Sham Litigation e o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência

1. Introdução

Um dos temas que atualmente desafia o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) é a prática conhecida como *sham litigation,* expressão advinda da doutrina americana que significa o abuso do direito de ação ou petição com efeito anticoncorrencial. Por se tratar de tema recentemente vivido na jurisprudência brasileira, muitas dificuldades estão sendo enfrentadas: desde (i) o conceito e abrangência do instituto, perpassando (ii) a dificuldade em estabelecer critérios para sua identificação e prova, até (iii) a questão da competência do SBDC para tratar da matéria.

Este artigo tem como objetivo contemplar as três questões acima aventadas, ainda que de forma sucinta. Busca-se, assim, desenvolver pontos nodais ao tema, contribuindo para sua melhor compreensão.

2. Conceito, Dificuldades em estabelecer Critérios e Padrão de Prova e a Competência do SBDC

(i) Conceito e Abrangência do Instituto

Sham litigation ou *sham exception,* como também o instituto é chamado, representa justamente uma exceção à "doutrina da imunidade à legislação antitruste" [1] – conhecida como *Noerr-Pennington Doctrine*, cujos fundamentos estão na Primeira Emenda à Constituição Americana. Por essa razão, mister se faz bem compreendê-la antes de definir uma de suas exceções.[2]

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.[3] Essa proteção

---

[1] Importa esclarecer que tal imunidade se refere aos direitos de ação e petição, muito embora também existam outras espécies de imunidade antitruste, como a conferida para atos de Estado (imunidade *Parker*, que deu origem à *State Action Doctrine*).

[2] Uma busca pela identificação do instituto em uma série de julgados americanos e brasileiros está presente em Terepins (2008). Sobre a origem do instituto ver também Gellis (2004).

[3] A idéia de objetivos contrapostos está bem delineada em Kintner e Bauer (1984: p. 588 e 589): "The Noerr-Pennington doctrine attempts to reconcile the sometimes conflicting goals of the antitrust laws,

reforçada está fundamentada nos ditames do sistema democrático e na democracia representativa, de modo a conservar um canal livre pelo qual o particular possa influenciar diretamente o Poder Público em seu processo decisório, sem os possíveis empecilhos advindos das leis antitrustes. O direito protegido por essa doutrina é precipuamente político, de modo que uma petição dentro desses moldes e com o intuito de alcançar ação governamental estaria imune às leis de defesa da concorrência.

Melhor se compreende o contexto da *Noerr-Pennington Doctrine* por meio da análise de dois casos emblemáticos, julgados pela Suprema Corte Americana, que lhe deram origem: *Eastern Railroad Presidents Conference v. Noerr Motor Freight, Inc.* e *United Mine Workers of America v. Pennington*.[4]

Em síntese, no caso Noerr, uma associação de ferroviárias realizou bem sucedidas campanhas publicitárias com o principal objetivo de influenciar ações legislativas e medidas governamentais para impedir a aprovação de legislação favorável aos caminhoneiros e enrijecer as normas deste setor. Por seu turno, as companhias de caminhões processaram as ferroviárias acusando-as de tentar monopolizar o mercado e restringir a concorrência.

A Corte, ao sopesar os objetivos da lei antitruste e os valores constitucionais inerentes à atividade política, decidiu a favor das ferroviárias, reconhecendo que os esforços de indivíduos ou grupos para influenciar qualquer dos três Poderes, mesmo que tivesse como conseqüência a produção de medidas anticompetitivas, não são ilegais, mas, diversamente, estão amparados no direito constitucional de peticionar.[5] Considerou-se, ademais, irrelevante a intenção das rés; inapropriada a utilização da legislação antitruste para controlar comportamento político; e, por fim, alegou-se que o dano causado era resultado inafastável de atividade política legítima. A Corte sustentou que as leis antitruste nunca tencionaram proibir as pessoas de exercer seu direito de petição em face do Poder Público.

---

which seek to stimulate competition, with political and constitutional norms, which seek to protect freedom of speech, press, and assembly and to guarantee public access to governmental officials."

[4] Respectivamente: 365 U.S. 127 (1961) e 381 U.S. 657 (1965).

