

## **SHAM LITIGATION: REQUISITOS PARA SUA CONFIGURAÇÃO**

Larissa Eiras<sup>1</sup>

### **RESUMO**

*Sham litigation* representa o abuso do direito de petição com fins anticompetitivos. Apesar de não ser uma conduta tipificada expressamente na Lei 12.529/2011 (Lei de Defesa da Concorrência – LDC), ser passível de punição caso provoque os efeitos (ou potenciais efeitos) previstos na lei antitruste. O presente trabalho visa, portanto, a investigar os requisitos para a sua configuração tendo como referencial teórico a construção da Suprema Corte americana sobre o tema, bem como pretende traçar alguns parâmetros conceituais sobre o abuso do direito de petição. Por fim, serão analisados os fundamentos da lei antitruste, utilizando-os como principal fonte normativa para a caracterização da *sham litigation*.

Palavras-Chave: sham litigation; CADE; concorrência; abuso de direito de petição; antitruste.

### **ABSTRACT**

Sham litigation represents the abuse of the right to petition for anti-competitive purposes. Although it is not a conduct specifically defined in Law 12299/2011 (antitrust law), it will be punishable if it provokes the effects (or potential effects) provided for in the antitrust law. The present work aims to investigate the requirements for its configuration, having as a theoretical reference the construction of the American Supreme Court on the subject, as well as intends to draw some conceptual parameters on the abuse of the right of petition. Finally, the fundamentals of the antitrust law will be analyzed, using them as the main normative source for the characterization of sham litigation.

Palavras-chave: sham litigation; CADE; competition; abuse of right of petition; antitrust

---

<sup>1</sup> Mestranda pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP/USP). Coordenadora jurídica e de relações institucionais da Associação Comercial e Industrial de Ribeirão Preto (ACIRP).

Sumário: 1. Introdução; 2. Breves considerações teóricas; 2.1. Conceito; 2.2. Origem da *sham litigation*: uma construção jurisprudencial norte-americana; 2.2. Origem da *sham litigation*: uma construção jurisprudencial norte-americana; 3. Critérios para a configuração da *Sham Litigation*; 3.1. Da inaplicabilidade da doutrina americana no Brasil; 3.2. Da desnecessidade de condenação por litigância de má-fé; 3.3. Critérios Gerais; 4. Conclusão; 5. Referências bibliográficas.

## 1. Introdução

No âmbito concorrencial pode existir uma infinidade de condutas capazes de violar as normas antitrustes. Nesse aspecto, a Lei 12.529/2011 (Lei de Defesa da Concorrência – LDC) não arriscou elencar todas as condutas passíveis de punição, pois seria inviável identificar de antemão todas as suas inúmeras possibilidades.

Sob essa perspectiva, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência prevê que, havendo uma conduta, sob qualquer forma manifestada, será considerada ilícita, independentemente de culpa, quando tenha por objeto ou seja capaz de produzir os efeitos de: *I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II - dominar mercado relevante de bens ou serviços; III - aumentar arbitrariamente os lucros; e IV - exercer de forma abusiva posição dominante* (art. 36, *caput* da Lei 12.529).

Nesse contexto insere-se a figura da *sham litigation*.

Como no Brasil não há previsão desse instituto no rol exemplificativo do art. 36 da LDC, a doutrina americana tem sido utilizada como parâmetro para extrair fundamentos jurídicos para a sua configuração.

Ocorre que, conforme será discorrido ao longo do texto, percebe-se a absoluta inaplicabilidade do sistema americano ao brasileiro, uma vez que os ordenamentos jurídicos de ambos países são fundamentalmente distintos entre si.

Pretende-se trazer neste estudo alguns casos estadunidenses com o intuito de elucidar o surgimento e evolução da *sham litigation*, vista como uma exceção ao direito de petição. Os

casos *Noerr-Pennington* explicitarão o contexto americano fático-jurídico que tornou o direito de petição uma imunidade antitruste.

A seguir, serão suscitados alguns casos que contribuíram para a construção da *sham litigation* como exceção à doutrina *Noerr-Pennington*. O caso *California Motor Transport Co. e Trucking Unlimited*<sup>2</sup> demonstra-se importante porque foi a primeira vez que a Suprema Corte arrolou certas condutas como exemplos de práticas que poderiam configurar a *sham litigation* (HOVENKAMP, Herbert, 2005, p. 700).

O caso *Professional Real Estate Investors, Inc. v. Columbia Pictures Industries, Inc. et al*<sup>3</sup> estabeleceu pela primeira vez os critérios objetivos para a caracterização da *sham litigation*, através do denominado *PRE test*.

Novos parâmetros surgiram com o advento do julgamento do caso *USS-POSCO Industries and BE&K Construction Company v. Contra Costa County Building & Construction Trades Council*<sup>4</sup>, estabelecendo o teste *POSCO* para aferir se o direito de petição está sendo utilizado como um artifício anticoncorrencial.

Todos esses casos justificam-se metodologicamente pelas razões apontadas e por serem citados na jurisprudência do CADE<sup>5</sup>.

Importante ressaltar que não se defende, nesse estudo, a inserção da *sham litigation* na legislação pátria, haja vista que não teria efeito prático, pois, qualquer conduta, independentemente da forma que se manifeste, pode configurar-se em infração à ordem econômica.

Mesmo assim, reconhecer essa conduta no caso concreto é algo que demanda esforço dos juristas e das autoridades antitrustes, sendo importante identificá-lo para coibir eventuais abusos de direitos que prejudiquem a concorrência.

Longe de querer exaurir o assunto, o presente trabalho tem a intenção de apenas lançar algumas premissas para a configuração da *sham litigation* no sistema jurídico brasileiro.

<sup>2</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *California Motor Transp. Co. v. Trucking Unlimited*, 404 U.S. 508 (1972). Disponível em: <http://bit.ly/2KQQayX>. Acesso em 03 dez. 2018.

<sup>3</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *Professional Real Estate Investors, Inc. v. Columbia Pictures Industries, Inc.*, 508 U.S. 49 (1993). Disponível em: <http://bit.ly/2rZr4qV>. Acesso em 03 dez. 2018.

<sup>4</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *USS-POSCO Industries and BE&K Construction Company v. Contra Costa County Building & Construction Trades Council*, 31 F.3d 800 (9th Cir. 1994) Disponível em: <http://bit.ly/2rbc34E>. Acesso em 03 dez. 2018.

<sup>5</sup> Vide, a título de exemplo, Processo Administrativo nº 08012.001594/2011-18; Processo Administrativo nº 08012.004283/2000-40; Averiguação Preliminar nº 08012.006076/2003.72.

Para cumprir esse propósito, o artigo está estruturado da seguinte forma: o item dois visará explicar os aspectos conceituais em torno do tema, bem como explicitará a origem do instituto no sistema americano. Em seguida, o item três discorrerá sobre os requisitos para a configuração da *sham litigation*. O item quatro apresentará a conclusão do estudo sobre o tema.

