
SHAM LITIGATION, DIREITO DE PETIÇÃO E O PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO

César Mattos

*Doutor em economia e Conselheiro do
Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE*

Paulo Vinícius

*Especialista em Políticas Públicas e Gestão
Governamental em exercício no CADE*

1 APRESENTAÇÃO

Esse artigo pretende fazer um exame da doutrina americana da sham litigation e sua aplicação no Brasil em face do arcabouço normativo nacional. Inicialmente, na seção dois, delinearemos a conduta de sham litigation em face do direito fundamental de petição, fazendo a analogia com o arcabouço normativo nacional. No confronto entre os dois institutos, apontaremos as hipóteses e condições em que o exercício do direito de petição, por um lado, goza de isenção antitruste e aquelas em que, por outro, a isenção é afastada para incidir a persecução antitruste.

Na seção três, apresentaremos as bases normativas que sustentam o direito fundamental de petição no Brasil. Na seção quatro, faremos um breve estudo do que vem a ser o tipo “abuso de direito”, segundo o disposto no Novo Código Civil, para entendermos como se configuraria o afastamento da isenção antitruste do direito de petição no direito pátrio.

Na seção cinco, buscaremos o enquadramento do conceito de sham litigation apresentado na primeira seção, na legislação nacional, de modo a delinear mais objetivamente o seu tipo.

Na seção seis, enfrentaremos a questão da competência para julgar casos de sham litigation no Brasil, considerando os vários diplomas normativos de forma sistêmica. Ao final, concluímos.

2 SHAM LITIGATION E DIREITO DE PETIÇÃO

Sham litigation é a conduta consubstanciada no exercício abusivo do direito de petição, com a finalidade de impor prejuízos ao ambiente concorrencial. Ou, em outras palavras, *sham litigation* é a litigância predatória ou fraudulenta com efeitos anticompetitivos, ou seja, o uso impróprio das instâncias judiciais e dos processos governamentais adjudicantes contra rivais para alcançar efeitos anticompetitivos (KLEIN, 1989). O objetivo final seria aumentar os custos ou reduzir a demanda dos rivais.

O conceito, originário da comunidade jurídica norte-americana surgiu como exceção à doutrina *Noerr-Pennington*¹, que concedia imunidade antitruste ao exercício do direito de petição².

A *Noerr-Pennington Doctrine* surgiu da necessidade de traçar parâmetros para a ação antitruste em face do direito fundamental de petição. Nesse sentido, a petição junto ao Poder Público, Executivo, Legislativo e Judiciário, gozaria de isenção antitruste, ainda que com finalidades anticompetitivas.

A finalidade dessa doutrina reside no não constrangimento deste importante canal de comunicação entre o indivíduo e o Estado. A idéia seria

1 A designação *Noerr-Pennington* decorre de duas decisões da Suprema Corte dos EUA, nos casos *Eastern Railroad Presidents Conference v. Noerr Motor Freight, Inc.* e *United Mine Workers of America v. Pennington* (CASTRO, 2009, p. 1).

2 O direito de petição naquele país é consagrado pela Primeira Emenda à constituição dos Estados Unidos, de modo que integra o seu *Bill of Rights* (Ibid. p. 3). Petição entendida então no sentido amplo, envolvendo comunicações dirigidas aos três Poderes, atos de protesto e lobbying (FTC Staff Report, 2006).

que a intervenção antitruste, por sua própria natureza, não deveria obstar a manifestação política dos cidadãos em direção às esferas decisórias.

As *sham exceptions*, por sua vez, surgiram da hipótese de o exercício do direito de petição não passar de mera simulação de fatos, com o único intuito de provocar prejuízos aos rivais. Incluir-se-ia aí o perjúrio de testemunhas, a fraude na obtenção de patentes, o suborno de agentes públicos e a conspiração com autoridades públicas (FIDELIS, 2009).

Como eixo orientador da análise, a Suprema Corte Americana, ao julgar o caso *Professional Real Estate Investors, Inc. versus Columbia Pictures (PRE)*, avaliou a incidência das hipóteses de *sham litigation* com base em dois aspectos. Primeiro, se a ação é desprovida de base objetiva, de modo que nenhum litigante razoável poderia, de fato, ter expectativas de ser bem sucedido em seu mérito. Segundo, cumulativo com o primeiro, se o litigante espera influir nos negócios da(s) empresa(s) concorrente(s) tão somente através do processo em si mesmo, ao invés de buscar sua satisfação no resultado do processo³.

Posteriormente, a jurisprudência evoluiu para considerar uma outra hipótese de *sham litigation*, que é a ação ancorada em bases enganosas, onde o litigante procura efetivamente o resultado do processo, porém induzindo o Estado a erro⁴.

O direito de petição abrangeria também, naturalmente, o direito de peticionar politicamente, junto ao Poder Legislativo. Nesse caso, entretanto, o direito de petição deve ser menos constrangido pela possibilidade de “abuso de direito”. Isto porque, nesse caso trata-se de petição política, que demanda avaliação também política por parte do Legislador que, em nome da coletividade que representa, decidirá se o pleito corresponde ou não à vontade dessa coletividade.

