

**A VIOLAÇÃO À ORDEM ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988
E À LEI ANTITRUSTE NO EXERCÍCIO DISFUNCIONAL DA AÇÃO NA
DEFESA DA PROPRIEDADE INTELECTUAL**

***THE VIOLATION OF THE ECONOMIC ORDER IN THE 1988
CONSTITUTION AND ANTITRUST LAW IN DYSFUNCTIONAL
ACTION EXERCISE IN THE DEFENSE OF INTELLECTUAL
PROPERTY***

ALEXANDRE WALMOTT BORGES

Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (2002), mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1996) e graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1994). Atualmente é professor dos programas de pós graduação, mestrado em direito, da Universidade Federal de Uberlândia - UFU, e da Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho - UNESP; é professor da pós-graduação em biocombustíveis, mestrado e doutorado, programa conjunto da Universidade Federal de Uberlândia e Universidade Federal dos Vales do Mucuri e Jequitinhonha. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Constitucional e na Ordem Econômica Constitucional, com interesses de pesquisa principalmente nos seguintes temas: história e teoria constitucional (sistemas jurídicos constitucionais em comparação, laicidade e associação religiosa do estado, história constitucional brasileira, história dos sistemas de controle de constitucionalidade, história da ordem econômica constitucional); direito constitucional econômico (política normativa da economia, sistemas normativos da energia, estado, serviços públicos e atividades econômicas estatais). É pesquisador líder do Laboratório Americano de Estudos Constitucionais Comparados - LAECC. Orienta projetos de iniciação científica, dissertações e teses pela FAPEMIG e CNPQ. Realiza projetos com financiamento da FAPEMIG e da CAPES. É aluno do doutorado no programa de pós-graduação em História da Universidade Federal de Uberlândia.

ANDREY LUCAS MACEDO CORRÊA

Mestrando em História Social (Política e Imaginário) da Universidade Federal de Uberlândia. Graduado em Direito na Universidade Federal de Uberlândia e, anteriormente, na Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, esteve em período de mobilidade internacional na Universidade de Coimbra/Portugal onde desenvolveu pesquisas no âmbito do Centro de Estudos Sociais - CES/UC sob supervisão de Bruno Sena Martins e Boaventura de Sousa Santos. Foi Bolsista de mobilidade internacional pelo banco Santander e pela Universidade Federal de Uberlândia. Foi bolsista CAPES do programa Jovens Talentos para a Ciência (2013 - 2014), orientado por Alexandre Walmott Borges. Foi bolsista CNPq do projeto de pesquisa Os Riscos Ambientais no Cerrado Brasileiro e a (In)Efetividade das Políticas Públicas sob orientação da professora Silvana Henkes. Atualmente desenvolve pesquisa no âmbito da Teoria Política, Responsabilidade Política a Teoria das Emoções. Realizou entre fevereiro e maio de 2014 um curso de 10 semanas à distancia na Université catholique de Louvain (UCL) sobre o tema International Human Rights orientado pelo Prof. Dr. Olivier De Schutter, com aproveitamento final de 80% (Magna Cum Laude). É colunista do periódico jurídico Empório do Direito. É Pesquisador-fundador e Secretário-Geral do Laboratório Americano de Estudos Constitucionais Comparados - LAECC/PPGD-UFU/CLACSO. É editor-executivo da Revista Americana de Estudos Constitucionais Comparados.

KARINA ALMEIDA GUIMARÃES PINHÃO

Bolsista em Estágio em Mestrado, no Programa junto à École de Hautes Études en Sciences Sociales (EHESS) em Paris, sob a supervisão do mentor Philippe Urfalino. Mestranda em Ciências Jurídico-políticas com Menção em Direito Constitucional na Universidade de Coimbra. Especialista em Direito Civil-Constitucional pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ/Brasil. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro - PUC-Rio/Brasil. Advogada OAB/RJ 180.306. Pesquisadora do Laboratório Americano de Estudos Constitucionais Comparados. Foi monitora no curso de Especialista em Direito Civil-Constitucional pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ/Brasil. Foi consultora da Associação Brasileira Interdisciplinar de Aids na Pesquisa sobre Financiamento de

