# XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM HELDER CÂMARA

## AUTONOMIA PRIVADA, REGULAÇÃO E ESTRATÉGIA

**FREDERICO DE ANDRADE GABRICH**

**ROGERIO LUIZ NERY DA SILVA**

Copyright © 2015 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

**Diretoria – Conpedi**
**Presidente** - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN
**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS
**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM
**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR
**Vice-presidente Norte/Centro** - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP
**Secretário Executivo** -Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC
**Secretário Adjunto** - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

**Conselho Fiscal**
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR
Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches - UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)
Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

**Representante Discente** - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

**Secretarias**
**Diretor de Informática** - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC
**Diretor de Relações com a Graduação** - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU
**Diretor de Relações Internacionais** - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC
**Diretora de Apoio Institucional** - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC
**Diretor de Educação Jurídica** - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM
**Diretoras de Eventos** - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA
**Diretor de Apoio Interinstitucional** - Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira – UNINOVE

---

A939

Autonomia privada, regulação e estratégia [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;
coordenadores: Frederico de Andrade Gabrich, Rogerio Luiz Nery Da Silva – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-077-0
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34

---

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

# XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

## AUTONOMIA PRIVADA, REGULAÇÃO E ESTRATÉGIA

---

## Apresentação

A necessidade crescente de promoção do desenvolvimento econômico sustentável, contraposta com a significativa regulação da atividade econômica, com o aumento da intervenção do Estado nos negócios e com a excessiva judicialização dos fenômenos jurídicos, são questões relevantes, contemporâneas e integram a base de diversos problemas científicos e práticos que envolvem as abordagens das tensões entre autonomia privada, regulação e estratégia.

Essa situação exige que o Direito seja reconhecido não apenas como ciência e instrumento legítimo de solução de conflitos, mas como elemento fundamental de estruturação dos objetivos das pessoas (naturais e jurídicas) e das organizações (privadas e públicas), para que estas realizem os seus objetivos estratégicos com o menor custo e com a maior eficiência possível, respeitados os limites normativos, filosóficos e éticos decorrentes do Estado Democrático de Direito.

Nesse contexto, é fundamental o desenvolvimento de ideias inovadoras no âmbito da ciência do Direito, bem como a análise, a reflexão e a crítica propositiva de questões estruturantes, tais como, dentre outras: os limites da intervenção estatal na atividade econômica e na autonomia privadas; a normatividade contemporânea e a estruturação lícita dos negócios e dos mercados globalizados; a liberdade de contratar; a interpretação finalística e contemporânea dos institutos clássicos do direito privado; o confronto entre a autonomia privada e o interesse público; a dicotomia entre a propriedade privada e a função social da empresa; as relações entre as empresas, o Estado e as organizações do terceiro setor; a composição de interesses privados e públicos nos mercados; a ineficiência dos instrumentos de controle da atividade econômica; as parcerias entre o público e o privado; as relações entre os modelos de negócios, o planejamento empresarial, a gestão estratégica das organizações e a eficiência dos planejamentos jurídicos (tributários, societários, contratuais, trabalhistas etc); o uso de estruturas jurídicas tipicamente privadas para organização da atividade estatal; a dominação de mercados e a livre concorrência; as combinações de negócios, fusões e aquisições; a liberdade de agir, de pensar, de informar e de ser informado, de empreender.

Por essa razão, o Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - Conpedi, em seu XXIV Congresso Nacional, ocorrido de 11 a 14 de novembro de 2015, em Belo

Horizonte, organizado em conjunto e sediado pelas Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Fundação Mineira de Educação e Cultura - Universidade FUMEC e Escola Superior Dom Helder Câmara, decidiram, muito oportunamente, por adotar entre os seus quase setenta grupos de trabalho, um que fosse destinado a cuidar especificamente dessas matérias de Autonomia Privada, Regulação e Estratégia. O fruto dos esforços nele desenvolvidos são aqui ofertados à Comunidade Acadêmica e Científica, com a convicção de servir não apenas de subsídio a estudos nessas áreas, mas, sobretudo, de estímulo e provocação a uma reflexão que se mostre sempre livre, crítica e útil a contribuir para construir uma sociedade melhor.

Prof. Dr. Frederico Gabrich - FUMEC Prof. Dr. Rogério Luiz Nery da Silva - UNOESC

Programa de Mestrado em Direito da Universidade Fumec Programa de Mestrado da Universidade do Oeste de Santa Catarina

# A UTILIZAÇÃO DA SHAM LITIGATION COMO ESTRATÉGIA DE DOMINAÇÃO DE MERCADOS E REDUÇÃO DA LIVRE CONCORRÊNCIA

# THE UTILIZATION OF SHAM LITIGATION AS MARKET DOMINATION STRATEGY AND REDUCTION OF FREE COMPETITION

**Deborah Delmondes De Oliveira**

**Resumo**

A Sham Litigation é considerada uma prática anticompetitiva e desleal que tem como objetivo utilizar o Poder Judiciário com o intuito de obter vantagens econômicas e impedir a livre concorrência. O presente artigo tem o propósito de discutir sobre a utilização desta prática anticompetitiva, descrita como Sham Litigation, e suas consequências do ponto de vista concorrencial. Objetiva-se discorrer de que forma a Sham Litigation enseja na dominação de mercados e, consequentemente, repercute na redução da livre concorrência. Neste sentido, o artigo pretende abordar alguns dos casos brasileiros, que tiveram indícios da prática de Sham Litigation, no intuito de demonstrar como a referida prática pode trazer consequências no setor concorrencial. Para tanto, torna-se imperioso mencionar como marco teórico a definição de Sham Litigation, construída pela Suprema Corte Norte Americana, a partir de 1969, momento em que surgiu esta prática anticompetitiva como uma exceção a Teoria da imunidade antitruste. Para a construção deste artigo foram utilizados vários métodos de pesquisa e estudo, através de uma perspectiva teórica, análise jurisprudencial, análise bibliográfica e alguns artigos atinentes ao tema.

**Palavras-chave:** Sham litigation, Prática anticompetitiva, Dominação de mercados, Livre concorrência

**Abstract/Resumen/Résumé**

Sham Litigation is considered a anti-competitive and unfair practices in which its goal is to utilize the judicial power to obtain economic advantages as a form to foreclose the principle of free market competition. This articles intends to discuss about the utilization of this kind of anti-competitive practice, known as Sham Litigation, and its consequences from the competitive point of view. Also, it will be shown the forms that Sham Litigation entails the domination of market; consequently, reflecting in the reduction of free competition. In this sense, the article will look over some Brazilian cases that had evidence of Sham Litigation practices, and reinform how the practices mentioned above can cause major consequences in the competitive sector. Thus, it is imperative to mention the theoretical basis the definition of Sham Litigation stated by the Supreme Court of the United States, from 1969, the period of time when this anti-competitive practice showed up as on exception of the theory of antitrust

immunity. In order to compose this article were used various methods of research and study, through a theoretical perspective, jurisprudential analysis, bibliographic review and some articles pertaining to the theme.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Sham litigation, Anti-competitive practice, Market domination, Free competition

## 1 INTRODUÇÃO

O direito de petição, assim compreendido como o acesso ao judiciário, é uma garantia fundamental amparada pela Constituição da República Federativa do Brasil na qual protege qualquer ação que se adéque a fatos e fundamentos dispostos em lei. Desta forma, entende-se que todos possuem direito de ter acesso ao judiciário, baseado nos dispositivos respaldados pela lei, podendo ser punido o agente que litigar de forma abusiva.

O presente artigo procura conceituar e esclarecer a prática anticompetitiva descrita como *Sham Litigation* e suas consequências na esfera concorrencial. A conduta descrita como *Sham Litigation* é considerada uma falha de mercado recente em que as empresas utilizam o processo de maneira abusiva com o intuito de prejudicar seus concorrentes e obter dominação de mercados.

O tema apresenta grande relevância no contexto da ciência jurídica, tendo em vista que os agentes econômicos aproveitam do direito de petição, considerado como garantia constitucional elencada no art. 5, inciso XXXIV, alínea a, da CF/88, com o intuito de prejudicar o concorrente. Ou seja, os empresários abusam do direito de ação, promovendo ações descabidas e muitas vezes sem embasamento legal por perceberem que os magistrados, em muitos casos, não conseguem visualizar a má-fé processual por parte dos agentes econômicos nas ações de *Sham Litigation*.

Neste sentido, o objetivo principal deste artigo é promover o estudo do tema apresentado, bem como demonstrar alguns dos casos brasileiros que tiveram características da prática de *Sham Litigation,* para demonstrar as consequências que a utilização indevida do processo podem ocasionar a livre concorrência.