## **2. Breves considerações teóricas**

### **2.1. Conceito**

A expressão *sham litigation* foi extraída do direito norte-americano, e significa em tradução livre *litígio falso ou simulado*. No contexto jurídico concorrencial, a *sham litigation* é compreendida como o abuso do direito de petição com fins anticompetitivos.

Desta feita, infere-se que a *sham litigation* envolve três premissas: (i) a pessoa deve exercer direito de petição perante o Judiciário, Legislativo e/ou ao Executivo; (ii) o exercício desse direito deve ocorrer de forma abusiva; (iii) o abuso desse direito causa um efeito (ou potencial efeito) anticompetitivo.

Passar-se-á a discorrer sobre cada um desses preceitos.

Começando pela ordem invocada, o direito de petição pode ser definido como o direito pertencente a uma pessoa de invocar a atenção dos Poderes Públicos sobre uma questão ou situação. Segundo José Afonso da Silva (2012, p.132), pode ser exercido seja para denunciar uma lesão concreta e pedir a reorientação da situação, seja para solicitar uma modificação do Direito em vigor, no sentido mais favorável à liberdade. Preleciona o autor que há nele uma dimensão coletiva, com vistas à busca ou defesa de direitos ou interesses gerais da coletividade.

Para Gilmar Mendes et al. (2009, p. 612), o conceito de petição envolve a reclamação dirigida à autoridade competente para que reveja ou corrija determinada medida; mas vai além: esse direito abarca qualquer pedido ou reclamação relativa ao exercício ou à atuação do Poder Público.

O direito de petição é, portanto, um típico direito fundamental de caráter geral ou universal. Isso significa que é assegurado a todos, sejam pessoas físicas ou jurídicas, brasileiros ou estrangeiros, ou até mesmo a entes desprovidos de personalidade jurídica (MENDES et. al, 2009, p. 614).

Artur Cortez Bonifácio (2004, p. 83) entende que o direito de petição pode ser dirigido a quaisquer dos Poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário), definindo-o como

(...) o direito-garantia subjetivo público que as pessoas individuais ou coletivas têm de interpor aos poderes públicos pedidos, reclamações, representações, sugestões, reivindicações, em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder, em favor de interesses particulares ou do interesse público.

Importante ressaltar que o direito de petição exercido pela pessoa jurídica constitui uma extensão da titularidade dos direitos fundamentais das pessoas físicas, cujo exercício é de extrema relevância, já que sua finalidade maior é a de proteger os direitos das pessoas físicas alcançando-se, em muitos casos, melhor proteção dos indivíduos (SARLET, 2012, p. 224).

Na legislação pátria, o direito de petição está expressamente previsto na Carta Magna, no art. 5º, XXXIV: *são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder*; Art. 5º, XXXV: *a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*.

Como se vê, o direito de petição é amplo; cabe a qualquer pessoa (seja jurídica ou física) e direcionado a qualquer ente do Poder Público (Legislativo, Executivo e Judiciário).

Quanto ao *abuso de direito*, Jorge Manuel Coutinho de Abreu (1983, p. 43) entende que este ocorre quando o (...) *comportamento, aparentando ser exercício de um direito, se traduz na não realização dos interesses pessoais de que esse direito é instrumento e na negação de interesses sensíveis de outrem*.

E complementa: *Logo, se invoca um direito para legitimar um comportamento inadequado àquela funcionalidade, essa invocação é espúria, pois tal comportamento não pode então traduzir as faculdades em que o direito se analisa*. Segundo o autor, isso significa que sequer pode falar-se em exercício de direito nesse caso, por mais que o comportamento pareça sê-lo. Todavia, para o abuso de direito ser caracterizado como tal é importante que o comportamento seja suscetível de causar prejuízo significativa a outrem.

Helena Abdo (2007, p. 168-173) entende que o abuso de direito funciona como um limitador às garantias constitucionais, tais como a do acesso à justiça e da ampla defesa. Diz a autora que até poderia se cogitar em um conflito entre a teoria do abuso e as garantias constitucionais; no entanto (...) *impor certos limites a essas garantias constitucionais não significa denegá-las. Existem limitações naturais contidas na própria Constituição e no*

*sistema processual, as quais visam, justamente, a adequar o processo à sua realidade e ao contexto no qual está inserido.*

Isso significa que exercer o direito de petição de forma abusiva configura-se como um ato ilícito, conforme preconiza o art. 187 do Código Civil<sup>6</sup>.

É importante ressaltar que, em se tratando de abuso de direito a responsabilidade é objetiva, ou seja, não há que se investigar se houve, ou não a intenção do agente em causar o dano (VENOSA, 2016, p. 268). Essa também parece ser a conclusão de Clóvis Beviláqua (1976, p. 431): *O exercício anormal do direito é abusivo. A consciência pública reprovava o exercício do direito do indivíduo, quando contrário ao destino econômico e social do direito, em geral.*

Nesse sentido, o Enunciado 37 da 1ª Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal dispõe que: *A responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico.*

Conclui-se, portanto, que não existe direito absoluto. Caso o titular de direito atue de modo contrário à boa-fé, aos bons costumes ou aos fins econômicos e sociais da norma incorrerá no ato abusivo, ocasionando responsabilidade pelos danos causados, independentemente de culpa.

Por fim, quanto ao *efeito ou finalidade anticompetitiva*, dispõe o artigo 36 da Lei 12.529/2011 é considerada ilícita a conduta que, sob qualquer forma manifestada e independentemente de culpa, tenha por objeto ou seja capaz de produzir os efeitos de: *I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II - dominar mercado relevante de bens ou serviços; III - aumentar arbitrariamente os lucros; e IV - exercer de forma abusiva posição dominante.*

Isso revela que o legislador não se preocupou com a descrição do comportamento, mas sim com os *efeitos* advindos da conduta anticompetitiva. Desta forma, é verificado o dano ou o risco de dano resultante do comportamento comissivo ou omissivo.

O inciso I aponta os comportamentos gerais de concorrência desleal; o inciso II trata da dominação indevida de mercado e o IV, do abuso de posição dominante. O inciso III, na verdade, não configura um dano autônomo, pois o aumento arbitrário de lucro somente se

---

<sup>6</sup> Art. 187. *Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.*

torna ilícito quando praticado na forma de abuso de posição dominante nos termos do inciso IV (SALOMÃO FILHO, 2013, p. 404).

Importante ressaltar que o rol de condutas listado no § 3º, do art. 36 da LDC é meramente exemplificativo. Ou seja, detém pouca valia jurídica, pois, basta que qualquer conduta, ainda que não esteja no rol do § 3º, produza ou possa produzir a dominação de mercado, o aumento arbitrário dos lucros, prejudique, de qualquer forma, a livre concorrência ou livre iniciativa ou exerça abuso de posição dominante, para que seja caracterizada a infração.

