

COMISSÃO DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO

PROJETO DE LEI Nº 2, DE 2023

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

Autor: SENADO FEDERAL - ROBERTO MUNIZ

Relator: Deputado LUIZ GASTÃO

I - RELATÓRIO

O projeto de lei em tela acrescenta um inciso ao § 3º do art. 36 da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011.

Este parágrafo lista exemplos de várias condutas potencialmente anticompetitivas que podem ser analisadas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica, o CADE.

A proposição acrescenta a conduta de “exercer o direito de petição ou de ação com finalidade ou de forma anticompetitiva”, a chamada “sham litigation”.

O Projeto de Lei nº 2, de 2023 foi distribuído às Comissões de Desenvolvimento Econômico e Constituição e Justiça e de Cidadania, estando sujeito à apreciação conclusiva pelas Comissões em regime de prioridade.

Não foram apresentadas emendas.

É o relatório.



II - VOTO DO RELATOR

O projeto de lei em tela acrescenta inciso ao § 3º do art. 36 da Lei nº 12.529/2011, para incluir no rol exemplificativo de condutas, o exercício abusivo do direito de petição, a chamada a “*sham litigation*”.

O que se convencionou chamar de *Sham litigation* é a conduta consubstanciada no exercício abusivo do direito de petição, com a finalidade de impor prejuízos ao ambiente concorrencial.

Em outras palavras, é a litigância predatória ou fraudulenta com efeitos anticompetitivos, ou seja, o uso impróprio das instâncias judiciais e dos processos governamentais adjudicantes contra rivais para alcançar efeitos anticompetitivos. O objetivo final seria aumentar os custos ou reduzir a demanda dos rivais.

O conceito, originário da comunidade jurídica norte-americana, surgiu como exceção à chamada doutrina *Noerr-Pennington*¹, que concedia imunidade antitruste ao exercício do direito de petição².

Como eixo orientador da análise, a Suprema Corte Americana, ao julgar o caso *Professional Real Estate Investors, Inc. versus Columbia Pictures* (PRE), avaliou a incidência das hipóteses de *sham litigation* com base em dois aspectos. Primeiro, se a ação é desprovida de base objetiva, de modo que nenhum litigante razoável poderia, de fato, ter expectativas de ser bem sucedido em seu mérito. Segundo, cumulativo com o primeiro, se o litigante espera influir nos negócios da(s) empresa(s) concorrente(s) tão somente através do processo em si mesmo, ao invés de buscar sua satisfação no resultado do processo.

Posteriormente, a jurisprudência evoluiu para considerar uma outra hipótese de *sham litigation*, que é a ação ancorada em bases enganosas, onde

¹ A designação *Noerr-Pennington* decorre de duas decisões da Suprema Corte dos EUA, nos casos *Eastern Railroad Presidents Conference v. Noerr Motor Freight, Inc.* e *United Mine Workers of America v. Pennington Rights*.

² O direito de petição naquele país é consagrado pela Primeira Emenda à constituição dos Estados Unidos, de modo que integra o seu *Bill of Rights*.



o litigante procura efetivamente o resultado do processo, porém induzindo o Estado a erro.

A sham litigation envolve idealmente um teste de dois estágios para a verificação da efetiva caracterização da conduta no sistema jurídico pátrio:

- 1) Houve abuso no exercício do direito de peticionar, tanto judicial, como administrativamente?
- 2) Houve potencialidade de a prática do estágio 1 gerar efeitos anticompetitivos?

O estágio 2 do teste apenas seria atingido caso a resposta para o estágio 1 seja positiva. Uma vez positiva a resposta frente aos dois testes, poder-se-ia julgar estar diante de uma hipótese de *sham litigation*.

A figura jurídica no direito brasileiro mais próxima da *sham litigation* é a litigância de má-fé que ocorre apenas se configurada alguma das hipóteses dos incisos I a VII do art. 17 do Código de Processo Civil, além de pressupor a existência de dolo³.

A diferença com o art. 36 da Lei 12.529, de 2011 é que os atos passíveis de serem considerados como infração à ordem econômica nesta lei independem de culpa – logo, a necessidade de dolo está excluída. Assim, a litigância de má-fé, de conceito mais restrito que o do abuso de direito, é condição suficiente, porém não necessária, para que haja abuso de direito, pois este último pode ocorrer em hipóteses diversas, que não a litigância de má-fé.

Ora, como a litigância de má-fé é condição suficiente e não necessária para que haja abuso de direito e o abuso de direito não é condição suficiente – embora necessária – para que haja *sham litigation*, concluímos que litigância de má-fé não é condição, nem necessária, nem suficiente, para que haja *sham litigation*.

³ “Entende o STJ que o art. 17 do CPC, ao definir os contornos dos atos que justificam a aplicação de pena pecuniária por litigância de má-fé, pressupõe o dolo da parte no entravamento do trâmite processual, manifestado por conduta intencionalmente maliciosa e temerária, inobservado o dever de proceder com lealdade” (STJ-3ª Turma, REsp 418.342-PB, rel. Min. Castro Filho, j. 11.6.02, deram provimento, v.u., DJU 5.8.02, P. 337 – NEGRÃO, Theotonio e GOUVÊA, José Roberto Ferreira. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 37 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 133).



O esquema abaixo pode facilitar o entendimento exposto:



Figura 1. Diagrama da relação entre abuso de direito de petição, *sham litigation* e litigância de má-fé

Como os casos de *sham litigation* não se restringem à incidência de litigância de má-fé, portanto, não se pode presumir, portanto, que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE esteja sujeito à manifestação do juiz para reprimir a sua prática.

Acreditamos, portanto, que a inclusão do *sham litigation* no rol de condutas potencialmente anticompetitivas do CADE é meritória, por agregar hipótese com probabilidade não desprezível de acontecer.

Sendo assim, somos pela APROVAÇÃO do Projeto de Lei nº 2, de 2023.

Sala da Comissão, em de de 2023.

Deputado LUIZ GASTÃO
Relator

