



SHAM LITIGATION: USO ABUSIVO DO DIREITO DE PETIÇÃO NA PROPRIEDADE INTELECTUAL E NO DIREITO DA CONCORRÊNCIA

Almir Garcia Fernandes¹

RESUMO:

Esse estudo tem por finalidade analisar questões relacionadas ao conflito entre empresários que utilizam de forma abusiva do direito de petição para impedir a concorrência, com reflexos no uso e desenvolvimento de tecnologias protegidas pela propriedade intelectual. Pretende-se demonstrar através do método dedutivo, do estudo bibliográfico e de casos concretos que o direito de postular em juízo não está livre de ser considerado um ato abusivo, em especial por parte daqueles que detém grande poder econômico e interesse manifesto em impedir o ingresso de novos agentes, caracterizando o que a doutrina convencionou em chamar de *sham litigation*.

Palavras-chave: *Sham litigation*; ato abusivo; conflito; concorrência; propriedade intelectual

SHAM LITIGATION: ABUSIVE USE OF THE PETITION LAW AND ITS REFLECTIONS ON INTELLECTUAL PROPERTY AND COMPETITION LAW

Abstract:

The purpose of this study is to analyze issues related to the conflict between entrepreneurs who abusively use the right of petition to prevent competition, with repercussions on the use and development of technologies protected by intellectual property. It is intended to demonstrate through the deductive method, the bibliographical study and concrete cases that the right to apply in court is not free to be considered an abusive act, especially by those who have great economic power and manifest interest in preventing entry of new agents, characterizing what the doctrine agreed to call *sham litigation*.

Keywords: *Sham litigation*; abusive act; conflict; competition; intellectual property

INTRODUÇÃO.

¹ Doutor em Direito Comercial pela PUC de São Paulo. Mestre em Direito das Relações Econômico-Empresariais pela Universidade de Franca. Professor de Direito Empresarial no Centro Universitário do Planalto de Araxá. Endereço Profissional: Avenida Ministro Olavo Drummond,05. Bairro São Geraldo, Araxá – MG. CEP: 38.180-129. E-mail: almirgf@uol.com.br



O direito ao acesso à Justiça “é reconhecido como a possibilidade de buscar uma decisão justa e razoável e que efetivamente resolva o litígio” (DE MARCO e MEDEIROS, 2015, p. 178). Trata-se de um direito de extrema importância na construção da sociedade democrática, pois permite que aqueles cujos direitos estão sendo violados possam encontrar no Poder Judiciário uma solução para seus litígios.

Para que isso ocorresse de forma harmônica seria indispensável que a solução para as questões jurídicas apresentadas pudesse ser esclarecida dentro de um espectro de tempo aceitável e de atuação razoável das partes, de forma a preservar os direitos dos litigantes e o próprio sentimento de justiça.

Entretanto, com a crescente demanda judicial e a falta de investimentos adequados na estrutura física e humana do Poder Judiciário, bem como na baixa utilização de formas de soluções extrajudiciais para a resolução de litígios, observa-se que em alguns casos a utilização irrazoável do direito de petição pode ser instrumento para violar a principal finalidade desta garantia democrática de proteção de direitos e garantias individuais do cidadão.

No universo empresarial também se constata a prática abusiva do direito de petição, em especial quando os litigantes atuam nos processos com a manifesta intenção de procrastinar o pagamento de dívidas, prejudicar fornecedores, consumidores, concorrentes, trabalhadores e o Poder Público em geral.

Contudo, não seria possível analisar todo o espectro de abusos do direito de petição apenas neste trabalho, desse modo, foi feita uma opção pela análise dessas práticas no universo da concorrência e no direito da propriedade industrial.

Assim, o estudo que este artigo se propõe está direcionado justamente à análise destas práticas abusivas conhecidas como *sham litigation*, cujos primeiros estudos se originam no Direito Norte- Americano, onde primeiro foi constatado que, em alguns casos, o direito ao acesso à Justiça e de petição, fora utilizado como instrumentos de práticas espúrias, visando a exclusão de terceiros concorrentes do mercado.

Justifica-se a realização de um estudo detalhado desta prática, pois no contexto atual de globalização econômica, com a consequente abertura de mercados e a expansão das comunicações através da utilização da *internet*, acabou por se descortinar um grande fluxo de informações sobre diversas inovações tecnológicas, protegidas por patentes ou pelo direito



autoral de *software* que, em algum momento, podem esbarrar em outras tecnologias já patenteadas, superando-as ou oferecendo novas opções aos consumidores.

Em virtude disso, proteger o direito autoral ou a patente contra a utilização não autorizada de terceiros “*free rides*” é uma medida que visa também proteger a empresa e sua função social, pois, para manter toda a estrutura destas inovações tecnológicas são necessários investimentos em diferentes áreas, impulsionando a geração e circulação de riquezas, não só pelo empresário titular do produto ou serviço mas também a todos os outros colaboradores empenhados na criação e disseminação dessas tecnologias.

Desde modo, o acesso a instrumentos judiciais e extrajudiciais de coerção e promoção de garantias à exploração da propriedade intelectual àqueles que são seus titulares legítimos acaba se mostrando como uma forma de preservar não apenas esses titulares, mas também a própria concorrência.