Campanhas Eleitorais pela Indústria Farmacêutica. Foi pesquisadora bolsista do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA)

MOACIR HENRIQUE JUNIOR

Mestre (Jun/2013) em Criminologia e Sociologia Jurídico-Penal e doutorando em Direito e Ciência Política pela Universidade de Barcelona (2014) Título de Mestre devidamente reconhecido no Brasil pela Universidade Federal de Uberlândia - UFU (Decisão Adm. nº 61/2014), Graduado em Direito pelo Centro Universitário do Triângulo - UNITRI (Dez/2004), especialista em Direito Público pelo Centro Universitário Newton Paiva (Belo Horizonte/MG - Jan/2006). Atua na docência em Instituições Superior de Ensino desde 2006. Atualmente é professor assistente em cursos de graduação e pós-graduação do curso de Direito de Instituições de Ensino Superior de Uberlândia-MG. Coordenador do Núcleo de Prática Jurídica e professor assistente no curso de graduação da UEMG, unidade Ituiutaba-MG. Ex-assessor de juiz do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (2005-2013). Autor de diversos artigos jurídicos publicados em Revistas Jurídicas do Brasil e do Exterior. Autor de diversos Capítulos de Livros em obras coletivas. Pesquisador registrado no CNPQ nos seguintes grupos de pesquisa: Laboratório Americano de Estudos Constitucionais Comparados - LAECC; Direito Internacional e Ordem econômica e social das constituições: análise comparativa de modelos normativos e sistemas de controle de constitucionalidade, todos na Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Pesquisador associado do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI). Advogado militante desde 2013, com ênfase nas áreas administrativo, ambiental, penal e tributária em Uberlândia e região. Atua, também, na organização de eventos, projetos sociais e atividades interdisciplinares.

RESUMO

O presente trabalho busca analisar a figura do *sham litigation* frente à ordem econômica constitucional sedimentada pela Constituição Brasileira de 1988. O trabalho começa com uma contextualização crítica do fenômeno designado *sham litigation* com base no direito norte-americano. Posteriormente, analisa-se o caso

frente à ordem econômica da Constituição Brasileira de 1988. Por fim, busca-se conectar todo o exposto frente ao modelo de globalização neoliberal que permeia e submete os ordenamentos jurídicos estatais. A análise do fenômeno, antes restrito ao direito estadunidense, encontra forte relevância tendo em vista o acelerado processo de internacionalização dos liames sobre propriedade intelectual. Dentro de um modelo constitucional restrito ao Estado-Nação, a ordem econômica internacional e o acelerado processo de globalização neoliberal apresentam desafios que, em muitos casos, não são previstos pelo ordenamento jurídico pátrio. Dessa forma, em análise última busca-se refletir sobre as possibilidades e debilidades da Constituição em proteger a ordem econômica e a sociedade dentro de seus respectivos Estados.

PALAVRAS-CHAVE: Propriedade Intelectual; Ordem Econômica; Livre concorrência; Globalização; Constitucionalismo

ABSTRACT

This study seeks to analyze the sham litigation phenomena face the constitutional economic order settled by the Brazilian Constitution of 1988. The work begins with a critical contextualization of the phenomenon called sham litigation based on US law. Then, it analyzes the case against the economic order of the Brazilian Constitution of 1988. Finally, we seek to connect all the exposed front of the neoliberal model of globalization that permeates and submit state laws. The analysis of the phenomenon, previously limited to US law, is extremely relevant in view of the accelerated process of internationalization of bonds on intellectual property. Within a limited constitutional model to the nation-state, the international economic order and the accelerated neoliberal globalization process present challenges that in many cases, are not covered by the national law. Thus, in the last analysis seeks to reflect on the possibilities and weaknesses of the Constitution to protect the economic order and society in their respective States.

KEYWORDS: Intellectual Property; Economic Order; Free competition; Globalization; Constitutionalism.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca analisar a figura do *sham litigation* frente à ordem econômica constitucional sedimentada pela Constituição Brasileira de 1988. O trabalho começa com uma contextualização crítica do fenômeno designado *sham litigation* com base no direito norte-americano. Posteriormente, analisa-se o caso frente à ordem econômica da Constituição Brasileira de 1988. Por fim, busca-se conectar todo o exposto frente ao modelo de globalização neoliberal que permeia e submete os ordenamentos jurídicos estatais.