Mas é importante ressaltar que a identificação de um comportamento listado na lei não basta para a caracterização do ilícito. Segundo Thiago Marrara (2015, p. 208), não existe ilícito concorrencial *per se* no direito brasileiro. É necessário, portanto, *comprovar os efeitos abusivos ou anticompetitivos* da conduta.

Desta forma, é possível que o agente seja punido por um comportamento sequer descrito na lista exemplificativa, tal como ocorre em casos de *sham litigation*.

Ou seja: qualquer conduta, independentemente da forma que se manifeste, pode configurar infração contra a ordem econômica. João Bosco Leopoldino da Fonseca (2007, p. 186) esclarece que seria impossível tipificar com plena segurança todos os fatos que poderiam constituir infrações contra a ordem econômica, do ponto de vista das relações econômicas, no âmbito de mercado. Thiago Marrara (2015, p. 207) aponta que *a infração contra a ordem econômica encontra-se em uma norma permeável a um número infindável de comportamentos*. Afirma o autor que o ato infrativo não possui forma nem conteúdo predeterminados. *Conquanto haja um rol legal de condutas, é possível que atos unilaterais, contratuais e outros sejam considerados ilícitos. Aliás, sequer é necessário que o ato seja exatamente econômico ou praticado por um agente operante em mercados* (MARRARA, 2015, p. 207). No entanto, pondera que

(...) não há completa discricionariedade do administrador na identificação das infrações nem tampouco ausência total de previsibilidade do administrado quanto aos tipos ilícitos e, por conseguinte, puníveis. O que salva, por assim dizer, a definição legal da infração concorrencial é a exigência de danos atuais ou potenciais vinculados à conduta (sob qualquer forma manifestada) (MARRARA, 2015, p. 207).

Diante da previsão aberta da infração concorrencial na legislação, chega-se a duas conclusões: (i) diante da falta de tipificação legal, a condenação sempre pressupõe a comprovação do dano ou perigo de dano, e (ii) o dano ou perigo de dano deve atingir a

concorrência como instituição, pois a tutela do processo administrativo no Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) é difusa e não individual. Assim, não pode ser punida no CADE a conduta que gere mero dano a um concorrente ou a algum consumidor; ela deve transcender a esfera individual dos prejudicados.

Nesse sentido já se manifestou o CADE ao aduzir que a legislação tem

(...) por finalidade proteger a ordem econômica, ou seja, as relações de mercado numa perspectiva de conjugação de aspectos micro e macrojurídicos. As relações meramente comerciais existentes entre empresas que estabelecem contratos se pautam pelos ditames do direito comercial.<sup>7</sup>

Calixto Salomão Filho (2013, p. 63) preleciona que o direito concorrencial visa a primordialmente à defesa concorrência como instituição, e não à proteção do mercado. *O primeiro passo lógico para a correta definição do conceito de concorrência é distinguir a proteção da concorrência da proteção do concorrente* (SALOMÃO FILHO, 2013, p. 63). Nesse sentido, Thiago Marrara (2015, p. 209) assevera que *o importante é que o dano seja difuso e tenha relação com o bom funcionamento da concorrência*. Em outro trecho, elucida:

o corte dado pela LDC separa o direito administrativo da concorrência do direito (individual ou coletivo) do concorrente ou do consumidor. Demandas isoladas deverão ser solucionadas de acordo com as normas de direito privado e não por meio do processo administrativo concorrencial. O direito administrativo da concorrência destina-se a situações em que as condutas ou operações de mercado (como fusões, aquisições etc.) se revelam real ou potencialmente lesivas ao direito dos concorrentes, dos consumidores ou de outros grupos sociais apenas sob uma perspectiva difusa. (MARRARA, 2015, p. 26)

Pelo exposto, infere-se que o *efeito ou finalidade anticompetitiva* traduz-se como a conduta apta a produzir qualquer dos efeitos dispostos no art. 36 da LDC, independentemente de culpa, sendo esta considerada a partir de uma perspectiva difusa; ou seja, que atinja à concorrência enquanto instituição.

Assim, a figura da *sham litigation* poderá ocorrer sob qualquer forma ou ato, mas sempre envolverá duas premissas: (i) existência de um abuso do direito de petição e (ii) esse abuso deve ter efeito ou potencial efeito anticompetitivo.

---

<sup>7</sup> CADE, Averiguação Preliminar n° 08000.000826/97-47, Conselheiro Relator João Bosco Leopoldino da Fonseca. Representante: Itabel Comercial de Bebidas Satélite Ltda.; Representada: Cervejaria Reunidas Skol Caracu S.A; j. em 25 de agosto de 1999, fls. 377.

## 2.2. Origem da *sham litigation*: uma construção jurisprudencial norte-americana

Tendo em vista a grande influência da doutrina norte-americana acerca do instituto da *sham litigation* na jurisprudência do CADE<sup>8</sup>, faz-se necessário traçar algumas linhas gerais para a compreensão do assunto.

Nos Estados Unidos, o direito de petição consagrado na Primeira Emenda<sup>9</sup> do país, representa um valor fundamental quase que absoluto, impondo-se sobre qualquer preceito legal, ainda que, por via reflexa, ocasione efeitos indesejados.

Sob essa perspectiva, a Suprema Corte consagrou, através de dois precedentes jurisprudenciais, uma espécie de imunidade a quem incorresse em atitudes anticoncorrenciais baseado no seu direito de petição.

Trata-se da *Noerr-Pennington Doctrine*, composta por dois casos paradigmáticos.

O caso *Noerr* tratou da disputa entre a *Eastern Railroad Presidents Conference et. Al v. Noerr Motor Freight Inc*<sup>10</sup>, no qual empresas de transporte rodoviário e sua associação acusou empresas do transporte ferroviário por atos anticoncorrenciais. A restrição da concorrência deu-se após a indústria ferroviária fazer campanha publicitária agressiva através de uma empresa de relações públicas veiculando a pretensão de adoção de leis restritivas à atividade de transporte rodoviário no fretamento de longa distância. Em suma, estariam buscando normas que restringissem a concorrência e elevassem barreiras ao transporte rodoviário.

O fundamento utilizado pela indústria ferroviária era que o transporte rodoviário de cargas estava destruindo as estradas; por isso solicitaram a criação de impostos e penalidades.

No curso do processo, as empresas ferroviárias chegaram a admitir o financiamento da campanha publicitária negativa ao transporte feito por caminhões, mas alegaram que seu objetivo não era prejudicar a indústria de caminhões, mas sim informar a população e aos

<sup>8</sup> Vide Processo Administrativo nº 08000.024581/1994 (Caso Sinpetro); Processo Administrativo nº 08700.000625/2014.08 (Caso Sindipostos); Averiguação Preliminar nº 08012.005335/2002-67 (Caso Ediouro); Averiguação Preliminar n. 08012.006076/2003.72 (Caso Baterias Moura); Processo Administrativo nº 08012.004283/2000-40 (Caso Shop Tour); Processo Administrativo nº 08012.011508/2007-91 (Caso Eli Lilly); Processo administrativo nº 08700.009588/2013-04 (Caso Correios).