[5] Todavia, neste julgamento, a Corte sugeriu que o direito de buscar ação governamental poderia sofrer exceções: "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 whit the business relationships of a competitor and the application of the Sherman Act would be justified."

Em *Pennington*, a Corte reiterou a doutrina da imunidade antitruste ao direito de petição. No caso, um sindicato de mineiros e diversas grandes mineradoras da indústria de carvão estabeleceram, junto à Secretaria do Trabalho e escritórios de uma agência federal, a fixação de um salário mínimo para a indústria, recomendando também que o carvão só deveria ser adquirido das empresas que praticassem o valor fixado. Os operadores de companhias pequenas, que não poderiam praticar tal valor, alegaram dano à competição no setor. No julgamento, a Suprema Corte novamente mostrou sua preferência pelos valores consagrados no *First Amendment* relativos ao direito de petição.

Importa salientar que a doutrina americana criada para imunizar o direito de petição frente às leis antitruste amolda-se bastante bem ao direito brasileiro, pois o *First Amendment,*[6] base da *Noerr-Pennington Doctrine*, encontra eco nos direitos e garantias individuais assegurados em nossa Constituição Federal de 1988.[7]

Em suma, tem-se que a *Noerr-Pennington Doctrine* ampara o direito de ação e a conseqüente possibilidade do particular influenciar as ações do Poder Público – aqui incluído tanto o Legislativo, como o Executivo e o Judiciário – conferindo-lhe imunidade, ou um "salvo-conduto", com relação à aplicação das normas anticoncorrencias.

Todavia, como todo o direito, o de petição também não é absoluto e deve ceder espaço para outros valores constitucionais no exame do caso concreto. É por essa razão que a *Noerr-Pennington Doctrine* apresenta a *sham exception.*[8] Dessa maneira, como já antecipado em *Noerr,* não há que se falar em imunidade quando a tentativa de influenciar a ação governamental constitui-se em mero instrumento para prejudicar o concorrente, configurando uma restrição ilegal ao comércio.

O caso que primeiro aplicou a *sham exception* envolveu uma companhia de caminhões que acionou judicialmente e administrativamente, excessivas vezes, um concorrente com o objetivo de retirá-lo do mercado. Trata-se de *Califórnia Motor*

---

[6] "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."

[7] Vide rol do art. 5º, CF.

[8] A Secretaria de Direito Econômico (SDE) define o instituto como "o uso indevido de procedimentos e regulamentações públicas, incluindo procedimentos administrativos e judiciais, com o intuito de prejudicar concorrentes, constituindo-se, assim, abuso de poder econômico apto a ser punido nos termos da Lei n. 8.884/94" (Relatório de Gestão SDE referente ao exercício de 2008, pág. 111).

Transport Co. v. Trucking Unlimited[9], no qual a Corte sustentou que se uma firma ou grupo de firmas utilizarem do seu direito de petição ao Poder Público com o exclusivo propósito de falsear a concorrência, por meio de ações prejudiciais às atividades de um competidor, a imunidade à legislação antitruste não poderia ser aplicada.

Sublinha-se, nesse julgado, o entendimento de que princípios de liberdade de expressão envolvidos no direito de petição não podem ser usados como escudo contra condutas ilícitas, a veicular litígio infundado.[10] Importantes parâmetros para identificação do abuso foram levantados neste caso. A propósito, Kintner e Bauer (1984: p. 566. Grifo acrescentado) sublinham dois importantes critérios:

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

Além da relevância conferida à intenção da conduta e aos meios empregados na ação do requerido, a Corte identificou pelo menos outras quatro formas de comportamentos ilícitos que poderiam indicar a presença de *sham*, dentre as quais: o falso testemunho; o uso de uma patente obtida por fraude para excluir um concorrente do mercado; o conluio com autoridade pública para eliminar concorrentes; e o suborno de um agente público.

