

*You can't just assume that because someone has a patent,  
he has some deep moral right to exclude everyone else.<sup>1</sup>*

Judge Richard Posner<sup>2</sup>

## 1 INTRODUÇÃO

Propriedade intelectual e concorrência são objeto de políticas públicas e, como sistemas regulatórios, têm sido considerados consistentes em seus princípios básicos. Na maior parte dos casos, o exercício dos direitos de propriedade intelectual não limita a competição, dado que, dinamicamente, seu objetivo é impulsioná-la, ao induzir a geração de inovações que, posteriormente, fortalecerão a competição dos mercados. Uma avaliação feita pelo World Economic Forum com 118 países, publicada no *Global competitiveness report* (WEF, 2011) revelou a alta correlação entre a eficácia das políticas antitruste e de defesa da propriedade intelectual. A efetividade de ambas está positivamente relacionada à renda média das nações.

Análises mais detalhadas, no entanto, revelam fortes tensões entre esses sistemas. Entre tais conflitos, este trabalho destaca a litigância predatória – conhecida internacionalmente, com base na jurisprudência norte-americana, como *sham litigation*.<sup>3</sup>

Este artigo apresenta a evolução do conceito de litigância predatória, sua relação com o debate entre propriedade intelectual e concorrência e os principais casos identificados no Brasil. O tema tem sido objeto de controvérsias, ao associar o exercício de direitos supostamente legítimos em propriedade intelectual (PI) ao abuso de seu uso. Em termos econômicos, pode ser definido como litigância fraudulenta ou predatória, ao envolver o uso estratégico de litígios com o objetivo de prejudicar ou excluir um rival do mercado. Esta estratégia pode ser considerada um tipo de predação que não envolve preços (*non-price predation*), podendo, portanto, ser avaliada a partir de ferramentas econômicas desenvolvidas para identificar este tipo de prática.

O direito de propriedade intelectual (DPI) e o direito da concorrência têm como objetivo comum a promoção da inovação e do desenvolvimento econômico. No entanto, há conflitos potenciais associados à forma que cada sistema utiliza para promover tais objetivos. Como, em economia, tem-se o hábito de lidar com

---

\* Este estudo é resultado de um acordo de cooperação entre o Ipea e a Organização Mundial da Propriedade Intelectual (Ompi). O trabalho consistiu em uma primeira análise comparativa envolvendo os seguintes países: Argentina, Brasil, Canadá, Chile, China, Egito, França, Alemanha, Índia, Itália, Japão, México, Rússia, Arábia Saudita, África do Sul, Coreia do Sul, Espanha, Turquia, Reino Unido, Estados Unidos e também a União Europeia. A versão completa está disponível em: <[http://www.wipo.int/export/sites/www/meetings/en/2011/wipo\\_ip\\_ge\\_11/docs/study.pdf](http://www.wipo.int/export/sites/www/meetings/en/2011/wipo_ip_ge_11/docs/study.pdf)>.

\*\* Coordenadora de Regulação da Diretoria de Estudos e Políticas Setoriais de Inovação, Regulação e Infraestrutura (Diset) do Ipea e professora da Faculdade de Ciências Econômicas da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

\*\*\* Técnica de Planejamento e Pesquisa da Diretoria de Estudos e Políticas Setoriais de Inovação, Regulação e Infraestrutura (Diset) do Ipea.

\*\*\*\* Consultor-sênior no âmbito do programa de Pesquisa para o Desenvolvimento Nacional (PNPD) do Ipea.

1. Tradução nossa: "Não se pode assumir que pelo fato de alguém ter uma patente, este tem o direito moral de excluir todos os demais".

2. Apple Inc.; Next Software Inc. Plaintiffs v. Motorola Inc. and Motorola Mobility Inc. in the US District Court for the Northern District of Illinois, Eastern Division. *Opinion and Order of 22 June, 2012* of Posner, Circuit Judge, Sitting by designation. Illinois, 22 Jun. 2012.

3. Esforços foram empreendidos para analisar movimentos estratégicos da firma litigante: ações entre concorrentes envolvendo práticas colusivas; ações frívolas iniciadas pela firma dominante com o objetivo de limitar a atuação de concorrentes potenciais; e ações frívolas movidas contra agências governamentais com o objetivo de ganhar tempo e manter, artificialmente, direitos de propriedade intelectual em curso.

*trade-offs* e conflitos de objetivos, o aporte da análise econômica contribui para superar impasses em um debate até o momento travado quase que exclusivamente no campo das ciências jurídicas.

Na versão completa deste estudo, esforços foram empreendidos para analisar movimentos estratégicos da firma litigante, tais como:

- ações entre concorrentes envolvendo práticas colusivas;
- ações frívolas iniciadas pela firma dominante com o objetivo de limitar a atuação de concorrentes potenciais; e
- ações frívolas movidas contra agências governamentais com o objetivo de ganhar tempo e manter, artificialmente, direitos de propriedade intelectual em curso.

Com base no conceito de comportamento predatório desenvolvido na literatura de organização industrial, este estudo sugere que é factível desenvolver uma racionalidade analógica para lidar com “litigância fraudulenta”.