De fato, se na confecção legislativa presume-se manifestação da vontade da coletividade, naturalmente ela não pode estar sujeita à lei. Antes, ela sujeita a própria lei, alterando-a, revogando-a e editando nova lei em seu lugar. Em outros termos, sendo a lei a manifestação da vontade da coletividade por meio do poder legislador, esta mesma coletividade não deve ser limitada em sua liberdade de acessar o legislador. Essa liberdade é, em tese, quase ilimitada, pois dela se origina todo o regramento jurídico. Assim, não pode a autoridade concorrencial, em princípio, restringir a representação dessa vontade soberana junto ao poder legislativo, em razão de eventuais efeitos anticompetitivos originarem-se daí. Novamente, a posição da Suprema Corte Americana no caso *United Mineworkers of America*

3 KLEIN (2007) afirmou: “Thus, economic sham litigation occurs “...when his (the predator’s) purpose is not to win a favorable judgement against a competitor but to harass him, and deter others, by the process itself - regardless of outcome - of litigating.” 5/ The Court’s opinion also rejected its own previous reasoning, which indicated that a sham could occur if claims were filed with or without probable cause”. Ver também *Enforcement Perspectives on the Noerr-Pennington Doctrine. An FTC Staff Report*, 2006, op.cit., p. 10-11.

Importante acrescentar, no entanto, a evolução do entendimento daquela Corte no sentido de que, mesmo uma ação com objetivos retaliatórios, ainda que mal sucedida, pode se abrigar sob a proteção do direito fundamental de petição quando é baseada numa reclamação legítima (v, *Enforcement Perspectives on the Noerr-Pennington Doctrine. An FTC Staff Report*, 2006, p. 13).

4 Ibid., p. 22-23.

v. Pennington é bastante elucidativa, quando declara que “os esforços conjuntos para influenciar os agentes públicos não violam as leis antitruste, embora destinados a eliminar a concorrência”⁵.

A exceção se verifica quando os próprios meios utilizados para se obter uma resposta do Legislador são restritivos à concorrência. Ou seja, não se verifica a isenção antitruste quando a concorrência vem a ser restringida pelos meios utilizados para se obter uma resposta do Parlamento, ao contrário do que acontece quando a restrição originar-se de uma resposta efetiva do Parlamento⁶. Essa foi também a posição do FTC em *Federal Trade Commission v. Superior Court Trial Lawyers Ass’n (SCTLA)*⁷.

Também deve ser observada com cautela a hipótese de o demandante apresentar sua petição em bases falsas, municiando o Legislador de informações distorcidas sobre a realidade do mercado. Todavia, presume-se o dever do Legislador de filtrar criteriosamente as informações oriundas das manifestações que recebe, ainda mais quando aquelas informações servirão de subsídio para o estabelecimento de normas com *status* de lei.

Não obstante, poderia a mera tentativa de induzir a erro o agente político, na busca de uma resposta potencialmente anticoncorrencial, constituir-se numa infração antitruste?⁸

A resposta a essa pergunta deve ser balizada pela assertiva defendida acima de que o SBDC não tem competência para agir diretamente na relação de *lobby*. Caso contrário, como já mencionado, a autoridade antitruste estará se colocando no papel de guardião, não apenas da concorrência, mas das manifestações e respostas políticas oriundas da relação entre o Legislador e a coletividade. Não há normas que lhe atribuam essa competência⁹.

A posição ora defendida também é seguida pela FTC, ao declarar que representações ao Legislativo, ainda que feitas em bases falsas, devem ser protegidas da perseguição antitruste¹⁰.

Neste caso, eventual ação do SBDC deve ser dirigida ao próprio Poder Legislativo, restrito ao objetivo de advogar em favor da concorrência.

5 Ibid., p. 7.

6 Considere, por exemplo, a coordenação entre concorrentes, com troca de informações concorrentialmente relevantes, precedendo eventual lobby para obter do Congresso uma resposta favorável. Nesse caso, a perseguição antitruste deverá surgir, não do lobby propriamente dito, mas da coordenação entre concorrentes que, por si só, pode acarretar danos à concorrência,

7 Ibid., p. 10.

8 Ibid., p. 23-24.

9 Pretender que o art. 20 da Lei 8.884/94, ao referir-se a “atos sob qualquer forma manifestados” abrange inclusive atos do Poder Legislativo e sua relação com a coletividade é pretender dar à referida norma o status de norma constitucional, tendente a desrespeitar, inclusive, o princípio fundamental da separação dos Poderes, conferindo ao Poder Executivo a prerrogativa de delimitar as relações entre o Poder Legislativo e a coletividade.