Esse artigo tem por objetivo analisar justamente essas relações conflituosas entre aqueles que iniciam processos judiciais com a intenção de prejudicar terceiros, não se importando com eventuais condenações ao final, tendo em vista que o lucro da exclusão do concorrente acaba por compensar eventuais indenizações ao final do processo.

Essa análise terá como ponto de partida o estudo dogmático relacionado à origem da doutrina norte-americana que constatou ser abusiva a prática de *sham litigation*, demonstrando que sua utilidade transcende as fronteiras dos países para, em seguida, debruçar-se sobre o tema específico desta prática abusiva no direito brasileiro.

Considerando a importância da disseminação de novas tecnologias e a manutenção da concorrência lícita em benefício do mercado, a presente pesquisa se faz relevante, especialmente no que diz respeito às formas de caracterização da *sham litigation*, a sua repressão e a fixação de indenizações.

Tal pesquisa se justifica não somente pelas implicações econômicas que envolvem a exploração de patentes e direitos autorais de *softwares*, mas também pela necessidade de discutir as práticas concorrenciais dos diversos agentes econômicos utilizando abusivamente o direito de petição e o Poder Judiciário.

Buscar-se-á responder alguns questionamentos relacionados à utilização da prática conhecida como *sham litigation*, tais como: Como se caracteriza a *sham litigation*? Há reconhecimento por parte do CADE desta prática? Há reconhecimento deste abuso por parte do Poder Judiciário? Quais as implicações práticas desta prática anticoncorrencial?



A presente pesquisa será realizada de forma qualitativa, analisando para tanto as regras pertinentes à proteção do mercado, bem como a utilização abusiva do direito de petição para consolidar os interesses de determinados agentes em detrimento da diversidade de produtos e serviços ofertados aos consumidores.

Será utilizado como método de pesquisa o indutivo, a saber, aquele destinado a verificar constatações particulares, e possibilitar que se produzam generalizações sobre o tema. Os procedimentos metodológicos a serem utilizados serão o estudo dogmático jurídico, visto a impossibilidade de um estudo profundo sem que se recorra à lei, doutrina ou jurisprudência neste sentido; e o estudo sistemático, visando interpretar as regras específicas da pesquisa em harmonia com todo o sistema jurídico.

1 – O surgimento da doutrina *sham litigation*.

Historicamente, um dos primeiros instrumentos legislativos de combate à concentração de mercados foi o norte-americano *Sherman Act*, de 1890. “Essa norma é considerada como o mais significativo diploma legal antitruste, no qual se reagiu à concentração de poder em mãos de alguns agentes econômicos e onde também procurou discipliná-la.”(GABAN e DOMINGUES, 2012, p. 65).

Para fazer uma análise correta da possibilidade da utilização de ações judiciais como instrumento de práticas anticoncorrenciais é necessário, inicialmente, fazer um breve estudo sobre a sua construção no direito norte-americano para analisar como esta prática restou reconhecida e combatida.

O Direito da Concorrência teve o seu marco teórico inicial no início do século XX e mesmo considerando toda a profusão econômica que viveu a Europa no período da Revolução Industrial, não foi naquele continente que se promulgaram as primeiras normas destinadas exclusivamente à regulamentação da concorrência.

Destacou-se o Canadá como sendo o país pioneiro, através da promulgação do *Act for de Prevention and Sup-pression of Combinations Formed in Restraint of trade* editado em 1889 com a finalidade de “atacar arranjos ou combinações voltadas a restringir o comércio mediante fixação de preços ou a restrição da produção (cartéis)” (GABAN E DOMINGUES, 2012, p. 64).



No ano seguinte, em 1890, nos Estados Unidos editou-se um dos mais importantes instrumentos normativos do Direito da Concorrência, o *Sherman Act*, com a finalidade de coibir abusos econômicos. Essa legislação foi criada em meio a uma grande concentração de riquezas de algumas empresas americanas².

O *Sherman Act* foi promulgado como resposta do governo americano a anseios sociais, pois iniciava o consenso que seria prejudicial à economia a concentração de poder econômico nas mãos de trustes e cartéis.³

Os cartéis caracterizavam-se pela reunião de empresas rivais, com a finalidade de realizarem acordo mútuo para a dominação do mercado. Os trustes, por outro lado, compreendiam a reunião de empresas onde as mais fracas, em regra, menores, cediam seu poder de gestão para outras maiores e mais fortes, gerando assim uma organização administrativa única.⁴

Dentre essas duas organizações empresariais foram os trustes que mais prosperaram, pois, os cartéis não eram capazes de atingir “os resultados desejados por não proporcionar certeza ou estabilidade.” (FORGIONI, 2008, p. 75).

Esse domínio dos trustes acabou por concentrar imensas riquezas nas mãos de poucos empresários, cuja influência política e econômica gerou descontentamentos sociais. Para atender esses anseios foi criada uma legislação específica de regulamentação da concorrência e da garantia da livre iniciativa, qual seja, o citado *Sherman Act*.

