

SHAM LITIGATION - UMA EXCEÇÃO À DOCTRINA NOERR-PENNINGTON E A EXPERIÊNCIA RECENTE VIVIDA PELO CADE

Sandra Terepins

Introdução

Este estudo se propõe a traçar o histórico da *sham litigation*,¹ uma das exceções à aplicação da doutrina norte-americana conhecida como Noerr-Pennington, a partir da apresentação de julgados que, a nosso ver, foram fundamentais para sua construção e evolução. Em seguida, serão abordados os poucos casos vividos recentemente pela jurisprudência brasileira à luz de seu entendimento. Ainda que em sua maioria não façam menção expressa a essa doutrina, trazem em sua análise características similares e passíveis de reflexão a partir de seu estudo. Ao final, serão feitas conclusões em face do desenvolvimento da doutrina e das diretrizes traçadas em ambas as jurisdições.

A doutrina Noerr-Pennington e a sham litigation na jurisprudência norte-americana

A doutrina Noerr-Pennington tem sua origem em dois casos emblemáticos julgados pela Suprema Corte norte-americana: *Eastern Railroad Presidents Conference et al. v. Noerr Motor Freight. Inc.* (“Noerr”),² julgado em 1961, e *United Mine Workers of America v. Pennington et al.* (“Pennington”),³ julgado em 1965.

Fruto da análise desses precedentes, a doutrina trata da proteção ao direito de petição previsto na *First Amendment* da Constituição dos Estados

1 Tradução livre de *sham* conforme o *Black's Law Dictionary*. 8. ed.. Thomson Wes, 2004: “Sham. 1. Aquilo que não é o que parece ser, uma falsidade. 2. Uma pessoa que finge ser algo que não é; um falsário”.

2 365 U.S. 127.

3 381 U.S. 657.

Unidos da América em face da responsabilidade antitruste. O que se pretende é imunizar determinadas formas de movimentar o aparelho estatal, ainda que o propósito daquele que venha a fazê-lo seja prejudicar seu concorrente ou, não sendo este o objetivo, o *agir* do Estado tenha efeitos anticompetitivos.

Como se verá adiante, a partir do estudo dos casos que dão nome à doutrina, assim como daqueles que contribuem de forma significativa para sua evolução, seu escopo é primordialmente: (i) resguardar o direito de petição;⁴ e (ii) proteger o processo de tomada de decisões do governo (*decision-making process*).

De acordo com o entendimento da Suprema Corte norte-americana, deve-se interpretar o Sherman Act tendo como princípio a garantia do *agir* do Estado e do exercício do direito dos cidadãos de requerer uma atitude pró-ativa dele, novamente, ainda que este *agir* limite a competição. Ou seja, parte-se do princípio de que não pode o direito dos cidadãos de buscar a ação do Estado ser indistintamente mitigado em face da preservação do ambiente mais competitivo.

Entretanto, em que pese a doutrina Noerr-Pennington exercer um papel de assegurar importantes interesses aptos a promover um sistema de governo democrático – já que claramente prima pela inclusão do cidadão no processo de tomada de decisões do Estado –, há quem invoque a proteção a esse direito em circunstâncias que impõem custos substanciais aos consumidores e prejuízos à concorrência, naturalmente à revelia dos princípios básicos eleitos pela doutrina.

E, desse modo, apesar de haver uma tendência a privilegiar direitos previstos na *First Amendment vis-à-vis* a manutenção de um ambiente competitivo, o que é perfeitamente compreensível num Estado de Direito, a evolução da doutrina levou as Cortes norte-americanas (assim como estudiosos do Direito) à percepção de que não poderia ser analisada e aplicada de forma absoluta.

Assim como a grande maioria das doutrinas ou teorias, a Noerr-Pennington apresenta exceções. Uma delas – que é a que se propõe estudar neste momento – é amplamente conhecida como *sham exception* ou *sham*

4 Este direito de petição é entendido numa perspectiva ampla, de modo a abranger Legislativo, Executivo e Judiciário.

litigation.⁵ Seu reconhecimento importa um limite ao direito de petição dos cidadãos, sendo por essa razão considerada uma exceção à doutrina.

Em linhas gerais, aquelas ações que, não sendo reais instrumentos de busca de interesses legítimos, tenham comprovadamente o condão de prejudicar um concorrente não serão albergadas pela imunidade antitruste apontada pela doutrina.

A essência da *sham litigation* está baseada na premissa de que uma das formas de manter poder de mercado é por meio do abuso da máquina estatal. Ainda que em alguns casos seja extremamente custoso provocar o Estado (p. ex. por meio do ajuizamento de ações e de seu monitoramento), o prejuízo eventualmente causado ao bem-estar do consumidor pode ser significativamente alto (p. ex. quando são elevadas as barreiras à entrada) e a concorrência ser diminuída ou eliminada.

Em que pese ser plausível tentar definir de forma ampla o que poderia ser reconhecido como *sham*, será visto, a partir do estudo de casos apresentado nos itens abaixo, que sua identificação pelas autoridades não foi e não é tarefa nada trivial.

Feita esta ressalva e introduzida a origem da doutrina Noerr-Pennington, assim como realizada a apresentação da *sham litigation* como exceção a sua adoção pelas Cortes norte-americanas, passar-se-á à análise de casos no intuito de compreender, a partir de dados empíricos, como foi traçada sua evolução, bem como quais parâmetros de análise foram, pouco a pouco, sendo delimitados.

Para tanto, este tópico será dividido em cinco seções: a primeira delas introduz o tema da doutrina a partir da análise dos dois primeiros julgados que lhe deram origem (item 1.1, *infra*); em seguida será abordada aquela decisão da Suprema Corte norte-americana que inaugura o reconhecimento de *sham* (item 1.2, *infra*); feito isso serão apresentados casos que trazem consigo propostas de testes para delimitação da *sham* (item 1.3, *infra*); e então se discorrerá acerca daqueles casos que denotam o que *não* é passível sequer de análise *vis-à-vis* a doutrina Noerr-Pennington (item 1.4, *infra*). Ao final, serão tecidas conclusões parciais a partir do estudo de casos norte-americanos

5 Como a própria expressão *sham exception* sugere, trata-se de uma exceção à doutrina Noerr-Pennington. O termo *sham litigation* é utilizado de forma ampla, não se restringindo ao contencioso judiciário, como veremos adiante; mas sim a todas as formas de provocação perante o Estado.

e buscar-se-á apontar indicadores aptos a balizar a análise brasileira em casos similares (item 1.5, *infra*).

Os casos Noerr e Pennington – a origem da doutrina

Eastearn Railroad Presidents Conference et al. v. Noerr Motor Freight Inc.

Em Noerr, quarenta e uma companhias de caminhões e sua associação de comércio processaram vinte e quatro ferroviárias, uma associação de ferroviários e uma firma de relações públicas com base no § 4 do Clayton Act, sob o argumento de que teriam conspirado, de modo a restringir o comércio e monopolizar o mercado de transporte/fretamento de longa distância, o que violaria os §§ 1 e 2 do Sherman Act.⁶ Alegaram as companhias de caminhões que as ferroviárias teriam se aliado a esta firma de relações públicas para que lançasse uma campanha publicitária cujos objetivos seriam o enrijecimento de leis aplicáveis ao setor; o que, ao final, as eliminaria do mercado.⁷

Em sua resposta, as ferroviárias admitiram ter conduzido a campanha publicitária para influenciar a aprovação de leis estaduais relativas a limite de peso e impostos, especialmente para caminhões de carga pesada; e, ainda, reconheceram ter encorajado a criação de normas mais rígidas que penalizassem caminhões pelo transporte de cargas excessivas e outras infrações relacionadas a isso. Porém, negaram a imputação feita de que sua campanha teria sido especialmente motivada pelo intuito de destruir o negócio das empresas caminhoneiras – na posição de competidores – ou mesmo de interferir nas relações entre elas e seus clientes. Insistiram, ainda, que a campanha teria

6 *In verbis*: “§ 1 Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal...” e “§ 2 Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony...”.

7 Ainda segundo o grupo de caminhoneiros, as empresas ferroviárias teriam utilizado a técnica de envolvimento de um terceiro no caso (*third-party technique*). Isto é, a publicidade veiculada teria sido desenvolvida de modo a simular contribuições espontâneas e independentes de pessoas comuns (*civis*) como se fossem realmente interessadas no desfecho do caso, quando, na realidade, a campanha teria sido minuciosamente planejada pela empresa de relações públicas e patrocinada pelas próprias ferroviárias.

sido motivada para informar o público e o Poder Legislativo de diversos estados a respeito do prejuízo que transportadores de carga pesada estariam causando às estradas de forma repetitiva, sem que contribuíssem para sua construção, manutenção e reparação.⁸

Em linhas gerais, a Suprema Corte entendeu que (a) as tentativas de influenciar o enrijecimento de leis não configura uma violação ao Sherman Act; (b) o Sherman Act não proíbe duas ou mais pessoas de se associarem no intuito de persuadir o Legislativo ou o Executivo para que tome medidas que possam resultar em restrição ao comércio ou criação de monopólio; (c) a ação das ferroviárias tinha em vista promover ação governamental (aprovação de leis mais rígidas) e não prejudicar concorrentes; e (d) a campanha incentivada pelas ferroviárias teve como escopo, de fato, prejudicar as empresas caminhoneiras e suas relações com o público e com seus clientes.

Como se vê, ainda que a Suprema Corte tenha reconhecido que possa haver situações nas quais uma campanha publicitária, ostensivamente destinada a influenciar a ação governamental, seja considerada *sham*, cujo objetivo seria encobrir uma tentativa de interferir diretamente nas relações comerciais de um competidor e assim ser possível a aplicação do Sherman Act, isso não se aplicaria ao caso Noerr.⁹ O *Justice Black* – relator do caso em análise – não negou o reconhecimento de que as ferroviárias estariam provocando a máquina estatal de modo a prejudicar as empresas caminhoneiras; porém, principalmente em atenção ao direito de petição previsto na *First Amendment*, rejeitou qualquer entendimento no sentido de restringir o livre acesso dos cidadãos ao Estado.

Esse foi o primeiro caso no qual foi identificada a possibilidade de se causar prejuízo entre competidores por meio do uso da máquina estatal. Em que pese ter a Suprema Corte adotado posição extremamente cautelosa diante

8 Na seqüência, também as ferroviárias entraram com uma reconvenção (*counterclaim*) contra as caminhoneiras, sob a alegação de que elas próprias estariam violando os mesmos dispositivos do Sherman Act no intuito de eliminá-las e monopolizar o mercado. As alegações levantadas foram muito similares àquelas feitas inicialmente pelas caminhoneiras, incluindo campanhas publicitárias maliciosas, entre outras. As caminhoneiras negaram qualquer acusação feita.