## 2 UMA PERSPECTIVA SOBRE A RELAÇÃO ENTRE PROPRIEDADE INTELECTUAL, CONCORRÊNCIA E INOVAÇÃO

Segundo Carl Shapiro (2000), professor da Universidade da Califórnia, em Berkeley, marcas e patentes, *copyrights* e segredos industriais são “as joias da coroa” do portfólio de ativos das empresas de alta tecnologia e de bens diferenciados, a ponto de o resultado competitivo atualmente ser determinado pela propriedade intelectual. O autor alerta para a urgência de o sistema de proteção da propriedade intelectual e da proteção da concorrência adequarem-se e acompanharem esta dinâmica, de modo a não comprometê-la.

Shapiro (2004) vem apontando os limites do sistema de proteção à propriedade intelectual nos Estados Unidos, que, de estímulo ao investimento em inovação, transformou-se predominantemente em instrumento estratégico para bloquear entrada, prejudicar rivais, manter posições de mercado, gerar *uma probabilidade de defesa de direito*. O resultado final, segundo Carl Shapiro, tem sido o desestímulo e a redução da inovação.

Existe um descompasso entre o sistema de proteção à concorrência – que tem evoluído nos últimos cem anos – e o sistema de proteção intelectual – cristalizado em parâmetros da Segunda Revolução Industrial. É consenso entre economistas norte-americanos com formação antitruste o efeito de detenção da inovação que o excesso de concessões de patentes e a conseqüente redução de qualidade patentária têm prestado à inovação.

O que esses economistas têm questionado é a rigidez do sistema de patentes norte-americano,<sup>4</sup> pois, paradoxalmente, quanto à propriedade intelectual, são os ativos que mais importam para a dinâmica concorrencial.

Concluindo este ponto, Joe Farrell (2012) assinala que a detenção ou dissuasão de entrada é o problema central do antitruste e, atualmente, o *pay for delay*<sup>5</sup> e o *sham litigation* são duas das formas mais recorrentes e graves com que estes clássicos problemas têm aparecido. Não por coincidência, são questões que envolvem propriedade intelectual e inovação.

---

4. O cipoal de patentes, patentes defensivas, patentes sem utilidade mercadológica.

5. Trata-se de acordo contratual, relativamente frequente na indústria farmacêutica, no qual uma empresa detentora de patente oferece quantia para que outra empresa, por exemplo, produtora de genérico, atrase a sua entrada no mercado. O acordo pode ser lucrativo para as empresas, mas poderá gerar efeitos negativos para o consumidor.

### 3 O CONCEITO DE *SHAM LITIGATION* <sup>6</sup>

*Sham litigation* pode ser definido como o uso abusivo de direito de ação. Envolve uso indevido de procedimentos e regulamentações públicas, incluindo procedimentos administrativos e judiciais, com o intuito de prejudicar concorrentes, causando danos ao mercado (Martinez, 2008). Discutido desde os anos 1980, ainda hoje, a utilização destes instrumentos e os efeitos sobre o bem-estar das diferentes políticas formuladas para limitar o uso de *sham litigation* são debatidos entre cientistas econômicos e jurídicos.

No âmbito europeu, segundo Martinez (2008), a Comissão Europeia (2005), ao tratar de *sham litigation*, considerou que

o uso de procedimentos e regulamentações públicas, incluindo procedimentos administrativos e judiciais, pode também, em circunstâncias específicas, constituir um abuso, já que o conceito de abuso não é limitado à conduta no mercado (...) e o uso indevido de procedimentos e regulamentações públicas podem resultar em sérios efeitos anticompetitivos no mercado.

Possas, Fagundes e Ponde (1998) exemplificaram o conceito a partir da atuação da empresa ATT, nos Estados Unidos:

as empresas dominantes podem dificultar o processo licitatório, abusando de recursos aos governos e ao judiciário, tendo em vista inibir a entrada de novos concorrentes (*sham litigation*). Nesse caso, a maior dificuldade de entrada no mercado deriva tanto da demora da resolução dos conflitos administrativos e judiciais, como dos custos envolvidos na disputa. Esse procedimento foi empregado em diversas ocasiões pela ATT nos EUA na área de equipamentos terminais. A estratégia da empresa era a de criar conflitos judiciais sob a alegação de que a instalação de equipamentos terminais por parte de outros competidores ameaçava a integridade e segurança da rede, por ferir normas técnicas.

Os requisitos para caracterização da conduta de *sham litigation* foram sintetizados, no Brasil, por Melo Netto (2009):

- a) a ação deve ser desprovida de qualquer fundamento, não sendo realista por parte do litigante qualquer expectativa de vitória quanto ao mérito; e
- b) tal ação sem fundamento constitua meio fraudulento para esconder “tentativa de interferir diretamente com as relações empresariais do concorrente”.