A promulgação do *Sherman Act* mostrou-se adequada a ideologia liberal proveniente da Revolução Francesa e da Independência dos Estados Unidos, pois representou uma das formas do liberalismo econômico.⁵ Por isso que tal legislação acabou sendo reconhecida como

² KENNEDY, P. destaca que: “antes mesmo da deflagração da Guerra Civil em abril de 1861, os Estados Unidos se tinham tornado um gigante econômico, embora a distância da Europa, a concentração no desenvolvimento interno (e não no comércio exterior) e a natureza acidentada do interior do país ocultassem, em parte, esse fato. Embora sua parcela da produção mundial de manufaturas estivesse, em 1860, bem atrás da parcela britânica, já tinha superado a da Alemanha e a da Rússia e estava na iminência de alcançar a França.” (1989, p. 176.)

³ Característica marcante da história econômica americana durante a segunda metade do século XIX foi a consolidação de cartéis e trustes como uma forma de organização empresarial para dominação de mercados.

⁴ FORGIONI (2008, p. 76) destaca que O “*Standard Oil*, celebrado em 1882, foi o primeiro e mais conhecido de todos os trustes. Rockefeller, seu administrador fez com que essa empresa por muitos anos controlasse a indústria americana do petróleo.”

⁵ Explicando o liberalismo econômica da época, destaca GRAU, Eros Roberto (2012, p. 37): A generalidade e abstração da lei garantem o indivíduo contra a arbitrariedade estatal, porque isto é indispensável ao cálculo e segurança inerentes à produção capitalista; mas o cálculo e segurança inerentes à produção capitalista reclamam também previsibilidade no comportamento dos agentes econômicos. Isto é: cada agente econômico necessita de garantias (i) contra o Estado e (ii) contra os outros agentes econômicos que atuam no mercado. Vale dizer, cálculo e segurança inerentes à produção capitalista exigem uma dupla garantia: (a) Contra o Estado (=liberalismo político) e (b) em favor do mercado (=liberalismo econômico; a liberdade econômica em suas duas faces, liberdade pública e liberdade privada.



“o mais significativo diploma legal que corporificou a reação contra a concentração de poder em mãos de alguns agentes econômicos, procurando discipliná-la.” (FORGIONI, 2008, p. 76)

Essas primeiras legislações mostraram que a utopia de liberdade mercadológica sem restrições não poderia ser alcançada, sendo necessário que normas específicas regulamentem as relações entre os empresários, como um meio de garantia da própria liberdade no exercício das atividades econômicas.

Havia preocupação com a garantia da entrada e da própria permanência dos empresários na exploração das atividades econômicas, demonstrando, nesse primeiro momento, uma “proteção à liberdade subjetiva dos concorrentes, ou seja, a proteção à defesa dos interesses dos comerciantes.”

Não havia nesse primeiro momento grande distinção entre atividades que violassem o Direito da Concorrência, pois, a interferência do poder Público no registro e fiscalização de atividades econômicas era bastante restrito.

Na visão de FORGIONI (2008) o *Sherman Act* não se constituiu como uma reação ao liberalismo econômico em voga à época, uma vez que essa lei procurava simplesmente corrigir as distorções que o próprio sistema liberal produzia, tutelando-o contra seus efeitos autodestrutivos.

O *Sherman Act* não tratou inicialmente do abuso do direito de petição. Esse direito inclusive já havia sido assegurando anteriormente à regulamentação das normas concorrenciais, na Primeira Emenda da Constituição Americana de 15 de dezembro de 1791:

O Congresso não fará qualquer lei a respeito do estabelecimento de religião ou proibindo o seu livre exercício, ou cerceando a liberdade de expressão, ou da imprensa, ou o direito de as pessoas se reunirem pacificamente, e de peticiona ao Governo para a reparação de injustiças.⁶

Em virtude disso, foi consolidado no Direito americano, até a década de 60, a ideia de que o direito de petição previsto na Primeira Emenda da Constituição não violaria regras antitrustes, sendo um direito dos cidadãos peticionar à administração ou em processos judiciais, com a garantia de que isto não seria considerado uma violação de direitos, consagrando a

⁶ Tradução própria do original: “Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.” Disponível em: <https://www.archives.gov/founding-docs/bill-of-rights-transcript>. Acesso em 23/01/2019.



chamada doutrina Noerr-Pennington, tal como destaca o Conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva em voto no CADE (BRASIL, 2019, p. 318):

A Suprema Corte dos EUA, ao examinar possíveis lesões à concorrência causadas por petições ao Estado, em sentido amplo, seja na forma de lobby para aprovar legislação, seja na forma de petições a Administração ou, ainda, na forma de litígios judiciais, acabou por imunizar a atividade de peticionar ao Estado quanto à responsabilidade civil por ilícito antitruste, tendo em vista o direito de petição e a liberdade de expressão consagrados na constituição americana, na chamada doutrina Noerr-Pennington.

Desse modo, peticionar aos órgãos jurisdicionais ou administrativos a fim buscar medidas que impeçam a atuação anticompetitiva era considerado um exercício do pleno direito constitucional. A *Noerr-Pennington Doctrine* aparava especialmente o direito de ação do particular e a sua capacidade de influenciar as decisões do poder público, recebendo imunidade em relação às práticas anticoncorrenciais.

Segundo FIDELIS “A *Noerr-Pennington Doctrine* trata de proteção conferida 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” (2019, p. 1).