9 Do original: “There may be situations in which a publicity campaign, 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 application of the Sherman Act would be justified. But this certainly is not the case here”.

de um eventual abuso por parte das empresas ferroviárias, é possível dizer que o caso Noerr sugere, ainda que de forma prematura e tímida, a eventual caracterização da *sham litigation*.

United Mine Workers of America v. Pennington et al.

O segundo caso decisivo para a consagração da doutrina Noerr-Pennington foi julgado pela Suprema Corte quatro anos após o primeiro. Em Pennington, o sindicato de mineiros e diversas mineradoras de carvão de grande porte celebraram um acordo trabalhista supostamente destinado a eliminar pequenos produtores de minério de carvão do mercado. As partes fizeram *lobby* junto à Secretaria do Trabalho para que fosse fixado um salário mínimo em valor superior àqueles mineradores de carvão que estivessem vendendo seu produto à Tennessee Valley Authority. Adicionalmente, recomendaram que adquirisse somente o carvão daqueles que praticassem o salário mínimo posteriormente fixado.

Diante da imposição desse novo patamar, foram artificialmente criadas barreiras à entrada de novos produtores, assim como foi dificultada a permanência de pequenos produtores no mercado diante da impossibilidade de remunerar seus empregados tal qual estabelecido.

Ao final de sua análise, a Suprema Corte concluiu novamente pela imunidade antitruste e pela proteção do direito de petição perante o Estado. Numa primeira etapa, a decisão teve como base a constatação de que um acordo entre sindicato e grandes empresas que se destine a assegurar a existência de parâmetros trabalhistas uniformes não é isento do exame perante a legislação antitruste. A partir disso, concluiu que: (a) um acordo resultante de barganha de empregados e empregadores não está automaticamente isento de responsabilidade perante o Sherman Act pelo simples pretexto de que as negociações tratavam de parâmetros salariais; (b) é natural que um sindicato faça acordos individuais com um sem-número de empregadores e que, ao perseguir seus interesses, tenha algum êxito; porém, quando age no intuito de firmar acordos com um grupo de empregadores de modo a impor altas escalas salariais, certamente a questão será analisada *vis-à-vis* as normas antitruste; (c) na política trabalhista nacional não há nada que indique que sindicatos de empregados e empregadores em um processo de barganha estejam livres para tratar de salários, condições de trabalho ou de firmar esses parâmetros para toda a indústria; tampouco permite que um empregador condicione a assinatura de um acordo à adoção de uma negociação similar com seus competidores; e (d) a política antitruste claramente restringe acordos entre sindicato de empregados e empregadores que extrapolem a barganha indivi-

dual em razão do potencial anticompetitivo e da restrição à liberdade de agir dos sindicatos de empregados.

Da decisão final é possível extrair que, a despeito de ter reconhecido que um acordo entre sindicato de empregados e empregadores não seria imune à legislação antitruste – o que poderia sugerir um tímido avanço na construção da doutrina –, o *Justice White* foi extremamente reticente em sua decisão. Na mesma linha do caso *Noerr*, concluiu que “esforços conjuntos que se destinem a influenciar funcionários públicos não violam as leis antitruste, ainda que tenham por objetivo eliminar a concorrência”.¹⁰

No entanto, ainda que não seja possível dizer que o julgamento do caso *Pennington* deu um passo em direção ao reconhecimento da *sham litigation*, ele certamente inovou ao trazer parâmetros mais amplos no que concerne à natureza das ações promovidas pelos particulares. Isso porque, a partir de então, não apenas aquelas condutas direcionadas ao Poder Legislativo seriam eventualmente abarcadas pela doutrina, mas também os requerimentos feitos perante o Poder Executivo passariam a ser analisados à luz do caso *Noerr*.

O reconhecimento da sham em *California Motor Transport Co. et al. v. Trucking Unlimited*

No ano de 1972, a Suprema Corte dos EUA deu novos direcionamentos à doutrina ao decidir *California Motor Transport Co. et al. v. Trucking Unlimited* (“California”).¹¹ Nesse caso, foi rejeitada aquela visão absolutista encontrada no caso *Noerr* de que o direito de petição estaria imune à responsabilidade antitruste.

Naquela oportunidade, foi julgado um caso no qual um grupo de catorze transportadoras intra-estatais processaram um grupo de dezenove transportadoras interestatais por violações a normas antitruste, alegando que estas últimas teriam conspirado para instituir procedimentos estatais e federais “com ou sem causa provável e independentemente do mérito dos casos”,¹²

10 Tradução livre do texto original: “Joint efforts to influence public officials do not violate the antitrust laws even though intended to eliminate competition. Such conduct is not illegal, either standing alone or as part of a broader scheme itself violative of the Sherman Act”.

11 *404 U.S. 508*.

12 Tradução livre do texto original: “with or without probable cause, and regardless of the merits of the cases”.

no intuito de frustrar requerimentos que dessem a empresas de transporte intra-estatais o direito de operar.

Suas ações, consistentes em financiar (por meio de contribuições mensais proporcionais a cada renda anual bruta dos réus), realizar e dar publicidade a um programa robusto, sistemático e ininterrupto para opor – “com ou sem causa provável e independentemente do mérito dos casos” – cada requerimento para obtenção de direitos operacionais adicionais ou para registro ou transferência de direitos operacionais das transportadoras intra-estatais, teriam como propósito eliminar a concorrência.¹³

Pela primeira vez, a Suprema Corte entendeu, ao final, que as condutas verificadas poderiam ser enquadradas na *sham exception*, já que, de fato, impediu-se o acesso das transportadoras intra-estatais às agências e às Cortes.

E, assim, o julgamento do caso California trouxe três grandes contribuições à evolução da doutrina Noerr-Pennington e da *sham litigation*.

A primeira delas, e mais significativa, diz respeito ao fato de ter não apenas reconhecido que o direito de petição não é absoluto (em linha com o caso Pennington), como também ter constatado que as condutas analisadas seriam, em verdade, apontadas como *sham litigation*. Ainda que a Corte não tenha traçado parâmetros claros, foram listados exemplos de atividades que poderiam ser qualificadas como tal (p. ex. falso testemunho, patente obtida por fraude, conspiração com autoridade responsável por licenças para eliminar competidor e propina para compra de agentes).

A segunda contribuição relevante se refere à colocação do *Justice Douglas* de que, a exemplo dos precedentes que deram nome à doutrina, a mesma filosofia poderia ser vista a partir de pleitos feitos perante agências administrativas e ao Poder Judiciário. Sob sua ótica, com a qual se concorda, o direito de petição se estende a todos os entes estatais. Não há dúvidas de que, a partir dessa visão, a doutrina Noerr-Pennington passou a ser vista sob uma perspectiva mais ampla.

Por fim, é possível dizer que o *Justice Douglas* tece em sua decisão importante consideração acerca das condutas objeto de análise antitruste. A seu ver, um único requerimento sem base objetiva que seja feito às agências ou às Cortes pode passar despercebido; porém, uma série deles pode levar à

13 Em sua decisão, o *Justice Douglas* relembra que, na visão da autora, o resultado da ação das rés nesse julgamento seria a diminuição do valor de seu negócio, e o conseqüente aumento de poder de econômico e de monopólio das rés.

conclusão de que o direito ao acesso à máquina estatal sofreu abuso.¹⁴ A partir dessa reflexão, o juiz enuncia o que mais tarde seria decisivo à evolução da doutrina: o papel da *pattern litigation*¹⁵ como indicativo de reconhecimento (ou não) da *sham litigation*.

A proposição de testes: o desafio enfrentado em *Professional Real Estate Investors, Inc. et al., Petitioners v. Columbia Pictures Industries, Inc et al.* e *USS-POSCO Indus. and BE&K v. Contra Costa County Bldg. & Constr. Trades Council*¹⁶

Após o primeiro reconhecimento de *sham* pelas Cortes norte-americanas, o passo seguinte foi tentar delimitar testes que facilitassem a interpretação futura dessa jurisdição. O teste proposto em *Professional Real Estate Investors v. Columbia* inaugurou o movimento a partir de seu *two-part test*; e aquele traçado em *USS-POSCO v. Contra Costa* exerceu um papel complementar, por entender que o primeiro não seria aplicável indistintamente a todos os casos analisados sob o ponto de vista da doutrina Noerr-Pennington.

O PRE test

Em 1993, a Suprema Corte dos EUA julgou o primeiro caso que propôs a aplicação de um teste para busca da definição de *sham*, o qual tratava da alegação por parte da *Columbia Pictures Industries, Inc.* e de mais sete estúdios cinematográficos de que donos de um *resort* (*Professional Real Estate Investors*) teriam infringido seus direitos autorais ao promover o aluguel de vídeos a seus hóspedes para reprodução individual em seus quartos (caso “PRE”).

Os donos do *resort*, por sua vez, apresentaram uma reconvenção (*counterclaim*) acusando os estúdios de violarem o Sherman Act, sob o pre-

14 Do original: “One claim, which a court or agency may think baseless, may go unnoticed; but a pattern of baseless, repetitive claims may emerge which leads the factfinder to conclude that the administrative and judicial processes have been abused”.

15 A *pattern litigation* compreende a existência de litigância repetitiva; p. ex., são ajuizadas diversas ações contra um concorrente ou contra diversos concorrentes, o que pode ser caracterizado como *sham* ou não.

16 508 U.S. 49 e 31 F.3d 800, 810-11 (9th Cir. 1994), respectivamente.

texto de que a ação inicialmente movida por eles para proteção de seus direitos autorais seria simplesmente uma *sham*, o que encobriria atos monopolistas e conspiratórios tendentes a restringir o livre comércio.

Este caso foi significativamente decisivo para o desenvolvimento da doutrina. Isso porque, após a Corte de primeira instância ter concluído que a ação movida pelos estúdios cinematográficos não poderia ser caracterizada como *sham*, já que havia causa provável (*probable cause*) em seu ajuizamento, bem como se esperava um julgamento favorável, o Nono Circuito rejeitou uma aplicação pura da definição de *sham*, e traçou um teste composto de duas etapas (*two-part test*, conhecido por *PRE test*) como possível parâmetro para reconhecimento da exceção à doutrina.