O problema que pode ser observado é que as empresas utilizam indevidamente o poder judiciário para obter vantagens na esfera concorrencial por saberem que os magistrados não possuem conhecimentos técnicos e específicos em livre concorrência.

Assim, os aplicadores da lei, decidem apenas de acordo com os demais preceitos legais sem a percepção de que suas decisões podem causar sérios prejuízos a ordem econômica e a toda sociedade, em razão da inobservância preliminar dos aspectos econômicos.

Ademais, as decisões proferidas pelo CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica), órgão administrativo responsável pelo julgamento das falhas de mercado em âmbito concorrencial, são meramente administrativas e, portanto, não vinculam as empresas ao cumprimento direto das sanções prolatadas por este órgão regulador.

Destarte, o que se questiona no presente artigo é por qual motivo os agentes econômicos se utilizam do processo para prejudicar ou quebrar seus concorrentes e quais as consequências que o abuso do direito de petição podem ensejar para a economia e para a sociedade como um todo.

A escolha do direito norte-americano como base de comparação e como referencial teórico justifica-se por ser este um sistema jurídico mais amadurecido em matéria antitruste, além de ter sido o primeiro sistema jurídico a se posicionar e condenar uma empresa pela prática descrita como *Sham Litigation.*

Sendo assim, o artigo será estruturado a partir do conceito de *Sham Litigation*, definido pela Suprema Corte norte-americana e aplicada como uma exceção a Teoria da imunidade antitruste, de forma a discutir a incorporação deste instituto ao nosso sistema jurídico e ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC).

Para tanto, serão retratados alguns dos casos ocorridos no Brasil em que se tiveram evidências de *Sham Litigation*: Caso das Baterias Moura, Caso Siemens e Seva, bem como o caso Box 3 Vídeo.

Como método de pesquisa serão utilizados estudos de casos concretos, análises bibliográficas, jurisprudenciais e artigos relativos ao tema.

## 2 *SHAM LITIGATION* E A TEORIA DA IMUNIDADE ANTITRUSTE

A expressão "*Sham*" significa aquilo que não é o que parece ser, ou seja, uma falsidade. Assim como uma pessoa que finge ser algo que não é; um falsário.[1]

Bruno Braz de Castro definiu esta prática anticompetitiva como um: "abuso do direito a atividade de petição que, sem qualquer base objetiva que a fundamente, seja

[1] Tradução livre de "Sham" conforme o Black´s Law Dictionary. 8ª edição. Thomson Wes, 2004.

manejada com vistas a prejudicar diretamente os negócios de um concorrente". (CASTRO, 2009, p.11)

A Suprema Corte Norte-Americana definiu *Sham Litigation* como: "uma ação que objetiva retardar a livre concorrência criando empecilhos e situações meramente protelatórias sem base legal e sem mérito no intuito de impedir a concorrência."[2]

O conceito norte-americano foi recepcionado pelo nosso sistema jurídico brasileiro de forma que as condutas ilícitas praticadas por agentes econômicos que se valem do abuso do direito de ação para adquirir vantagens na esfera econômica e aniquilar a concorrência fossem enquadradas como práticas ilícitas e, com a observância do conceito norte-americano, passíveis de condenação.

Neste sentido, a *Sham Litigation* é compreendida na visão do direito antitruste brasileiro e em conformidade com a definição norte-americana como uma conduta anticoncorrencial onde se pode observar a soma de vários conflitos humanos afins em que a oportunidade de se ingressar em juízo dá espaço a inteligência e engenhosa artimanha de júris economistas e empresários com o objetivo único e exclusivo de aniquilar a concorrência.

O que se percebe em grande parte dos casos envolvendo *Sham Litigation* é que determinados fundamentos utilizados nas petições são muitas vezes abusivos e nocivos a livre concorrência mas que, ao mesmo tempo, conseguem enquadrar nos moldes da legislação processual. Assim, o empresário, valendo-se de dispositivos elencados na lei processual, consegue por meio do processo o objetivo puro e simples de ganhar tempo, "de atrasar o processo judicial", (CASTRO, 2009, pag.12) com o intuito de obter vantagens e consequentemente reduzir ou até mesmo acabar com a concorrência.

Como é sabido, o Código de Processo Civil em seu artigo 17, inciso III, tem a seguinte redação: "Reputa-se litigante de má- fé aquele que: III – usar do processo para conseguir objetivo ilegal".

Nota-se com este dispositivo que a má-fé processual é caracterizada quando se tem concretizado a prática da conduta ilícita com a intenção de utilizar o processo de maneira indevida, causando danos às partes e aos demais envolvidos no processo.

---

[2] Supreme Court: An action that aims to slow the free competition by creating obstacles and situations without lawful authority and without merit in order to prevent competition.

No entanto, os órgãos antitrustes que condenam pelas práticas anticompetitivas no intuito de proteger a livre concorrência, atuam no sentido de condenar tais práticas, ainda que tentadas, pelo fato destas serem potencialmente nocivas à ordem econômica.

Cabe ressaltar que o termo *Sham Litigation* do ponto de vista norte americano deve ser compreendido de forma ampla, não se restringindo apenas ao contencioso judiciário como temos no Brasil, mas sim como todas as formas de provocação perante o Estado.

De fato, por tais razões é que se consolidou na comunidade jurídica norte- americana a Teoria da Imunidade Antitruste atrelada à atividade de petição, Pettioning Immunity, chamada de Teoria do *Noerr-Pennington Doctrine.*

Sandra Terepins tem a seguinte conceituação acerca da *Noerr-Pennington Doctrine:*

> A Noerr- Pennington Doctrine trata de proteção pela Suprema Corte Americana ao direito de petição, ainda que o exercício desse direito tenha como efeito prejudicar a livre concorrência ou consolidar poder de mercado. (...) O direito protegido por essa doutrina é precipuamente político, de modo que uma petição dentro desses moldes e com o intuito de alcançar ação governamental estaria imune às leis de defesa da concorrência. (TEREPINS, 2009, p.1-2).

Neste sentido, entende-se que o direito de petição é tão protegido dentro do sistema democrático que até permite ao particular aproveitar deste direito que lhe é constitucionalmente reconhecido para influenciar diretamente o Poder Público em seu processo decisório sem, em muitos casos, cair nas restrições da legislação antitruste.

Para melhor compreensão do que vem a ser a Teoria da Imunidade Antitruste é importante mencionar dois casos cujas decisões foram proferidas pela Suprema Corte Norte - Americana ensejando em modelos de estruturação quanto à imunidade antitruste face as atividades de petição.

O primeiro caso famoso ocorrido nos EUA foi entre *Eastern R. Presidents Conference V. Noerr Motor Freight,* proferido em 1961, que ficou conhecido como caso *Noerr*. Neste caso, uma associação de ferroviárias, por meio de sucessivas campanhas publicitárias objetivando influenciar ações legislativas e medidas governamentais de forma a impedir a aprovação de legislação favorável aos caminhoneiros, conseguiu enrijecer as normas do setor visando monopolizar o mercado e restringir a concorrência. As companhias

de caminhões, ao se sentirem prejudicadas com o fortalecimento das normas, processaram as ferroviárias por violarem o *Sherman Act*, que é a lei de defesa da concorrência norte-americana, acusando-as por abuso de posição dominante e utilização de influência do aparato governamental para obter vantagens ilícitas.

Neste caso, a Suprema Corte Norte-Americana entendeu que a atuação das ferroviárias juntamente com o governo norte-americano, mesmo que ensejasse em prejuízos a ordem econômica, não poderiam ser condenadas pelo fato de não terem violado o direito de petição constitucionalmente protegido. Desta forma, as empresas ferroviárias e o governo poderiam responder apenas por violação ao *Sherman Antitrust Act* [3] pelo fato de influenciarem na aprovação de leis que restringiram as atividades econômicas desrespeitando a legislação antitruste. No entanto, nenhuma restrição teriam em face da Suprema Corte Norte-Americana, tendo em vista que não se foi comprovado a má-fé e o abuso de direito de petição destas pela Corte ora mencionada.

O presente caso se tornou muito polêmico na comunidade norte-americana, tendo em vista que a Corte, ao ponderar os objetivos da legislação antitruste e os valores constitucionais ligados a atividade política do Estado, decidiu favoravelmente as ferroviárias. A referida Corte considerou que, apesar das ferroviárias terem ocasionado sérios prejuízos a atividade econômica, tais procedimentos não foram considerados ilegais na medida em estão amparados no direito constitucional de peticionar e, neste caso, não seria apropriado utilizar a legislação antitruste para reprimir as pessoas de exercerem seu comportamento político por meio do direito de petição.