A análise do fenômeno, antes restrito ao direito estadunidense, encontra forte relevância tendo em vista o acelerado processo de internacionalização dos liames sobre propriedade intelectual. Dentro de um modelo constitucional restrito ao Estado-Nação, a ordem econômica internacional e o acelerado processo de globalização neoliberal apresentam desafios que, em muitos casos, não são previstos pelo ordenamento jurídico pátrio. Dessa forma, em análise última busca-se refletir sobre as possibilidades e debilidades da Constituição em proteger a ordem econômica e a sociedade dentro de seus respectivos Estados.

Em um primeiro momento se verificará como a estratégia (anti)concorrencial impacta o mercado de modo à trazer uma nova conduta em violação da lei antitruste por meio do uso do direito de ação. Assim sendo, se verificará como esta estratégia reflete em um conflito entre as normas constitucionais (brasileiras) do direito de ação e da ordem econômico, sobretudo o da livre concorrência. Em seguida se verificará como esta conduta se aplica na ordem jurídica brasileira, sobretudo face a ordem econômica estabelecida na Constituição Brasileira de 1988 e através da legislação infraconstitucional de conteúdo conexo. Ao final, se analisará como esta conduta reflete no processo de globalização neoliberal e no impacto deste processo sobre o Direito.

Introdução ao *sham litigation* à luz de alguns precedentes norte-americanos: uma breve contextualização.

De forma preliminar, busca-se analisar o conceito/conduta criada nos Estados Unidos que ficou conhecida por *sham litigation*. Diante desse objetivo, passamos a analisar os precedentes da Suprema Corte Norte-Americana que contribuíram para a

construção desta doutrina no referido país. Iniciamos a análise pela doutrina Noerr-Pennington e sua relação com o *sham exception*, avançamos na análise dos casos para, por fim, encontrar um conceito de *sham litigation*.

A doutrina “Noerr-Pennington¹” é construída a partir dos dois primeiros casos decididos pela Suprema Corte Norte-Americana - o “*Eastern R. Presidents Conference V. Noerr Motor Freight Inc.*” (Noerr) e o caso “*United Mine Workers of America v. Pennington*” (“Pennington”) - pelos quais se vislumbrou a possibilidade de violação das normas antitruste através do exercício do direito de ação.

O caso Noerr (1961) iniciou-se através de uma queixa realizada pela “*Pensilvânia Motor Truck Association*” (grupo de empresas de transporte rodoviário) apresentada ao Tribunal Distrital dos Estados Unidos no estado da Pensilvânia, em face de 24 ferroviários, uma associação de presidentes dos ferroviários - “*Eastern Railroad Presidents Conference*” - e de uma empresa de relações públicas - “*Carl Byoir & Associates, Inc.*”. Nesta queixa alegava-se que os acusados haviam violado o §§1º e 2º “*Sherman Act*”² (lei antitruste estadunidense), por lançarem campanha publicitária com conteúdo depreciativo com vistas a obter a aprovação de leis

¹ Ou “Noerr-Pennington Doctrine” como é conhecida nos Estados Unidos.

² “§ 1 Trusts, etc., in restraint of trade illegal; penalty. (Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal. Every person who shall make any contract or engage in any combination or conspiracy hereby declared to be illegal shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$10,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$350,000, or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court.) § 2. Monopolizing trade a felony; penalty. (Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$10,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$350,000, or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court.)”. Tradução livre: Trustes, etc., impedimento ilegal do livre comércio; pena. (Todo contrato, combinação na forma de truste ou outra qualquer, ou conspiração que restrinja o negócio ou comércio entre os diversos estados, ou entre nações estrangeiras, é declarado ilegal. Toda pessoa que realizar qualquer contrato ou engajar-se em qualquer acordo ou conspiração declarada ilegal por meio desta, deverá ser julgada culpada por cometer crime, e, em sua condenação, deverá ser punida com multa não superior a \$ 10.000.000 caso pessoa jurídica, ou, sendo qualquer outra, \$ 350.000, ou por prisão não superior a três anos, ou por ambas as punições descritas, dentro do entendimento da corte. § 2. Crime de monopolização de negócio; pena. (Toda pessoa que monopoliza, ou tenta monopolizar, ou combine ou conspire com qualquer outra pessoa ou pessoas, qualquer ramo de negócio ou comércio entre os diversos estados, ou entre nações estrangeiras, deverá ser julgada culpada por cometer crime e, em sua condenação, deverá ser punida com multa não superior a \$ 10.000.000 caso pessoa jurídica, ou, sendo qualquer outra, \$ 350.000, ou por prisão não superior a três anos, ou por ambas as punições descritas, dentro do entendimento da corte.