Inicialmente, a ação deveria carecer de base objetiva, de modo que nenhum litigante razoável pudesse, de fato, esperar êxito em suas alegações de mérito; e, apenas se a ação fosse reconhecida como tal, seria analisado se esta ação infundada esconderia uma tentativa de interferir diretamente nas relações comerciais do concorrente por meio do uso do aparato governamental, como uma espécie de arma anticompetitiva.¹⁷ Trata-se de uma sugestão de análise que combina um critério objetivo (*i.e.* primeira etapa do teste) e outro subjetivo (*i.e.* segunda etapa do teste).

Naquela oportunidade, os autores não conseguiram provar que a ação movida pelos estúdios seria objetivamente infundada e por essa razão não havia motivo para analisar as questões de cunho subjetivo propostas pelo teste. Na visão do *Justice* Thomas, não resultaria em qualquer uso antiético ou impróprio do Poder Judiciário a conduta dos estúdios cinematográficos; seria, ao contrário, uma ação legítima. Ainda que um possível êxito – o que não ocorreu no caso – pudesse restringir, em alguma parcela, a concorrência,

17 Transcrição da decisão da Suprema Corte, sob a relatoria do *Justice* Thomas: “First, the lawsuit must be objectively baseless in the sense that no reasonable litigant could realistically expect success on the merits. If an objective litigant could conclude that the suit is reasonably calculated to elicit a favorable outcome, the suit is immunized under *Noerr*, and an antitrust claim premised on the sham exception must fail. Only if challenged litigation is objectively meritless may a court examine the litigant’s subjective motivation. Under this second part of our definition of sham, the court should focus on whether the baseless lawsuit conceals ‘an attempt to interfere *directly* with the business relationships of a competitor’, *Noerr; supra*, at 144 (emphasis added), through the ‘use [of] the governmental *process* – as opposed to the *outcome* of that process – as an anticompetitive weapon’, *Omni*, 499 U.S. at 380 (emphasis in original)”.

o resultado seria nada mais senão a busca da manutenção de seus direitos através de meios lícitos. E mais, a Corte ressaltou que evidências de que as ações teriam como fim efeitos ou propósitos anticoncorrenciais não seriam suficientes para suprir a análise subjetiva.¹⁸

Pattern Litigation: a importância de *USS-POSCO Indus. v. Contra Costa County*

Com o passar do tempo, naturalmente, as Cortes norte-americanas se depararam com novos casos que seriam analisados à luz da doutrina e não apenas puderam se utilizar das diretrizes traçadas até então como também encontraram obstáculos para proferir determinadas decisões. Em especial, foram apontados certos empecilhos ao julgar casos nos quais as condutas que seriam possivelmente enquadradas como *sham litigation* não correspondiam a apenas uma única ação, mas sim a uma série de requerimentos repetitivos ao Estado, fossem eles direcionados ao Executivo, ao Legislativo ou ao Judiciário. Esse tipo de conduta é conhecido como *pattern litigation*, ou seja, aquele que move o aparelho estatal o faz de forma uniforme e padronizada.

A dificuldade encontrada era fundada na aplicação do *PRE test* a essa conduta repetitiva. Isso porque se questionavam se, assim como definido na primeira etapa do teste proposto (*i.e.*, análise que consistia em averiguar se a ação carecia de base objetiva de modo que nenhum litigante razoável pudesse, de fato, esperar êxito em suas alegações de mérito), deveriam aplicar o teste de forma individualizada; e fazendo isso poderiam entender pela existência ou não de *sham* somente se cada uma das ações propostas pudesse ser reconhecida com tal.

O primeiro e mais significativo caso que ilustra os impasses vivenciados – *USS-POSCO Indus. v. Contra Costa County Bldg. & Constr. Trades Council* (“USS-POSCO”) – trata de uma *joint venture* (USS-POSCO Industries – “UPI”) formada para modernizar e operar uma estrutura de aço em Pittsburg, Califórnia (“PITCAL”), que, para iniciar sua produção,

18 A respeito da legitimidade da ação proposta, são transcritos trechos do original: “Any reasonable copyright owner in Columbia’s position could have believed that it had some chance of winning an infringement suit against PRE. (...). A court could reasonably conclude that Columbia’s infringement action was an objectively plausible effort to enforce rights. Accordingly, we conclude that PRE failed to establish the objective prong of *Noerr’s* sham exception”.

abriu um procedimento licitatório para contratação de oitocentos operários. Sindicatos interessados no contrato tentaram, a princípio, coagir a UPI a assinar o contrato geral com um empreiteiro associado. Depois da oferta, no entanto, a UPI fechou a negociação no valor de US\$ 350 milhões com a BE&K, uma empreiteira independente.

Em ação ajuizada em face desses sindicatos, a BE&K alegou que estes iniciaram uma campanha para eliminar a construção não associada no norte da Califórnia por meio do exemplo de PITCAL. Ainda que nenhum dos sindicatos tivesse firmado um acordo coletivo com a BE&K, os réus teriam feito protestos automáticos às permissões da autora no intuito de causar atrasos e despesas. E nesse sentido: (i) fizeram *lobby* para que fosse criada uma norma referente ao depósito de lixo tóxico, a partir da qual a BE&K teria de obter novas permissões; (ii) fizeram pressão para que fosse feita uma norma em PITCAL; (iii) encorajaram subempreiteiros da BE&K a protestar acerca de inexistência de condições de segurança; (iv) ajuizaram ação contra a BE&K por violações às normas de meio ambiente; e (v) apresentaram diversas queixas, arbitragens e procedimentos contra um sócio da BE&K (Elchleay Constructors, Inc.).

Segundo a BE&K, a intenção dos sindicatos não era organizar as relações empregatícias da autora, mas sim de causar atrasos e despesas para que, num projeto futuro, os donos quisessem contratar apenas empreiteiras associadas aos sindicatos. Este argumento decorreria da constatação de que os sindicatos teriam feito uma série de requerimentos automáticos aos órgãos do governo, sem qualquer preocupação ou ainda independentemente do desfecho desses processos. Em suas alegações, a BE&K tomou como base o caso California (v. item 1.2, *supra*).

A despeito dos sindicatos terem sustentado que a BE&K deveria provar que cada uma das ações propostas não tinha base objetiva, nos termos do *PRE test*, a Corte de Apelação do Nono Circuito rejeitou esse argumento sob o fundamento de que a análise feita em *PRE* não se sobrepunha àquela feita em California. E foi justamente nesse momento que a Corte entendeu que o primeiro caso se aplicava apenas a condutas nas quais *uma única ação* poderia ser entendida como *sham*, ao passo que o segundo lidava com *uma série* de procedimentos legais envidados para prejudicar a concorrência.

Feita essa diferenciação, podemos afirmar que a Corte julgadora contribuiu de forma relevante à evolução da doutrina Noerr-Pennington, visto que atribuiu ao *PRE test* uma interpretação mais elaborada e propôs ainda uma nova modalidade de teste no intuito de identificar a *sham litigation*.

Em sua visão, o *PRE test* seria essencialmente *retrospectivo*, já que, se ao final do curso da ação fosse obtido êxito em seu mérito, o autor não poderia proceder à análise sob o ponto de vista subjetivo e, dessa forma, seria automaticamente excluída a possibilidade de configuração da *sham*. Já durante a instrução de processos nos quais se versasse a respeito de uma série de ações, o teste seria *prospectivo*. Tomar-se-ia como critério para a apuração da *sham* o fato de que o conjunto de ações propostas foi *iniciado* com o propósito de prejudicar seu concorrente, e não em defesa de interesses legítimos.¹⁹

Ao final, a Corte entendeu que seria suficiente que BE&K provasse suas alegações (em linha com o caso California) para que a defesa dos sindicatos com base na proteção prevista pela doutrina Noerr-Pennington fosse desqualificada. No entanto, em que pese ter reconhecido que o fato de que algumas das ações tenham êxito não necessariamente impossibilita o proferimento de uma decisão em consonância com California, no caso em análise os réus tiveram êxito em quinze das vinte e nove ações ajuizadas e, portanto, não seria possível concluir que estariam litigando independentemente de seu sucesso. Dito isso, concluiu que não foi comprovada a *sham litigation* a partir da conduta dos sindicatos.

De acordo com o relatório elaborado pela Federal Trade Commission – FTC,²⁰ o julgamento dos casos USS-POSCO e *Primetime 24 Joint Venture v.*

19 No que se refere ao *PRE test*: “This inquiry is essentially retrospective: If the suit turns out to have objective merit, the plaintiff can’t proceed to inquire into subjective purposes, and the action is perforce not a sham”. Continuando, nas palavras do Justice Kozinski: “Litigation is invariably costly, distracting and time-consuming; having to defend a whole series of such proceedings can inflict a crushing burden on a business. *California Motor Transport* thus recognized that the filing of a whole series of lawsuits and other legal actions without regard to the merits has far more serious implications than filing a single action, and can serve as a very effective restraint on trade. When dealing with a series of lawsuits, the question is not whether any one of them has merit – some may turn out to, just as a matter of chance – but whether they are brought pursuant to a policy of starting legal proceedings without regard to the merits and for the purpose of injuring a market rival. The inquiry in such cases is prospective: Were the legal filings made, not out of a genuine interest in redressing grievances, but as part of a pattern or practice of successive filings undertaken essentially for purposes of harassment?”

20 *Enforcement Perspectives on the Noerr-Pennington Doctrine, an FTC Staff Report 2006*.

Nat'l Broad. Co (“Primetime 24”)²¹ pelas Cortes Federais foi capaz de delinear um teste apto a harmonizar a preocupação em impedir o prosseguimento de ações que pudessem buscar interesses legítimos e ao mesmo tempo preservar os benefícios que o consumidor poderia auferir em decorrência da prevenção de condutas anticompetitivas. Como visto, entende-se que foram capazes de trazer diretrizes mais claras e adequadas para definir a *sham litigation* ao diferenciarem uma única ação de uma série de ações apresentadas ao Estado.²²

Não aplicação da doutrina Noerr-Pennington e da sham litigation

Até este momento, o estudo buscou abordar unicamente aqueles casos capazes de sinalizar uma definição mais acurada de *sham litigation* como exceção à doutrina Noerr-Pennington. Identificam-se, no entanto, outros casos de igual relevância que foram decisivos para a construção da doutrina. Se não pelo fato de que reconheceram ou traçaram testes para a definição de *sham*, foram importantes por identificar o que *não* poderia sequer ser analisado à luz da doutrina.