10 Ibid., p. 36. No caso de petições ao Legislador, o FTC estende a isenção também para os casos de petições reiteradas sem preocupação com a razoabilidade do mérito, com finalidades anticoncorrenciais: “Thus, for example, repetitive petitions to a legislature should be sheltered from antitrust liability for the same reasons that misrepresentations to a legislature are sheltered”.

3 O DIREITO DE PETIÇÃO E SUA NORMATIZAÇÃO

É certo que o conceito de *sham litigation*, na medida em que se conecta com o conceito de abuso de direito, pode conferir margem excessiva de discricionariedade ao aplicador do direito ao avaliar a sua incidência para o caso concreto. Daí a necessidade de traçar parâmetros objetivos para a análise da autoridade antitruste, em um esforço de criar uma tipicidade para a conduta e, por conseguinte, limitar os eventuais excessos do alcance punitivo do Estado.

Esses limites que distinguem o exercício regular do direito fundamental de petição, da infração à ordem econômica se resolvem pelo conceito e delimitação do que vem a ser o abuso do direito de peticionar, que está no seio da definição de *sham litigation*.

O conceito de exercício *regular* de um direito traz em si o pressuposto do que vem a ser o seu abuso. De fato, a teoria do abuso de direito se estrutura, no âmbito do direito subjetivo, como uma violação a elementos do direito, qual seja, a sua finalidade econômica ou social. Em outras palavras, o abuso de direito é o uso irregular desse direito, com finalidade diversa daquela para a qual o respectivo direito foi reconhecido como tal.

Assim, podemos conceituar abuso de direito como o ato de se utilizar de um poder, uma faculdade, um direito, ou uma coisa, de modo a extrapolar o que o direito e a sociedade razoavelmente permitem (VENOSA, 2007).

Exemplificativamente, citamos, no direito do trabalho, o exercício da greve com objetivos diversos de beneficiar os trabalhadores; e, no direito processual, a litigância de má-fé.

Embora concordando com VENOSA quanto à posição supralegal em que se deve abrigar a compreensão do abuso de direito, reconhecemos também o acerto na tipificação deste instituto no art. 187 do Novo Código Civil (CC), na categoria de atos ilícitos:

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

Note-se que a caracterização do abuso de direito, ao contrário dos atos ilícitos, independe de culpa ou dolo (VENOSA, 2007, p. 529 e 520). A responsabilidade é objetiva, ou seja, extrapolando os limites do exercício regular de um direito, o autor incide em abuso de direito. A violação se verifica no excesso, no desrespeito aos limites estabelecidos pela própria razão de ser da norma, no tocante ao aspecto sócio-econômico, bem como no desrespeito aos limites impostos pela boa-fé e bons costumes.

Os dispositivos legais que regulamentam o exercício regular do direito de petição judicial e seu respectivo abuso estão nos artigos 14 a 17 do Código de Processo Civil. Os incisos I, II e III, especificamente, do art. 14, estabelecem regras que devem ser observadas, para o uso regular do direito em tela:

Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo: (Redação dada pela Lei nº 10.358, de 27.12.2001)

I - expor os fatos em juízo conforme a verdade;

II - proceder com lealdade e boa-fé;

III - não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento;

Ocorre, ainda, que o descumprimento do disposto acima também remete ao disposto no art. 17, que trata da litigância de má-fé:

Art. 17. Reputa-se litigante de má-fé aquele que: (Redação dada pela Lei nº 6.771, de 27.3.1980)

I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso; (Redação dada pela Lei nº 6.771, de 27.3.1980)

II - alterar a verdade dos fatos; (Redação dada pela Lei nº 6.771, de 27.3.1980)

III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal; (Redação dada pela Lei nº 6.771, de 27.3.1980)

IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo; (Redação dada pela Lei nº 6.771, de 27.3.1980)

V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo; (Redação dada pela Lei nº 6.771, de 27.3.1980)

VI - provocar incidentes manifestamente infundados. (Redação dada pela Lei nº 6.771, de 27.3.1980)

VII - interpor recurso com intuito manifestamente protelatório. (Incluído pela Lei nº 9.668, de 23.6.1998)

Embora a figura do abuso de direito seja mais ampla que a da litigância de má-fé, esta última, em alguns casos, nos fornece os parâmetros mais frequentes para verificar se o abuso estará caracterizado¹¹.

A norma infraconstitucional que disciplina o exercício do direito constitucional de peticionar administrativamente, por sua vez, é a Lei 9.784/99, que regula o processo administrativo na esfera federal, em seu art. 4º, incisos I, II, III:

Art. 4º São deveres do administrado perante a Administração, sem prejuízo de outros previstos em ato normativo:

I - expor os fatos conforme a verdade;

II - proceder com lealdade, urbanidade e boa-fé;

11 Trataremos da razão pela qual se considera que a litigância de má-fé não esgota as hipóteses de abuso de direito de petição judicial mais adiante, na seção que discute a competência do SBDC para julgar e punir práticas de sham litigation.