estaduais às quais gerariam efeitos anticompetitivos no mercado de serviço de frete de longa distância³.

Em contrapartida, os ferroviários defenderam-se das acusações alegando que a campanha foi realizada em prol dos seus direitos:

[...] para informar o público e aos legisladores de vários estados da verdade sobre o enorme dano causado às estradas pelos operadores de veículos pesados e especialmente de caminhões com excesso de peso, em relação às suas violações reiteradas e deliberadas que limita o peso e velocidade de caminhões grandes, em relação à incapacidade destes caminhoneiros de pagarem sua parte justa dos custos de construção, manutenção e reparação das estradas, e levando-se em consideração os riscos de condução que eles criam[...]⁴.

³ “The gist of the conspiracy alleged was that the railroads had engaged Byoir to conduct a publicity campaign against the truckers designed to foster the adoption and retention of laws and law enforcement practices destructive of the trucking business, to create an atmosphere of distaste for the truckers among the general public, and to impair the relationships existing between the truckers and their customers. The campaign so conducted was described in the complaint as “vicious, corrupt, and fraudulent,” first, in that the sole motivation behind it was the desire on the part of the railroads to injure the truckers and eventually to destroy them as competitors in the long-distance freight business, and, secondly, in that the defendants utilized the so-called third-party technique, that is, the publicity matter circulated in the campaign was made to appear as spontaneously expressed views of independent persons and civic groups when, in fact, it was largely prepared and produced by Byoir and paid for by the railroads.” (Page 365 U. S. 129) Disponível em <http://supreme.justia.com/us/365/127/> . Acesso em 4 Set. 2011. Tradução livre: A essência da suposta conspiração alegada foi que as ferrovias empenharam-se para que a Byoir conduzisse uma campanha publicitária contra os caminhoneiros designados a promover a adoção e retenção de leis e práticas jurídicas destrutivas para o mercado de transporte caminhoneiro, com a finalidade de criar um atmosfera de desgosto para com os caminhoneiros pelo público em geral, e para prejudicar a relação existente entre os caminhoneiros e seus clientes. A campanha conduzida fora descrita na denúncia como “maligna, corrupta e fraudulenta”, inicialmente, por de trás dessa única motivação estava o desejo por parte dos ferroviários em lesar os caminhoneiros e eventualmente em destruí-los enquanto competidores no ramo de frete à longa distância, e em segundo lugar, nessa os réus usaram a chamada intervenção de terceiro, que é, a matéria da publicidade circulada na campanha foi feita para parecer uma expressão espontânea da visão independente das pessoas e de grupos cívicos, quando, de fato, ela foi largamente preparada e produzida pela Byoir e paga pelos ferroviários.

⁴ “to inform the public and the legislatures of the several states of the truth with regard to the enormous damage done to the roads by the operators of heavy and especially of overweight trucks, with regard to their repeated and deliberate violations of the law limiting the weight and speed of big trucks, with regard to their failure to pay their fair share of the cost of constructing, maintaining and repairing the roads, and with regard to the driving hazards they create...” (Page 365 U. S. 131). Disponível em <http://supreme.justia.com/us/365/127/> . Acesso em 4 Set. 2011. Tradução livre: “Informar ao público e aos legisladores dos estados da verdade no que diz respeito ao enorme dano causado pelas estradas aos operadores de caminhões pesados e especialmente os com sobre carga, no que tange as repetidas e deliberadas violações das leis que limitam o peso e velocidade de caminhões de grande porte, no que tange a falha em pagar a respectiva cota no custo de construção, manutenção e reparação de estradas, e no que tange os perigos de trânsito que criam...” (p. 365 U.S. 131)

Os ferroviários, em reconvenção, argumentaram que, na realidade, eram os caminhoneiros que tinham violado os §§1º e 2º do “*Sherman Act*” abusando do direito de petição em conspiração à concorrência ferroviária.

