018.

RODGERS, Anne; SCOTT, Peter; SANZ, Arnaud; BROWN, D. Michael. Emerging Issues in Third-Party Litigation Funding: What Antitrust Lawyers Need to Know. Disponível em: <<https://www.harbourlitigationfunding.com/wp-content/uploads/2016/12/Litigation-Funding-in-Antitrust-Litigation-American-Bar-Dec-2016.pdf>> Acesso em: 20/11/2018.

SAHANI, Victoria Shannon. Judging Third-Party Funding. Disponível em: <<https://scholarlycommons.law.wlu.edu/wlufac/499/>> Acesso em: 20/11/2018.

SANTOS, Thiago Rodovalho dos. Abuso de Direito. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp113021.pdf>> Acesso em 20/11/2018.

SCHERER, F. M.; ROSS, D.. Industrial Market Structure and Economic Performance. 3ª ed. Boston: Houghton Mifflin, 1990

SGARBI, Adrian. Clássicos da Teoria do Direito. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2009

SGCADE. Anexo à nota técnica nº 17/2016/cgaa3/sga1/sg/cade. Disponível em: <https://www.jota.info/wp-content/uploads/2016/05/Nota_Tecnica_IABR.pdf?x48657>. Acesso em: 20/11/2018.

SHANNON, Victoria A.. Harmonizing Third-Party Litigation Funding Regulation. Disponível em: <<https://americanlegalfin.com/wp-content/uploads/2015/11/SHANNON.36.3.pdf>> Acesso em 20/11/2018.

SHEPHERD, Joanna M.. Ideal versus Reality in Third-Party Litigation Financing. The Journal of Law, Economics & Policy, Virginia, v. 8.3, 2012.

SHEPHERD, Joanna M.; STONE II, Judd E.. ECONOMIC CONUNDRUMS IN SEARCH OF A SOLUTION: The Functions of Third-Party Litigation Finance. Disponível em: <http://arizonastatelawjournal.org/wp-content/uploads/2015/12/Shepherd_Final.pdf>

U.S. Chamber Institute for Legal Reform. Stopping the sale on lawsuits: a proposal to regulate third-party investments in litigation. Disponível em: <https://www.instituteforlegalreform.com/uploads/sites/1/TPLF_Solutions.pdf> Acesso em 20/11/2018.

VINHAS, Tiago Canção. Sham litigation: do abuso do direito de petição com efeitos anticoncorrenciais. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-09022015-103806/pt-br.php>> Acesso em 20/11/2018.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.006076/2003-72, rel. Conselheiro Luiz Carlos Thadeu Delorme Prado. Data de julgamento: 04/09/2007.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.004484/2005-51, rel. Conselheiro Fernando de Magalhães Furlan. Data de julgamento: 18/08/2010.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.004283/2000-40, rel. Conselheiro Vinícios Marques de Carvalho. Data de julgamento: 05/12/2010.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.001397/2008-95, rel. Conselheira Ana Frazão. Data de julgamento: 26/09/2012.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.010648/2009-11, rel. Conselheiro Eduardo Pontual. Data de julgamento: 30/04/2014.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.004572/2007-15, rel. Conselheiro Alessandro Octaviani. Data de julgamento: 04/06/2014.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.007189/2008-08, rel. Conselheiro Ricardo Machado Ruiz. Data de julgamento: 01/10/2014.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.010075/2005-94, rel. Conselheiro Gilvandro Araújo Vasconcelos. Data de julgamento: 01/10/2014.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.011508/2007-91, rel. Conselheira Ana Frazão. Data de julgamento: 25/06/2015.

BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988.

Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>

Acesso em: 20/11/2018.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm> Acesso em: 20/11/2018.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm> Acesso em:

20/11/2018.

BRASIL. Lei nº 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: 20/11/2018.