Com relação ao caso, Sandra Terepins fez a seguinte consideração acerca do posicionamento da Suprema Corte:

> Considerou-se, ademais, irrelevante a intenção das rés; inapropriada a utilização da legislação antitruste para controlar comportamento político; e, por fim, alegou-se que o dano causado era resultado inafastável de atividade política legítima. A corte sustentou que as leis antitrustes nunca tencionaram proibir as pessoas de exercer seu direito de petição em face do Poder Público. (TEREPINS, 2009,p.02).

[3] Também conhecido como Sherman Anti-trust Act., se define como qualquer tipo ou manifestação de monopolização de qualquer ramo de negócio bem como a combinação ou a conspiração para restringir a atividade econômica. (Sherman Anti-Truste Act, 1890).

Sendo assim, ao considerar que a Corte não poderia sustentar a imposição das leis antitrustes para proibir as pessoas de utilizarem de seu direito de petição, a violação da legislação antitruste foi reconhecida pela Corte, no entanto, esta não poderia deixar de considerar o direito de petição que prevaleceria por se tratar de uma garantia constitucional de peticionar.

Apesar da Suprema Corte ter decidido favoravelmente as ferroviárias e não ter condenado-as pela violação do *Sherman Act*, que é a lei antitruste norte-americana, a Corte reconheceu que o direito de buscar ação governamental poderia sofrer exceções. O próprio órgão julgador, na mesma decisão, reconheceu que existem situações que merecem ser observadas com mais atenção podendo sofrer restrições da legislação antitruste.

Além do caso *Noerr*, outra decisão que serviu de parâmetro para a concretização da Teoria da Imunidade Antitruste foi o caso proferido da *United Mine Workers of America v. Pennington*, em 1965, que ficou conhecido como o caso *Pennington*. Quatro anos após o caso *Noerr*, na cidade americana chamada *Pennington*, um sindicato de mineiros celebrou um acordo trabalhista com diversas mineradoras de carvão supostamente com intuito de eliminar pequenos produtores de carvão do mercado. O sindicato de mineiros e as grandes mineradoras de carvão realizaram *lobby* [4], junto à Secretaria do Trabalho, objetivando fixar um salário mínimo que fosse superior ao valor cobrado pelas pequenas mineradoras.

No referido acordo, ainda ficou estabelecido que o carvão só poderia ser adquirido das empresas que aderissem ao valor fixado junto à Secretaria do Trabalho. Após a homologação deste acordo, as pequenas mineradoras de carvão recorreram a Suprema Corte alegando que não poderiam continuar com suas empresas se tivessem que remunerar seus empregados nos padrões estabelecidos no acordo. Assim, alegaram que as grandes mineradoras utilizaram-se do acordo para criar barreiras à entrada de novos produtores e para dificultar a permanência dos pequenos produtores no mercado causando danos à competição no setor.

O elevado teto salarial tinha como escopo prejudicar de forma explícita as pequenas empresas mineradoras. A tentativa de se elevar o teto salarial, por meio de uma requisição ao órgão administrativo, tinha o intuito de interferir diretamente na economia e o que restava

[4] Espécie de pressão na esfera política em que um grupo de pessoas ou organizadores tentam influenciar, aberta ou secretamente, as decisões do Poder Público em favor de seus interesses. Conceito retirado do site http://www.brasilescola.com/politica/lobby.htm

saber é se, para a comprovação da *Sham Litigation*, tal prática era considerada como nociva a ordem econômica. Ademais, deveria ser analisado se a referida prática conseguiria ser comprovada por meio da má-fé, ou seja, se teria ou não a intenção comprovada deste sindicato de mineiros, em prejudicar as pequenas e médias empresas do setor.

Neste caso, a conduta descrita pela Suprema Corte Norte-Americana foi decidida no sentido de constituir atividade de petição protegida pela Teoria da Imunidade Antitruste e pela proteção do direito de petição face ao Estado. Novamente o direito de petição foi protegido pela Teoria da Imunidade Antitruste, no entanto, a Suprema Corte concluiu que um acordo feito entre sindicato e grandes mineradoras de carvão, sem a participação das pequenas mineradoras, não estaria isento das responsabilidades estabelecidas na lei *Sherman Act*. Além disso, a Corte entendeu que um acordo feito por grupos de empregadores no sentido de impor altas faixas salariais, juntamente com o apoio da Secretaria do Trabalho, deveria ser analisado pelas normas antitrustes, já que a política antitruste restringe acordos que potencializam a formação de práticas anticompetitivas.

Assim, da decisão proferida pela Suprema Corte se pode extrair que houve a proteção do direito de petição, mas o acordo realizado entre sindicatos de empregados e empregadores não poderia ficar imune a legislação antitruste, o que poderia nos sugerir como, nos dizeres de Sandra Terepins, "um tímido avanço na construção da doutrina". (TEREPINS, 2008, p.68).

Desta forma, pode-se concluir que no caso *Pennington* houve o reconhecimento de uma infração na esfera concorrencial não pelo fato do exercício abusivo do direito de petição, como já se foi descartado no caso em questão, mas sim pelo fato de tal direito de petição infringir a ordem econômica que é protegida pelo *Sherman Act*. Caso fosse comprovado o abuso do direito de petição por parte do sindicato junto aos grandes mineradores, estaríamos diante da conduta descrita como *Sham Litigation*. Contudo, como a Corte considerou nesta decisão que o direito de petição não poderia ser reduzido para garantir a prevalência de uma norma antitruste, a decisão foi favorável ao sindicato e aos grandes mineradores.

Conferida a imunidade antitruste em proteção ao direito de petição, a comunidade jurídica norte-americana começou a apurar os contornos e as exceções à *Noerr – Pennington Doctrine*. Apesar da grande polêmica que estas decisões ensejaram do ponto de vista concorrencial, algumas decisões da Suprema Corte são responsáveis por definir os parâmetros

mais aceitos em relação ao tema.

Bruno Braz de Castro, ao fazer menção do caso *Noerr*, tem a seguinte interpretação:

> No caso da decisão proferida do caso Noerr, a Suprema Corte Norte Americana observou que a imunidade antitruste ligada a atividade de petição não seria indispensável frente as situações em que o peticionamento "é um mero simulacro" , um "mere sham" no inglês original por encobrir o que é, de fato, nada mais que uma tentativa de interferir diretamente nas relações negociais de um concorrente, de modo que a aplicação do Sherman Act fosse justificada." (CASTRO, 2009,p.04, tradução livre).[5]

A evolução da doutrina *Noerr-Pennington* levou as Cortes norte- americanas bem como estudiosos de direito à percepção de que não se poderia aplicar e proteger o direito de petição de maneira absoluta.

E assim, passou-se a discutir o teor da *Sham Litigation* ou *Sham Exception*, como exceções à doutrina a Teoria da Imunidade Antitruste, cujo reconhecimento importaria em limitar os direitos de petição dos cidadãos que abusam da imunidade antitruste para adquirir vantagens na esfera concorrencial. A diferença é que a prática descrita como *Sham Exception* é encontrada no direito norte-americano de maneira restritiva, em apenas uma das esferas de poder, enquanto o instituto da *Sham Litigation* pode ser vislumbrada nas três esferas do poder.

A partir de 1972, a Suprema Corte Norte Americana passou a detectar situações que poderiam ser consideradas como exceções a Teoria da Imunidade Antitruste. A referida Corte passou a analisar de forma relativa a imunidade antitruste face ao direito de petição, de forma que pudesse ser reconhecida a conduta descrita como *Sham Litigation*.

Neste sentido, todos os casos em que ocorria violação ao *Sherman Act* e ao mesmo tempo um abuso de direito de petição eram reconhecidas como práticas anticompetitivas que, não só eram passíveis de condenação por infringirem a ordem econômica, como também por abusarem de um direito constitucionalmente reconhecido. Para isto, foi-se necessário a realização de alguns testes que pudessem evidenciar a prática desta conduta anticoncorrencial, como veremos a seguir.

---

[5] Supreme Court: There may be situations in which a publicity compaign, ostensibly directed toward influencing governmental action, is a mere sham to cover what is actually nothing more than an attempt to interfere directly with the business relationships of a competitor and the aplication of the Sherman Act would be justified.

No caso *Professional Real Estate Investor (PRE), inc., ET AL. V. Columbia Pictures Industries, inc. ele AL (PRE case).*[6] *E*m 1993, a Suprema Corte-Norte Americana estabeleceu parâmetros objetivos para a configuração da Sham Exception à *Noerr – Pennington Doctrine,* principalmente nos casos de litígios envolvendo *Sham Litigation.*

No caso supra mencionado, ficou estabelecido um roteiro composto por duas etapas: a primeira de cunho objetivo e a segunda voltada para parâmetros subjetivos com a finalidade de se identificar a *Sham Litigation*, o que ficou conhecido como o teste *PRE*. No referido teste ficou estipulado que seriam consideradas  infrações à ordem econômica os casos que fossem verificados tanto os requisitos objetivos quanto os requisitos subjetivos.

