



Doutrina do ‘sham litigation’ e a Recomendação nº 159/2024 do CNJ

A problemática do uso abusivo do direito de ação constitui desafio comum aos sistemas jurídicos contemporâneos, manifestando-se através de diferentes configurações doutrinárias e respostas institucionais.

A comparação entre as abordagens estadunidense e brasileira permite identificar convergências e divergências metodológicas no enfrentamento desta questão, oferecendo subsídios para o aprimoramento dos mecanismos de controle da litigância abusiva.

Doutrina do ‘sham litigation’ no caso *Professional Real Estate Investors*

O caso *Professional Real Estate Investors, Inc. v. Columbia Pictures Industries, Inc.* representa um marco evolutivo na jurisprudência antitruste norte-americana, especificamente no refinamento da exceção “sham” à doutrina Noerr-Pennington. Esta doutrina, originalmente estabelecida em *Eastern Railroad Presidents Conference v. Noerr Motor Freight, Inc.* (1961), confere imunidade — derivada da legislação antitruste — àqueles que peticionam ao poder público, reconhecendo o direito constitucional de petição previsto na Primeira Emenda. Por outro lado, como explicam Lianos e Regibeau (2017, p. 644), “a imunidade não cobre o abuso de tais processos regulatórios e de litígio, quando estes são usados para propósitos estranhos àqueles para os quais foram estabelecidos em primeiro lugar”.

A controvérsia originou-se quando a *Professional Real Estate Investors* (PRE), operadora de um resort que alugava videodiscos aos hóspedes, foi processada pela Columbia Pictures por violação de direitos autorais. Em resposta, a PRE alegou que a ação de direitos autorais constituía um “sham” destinado a encobrir práticas monopolistas violadoras do *Sherman Act*.

Ao apreciar o caso, a Suprema Corte estabeleceu um teste rigoroso de duas etapas para caracterização do “sham litigation”. Primeiramente, a ação judicial deve ser “objetivamente infundada”, no sentido de que nenhum litigante razoável poderia realisticamente esperar sucesso no mérito. Somente se ultrapassada esta barreira objetiva é que o tribunal pode examinar a motivação subjetiva do litigante.

Esta abordagem objetiva proteger o direito de ação, estabelecendo que mesmo intenções anticompetitivas não transformam uma ação objetivamente razoável em “sham”. Como enfatizou o Justice Thomas, “a legalidade de peticionamento objetivamente razoável ‘direcionado à obtenção de ação governamental’ não é ‘afetada por qualquer propósito anticompetitivo que [o autor] possa ter tido”.

A decisão estabeleceu que a existência de causa provável para propor exclui automaticamente a caracterização como “sham litigation”. Este padrão elevado reflete uma escolha política deliberada de proteger o acesso aos tribunais, mesmo quando tal acesso possa ter efeitos anticompetitivos colaterais.

Notavelmente, o Justice Stevens, em sua opinião concorrente, alertou para os riscos de uma aplicação excessivamente ampla do teste, sugerindo que casos mais complexos poderiam demandar análises mais nuançadas, especialmente quando o processo judicial é utilizado como arma anticompetitiva independentemente de seu resultado. A doutrina americana também reconhece a possibilidade de que ações judiciais com alguma forma de sucesso no mérito possam ainda ser consideradas “sham” quando “as apostas, descontadas pela probabilidade de vitória, seriam muito baixas para compensar o investimento em litígio” (Lianos e Regibeau, 2017, p. 668).

Recomendação nº 159/2024 do CNJ: abordagem sistêmica

A Recomendação nº 159/2024 do CNJ emerge em contexto marcado por preocupações crescentes com o fenômeno da litigância abusiva no Brasil. O documento reconhece expressamente os prejuízos econômicos substanciais decorrentes do exercício abusivo do direito de ação, citando estimativas superiores a R\$ 10,7 bilhões apenas em 2020 para dois tipos específicos de demandas.

Spacca

Diferentemente da abordagem casuística estadunidense, a recomendação brasileira adota perspectiva sistêmica e preventiva, definindo litigância abusiva como “o desvio ou manifesto excesso dos limites impostos pela finalidade social, jurídica, política e/ou econômica do direito de acesso ao Poder Judiciário”. Esta definição ampla ecoa as preocupações expressas por Lianos e Regibeau (2017, p. 643) de que “tanto tentativas legítimas quanto estratégicas de usar o processo regulatório/litigioso podem impor custos aos competidores”.