Para além dos critérios estabelecidos em *Motor Transport Co. v. Trucking Unlimited,* no qual o requisito subjetivo da intenção do agente ganha importante relevo, parâmetros objetivos também foram trazidos por julgados posteriores, com o intuito de auxiliar a identificação de *sham.* Pelo curto espaço deste artigo, importa citar apenas

---

[9] 404 U.S. 508 (1972). Neste julgado, a Corte Americana utilizou a *sham exception* para fundamentar a ilicitude da conduta de empresa que intervinha seguidamente nos procedimentos de licenciamento dos concorrentes, com argumentos vazios e flagrantemente improcedentes.

[10] 404 U.S. 508 (1972): "(...) a pattern of baseless, repetitive claims may emerge which leads the factfinder to conclude that the administrative and judicial processes have been abused. That may be a difficult line to discern and draw. But once it is drawn, the case is established that abuse of those processes produced an illegal result, viz., effectively barring respondents form access to the agencies and courts. Insofar as the administrative or judicial processes are involved, actions of that kind cannot acquire immunity by seeking refuge under the umbrella of 'political expression."

algumas situações principais em que houve a aplicação da *sham exception* na experiência americana:[11] utilização de informação falsa ou utilização de alegações infundadas; o grande número de processos instaurados (muito embora já se tenha caracterizado *sham* com a existência de uma só demanda); reutilização de demanda que já tenha se mostrado improcedente;[12] dentre outras.

Ainda com o intuito de estabelecer critérios de identificação da *sham litigation,* cabe mencionar o caso *Professional Real Estate Investors v. Columbia Pictures*[13] no qual foi aplicado um teste de duas partes que possibilitava ao juiz decidir se estava ou não frente a uma *sham exception*. Trata-se do *PREI Test*, aplicado pelo *Justice* Thomas com o objetivo de identificar o abuso:

> "(…) first, the lawsuit must be objectively baseless in the sense that no reasonable litigant could realistically expect success on the merits; and second, that the subjective motivation for the baseless lawsuit concealed 'an attempt to interfere with the business relationships of a competitor." (508 U.S. 49, 1993).

A importância de identificar a *sham litigation* ganha relevo na arena de defesa da concorrência quando percebemos a possibilidade de empresas usarem da máquina estatal não como forma de exercer legitimamente seus direitos e influenciar autenticamente o Poder Público – mesmo que isso contrarie a livre concorrência –, mas como instrumento que visa precipuamente criar ou manter um poder de mercado, ou que possa configurar abuso do poder econômico em detrimento de outros concorrentes e em prejuízo do consumidor.

(ii) Dificuldades em estabelecer Critérios e Padrão de Prova

Em que pese todo o esforço da doutrina e jurisprudência americana supra analisadas, identificar o abuso do direito de ação com efeitos anticoncorrencias – desafio ainda mais custoso para a recente jurisprudência brasileira – permanece como

[11] Tais critérios objetivos foram retirados de diversos julgados de diferentes instâncias dos EUA e sinteticamente compilados em Kintner e Bauer (1984: pp. 571-579).
[12] Importa salientar, todavia, que mesmo a demanda procedente, mas embutida de um propósito colateral anticoncorrencial, pode ser caracterizada como sham, conforme asseverado pelo Justice Stevens em Professional Real Estate Investors, 508 U.S. at 69 (1993).
[13] 508 U.S. 49 (1993).

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[14] do agente atrelada à potencialidade de produção de danos concorrenciais, do que tentar utilizar categorias fechadas de ilícito para a identificação do tema.

Posto de outro modo, para se identificar a prática de *sham litigation* necessariamente deverá ser realizado o esforço de identificação do exercício anormal do direito e suas conseqüências no tocante ao princípio constitucional da livre concorrência, sendo certo que uma decisão comprometida com o princípio da motivação deve perpassar uma séria preocupação com o padrão probatório, ou seja, com os critérios usados para identificar suficientemente o ilícito.

