



CÂMARA DOS DEPUTADOS

PROJETO DE LEI Nº , DE 2020 (Do Sr. João Campos)

Altera a Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, para inserir nova infração concorrencial.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º A Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, passa a vigorar acrescida das seguintes alterações:

“Art. 36.

§ 3º

XX – exercer o direito de petição ou de ação com finalidade ou de forma anticompetitiva.” (NR)

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data da sua publicação.

JUSTIFICAÇÃO

O direito de petição é uma garantia fundamental prevista na alínea “a” do inciso XXXIV do art. 5º da Constituição Federal de 1988, em que se assegura o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder.

Atualmente, contudo, um dos temas mais difíceis enfrentados pela Defesa da Concorrência é o abuso de direito de petição, também conhecido na doutrina estrangeira como *sham litigation*. Em breves palavras, é a utilização do direito de petição para fins anticoncorrenciais.

Vale ressaltar que o conceito de *sham litigation* inicia-se na década de 1960, nos Estados Unidos, com a criação da doutrina Noerr-Pennington e, posteriormente, com o estabelecimento de suas exceções.

A proposta busca estabelecer um conceito e alcance mínimo sem comprometer eventual detalhamento, que ficará a cargo da autoridade administrativa anticoncorrencial brasileira.

No que importa ao conceito, a linha que separa o abuso de direito de seu exercício legítimo é tênue. Por isso, amparados em decisões recentes do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), para





CÂMARA DOS DEPUTADOS

caracterizar a conduta levam-se em consideração a plausibilidade das ações ajuizadas, a veracidade das informações prestadas (inexistências e omissões que possam levar o Judiciário a erro) e a proporcionalidade dos meios utilizados. Ainda, é preciso identificar se o uso do direito de petição se deu com finalidade diversa da prevista na Constituição Federal (art. 5º, XXXIV, alínea “a”) ou em desrespeito ao fim econômico e social, à boa-fé e aos bons costumes (art. 187 do Código Civil). Por último, incluímos o exercício do direito de ação para abarcar também o direito de petição na sua perspectiva processual, dado que há limitações distintas.

Outro ponto que merece relevo é que o abuso de petição, para fins de caracterização da conduta, independe do resultado obtido junto ao Judiciário, ou qualquer autoridade do poder público, de modo que seria possível defender interesses legítimos por métodos abusivos, assim com interesse ilegítimo por métodos adequados.

Portanto, é possível notar componentes objetivos e subjetivos na caracterização da conduta, razão pela qual caberá à autoridade antitruste brasileira a sua melhor interpretação e regulamentação.

Importante deixar claro que a previsão proposta não inova no cenário das infrações anticoncorrenciais. Vale dizer, o CADE já pune de forma legal e constitucional a conduta, como no caso do Sindicato das Empresas de Transportes de Carga De São Paulo e Região vs. Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (PA 08700.009588/2013-04), quando na Nota Técnica de instauração de Processo Administrativo, a Superintendência-Geral do CADE descreveu as hipóteses caracterizadoras de *sham litigation*, abaixo reproduzidas:

A – TESTE PRE

Pode ocorrer quando a parte ajuíza expedientes objetivamente sem fundamento, com intuito e resultado potencialmente anticompetitivo (mas que não pressupõe a utilização de fatos enganosos). Tais ações podem ocorrer, por exemplo:

A1 – Quando há clara carência das condições da ação, omissões relevantes ou posições contraditórias por parte dos querelantes, que podem criar confusão no Poder Judiciário.

A2 – Também, é possível haver *sham litigation* pelo teste PRE quando a parte ajuíza ação manifestamente improcedente visando causar dano colateral ao concorrente, a partir da exposição da imagem do concorrente e da elevação dos custos de defesa judicial.

B – TESTE POSCO

Ocorre quando a parte ajuíza uma série de ações contra concorrentes, também com baixa probabilidade de provimento favorável e de forma a gerar danos colaterais, gerando custos ou retirando, mesmo que temporariamente, rivais do mercado, gerando efeitos anticompetitivos no mercado.

C – LITÍGIOS FRAUDULENTOS





CÂMARA DOS DEPUTADOS

Nos litígios fraudulentos, a avaliação é diferenciada, já que, neste ilícito, a parte tem expectativa de causar um dano direto, por meio de provimento estatal que lhe seja favorável, mas por uma via de falsidade. Nesta hipótese, deve-se verificar se houve alguma mentira na argumentação apresentada ao Poder Judiciário ou a algum agente administrativo. Por exemplo, entende-se como simulação:

- Quando a parte **mente sobre fatos** objetivamente determinados, incontroversos ou notórios, conseguindo, assim, no Poder Judiciário ou em foro administrativo, uma guarida jurídica capaz de lhe conferir poder de mercado.. Tal conduta pode representar, ao mesmo tempo, infração ao art. 17, II, do CPC e à Lei Concorrencial. Também, a própria constituição de um título jurídico patentário, por exemplo, pode estar eivada de vícios decorrentes de fatos falsos contados, por exemplo, a órgãos da administração, que, por acreditarem na parte, lhe conferem um título, um direito, uma patente ou qualquer outro benefício. A parte poderá ainda mentir sobre fatos que afetem a extensão de seu direito, sem prejuízo de outras formas de enganiosidade ou má-fé.

Sobre fraude, é necessário esclarecer que, se a parte estiver defendendo no Poder Judiciário uma tese jurídica viável, havendo diferentes hipóteses plausíveis de interpretação em que o administrado escolhe uma vertente possível, acreditando que efetivamente possui determinado direito, ou até mesmo buscando constituir um direito, sem alegar qualquer falsidade a respeito de fatos, não caberia alegar a existência de fraude anticompetitiva.

D – ACORDOS JUDICIAIS E OUTRAS AÇÕES

- Um acordo judicial capaz de cancelar saída consensual de concorrente do mercado ou a mudança de sua conduta, em troca de compensação específica, em mercado com elevadas barreiras à entrada, criando monopólios ou elevação de poder de mercado, pode, a depender do contexto, ser considerado uma prática ilícita.
- Outras ações judiciais que busquem implementar práticas anticompetitivas clássicas, como fixação de preço de revenda, venda casada, cláusula de exclusividade, dentre outros, não são imunizadas a respeito de responsabilidade antitruste porque o juízo cível discute apenas questões privadas e interpartes de tais contratos.

. Em outras palavras, para que não haja erros de interpretação, a lei do CADE já é suficiente para a punição desta infração. O que este projeto visa é deixar a possibilidade mais clara, visando a segurança jurídica e estabilidade das decisões do CADE no judiciário.

Pelo exposto, rogo o apoio dos nobres pares no sentido de aprovarmos esta proposição.

Sala das Sessões, de de 2020.

João Campos
Deputado Federal
Vice-líder do Republicanos