Entretanto, tal posicionamento foi relativizado a partir do julgamento de um caso levado à Suprema Corte Americana em que uma companhia de caminhões acionou judicialmente e administrativamente por diversas vezes um concorrente com o objetivo de retirá-lo do mercado.

Trata-se especificamente do caso *Califórnia Motor Transport Co. v. Trucking Unlimited*⁷, em que foi analisado por aquela corte, em um mesmo processo, petições com artifício anticoncorrencial e a imunidade que o direito de petição oferecia ao peticionário através da aplicação da *Noerr-Pennington Doctrine*.

Nesse caso prático a Corte sustentou que a utilização por parte de uma empresa de seu direito de petição ao Poder Público com o exclusivo propósito de falsear a concorrência, também pode ter consequências anticoncorrenciais, tal como destaca-se o seguinte trecho do julgado:

Uma demanda, que um tribunal ou agência entenda sem fundamento, pode passar despercebida; mas de um padrão de demandas repetidas, sem fundamento, pode

⁷ Disponível em: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/404/508/case.html>. Acesso em 20/03/2019.



surgir aquilo que leva o intérprete a concluir que o processo judicial ou administrativo tenha sido objeto de abuso.⁸

Firmou-se, então, o entendimento que o princípio da liberdade de expressão garantido pela Primeira Emenda da Constituição não poderia ser utilizado como um escudo àqueles que praticam condutas anticoncorrenciais.

Nesse sentido KINTNER e BAUER (1984, p. 566) destacam:

(...) Se o objetivo do réu em buscar uma ação governamental não é a ação, mas sim ferir seu concorrente ou obter uma vantagem competitiva, então a petição do réu pode ser adequadamente caracterizada como uma farsa. Por outro lado, mesmo que o réu realmente queira a ação governamental buscada, certos meios de tentar obter esse alívio são tão impróprios que estão além do domínio da atividade política para fins de antitruste.⁹

Importante lembrar que a partir de sucessivos julgados, a Suprema Corte dos Estados Unidos buscou delimitar requisitos necessários para configurar *sham litigation*, pelos quais se destacam:

No julgamento do caso *Professional Real Estate Investors, Inc. v. Columbia Pictures Industries, Inc.* (508 U.S. 49, 113 S.Ct. 1920) foram estabelecidos dois critérios para sua caracterização: (i) a ação deve ser desprovida de qualquer fundamento, não sendo realista por parte do litigante qualquer expectativa de vitória quanto ao mérito e (ii) tal ação sem fundamento constitua meio fraudulento para esconder “tentativa de interferir diretamente com as relações empresariais do concorrente.” (MELLO, 2019, p. 4).

Além do abuso de petição, também foram reconhecidos pela Suprema Corte outras formas de comportamentos que poderiam caracterizar a violação da concorrência, dentre as quais destaca-se a utilização de patente obtida por fraude para excluir um concorrente do mercado.

⁸ Tradução própria 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.

⁹ Tradução do original: If the defendant’s goal in seeking governmental action is not the action at all, but rather to injure its competitor or to obtain a competitive advantage, then the defendant’s petitioning may properly be characterized as a sham. On the other hand, even if the defendant truly wants the governmental action sought, certain means of attempting to obtain that relief are so improper that they are beyond the realm of political activity for antitrust purposes.





Assim, fica caracterizado, de forma bastante suscinta, o surgimento da *sham litigation* no direito norte-americano, que influenciou diversos outros julgados em diferentes partes do mundo, inclusive no direito brasileiro.

2 – Desafios do Direito da Concorrência no cenário do século XXI, a proteção da propriedade industrial e o conflito com o direito de petição.

Diversas transformações ocorreram no século XX no universo jurídico quanto à proteção aos direitos humanos e a interferência de normas de direito público nas relações privadas.

Nesse sentido, a análise das relações concorrenciais passou a ter um novo perfil, voltado para contribuir para que a produção corresponda aos interesses desejados do ponto de vista da sociedade.

Essas mudanças moldaram um cenário no início do século XXI em que a interferência da atividade reguladora do Estado apresentou-se mais presente nas relações econômicas. Cada vez mais é possível perceber que o desenvolvimento de atividades econômicas se liga a políticas de interferência do poder público.

Exemplo dessa interferência está nas chamadas regulações ostensivas que são feitas tendo em vista o interesse público relevante, aliado às dificuldades de pleno funcionamento do princípio do livre mercado. (FERRAZ Jr., 2019)

Essas regulações ostensivas são realizadas com a intenção de permitir que o mercado funcione adequadamente, no sentido de atender a interesses de caráter econômico, social e de consumo e são vistas, por exemplo, na construção civil, ou ainda a regulamentação necessária e cada vez mais importante nos setores de abastecimento de água e energia elétrica, sem os quais são prejudicados a dignidade humana e o próprio desenvolvimento de atividades econômicas no setor industrial, de comércio e serviços que dependem dessas fontes.

Não é possível deixar de mencionar exemplos também ligados ao transporte, ou ainda, a interferência na Saúde Pública, vez que “poucas ou nenhuma são as atividades de produção e de consumo de medicamentos independentes das funções que o Estado desempenha nos serviços de saúde” (CONFRARIA, 2012, p. 12).