Frise-se que o direito de petição, para assim ser caracterizado, tem finalidade e pressupostos constitucionais a serem observados. Deve ser considerado, portanto, instrumento para o acesso à justiça e, paralelamente, possibilitar a ampla defesa – por meio de uma petição bem fundamentada.[15] Esse direito é definido por José Afonso da Silva como o de invocar a atenção do Poder Público sobre uma questão ou uma situação, inclusive para solicitar uma modificação. O autor também destaca tal direito como instrumento para manifestação da liberdade de opinião e seu caráter de aspiração dirigida a certas autoridades (SILVA, 2007: p.130). Direito de petição contrário a tais caracterizações e condicionantes, tende a configurar abuso de direito. Implicando, ainda, em prejuízo ao mercado, tende a caracterizar a prática de *sham.*

Assim entendendo, o direito de petição não contém propriamente uma *imunidade* antitruste. Diferentemente, o direito de petição tem contornos constitucionais que devem ser observados, sob pena de sua descaracterização. Quando não configurado o exercício de direito de petição, nos moldes propostos pela *Noerr-Penington Doctrine*, há apenas o interesse do particular abusando da máquina pública, o que não pode se

---

[14] Sabe-se que, nos termos da Lei 8.884/94, as infrações podem existir independentemente da intenção do agente. Todavia, para que a *sham exception* esteja configurada, importa diferenciar a intenção do agente ligada à produção de efeitos prejudiciais ao mercado, sem o que nada mais haveria senão o exercício normal do direito de ação.

[15] Conforme o art. 30 da Lei 8.884/94 (grifo acrescentado): "a SDE promoverá averiguações preliminares, de ofício, ou à vista de representação escrita e fundamentada, de qualquer interessado (...)". Tal disposição ressalta a confluência da ampla defesa e do acesso à justiça no direito de petição aos órgãos públicos. Também nesse sentido Dutra (2003).

sobrepor à livre concorrência como direito difuso e constitucional.

Mostra-se, assim, grande a dificuldade de identificar o ilícito, pois a linha que divide o direito político de petição e o abuso desse direito é bastante tênue. Em ambos os casos pode haver prejuízo concorrencial. Contudo, parece que a diferença está no fato de que no exercício regular do direito o prejuízo é apenas decorrência do pleito legítimo; enquanto que no uso abusivo o dano concorrencial é um fim em si mesmo.

Nesta oposição entre o direito constitucional de petição e sua utilização indevida como uma tática para excluir a concorrência, a maior dificuldade está em saber quais parâmetros ou critérios devem ser utilizados para garantir uma decisão que puna apenas o abuso do direito, não seu exercício regular.

Por se tratar de prática de difícil comprovação, a caracterização de *sham litigation* impõe um elevado padrão de prova. Nesse sentido, a dúvida e ambigüidade nos fatos deve necessariamente beneficiar o acusado da prática.[16] A aplicação de um teste, como o *PREI Test*, embora muito contribua para a objetividade da investigação antitruste e sirva de norte para orientar as condutas dos particulares, não deve ser usado de forma mecânica, sem a preocupação de medir a conseqüência e amplitude dos fatos ditos ilícitos e a ocorrência do dano injusto, inclusive em consideração ao princípio da legalidade estrita, preocupação constitucional que deve nortear, sempre que possível, as sanções antitrustes.

Nesse sentido, mesmo que o *caput* do art. 20 da Lei 8.884/94 pareça se satisfazer com a mera potencialidade do efeito anticoncorrencial, se não houver nexo causal entre a conduta e o potencial efeito anticoncorrencial, não há como sancionar dita prática, em observância ao princípio constitucional da segurança jurídica[17].

Como de regra, também em *sham*, é indispensável bem compreender as particularidades do ambiente competitivo do setor em questão. Ademais, deve-se verificar: se há racionalidade na conduta, se houve criação de barreira efetiva à entrada e a existência de poder de mercado; como também averiguar a existência de plausibilidade do direito invocado, a verdade das informações e a adequação e razoabilidade dos meios utilizados.[18] Esses são exemplos de preocupações

[16] Critério presente no julgado americano Matsushita v. Zenith Ratio Corp., 475 U.S. 574 (1986)
[17] Como asseverado no art. 2º da Lei 9.784/99.
[18] Esses critérios são sugeridos pela jurisprudência americana, analisados por Kintner e Bauer (1984).

inafastáveis[19] para que se possa identificar a prática de *sham litigation*.

(iii) Competência do SBDC

Expostas as raízes do instituto e a problemática dos critérios tênues para sua identificação, cabe ainda enfocar alguns aspectos do último tópico a que se propõe a análise deste artigo, a saber: a competência do SBDC para apreciar tais demandas.