Ao comentar sobre o teste *PRE*, Castro esclarece que: "a ação deverá ser desprovida de base objetiva, no sentido de que nenhum litigante razoável poderia, de fato, ter expectativas de ser o bem sucedido em seu mérito." (CASTRO, 2009, p.5)

A ação desprovida de base objetiva, ou seja, a conduta de litigar totalmente destoada da normalidade dificilmente encontraria êxito no mérito desta ação sendo tal requisito indispensável para a prática de *Sham Litigation*, conforme conceito norte-americano.

Bruno Braz de Castro ao se referir a estas condutas anticompetitivas argumenta que "as disputas são aventadas de acordo com uma política de instauração de litígios sem a preocupação com a razoabilidade, ou não, de seu mérito e com o propósito de prejudicar seu concorrente." (CASTRO,2009, p.6)

Somente se fosse respeitada a etapa mencionada acima é que a Suprema Corte Norte-Americana apreciaria as motivações que levariam o litigante a ingressar em juízo. Nesta segunda etapa, a referida Corte analisaria se a ação infundada ficaria caracterizada como mero instrumento de vantagens anticoncorrenciais. Caso a má-fé estivesse comprovada, nesta segunda etapa, a prática anticompetitiva seria descrita como *Sham Litigation*, de forma que todos os requisitos objetivos e subjetivos estariam presentes na conduta.

Diante da multiplicidade de ações ocorridas na Suprema Corte norte-americana, a aplicabilidade do teste *PRE* se mostrou insatisfatória. A questão se mostrou evidenciada, em 1994, no caso *USS-POSCO Industries v. Costa Building & Construction Trade Council. (USS*

[6] U.S. Supreme Court. Professional Real State Investors, pp. 508 .U.S (1993)

*– POSCO) de 1994.*[7]

Neste caso ficou estabelecido que o teste *PRE,* diante de uma ação infundada caracterizaria *Sham Litigation* caso o agente instaurasse uma série de litígios, ou seja, uma multiplicidade de ações tendo como objetivo obter vantagens concorrenciais, conhecido como *Pattern Litigation*.

Face às posições explicitadas, percebe-se que para a caracterização do teste *USS-POSCO,* os aspectos que deveriam ser levados em consideração são aqueles em que o ajuizamento da ação fizesse referência a práticas de sucessivas ações no intuito de frear e prejudicar a concorrência.

Desta forma, o teste *USS-POSCO* reconheceria a prática do exercício de *Sham Litigation* diante da realização de sucessivas ações *Pattern Litigations*, e, ainda que fossem positivas, ou seja, ainda que tivessem seus pedidos procedentes ao autor, a instauração de sucessivas ações teria como intuito prejudicar os demais concorrentes.

Cabe ressaltar que neste caso não se importa o que ficou decidido na esfera processual, mas sim o que as diversas decisões prolongadas no tempo, comprovando o exercício abusivo do direito de ação, também conhecida como má- fé processual, repercutiriam nas empresas que foram desfavorecidas com a multiplicidade de ações.

## 3 SHAM LITIGATION NO DIREITO CONCORRENCIAL BRASILEIRO

Fazendo uma análise dos casos em que apareceram indícios de *Sham Litigation* no ordenamento jurídico brasileiro, percebe-se que o Poder Judiciário é, em muitos casos, utilizado como instrumento para se garantir privilégios e posição dominante dentro do cenário econômico.

Por diversas vezes, a má-fé processual foi alegada e o abuso do direito de ação foi questionado. Por isso, tendo em vista a grande repercussão que estes institutos ocasionaram dentro do âmbito concorrencial, torna-se necessário traçar alguns parâmetros.

[7] U.S Court of Appeals, Ninth Circuit. USS-POSCO Industries v. Contra Costa Building & Construction Trade Council, 31 Fed 800.

### 3.1 A utilização do Poder Judiciário como ferramenta de inserção da *Sham Litigation*

A *Sham Litigation* é compreendida como litigância de má-fé. É o abuso do direito de ação com o intuito de ferir a livre concorrência. Vislumbra-se na possibilidade de se ingressar em juízo alegando determinado direito para prejudicar um concorrente.

Neste contexto, percebe-se que o Poder Judiciário serve de ferramenta para conseguir vantagens na esfera concorrencial. Ao postular por um direito, o litigante de boa-fé espera do Poder Judiciário que seu pedido seja reconhecido e que seu direito seja alcançado. Com isto, cabe ao Juiz analisar os fatos e as provas produzidas para reconhecer ou não a procedência do pedido pretendido.

### 3.2 O abuso do direito de petição e o aniquilamento da livre concorrência

Como a restrição indevida do direito de petição pode ocasionar em sérios prejuízos ao sistema democrático brasileiro, o presente assunto requer cuidadosas observações. A definição do abuso de direito é trazida pelo artigo 187 do atual código civil brasileiro:

> 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. (CÒDIGO CIVIL; 2002).

De acordo com o dispositivo, pode-se afirmar que o litigante que abusar do seu direito de petição com vistas a prejudicar a concorrência comete ato ilícito e, neste sentido, estaria destituído de qualquer imunidade antitruste.

Acerca do abuso do direito de petição com vistas a prejudicar a concorrência, Sandra Terepins tem o seguinte posicionamento:

> O direito de petição não contém propriamente uma imunidade antitruste.(..) Quando não configurado o exercício de direito de petição, nos moldes propostos pela *Noerr-*

> *Pennington Doctrine*, há apenas o interesse do particular abusando da máquina pública, o que não pode se sobrepor à livre concorrência como direito difuso e constitucional. (TEREPINS, 2009, p.6)

Neste contexto, verifica-se que o exercício abusivo do direito de petição com o interesse de causar danos à livre concorrência não deve ser protegido como uma garantia fundamental absoluta, tendo em vista que não se caracteriza o exercício pleno de peticionar.

O que deve ser posto em questão é quanto a dificuldade de se identificar o interesse em causar danos a ordem econômica por intermédio de um direito que é constitucionalmente reconhecido.

Quanto a esta dificuldade, Terepins faz a seguinte consideração:

> Mostra-se, assim, grande a dificuldade de identificar o ilícito pois a linha que divide o direito político de petição e o abuso desse direito é bastante tênue. Em ambos os casos pode haver prejuízo concorrencial. Contudo, parece que a diferença está no fato de que no exercício regular do direito o prejuízo é apenas decorrência do pleito legítimo; enquanto que no uso abusivo o dano concorrencial é um fim em si mesmo. Nesta posição entre o direito constitucional de petição e sua utilização indevida como uma tática para excluir a concorrência, a maior dificuldade está em saber quais parâmetros ou critérios devem ser utilizados para garantir uma decisão que puna apenas o abuso do direito, não seu exercício regular. (TEREPINS, 2009, p.7)

Com este entendimento, pode-se compreender que o abuso do direito de petição é bastante difícil de comprovar, tendo em vista que impera a presunção da boa-fé até que se prove o contrário. E, em certos casos, ainda que o litigante esteja agindo no exercício regular de seu direito, mesmo sem intenções de abuso, a referida prática pode ensejar em prejuízos na ordem econômica. Assim, por tais razões, Terepins ressalta que "a caracterização da *Sham Litigation* impõe um elevado padrão de prova." (TEREPINS, 2009, p.7).

Neste contexto, torna-se indispensável compreender as particularidades do ambiente competitivo e necessário estabelecer critérios objetivos para conseguir diferenciar a existência de uma conduta ilícita da existência de uma conduta regular de direito.

No entanto, o direito de petição é uma garantia constitucional que goza de imunidade antitruste. Desta forma, os órgãos que atuam no combate as práticas ilícitas não podem prevalecer, em regra, sobre os direitos constitucionalmente reconhecidos.

Contudo, conforme pode ser verificado no Parecer do PROCADE, o direito de petição também pode sofrer limitações:

> [...] nenhum direito é absoluto, sagrado. E, quando em conflito aparente ou necessidade de composição com outro direito fundamental, deve ser ponderado de forma a maximizar a aplicação de ambos os direitos, sem a exclusão de nenhum deles. E, por óbvio, como todo direito, seu abuso é devidamente indesejável e deve ser punido, até mesmo como forma de higidez do sistema de direito. (PROCADE, 2008, p. 16).

Pelo exposto, não restam dúvidas de que o direito de petição não é absoluto e seu exercício abusivo deve ser considerado e punido não só pelo Poder Judiciário como também pelo órgão responsável pela decisão sobre abuso do poder econômico.