Nesse sentido, em *Allied Tube & Conduit Corp. v. Indian Head, Inc.*²³ (“Allied Tube”), a Suprema Corte dos EUA procurou decidir pela aplicação ou não da doutrina a ações do particular destinadas a afetar o estabelecimento

21 Para aprofundamento do tema, ver *Primetime 24 Joint Venture v. Nat'l Broad. Co.*, 219 F.3d 92, 101 (2d Cir. 2000). A nosso ver, esse caso não trouxe inovações para a evolução da definição de *sham litigation*, mas fortaleceu a aplicação do raciocínio proposto em *USS-POSCO*. Ambas basearam-se no caso *California* para sustentar que o conjunto de ações repetitivas em processos administrativos ou judiciais propostas sem preocupação com seu êxito individual ou com o intuito de prejudicar seus concorrentes representa um abuso do aparelho estatal que não pode ser imunizado pela doutrina Noerr-Pennington, ainda que algumas dessas ações possam ter base objetiva.

22 Este entendimento não é pacífico. É também possível encontrar na jurisprudência norte-americana julgados questionando a proposta traçada nos casos citados acima ou mesmo no sentido de que o *PRE test* deve ser aplicado individualmente nas ações propostas em face de uma conduta reconhecidamente uniforme e repetitiva. Ver a esse respeito: *Travelers Express Co. v. American Express Integrated Payment Systems, Inc.*, (80 F. Supp. 2d 1033 – D. Minn. 1999); *Glass Equipment Development, Inc. v. Besten* (174 F.3d 1337 – Fed. Cir. 1999); e *In re Terazosin Hydrochloride Antitrust Litigation* (335 F. Supp. 2d 1336, 1367 n.29 – S.D. Fla. 2004).

23 486 U.S. 492 (1988). No mesmo sentido decidiu a Suprema Corte em *Federal Trade Commission v. Superior Court Trial Lawyers Ass'n* (35 493 U.S. 411 – 1990), a

de padrões de uma associação privada. Os réus em questão teriam promovido uma ação concertada para excluir o produto de um competidor desse padrão adotado pela lei.

A Suprema Corte rejeitou a adoção da doutrina a pretexto de que a fonte de restrição (*i.e.*, a definição de padrões pela associação) não decorria de ação governamental. Concluiu que não se tratava de um órgão “quase-legislativo”, já que este não tinha autoridade oficial e as pessoas responsáveis pela tomada de decisões tinham interesses diretos na restrição. E foi por meio da análise desse caso que a prática de *lobby* perante associações privadas foi excluída de eventual proteção pela doutrina Noerr-Pennington.²⁴

Mais tarde, em *City of Columbia v. Omni Outdoor Advertising, Inc.*²⁵ (“Omni”), a Suprema Corte reafirmou que a *sham exception* não se aplicaria ao *lobby* “impróprio ou ainda ilícito” feito no intuito de promover restrições de zoneamento para instalação de *outdoors* em Colúmbia, Carolina do Sul, já que, naquele caso, o processo teria sido invocado de forma genuína. Não apenas isso, a Corte foi extremamente clara ao decidir que o *lobby* que tivesse como propósito atrasar a entrada do competidor no mercado não faria dele uma *sham*, a menos que esta demora fosse atingida somente por meio dessas condutas, e não por meio da ação governamental que o *lobby* busca.

A julgar pelas colaborações apontadas pelas decisões da Suprema Corte norte-americana, a doutrina Noerr-Pennington *não* pode ser aplicada em casos (i) cuja contrapartida das ações envidadas (*i.e.*, a tomada de decisões) seja atribuída a entes privados (ou não-governamentais); e (ii) cujos objetivos, ainda que legítimos, sejam atingidos por meios impróprios.

Assim é que se visualiza uma nítida diferença entre os casos albergados pela doutrina e aqueles excluídos de sua aplicação. Enquanto os primeiros são analisados a partir da conduta *lícita* dos agentes em buscar a consagração de seus interesses via movimentação do aparelho estatal (o que, como vimos, pode ser enquadrado como *sham litigation* e então não gozar da imunidade antitruste prevista pela doutrina), os últimos versam a respeito da utilização de *meios impróprios*, ainda que para a busca de interesses legítimos.

partir da realização de boicotes por advogados dativos que se recusavam a defender pessoas indigentes em Washington, DC, a honorários supostamente baixos.

24 Complementarmente, afastou-se uma definição de *sham* na qual fosse buscada perante o Estado a guarida de interesses legítimos por meio de meios impróprios.

25 499 U.S. 365 (1991).

Dessa forma, é perfeitamente compreensível que o uso de meios impróprios não seja protegido por uma doutrina cujo escopo é justamente resguardar o direito de petição e a tomada de decisões do Estado. Não há dúvidas de que o amparo ao uso de instrumentos ilegítimos para alcançar a máquina estatal não está compreendido no direito de petição resguardado pela *First Amendment*; assim como é certo que não influirá de maneira positiva e legítima no processo de tomada de decisões pelo Estado.

Reconhecimento de diretrizes e parâmetros para aplicação da doutrina

Concluída a análise de uma amostra de casos os quais julgamos fundamentais para apresentar, ainda que de forma concisa, o desenvolvimento da doutrina Noerr-Pennington, é possível identificar quatro parâmetros aptos a reconhecer e (tentar) definir a *sham litigation*.

Primeiramente, arrisca-se afirmar que, não por seus respectivos objetos, mas sim por seu pioneirismo, os casos Noerr e Pennington revelam em suas decisões a adoção de postura primordialmente conservadora pela Suprema Corte norte-americana. A aceção de que o direito de petição – e acima de tudo, qualquer ameaça a garantias fundamentais – não poderia ser suavizado *vis-à-vis* o estrito cumprimento de normas antitruste imperou em seu raciocínio de forma absoluta.

A partir disso, não apenas vê-se que as decisões foram tomadas com bastante cautela, como também se entende que o direito de petição pode, de fato, se sobrepor a eventuais prejuízos de natureza antitruste, resultado da conduta sujeita à análise. É exatamente a partir dessa ótica que se chega ao primeiro parâmetro: a possibilidade de ponderar valores relacionados à inclusão do particular no processo de tomada de decisões do Estado em face da defesa de um ambiente saudável sob o ponto de vista concorrencial e optar, ao final, pelo privilégio dos primeiros.

O segundo parâmetro que se acredita decorrer da análise feita advém do caso California. Isso porque, a partir da instituição de procedimentos “com ou sem causa provável e independentemente do mérito dos casos”, com intuito de prejudicar um concorrente direto, pela primeira vez a Suprema Corte norte-americana (e antes também do que qualquer Corte em instância inferior) entendeu que as condutas articuladas seriam passíveis de enquadramento na *sham exception*. Nesse momento, portanto, tendo comprovado que

foi impedido o acesso de rivais às agências administrativas e à própria Corte, os valores protegidos pelas normas antitruste prevaleceram.

Como se vê, esses dois primeiros parâmetros são ambos parte de um verdadeiro processo de *reconhecimento* do que pode ou não ser compreendido pela proteção conferida nos casos Noerr e Pennington e daquilo que configura exceção a eles. Em seguida, entretanto, os passos dados pelas Cortes norte-americanas denotam que se caminhava não mais em direção ao *reconhecimento* da *sham exception*, mas sim em direção à *definição* de um conceito de *sham*.

Ao proporem testes, os casos PRE e USS-POSCO buscaram traçar parâmetros mais claros e precisos para a definição de *sham*. Ainda que não tenham sido contundentes a ponto de exaurir a questão discutida (o que sequer seria possível), ampliaram qualitativamente a capacidade de refletir acerca de casos subsequentes envolvidos pela doutrina *Noerr-Pennington*. E assim, mesmo que durante a leitura desses casos as Cortes não tenham aplicado os testes propostos em PRE e USS-POSCO como determinantes em suas decisões finais, os indicadores propostos por eles foram, no mínimo, levados em consideração.

A rigor, apesar de os testes delineados terem avançado no sentido de *definir* o que poderia ser a *sham litigation*, não há dúvidas de que deixam amplas margens à livre apreciação daquele que realiza o julgamento da conduta objeto de questionamento; e, desse modo, longe de delimitar um conceito, apenas sugere a realização de um procedimento analítico mais concreto.

Um último parâmetro que pode ser resgatado diante da análise de jurisprudência apresentada acima é dado, de certa maneira, por seu caráter *negativo*. Em outras palavras, como visto, o aspecto que interessa nos casos Allied Tube e Omni não diz respeito à busca do que pode ser definido como *sham*, mas sim do que não pode ser visto em face dos questionamentos apresentados pela doutrina.

O julgamento desses casos (e de tantos outros) foi e é fundamental ao estreitar os lindes de aplicação da doutrina e de sua exceção. A partir deles, passar-se-á ao estudo da experiência brasileira, tentando identificar em que medida se assemelham os entendimentos.

A experiência recente vivida pelo CADE

Neste tópico nos dispomos a abordar quatro casos julgados recentemente pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) que

entendemos serem, ao menos em alguma parcela, analisados em virtude das questões levantadas acima.

Assim como feito anteriormente, elegeu-se uma classificação para os julgados, de modo a facilitar o entendimento pelo leitor, para o que serão divididos da seguinte forma: (i) Uso do aparelho estatal para prejudicar a concorrência (item 2.1, *infra*); (ii) Não configuração de ilícito antitruste (item 2.2., *infra*); e (iii) Sinalizações à análise futura do CADE (item 2.3, *infra*).

Uso do aparelho estatal para prejudicar a concorrência

O primeiro caso brasileiro que pode ser examinado à luz da doutrina Noerr-Pennington trata de processo administrativo instaurado pela Secretaria de Direito Econômico (SDE) do Ministério da Justiça a partir de denúncia formulada pelo então Presidente do CADE em razão de reportagens veiculadas pela mídia.²⁶ Haveria indícios de que o Sindicato do Comércio Varejista de Derivados de Petróleo do Distrito Federal (SINPETRO), Rede Gasol e Grupo Igrejinha (em conjunto referidas neste item como “Representadas”) estariam praticando duas condutas anticoncorrenciais, entre elas a limitação de acesso pelo Grupo Carrefour ao mercado de revenda de combustíveis. A imputação seria consubstanciada na movimentação dos Poderes Executivo e Legislativo para impedir a entrada da rede de supermercados ao mercado relevante.²⁷

Da análise das provas juntadas aos autos, as autoridades puderam extrair diversas passagens registradas em atas de reuniões da diretoria ou de assembléias gerais que comprovaram que as partes pretendiam “continuar trabalhando para impedir o deferimento do pedido do Carrefour”.²⁸ Diante

26 Ver Processo Administrativo 08000.024581/1994-77.

27 Nesse caso, é importante consignar desde o início que, ao contrário dos casos norte-americanos trazidos acima (bem como daqueles que serão abordados nos itens seguintes), não foi propriamente o Grupo Carrefour que, sentindo-se lesado, procurou o SBDC para promover um ambiente mais competitivo no mercado no qual almejava entrar. Ainda que assim fosse, ao recorrer ao texto da Lei 8.884/94, encontra-se em seu art. 1.º, parágrafo único, que “a coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta lei”. Ou seja, tomando por base que aquele que busca guarida de seus interesses individuais na Lei Antitruste o faz a partir de uma interpretação equivocada, o fato de ter sido o processo administrativo instaurado *ex officio* é irrelevante para os fins deste estudo.