Christopher Klein (1989), em um trabalho precursor sobre o tema, define *sham litigation*, do ponto de vista legal, como um litígio anticompetitivo sem fundamento legítimo. Do ponto de vista econômico, pode ser apresentado como litígio predatório ou fraudulento, com efeito anticompetitivo, envolvendo o uso impróprio das cortes ou de processos governamentais judicantes contra rivais para atingir fins anticompetitivos. Neste trabalho pioneiro, o autor apresenta o conceito de litigância predatória e suas diferenças em relação a litígios tradicionais. Klein (1989) argumenta que processos podem ser movidos não apenas porque os benefícios esperados superam os custos de litígio, mas também porque a abertura do processo em si pode gerar um resultado favorável ao litigante. Isto ocorre dado que: *i*) alguns processos impõem custos de litígio excessivos ao réu; *ii*) o litigante pode mover um processo com pequena chance de obter um resultado que lhe é favorável somente para forçar o réu a fazer um acordo; e *iii*) os réus também podem mover contraprocessos para aumentar os custos do litigante ou para reduzir as suas expectativas de sucesso. Tais argumentos podem ser expressos da seguinte maneira:

Seja  $L$  o custo esperado do litígio e  $B$  o ganho esperado, em caso de sucesso, o litigante motivado apenas pelos ganhos esperados de obter um julgamento favorável no mérito entrará com o processo somente se:

$$B - L > 0$$

ou

$$B > L$$

(1)

Litigantes movidos por ganhos externos ou colaterais podem decidir mover um processo mesmo que os custos do litígio não superem os benefícios esperados.

6. Com base em Klein (1989).

Supondo-se que  $X$  represente o ganho colateral ou externo (descontado) do litígio, isto é, independente do resultado do processo, o processo será movido se:

$$B - L > 0$$

ou

$$X > L$$

e

$$X > L$$

(2)

Nesse caso, os custos de litígio só são justificados pelos ganhos colaterais do processo, constituindo um caso claro de litígio estratégico. Mesmo quando tanto os benefícios esperados do processo quanto os ganhos colaterais são, isoladamente, menores que os custos – mas juntos somam quantia esperada superior aos custos do processo –, há um caso de litígio estratégico:

$$X < L \text{ e } B < L, \text{ mas } X + B > L$$

Entre os litígios estratégicos, cabe destacar um tipo específico, o *litígio predatório*, no qual os benefícios colaterais esperados que justificam o processo derivam de seus efeitos anticompetitivos. O litígio predatório é conduzido a fim de atacar um rival e obter vantagens competitivas que são independentes do resultado legal da ação. O predador não espera lucrar a partir do resultado do processo em seus méritos, mas, sim, devido a um maior preço de mercado causado pela limitação na atuação do concorrente, gerando, em consequência, ganhos monopolistas ao litigante.

Em suma, conforme Klein (1989), se  $X$  deriva de um efeito no preço de mercado, então, o objetivo do litigante é anticompetitivo, e o litígio é predatório.

O litígio predatório entre dois concorrentes é mais provável quando:

- a) o litigante é uma firma dominante ou um conjunto de firmas;
- b) o réu é um concorrente recente ou potencial; e
- c) o efeito da ação do litigante é prevenir a entrada ou o crescimento do réu, ou causar sua saída.

Um tipo específico de litigância predatória é o litígio anticompetitivo fraudulento, que atinge seus efeitos anticompetitivos por meio de fraudes, tais como a disponibilização de informações falsas a respeito dos títulos em propriedade intelectual.

Economicamente, *sham litigation* pode ser considerado um caso de predação diferente do tradicional, que ocorre por preços. Este tipo de predação tende a ser mais comum principalmente porque o predador pode, mais facilmente, impor custos desproporcionais a seus concorrentes e também porque barreiras à entrada são menos importantes para o sucesso em predação não baseada em preços.

## 4 PERSPECTIVA HISTÓRICA

O conceito de *sham litigation* teve como base a jurisprudência norte-americana, envolvendo cinco casos principais: *Eastern R. R. Presidents Conference v. Noerr Motor Freight, Inc.*, 365 U.S. 127 (1961);<sup>7</sup> *United*

7. Em *Eastern R. Presidents Conference v. Noerr Motor Freight, Inc.* ("Noerr"), de 1961, houve uma denúncia, formulada por um grupo de empresas de transporte rodoviário, de que 24 grandes companhias ferroviárias haviam violado o Sherman Act ao lançarem campanha de publicidade negativa com vistas a obter a aprovação de leis estaduais francamente gravosas ao empreendimento rodoviário. Considerou-se haver exercício de direito legal de petição e uso regular dos meios administrativos/judiciais. Não obstante, tais empresas se posicionaram no sentido de haver casos em que o Sherman Act não seria aplicável: "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". Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=365&invol=127>>. Acesso em: 20 ago. 2010.