A recomendação apresenta taxonomia detalhada de condutas potencialmente abusivas, incluindo 20 comportamentos específicos listados no Anexo A. Esta catalogação abrange desde práticas evidentemente fraudulentas até condutas que, isoladamente lícitas, podem indicar desvio de finalidade quando observadas em conjunto ou ao longo do tempo.

Entre as condutas identificadas, destacam-se: requerimentos infundados de justiça gratuita, ajuizamento fragmentado de demandas, uso de documentação irregular ou incompleta e concentração anormal de demandas sob patrocínio de poucos profissionais. Esta abordagem granular contrasta com o teste binário do direito estadunidense, oferecendo aos magistrados um instrumental mais diversificado para identificação de padrões abusivos.

A recomendação propõe arsenal amplo de medidas, divididas entre providências judiciais específicas (Anexo B) e medidas institucionais (Anexo C). As primeiras incluem desde a realização de audiências preliminares para verificação da autenticidade das postulações até o compartilhamento de informações com autoridades policiais quando identificados possíveis ilícitos.

As medidas institucionais enfatizam o uso de tecnologia e inteligência de dados, recomendando o desenvolvimento de sistemas de monitoramento contínuo, integração de bases de dados entre tribunais e geração de relatórios periódicos. Esta abordagem tecnológica representa inovação significativa no combate à litigância predatória. Essa preocupação com padrões abusivos guarda paralelos com experiências em outros contextos, como os desafios anticompetitivos em litígios de zoneamento estudados por Lanyon (2019, p. 140-144), nos quais petições reiteradas e sem mérito visam a atrasar projetos concorrenciais. Também em disputas arbitrais de investimento, McGlinchy (2018, p. 152-154) alerta para riscos de abuso quando o financiamento de terceiros é usado, de forma estratégica, para pressionar a parte adversa.

Análise comparativa: convergências e divergências

A comparação entre os dois marcos regulatórios revela diferenças fundamentais em suas premissas filosóficas. O modelo estadunidense de repressão ao abuso do direito de ação, enraizado na tradição do “*common law*” e na proteção constitucional robusta do direito de petição, estabelece presunção forte em favor do acesso aos tribunais, exigindo demonstração inequívoca de ausência de fundamento objetivo para caracterizar o abuso.

O modelo brasileiro, influenciado por preocupações com a eficiência do sistema judicial, adota abordagem mais intervencionista, conferindo aos magistrados papel ativo na identificação e prevenção de condutas abusivas. Esta diferença reflete não apenas tradições jurídicas distintas, mas também contextos institucionais diversos. A recomendação brasileira também incorpora os anseios da doutrina americana, a exemplo de Russell (2021, p. 842-844), ao destacar que o combate à litigância abusiva também deve abranger respostas processuais padronizadas que, embora formalmente defensivas, não possuem substrato probatório.

Ainda, enquanto o teste Professional Real Estate foca primariamente na viabilidade objetiva da demanda individual, a Recomendação do CNJ propõe análise holística que considera padrões de comportamento, repetição de condutas e impactos sistêmicos. O modelo brasileiro reconhece explicitamente que condutas aparentemente lícitas podem constituir abuso quando inseridas em contexto mais amplo.

Esta divergência metodológica tem implicações práticas significativas. O padrão estadunidense, mais restritivo, oferece maior segurança jurídica e previsibilidade, mas pode ser menos eficaz na identificação de esquemas sofisticados de



litigância predatória.

Os instrumentos de resposta também diferem substancialmente. No modelo estadunidense, a identificação do “*sham litigation*” remove a imunidade antitruste, expondo o litigante a potenciais sanções sob o *Sherman Act*. Trata-se de consequência binária e severa, coerente com a natureza restritiva do teste aplicado.

A recomendação brasileira propõe espectro mais amplo de respostas, desde medidas cautelares e diligências investigativas até comunicação com órgãos de controle profissional e autoridades policiais. Esta gradação permite uma calibragem mais precisa da resposta à gravidade e natureza do abuso identificado. Lianos e Regibeau (2017) propõem abordagem similar de “design de mecanismo” que busca reduzir a ocorrência de litígio abusivo através de incentivos adequados (p. 643).

Aspecto distintivo da abordagem brasileira é a ênfase no uso de tecnologia e análise de dados para identificação de padrões abusivos. A recomendação propõe desenvolvimento de sistemas de inteligência, painéis de monitoramento e integração de bases de dados, reconhecendo que a escala e sofisticação da litigância abusiva moderna demandam respostas tecnológicas proporcionais.