III - não agir de modo temerário;

Observe-se a semelhança entre o texto do art. 14 do CPC e o texto do dispositivo acima, indicando que os princípios que os regem são os mesmos e a aplicação analógica entre ambas as esferas é direta.

4 O TIPO *SHAM LITIGATION*

Inicialmente, importa atentarmos para o art. 20 da Lei 8.884/94, que delimita o que pode ser considerado infração anticoncorrencial, *in verbis*:

Art. 20. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros;

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

É importante fazer uma ressalva ao texto do caput do artigo citado, que será importante para a configuração da hipótese de *sham litigation*. Embora o texto diga que constituem infração anticoncorrencial os atos *que tenham por objeto* produzir os efeitos enumerados nos incisos apresentados, a farta jurisprudência do SBDC entende que somente serão consideradas infrações anticoncorrenciais os atos que tenham potencial para produzir tais efeitos. Caso contrário, estaríamos tratando de *crime impossível*.

Com efeito, se dois motoristas de táxi do ponto mais próximo ao CADE resolverem combinar não dar descontos aos clientes, dificilmente poderia ser considerado um ilícito anticoncorrencial, dada a total falta de capacidade desses agentes, coordenadamente, imporem preços ao mercado.

Daí, podemos concluir que quando o abuso do direito de petição carrega consigo o potencial de acarretar os efeitos relacionados nos incisos I a IV do art. 20 da Lei 8.884/94, este se constitui em infração à ordem econômica, passível de punição pela autoridade antitruste. Essa é a inteligência, demonstrada, do art. 187 do CC, combinado com o art. 20, incisos I a IV da Lei 8.884/94.

Saliente-se, ainda, o caráter objetivo da infração, como de resto são configuradas as demais infrações delineadas na Lei 8.884/94. Essa objetividade guarda pertinência com a figura do abuso de direito, conforme explanado acima.

O desenho normativo acima é pertinente com o conceito de *sham litigation*. Note-se que a Lei Antitruste vai adiante na configuração do tipo,

ao relacionar, entre as condutas anticoncorrenciais enumeradas no art. 21, aquelas descritas nos incisos IV e V, quais sejam:

IV - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado;

V - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços;

Considerando o conceito de *sham litigation*, acima citado, bem como a jurisprudência também supramencionada, que demonstra a utilização do expediente de peticionar para elevar os custos ou reduzir a demanda de empresas rivais, concluímos que a prática de *sham litigation* está delineada no arcabouço jurídico nacional, na combinação do art. 187 do CC, com o art. 20 da Lei 8.884/94 e encontra-se enumerada nos incisos IV e V do art. 21 da mesma lei.

A composição dos dispositivos mencionados orienta a proposição de um teste de dois estágios para a verificação da efetiva caracterização da conduta:

- 1) Houve abuso no exercício do direito de peticionar, tanto judicial, como administrativamente.
- 2) Houve potencialidade de a prática do estágio 1 gerar efeitos anticompetitivos.

O estágio 2 do teste apenas seria atingido caso a resposta para o estágio 1 seja positiva.

5 DA COMPETÊNCIA DO SBDC PARA DECIDIR CASOS DE *SHAM LITIGATION* E AS DIVERSAS FORMAS DE CONFIGURAÇÃO DA CONDUTA

O art. 18 do CPC concede competência privativa para o juiz *do processo* declarar a ocorrência de litigância de má-fé:

Art. 18. O juiz ou tribunal, de ofício ou a requerimento, condenará o litigante de má-fé a pagar multa não excedente a um por cento sobre o valor da causa e a indenizar a parte contrária dos prejuízos que esta sofreu, mais os honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou. (Redação dada pela Lei nº 9.668, de 1998)

Já foi suscitada a incompetência do SBDC para julgar casos de *sham litigation*, sob o argumento de que sua configuração teria como condição necessária a ocorrência de litigância de má-fé. Nesse diapasão, o SBDC dependeria de manifestação expressa do juiz pela configuração da litigância de má-fé, para, então, prosseguir na esfera de sua competência, que seria, tão somente, verificar se a litigância de má-fé acarretou ou teve o potencial de acarretar os efeitos do art. 20 da lei 8.844/94 (YARSHELL, 2009).

Acrescente-se, ainda, a questão do poder-dever do juiz de se manifestar, que é particularmente importante para a nossa discussão, pois implica dizer que, entendendo que houve litigância de má-fé, o Juiz *deve* se

manifestar, ou seja, caso o mesmo não tenha se manifestado nesse sentido, presume-se que de litigância de má-fé não se trata. E, se a *autoridade competente* entendeu que não houve litigância de má-fé, o SBDC deveria quedar inerte, segundo esse entendimento.

Pretendemos demonstrar que a assertiva não é verdadeira, não obstante a litigância de má-fé, em alguns casos, integrar a conduta de *sham litigation*.