28 Conforme consta à fls. 11 do voto proferido pelo Conselheiro Relator Roberto Pfeiffer, na Ata da Assembléia Geral Extraordinária do Sinpetro/DF consta o seguinte re-

dessa assertiva, passaram-se a analisar as ações perante os Poderes Executivo e Legislativo do Distrito Federal realizadas pelo SINPETRO tidas como eventuais instrumentos anticompetitivos.

Nesse sentido, o sindicato enviou ofício ao Secretário de Viação e Obras (i) alegando que nas áreas nas quais o Carrefour pretendia se instalar haveria estrutura para suprir a integralidade da demanda dos consumidores; e (ii) pedindo que fossem tomadas “as adequadas e prontas providências para barrar a descabida e ilegítima pretensão do CARREFOUR”. Não bastasse, procurou agendar audiências com os funcionários da Secretaria de Viação e Obras nas quais “ser[ia] enfocada a pretensão da Rede de Supermercados Carrefour, no sentido de obter a transformação do uso de parte de seus pátios de estacionamento para construção de Postos de Gasolina”.

Adicionalmente, membros do SINPETRO expediram ofícios ao Governador do Distrito Federal solicitando providências no sentido de indeferir o pedido “daquela Rede de Supermercados”, ao que este teria esclarecido que não seria necessário e que ele próprio tomaria as providências “contra a pretensão daquela Rede de Supermercados”. E mais, as atas de reunião demonstraram que não apenas o sindicato reunia-se usualmente para tratar da entrada do Carrefour, como também essas reuniões contaram com a presença de Deputados.

Todas as evidências trazidas acima serviram como base para conclusão do Conselheiro Relator Roberto Pfeiffer de que as Representadas usaram de todos os artifícios imaginados para conter a entrada do Carrefour no mercado.

Dentre os argumentos levantados pelas Representadas em sua defesa,²⁹ alguns se revelaram inverídicos. E mesmo sabendo não haver limitação legal

gistro: “O Senhor Carlos [presidente do SINPETRO] disse que temos de continuar trabalhando para impedir o deferimento do pedido do Carrefour”.

29 O sindicato negou a prática que lhe foi imputada e, adicionalmente, sugeriu que a entrada do Grupo Carrefour na atividade teria objetivo de impor concorrência predatória, o que traria vantagens diferenciadas ao grupo. O sindicato não negou os fatos, mas aduziu que o Carrefour estaria (i) pretendendo instalar postos de combustíveis em terrenos não apropriados para tal atividade, o que iria contra as disposições do Plano Diretor de Ordenamento Territorial do Distrito Federal; e (ii) pretendendo escusar-se de participar de licitação pública para aquisição de terreno com destinação específica. Sustenta que a rede de supermercados o faria com o intuito de obter vantagem ilícita e estabelecer concorrência desleal e predatória, em detrimento da comunidade e do interesse público.

ou regulamentar para o Carrefour adaptar suas plantas, trataram de movimentar o Legislativo para que criasse a restrição desejada.³⁰ Uma minuta de Projeto de Lei que proibisse a construção de postos de gasolina em pátio de hipermercados chegou a ser elaborada pelas Representadas e ao final aprovada.³¹ Novamente, a conclusão do Conselheiro Relator foi a de que não havia por sua parte preocupação com a higidez do ordenamento jurídico distrital, mas tão-somente com a “ameaça” diante da potencial entrada de um novo concorrente. E, nessa linha, repudiou a atitude tomada pelas representadas.

Com base em todas as provas coletadas durante a instrução do processo as representadas foram condenadas com base nos art. 20, incisos I e II, combinado com o art. 21, II, IV e V, da Lei 8.884/94.³²

30 Conforme apurado pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, não haveria ilegalidade no pedido do Carrefour de adaptar sua planta de modo a oferecer o serviço de revenda de combustíveis. Isso porque, segundo as disposições contidas no Plano Diretor do Ordenamento Territorial do Distrito Federal (Lei Complementar 17, de 28.01.1997), pretende-se garantir maior flexibilidade na definição de uso do solo. Não apenas o Plano Diretor não é rígido, assim como alegado pelas representadas, como também a permissão de instalação de postos de combustíveis não é dada somente via realização de licitação pública. Nos termos do parecer elaborado pela SEAE: “Conforme declarado pela Subsecretaria de Urbanismo e Preservação da Secretaria de Estado de Desenvolvimento Urbano e Habitação do Governo do Distrito Federal, a forma de aquisição dos terrenos a postos revendedores de combustível pode ocorrer de duas formas: caso os terrenos forem (sic) patrimônio do Governo do Distrito Federal serão adquiridos mediante licitação pública; caso pertençam ao proprietário ou a terceiro, que seja destinado para outro fim, poderá ser alterada a finalidade do uso do solo mediante a aplicação do Instrumento de Outorga Onerosa da Alteração de Uso por meio de atos do poder legislativo (Projetos de Lei Complementar)”. E foi justamente com base nessa segunda opção que o Carrefour pleiteou a autorização para instalar os postos.

31 Tendo sido editada a Lei Complementar do Distrito Federal 294/2000, a qual determinava em seu art. 2.º, § 3.º, que ficaria “expressamente vedada a edificação de postos de abastecimento, lavagem e lubrificação nos estacionamentos de supermercados, hipermercados e similares, bem como de teatros, cinemas, *shopping centers*, escolas e hospitais públicos”, utilizando-se de sua competência prevista no art. 7.º, X, da Lei 8.884/94, o Conselheiro Relator sugeriu ao Plenário fossem encaminhadas cópias do voto ao Procurador-Geral de Justiça do Distrito Federal e ao Procurador-Geral da República.

32 *In verbis*: “Art. 20. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: I – limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II – dominar

É possível concluir que o CADE condenou as Representadas com base na *intenção* de limitar o acesso do Carrefour, já que, além de terem expressamente declarado essa vontade, aos olhos do Conselho, a movimentação do aparelho estatal demonstrou o que verdadeiramente pretendiam. Nesse caso, as condutas não apenas *tinham por objeto* a limitação da concorrência como também *poderiam* produzir os efeitos previstos no art. 20 da Lei 8.884/94.³³ E aqui, ainda que as partes se preocupassem com o êxito de suas diversas tentativas de movimentação da máquina estatal (ao revés de outros casos nos quais foi configurada a *sham exception*), a punição teve como base a intenção de obstruir o procedimento regular perseguido pelo Carrefour para obter autorização para adaptar suas plantas.

Deve-se ter em vista que, mesmo que as partes buscassem um resultado final, este processo pode ser analisado a partir dos parâmetros traçados pela doutrina *Noerr-Pennington* por ter sua condenação se embasado na intenção de eliminar a possibilidade de entrada de novo concorrente.

Se, a exemplo do julgamento dos casos USS-POSCO e Primetime 24 (v. item I.5, *supra*), nos quais se reconheceu que não se tratava apenas de uma ação direcionada ao Estado, mas sim de uma série delas, se tentasse aplicar o teste *prospectivo* proposto, ter-se-ia que sua aplicação seria, de fato, pertinente. Isso porque o *PRE test* consiste em analisar se o conjunto de ações (nesse caso, independentemente de serem uniformes) foi *iniciado* com o propósito de prejudicar seu concorrente, e não em defesa de interesses legítimos. O primeiro critério ficou plenamente comprovado, conforme visto acima. Também o segundo pode ser igualmente verificado a partir das falsas alegações apresentadas, tenham sido elas no sentido de “inventar” a existência de restrições legais ou regulamentares, ou mesmo por afirmarem que o mercado estava “bem servido” e que o Carrefour adotaria uma concorrência desleal e predatória. Ou seja, não há como sustentar que seriam interesses

mercado relevante de bens ou serviços;” e “Art. 21. As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica; II – obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes; IV – limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado; V – criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços”.

33 Aqui adotamos a vertente de que, a partir da dicção do art. 20 da Lei 8.884/94, o ilícito antitruste pode ser configurado tanto pelas condutas que *tenham por objeto* produzir efeitos anticoncorrenciais como também por aquelas que *possam* produzi-los.

legítimos aqueles estritamente direcionados ao impedimento de entrada de novo *player* ao mercado.

Outra consideração feita pelo Conselheiro Relator encontra-se em perfeita consonância com a doutrina aqui apresentada. Este andou bem ao distinguir aquilo que pode ser analisado *vis-à-vis* a Lei Antitruste do que está excluído do âmbito de sua aplicação; e que não é, tampouco, substancial para a caracterização da *sham litigation*.

Nesse sentido, ressalta que “não se pretende aqui punir a atividade legislativa, já que (...) a liberdade de legislar é prerrogativa do Poder Legislativo, que não lhe pode ser retirada. Também não se trata de averiguar a conduta de nenhum membro do Poder Legislativo ou do Poder Executivo do Distrito Federal, dado que se está avaliando apenas a conduta de agentes econômicos privados. (...) não se está em nenhum momento avaliando qualquer envolvimento dessas autoridades na conduta em questão, pois elas não constam entre as representadas. O que se pune aqui é a ação concertada dos representados no sentido de impedir a entrada de novo concorrente, agindo de forma concertada e exercendo grande e contínua pressão para que não fosse autorizada a entrada do concorrente do ramo do setor supermercadista”.

Como se vê, o Conselheiro Pfeiffer pretendeu deixar claro que o que se condena em face da *sham litigation* (sem que dessa maneira tenha nomeado a conduta) é o propósito daquele que provoca o Estado, e não as atitudes que este tomou em virtude dos requerimentos feitos.