<sup>9</sup> *Amendment I: Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the government for a redress of grievances.* Primeira Emenda. Instituto de Informação Jurídica da Cornell University Law School. Disponível em <http://bit.ly/351AeMz>. Acesso em 3 dez. 2018.

<sup>10</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *Eastern Railroad Presidents Conference et. Al v. Noerr Motor Freight Inc.*, 365 U.S. 127 (1961). Disponível em: <http://bit.ly/2quC7YB>. Acesso em 03 dez. 2018.

legisladores os enormes riscos e prejuízos às estradas operadas por caminhões de carga pesada.

No entanto, a Suprema Corte entendeu que o direito de petição deveria prevalecer uma vez que, embora incorresse em efeitos anticoncorrenciais, havia justificativas plausíveis para o pedido das empresas ferroviárias em pedir restrições ao transporte rodoviário.

Dessa forma, a Suprema Corte fixou duas importantes premissas. Primeiro, não se pode dizer que a mera tentativa de aprovação ou o cumprimento de leis possa levar à violação do *Sherman Act*<sup>11</sup>. Segundo, o *Sherman Act* não proíbe a associação de pessoas para tentar persuadir o Legislativo ou o Executivo a atuar de certa forma com relação a lei que possa produzir uma restrição ao mercado (em outras palavras, não proíbe o *lobby*). No entendimento da Suprema Corte, tem-se que ter em mente que em uma democracia representativa o Legislativo e o Executivo agem no interesse das pessoas. Assim, o próprio conceito de representatividade depende da possibilidade de as pessoas fazerem com que seus pleitos sejam conhecidos por seus representantes (ainda que tenham efeitos anticompetitivos).

Assim, aplicar o *Sherman Act* às situações em que as pessoas estão apenas informando o governo para que seus interesses sejam considerados em sua tomada de decisão, faria com que a lei não regulasse a atividade empresarial, mas sim a atividade política.

Já o caso *Pennington*<sup>12</sup> discutiu o lobby praticado por algumas mineradoras e pelo sindicato de mineiros que solicitaram a fixação do salário mínimo mais alto, o que, implicitamente, dificultaria a permanência das pequenas mineradoras.

Foi alegado que, para erradicar a superprodução na indústria do carvão, as grandes mineradoras concordaram em eliminar as empresas menores, impondo os termos do Acordo a todas as empresas, independentemente da capacidade de pagamento. Assim, obtiveram da Secretaria do Trabalho o estabelecimento de um salário mínimo mais alto do que em outras indústrias, empreendendo uma campanha para afastar as pequenas empresas do mercado.

Citando o precedente *Noerr*, a Suprema Corte entendeu que acordos entre empresas e sindicatos e sua homologação eram legítimas e não deveriam ser obstadas, sob pena de violar a garantia constitucional do direito de petição.

---

<sup>11</sup> Promulgado em 1890 nos EUA, o *Sherman Act* foi considerado o marco legal do Direito da Concorrência norte-americana.

<sup>12</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *United Mine Workers v. Pennington*, 381 U.S. 657 (1965). Disponível em: <http://bit.ly/2OwtPYa>. Acesso em 03 dez. 2018.

Dessa forma, os esforços concertados para influenciar os funcionários públicos (na fixação de salário mínimo mais alto aos mineradores) não violam as leis antimonopólio, ainda que pretendam eliminar a concorrência. Entendeu-se, mais uma vez, que é possível que grupos com interesse comum procurem regulamentações que os favoreçam sem que isso infrinja a legislação de defesa da concorrência.

Esses dois precedentes americanos estabeleceram a regra geral de imunidade antitruste ao direito de petição, conhecida como *Noerr-Pennington Doctrine*.

No entanto, a jurisprudência estadunidense evoluiu, entendendo que mesmo o direito de petição não é absoluto. Assim, caso o exercício dessa prerrogativa seja utilizada de forma abusiva é possível a criação de exceções; surge-se então a figura da *sham litigation*.

Importante ressaltar que na própria decisão do caso *Noerr*, a Suprema Corte definiu em *obiter dictum* sobre a possibilidade de punir atos que sejam *meramente simulados*<sup>13</sup> para esconder a real intenção de interferir na concorrência, hipótese que caberia a aplicação da lei antitruste. No entanto, não foram estabelecidos os parâmetros para a identificação da *sham litigation*. Isso só foi ocorrer no caso *California Motor Transport Co. e Trucking Unlimited*<sup>14</sup>.

O caso *California* versou sobre a disputa entre concorrentes no mercado de transporte rodoviário. *Trucking* moveu ação de indenização contra *California* acusando-a de tentar monopolizar o transporte de mercadorias no estado da Califórnia e outros estados, por meio da eliminação e enfraquecimento dos seus concorrentes, ao ingressar em procedimentos estatais e federais com o objetivo de dificultar e/ou impedir os pedidos de licença de operação em autoestradas.

A Corte Distrital extinguiu a ação, mas o Tribunal de Recursos reverteu o julgamento e determinou a devolução do caso para a Corte Distrital, fato que levou *California* a recorrer à Suprema Corte, sob o argumento de que sua atuação perante as agências e tribunais era imune, em razão da doutrina *Noerr-Pennington*.

A Suprema Corte, apesar de não condenar *California* por *sham litigation*, estabeleceu alguns parâmetros, ponderando que o direito de petição garantido pela Primeira Emenda não é absoluto, podendo ser limitado caso seja utilizado com o intuito de violar as leis antitruste.

<sup>13</sup> Tradução livre de *mere sham*. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *Eastern Railroad Presidents Conference et. Al v. Noerr Motor Freight Inc.*, 365 U.S. 127 (1961). Disponível em: <http://bit.ly/2quC7YB>. Acesso em 03 dez. 2018.

<sup>14</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *California Motor Transp. Co. v. Trucking Unlimited*, 404 U.S. 508 (1972). Disponível em: <http://bit.ly/2KQqayX>. Acesso em 03 dez. 2018.

Assim, a Suprema Corte fixou o entendimento de que condutas como perjúrio, ações judiciais sem fundamento, propinas a funcionários públicos, dentre outros simulacros, resultam em infração antitruste.

Contudo, apenas em 1993 que a Suprema Corte estabeleceu os critérios objetivos para a caracterização da *sham litigation*, conseqüentemente afastando a aplicação da imunidade do direito de petição advinda da doutrina *Noerr-Pennington*.

Trata-se do caso *Professional Real Estate Investors, Inc. v. Columbia Pictures Industries, Inc. et al*<sup>15</sup>.