Mine Workers v. Pennington, 381 U.S. 657 (1965);<sup>8</sup> California Transport Co. v. Trucking Unlimited, 404 U.S. 508 (1972);<sup>9</sup> Professional Real Estate Investors v. Columbia Pictures Industries, Inc., 508 U.S. 49 (1993);<sup>10</sup> e USS-Posco Industries v. Contra Costa Building & Construction Trade Council (“USS-Posco”).<sup>11</sup>

Os dois primeiros casos resultaram na doutrina Noerr-Pennington, relativa à imunidade à legislação antitruste em relação aos direitos de ação e petição, cujos fundamentos estão na primeira emenda à Constituição americana. A doutrina Noerr-Pennington trata de proteção conferida pela Suprema Corte Americana ao direito de petição, ainda que o exercício deste direito tenha como efeito prejudicar a livre concorrência ou consolidar poder de mercado. Todavia, na referida decisão do caso Noerr, a Suprema Corte dos Estados Unidos observou que a imunidade antitruste à atividade de petição não seria extensível às situações em que o peticionamento “é um mero simulacro [*mere sham*, no original em inglês]<sup>12</sup> para encobrir o que é, de fato, nada mais que uma tentativa de interferir diretamente nas relações negociais de um concorrente, de modo que a aplicação do Sherman Act estaria justificada”.

O terceiro caso, California Motor, foi a primeira exceção aplicada à regra da Noerr-Pennington, estabelecendo a base para a doutrina em questão. Este caso estabeleceu uma listagem exemplificativa de condutas passíveis de satisfazerem a *sham exception*: perjúrio de testemunhas, fraude na obtenção de patentes, suborno de agentes responsáveis por compras públicas e conspiração com autoridade responsável pela concessão de licenças para funcionamento.

Em Professional Real Estate Investors (PRE) Inc. *et al.* v. Columbia Pictures Industries Inc. *et al.* de 1993, a Suprema Corte dos Estados Unidos dedicou-se a estabelecer *parâmetros objetivos* para a caracterização da *sham exception* à Noerr-Pennington *doctrine*, especialmente com relação à atividade de instauração de litígios (*sham litigation*). A decisão estabeleceu um roteiro de análise composto de duas etapas – a primeira de cunho objetivo, e a segunda com um enfoque subjetivo – para a identificação da *sham litigation*, que veio a ser conhecido como o teste “PRE”.

Para que uma ação seja considerada *sham*, deve-se verificar se as condições a seguir são atendidas.

- 1) A ação deverá ser desprovida de base objetiva, no sentido de que nenhum litigante razoável poderia, de fato, ter expectativas de ser bem-sucedido em seu mérito. Uma ação vitoriosa é, por definição, uma atividade de petição razoável, e, conseqüentemente, não seria considerada *sham litigation*. Por seu turno, nem sempre uma ação malsucedida será *sham*, sendo indispensável a análise da razoabilidade da expectativa quanto a seus fundamentos.
- 2) Em seguida – e somente se atendida a etapa anterior – a Corte deverá apreciar as motivações do litigante. Sob esta segunda etapa, a Corte analisará se a ação infundada constitui uma “tentativa de interferir diretamente nos negócios de um concorrente”, por meio do uso do “*processo governamental* – em vez do *resultado* de tal processo – como arma anticompetitiva”.

Esse teste foi considerado insuficiente na presença de multiplicidade de ações. Assim, a Corte de Apelações dos Estados Unidos no Nono Circuito, na decisão do caso USS-Posco Industries v. Contra Costa Building & Construction Trade Council (USS-Posco), de 1994, entendeu que, quando um agente for responsável pela instauração de uma série de litígios, o fato de um pequeno grupo de tais ações ter sido bem-sucedido não

8. Em United Mine Workers of America v. Pennington (“Pennington”), 1965, o caso envolveu a licitude do esforço concertado entre um sindicato de mineiros e grandes mineradoras, adotado com vistas a influenciar órgão administrativo estadual em prol do estabelecimento de um alto salário mínimo uniforme para os mineiros – que tinha por objetivo prejudicar decisivamente as pequenas mineradoras. Neste caso, assim como o Noerr, considerou-se a atividade de petição protegida pela imunidade antitruste, sendo irrelevante o intuito anticompetitivo dos peticionários. Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=381&invol=657>>. Acesso em: 20 ago. 2010.

9. California Motor Transport Co. v. Trucking Unlimited, em 1972: caso em que grupo de operadoras de transporte interestatal haveria violado o Sherman Act ao adotar uma política de abertura maciça de procedimentos judiciais e administrativos, “com ou sem causa provável e independente do mérito de suas alegações”, para dificultar o acesso de transportadoras intraestatais aos órgãos públicos e frustrar seus requerimentos.

10. Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=508&invol=49>>. Acesso em: 20 ago. 2010.

11. Disponível em: <<http://openjurist.org/31/f3d/800/uss-posco-industries-bek-v-contra-costa-county-building-and-construction-trades-council>>. Acesso em: 20 ago. 2010.

12. Notem que se trata da definição que deu origem à expressão consagrada, *sham litigation*.

deixa de descaracterizar a *sham litigation*, quando as disputas legais são aventadas de acordo com uma política de instauração de litígios sem preocupação com a razoabilidade, ou não, de seu mérito, e com o propósito de prejudicar seu concorrente. Neste caso, o aspecto relevante é se o ajuizamento de prática de propositura sucessiva de ações teve o intuito de prejudicar concorrentes.

Em suma, o teste PRE tem caráter retrospectivo, impedindo a análise do elemento subjetivo do agente quando a ação tenha sido encerrada com decisão favorável a seu autor. Por sua vez, o teste USS-Posco seria eminentemente prospectivo, visto que o aspecto realmente relevante é se o ajuizamento da ação deu-se em conformidade com uma prática de propositura sucessiva de ações, com intuito de prejudicar concorrentes.