Entretanto, em várias atividades econômicas está sendo inserido com uma grande velocidade diversos instrumentos de cunho tecnológico, tais como *softwares* em aplicativos, de gerenciamento de dados, fórmulas químicas para novos medicamentos e aparelhos que são protegidos pela Propriedade Intelectual.



A propriedade intelectual acabou por se tornar um instrumento decisivo para o desenvolvimento econômico e social sustentável, presente nas mais diversas áreas. Os empresários, para conseguir sobreviver dentro de um universo competitivo, precisam investir cada vez mais em um ambiente de negócios de modo que a inovação e a capacitação tecnológica estão presentes nos mais diversos setores da empresa, tudo de forma a oferecer produtos ou serviços de melhor qualidade aos consumidores.

Assim, o Direito da Concorrência inicia o século XXI com desafios que estão ligados ao processo de intervenção reguladora do Estado, que não pode deixar de mensurar a utilização das novas tecnologias protegidas por patentes e direitos autorais de *softwares*, em especial porque essas inovações, muitas vezes dependem de uma análise mais célere, para preservar a diversidade de oferta ao público e a preservação da concorrência.

Tal fato é apresentado como um desafio, pois, segundo alerta Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2009) há um problema estrutural ainda mais grave: a falta de fundamentos e limites jurídicos suficientemente claros para o Estado intervir na economia, em especial quando há conexão com questões ligadas à propriedade intelectual.

Mesmo que louvável o empenho da doutrina e jurisprudência nessa área, constata-se uma dificuldade cada vez maior no que diz respeito à produção de prova para comprovar os ilícitos concorrenciais, especialmente no caso da *sham litigation* e principalmente quando envolvem a proteção da propriedade intelectual.

Quanto a essa complexidade probatória destaca FIDELIS (2019, p. 5-6):

(...) permanece como tarefa complexa a ser desempenhada caso a caso, de acordo com o conjunto de fatos e a análise do direito em questão. Afinal, saber se o direito de petição ou ação está sendo regularmente exercido ou se há abuso em seu uso é mais um problema de identificar a intenção do agente atrelada à potencialidade de produção de danos concorrenciais, do que tentar utilizar categorias fechadas de ilícito para a identificação do tema.

Deve-se destacar que no Brasil o direito de petição, bem como o acesso à Justiça, também está galgado à condição de direito fundamental de ordem constitucional. Esse direito é estendido também às pessoas jurídicas que muitas vezes se utilizam do judiciário para proteger seu patrimônio material e imaterial.



Ocorre que esta garantia constitucional acaba sendo maculada pela superacumulação de processos nas instâncias judiciárias em todos os Estados da Federação, gerando um terreno fértil para a utilização da litigância inconsequente.

Ao criticar a falta de recursos do Poder Judiciário destaca Carlos Roberto Siqueira Castro (2010, p. 324):

Todas essas deficiências estruturais, que a rigor são visíveis, promovem a disfunção dos órgãos da Justiça que, ou deixam de prestar a indeclinável jurisdição porque os confrontos de pretensão acabam encontrando outros caminhos de composição, ou prestam-na com intolerável lentidão ou com padrão de qualidade aquém do desejável.

Por outro lado, não é possível compreender que o direito de petição seja um direito absoluto, pois que também são reconhecidos casos de atuação abusiva dos litigantes, independente do processo envolver questões concorrenciais ou não.

O Direito ao Acesso ao Judiciário e de petição que são consagrados no texto constitucional contra ilegalidades ou abuso de poder também podem sofrer com a falta de razoabilidade daqueles que detém essa prerrogativa. Nesse sentido STOCO (2004, p. 182) lembra que:

(...) o indivíduo, no exercício regular de seu direito, deve conter-se no âmbito da razoabilidade. Se o exerce, embora o esteja exercendo, causa um mal desnecessário e injusto e equipara o seu comportamento ao ilícito. Assim, ao invés de excludente de responsabilidade, incide no dever de indenizar.

Nesse sentido não são raros os exemplos jurisprudenciais em casos de abuso do direito de petição em ações de danos morais, processos criminais, embargos declaratórios, ações populares, dentre outros.¹⁰

Entretanto, devido ao reduzido espaço de argumentação, o presente trabalho limitar-se-á a discutir tão somente os casos de abuso do direito de petição no Direito Concorrencial, conhecido como *sham litigation* e se ele se estende a situações de proteção da propriedade intelectual.

¹⁰ Nesse sentido, importante consultar os seguintes processos como exemplo: Apelação civil AC 5554194 (TJ-PR); Apelação Cível AC 70044906253 (TJ-RS); Apelação APL 3759684200 (TJ-SP); Agravo de Instrumento AI 811217 (STF);



3 - A constação de *sham litigation* como prática anticompetitiva em decisões judiciais e administrativas brasileiras.

O aumento de mecanismos de instrumento e controle do Estado sobre a atividade econômica visaram a manutenção de um ambiente de competição saudável. Tais instrumentos passam inclusive pelo direito de proteção aos seus bens incorpóreos como o sistema de proteção de Marcas e Patentes conferido pelo INPI e o sistema de proteção de programas de computador, regulamentado por direito autoral próprio.

Os empresários então passaram a se adaptar a essa nova realidade e utilizar esses instrumentos de registros para coibir aqueles que pretendem aproveitar-se do mercado de forma ofensiva e violando os preceitos éticos da concorrência.