O litígio versou sobre a disputa entre operadores de hotelaria de resort (coletivamente definidos como *PRE*) e os principais estúdios de filmes (denominado como *Columbia*). Em suma, a *PRE* atuava no ramo hoteleiro alugando videodiscos para os hóspedes para uso dentro do quarto do hotel e buscou desenvolver um mercado para a venda desses *players* para outros hotéis.

A *Columbia*, que detinha direitos autorais de filmes gravados nos videodiscos da *PRE*, a processou por suposta violação de direitos autorais. Irresignada, a *PRE*, além de contestar, apresentou reconvenção alegando que a *Columbia* estava incorrendo em *sham litigation*, pois sua arguição de direitos autorais era uma mera farsa que encobria atos subjacentes de monopolização e conspiração para restringir o comércio, em violação dos §§ 1 e 2 do *Sherman Act*.

Tanto a ação de *Columbia* quanto a reconvenção de *PRE* foram sumariamente julgadas improcedentes. A Suprema Corte manteve o entendimento das instâncias inferiores, fixando o entendimento de que a imunidade antitruste consubstanciada no direito de petição só pode ser afastada se a ação judicial for objetivamente desprovida de fundamento jurídico.

Como no caso em tela o Tribunal concluiu que a ação da *Columbia* era um esforço objetivamente plausível para fazer valer seus direitos, uma vez que não havia lei de direitos autorais clara nas atividades de locação de videodiscos, é razoável que qualquer litigante situado da mesma forma pudesse ter percebido alguma probabilidade de sucesso<sup>16</sup>.

<sup>15</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *Professional Real Estate Investors, Inc. v. Columbia Pictures Industries, Inc.*, 508 U.S. 49 (1993). Disponível em: <http://bit.ly/2rZr4qV>. Acesso em 03 dez. 2018.

<sup>16</sup> *A court could reasonably conclude that Columbia's action was an objectively plausible effort to enforce rights, since, at the time the District Court entered summary judgment, there was no clear copyright law on videodisc rental activities; since Columbia might have won its copyright suit in two other Circuits; and since Columbia would have been entitled to press a novel claim, even in the absence of supporting authority, if a similarly situated reasonable litigant could have perceived some likelihood of success.* Pp. 62-65 (ESTADOS UNIDOS

Apesar de, mais uma vez, não haver condenação por *sham litigation*, a Suprema Corte estabeleceu dois parâmetros para a sua aferição, denominado de *PRE test*.

De acordo com o teste *PRE*, para que a demanda junto ao Poder Público seja caracterizada como um artifício fraudulento (*sham litigation*), deverá preencher dois requisitos concomitantes: (i) ser objetivamente sem fundamento, de forma que nenhum litigante razoável possa esperar a procedência da ação; e (ii) esconder a intenção de interferir diretamente na atividade de um concorrente, ou seja, que tenha finalidade anticompetitiva. Importante ressaltar que referidos critérios são sucessivos; ou seja, primeiro analisa-se o critério objetivo (se a ação tem base jurídica objetiva), e somente se este requisito for preenchido é que se analisará o critério subjetivo da conduta com finalidade anticoncorrencial. Assim, se o primeiro não for preenchido, não se procederá à análise do segundo, descaracterizando a *sham litigation*.

Além do teste *PRE*, a Suprema Corte estabeleceu posteriormente o teste *POSCO*.

O teste *POSCO* adveio do julgamento do caso *USS-POSCO Industries and BE&K Construction Company v. Contra Costa County Building & Construction Trades Council*<sup>17</sup>, representado pela disputa entre uma indústria de aço e sua empreiteira e o sindicato dos trabalhadores da categoria.

Basicamente, o sindicato queria ser reconhecido pela indústria de aço e sua empreiteira como representantes dos empregados da empresa, mesmo não sendo certificado como representante de acordo com a legislação americana.

Desta forma, o sindicato atuou de forma concertada para causar prejuízos à *POSCO* e a sua empreiteira, com o intuito de forçar a contratação de empresas que fossem associadas ao sindicato.

A empresa demandante argumentou que os sindicatos se engajaram em um padrão de petição automática aos órgãos governamentais sem levar em conta e independentemente dos méritos de tais petições<sup>18</sup>.

---

DA AMÉRICA. Suprema Corte. *Professional Real Estate Investors, Inc. v. Columbia Pictures Industries, Inc.*, 508 U.S. 49 (1993). Disponível em: <http://bit.ly/2rZr4qV>. Acesso em 03 dez. 2018.

<sup>17</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *USS-POSCO Industries and BE&K Construction Company v. Contra Costa County Building & Construction Trades Council*, 31 F.3d 800 (9th Cir. 1994) Disponível em: <http://bit.ly/2rbc34E>. Acesso em 03 dez. 2018.

<sup>18</sup> *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."* ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *USS-POSCO Industries and BE&K Construction Company v. Contra Costa County Building & Construction Trades Council*, 31 F.3d 800 (9th Cir. 1994) Disponível em: <http://bit.ly/2rbc34E>. Acesso em 03 dez. 2018.

Dentre as ações tomadas pelo sindicato contra a empresa, ressaltam: lobby para a adoção e a execução de uma lei de resíduos tóxicos no condado de Contra Costa que impediria o progresso do Projeto da Indústria de aço e ações judiciais no tribunal estadual alegando, entre outras coisas, violações do Código de Saúde e Segurança da Califórnia.

Por essa razão a POSCO e sua empreiteira processaram o sindicato por *sham litigation*.

O sindicato alegou em sua defesa que caberia aos demandantes provar que todas as medidas administrativas e judiciais patrocinadas pelo demandado eram desprovidas de base objetiva, em observância ao Teste PRE. Os réus argumentaram que a lógica por trás de *Noerr-Pennington* deveria se aplicar ao presente caso, e que suas atividades advinham apenas do seu respectivo direito de petição, protegidas pela Primeira Emenda.

O Tribunal entendeu, no entanto, que o Teste PRE não era aplicável ao presente caso. Isso porque o PRE só seria adequado para avaliar a existência de *sham litigation* em condutas envolvendo uma única ação infundada. Caso haja litígios em série no qual um número considerável de demandas foi intentado por uma mesma pessoa em prejuízo à concorrência, a análise deve considerar o todo, e não os resultados individuais das demandas. A Corte concluiu, então, que a existência de decisões favoráveis não impediria a configuração do ilícito, pois o resultado anticompetitivo advém da ação concertada de medidas judiciais e administrativas, propostas de forma reiterada e sistemática, com o objetivo de elevar indevidamente os custos dos rivais.

Ou seja, segundo o teste POSCO, busca-se avaliar se um conjunto de ações eleva, indevidamente, os custos dos seus concorrentes. Mas antes de se adentrar nesse mérito, avalia-se o grau de probabilidade dessas ações. Esse conjunto é avaliado sob a perspectiva de baixa ou alta probabilidade. Se for baixa, haverá *sham litigation*; do contrário, restará descaracterizada.