## 5 LITIGÂNCIA PREDATÓRIA EM PROPRIEDADE INTELECTUAL NO BRASIL

No Brasil, existem alguns artigos que podem ser tidos como aplicáveis para punir atos identificáveis como *sham litigation*, que são a seguir relacionados.

### 1) Litígio de má-fé (Artigo 18 da redação dada pela Lei nº 9.668 – Código de Processo Civil – CPC).

Art. 18. O juiz ou tribunal, de ofício ou a requerimento, condenará o litigante de má-fé a pagar multa não excedente a um por cento sobre o valor da causa e a indenizar a parte contrária dos prejuízos que esta sofreu, mais os honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou (redação dada pela Lei nº 9.668, de 1998).

§ 1º Quando forem dois ou mais os litigantes de má-fé, o juiz condenará cada um na proporção do seu respectivo interesse na causa, ou solidariamente aqueles que se coligaram para lesar a parte contrária.

§ 2º O valor da indenização será desde logo fixado pelo juiz, em quantia não superior a 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa, ou liquidado por arbitramento (redação dada pela Lei nº 8.952, de 1994).

### 2) Litígios fraudulentos (no Artigo 485, inciso III do CPC).

Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

III - resultar de dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida, ou de colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei.

### 3) Abuso de direitos – exercício irregular de direitos (Artigo 187 do Código Civil – CC).

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

A legislação antitruste brasileira também pune atos anticompetitivos. *Sham* seria uma prática de predação de mercado não baseada em preço e, no Brasil, passível de punição pela Lei nº 8.884/1994.

No tocante à aplicabilidade da legislação antitruste brasileira, a posição do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) encontra-se em artigo de Bruno Braz de Castro (2010) sobre o tema:

A *sham litigation* deverá sujeitar-se aos preceitos do direito da concorrência. Poderá, então, ser considerada infração à ordem econômica à luz dos incisos do Artigo 20 da Lei Federal nº 8.884/94,<sup>13</sup> caso reste caracterizada como conduta abusiva, mesmo que não desempenhada estritamente nos limites do mercado.

13. "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 mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros;

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

§1º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II.

§2º Ocorre posição dominante quando uma empresa ou grupo de empresas controla parcela substancial de mercado relevante, como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa.

§3º A posição dominante a que se refere o parágrafo anterior é presumida quando a empresa ou grupo de empresas controla 20% (vinte por cento) de mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia" (redação dada pela Lei nº 9.069, de 29.6.95).

Em suma, Castro (2010) ressalta que

uma atividade de petição equiparável à descrita pelo teste PRE – desprovida de fundamento objetivo de mérito, e utilizada com vistas a prejudicar concorrente – poderá constituir abuso de direito. Escapará, então, da tutela de qualquer imunidade antitruste concebível quanto ao direito de petição.

São apresentados a seguir três importantes casos de litigância predatória, que envolveram acusações de *sham litigation*, no Brasil: tacógrafos, Anfape e Shop Tour.

## 5.1 Tacógrafos

O caso dos tacógrafos,<sup>14</sup> envolvendo Seva Engenharia Eletrônica S.A. e Siemens VDO Automotive Ltda., é considerado o caso de referência na discussão sobre *sham litigation* no Brasil.<sup>15</sup> A Siemens era detentora de 85% do mercado relevante, enquanto a Seva, que respondia por 2%, lançou tacógrafos eletrônicos no mercado.

A Siemens questionou a homologação, pelo Departamento Nacional de Trânsito (DENATRAN), dos tacógrafos modelo SV2001 e SVT-3000 (eletrônicos), ambos produzidos pela Seva. Esta alegou que a Siemens praticou *sham litigation* ao buscar cancelar as resoluções do DENATRAN, inclusive por meio de ajuizamento de ação judicial – cujo objetivo seria forçar um acordo –, e depois propor a formação de cartel, que consistiria na divisão do mercado brasileiro por linhas de produtos.

Pelo parecer:

A representante alega que a Siemens estaria se utilizando de um suposto conflito normativo para propor ações judiciais e, assim, levantar barreiras artificiais à entrada e permanência da concorrente no mercado. (...) A representada estaria abusando de posição dominante, com o objetivo de impedir a comercialização do tacógrafo eletrônico da representante de três formas: a) utilização de influência política no Congresso Nacional para obter a revogação das portarias do Departamento Nacional de Trânsito – DENATRAN, que haviam homologado os tacógrafos modelo SV2001 e SVT-3000, ambos produzidos pela representante; b) utilização do conflito normativo existente entre o Conselho Nacional de Trânsito – CONTRAN, e o Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial – INMETRO para propor ações no Judiciário requerendo, com pedido liminar, a suspensão das portarias do DENATRAN que haviam homologado os tacógrafos eletrônicos produzidos pela representante; e c) utilização de sua posição dominante para propor convite a cartelizar para que a representante retirasse do mercado e direcionasse a venda de seu produto para outros mercados.