Considerando ainda a proteção constitucional ao direito do particular de influir no processo decisório do Estado, importa ter em mente que o SBDC só é chamado a atuar em caso de abuso de direitos; a dizer, em caso de exercício regular do direito, nada restaria à apreciação do Sistema. Desse modo, tendo sempre em mente que nenhum direito é absoluto, a questão posta é: o direito de ação ou petição pode sofrer que tipo de limitações? Como o exercício regular do direito de ação limita a competência do SBDC?

Uma leitura apressada do art. 15 da Lei 8.884/94 e uma interpretação pouco sistemática do princípio constitucional da livre concorrência podem levar ao entendimento de que o SBDC possui competência ampla e irrestrita para tratar do tema e punir condutas baseadas em direito de ação. Esse entendimento, todavia, há de ser relativizado.

É devida, nesse ponto, uma diferenciação entre a atuação do particular frente a cada um dos Poderes do Estado. Em se tratando do Judiciário e do Executivo o exercício do direito de petição e de ação, respectivamente, podem repercutir diretamente na atividade do concorrente, sendo certo que devem ser limitados pela boa-fé e, nas hipóteses do abuso do direito, também pelas normas de defesa da concorrência.[20] Já na esfera do Legislativo, o exercício do direito de ação não implica,

---

[19] O Conselheiro Paulo Furquim, na 451ª Sessão Ordinária de Julgamento do CADE, falou de fatores essenciais para que seja plausível a existência de infração à concorrência: "nesse exame, um elemento que deve ser sempre ponderado, ainda que de forma preliminar, é a existência de poder de mercado pelo agente econômico investigado, sem o qual, não há que se cogitar de violação as normas antitrustes. Outra questão a ser considerada é a presença de racionalidade econômica na suposta conduta anticompetitiva de forma a se demonstrar a causalidade entre a conduta realizada e possíveis prejuízos a concorrência."

[20] No tocante ao Judiciário, há uma questão importante e complexa para a hipótese de haver concomitantemente, no Judiciário e no CADE, processos que analisem a mesma prática de *sham*. Para que seja possível defender a competência do CADE para apreciar a questão de forma concorrente,, importa que o Conselho busque na caracterização do ilícito mais do que uma pretensão vedada ao

per se, em efeito danoso à concorrência imputável ao particular.

Assim, em que pese o fato de que também frente ao Poder Legislativo o particular pode exercer seu direito de petição e sua prerrogativa de influenciar o processo decisório do Estado, podendo, no exercício desse direito, decorrer ação Legislativa que restrinja a concorrência, não parece haver como tal situação ser contraposta ao particular frente à legislação antitruste.[21]

Essa limitação ao atuar do SBDC tem por principal fundamento a proteção e consagração constitucional do direito de petição exercido dentro dos moldes da democracia representativa. Lei ordinária jamais poderia se sobrepor aos ditames constitucionais do art. 5º, XXXIV e XXXV. No limite, mesmo que o particular venha a propor projeto de lei com o objetivo de extirpar a lei de defesa da concorrência do ordenamento, estará em pleito legítimo[22]. Não há ilícito neste momento, vez que não se pode estabelecer nenhum nexo causal direto entre sua ação e o surgimento da real potencialidade de efeito anticoncorrencial. Tratar-se-ia do exercício do direito político, sendo lógico que somente após a publicação de tal lei é que se poderia falar em dano eventual.

Não obstante, também é certo que ao ato estatal é conferida isenção antitruste,[23] cabendo ao SBDC não mais que emitir pareceres desfavoráveis ao ato do exemplo em questão. Não há instrumentos de controle conferidos ao SBDC para a hipótese. Entender de forma diversa mutilaria irreparavelmente o núcleo do direito de ação frente ao Legislativo e incorreria invariavelmente em conflito de competência. Por outro lado, a verificação pelas autoridades da concorrência da prática de *lobby* por regulação anticompetitiva deve ser levada em conta quando somada a ações anticoncorrencias no Executivo ou no Judiciário, a fim de robustecer o conjunto probatório a motivar eventual condenação.