Inicialmente, saliente-se que ambas as condutas podem ocorrer de forma independente, ou seja, a ocorrência de ilicitude no exercício da ação judicial não depende da ocorrência de infração concorrencial; pode haver litigância de má-fé sem haver ilícito antitruste por via de *sham litigation*. Assim também, pode haver *sham litigation* sem haver litigância de má-fé. Ou seja, litigância de má fé não é condição nem necessária e nem suficiente para a caracterização de *sham litigation*.

Para que a competência do SBDC seja afastada é necessário, primeiro, que a litigância de má-fé seja, invariavelmente, condição necessária para haver *sham litigation*; e, segundo, que não existam outros diplomas legais, além do CPC, aplicáveis à conduta de *sham litigation*, ou, se existirem, que esses diplomas atribuam competência privativa a outras autoridades, diversas do SBDC, para julgar sua incidência.¹²

Note que ambas as premissas devem ser atendidas conjuntamente, e não alternativamente, para que a competência do SBDC se exclua dos casos de *sham litigation*.

A litigância de má-fé ocorre apenas se configurada alguma das hipóteses dos incisos I a VII do art. 17 do CPC, além de pressupor a existência de dolo¹³.

Acrescente-se a isso que a Lei 8.884/94 estabelece, no *caput* do art. 20, que os atos passíveis de serem considerados como infração à ordem econômica independem de culpa – logo, a necessidade de dolo, mais ainda, está excluída. Assim, a litigância de má-fé, de conceito mais restrito que o do abuso de direito, é condição suficiente, porém não necessária, para que haja abuso de direito, pois este último pode ocorrer em hipóteses diversas, que não a litigância de má-fé.

Ora, como a litigância de má-fé é condição suficiente e não necessária para que haja abuso de direito e o abuso de direito não é condição suficiente – embora necessária – para que haja *sham litigation*, concluímos que litigância de má-fé não é condição, nem necessária, nem suficiente, para que haja *sham litigation*.

O esquema abaixo pode facilitar o entendimento exposto:

12 Deveríamos acrescentar uma terceira premissa: que o CPC não possa ser aplicado por analogia na esfera administrativa de competência do SBDC. No entanto, por motivo de clareza e pela restrição do escopo do presente artigo, nos absteremos de aprofundar-nos no estudo dessa premissa, nos limitando a voltar a mencioná-la à frente, na forma de anotação.

13 “Entende o STJ que o art. 17 do CPC, ao definir os contornos dos atos que justificam a aplicação de pena pecuniária por litigância de má-fé, pressupõe o dolo da parte no entravamento do trâmite processual, manifestado por conduta intencionalmente maliciosa e temerária, inobservado o dever de proceder com lealdade” (STJ-3ª Turma, REsp 418.342-PB, rel. Min. Castro Filho, j. 11.6.02, deram provimento, v.u., DJU 5.8.02, P. 337 – NEGRÃO, Theotonio e GOUVÊA, José Roberto Ferreira. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 37 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 133).

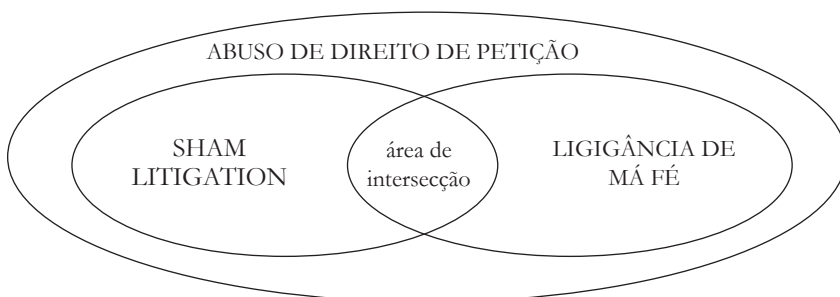


Figura 1. Diagrama da relação entre abuso de direito de petição, *sham litigation* e litigância de má-fé

Como os casos de *sham litigation* não se restringem à incidência de litigância de má-fé, portanto, não se pode presumir que o CADE esteja sujeito à manifestação do juiz para reprimir a sua prática.

A configuração do ilícito pode se dar, por exemplo, no caso do autor que impetra uma série de ações, de maneira sistemática e reiterada, com o único intuito de criar obstáculos ao funcionamento de empresas concorrentes. Ainda que em algumas das ações o impetrante venha a obter decisões favoráveis, o uso do conjunto delas como estratégia anticompetitiva, sem atenção para a razoabilidade de seus méritos pode configurar ação passível de punição pela autoridade da concorrência, embora amparada no exercício do direito constitucional de petição judicialmente. Essa foi a decisão no caso *United States of America. U.S. Court of Appeals, Ninth Circuit. USS-POSCO Industries contra Costa Building & Construction Trade Council*¹⁴. De