### 3.3 A livre concorrência como princípio garantidor da ordem econômica

No que se refere a livre concorrência, Vicente Bagnoli esclarece que: “a concorrência existe para garantir o desenvolvimento dos mercados e, como beneficiados, os consumidores, já que são eles que irão usufruir as melhorias decorrentes da concorrência." (BAGNOLI, 2013, p.128-129).

O fenômeno da concorrência é tratado na Constituição da República em um capítulo dedicado somente aos Princípios Gerais da Atividade Econômica, previsto nos art. 170 a 181.

O artigo 170 tem a seguinte redação:

> Artigo 170: A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
>
> I – soberania nacional;
>
> II- propriedade privada;
>
> III- função social da propriedade:
>
> IV- livre concorrência (...)

> Paragráfo único: É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei. (CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL;1988)

A Constituição da República de 1988, ao mencionar a livre concorrência como um dos princípios gerais da atividade econômica está possibilitando que os agentes econômicos possam disputar as preferências do consumidor, desde que seja observado os limites quanto ao exercício abusivo de suas atuações no mercado. Desta forma, o princípio da livre concorrência nos possibilita compreender que a atividade econômica será exercida de maneira livre sem que esta liberdade seja interpretada em caráter absoluto.

A livre concorrência permite a livre disputa entre os agentes econômicos permitindo a intervenção estatal somente nos casos em que se observar o caráter abusivo nas condutas praticadas pelos concorrentes. E, a atuação do Estado como interventor, somente irá se manifestar quando a atuação dos agentes econômicos extrapolarem ou se sobreporem em relação aos demais princípios constitucionais econômicos. Daí a importância de se interpretar este inciso com bastante cuidado para não aplicarmos de forma absoluta.

O princípio da livre concorrência, portanto, garante oportunidades isonômicas a todos os agentes que participam da relação econômica de maneira que o Poder Público interferirá somente nos casos de abuso do livre exercício da atividade econômica. Caso um dos concorrentes exceda em suas atuações no mercado, seja desbancando outros competidores por meio de atividades ilícitas, seja pelo exercício abusivo do seu direito, incluindo aqui direito de petição ou de liberdade econômica, este atuante no mercado deverá ser punido pela prática de condutas anticoncorrenciais que desrespeitam a ordem econômica.

Neste sentido, percebe-se que a livre concorrência é extremamente relevante na medida em que disciplina as condições de mercado impondo limites àqueles que decidem abusar da concorrência. Assim, cabe ao Estado zelar para que as organizações com poder de mercado não abusem deste poder de forma a prejudicar a livre concorrência.

Assim, o princípio da livre concorrência, aplicado num contexto econômico, deve ser interpretado como uma liberdade que possibilita a entrada de novos concorrentes no mercado, estabelecendo condições de competição entre estes agentes.

Deve-se compreender que o estímulo ao aumento de agentes econômicos juntamente com a fiscalização Estatal são de suma relevância para promover a livre concorrência prevista no art. 170, IV da CR/88, bem como prevenir a incidência de concorrências desleais, protegidas pelo art. 173, §4°, da Constituição brasileira.

Ao promover a livre concorrência, o Estado deve assegurar a segurança nacional e o interesse coletivo no intuito de promover a ocorrência de eventuais abusos de poder por parte dos agentes econômicos. A repressão do Estado no sentido de proibir a ocorrência de tais abusos está prevista no art. 173, §4° da CF/88:

> Art.173: Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração da atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.
>
> (...) § 4° A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros. (CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL;1988)

Destarte, o uso abusivo do poder econômico que atende apenas ao interesses particulares sem a observância dos preceitos legais será reprimido pelo Estado em virtude de constituir violação a ordem econômica.

Assim, os órgãos responsáveis pela fiscalização e regulamentação das atividades econômicas deverão, nos limites estabelecidos pela lei, analisar e tomar as providências cabíveis para conter e prevenir as práticas anticompetitivas dos agentes econômicos. Neste sentido, tem-se a atuação Estatal prevista no artigo 174, da Constituição Brasileira, com a seguinte redação:

> Art.174: Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. (CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL;1988)

É importante ressaltar que as funções descritas acima serão exercidas pelas agências reguladoras e pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), que é uma Agência Reguladora repressora nos casos de abuso do poder econômico.

### 3.4 Papel do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência em face das condutas anticompetitivas

O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) possui órgãos que cuidam da defesa da concorrência competentes para atuarem em todo o território nacional, seja na prevenção ou na repressão às infrações contra a ordem econômica. O SBDC também contribui na divulgação da defesa da concorrência com o objetivo de promover a livre competição entre empresas.

O CADE é uma autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça que julga todas as práticas abusivas dos agentes econômicos que prejudicam a livre concorrência. Dentre as diversas atribuições previstas no art. 9° da lei n° 12.529/11, as que mais se destacam são: as atribuições de zelar pela ordem econômica, atuar como consultor em questões ligadas a concorrência e decidir sobre a existência de infração contra á ordem econômica aplicando as penalidade cabíveis.

Além de atuar como órgão fiscalizador, consultor e promotor da economia, o CADE atua de forma interventiva controlando os atos que possam limitar ou de alguma forma prejudicar a livre concorrência.

O CADE é: "a última e única instância, na esfera administrativa, responsável pela decisão final sobre matéria concorrencial."(GUIA PRÁTICO DO CADE, 2007, p.18). O referido órgão desempenha três funções primordiais, quais sejam: a preventiva, a repressiva e a educativa.

Ao exercer a função preventiva, o CADE analisa "as alterações estruturais do mercado, apresentadas sob a forma de atos de concentração, ou seja, a análise de fusões, incorporações e as associações entre empresas". (GUIA PRÁTICO DO CADE, 2007, p.18).

No que se refere à função repressiva, a referida autarquia exerce seu poder coercitivo punindo os agentes econômicos pelas condutas anticoncorrenciais de acordo com o artigo 36 da lei 12.529/11. E, com relação à função educativa, o órgão exerce o seu papel pedagógico que "corresponde à difusão da cultura da concorrência". (GUIA PRÁTICO DO CADE, 2007, p.20).

O referido órgão antitruste, além de participar na divulgação e na promoção da concorrência, também possui função judicante de maneira que pode interferir na esfera econômica condenando os agentes econômicos pelos abusos decorrentes de práticas anticompetitivas que prejudicam a livre concorrência. No entanto, é importante ressaltar que a função judicante desta autarquia deve ser vista de forma restritiva, uma vez que suas decisões são meramente administrativas e passíveis de apreciação do Poder Judiciário.

Mesmo tendo decisões meramente administrativas, o CADE desenvolve papel fundamental no combate as práticas anticompetitivas contribuindo para a promoção e a prevenção da economia.

### 3.5 Caso Baterias Moura

O caso das "Baterias Moura" foi uma das primeiras ocasiões em que o CADE referiu-se a Teoria norte-americana da *Sham Litigation*. A Averiguação Preliminar de n° 08012.00607/2003-72, instaurada em setembro de 2007, foi oferecida pela empresa "Grupo Moura" em face de algumas empresas fabricantes de baterias estacionárias ventiladas. [8]

Na ocasião, o Grupo Moura imputava infração contra a ordem econômica às representadas pelo fato destas terem peticionado perante a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) a falta de atendimento das normas técnicas estabelecidas pela Associação Brasileira de Indústria Elétrica e Eletrônica (ABINEE) por parte do Grupo Moura.

No voto-vista apresentado para o caso, o Conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva, apresentou de forma minuciosa a *Noerr-Pennington Doctrine*, reservando, contudo, a impossibilidade de se adequar esta Teoria da Imunidade Antitruste aos casos ocorridos e julgados no CADE. No mesmo voto, o Conselheiro fez uma análise das hipóteses em que o exercício abusivo do direito de petição configura como infração à legislação antitruste.

Ao interpretar a Teoria Norte-Americana, Villas Bôas teve o seguinte posicionamento:

[8] Cf. BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Averiguação Preliminar n°08012.006076/2003-72. Rel. Conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva. 29/08/2007.

> (...) tentar extrair da jurisprudência destilada pelos tribunais norte-americanos alguns parâmetros para a análise de situações trazidas ao SBDC, nas quais a atividade de peticionar ao Estado apareça de algum modo colidir com os bens jurídicos tutelados pela lei antitruste. (Cueva, 2007, p.322)[9]

Feita as considerações, o Conselheiro procurou demonstrar alguns parâmetros interpretativos para explicitar a conduta de *Sham Litigation* e ao relatar acerca do abuso do direito de petição, o mesmo reconheceu que: "a capacidade de a autoridade antitruste constatar abuso de direito de petição é bastante limitada". (Cueva, 2007, p.323).