O direito de ação perante o Poder Executivo baseado em pleito infundado ou que

---

insucesso, mas, mais do que isso, uma pretensão de má-fé que implique em vantagem ilícita para o particular, sob pena de prejudicar a eficiência de sua decisão.

[21] Para mais detalhes dessa discussão conferir Jordão (2009).

[22] Por não se tratar de cláusula pétrea, nada obsta o pleito exemplificado, muito embora uma lei com esse teor seja certamente inconstitucional (art. 173, §4º, CF).

[23] A isenção se justifica pelo fato de que a concorrência não pode ser entendida como um objetivo em si mesmo, vez que o bem estar do consumidor pode ser alcançado por medidas outras, que propiciem mais eficiência ao mercado em questão. Acerca da isenção antitruste, conferir Campos (2008).

seja mero instrumento para prejudicar concorrentes (por ex., falsidade nas informações contidas em impugnação usada contra autorização concedida para concorrente), deve ser analisado e punido pelo SBDC. Importa frisar que, muito embora a prática de *sham* possa ser localizada no âmbito do Executivo, os atos expedidos pela Administração direta na elaboração de políticas públicas e a regulação setorial desempenhada pelas Agências Reguladoras, em regra, também são alcançadas pela isenção antitruste,[24] restando ao CADE papel excepcional e pontual.[25]

Conclui-se, pelo exposto, que nas esferas onde o SBDC é incompetente (âmbito do Legislativo, atos do Poder Público e matérias de análise exclusiva de outros órgãos, como o INPI), ele é chamado a atuar por meio da advocacia da concorrência, nos termos do artigo 14 da Lei n. 8.884/94. A garantia da isenção antitruste, todavia, não quer significar impunidade. Entende-se que o eventual controle do comportamento de órgãos integrantes da Administração Pública por conduta ilícita, mesmo com efeitos prejudiciais ao mercado, se faz por meio da fiscalização dos tribunais de contas e da revisão judicial de atos administrativos, e não, em princípio, pelo SBDC.[26] O controle de *lobby* abusivo no Legislativo também não está a cargo do SBDC, mas resta enquadrado dentro das esferas próprias de competência criminal e administrativas.

O caso SINPETRO bem ilustra a complexidade do tema e a necessidade de incessante aprimoramento dos critérios usados pelo SBDC para identificar a prática do ilícito. Embora o julgado não mencione expressamente a conduta de *sham litigation,* amolda-se a ela perfeitamente. O caso é interessante pois a condenação imposta pelo CADE,[27] que entendeu pela prática de abuso do direito de ação, foi reformada na Justiça Federal.[28]

---

[24] As exceções surgem quando há previsão legal contrária ou quando não está claro o intuito de substituir a concorrência pela regulação, hipóteses em que as leis antitruste têm aplicação. No setor de Telecomunicações, por exemplo, há previsão expressa para aplicação das normas concorrenciais (vide art. 5º, Lei 9.472/97).

[25] Vale citar decisão do CADE a respeito: "Ementa: Averiguação Preliminar. (...) Incompetência do CADE para julgar atos do Poder Público de natureza regulatória. Ausência de indício de influência determinante de agentes privados. Decisão pelo arquivamento." (Averiguação Preliminar 08000.013661/97-95). Também há contribuições para a questão em Aragão (2009).

[26] Conforme entendimento contido na Portaria SDE nº 51/09, que guarda grande pertinência com relação aos critérios de limitação da competência do SBDC também para *sham litigation*.

[27] Processo Administrativo nº 08000.024581/1994-77.

[28] Processo nº 2005.34.00.012752-0 e 2005.34.00.024524-7, Justiça Federal de 1ª instância, seção judiciária do distrito federal, 25 de janeiro de 2006.

Segundo os fatos, em breve síntese, postos de gasolina da cidade de Brasília realizaram *lobby* perante autoridades públicas (órgãos administrativos e Poder Legislativo) buscando evitar que o Carrefour pudesse construir posto de gasolina em seu estabelecimento. A preocupação dos postos de gasolina apontava para o prejuízo da competição no setor, vez que o Carrefour, dadas certas isenções tributárias, poderia vender a gasolina a preço bem inferior.