14 Essa é uma variação da proposta de análise, inaugurada com o caso PRE, mencionado acima. A questão, no entanto, que não está suficientemente clara na jurisprudência norte americana é se na análise de casos envolvendo multiplicidade de ações, deve-se verificar a razoabilidade de cada uma das ações, aplicando o teste PRE, ou a prática pode ser considerada *sham* independentemente das ações individuais serem desprovidas de bases razoáveis. A tendência é pela segunda linha, onde o que se verifica é se o número de petições impetradas foi realmente necessário para obter e resposta pretendida, embora qual vem a ser número necessário não esteja definido, devendo ser aplicado caso a caso. Ver *In re Terazosin Hydrochloride Antitrust Litigation*, 335 F. Supp. 2d 1336, 1367 n.29 (S.D. Fla. 2004); *Primetime 24 Joint Venture v. Nat'l Broad. Co.*, 219 F.3d 92, 101 (2d Cir. 2000) (Winter, J.); *Amarel v. Connell*, 102 F.3d 1494, 1519 (9th Cir. 1996); e *USS-POSCO Indus. v. Contra Costa County Bldg. & Constr. Trades Council*, 31 F.3d 800, 810-11 (9th Cir. 1994) (Kozinski, J.). Neste último caso, a Corte inferiu que, na medida em que a maioria das ações tinha mérito, o propósito dos réus não era a demora ou molestar o autor, mas era o de conseguir uma decisão favorável.

[...]

“BE & K argues that the unions engaged in a pattern of “automatic petitioning of governmental bodies ... without regard to and regardless of the merits of said petitions.” S.AC p 27; see also id. at p 32(a) (alleging that unions filed “a series of overlapping, repetitive and sham lawsuits against plaintiffs, their employees and attorneys ... with or without probable cause and regardless of the merits of the claims asserted therein”) (emphasis added); id. at p 30(a) (describing published article by the Business Manager of the Contra Costa Building Trades Council describing a computer system through which “all permits for known non-union contractors would automatically be protested, regardless of size or amount of permit”). BE & K relies on *California Motor Transport Co. v. Trucking Unlimited*, where the Supreme Court held the allegations “that petitioners ‘instituted the proceedings and actions ... with or without probable cause, and regardless of the merits of the cases,’ 404 U.S. at 512, 92 S.Ct. at 612, were “[o]n their face ... within the ‘sham’ exception,” id. at 516, 92 S.Ct. at 614.

modo semelhante, agora no âmbito administrativo, decidiu o FTC, no caso *Bristol-Myers Squibb Co., FTC Dkt. No. C-4076, 2003*¹⁵.

É inevitável admitir que a hipótese acima aparentemente não se encaixa em nenhuma das hipóteses do art. 17 do CPC, *se considerarmos cada ação separadamente*. Assim, em todas as ações que o impetrante obteve decisão favorável, o juiz da ação não poderá declarar que o seu exercício foi abusivo. O mesmo poderia ocorrer ou não nas demais ações, tendo em vista que o fato unicamente de perder uma ação está longe de ensejar a presunção de que a mesma foi abusiva.

Uma variação da hipótese acima seria uma série de ações impetradas por diferentes empresas concorrentes, em diferentes circunscrições, com o mesmo objeto e contra uma mesma empresa, de modo a aumentar o custo de defesa a níveis impraticáveis. Cada uma das ações poderia, por hipótese, ser legítima, individualmente, mas o conjunto delas poderia ser caracterizado como exercício abusivo de direito de petição, com o intuito de criar dificuldades ao funcionamento da empresa que ocupa o pólo passivo das ações.

Em ambos os exemplos mencionados até aqui, está se falando em proporcionalidade dos meios empregados para atingir os fins de direito.

Outro exemplo conhecido da literatura é a doutrina do “Walker Process”, surgida do caso de mesmo nome, julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 1965, *Walker Process Equipment, Inc. v. Food Machinery and Chemical Corp.* A ação denominada Walker Process é dirigida contra aquele que detém patente fraudulenta e se utiliza dela para ameaçar os consumidores de determinado fornecedor, sob a falsa acusação de que este último comete pirataria. É um tipo de derivação da linha de casos da doutrina Noerr-Pennington, originária das decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos¹⁶.

Pode ser o caso também de empresa que tenha obtido proteção de propriedade industrial de produtos que já estejam em domínio público, beneficiando-se de uma falha regulatória ou de eventual ineficiência da autoridade competente para analisar o mérito dos pedidos. Uma vez beneficiada com a proteção patentária, que pode ter sido pleiteada de forma dolosa ou não, a empresa segue com ações no Judiciário para impedir que

[...]

California Motor Transport deals with the case where the defendant is accused of bringing a whole series of legal proceedings. Litigation is invariably costly, distracting and time-consuming; having to defend a whole series of such proceedings can inflict a crushing burden on a business. California Motor Transport thus recognized that the filing of a whole series of lawsuits and other legal actions without regard to the merits has far more serious implications than filing a single action, and can serve as a very effective restraint on trade. When dealing with a series of lawsuits, the question is not whether any one of them has merit—some may turn out to, just as a matter of chance—but whether they are brought pursuant to a policy of starting legal proceedings without regard to the merits and for the purpose of injuring a market rival. The inquiry in such cases is prospective: Were the legal filings made, not out of a genuine interest in redressing grievances, but as part of a pattern or practice of successive filings undertaken essentially for purposes of harassment?” (disponível em: <<http://openjurist.org/31/3d/800>>. Acesso em 11/01/2010).