Há, inclusive o devido respeito social quando os empresários agem dentro dos parâmetros éticos esperados pelos destinatários de suas atividades específicas. Nesse Sentido, COELHO (2012, p. 101):

No regime econômico de liberdade de iniciativa e competição, os empresários devem ser “premiados” pelo sucesso derivado exclusivamente das características de suas empresas. Aquelas exploradas com competência, controle adequado de custos, adoção das tecnologias mais avançadas, preocupação com a sustentabilidade ambiental, respeito aos direitos dos consumidores e constantes reinvestimentos no aprimoramento da organização empresarial dispõem de saudáveis meios para se desenvolverem, conquistando crescentes fatias do mercado.

Nesse sentido, os empresários estão se adaptando à realidade do mercado através de investimentos, principalmente em tecnologia, lhes sendo assegurado diversos mecanismos judiciais e extrajudiciais para garantia destes investimentos.

Entretanto, como atualmente já há uma grande quantidade de normas reguladoras da propriedade intelectual e do direito concorrencial, aliados à uma estrutura processual que permite decisões liminares ágeis, no sentido de preservar o objeto do litígio ou antecipar os efeitos da sentença, muitos empresários acabam por utilizar de forma abusiva de seu direito ao acesso ao judiciário e de petição, iniciando lides temerárias, das quais não possuem chance de sucesso apenas para obstar o acesso de concorrentes ao mercado. Para isso utilizam-se da organização processual estatal, e, na maioria das vezes, de toda a sua estrutura burocrática e custosa.



O abuso no direito de petição se mostra quando um determinado titular de uma tecnologia apresenta pedidos liminares ou inicia procedimentos administrativos com a única intenção de prejudicar o concorrente, limitando o seu acesso ao mercado por um determinado período de tempo.

O requerente utiliza de sua condição de já estar estabelecido no mercado, com uma forte estrutura e, muitas vezes, munido de uma excelente equipe de profissionais jurídicos para tentar impedir o acesso de outras tecnologias que ele sabe, ou deveria saber, que não são idênticas às suas.

É de se constatar que o direito de petição ou o direito a tutela jurisdicional é garantia fundamental que todos merecem indistintamente, e que podem exercê-lo “sempre que exista um direito ou interesse legítimo digno de tutela” (UBILLOS, 1997, p. 601), ocorre que o abuso desse direito por parte daqueles que detêm uma posição dominante no mercado, acaba por gerar desequilíbrio, passível inclusive de indenização.

Esse posicionamento advém da jurisprudência Norte Americana, em que a Suprema Corte passou “a punir partes que deduziam pretensões que, na realidade, objetivavam retardar a livre concorrência criando empecilhos e situações meramente protelatórias sem base legal.”¹¹

Caso prático que pode servir como ilustração a essa questão de abuso do direito de petição, ocorreu no Brasil onde o C.A.D.E reconheceu a existência da prática de *sham litigation* no processo administrativo 08012.004283/2000-40, julgado em de 15.12.2010, envolvendo a Comissão de Defesa do Consumidor, Meio Ambiente e Minorias da Câmara dos Deputados e a empresa *Shop Time – Box 3 Vídeo e Publicidade Ltda.* e *Leo Produções e Publicidade*.

No referido processo o C.A.D.E. constatou abuso do direito de petição com reflexos na concorrência, no segmento de programas de vendas e promoções veiculadas nas emissoras de televisão, pois as empresas condenadas ao pagamento de indenização e vencidas no recurso estariam, por meio de uma série de ações judiciais infundadas, praticando atos restritivos à concorrência, almejando dominar o mercado de vendas por meio de programas de televisão.

Essas empresas requeriam medidas judiciais embasadas na suposta proteção como direito autoral do roteiro do programa *Shop Tour* que estaria amparado pela existência de registro na Biblioteca Nacional, impedindo assim que empresas concorrentes apresentassem programas similares.

¹¹ Trecho do voto do conselheiro Vinícius Marques de Carvalho em voto proferido no julgamento do processo administrativo do CADE 08012.004283/2000-40. Disponível em http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000572781604.pdf, p. 5. Acesso em 01/04/20014.



O Julgamento apresentou reflexão do relator Vinícius Marques de Carvalho de que o direito de petição não pode ser considerado um direito absoluto e, portanto, não pode ser aceito como justificativa para que as partes venham a se eximir de suas condutas anticoncorrenciais.

Ainda, demonstrou que existem precedentes na Justiça brasileira contrários a qualquer forma de monopolização de gêneros televisivos, por não ser este um assunto literário que possa ser protegido pela Lei de Direitos Autorais, portanto, o roteiro do programa televisivo citado não preencheria os requisitos para receber proteção legal do Direito Autoral.

Com isso o CADE acabou por condenar as empresas processadas no pagamento de multa no valor 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 de prática de litigância predatória ou fraudulenta com efeitos anticompetitivos, nos termos do art.s 20 e 21, IV e V, ambos da Lei 8.884/1994.

Entretanto, atualmente vemos que a prática de *sham litigation* também visa atacar os direitos da propriedade intelectual, isso ocorre quando, de forma abusiva, o titular de um desses bens, ao perceber que um determinado concorrente está oferecendo outro produto similar no mercado, utiliza-se de ação judicial para barrar a entrada do produto, alegando violação dos direitos autorais ou de patentes.