Em resposta, a Siemens afirmou que não buscava retirar a concorrente do mercado, mas, sim, questionar a validade do novo produto inserido por ela, o tacógrafo eletrônico. Prevaleram os seguintes entendimentos: *i*) houve má-fé da Siemens, que não teria competência para avaliar a qualidade do produto de sua concorrente; *ii*) os atos da Seva foram defensivos; e *iii*) as medidas da Siemens eram anticoncorrenciais.

Este foi o primeiro caso em que se recomendou a condenação em casos de *sham* no Brasil, considerando que houve má-fé no processo judicial pela forma de proceder e por omissão de fatos relevantes.

Entretanto, alguns conselheiros do Cade se recusaram a utilizar a expressão “*sham litigation*”, por esta ser característica da legislação norte-americana, indicando que uma análise específica poderia ser encontrada diretamente na legislação antitruste brasileira (Lei nº 8.884/1994, Artigo 21): “V - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços”.

Em agosto de 2012, o Cade condenou o réu por comportamento de cartel, mas não por *sham litigation*.

14. Instrumento destinado a registrar movimentos ou velocidades.

15. Processo Administrativo nº 08012.00448\2005-51, XX.

## 5.2 Caso Anfape<sup>16</sup>

Este caso envolveu uma disputa no mercado de reposição de autopeças. Fabricantes automobilísticas, que detêm registros de desenhos industriais de autopeças, limitaram a comercialização de versões “genéricas” destes produtos no *aftermarket*, que eram realizadas por empresas associadas à Associação Nacional dos Fabricantes de Autopeças (Anfape). A disputa envolveu, como representante, a Anfape e, como representadas, as fabricantes automobilísticas Fiat Automóveis S.A., Ford Motor Company Brasil Ltda. e Volkswagen do Brasil Indústria de Veículos Automotores Ltda.

A Anfape alegou uso de meios judiciais e administrativos, em pretexto de proteção de propriedade intelectual, para atingir fins anticompetitivos (*sham*) no mercado de produção e venda de peças de reposição (*aftermarket*). As representadas alegam que as associadas da Anfape estariam infringindo seus registros de desenho industrial e, por isto, ajuizaram ações para salvaguardar a proteção das peças de reposição. Ressalta-se que houve acusação de *sham litigation* pela Anfape.

O Cade decidiu que os direitos de propriedade intelectual e seu exercício podem estar sujeitos à legislação antitruste, podendo ser avaliados a partir da relação entre benefícios e efeitos anticompetitivos em cada caso. Considerando que, pela Constituição brasileira, os DPIs estão sujeitos aos interesses sociais e à promoção do desenvolvimento econômico e tecnológico, tais objetivos não foram observados no exercício dos direitos de desenho industrial no mercado de reposição. Foi identificada uma desproporção entre os direitos de exclusão e os direitos de concorrência e do consumidor, e reconhecida uma possível violação da Lei Antitruste.

## 5.3 Caso Shop Tour

Um canal de TV especializado em promover produtos aos telespectadores alegou, em uma série de processos, a exclusividade dos *copyrights* sobre qualquer formato de vendas televisivas, obtendo liminares para evitar que concorrentes explorassem seu nicho de mercado. Entretanto, na maior parte dos casos, o julgamento em última instância foi desfavorável. Após nove perdas sucessivas, argumentou-se pelo abuso do direito de petição com objetivos anticoncorrenciais.

Em sua decisão, o Cade rejeitou o argumento de *sham litigation*, mas indicou que direitos de PI podem estar sujeitos à análise da legislação concorrencial. Citando novamente a Constituição, os direitos de PI estão sujeitos ao desenvolvimento econômico e tecnológico, reconhecendo-se, neste caso, possível violação da legislação antitruste. O caso foi reenviado para a Secretaria de Direito Econômico (SDE) do Ministério da Justiça (MJ) para examinar possível abuso de posição dominante. Este pode ser definido como o primeiro caso explicitamente de *sham litigation* envolvendo DPI no Brasil. O Cade utilizou o padrão de processo civil de litigância de má-fé, identificando efeito anticompetitivo do uso de liminares.

Como destacado, tanto no Brasil quanto internacionalmente, o debate sobre litigância predatória se concentra em seus aspectos jurídicos. Todavia, as discussões sobre conduta predatória presentes nas análises econômicas de organização industrial têm muito a contribuir nesta discussão. Na seção a seguir, apresentam-se alguns destes conceitos, os quais, em etapas futuras de pesquisa, poderão ser incorporados nas análises de litigância predatória.

## 6 OBSERVAÇÕES BREVES SOBRE A TEORIA DA CONDUTA PREDATÓRIA E SUA APLICAÇÃO A *SHAM LITIGATION*

Tradicionalmente, a questão predatória é analisada a partir da observação dos resultados de curto prazo da firma dominante. Se, em um mercado particular, esta firma incorre em perdas no curto prazo, forçando a saída (ou impedindo a entrada) de uma firma rival, com a expectativa de obtenção de lucros extraordinários em momentos futuros, o comportamento predatório pode estar presente.