Desta forma, percebe-se que o Conselheiro reconheceu a limitação do órgão econômico para detectar o abuso de direito de petição nos procedimentos adotados pelas empresas de baterias estacionárias ventiladas em face do Grupo Moura. E, ao final do voto, Cueva concluiu pela inexistência de infração concorrencial, tendo em vista que não se conseguiu comprovar o abuso de direito de petição por parte das empresas de baterias estacionárias ventiladas. Além disso, a própria ANATEL reconheceu que os procedimentos adotados para certificação técnica da bateria, produzida pelo Grupo Moura, realmente padeciam de vícios. E então o Conselheiro opinou pelo arquivamento da Averiguação Preliminar.

Neste caso, ainda que as empresas de baterias estacionárias ventiladas tivessem agido de má-fé, utilizando-se do seu direito de petição, o fato da própria ANATEL reconhecer os vícios nas baterias produzidas pelo Grupo Moura, por si só, já demonstraria que as demais empresas estariam com argumentos suficientes para exigir que a concorrente Grupo Moura se adequasse às normas técnicas certificadas pela ABINEE.

Ainda que as empresas de baterias ventiladas estacionárias não tenham sido condenadas pela prática de *Sham Litigation*, a menção deste instituto no voto de Cueva já demonstrava que o CADE reconhecia a existência desta conduta anticoncorrencial e poderia condenar quando entendesse cabível.

---

[9] Cf. BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Averiguação Preliminar n°08012.006076/2003-72. Rel. Conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva. DOU 04/09/2007.

Cabe ressaltar que, no caso em questão, se as concorrentes tivessem justificativa para tais questionamentos perante a ANATEL e caso o Grupo Moura estivesse sem vícios em sua certificação, possivelmente o CADE condenaria pela prática de *Sham Litigation*, conforme posicionamento do conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva, no voto supracitado acima.

### 3.6 Caso Siemens e Seva

O processo Administrativo de n° 08012.004484/2005-51 foi instaurado a partir da representação formulada pela empresa Seva Engenharia Eletrônica S/A em face da empresa Siemens Automotive Ltda.[10] No caso em questão, a Seva que é detentora de aproximadamente 2% do mercado de tacógrafos nacional alega que a Siemens, detentora de mais de 80% do mercado de tacógrafos, estaria utilizando de procedimentos judiciais abusivos no intuito de criar barreiras artificiais à entrada da Seva no mercado nacional.

Em suma, a Siemens estaria abusando do seu direito de ação ao utilizar-se de suposto conflito para propor ações contra a Seva, visando criar empecilhos à comercialização de seus produtos, além de dificultar a entrada dos mesmos no mercado nacional.

Conforme consta no Parecer da Procuradoria do CADE (PROCADE), referente ao caso em questão, a SDE, emitiu nota técnica sobre o caso opinando pela condenação da Siemens nas práticas descritas no artigo 20, incisos I, II, III, e IV cumulados com o artigo 21, incisos I, II, III, IV, V, e X, todos da lei 8.884/94[11], referentes a antiga lei de defesa da concorrência brasileira, que foi substituída pela lei 12.529/11.

A SDE, ao analisar as condições do mercado relevante nacional de tacógrafos, considerou que a Siemens "incorreu em abuso de posição dominante mediante o abuso do direito de ação, com o intuito único e exclusivo de prejudicar a representante e criar barreiras artificiais à entrada." (PROCADE, 2008, p.2).

---

[10] Cf. BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo n°08012.004484/2005-51. Rel. Conselheiro Fernando de Magalhães Furlan.

[11] Cf. BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo n°08012.004484/2005-51. Parecer PROCADE. Procurador. Dr. Diogo Thomson de Andrade.

No presente caso, a empresa Seva acusou a empresa Siemens de "uso de influência política para criação de barreiras à entrada de novos produtos e de uso espúrio do direito de ação com intento ardiloso de promover a exclusão de concorrentes."(PROCADE, 2008, p.3).

De acordo com a Seva, o grupo Siemens se utilizou de meios fraudulentos para influenciar o Poder Público  a retirar do mercado o tacógrafo de modelo SV2001, que era fabricado pela Seva, e que foi homologado pelo DENATRAN ( Departamento Nacional de Trânsito) por meio da Portaria n 50, no dia 26 de outubro de 2001.

O caso foi levado a discussão no CADE, através de denúncia da Seva que alegava que a Siemens estava utilizando-se de meios judiciais para interferir no seu crescimento econômico e na sua produção.

O Juiz, ao tomar conhecimento dos fatos, extinguiu o processo sem resolução do mérito entendendo que havia ilegitimidade da parte e falta de interesse processual, uma vez que o fato nada tinha de pertinência subjetiva com a esfera de direitos da Siemens.

A decisão judicial reconheceu a intenção da Siemens em prejudicar um concorrente utilizando-se de uma ação governamental por meio de manifestações infundadas. A justificativa da Siemens era a de que estaria preocupada com o bem-estar do consumidor e por isso optou em ingressar em juízo contra a homologação do tacógrafo da Seva, o que só fez desmascarar o objetivo anticoncorrencial desta no mercado. Ao se utilizar do aparato estatal ao invés de denunciar a suposta ilegalidade praticada pelo DENATRAN aos órgãos que fiscalizam e supervisionam a defesa do consumidor, ficou constatado que a Siemens utilizou o judiciário para prejudicar a concorrente Seva.

Em 2004, a Seva lançou um novo tacógrafo, o SVT 3000, a qual teve autorização da DENATRAN e a certificação do INMETRO. Na oportunidade, a Siemens aproveitou esta ocasião e novamente ingressou no judiciário com uma  ação ordinária pretendendo a anulação das Portarias que homologaram os tacógrafos da SEVA, revelando mais uma vez o exercício abusivo de direito de ação.

Conforme ficou esclarecido no Parecer da Procuradoria:

> O uso do aparelho judiciário como forma não somente de constrição, mas de publicização de uma suposta falta de qualidade do produto concorrente, aliado à ampla gama de clientes e à reputação da Siemens no mercado, revelam estratégia única e exclusiva de manutenção, a qualquer custo, da elevada participação de mercado e, sobretudo, da posição dominante também no médio e longo prazo. (PROCADE, 2008, p.23).

E assim, quanto à análise do Mandado de Segurança proposto, a Procuradoria entendeu que as condutas praticadas pela Siemens destoam da realidade concorrencial e devem ser adotadas como práticas que violam a livre concorrência.

Neste sentido, a Procuradoria entende que na conduta da Siemens encontram-se elementos suficientes para a condenação por *Sham Litigation* e além de opinar pela condenação desta prática anticompetitiva, o Parecer do PROCADE também opina pela condenação das práticas descritas nos artigos 20, inciso I e IV, cumulada com o artigo 21, incisos IV, V da lei 8.884/94, já mencionados.

O Procurador Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo, em seu parecer acerca do caso Siemens e Seva, pediu pela condenação da Siemens pela prática abusiva à ordem econômica, prevista nos artigos 20, inciso II e artigo 21, inciso IV da lei 8.884/94, antiga lei de defesa da concorrência. O referido Procurador também pugnou pela condenação da Siemens pela prática da conduta descrita como *Sham Litigation*, fazendo o seguinte esclarecimento: "quando a Siemens ingressa com medidas judiciais não para defender direito subjetivo seu, mas para desconstituir situações jurídicas de concorrentes, ela pratica, de fato, uma infração contra a ordem econômica." (PROCADE, 2009, p.4).

O relator do caso, o Conselheiro Fernando Furlan se posicionou da seguinte forma:

> Neste contexto, o recurso ao Judiciário se afigura como mais uma possível ferramenta à disposição do empreendimento que deseja afastar seu concorrente. Trata-se de um mecanismo extremamente eficaz: todo o poder do Estado apoiará a iniciativa de afastar o concorrente, desde que o agente seja capaz de convencer um juiz a, ainda que temporariamente, impor a ordem desejada. Em um ambiente institucional como o brasileiro, em que juízes sobrecarregados de trabalho são forçados a tomar decisões de vida ou morte em poucas horas e, em muitos casos, sem possibilidade de aprofundamento da pesquisa sobre os fatos, a prática pode ser particularmente atraente. (...) O ponto fulcral para a caracterização da conduta ilícita em questão pode ser entendido como a promoção de fim anticompetitivo espúrio com base em ação desnecessária para a proteção de direito legítimo da parte. Trata-se essencialmente de uma questão de proporcionalidade entre os interesses econômicos defendidos pela demanda ajuizada, os mecanismos empregados para a

> promoção de tais interesses e o efeito negativo sobre a competição gerado pelo ajuizamento. (PROCESSO ADMINISTRATIVO n. 08012.004484/2005-51, voto do Relator Fernando Magalhães Furlan, 2009).