Tal prática quando aliada a bens da propriedade intelectual, em especial as patentes, apresenta um grande complicador em comparação com bens físicos, uma vez que “os direitos de propriedade intelectual existem de forma independente em relação ao suporte físico no qual possam estar incorporados, além de possuir valor econômico para indivíduos e agentes econômicos” (LILLA, 2014, p. 33).

Dessa forma, as análises judiciais sobre as semelhanças e violações de direitos dessa natureza não ocorrem pela simples observação do magistrado, mas da análise inicial de registros que somente através de prova técnica podem ser comprovados.

Entretanto, para preservar o objeto do litígio e evitar eventuais prejuízos de uma empresa já estabelecida no mercado em com registro de sua propriedade intelectual os magistrados tendem a proferir decisões em favor da proibição de uso do novo concorrente até que se apure a violação ou não do Direito da Propriedade Intelectual.

Como os processos judiciais não são resolvidos em um espectro de tempo razoável aos empresários, eventuais decisões de suspensão da exploração de bens da propriedade intelectual novos no mercado podem levar inclusive o novo concorrente a desistir do negócio,



especialmente porque ele, provavelmente, fez vários investimentos, próprios, de empréstimos, ou financiamentos para colocar o novo produto no mercado. A impossibilidade em comercializar esse novo produto implica inevitavelmente na falta de receita para cobrir as despesas de desenvolvimento, o que pode levar ao encerramento da empresa.

Um exemplo ilustrativo e bastante recente sobre tal prática ocorreu com empresas farmacêuticas, em 10 de setembro de 2007 a Pró-Genéricos representa em face da empresa Eli Lilly do Brasil Ltda (filial da Eli Lilly and Company) à então Secretaria de Direito Econômico (SDE) objetivando a instauração de processo administrativo pela prática de *sham litigation* na comercialização de medicamentos de combate ao câncer, tendo em vista que após uma decisão do INPI em negar a patente do medicamento “cloridrato de gencitabina” a empresa representada iniciar uma grande quantidade de processos judiciais e administrativos visando impedir o acesso de concorrentes ao mercado. Em 02 de dezembro de 2011, após a Averiguação Preliminar, que foi aberta em 16 de outubro de 2007, ocorre a instauração do Processo Administrativo n. 08012.011508/2007-91.

Segundo a representação, a Eli Lilly Ltda. estaria impondo barreiras artificiais à concorrência por meio do ajuizamento de múltiplas ações judiciais em face de instituições públicas diversas (INPI e Anvisa), em comarcas diferentes (Rio de Janeiro e Distrito Federal), visando à obtenção de indevida exclusividade na comercialização do medicamento “cloridrato de gencitabina”, em prejuízo de seus potenciais concorrentes.

A Pró-Genéricos observou em suas manifestações que os direitos de petição e de acesso ao Poder Judiciário e à Administração Pública não são ilimitados, sendo certo que não estão imunes à apreciação pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, de modo que a prática de “sham litigation” estaria evidenciada na busca incessante pelo monopólio mesmo com a negativa do pedido de patente pela instância administrativa à Empresa Eli Lilly Ltda.

Em 19 de agosto de 2014, a Superintendência-Geral do CADE entende a ocorrência de infração à ordem econômica, sugerindo a remessa do processo administrativo para o Tribunal Administrativo do CADE para julgamento, com recomendação de condenação da Eli Lilly Ltda.

Em 24 de junho de 2015, a conselheira relatora Ana Frazão conclui pela condenação da Eli Lilly Ltda. pela prática de infração à ordem econômica prevista nos artigos 20, I e IV, combinado com o artigo 21, IV, V e XVI, da Lei n.º 8.884/94, e pela fixação de multa no valor de R\$ 36.679.586,16 (trinta e seis milhões, seiscentos e setenta e nove mil, quinhentos e oitenta e seis reais e dezesseis centavos).



Analisando-se esses julgados do CADE conclui-se que o sistema brasileiro de defesa da concorrência tem avançado bastante, principalmente nesse início de Século XXI, destacando-se a apresentação de uma nova legislação antitruste, entretanto, é imperioso constatar que nosso sistema jurídico ainda carece de amadurecimento institucional e, principalmente, uma adequação constitucional das prerrogativas e atividades das autoridades destinadas a combater a concorrência desleal em todos os níveis.

Não obstante as grandes dificuldades de comprovação de *sham litigation*, já há decisões reconhecendo essa prática e em especial pela violação da propriedade intelectual, entretanto, é necessário entender que o reconhecimento dessa prática se configura mediante a existência de dois requisitos: o abuso do direito de ação e o interesse de prejudicar um concorrente direto, que podem ser reconhecidos pelo próprio judiciário, o que é bastante complexo, ou pelo CADE, de forma mais efetiva.

Assim, reconhece-se a existência de *sham litigation* como uma prática abusiva do direito de petição que possui reflexos tanto no direito da concorrência, pela exclusão de novos agentes no mercado, quanto na propriedade industrial, pela criação de barreiras ao desenvolvimento de novas tecnologias.