---

16. Averiguação Preliminar do Processo nº 08012.002673/2007-51, formalizada em 12/4/2007.



O teste mais específico para aferir a redução de preços competitivos e não competitivos foi introduzido por Areeda e Turner (1975). De acordo com estes autores, preços inferiores aos custos deveriam ser considerados, definitivamente, ilegais. Entretanto, dada a dificuldade de se encontrar um detalhamento dos custos de produção, os autores sugeriram o uso de custos médios como referência para testar tal evidência. Já faz décadas que os autores propuseram como avaliar a questão de preços predatórios. O teste gerou controvérsias por anos, e o debate foi particularmente enriquecido pelo uso de conceitos da teoria dos jogos e de comportamento estratégico em mercados oligopolistas. Estes trabalhos estão descritos em Ordover e Saloner (1990). A questão central destes modelos é a assimetria de informação entre agentes no mercado. A firma dominante é mais bem informada que seus concorrentes em modelos nos quais o predador induz a saída do mercado de rivais menos relevantes no mercado.

A literatura moderna de organização industrial sobre comportamento predatório apresenta três tipos alternativos de modelos, apresentados a seguir.

- 1) A teoria dos jogos baseada na ideia de *deep pocket*. Nesta linha, as mais recentes contribuições mostram como o comportamento predatório pode ocorrer na presença de informação imperfeita e nos casos em que os recursos financeiros da firma dominante são substancialmente maiores que os de concorrentes potenciais ou atuais.
- 2) Um segundo conjunto de artigos mostra como, na presença de informação imperfeita, uma firma incubente pode estabelecer uma reputação de resistência e desencorajar potenciais concorrentes a entrar no mercado para não se deparar com a firma líder.
- 3) Por fim, um terceiro grupo de trabalhos mostra que, quando a informação sobre custos e demanda não for simétrica, um predador pode reduzir preços como forma de sugerir aos concorrentes que pode ser melhor – nas atuais condições de custo e demanda – sair do mercado que se deparar com a firma dominante.

O desenvolvimento da teoria dos jogos aprofunda o entendimento sobre comportamento predatório. Demonstra que, na presença de informação assimétrica (sobre condições de mercado, custos, estratégia, fluxo de informações nos mercados financeiros), a predação é teoricamente possível, mesmo na ausência de barreiras à entrada, tradicionalmente consideradas condição necessária para a existência de tal estratégia. Uma vez identificado o comportamento predatório e as condutas anticompetitivas adotadas pela firma dominante, é necessário estabelecer sua natureza abusiva. Para tal, é necessário comparar suas vantagens e desvantagens, conforme argumentado por Glais e Laurent (1983, p. 353, tradução nossa):

Em relação ao mercado dominado pelas firmas em questão, a concorrência já se encontra fragilizada, mesmo que todas as demais barreiras não puderem ser aceitas pelas agências regulatórias responsáveis pela boa *performance* do mercado. As consequências negativas do comportamento repreensível destas firmas podem ser consideráveis por duas razões. As práticas restritivas, ao reduzirem ainda mais a já limitada concorrência, são mais danosas porque os concorrentes e parceiros da firma dominante não poderão lutar.

Para os propósitos de apontar as bases do que seria um arcabouço de análise econômica do litígio predatório, merece destaque a moderna leitura das práticas de preços predatórios desenvolvida na Universidade da Califórnia, em Berkeley por Edlin e Farrel (2004), para quem “a predação ocorre quando uma firma oferece aos consumidores acordos favoráveis, usualmente no curto prazo, para se livrar da concorrência e prejudicar tais consumidores no longo prazo” (p. 502, tradução nossa). De acordo com estes autores e, particularmente, conforme apontado por Edlin (2002), não há razão para reduzir os casos de predação a situações nas quais são verificados preços abaixo dos custos, se também forem presenciadas situações em que os preços se encontram superiores aos custos, mas também prejudiquem os consumidores, ao limitar a concorrência. A definição de predação centrada nas teses convencionais de redução dos lucros foi oferecida por Bork, durante o julgamento *Neumann v. Reinforced Earth Co.*, ocorrido em 1986:

Predação envolve agressão contra concorrentes através do uso de práticas comerciais que não tenham o objetivo de maximizar lucros, mas sim expectativas de que: 1) concorrentes atuais serão excluídos do mercado; ou 2) concorrentes serão suficientemente punidos a ponto de abandonar o comportamento competitivo que o predador vê como ameaça à realização de seus lucros monopolistas (*apud* Edlin e Farrel, 2004, p. 510, tradução nossa).

Edlin e Farrell sugerem uma mudança no foco na avaliação sobre comportamento predatório, limitando as considerações sobre recuperação de lucros futuros em direção à análise sobre o prejuízo ao consumidor e/ou eficiência econômica. Esta perspectiva também precisa ser levada em consideração para um tratamento acurado sobre litigância predatória.

Partindo do conceito de conduta predatória discutido nesta seção, sugere-se a factibilidade do desenvolvimento de uma fundamentação analógica para lidar com as controvérsias envolvendo litigância predatória, como aparece nos casos judiciais e administrativos observados internacionalmente.