Este primeiro caso brasileiro trazido a estudo não faz menção expressa à doutrina Noerr-Pennington e tampouco é enfrentada em sua análise a problemática em torno da proteção ao direito de petição, muito provavelmente (e aí é tecida apenas uma suposição) pelo fato de que as intenções dos agentes eram claramente ilegítimas e condenáveis, ultrapassando assim a necessidade de ser balizada a mitigação ao direito de petição. Ainda assim, acredita-se que ele inaugura na jurisprudência do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) pós-Lei 8.884/94 a punição à *sham litigation*.

Não configuração de ilícito antitruste

Em setembro de 2007, foi julgado pelo CADE recurso de ofício³⁴ da SDE em averiguação preliminar a partir do qual se recomendava o arqui-

34 Conforme previsão do art. 31 da Lei 8.884/94.

vamento de denúncia apresentada por Acumuladores Moura S/A (Grupo Moura) em face de Enersystem do Brasil Ltda., Opus Indústria e Comércio Ltda., Newpower Sistemas de Energia Ltda., Nife Baterias Industriais Ltda. e Eaton Power Quality Indústria Ltda. (em conjunto neste item referidas como “Representadas”).³⁵

A averiguação preliminar foi instaurada pela SDE a partir de provocação do Grupo Moura. Com base em petição dirigida à Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), por meio da qual se solicitavam esclarecimentos a respeito de certificação de baterias estacionárias ventiladas do Grupo Moura, as Representadas estariam atuando de forma concertada e abusando de sua posição dominante para eliminá-la do mercado.³⁶

Na realidade, a indagação das Representantes à Anatel lastreava-se no fato de que o Grupo Moura estaria vendendo baterias estacionárias para uso em telecomunicações a R\$ 50,00 (cinquenta reais) enquanto os demais participantes a venderiam a R\$ 200,00 (duzentos reais) a unidade. Desse modo, não entendendo ser possível que produtos supostamente homogêneos fossem comercializados por preços significativamente diversos, as Representadas julgaram adequado provocar o órgão responsável pela regulamentação dos padrões do produto para averiguar se haveria alguma irregularidade.³⁷

Foi, portanto, em decorrência desse pedido de esclarecimentos ao órgão regulador que o Grupo Moura provocou as autoridades antitruste entendendo haver possibilidade de configuração de infração à ordem econômica.

Nesse caso, as autoridades do SBDC não precisaram se estender em sua instrução. Entre os documentos disponibilizados, foi juntado como

35 Ver Averiguação Preliminar 08012.006076/2003-72.

36 O fato de a petição endereçada à Anatel ser assinada pela Associação Brasileira da Indústria Elétrica e Eletrônica – ABINEE fez que o Grupo Moura questionasse a infração à ordem econômica via ação concertada. Sustentou, inclusive, que juntas as Representadas deteriam 90% de *market share* no mercado analisado. Esta informação, no entanto, não foi confirmada posteriormente. A partir disso, em seus votos, os Conselheiros Luiz Carlos Thadeu Delorme Prado e Ricardo Villas Bôas Cueva se ativeram a questões como o direito de associação/reunião e seu abuso (entre outros) que não importam para a presente análise, motivo pelo qual não serão aqui discutidas em detalhes.

37 As Representadas levaram em consideração a expressiva participação do Grupo Moura no mercado (que, segundo sua estimativa, estaria entre 15 e 20%) e a manutenção de uma carteira de clientes de grande porte.

prova emprestada ofício da Anatel por meio do qual se declarou ter havido, na realidade, irregularidades na certificação de produtos pelo Organismo Certificador Designado, o Instituto de Pesquisa e Desenvolvimento e Educação – IPDE (responsável pela avaliação). Porém, independentemente disso, a Anatel confessou não haver regulamentos por ela expedidos aptos a incorporar parâmetros técnicos atualizados e que fossem aplicados à matéria em questionamento, atribuindo essa lacuna ao “rápido avanço tecnológico observado”. Com base nisso, entendeu que não poderia suspender ou cancelar o certificado de homologação do Grupo Moura.

Independentemente disso, em razão da declaração do órgão técnico de que as baterias utilizadas pelo Grupo Moura não eram em verdade adequadas e, conseqüentemente, da conclusão de que a preocupação das Representadas era nitidamente procedente, foi descartada pelas autoridades antitruste a possibilidade de infração à ordem econômica nos termos da representação feita pela parte contrária.³⁸

É verdade que nesse caso não houve grande dificuldade em desqualificar o ilícito sugerido, mas, ainda assim, o Conselheiro Relator Luiz Carlos Thadeu Delorme Prado e o Conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva, em seu voto-vista, julgaram por bem tecer certas reflexões acerca do direito de petição, da doutrina Noerr-Pennington e da *sham exception*.

No que se refere ao direito de petição, o Conselheiro Prado entendeu que a preocupação das Representadas era “legítima e devidamente amparada” pelo direito previsto no art. 5.º, XXXIV, *a*, da Constituição Federal³⁹ e assim não havia qualquer incongruência na medida tomada pela Representadas.

38 Nas palavras do Conselheiro Prado: “as evidências aos autos tornam plausíveis (sic) a argumentação sustentada pelas representadas, segundo as quais a denúncia apresentada à ANATEL tinha por arrazoado escopo sugerir àquela que investigasse se os preços mais baixos praticados pela Moura eventualmente decorreriam de infração às normas técnicas impostas pelo órgão regulador”. A SDE, a ProCADE e o MPF ponderaram o direito de petição das Representadas e entenderam, também, que o ofício da Anatel denotou que sua inquietação era plausível, motivo pelo qual esta conduta não poderia ser isoladamente caracterizada como tentativa de eliminar o Grupo Moura do mercado. Os pareceres foram uníssonos ao opinar pelo arquivamento da averiguação preliminar.

39 *In verbis*: “Art. 5.º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXXIV – são a todos assegurados, independentemente do pagamento de

Já o Conselheiro Cueva pediu vista para analisar duas questões em maior detalhe, entre elas o “direito de petição e suas implicações para a configuração de certas infrações à ordem econômica (...) à luz da doutrina Noerr-Pennington”.⁴⁰ A partir disso, trouxe em seu voto breve descrição referente à evolução da jurisprudência norte-americana. Em sua visão, mais importante do que traçar claros parâmetros, seria levantar as perguntas decorrentes da análise de casos à luz da doutrina: “Há limites para o direito de petição? Em que circunstâncias pode a atividade de peticionar aos diferentes entes do Estado constituir infração à ordem econômica?”

Partindo das questões acima, o Conselheiro se propôs a extrair da experiência estrangeira alguns parâmetros para o julgamento de casos pelo SBDC. De início, foi enfatizada a premissa de que o direito de petição goza de ampla proteção quando exercido na arena política; isso porque presente em uma democracia representativa na qual a comunicação entre ente legislativo e particular seria essencial para a formação de uma vontade política. Por esse motivo, acredita que “o conteúdo do que os representados [particulares] informam aos representantes [Estado] não é passível de controle quanto a possíveis efeitos anticompetitivos”.

Em seguida, o Conselheiro Cueva apontou a existência de lindes estreitos para a atuação das autoridades antitruste no processo de tomada de decisão pelo Estado e no reconhecimento de um eventual abuso de direito de petição. De um lado, acredita que “não cabe à autoridade antitruste verificar se tal ou qual decisão do Executivo ou se tal ou qual lei editada pelo Legislativo são viciadas”; e de outro que a “capacidade de a autoridade constatar abuso de direito de petição é bastante limitada”.

A esse respeito concorda-se com o Conselheiro, visto que às autoridades de defesa da concorrência é defeso interferir num espaço de discricionariedade pertencente ao Executivo ou ao Legislativo; e que, ainda que não possam se eximir de apreciar se houve abuso de direito de petição, já que tal avaliação poderá ser a própria motivação de sua decisão, o sistema da concorrência deve ter grande cautela ao fazer essa opção.

taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder; (...).”

40 É importante deixar claro que o Conselheiro Cueva o fez apesar de ter expressamente consignado, antes de aprofundar sua análise, que “não houve abuso de direito de petição, já que a Anatel (...) reconheceu que o procedimento de certificação técnica da bateria produzida pela representante padeceu de vícios”.

A rigor, as reflexões feitas pelo Conselheiro em seu voto-vista denotam mais uma vez a dificuldade em definir aquela conduta que pode ou poderá ser tida como *sham litigation*. E, por fim, aponta que assim “como nos exemplos da jurisprudência norte-americana, alguns dos critérios a serem levados em conta são a plausibilidade do direito invocado, a verdade das informações, a adequação e a razoabilidade dos meios utilizados e a probabilidade de sucesso da postulação”.

Em que pese ter-se disposto a aprofundar a discussão em torno da garantia constitucional ao direito de petição em face da proteção à concorrência, e ter sido pioneiro ao trazer a doutrina Noerr-Pennington ao SBDC, o que é certamente positivo, o Conselheiro Cueva não inovou em nenhum ponto nas diretrizes traçadas pela doutrina e jurisprudência norte-americanas.

Sinalizações à análise futura do CADE

Neste tópico discorrer-se-á a respeito de dois casos ainda não decididos em definitivo pelo SBDC. Trata-se de duas averiguações preliminares cujos recursos de ofício ao CADE, em razão da recomendação de arquivamento pela SDE, foram rejeitados. Por esse motivo, dado que em sede de averiguação preliminar são apenas identificados *indícios* de infração à ordem econômica, e não a configuração de um ilícito, as conclusões acerca de sua interpretação são limitadas.

Viação Oliveira Torres e Valadarense

O objeto desse primeiro caso, julgado em meados de 2006, diz respeito à representação feita pela Viação Oliveira Torres (Oliveira Torres) de que a Empresa Valadarense de Transporte Coletivo (Valadarense) estaria se utilizando de requerimentos apresentados aos Poderes Executivo e Judiciário com o propósito de obstruir e/ou reduzir a concorrência.⁴¹ Segundo a representante, a Valadarense estaria dificultando o seu funcionamento ou desenvolvimento na prestação do serviço de transporte coletivo de ônibus entre as cidades de Governador Valadares e Alpercata, impossibilitando-a de atuar em um determinado trecho no Município de Alpercata, onde haveria superposição de linhas, além de impedi-la de inserir um ponto de parada de ônibus do lado

41 Ver Averiguação Preliminar 08012.005610/2000-8.

externo da rodoviária de Governador Valadares. A conduta seria enquadrada nos arts. 20, I, e 21, IV e V, da Lei 8.884/94.