Neste sentido, Furlan, mencionou sobre o "uso equivocado do conceito de free-rider[12]" e com isso afastou a tese de defesa da Siemens de que haveria um ganho excessivo da Seva em conseguir colocar no mercado produtos com qualidade inferior sem ter nenhum gasto com pesquisas ou desenvolvimento tecnológicos, e assim concluiu que:

> Concluo, do exposto, que as ações da Siemens fundamentam-se em regulamento (resolução n.92/99) de aplicabilidade questionável; forçam o aumento na rigidez com que esse regulamento era aplicado pela Administração, quebrando a isonomia até então prevalecente; se baseiam em argumentos técnicos inválidos ou de relevância reduzida; se sustentam no fornecimento ao Judiciário de informações premeditadamente insuficientes e imprecisas e consolidam-se pela obtenção de medida desnecessária para a Siemens, mas de efeitos devastadores para a SEVA. É evidente a má-fé da representada e o dano causado à concorrência no mercado. A conduta da Siemens é claramente abusiva, uma vez que caracterizada a má-fé, o claro intuito ilícito anticompetitivo e os fundamentos objetivos precários em que se sustentavam as ações. Ante o exposto, voto pela condenação da prática como incursa no art. 20, incisos I,II e IV da lei n. 8884/94. (PROCESSO ADMINISTRATIVO n. 08012.004484/2005-51, voto do Relator Fernando Magalhães Furlan, 2009).

Neste voto, o Conselheiro Furlan determinou a condenação da Siemens pela prática de má-fé com prejuízos a concorrencial, conforme art. 20 da antiga lei de defesa da concorrência brasileira. Além de Furlan, o conselheiro Vinícius Carvalho, hoje atual presidente do CADE, alegou a presunção de legitimidade de que gozam os atos administrativos e, com base nisto, não reconheceu "mácula na conduta da representada em perseguir, por meio da via judicial, o cumprimento de normativo vigente e vocacionado para o exato uso ao qual se intentou vê-lo aplicado" (PROCADE, 2009, pag.23). Desta forma, pode-se concluir que o referido conselheiro não votou pela condenação da Siemens, prevalecendo apenas a condenação no voto do Conselheiro Furlan.

Acredito que no caso em questão houve a prática de *Sham Litigation* por parte da Siemens, tendo em vista que a mesma se baseou em dados técnicos inválidos, fornecendo ao

[12]"O fornecimento de bens públicos da margem a um tipo de comportamento econômico oportunista conhecido como o problema do carona (free rider): a possibilidade de usar sem pagar. Como solução esses bens deveriam ser ofertados diretamente pelo Estado ou por meio de concessões."KUPFER, David e HASENCLEVER, Lia. Economia industrial: fundamento teóricos e práticas no Brasil. Rio de Janeiro: Elsevier, 2002. PP. 551-552.

Poder Judiciário informações vagas e imprecisas além de configurar evidente má-fé, restando claro o ilícito competitivo por parte desta.

### 3.7 Caso Box 3 Vídeo: Shop Tour x demais concorrentes

No Processo Administrativo de n. 08012.004283/2000-40 foi reconhecido pela primeira vez no Brasil a condenação pela falha de mercado descrita como *Sham Litigation*. O termo americano *Sham Litigation* foi exposto reiteradas vezes no voto condutor da decisão, proferida pelo Conselheiro Vinícius Carvalho, relator do processo supra citado.

O processo tratava-se de acusação contra duas empresas brasileiras: a Box 3 Vídeo e Publicidade Ltda (produtora do programa Shop Tour de São Paulo) juntamente com a empresa Léo Produções e Publicidade (produtora do programa Shop Tour em Campinas), ambas de propriedade de Luiz Antônio Cury Calebe. As referidas empresas eram acusadas de abusar do direito de petição ao ingressar com ações judiciais descabidas e com fundamento em direito autoral inexistente, cujo objetivo era a formação de monopólio e a dominação de mercados.

A acusação pela prática de *Sham Litigation* foi em razão das nove ações, movidas pela Box 3 Vídeo que, de acordo com o Relator do caso, Conselheiro Vinícius Carvalho:

> (...) se buscavam reservar para si a exclusividade de veicular programas de vendas pela televisão, de forma a não permitir que quaisquer outro programa de concorrente (em que os apresentadores ou apresentador têm um comportamento descontraído, franco, e com um ritmo de linguagem característico dos vendedores de oportunidades, isto é, uma abordagem direta ao consumidor rápida e livre, quase intimista, não poderia ser admitido sem a autorização desta. (PROCESSO ADMINISTRATIVO n. 08012.004283/2000-40, voto do Relator Vinícius Carvalho, 2010).

No referido voto, Vinícius Carvalho enfrentou o desafio jurídico e a resistência de muitos para conceituar e definir a prática de *Sham Litigation* como:

> (...) litigância predatória ou fraudulenta com efeitos anticompetitivos. Sem entrar na celeuma se deve ou não importar ao instituto de *Sham Litigation*, nas exatas proporções, nos restritos moldes norte-americanos ou se é possível ter uma visão mais ampla a respeito deste instituto, cumpre avaliar, no caso concreto, se há alguma razoabilidade na causa de pedir das requerentes no presente, ao buscar proteger um suposto direito de propriedade intelectual. (PROCESSO ADMINISTRATIVO n. 08012.004283/2000-40, voto do Relator Vinícius Carvalho, 2010).

Desta forma, testar o grau de reprobabilidade da conduta seria verificar, de acordo com Vinícius Carvalho, "a causa de pedir das requerentes, que, nem mesmo sob o prisma teórico, pode-se esperar que este tipo de contenda prospere. Ou seja, como proteger um suposto direito de propriedade intelectual que as demandantes detém?" (PROCESSO ADMINISTRATIVO n. 08012.004283/2000-40, 2010).

No que se refere ao exercício abusivo, o voto do conselheiro teve as seguintes considerações:

> Veja que a conduta da representada não se ateve apenas a oferecer uma ou outra ação esporádica, mas uma série de ações, muitas delas seguidas, repetidas vezes, renovando lides, contra texto expresso de lei e com o mesmo argumento. Não bastasse isto, todas as ações tiveram (e algumas ainda têm) solicitações cautelares, com pretensões que a parte sabia de antemão serem precárias, dadas as diversas manifestações do judiciário no sentido oposto. Assim, ao agir deste modo, ocultando e omitindo todos os precedentes contrários à sua pretensão, a parte procedeu de modo temerário, sabendo que estava provocando incidentes manifestamente infundados, consoante art.17, VI, do Código de Processo Civil). (PROCESSO ADMINISTRATIVO n. 08012.004283/2000-40, 2010).

No mesmo voto, Carvalho esclareceu que:

> (...) a retirada precoce de concorrentes do mercado, com base em liminares, sem ao menos discutir o mérito da questão, fundada em um suposto registro, que em nada assegura o direito reclamado, acaba por confundir os magistrados, que confiam na boa-fé daquele que pleiteou a referida medida liminar. Todavia, no presente caso, o autor não apresenta nenhuma invenção, não produz nada à sociedade com originalidade capaz de merecer amparo jurídico e, ao mesmo tempo, não só acaba por simular um direito que não o tem, na busca de ludibriar o Poder Judiciário, mas, também, assume uma conduta de risco que pode levar ao monopólio, considerando os custos processuais existentes. (PROCESSO ADMINISTRATIVO n. 08012.004283/2000-40, 2010).

Neste aspecto, o conselheiro concluiu por reconhecer que a solicitação do acusado não tinha qualquer plausibilidade considerada semelhante a uma patente sobre a ideia de

compra e venda pela televisão, o que ensejou na condenação da acusada pela prática de *Sham Litigation*, nos seguintes termos:

> Por todo o exposto, considero a Representada como incursa do art.20 e 21, IV e V, ambos da Lei 8884/94 e determino:O pagamento de multa, nos termos do art. 23, inciso I da Lei 8884/94, no valor acima mencionado, qual seja R$1.774.312,66 (um milhão, setecentos e setenta e quatro mil, trezentos e doze reais e sessenta e seis centavos). (...) 2.1 O extrato da decisão a ser publicado é o seguinte: O Conselho Administrativo de Defesa Econômica- CADE, na 482 seção ordinária de julgamento, realizada no dia 15/12/2010, condenou a empresa Box 3 Vídeo e Publicidade Ltda, responsável por veicular o programa Shop Tour, no Processo Administrativo de n. 08012.004283/2000-40 a pagar a multa de R$1.774.312,66 (um milhão setecentos e setenta e quatro mil trezentos e doze reais e sessenta e seis centavos), em razão da prática de litigância predatória ou fraudulenta com efeitos anticompetitivos, nos termos do art. 20 e 21, IV e V, ambos da Lei 8884/94. Determino, também, que a Procuradoria do CADE diligencie junto ao Poder Judiciário, juntando a presente decisão nas causas que foram mencionadas acima, em que a Box 3 utilizou-se do argumento do registro da Biblioteca Nacional, mas que ainda estão pendentes de julgamento. (...)(PROCESSO ADMINISTRATIVO n. 08012.004283/2000-40, 2010).