Nessa perspectiva, considerando que o sindicato ganhou *quinze dos vinte e nove processos* contra a demandante, provaram ser bem sucedidos, afastando a *sham litigation*.

O fato de que mais da metade de todas as ações do sindicato terem sido julgadas procedentes afasta a acusação de que estavam entrando com ações desprovidas de base jurídica objetiva, sem levar em conta o sucesso<sup>19</sup>.

---

<sup>19</sup> *The fact that more than half of all the actions as to which we know the results turn out to have merit cannot be reconciled with the charge that the unions were filing lawsuits and other actions willy-nilly without regard to*

No entanto, conforme ressaltado pela Superintendência-Geral do Conselho Administrativo de Defesa Econômica,

apesar de o teste POSCO sugerir a condição necessária de “baixa probabilidade” de obter sucesso nas demandas tomadas em conjunto, não existe um percentual certo consolidado na jurisprudência que qualifique uma probabilidade como “baixa” para fins desse teste. Naquele caso, a taxa de sucesso foi de 15 processos em 29, o que foi então considerado inapto a gerar condenação por sham litigation. (SG CADE. Nota Técnica. Processo Administrativo nº 08012.001594/2011-18)

Dado o alto grau de subjetividade do que seria “baixa probabilidade” o teste POSCO reduz a um patamar estatístico (taxa de sucumbência maior que 50%) para caracterizar a *sham litigation*. Pelo menos esse foi o patamar estabelecido pela jurisprudência norte-americana.

No entanto, entendo ser imprescindível a consideração de outros fatores na análise da *sham litigation*, sendo temerária a aplicação da doutrina americana sem observância aos critérios dispostos no ordenamento jurídico brasileiro. É o que se discorrerá a seguir.

### 3. Critérios para a configuração da *Sham Litigation*

#### 3.1. Da inaplicabilidade da doutrina americana no Brasil

Segundo Tiago Cação Vinhas (2014, p.16), a importação automática do instituto da *sham litigation* americana para o Brasil não parece ser o melhor procedimento a tomar. Segundo o autor, como cada ordenamento jurídico tem suas próprias características, a aplicação desse instituto no País, sem maiores cautelas, é cientificamente inadequada, podendo até mesmo ser desastrosa em decorrência de sua incompatibilidade com a estrutura do nosso ordenamento jurídico pátrio (VINHAS, 2014, p. 16).

Há de se concordar com ele.

Tanto o PRE quanto o POSCO teste demonstram-se inábeis à identificação da *sham litigation* no Brasil. São critérios extremamente rígidos, os quais exigem a comprovação da intenção do agente em prejudicar a concorrência. Ademais, os testes americanos trazem também o requisito de demanda carecedora de base jurídica (PRE teste) ou conjunto de demandas com baixa probabilidade de êxito (POSCO teste).

---

*success. Given that the plaintiff has the burden in litigation, a batting average exceeding.* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *USS-POSCO Industries and BE&K Construction Company v. Contra Costa County Building & Construction Trades Council*, 31 F.3d 800 (9th Cir. 1994) Disponível em: <http://bit.ly/2rbc34E> . Acesso em 03 dez. 2018).

Ocorre que o artigo 36 da LDC dispõe que constituem infração à ordem econômica, *independentemente de culpa*, os atos anticoncorrenciais sob qualquer forma manifestados. Isso significa que a legislação concorrencial prevê uma espécie de responsabilidade objetiva, na medida em que a infração se configura *independentemente de culpa*.

A importação da doutrina americana, com seus requisitos e características, aos casos brasileiros de *sham litigation* se demonstra, portanto, equivocada, pois alarga de maneira indevida os requisitos necessários para a configuração do ato anticompetitivo.

Nesse aspecto, Ricardo Inglez de Souza (2010, p. 290) também entende que mesmo considerando-se a rica experiência norte-americana *há que se ter em mente que cada país tem suas próprias peculiaridades e estrutura legal. Simplesmente ‘importar’ teorias estrangeiras pode representar não apenas um desastre nas decisões locais, mas, também, o desrespeito a garantias fundamentais previstas em nossa Constituição Federal.* (SOUZA, 2010, p. 290-291).

### 3.2. Da desnecessidade de condenação por litigância de má-fé

À luz do direito brasileiro, outro ponto de fundamental importância é que para a *sham litigation* ser caracterizada não há necessidade de condenação prévia por litigância de má-fé<sup>20</sup>. O dano avaliado pelo juiz tem natureza processual, restringindo-se às provas demonstradas no processo. Ademais, tem uma perspectiva limitada, visto que só está apto a conhecer dos fatos aduzidos dentro daquela demanda judicial.

Em contrapartida, o CADE analisará a conduta de uma perspectiva global; conta com um forte aparato investigatório e técnico, o que o permite a ter uma visão ampla dos acontecimentos. Ademais, referido Conselho aferirá o dano causado a partir de uma perspectiva difusa; ou seja, se atinge a coletividade.

---

<sup>20</sup> CPC 2015. Art. 80. Considera-se litigante de má-fé aquele que:

- I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;
- II - alterar a verdade dos fatos;
- III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal;
- IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo;
- V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;
- VI - provocar incidente manifestamente infundado;
- VII - interpor recurso com intuito manifestamente protelatório.

Art. 81. De ofício ou a requerimento, o juiz condenará o litigante de má-fé a pagar multa, que deverá ser superior a um por cento e inferior a dez por cento do valor corrigido da causa, a indenizar a parte contrária pelos prejuízos que esta sofreu e a arcar com os honorários advocatícios e com todas as despesas que efetuou. (...)

Exigir a condenação de litigância de má-fé pelo Poder Judiciário, como pressuposto para a configuração da *sham litigation*, representaria grave restrição ao princípio da separação dos Poderes.

Como é sabido, o princípio da separação dos Poderes está consagrado no art. 2º da Constituição Federal, ao dispor que *são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário*. Sua violação implicaria dizer, no quadro exposto, que haveria relação de hierarquia e subordinação do CADE ao Judiciário, algo absolutamente inconcebível.

Tendo em vista que a relação do CADE com o Judiciário deve ser pautada na independência e harmonia, é de bom alvitre que se desvincule o instituto da litigância de má-fé com a ocorrência da *sham litigation*.

### 3.3. Critérios gerais

Conforme discorrido ao longo do texto, infere-se que a *sham litigation* restará caracterizada desde que se comprove que: (i) *o exercício do(s) direito(s) de petição foi(foram) exercido(s) de forma abusiva;* (ii) *produza ou possa produzir os efeitos previstos no caput do artigo 36 da Lei nº 12.529/2011.*

Para se aferir se houve de fato o abuso do direito, o CADE necessitará utilizar todo o seu aparato investigatório para que se tenha uma visão ampla do ato anticoncorrencial; ou seja, não poderá ficar restrito à decretação de procedência ou improcedência da ação (ou ações) pelo Judiciário.