As condutas objeto de análise foram iniciadas após a Oliveira Torres ter solicitado ao Departamento de Rodagem de Minas Gerais (DER/MG),⁴² dentro de suas possibilidades na posição de concessionária, a alteração da característica de serviço de linha (Governador Valadares–Alpercata) de ônibus *semi-urbano*, para ônibus *urbano*; o que resultaria na redução de tarifas e invariavelmente na aproximação da natureza dos serviços por ela prestados e por aquele atribuído à Valadarense.

Assim, diante da potencial entrada de uma concorrente no mercado, a Oliveira Torres enumerou diversas ações incorridas pela Valadarense que, em sua visão, teriam o condão de dificultar sua permanência no mercado, passíveis, portanto, de responsabilidade antitruste. Seriam elas: (i) a impugnação ao requerimento da Oliveira Torres citado acima; (ii) o requerimento (pela Valadarense) de reconsideração da decisão após o deferimento da alteração pelo DER/MG, (iii) a impugnação pela Valadarense em face da solicitação da Oliveira Torres ao DER/MG de atendimento parcial ao bairro Nova Era–Alpercata; e (iv) a impetração de Mandado de Segurança contra a decisão do DER/MG referente ao deferimento de atendimento parcial à Nova Era; tendo mais tarde desistido de seu ajuizamento e ao mesmo tempo recorrido da decisão pela via administrativa, que acabou por reconsiderar a decisão e cancelar o atendimento parcial.

Além disso, a Oliveira Torres solicitou à Prefeitura de Governador Valadares autorização para instalação de um ponto de parada na área externa da estação rodoviária e teve seu pedido indeferido.⁴³ Na visão do Conselheiro Paulo Furquim, apesar de não constar nenhuma impugnação formal da Valadarense a esse pedido, a Oliveira Torres alega que tal empresa teria usado sua influência política e econômica perante a Prefeitura. Nesse sentido, consigna que, a partir da análise dos autos, haveria “fortes indícios de que esse ente [Prefeitura de Governador Valadares] agia de acordo com os interesses da Valadarense, por vezes frontalmente contrários ao interesse público”. Reforça o argumento citando o fato de que a negativa de instala-

42 O DER/MG é o órgão regulador de transporte intermunicipal, responsável pelos contratos de concessão assinados com as partes envolvidas nesse caso.

43 Novamente, esse pedido teria sido feito com base no Regulamento de Serviço de Transporte Coletivo Intermunicipal do Estado de Minas Gerais e foi indeferido pela Secretaria Municipal de Planejamento e Coordenação de Governador Valadares.

ção do ponto de parada na área externa à rodoviária teria sido proferida a despeito da realização de estudo técnico da própria Prefeitura opinando em sentido positivo.

Ainda que a análise nesse momento seja tecida em sede de averiguação preliminar, tanto o Conselheiro Relator do caso Luis Fernando Schuartz quanto o Conselheiro Paulo Furquim, em seu voto-vista, fizeram considerações capazes de introduzir nesse estudo importantes discussões.

Inicialmente, o Conselheiro Schuartz ressaltou que, em suas várias impugnações, a Valadarense trouxe à tona argumentos relacionados ao prejuízo que a própria teria em decorrência da operação do trecho em discussão pela Oliveira Torres. A seu ver, essas alegações, aliadas à posição monopolística de que goza a Valadarense em seu mercado de atuação, seriam indícios suficientes de que as condutas teriam caráter potencialmente anticompetitivo. E mais, concluiu que existiam, de fato, indícios de que a Valadarense teria provocado os órgãos públicos e exercido sua influência ao menos junto ao DER/MG e à Prefeitura visando a restrição à concorrência. Isso tudo justificaria, assim, o aprofundamento da instrução pela SDE.⁴⁴

Sob pretexto de ponderar outras questões não abordadas anteriormente sem, no entanto, discordar da decisão proferida pelo Relator, o Conselheiro Paulo Furquim proferiu seu voto para ponderar, em especial, a necessidade de resguardar um direito de petição legítimo em face de eventual prejuízo à concorrência.

De um lado, o Conselheiro frisou que esse direito trata de uma prerrogativa democrática, informal e indiscutível, mas que “seu uso indiscriminado e com fundamentos inconsistentes, como transparece em algumas passagens dos autos, pode configurar abuso de direito e infração à ordem econômica, se restar configurado ser seu propósito primeiro obstruir a concorrência”.

A partir da eventual comprovação de um abuso do direito de petição e, nesse mesmo sentido, da possível ingerência indevida junto ao poder público tendo como fim maior prejudicar a concorrência, o Conselheiro concluiu que

44 Em sua Nota Técnica, datada de 26.07.2005, a SDE entendeu ser incompetente para investigar a conduta apontada nos autos (tomando como base o desfecho dado ao Processo Administrativo 08000.021660/96-05), visto que não se enquadraria no âmbito de aplicação da Lei 8.884/94 e, ainda que o fosse, inexistiriam indícios de abuso de poder econômico, razão pela qual sugeriu o arquivamento da Averiguação Preliminar.

havia indícios suficientes de infração à ordem econômica e acompanhou o relator do caso ao dar provimento ao recurso de ofício da SDE.

Novamente, por terem sido as considerações expostas acima proferidas em fase meramente preliminar, a análise do caso resta prejudicada. Porém, ainda assim, a partir delas é possível (i) discordar de determinado argumento utilizado pelo Conselheiro Paulo Furquim para sugerir a existência de indícios de violação antitruste via provocação do Poder Público; e (ii) reconhecer os sinais dados por eles do que mais tarde poderá ser analisado em consonância com a doutrina Noerr-Pennington.

O ponto que se julga inaplicável à apuração de eventual ilícito antitruste como resultado da movimentação do aparelho estatal se refere à consideração feita pelo Conselheiro Furquim a respeito do fato de a Prefeitura ter negado a licença ao ponto de parada externo à rodoviária. Conforme apontado acima, sob a ótica do Conselheiro, a Valadarense teria forte influência política e econômica junto a esse ente, o que seria comprovado (entre outros fatores) pela tomada de decisões contrárias ao interesse público.

Diante das informações disponíveis, no entanto, pode-se dizer que essa consideração escapa aos parâmetros traçados pela evolução da doutrina norte-americana. Isso porque, ainda que a Valadarense possa ter usado de suas influências para direcionar o processo de tomada de decisões, o Conselheiro Furquim se pauta em convicções de que a Prefeitura teria adotado políticas contrárias ao interesse público para reforçar a violação antitruste atribuída à Valadarense.

Em outras palavras, apesar de essa suposição (*i.e.*, de que a Prefeitura pode ter tomado decisões que privilegiaram a Valadarense) ser apenas mais uma, entre outras, que motivaram a decisão do Conselheiro, ela é irrelevante do ponto de vista de uma eventual configuração de *sham litigation*. Em vez de se ater, nesse caso em particular, na conduta da representada, a partir da qual poderia ser reconhecida a exceção à doutrina, o Conselheiro levou em conta o *agir* do Estado em si, argumento que não se coaduna com as diretrizes traçadas pelas Cortes norte-americanas.⁴⁵

45 Não sendo esta questão abarcada pela Lei 8.884/94, esses atos poderiam ser analisados *vis-à-vis* o art. 2.º da Lei 4.717/65, que trata da nulidade de atos lesivos ao patrimônio nos casos de inexistência de motivos e/ou desvio de finalidade (alíneas *d e e*).

Se de um lado julgamos dever ser rejeitado esse ponto levantado pelo Conselheiro Furquim, por outro acreditamos terem ambos os Conselheiros avançado no sentido de diferenciar o que pode ser levado em consideração numa análise antitruste para configuração de *sham* e o que permanece intocável sob esse aspecto.

Nesse contexto, a despeito de não ter aprofundado as reflexões acerca dos motivos pelos quais reconheceu a existência de indícios anticoncorrenciais, o Conselheiro Schuartz fez uma importante ressalva para aperfeiçoamento da doutrina aqui estudada. Finalizou seu voto deixando registrado que “independentemente das razões que possam ter motivado os órgãos estaduais e municipais envolvidos para o cancelamento das autorizações concedidas à representante [Oliveira Torres] no que diz respeito à realização das atividades por ela pretendidas, não pode o SBDC deixar de analisar, ante os indícios trazidos aos autos, condutas em princípio contrárias à lei de defesa da concorrência”.

Ou seja, em direção oposta – e acertada – àquela adotada pelo Conselheiro Furquim, o Conselheiro Schuartz consigna que há um campo excluído de apreciação pelo SBDC. Não questiona, nesse sentido, “as razões que possam ter motivado” as decisões proferidas pelo ente estatal, mas sim os efeitos deletérios à concorrência decorrentes das ações do particular.

Por último, se crê que também o Conselheiro Furquim teria adequadamente apontado um dado que diferencia aquelas ações que são aparentemente legítimas em face do Poder Público e aquelas cujo objetivo pode ser o mero prejuízo à concorrência; e assim teria limitado o enquadramento de determinadas condutas em eventual *sham litigation*. Para ilustrar essa distinção, destacou que as condutas envidadas pela Valadareense “difere[m] substancialmente do caso de um detentor de patente, que pode utilizar os recursos disponíveis para proteger o direito atribuído por essa patente – que, não raro, confere poder de monopólio – contra cópias produzidas por concorrentes”.

E dito isso concluiu que “nesse caso [das patentes], atos diversos junto ao poder público são mecanismos legítimos de proteção desse direito e não poderia, no meu entender, caracterizar infração à ordem econômica”.

Nova Atenas/Ponto da Arte e Ediouro

No mês de abril de 2007 foi julgado pelo Plenário do CADE recurso de ofício nos autos de averiguação preliminar em que figurava como represen-

tada a Ediouro Publicações S/A (Ediouro).⁴⁶ Sustentaram as representantes Editora Nova Atenas Ltda. e Ponto da Arte Editora Ltda. (Representantes) que a primeira estaria dificultando a constituição, o funcionamento ou o desenvolvimento das representantes na produção e comercialização de publicações do gênero passatempo.

Em sua visão, a Ediouro teria enviado notificações e usado medidas judiciais para bloquear a entrada ou dificultar o desenvolvimento de empresas que viessem a ofertar produtos semelhantes aos seus. Foram juntadas cópias de peças processuais e acordos homologados em juízo, por meio das quais a Ediouro teria se comprometido a realizar pagamentos periódicos aos seus concorrentes aparentemente em troca de sua decisão de sair do mercado.⁴⁷

Nesse primeiro momento, o Conselheiro Relator Luis Fernando Schuartz entendeu que seria necessário ter acesso a mais informações e esclarecimentos acerca “da natureza e do significado das ações judiciais e dos acordos firmados em juízo pela Ediouro e suas concorrentes”. E por essa e outras razões foi rejeitada a decisão de arquivamento proposta pela SDE.