15 Disponível em: <<http://www.ftc.gov/os/2003/03/bristolmyersanalysis.htm>>.

16 HOVENKAMP, Herbert J. *The Walker Process Doctrine: Infringement Lawsuits as Antitrust Violations*. Disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1259877. Acesso em 16/03/2010. Ver também <http://www.patentlyo.com/patent/2007/01/threats_against.html>.

empresas concorrentes desrespeitem a proteção e, conseqüentemente, comercializem esses produtos.

Neste caso, não se pode afirmar que o litigante *deduziu pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso*; ou *alterou a verdade dos fatos*; ou *usou do processo para conseguir objetivo ilegal*, pois sua demanda visava proteger uma patente reconhecida pelo órgão competente; ou, tampouco, que incidiu nos demais incisos do art. 17 do CPC, que dispõem sobre a litigância de má-fé.

Mencione-se, ainda, o caso da AstraZeneca (2005), multada pela Comissão Européia em \$60 milhões de euros por estender, de forma fraudulenta, a propriedade intelectual de seu medicamento Losec, entre 1993 e 2000, retardando a entrada de genéricos no mercado¹⁷.

Como se vê, todas as hipóteses apresentadas denotam uma amplitude de configuração que extrapolam as hipóteses do art. 17 do CPC, incidindo a conduta no tipo mais amplo do abuso de direito, aplicados, por analogia, aos dispositivos da Lei Antitruste.

Desse modo, não se pode atribuir ao magistrado competência para julgar um tipo de infração, com prerrogativa de exclusividade que a própria legislação não lhe atribuiu.

Nesse momento, importa levantar a questão da competência do CADE para julgar conduta de *sham litigation*, quando a hipótese de litigância de má-fé é parte essencial da sua configuração. Isto é, suponha que o sujeito passivo da ação supostamente incorreu na infração descrita, por exemplo, no art. 17, III do CPC acima mencionado

Neste caso, a litigância de má-fé integraria o tipo *sham litigation*.

Embora não conste expressamente no CPC que a declaração de litigância de má-fé é competência privativa no juiz, é razoável pensar que não cabe ao Conselho do CADE dizer se o litigante agiu, ou não, de má-fé *no âmbito estrito de um processo judicial específico*.

De modo que, caso a conduta fosse descrita unicamente pelo CPC, ou seja, se fosse esse o único diploma aplicável, por analogia, ao exemplo dado, não seria trivial o entendimento de que o CADE estaria desobrigado do dever de aguardar eventual decisão do magistrado pela ocorrência de litigância de má-fé para, só então, verificar se a conduta se enquadra nos dispositivos da Lei 8.884/94 (arts. 20 e 21).

Embora o entendimento mereça maior aprofundamento, não descartamos que, ainda que não houvesse outros diplomas legais, a competência da autoridade antitruste se mantêm. A razão disso é que, nos casos em que a conduta se enquadre como litigância de má-fé e também

17 "I fully support the need for innovative products to enjoy strong intellectual property protection so that companies can recoup their R & D expenditure and be rewarded for their innovative efforts. However, it is not for a dominant company but for the legislator to decide which period of protection is adequate. Misleading regulators to gain longer protection acts as a disincentive to innovate and is a serious infringement of EU competition rules. Health care systems throughout Europe rely on generic drugs to keep costs down. Patients benefit from lower prices. By preventing generic competition AstraZeneca kept Losec prices artificially high. Moreover, competition from generic products after a patent has expired itself encourages innovation in pharmaceuticals" Disponível em: <<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/05/737&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>>. Acesso em 16/03/2010.

como sham litigation, essa conduta não mais se limita ao âmbito estrito de um processo judicial, portanto, a competência também transpõe a do juiz da ação, pois o próprio instituto da litigância de má-fé do CPC deve ser aplicado por analogia às demais esferas de jurisdição. Desse modo, quando o art. 18 do CPC fala que o juiz ou tribunal, de ofício ou a requerimento, condenará o litigante de má-fé, juiz ou tribunal pode ser entendido aqui como a autoridade competente para julgar, tanto na esfera administrativa, como na esfera judicial. E, na esfera administrativa, a competência é do CADE.

No entanto, não é tão restrito o arcabouço legal pátrio que rege a matéria, como já mencionado acima. Com efeito, a mesma conduta mencionada no exemplo dado encontra seu tipo descrito nos dispositivos da Lei 8.884/94, mencionados acima, combinados com o art. 187 do CPC, supracitado, que trata do abuso de direito, como orientação para afastar a isenção antitruste do exercício irregular do direito de petição.