## 7 CONCLUSÕES

O abuso de petição com o intuito de assegurar direitos de PI de modo anticompetitivo é um tema de extrema sensibilidade. Os testes Prei/Posco/Promedia são o padrão mais comum para se avaliarem tais casos, mesmo em jurisdições nas quais nenhuma menção é feita a tais padrões. Todavia, na prática, tais padrões são difíceis de serem realizados, e poucos casos puderam, de fato, passar por um teste rigoroso.

A perspectiva econômica pode ser útil, dado que enfatiza os efeitos na concorrência e, conseqüentemente, sobre o bem-estar dos consumidores e a eficiência econômica das condutas adotadas por firmas com poder de mercado. A literatura moderna sobre práticas predatórias sugere um caminho para se analisar o comportamento predatório, a partir da recuperação de lucros no futuro como forma de prejudicar os consumidores e/ou a eficiência econômica. Os casos de *sham litigation* poderão ser analisados a partir da mesma base teórica e analítica.

Se internacionalmente as discussões sobre *sham litigation* ainda são repletas de controvérsias, no Brasil elas podem ser consideradas embrionárias. Há um debate sobre a utilização do termo, que caracteriza terminologia norte-americana, assim como dificuldades em analisar e comprovar a predação envolvendo litígios. O envolvimento de direitos de propriedade intelectual torna esta análise ainda mais complexa. A análise de conflitos entre PI e concorrência no país pode ser considerada recente e, quando envolvem *sham litigation*, os instrumentais utilizados são ainda mais limitados. A institucionalidade brasileira, seja jurídica ou administrativa, ainda terá longo caminho a percorrer.

A contribuição da perspectiva econômica, sobretudo no tratamento de práticas de predação e exclusão de concorrentes, certamente poderá enriquecer a compreensão de um dos problemas econômicos mais fascinantes da atualidade: a interface entre propriedade intelectual, concorrência e inovação tecnológica. A linha de pesquisa sintetizada neste artigo, com a proposta de definição de teste econômico alternativo para a identificação de condutas de litigância predatória, tem a intenção de contribuir para o fortalecimento da política pública de concorrência, em sua interface com a política de propriedade intelectual. Há impactos derivados sobre inovação tecnológica, uma vez que, conforme se observou, as condutas de litigância predatória têm implicado em desestímulo e redução do ritmo de inovação.

## REFERÊNCIAS

- AREEDA, P.; TURNER, D. predatory prices and related practices under section 2 of the Sherman Act, **Harvard law review**, n. 697, 1975.
- CASTRO, B. “*Sham litigation*”: o abuso do direito de petição com efeitos concorrenciais. **Cade informa**, n. 24, mar. 2010. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/news/n024/artigo.htm>>.
- EDLIN, A. S. Stopping above-cost predatory pricing. **Yale law journal**, v. 111, n. 4, p. 941-991, 2002.
- EDLIN, A. S.; FARRELL, J. The American Airlines case, 2001: a chance to clarify predation policy. *In*: KWOKA, J. E.; WHITE, L. **The antitrust revolution: economics, competition and policy**. 4. ed. Oxford: Oxford University Press, 2004.
- FARRELL, J. Economic challenges to competition policy economics. *In*: COMPETITION AND REGULATION CONFERENCE – CRESS, 7. July 2012, Chania.
- GLAIS, M.; LAURENT, P. **Traité d'économie et de droit de la concurrence**. Paris: PUF, 1983.

- KLEIN, Christofer C. **Economics of sham litigation**: theory, cases and policy. Washington: Bureau of Economics Staff Report to the Federal Trade Commission, Apr. 1989.
- MARTINEZ, A. P. **Propriedade intelectual & concorrência**. Apresentação IBRAC. Campos do Jordão, 7 nov. 2008.
- MELO NETTO, A. M. **Propriedade intelectual no mercado de medicamentos & concorrência**. Brasília, 21 maio 2009. (Slides).
- ORDOVER, J.; SALONER, G. Predation, monopolization and antitrust. *In: The handbook of industrial organization*. Amsterdam: North Holland, 1990. v. I, cap. 9.
- POSSAS, M.; FAGUNDES, J.; PONDE, J. Defesa da concorrência e regulação de setores de infraestrutura em transição. *In: ENCONTRO NACIONAL DA ANPEC*, 26. Vitória, dez. 1998.
- SHAPIRO, C. Setting Compatibility Standards: Cooperation or Collusion? *In: DREYFUSS, R. C.; ZIMMERMAN, D. L.; FIRST, H. Expanding the boundaries of intellectual property*. Oxford: Oxford University Press, 2000.
- SHAPIRO, C. Navigating the patent thicket: cross licenses, patent pools, and standard-setting. *In: JAFFE, A.; LERNER, J.; STERN, S. (Orgs.). Innovation policy and the economy*. Cambridge: MIT Press, 2001. v. 1. Disponível em: <<http://129.3.20.41/eps/le/papers/0303/0303005.pdf>>.
- SHAPIRO, C. Patent system reform: economic analysis and critique. **Berkeley technology law journal**, v. 19, n. 3, 2004.
- WEF – WORLD ECONOMIC FORUM. **Global competitiveness report 2011-2012**. Geneva, 2011.