Ainda assim, o Relator adianta o que em breve será analisado em processo administrativo, este destinado a apurar a configuração ou não de infração à Lei 8.884/94, ao colocar que “não pode [...] o CADE, no seu papel de órgão julgante, furtar-se à tarefa de determinar se uma conduta ou seqüência de condutas que se apresenta como exercício legítimo de um direito é ou não abusiva no sentido específico de ter por *propósito* a obtenção de um dos estados de coisas referidos nos incisos do art. 20 da Lei 8.884/94”. E complementa: “em particular, cabe ao CADE dizer quando o exercício do direito de ação é apenas um *meio* para a realização do propósito da exclusão de rivais, ou se tal exclusão é apenas consequência do exercício do direito de ação por alguém cujo propósito é proteger algum outro direito de que se perceba titular”.

Mesmo utilizando outras palavras, vê-se que o Conselheiro tem plena consciência de que, num futuro próximo, deverá ser feita uma distinção entre aquelas condutas que são mero instrumento para prejudicar a concorrência,

46 Ver Averiguação Preliminar 08012.005335/2002-67.

47 Nesta oportunidade é fundamental deixar claro que a caracterização da *sham litigation* não pode ser embasada nas decisões do Poder Judiciário ou de qualquer outro Poder, mas tão-somente na apreciação das condutas da representada, eventualmente utilizadas como meio de mitigação da concorrência.

e assim podem ser tidas como *sham*, e aquelas cujo propósito é legítimo, as quais serão protegidas pelo mencionado direito de ação.

Conclusão

Diante dos direitos que a doutrina *Noerr-Pennington* pretende resguardar, foi possível concluir que o direito de petição resguardado pelos ordenamentos jurídicos norte-americano e brasileiro é questão constitucional delicada, devendo ser a eventual limitação de sua aplicação em face das normas antitruste extremamente cautelosa, não apenas em razão da hierarquia de normas, mas igualmente pela importância em garantir o acesso dos cidadãos ao Estado e pela possibilidade deste de tomar decisões a partir das contribuições feitas pelo particular.

No entanto, há que se ter em mente que a mitigação de normas antitruste pode pressupor custos substanciais aos consumidores e por isso deve-se ter o cuidado de não ampliar de forma indiscriminada o escopo da doutrina. O grande desafio está, portanto, em identificar aquelas ações movidas por interesses ilegítimos (e que por isso devem ser passíveis de responsabilidade antitruste) e aquelas que, ainda que resultem em poder de mercado ou prejuízos à concorrência, tenham objetivos genuínos.

É justamente nesse sentido que o reconhecimento da *sham exception* representa um importante instrumento de reflexão para as autoridades antitruste. Isso porque, como visto, a *sham* é caracterizada por aquelas condutas envidadas perante o Estado usadas como verdadeiras armas para eliminação da concorrência, independentemente de seu êxito.

Na maioria das vezes, sua configuração ou descaracterização não é tarefa trivial. Ao contrário do que se viu no caso descrito no item 2.2, *supra* (ref. às baterias estacionárias), em que um órgão competente para analisar a questão de forma vinculada pôde afastar a *sham* ao comprovar que o pleito a ele endereçado tinha procedência, as autoridades responsáveis por determinar se uma conduta é anticompetitiva ou não devem analisar caso a caso as evidências e ponderá-las ao proferirem suas decisões finais.

Como se vê, a análise de casos trazida não foi capaz de exaurir as questões suscitadas pela doutrina, mas buscou trazer parâmetros mais claros para sua aplicação. Desse modo, puderam (i) sugerir algumas condutas que dariam indícios de que haveria *sham* (p. ex. falso testemunho, patente obtida por fraude, conspiração com autoridade responsável por licenças para eliminar

competidor, propina para compra de agentes; bem como em ações repetitivas sem base objetiva); (ii) propor testes capazes de balizar a análise das autoridades (em PRE e USS-POSCO); e (iii) afastar a aplicação da doutrina e conseqüentemente a análise antitruste em determinados casos (p. ex. quando uma associação privada é provocada, e não um órgão do Estado; quando são utilizados meios impróprios para atingir interesses legítimos; assim como quando o Estado adota uma medida contrária ao interesse público).

Conclui-se que não apenas os casos julgados pelas Cortes norte-americanas trouxeram diretrizes para a atuação do CADE, como este também tem dado sinais de estar apto a diferenciar os conceitos apresentados pela doutrina. A despeito da experiência do CADE ser verdadeiramente incipiente, recentíssima e atual, o Plenário parece estar atento a esse tipo de conduta tendente a prejudicar a concorrência. Após julgadas os processos administrativos que serão instaurados a partir dos casos descritos no item 2.3, *infra*, certamente será mais simples realizar uma análise mais precisa e contundente do entendimento do CADE.

Por fim, diante de todo o estudo feito, é possível também traçar algumas proposições destinadas à análise futura pelo CADE. E, desse modo, se é certo que o reconhecimento da *sham* não interfere nas decisões propriamente ditas tomadas pelo Estado, é possível sugerir que o procedimento que as precede seja analisado a partir dos conceitos abordados nesse texto.

Um exemplo seria a iniciativa do CADE, de qualquer outro órgão do SBDC ou do particular de refletir acerca da elaboração de editais de licitação e da escolha de políticas públicas. Será que se o SBDC, se atentar ao *lobby* feito pela iniciativa privada aos órgãos estatais e analisá-lo *vis-à-vis* os parâmetros e indicativos trazidos pela doutrina Noerr-Pennington e pela *sham exception*, não será capaz de coibir, *a priori*, certas medidas contrárias ao ambiente competitivo?⁴⁸

Se o SBDC for capaz de enxergar algumas condutas que tragam consigo elementos nessa linha, certamente sua atuação será mais eficiente. E, então, quem sabe não se declarará incompetente ou adotará tanta cautela ao

48 Em linha com essa sugestão, em estudo publicado, os economistas Possas, Fagundes e Pondé citam expressamente a possibilidade de empresas dominantes dificultarem o processo licitatório a partir do abuso de recursos destinados ao Estado. Ver Possas, M., Fagundes, J. e Pondé, J. *Defesa da concorrência e regulação de setores de infra-estrutura em transição*. Artigo aprovado para a ANPEC, dez. 1998. Disponível em: <<http://www.ie.ufrj.br/grc/publicacoes.php>>. Acesso em: 30 out. 2007.

se deparar com possíveis incongruências identificadas nas políticas públicas adotadas.

Bibliografia

- BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. Averiguação Preliminar n. 08012.005610/2000-81. Conselheiro Relator: Luis Fernando Schuartz. *DOU* 18.09.2006.
- BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. Processo Administrativo n. 08000.024581/1994-77. Conselheiro Relator: Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer. *DOU* 16.04.2007.
- BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. Averiguação Preliminar n. 08012.005335/2002-67. Conselheiro Relator: Luis Fernando Schuartz. *DOU* 02.05.2007.
- BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. Averiguação Preliminar n. 08012.006076/2003-72. Conselheiro Relator: Luiz Carlos Thadeu Delorme Prado. *DOU* 17.09.2007.
- COHEN, Joel M.; SHETH, Manisha M. *Recent developments in the application of the Noerr Doctrine*. ABA Spring Meeting Program. Section of Antitrust Law, April 2, 2003.
- DAVIS, Daniel J. The **fraud** exception to the Noerr-Pennington Doctrine in judicial and administrative proceedings. *9 University of Chicago Law Review* 325, Winter, 2002.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Glass Equipment Development, Inc. v. Besten*, (174 F.3d 1337 – Fed. Cir.), 1999.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *In re Terazosin Hydrochloride Antitrust Litigation* (335 F. Supp. 2d 1336, 1367 n. 29 – S.D. Fla.), 2004.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Nono Circuito. *USS-POSCO Indus. v. Contra Costa County Bldg. & Constr. Trades Council*. (31 F.3d 800, 810-11), 1994.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Segundo Circuito. *Primetime 24 Joint Venture v. Nat'l Broad. Co.*, (219 F.3d 92, 101), 2000.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *Allied Tube & Conduit Corp. v. Indian Head, Inc.* (486 U.S. 492), 1988.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *California Motor Transport v. Trucking Unlimited* (404 U.S. 508), 1972.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *City of Columbia v. Omni Outdoor Advertising, Inc.* (499 U.S. 365), 1991.

- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *Eastern Railroad Presidents Conference v. Noerr Motor Freight, Inc* (365 U.S. 127), 1961.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *Federal Trade Commission v. Superior Court Trial Lawyers Ass'n.* (35 493 U.S. 411), 1990.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *Professional Real Estate Investors, Inc. v. Columbia Pictures Industries, Inc.* (508 U.S. 49), 1993.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *United Mine Workers v. Pennington* (381 U.S. 657), 1965.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Travelers Express Co. v. American Express Integrated Payment Systems, Inc.* (80 F. Supp. 2d 1033 – D. Minn), 1999.
- FEDERAL TRADE COMMISSION. *Enforcement perspectives on the Noerr-Pennington Doctrine. An FTC Staff Report.* 2006.
- HOVENKAMP, Herbert. *Federal antitrust policy – the law of competition and its practice.* 3. ed. Hornbook Series: Thomson West, 2005.
- KLEIN, Christopher C. *The shifting appeal of sham litigation: evidence from appellate decisions 1971-2006.* Middle Tennessee State University.
- KOLLN, Thies. Rule 11 and the **policing** of access to the Courts after *Professional Real Estate Investors.* 61 *University of Chicago Law Review*, 1037. Summer, 1994.
- PERRINE, James B. Defining the “sham litigation” exception to the Noerr-Pennington antitrust immunity doctrine: an analysis of the *Professional Real Estate Investors v. Columbia Pictures Industries Decision.* 46 *Alabama Law Review*, 815. Spring, 1995.
- POSSAS, M.; FAGUNDES, J.; PONDÉ, J. *Defesa da concorrência e regulação de setores de infraestrutura em transição.* Artigo aprovado para a ANPEC, dez. 1998. Disponível em: <<http://www.ie.ufrj.br/grc/publicacoes.php>>. Acesso em: 30 out. 2007.
- WOFFORD, Russell. Considering the “pattern litigation” exception to the Noerr-Pennington antitrust defense. 49, *The Wayne Law Review*, 95. Spring, 2003.