O CADE enquadrou a prática dos postos como uma pressão ilícita exercida de forma coordenada para evitar a entrada de concorrente no mercado. Dito de outro modo, o Conselho entendeu configurado abuso do direito de ação, ou, nos moldes propostos pela doutrina americana, a exceção a *Noerr-Pennington Doctrine.*

O Judiciário, em sentido oposto, afirmou que o sindicato dos postos de gasolina não detém poderes de natureza pública para criar qualquer obstáculo à entrada de outra empresa no setor em tela. Considerou também que o *lobby* realizado apenas veiculou pretensão legítima e não poderia ser entendido como infração à ordem econômica, mesmo causando prejuízos a outros agentes econômicos. Conclui asseverando que ao Legislativo caberia decidir se a reivindicação era lícita ou não. Julgou favoravelmente ao sindicato.

3. Considerações Finais

De todo o exposto, têm-se três pontos conclusivos: o instituto da *sham litigation* é essencialmente uma construção jurisprudencial, devendo ser a tendência do SBDC a de julgar pela excepcionalidade da conduta, como já se passa no âmbito da SDE;[29] o ônus da prova deve ter um *standard* bastante elevado para identificação do ilícito, sob pena de se punir a garantia constitucional do direito de petição; e, por fim, deve-se primar pela fundamentação e motivação da decisão proferida, haja vista a inevitável judicialização da demanda.

A análise do SBDC comprometida com os valores constitucionais do direito de ação ou petição deve ser sensível e criteriosa para identificar o seu abuso e exigente quanto ao sistema probatório, afim de que atos de má-fé praticados por particulares não

[29] Haja vista o grande número de arquivamentos realizados, segundo consta dos Relatórios de Gestão SDE nos anos de 2008 e 2007. Destaca-se que o julgamento de casos como o PA 08012.004484/2005-51 (Seva x Siemens) será de suma importância para a construção da jurisprudência do SBDC na matéria.

sejam escudados pela garantia constitucional do art. 5º, XXXIV, mas, diversamente, busque-se conservar os valores da livre concorrência e o bem-estar do consumidor.

Referências Bibliográficas

ARAGÃO, Alexandre de Santos. (2009) "Competências Antitruste e Regulações Setoriais". *Revista IBRAC*. Volume 16, número 1, pág. 42.

CAMPOS, Marcos Vinícius de. (2008) *Concorrência, Cooperação e Desenvolvimento: do falso dilema entre competição ou cooperação ao conceito de concorrência cooperativa*. São Paulo: Singular.

DINAMARCO, Cândido Rangel. (2009) *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. II, 6ª edição. São Paulo: Editora Malheiros.

DUTRA, Pedro. (2003) *Livre concorrência e regulação de mercados: estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar.

GELLIS, Cathy. (2004) "RIAA Lawsuits and Noerr-Pennington Immunity". *Antitrust and IPI*. December 21.

HOVENKAMP, Herbert. (2005) *Black letter outlines*: Antitrust. 4th edition. Ed. Thomson West.

JORDÃO, Eduardo Ferreira. (2009) *Restrições regulatórias à concorrência.* Belo Horizonte: Fórum.

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.

Portaria SDE nº 51, de 03 julho de 2009 – "Guia de Análise de Denúncias sobre Possíveis Infrações Concorrenciais em Licitações e o Modelo de Declaração de Elaboração Independente de Proposta"

Processo Administrativo nº 08000.024581/94-77 (Representante: SDE; Representados: Sindicato do Comércio Varejista de Derivados de Petróleo do DF, Rede Gasol e Grupo Igrejinha). Relator: Cons. Roberto Pfeiffer. DOU: 16.04.04.

SILVA, José Afonso da. (2007) *Comentário Contextual à Constituição*. 4. ed. São Paulo: Editora Malheiros

TEREPINS, Sandra. (2008) "Sham litigation: uma exceção à doutrina Noerr-Pennington e a experiência recente vivida pelo CADE." *Revista do Ibrac*, v. 15, n.1, p. 63-97.