CONCLUSÃO

De todo o exposto, podemos concluir ao final que a *sham litigation* é uma prática que se encontra instalada tanto no universo do Direito da Concorrência, como, por via reflexa, no universo da Propriedade Industrial.

Desta forma, o presente artigo buscou enfatizar que os direitos de ação e de petição são garantias constitucionais, entretanto, que não podem ser vistos de forma absoluta, sendo necessário aplicar medidas punitivas àqueles que abusem desses direitos para coibir o ingresso de novos agentes no mercado.

Destacou-se que a construção do conceito da *sham litigation* tem origem no Direito Norte-americano e que mesmo nos Estados Unidos sua construção não ocorreu imune às críticas e a necessidade de mensurar o direito de buscar o judiciário para a reparação de eventuais ameaças e o direito de preservação do mercado de eventuais abusos na utilização do sistema judiciário e administrativo de coerção à práticas excludentes de mercado.



Restou demonstrado que também no Brasil há reconhecimento por parte dessas práticas abusivas, que são reconhecidas principalmente através de decisões do CADE, após a análise das práticas processuais pelas empresas.

Por outro lado, foi demonstrado também que a prática de *sham litigation* pode ser utilizada como instrumento de violação de direitos da propriedade intelectual, pois serve como verdadeiro desestímulo ao desenvolvimento de novas tecnologias quando não associadas a grandes grupos empresariais.

Os questionamentos iniciais foram respondidos demonstrando que a *sham litigation* se caracteriza pelo o abuso do direito de ação e o interesse de prejudicar um concorrente direto, sendo reconhecida pelo CADE e pelo Poder Judiciário. Ainda que as implicações práticas desta prática anticoncorrencial importam em restrição de mercado de desestímulo ao desenvolvimento de novas tecnologias

Por fim, foi demonstrada a existência de *sham litigation* como uma prática abusiva do direito de petição que possui reflexos tanto no direito da concorrência, quanto na propriedade intelectual.

BIBLIOGRAFIA

BRASIL. **Conselho Administrativo de defesa econômica**. Voto do Conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva na averiguação Preliminar n. 08012.006076/2003-72. Acesso em 20/02/2019. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

COELHO, F. U. **Curso de Direito Comercial: empresa e estabelecimento, títulos de crédito**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2012

CONFRARIA, João. **Regulação e Concorrência: desafios para o século XXI**. 2 ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011

CORREA, C. M. **Propriedade Intelectual e Saúde Pública**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.

DE MARCO, C. M.; MEDEIROS, J. F. de. **DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E ACESSO À JUSTIÇA. UMA ANÁLISE A PARTIR DO DIREITO FUNDAMENTAL À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO**. Acesso à justiça I [Recurso eletrônico on-



line] organização CONPEDI/UFMG/ FUMEC/Dom Helder Câmara; Florianópolis: CONPEDI, 2015. Acesso em 18/02/2018. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/4qiqydiv/WP4PUEKDD45P00Xy.pdf>.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, **Bill of Rights**. Acesso em 23/01/2019. Disponível em: <https://www.archives.gov/founding-docs/bill-of-rights-transcript>.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, **Office of the law revision counsel**. Acesso em 20/02/2019. Disponível em: <http://uscode.house.gov/browse/prelim@title15/chapter1&edition=prelim>.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, **Justia us law**. Acesso em 20/02/2019. Disponível em: <http://supreme.justia.com/cases/federa/us/221/1/case.html>.

FIDELIS, Andressa Lin. **Sham Litigation e o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência**. Acesso em: 03/03/2019. Disponível em <http://www.sbdp.org.br/publication/sham-litigation-e-o-sistema-brasileiro-de-defesa-da-concorrenca/>.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio. **Abuso de Poder Econômico por prática de licitude duvidosa amparada judicialmente**. Acesso em 26/03/2019. Disponível em <http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q=/publicacoes-cientificas/103>.

FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008

GABAN, E. M. e DOMINGUES, J. O. **Direito Antitruste**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

KENNEDY, **Ascensão e queda das grandes potências**. Tradução de Waltensir Dutra. 7ª ed. Rio de Janeiro, Campus, 1989

KINTNER, Earl W. & BAUER, Joseph P. (1984) “Antitrust Exemptions for Private Requests for Governmental Action: A Critical Analysis of the Noerr-Pennington Doctrine”. *UC-Davis Law Review*, University of California, Vol. 17, pp. 549-589. Acesso em 20/03/2019. Disponível em: https://scholarship.law.nd.edu/law_faculty_scholarship/314/

LILLA, Paulo Eduardo. **Propriedade Intelectual e Direito da Concorrência**. Uma abordagem sob a perspectiva do Acordo TRIPS. São Paulo: Quartier Latin, 2014.



MELLO, Shirlei Silmara de Freitas. **Revista Âmbito Jurídico**. Processo administrativo sancionador federal como instrumento de proteção de direitos individuais e difusos: Breves reflexões sobre o garantismo e interesse público na efetivação da pretensão punitiva estatal. Acesso em 22/03/19 Disponível em: http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7573&revista_caderno=4.

UBILLOS, Juan Maria Bilbao. **La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares**. Análisis de La jurisprudência Del tribunal Constitucional. Madrid:Centro de Estudios Políticos y constitucionales, 1997

STOCCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil: Tomo I**. 6 ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2004.