Como pode ser visto no final da decisão, o conselheiro relator determinou que a Procuradoria do CADE encaminhasse cópia da decisão nas causas em que a Box 3 Vídeo requeria os direitos autorais para demonstrar a caracterização de sua má-fé. Como a referida empresa alegava ter direitos autorais sobre o programa, sendo que a própria justiça ainda não tinha se manifestado quanto ao seu pedido, ficou evidente a caracterização da prática de *Sham Litigation*, definida pelo conselheiro Vinícius como "litigância predatória ou fraudulenta".

De todos os casos envolvendo fortes indícios de *Sham Litigation* no Brasil, este foi o primeiro caso que o Tribunal do CADE condenou uma empresa pela prática anticompetitiva e desleal de litigância predatória, conhecida como *Sham Litigation.*

## 4. CONCLUSÃO

Este artigo teve o propósito de demonstrar como a prática do abuso de direito de ação pode interferir na esfera econômica, propiciando, em alguns casos, consequências desastrosas para os agentes econômicos que promovem a livre concorrência.

Percebe-se que a prática descrita como *Sham Litigation* é uma conduta ilícita, anticompetitiva e desleal que tem como objetivo interferir nas relações concorrenciais utilizando-se do processo como ferramenta para prejudicar os demais concorrentes. Tal prática merece ser reconhecida pelos agentes antitrustes, bem como deve ser combatida no Poder Judiciário.

Constatou-se pela presente artigo que o direito de petição norte-americano se desenvolveu por intermédio da *Noerr-Pennington Doctrine*, também chamada de Teoria da Imunidade Antitruste, na qual protege o direito de peticionar como uma garantia quase que absoluta. No entanto, apesar dos casos *Noerr e Pennington* não terem sido condenados pela prática de *Sham Litigation*, tais casos serviram de motivação para o surgimento das exceções quanto a *Noerr-Pennington Doctrine*.

Ao criar exceções a Teoria da Imunidade Antitruste, através da utilização dos testes *PRE* e *USS-POSCO*, a Corte considerou que o direito de petição, apesar de ser constitucionalmente protegido, poderia sofrer limitações assim como no ordenamento jurídico brasileiro em que o direito de petição é protegido constitucionalmente, mas o abuso deste exercício é reprimido pelo Poder Judiciário.

Por se tratar de matéria de ordem constitucional, os princípios gerais que norteiam a ordem econômica devem ser protegidos pelo Poder Judiciário e, neste sentido, ainda que o CADE não tenha apreciado a matéria que infringiu a livre concorrência, caso estivesse tramitando no Poder Judiciário, caberia a esta esfera de poder a competência para punir o agente infrator. E ao condenar o agente econômico que tenha prejudicado seus concorrentes e que tenha desrespeitado o princípio da concorrência por litigância de má-fé, o Poder Judiciário poderia se valer do abuso do direito de ação para fundamentar sua decisão.

Com isso pode-se concluir que o Poder Judiciário pode reconhecer a má-fé com base nos artigos 14 e 17 do Código de Processo Civil, além de aplicar as multas cabíveis para este tipo de sanção. No entanto, para que fique configurada a prática descrita como *Sham Litigation* é necessário que seja comprovado a intenção da empresa em ingressar no judiciário para obter vantagens e prejudicar concorrentes, a racionalidade de sua conduta, se houve de fato a criação de barreiras a entrada, a comprovação da existência de mercado, a

plausibilidade do direito invocado, bem como os meios utilizados para se conseguir o objetivo.

Caso não fique comprovada a má-fé da empresa litigante e mesmo assim ocorram prejuízos a ordem econômica, o CADE poderá condenar em detrimento do artigo 36 da lei 12.529/11, tendo em vista que o fato de causar prejuízos a outrem é passível de condenação, independente de culpa do agente. Porém, caso seja comprovado o abuso do direito de ação com efeitos na esfera concorrencial, além de responder pelos artigo mencionado, a conduta anticompetitiva será reconhecida como *Sham Litigation* e será passível de condenação pelo órgão antitruste.

Por ser considerada uma prática difícil de ser detectada os agentes econômicos aproveitam a falta de legislação específica sobre o tema, atrelada a dificuldade de se comprovar a má-fé por parte destes, para exercerem abusivamente o direito de petição.

Destarte, pode-se concluir que a prática de *Sham Litigation* causa consequências para toda a sociedade, tendo em vista que o agente econômico, ao atingir a dominação de mercado, através desta práticas abusivas, prejudica os demais agentes econômicos podendo, inclusive, ocasionar na quebra destes concorrentes.

Neste sentido, torna-se indispensável compreender as particularidades do ambiente competitivo e necessário estabelecer parâmetros objetivos para se conseguir diferenciar uma conduta ilícita de uma conduta regular de direito.

Por fim, resta concluir que o instituto da *Sham Litigation* é uma construção essencialmente jurisprudencial que deve ser fortalecida em nosso sistema jurídico, tendo em vista a inevitável judicialização das demandas e as crescentes infrações decorrentes do abuso da garantia constitucional de peticionar.

## REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR6022: Informação e documentação ABNT.** Rio de Janeiro. 2003. Disponível em: <http://www.pucminas.br/documentos/normalizacao_artigos.pdf>. Acesso em 20 jul.2015.

BAGNOLI, Vicente**. Direito Econômico**. 6ª Edição. São Paulo. Editora: Atlas S.A, 2013.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo n° 08012.004484/2005-51. Parecer PROCADE (online).** Disponível em: [http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000405381110.pdf]. Acesso em 01 de ago.2015.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo n° 08012.004484/2005-51. Relator Fernando Magalhães Furlan (online).** Disponível em: [http://WWW.cade.gov.br/temp/D_D000000480021721.pdf]. Acesso em 20 de jul.2015.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo n° 08012.00607/2003-72. Averiguação Preliminar. Relator Villas Bôas Cueva. (online).** Villas Bôas Disponível em: [http://WWW.cade.gov.br/temp/D_D000000480023874.pdf]. Acesso em 20 de jul.2015.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo n° 08012.004283/2000-40. Relator Vinícius Carvalho (online).** Disponível em: [http://WWW.cade.gov.br/temp/D_D000000480021721.pdf]. Acesso em 20 de jul.2015.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Guia prático do CADE: a defesa da concorrência no Brasil.** 3.ed. rev. São Paulo: CIEE, 2007.

BRASIL. Vade Mecum. **Código de Processo Civil.** São Paulo: Saraiva, 2015, 6ª Ed.

BRASIL. Vade Mecum. **Código Civil.** São Paulo: Saraiva, 2015, 6ª Ed.

BRASIL. Vade Mecum. **Constituição da República Federativa do Brasil.** São Paulo: Saraiva, 2015, 6ª Ed.

BRASIL. Vade Mecum. **Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011.** São Paulo: Saraiva, 2015, 6ª Ed.

BRASIL. Vade Mecum. **Lei 8.884, de 11 de junho de 1994.** São Paulo: Saraiva, 2010, 4ª Ed.

CASTRO, Bruno Braz de**.** **Sham Litigation: abuso do direito de petição com efeitos concorrenciais.** Disponível em: [http://WWW.cade.gov.br/new/n024/artigo.html]. Acesso em 20 de jul.2015.

TEREPINS, Sandra. **Sham Litigation: uma exceção a doutrina Noerr-Pennigton e a experiência recente vivida no CADE**. Revista do Ibrac, v.15, n°.1, p.63-97. 2008.

UNITED STATES OF AMERICA. **Noerr-Pennington Doctrine**. Disponível em: [http://www.lectlaw.com/def2/n029.htlm]. Acesso em 18 de jul.2015.

UNITED STATES OF AMERICA. **Sherman Antitrust Act**. Disponível em: [http://www.shrm.org/legalissues/federalresources/federalstatutesregulationsandguidanc/pages/shermananti-trustactof1890.aspx]. Acesso em 18 de jul.2015.

UNITED STATES OF AMERICA. **Test PRE.** Disponível em: [http://www.lectlaw.com/antitrustlaw/test+pre.html]. Acesso em 18 de jul.2015.

UNITED STATES OF AMERICA. **Test USS POSCO.** Disponível em: [http://www.lectlaw.com/antitrustlaw/test+uss+posco.html]. Acesso em 18 de jul.2015.

WES, Thomson. **Black´s Law Dictionary.** 8ª Edição, 2004.