Esta dimensão tecnológica está ausente na jurisprudência Professional Real Estate, refletindo tanto a época de sua elaboração quanto a natureza casuística da adjudicação judicial estadunidense. A incorporação de ferramentas tecnológicas representa evolução necessária no enfrentamento de fenômenos de litigância em massa.

Ambos os modelos enfrentam desafios significativos de implementação.

O padrão estadunidense, embora oferecendo maior certeza jurídica, pode ser insuficiente para combater formas mais sutis de abuso processual. O modelo brasileiro, por sua vez, enfrenta o desafio de operacionalizar suas ambiciosas propostas sem comprometer o acesso legítimo à Justiça. A implementação efetiva das medidas tecnológicas propostas demanda investimentos substanciais e capacitação adequada dos operadores do direito. A fraqueza desta abordagem é que os fatores que indicam que um determinado litígio pode ser “*sham*” serão necessariamente indicadores imperfeitos, notadamente no casos de litigância de massa desprovida de ilicitude.

Apesar das diferenças, observam-se elementos de potencial convergência. Ambos os sistemas reconhecem a necessidade de equilibrar a proteção do direito de ação com a prevenção de abusos. Ambos também enfatizam a importância de critérios objetivos, ainda que aplicados de formas distintas.

A experiência comparada sugere que abordagem ótima poderia combinar elementos de ambos os modelos: a clareza e previsibilidade do teste objetivo estadunidense com a sensibilidade contextual e os recursos tecnológicos propostos pelo modelo brasileiro.

Conclusão

A análise comparativa entre a doutrina do “*sham litigation*” estabelecida em Professional Real Estate Investors e a Recomendação nº 159/2024 do CNJ revela duas abordagens distintas, porém complementares, ao problema da litigância abusiva. Enquanto o modelo estadunidense privilegia a proteção do direito de petição através de teste objetivo rigoroso, o modelo brasileiro adota perspectiva sistêmica e preventiva, mobilizando recursos tecnológicos e institucionais para identificação e combate a padrões abusivos.

As diferenças observadas refletem não apenas tradições jurídicas distintas, mas também momentos históricos e desafios institucionais diversos. A decisão Professional Real Estate respondeu a preocupações específicas do direito antitruste estadunidense, estabelecendo salvaguardas robustas para o exercício legítimo do direito de ação. A recomendação do CNJ, por sua vez, responde a desafios contemporâneos de litigância em massa e predatória que ameaçam a sustentabilidade do sistema judicial brasileiro.





A experiência comparada sugere que o enfrentamento efetivo da litigância abusiva requer abordagem multifacetada, combinando critérios objetivos claros com flexibilidade para identificar padrões complexos de abuso. A incorporação de ferramentas tecnológicas, como proposto pelo modelo brasileiro, representa evolução necessária diante da escala e sofisticação dos esquemas contemporâneos de litigância predatória.

Futuros desenvolvimentos em ambos os sistemas podem se beneficiar do diálogo comparativo e da integração de insights teóricos comuns. O direito estadunidense poderia considerar a adoção de medidas preventivas e tecnológicas mais robustas, enquanto o sistema brasileiro poderia beneficiar-se de maior clareza e previsibilidade nos critérios de identificação do abuso. Em última análise, ambos os modelos compartilham o objetivo fundamental de preservar a integridade do sistema judicial, garantindo que o direito de ação sirva a seus propósitos legítimos sem converter-se em instrumento de opressão ou manipulação.

Referências

LANYON, Brian P. Sham litigation in zoning challenges: finding the balance between protection of constitutional rights and anticompetitive business practices. *Seton Hall Legislative Journal*, South Orange, v. 43, n. 1, p. 135-156, jan. 2019.

LIANOS, Ioannis; REGIBEAU, Pierre. *Competition law and intellectual property: a complex relationship*. Oxford: Oxford University Press, 2017.

MCGLINCHY, James. Champerty, sham suits and the squeeze: third party litigation finance in investor-state arbitration. *International Trade and Business Law Review*, Sydney, v. 21, p. 151-176, 2018.

RUSSELL, Thomas D. Frivolous defenses. *Cleveland State Law Review*, Cleveland, v. 69, n. 4, p. 785-858, 2021.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2025-ago-28/doutrina-do-sham-litigation-e-a-recomendacao-no-159-2024-do-cnj/>