Desse modo, a competência privativa do Judiciário para julgar litigância de má-fé não afasta a competência do CADE para julgar hipótese de *sham litigation*, cuja configuração inclui litigância de má-fé. E essa competência se explica, em parte¹⁸, porque a litigância de má-fé é abrangida pelo instituto mais amplo do abuso de direito, que combinado com o art. 20 da Lei Antitruste, concede competência ao CADE para julgar essa hipótese de *sham litigation*. Ou seja, ao CADE compete julgar sham litigation praticada por meio da litigância de má-fé, pois esta conduta nada mais é do que uma forma de abuso de direito, descrita no art. 187 do CPC.

Assim, o CPC dispõe sobre a litigância de má-fé, visando coibir, punir e ressarcir as partes dos danos decorrentes de sua configuração. A Lei Antitruste dispõe sobre qualquer forma de ação que venha a causar efeitos anticompetitivos, visando coibir e punir os infratores e ressarcir a coletividade dos danos decorrentes daí. A litigância de má-fé pode gerar efeitos anticompetitivos, ensejando, então, a punição, tanto pelos danos processuais causados à parte contrária, como pelos danos concorrenciais causados à coletividade. Esta hipótese demandaria tanto a atuação do juiz ou tribunal, como a atuação da autoridade antitruste, cada qual no âmbito de sua jurisdição.

Desse modo, o SBDC tem competência para punir os atos anticompetitivos veiculados por meio de qualquer forma de abuso de direito, do qual a litigância de má-fé é um exemplo. Dessa forma, a ausência de decisão do juiz sobre a ocorrência de litigância de má-fé não vincula o CADE.

Somente a decisão judicial transitada em julgado pela não incidência desse tipo de ilícito vincularia o CADE, mas não devido ao CPC, mas em razão da Constituição Federal, que estabelece o princípio do monopólio da jurisdição. Isso, portanto, nada tem a ver com o tipo litigância de má-fé, sendo certo que o Judiciário poderia reformar qualquer entendimento do CADE em relação a qualquer matéria de sua competência.

18 V. nota 23.

Saliente-se que o CADE não entra na esfera jurisdicional do magistrado, mas decide nos limites da sua *expertise*, que poderia, *a posteriori*, inclusive ajudar a formar a convicção do julgador.

Considerações finais

Nesse artigo, demonstramos que a doutrina e jurisprudência de *sham litigation* encontram guarida no arcabouço normativo nacional, ao confrontar o direito de petição, alçado ao nível princípio fundamental, aqui e nos Estados Unidos, com as condutas passíveis de persecução pela autoridade antitruste.

Explicamos que, para que a proteção ao exercício do direito de petição seja afastada, deve-se verificar a existência de abuso desse direito, ocasião em que recorreremos ao Novo Código Civil, que dispõe sobre sua incidência. Acrescentamos como, uma vez verificado o abuso, deve-se considerar a efetiva caracterização de prejuízo à concorrência, em um proposto teste em dois estágios a partir do qual se tipificaria uma conduta anticompetitiva de *sham litigation*. Esse artigo pretendeu contribuir para amadurecer o entendimento do sistema antitruste pátrio, concernente à conduta de *sham litigation*, e trazer objetividade à sua caracterização e análise, de modo a, de um lado, proporcionar maior segurança jurídica aos administrados, em face do necessário acesso ao exercício de petição aos Poderes Públicos, e, de outro, apontar para a preservação dos valores concorrenciais eventualmente ameaçados pelo abuso no manejo desse direito fundamental.

REFERÊNCIAS

KLEIN, Christopher C. *The Economics Of Sham Litigation: Theory, Cases, And Policy*. Bureau of Economics Staff. Report to the Federal Trade Commission, 1989. Disponível em: <<http://www.ftc.gov/be/econrpt/232158.pdf>>. Acesso em: 11 mar. 2010.

Enforcement Perspectives on the Noerr-Pennington Doctrine. An FTC Staff Report, 2006. Disponível em:

<<http://www.ftc.gov/reports/P013518enfperspectNoerr-Penningtondoctrine.pdf>>. Acesso em: 02 jan 2010

CASTRO, Bruno Vaz de. *Sham Litigation: o abuso do direito de petição com efeitos anticoncorrenciais*. 1º lugar no Prêmio CIEE/CADE, 2009.

FIDELIS, Andressa Lin. *Sham Litigation e o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência*. 2º lugar no Prêmio CIEE/CADE, 2009.

KLEIN, Christopher C. Anticompetitive Litigation and Antitrust Liability. Middle Tennessee State University. DEPARTMENT OF ECONOMICS AND FINANCE WORKING PAPER SERIES: 2007.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

YARSHELL, Flávio Luiz. Parecer emitido em 2009, nos autos do Processo Administrativo nº 08012.004484/2005-51, julgado pelo CADE em 18.08.2010.

DINIZ, Maria Helena. *Novo Código Civil Comentado*. FIUZA, Ricardo (coord.). 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.