Existem tantas variáveis que podem distorcer a realidade e ocasionar a decretação de procedência ou improcedência pelo juiz; afinal, sua visão é restrita àquela demanda judicial. Revelia, falha na defesa, erro judicial, falsidade documental, entre outros, são exemplos de distorções que podem ocorrer no curso do processo, podendo dar ganho de causa indevidamente à parte que abusa do seu direito de petição. Ademais, o magistrado deve se circunscrever aos fatos expostos nos autos, sem inferências para além do processo. Como diz aquele famoso brocardo latino *o que não está nos autos não está no mundo*<sup>21</sup>.

---

<sup>21</sup> *Quod non est in actis non est in mundo*

Ou seja, o critério americano de se basear *unicamente* nos resultados judiciais desfavoráveis<sup>22</sup> para a configuração da *sham litigation* é algo que pode não refletir a realidade. Não pode ser utilizado como único parâmetro para a configuração da *sham litigation*.

Ademais, em razão do princípio da separação dos poderes, o CADE possui independência e autonomia de decisão, não podendo ficar adstrito às decisões prolatadas no Judiciário, dado que a visão deste é limitada ao processo.

Da mesma forma, o Judiciário pode julgar ações improcedentes, e que não implicará, necessariamente, abuso do direito de petição pela parte demandante.

O CADE terá que analisar as particularidades do caso concreto, sendo certo que a configuração do abuso do direito de petição é muito particular, podendo ter inúmeras variações e formas. Ou seja, não há fórmula imutável e estanque que preveja de antemão todos os requisitos aptos a caracterizar a *sham litigation*. Isso dependerá do caso a caso.

Outro exemplo é o abuso do direito de petição praticado nos poderes Executivo e Legislativo. Não há que se falar nesses casos em *plausabilidade do direito invocado* como critério para a configuração da *sham litigation*. Ora, o direito de representação perante esses órgãos pouco tem a ver com direito plausível. É possível fazer *lobby*, por exemplo, para a aprovação de determinada lei, que, justamente por não haver previsão no ordenamento jurídico pátrio, é desprovido de base jurídica objetiva. Isso faz parte inerente da própria democracia.

A respeito do tema, o Conselheiro Ricardo Cueva (2007, fl. 323) expôs que:

[...] numa democracia representativa a comunicação entre representados e representantes é essencial para a formação da vontade política que se traduz na legislação aprovada pelo Parlamento. Por isso, o conteúdo do que os representados informam aos representantes não é passível de controle quanto a possíveis efeitos anticompetitivos. Isso não se aplica, obviamente, às petições dirigidas ao Executivo ou aos litígios judiciais, sujeitos a regras próprias.<sup>23</sup>

No processo administrativo nº 08700.000625/2014-08, o Conselheiro Paulo Burnier da Silveira (2018, p. 3) fixou o entendimento de que o mero exercício do lobby perante o Poder Legislativo para defender interesses é um direito garantido constitucionalmente, ainda que esses interesses sejam prejudiciais aos consumidores e à livre concorrência.

<sup>22</sup> Vide teste PRE baseado em demanda carecedora de base objetiva jurídica e teste POSCO baseado no conjunto de ações com baixa probabilidade. Em ambos os casos o que determina a plausibilidade das ações é justamente o(s) provimento(s) judicial(is) favorável(is).

<sup>23</sup> Averiguação Preliminar nº 08012.006076/2003-72, julgado em 5 set. 2007.

Entretanto, caso haja um abuso do direito de lobby, ou abuso do direito de petição perante órgãos públicos, aqui caracterizado como *sham litigation*, a conduta poderá configurar infração à ordem econômica, passível de sanção pelo CADE (SILVEIRA, 2018, p.4).

O Conselheiro Gilvandro de Araujo<sup>24</sup> (2014, p. 31) estabeleceu que o ponto fundamental para se determinar a abusividade do direito de petição é a falsidade, entendida aqui como a *alteração da verdade*. Vejamos:

Assim, entendo que para a configuração do ilícito basta o CADE verificar o conteúdo do direito de petição. O que foi submetido ao crivo do Judiciário, do Legislativo ou da Administração. Se em alguma dessas manifestações contiver falsidade (através de manifestações comissivas ou omissivas), será factível detectar um elemento objetivo reprovável com potencial de trazer prejuízos à concorrência. Nesse ponto, vale destacar que o termo "falsidade" é entendido como aquela alteração da verdade, a perfídia e a fraude da realidade. A conduta de abuso de direito (*sham litigation*) caracterizaria um ilícito pela potencialidade lesiva da ação, em que o detentor de posição dominante falseia com o desiderato de prejudicar a livre concorrência (artigo 36, incisos 1 e IV, da Lei nº 12.529/2011). (ARAUJO, 2014, p. 31-32)

Nessa esteira, o Conselheiro entende, também, não ser apropriado relacionar a conduta ilícita na esfera concorrencial com base em elementos subjetivos de probabilidade ou plausibilidade. Isso porque poderia suscitar questões de prejudicialidade externa e ter o juízo do CADE contraposto por outra autoridade, por exemplo, para quem foi dirigida a petição.

Complementa o Conselheiro que poderia surgir uma estranha situação, *de o CADE considerar uma ação judicial manifestamente improcedente, condenando o seu autor por abuso de direito com impactos concorrenciais, mas o Judiciário dar provimento aos pedidos nela lançados* (ARAUJO, 2014, p. 31-32).

Apesar de não afirmar expressamente, verifica-se que o Conselheiro Gilvandro de Araujo afastou a aplicação do instituto americano ao caso analisado, sendo inapropriada a aplicação do PRE e POSCO teste, eis que pautados em elementos subjetivos de probabilidade e plausibilidade.

Desta feita, conclui-se que os elementos fundamentais para a caracterização da *sham litigation* podem ser resumidos da seguinte forma: (i) conduta consistente no exercício de direito de petição, uma ou mais vezes; (ii) dano ou potencial dano à concorrência como instituição e (iii) nexos de causalidade entre o exercício de direito de petição e o dano ou potencial dano.

<sup>24</sup> Processo Administrativo nº 08012.010075/2005-94, julgado em 1º out. 2014.

Vale consignar, por fim, que uma vez afastado o exercício regular do direito de petição, não há que se falar em restrição injustificada de direitos fundamentais. Essa restrição configura-se legítima, pois não atinge o conteúdo essencial desses direitos (VINHAS, 2014, p. 155).

#### 4. Conclusão

A importância de se reconhecer a figura da *sham litigation* dá-se não porque é importante nomear todas as condutas realizadas pelo agente infrator.

Isso pouco importa, uma vez que a LDC se preocupa apenas com os *efeitos* causados pelos atos praticados pelo agente, de modo que, constatada a violação à concorrência, o ato será punido.

Tanto é assim que o rol disposto no art. 36 é meramente exemplificativo, sem prejuízo da punição de outras condutas.

O reconhecimento da *sham litigation* figura-se importante para que o agente infrator não utilize o seu direito de petição como imunidade ou escudo para as normas antitruste. A limitação desse direito fundamental mostra-se imprescindível para que a aplicação do direito não seja inócua.

Demonstrou-se que a construção jurisprudencial norte-americana da *sham litigation* constitui uma exceção à doutrina *Noerr-Pennington*; no entanto, os critérios para a caracterização da *sham litigation* através dos testes PRE e POSCO exigem algumas premissas totalmente distintas das previstas no sistema jurídico brasileiro.

Enquanto o sistema americano prevê o preenchimento de requisitos como plausibilidade da demanda (PRE teste) e de probabilidade do conjunto de demandas (POSCO teste), aliados ao critério subjetivo de intenção do agente em prejudicar à concorrência, o sistema brasileiro exige apenas que a conduta produza ou possa produzir efeitos anticompetitivos para que seja punível.

Dessa forma é absolutamente contraproducente proceder à importação da jurisprudência americana para a caracterização da *sham litigation*, visto que é incompatível com o ordenamento jurídico pátrio.

Foi demonstrado, outrossim, a desnecessidade da condenação por litigância de má-fé para a configuração da *sham litigation*. Trata-se de institutos totalmente distintos, sem nenhuma interdependência. Ademais, a litigância de má-fé se circunscreve unicamente ao

processo judicial; o juízo do CADE ao analisar a infração concorrencial deve ser desenvolvido autonomamente, baseado em todo o aparato probatório levantado, que, diga-se de passagem, vai muito além ao circunscrito no processo. Outrossim, eventual exigência da ocorrência da condenação de litigância de má-fé pelo Poder Judiciário para que o CADE pudesse caracterizar a *sham litigation* configuraria violação ao princípio da separação dos poderes.

Por fim, conclui-se que os critérios para a configuração da *sham litigation* estão dispostos no *caput* do artigo 36 da Lei nº 12.529/2011. Ou seja, basta que se prove os efeitos ou potenciais efeitos de (I) limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; (II) dominar mercado relevante de bens ou serviços; (III) aumentar arbitrariamente os lucros; e (IV) exercer de forma abusiva posição dominante.

A *sham litigation* ocorrerá quando esses efeitos forem irradiados através de um abuso do direito de petição. Lembrando que, caso a conduta do agente promova esses efeitos ou potenciais efeitos por outro ato que não seja o abuso do direito de petição, ainda assim será punível, de acordo com a Lei 12.529/2011.

A discussão da *sham litigation*, nesse aspecto, só se faz importante para que o agente não mascare a conduta anticompetitiva através do direito de petição. A identificação do abuso desse direito dependerá muito da casuística e do conjunto probatório, que deverá ser robusto para não o limitar indevidamente.

## 5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABDO, Helena Najjar. *O abuso do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Do abuso de direito*. Coimbra: Almedina, 1983.

BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Rio, 1976.

BONIFÁCIO, Artur Cortez. *Direito de petição: garantia constitucional*. São Paulo: Método, 2004.

BRASIL. *Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE)*. Averiguação Preliminar nº 08012.006076/2003-72. Representante: Acumuladores Moura S/A. Representadas: Enersystem do Brasil Ltda., Optus Indústria e Comércio Ltda., Newpower Sistemas de Energia Ltda., Nife Baterias Industriais Ltda. e Eaton Power Quality Indústria Ltda. Relator: Conselheiro Luis Carlos Delorme Prado. Julgada em 05.09.2007, disponível [on-line] in <http://www.cade.gov.br>. Acesso em 15 nov. 2018.

BRASIL. *Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE)*. Averiguação Preliminar nº 08000.000826/97-47, Conselheiro Relator João Bosco Leopoldino da Fonseca. Representante: Itabel Comercial de Bebidas Satélite Ltda.; Representada: Cervejaria Reunidas Skol Caracu S.A. Disponível [on-line] in <http://www.cade.gov.br>. Acesso em 15 nov. 2018.

BRASIL. *Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE)*. Nota Técnica nº 17/2016/CGAA3/SGA1/SG/CADE (Sei nº 0202855) Processo Administrativo nº 08012.001594/2011-18. Disponível [on-line] in <http://www.cade.gov.br>. Acesso em 15 nov. 2018.

BRASIL. *Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE)*. Processo Administrativo: 08700.000625/2014-08. Representante: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte. Representados: Sindicato do Comércio Varejista de Derivados do Petróleo do Estado do Rio Grande do Norte – Sindipostos e outros. Relator: Conselheira Polyanna Vilanova. Julgado em 28.02.2018 . Disponível [on-line] in <http://www.cade.gov.br>. Acesso em 15 nov. 2018.

BRASIL. *Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE)*. Processo Administrativo: 08012.010075/2005-94. Representante: Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda. Representados: Sindicato Intermunicipal do Comércio Varejista de Combustíveis e Lubrificantes do Estado do Rio Grande do Sul, Antônio Gregório Goidanich, José Ronaldo Leite Silva e Adão Oliveira da Silva Relator: Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo. Julgada 01.10.2014. Disponível [on-line] in <http://www.cade.gov.br>. Acesso em 15 nov. 2018.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Jornadas de direito civil I, III, IV e V: enunciados aprovados. Coordenador científico Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *California Motor Transp. Co. v. Trucking Unlimited*, 404 U.S. 508 (1972). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/404/508/>. Acesso em 03 dez. 2018.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *Eastearn Railroad Presidents Conference et. Al v. Noerr Motor Freight Inc.*, 365 U.S. 127 (1961). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/365/127/>. Acesso em 03 dez. 2018.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *Professional Real Estate Investors, Inc. v. Columbia Pictures Industries, Inc.*, 508 U.S. 49 (1993) Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/508/49/>. Acesso em 03 dez. 2018.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *United Mine Workers v. Pennington*, 381 U.S. 657 (1965). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/381/657/>. Acesso em 03 dez. 2018.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *Uss-posco Industries and BE&K Construction Company v. Contra Costa County Building & Construction Trades Council*, 31

*F.3d 800 (9th Cir. 1994)* Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F3/31/800/592102/>. Acesso em 03 dez. 2018.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Lei de proteção da concorrência*, 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

HOVENKAMP, Herbert. *Federal Antitrust Policy - the law of competition and its practice*. 3ª ed., St. Paul: Thomson West, 2005.

MARRARA, Thiago. *Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência*. São Paulo: Atlas, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais de caráter judicial e garantias constitucionais do processo. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires Coelho; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SOUZA, Ricardo Inglez de. O abuso do direito de petição como infração à ordem econômica (*sham litigation*). In: ZANOTTA, Pedro; BRANCHER, Paulo (org.). *Desafios da regulação econômica e concorrência*. São Paulo: Atlas, 2010.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2016.

VINHAS, Tiago Cação. *Sham Litigation: do abuso do direito de petição com efeitos anticoncorrenciais*. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.