Apresentadas as teses das partes neste primeiro caso, a Suprema Corte Norte-Americana, não reconheceu qualquer violação ao “*Sherman Act*” por mera tentativa de influenciar a aprovação ou aplicação de uma lei. De acordo com este Corte, o “*Sherman Act*” não proíbe duas ou mais pessoas de associarem-se em uma tentativa de convencer o legislativo ou executivo de tomarem medidas específicas no que diz respeito a uma lei, mesmo que esta produza algum efeito de concentração ou mesmo de diminuição do nível de competição⁵.

A corte norte-americana atentou que o entendimento contrário poderia trazer à tona importantes questões constitucionais⁶. Além disso, esta Corte marcou que não se justifica uma limitação a este direito frente ao Poder Legislativo pelo fato de gerar uma desvantagem concorrencial. Isto porque uma lei defendida por alguém é naturalmente vantajosa para ele e será desvantajosa à outrem que não concorde com a sua aprovação ou que tenha propostas opostas aos seus interesses. Concluindo que o interesse na lei não é elemento suficiente para a restrição da defesa da realização de uma lei⁷.

⁵ “*It has been recognized, at least since the landmark decision of this Court in Standard Oil Co. v. United States, that the Sherman Act forbids only those trade restraints and monopolizations that are created, or attempted, by the acts of “individuals or combinations of individuals or corporations.” Accordingly, it has been held that, where a restraint upon trade or monopolization is the result of valid governmental action, as opposed to private action, no violation of the Act can be made out. These decisions rest upon the fact that, under our form of government, the question whether a law of that kind should pass, or, if passed, be enforced, is the responsibility of the appropriate legislative or executive branch of government so long as the law itself does not violate some provision of the Constitution.*” (P. 365 U. S. 136). Disponível em <http://supreme.justia.com/us/365/127/>. Acesso em 4 Set. 2011. Tradução livre: Foi reconhecido, pelo menos desde a marcante decisão desta Corte em Standard Oil Co. V. United States, que o Sherman Act proíbe apenas as restrições de comércio e monopólios que são criados, ou tentados, por atos de “indivíduos ou grupo de indivíduos ou corporações”. De acordo com tal, é sustentado que, onde restrição de comércio ou monopólio é resultado de ação legítima do governo, oposto a ação privada, nenhuma violação do Ato poderá ser levantada. Estas decisões residem no fato de que, sob nossa forma de governo, a questão de lei de tal natureza deveria passar, ou, se aprovada, executada, é responsabilidade do legislativo ou do poder executivo do governo contanto que a lei por si só não viole o disposto na Constituição.

⁶ *Secondly, and of at least equal significance, (Page 365 U. S. 138) such a construction of the Sherman Act would raise important constitutional questions.* Disponível em <http://supreme.justia.com/us/365/127/>. . . Acesso em 4 Set. 2011. Tradução livre: Em segundo lugar, porém de igual relevância, (Página 365 U.S. 138) tal construção do *Sherman Act* iria levantar importantes questões constitucionais.

⁷ “*The right of petition is one of the freedoms protected by the Bill of Rights, and we cannot, of course, lightly impute to Congress an intent to invade these freedoms. Indeed, such an imputation would be*

Não obstante a Suprema Corte afastar a aplicação da lei antitruste⁸ no caso concreto em relação ao exercício do direito de petição, não afasta a aplicação desta em absoluto para todo e qualquer caso⁹. No caso seguinte, *United Mine Workers of America v. Pennington* discutiu-se acerca da licitude do esforço despendido entre um sindicato de mineiros e grandes mineradoras para influenciar o órgão administrativo estadual em prol do estabelecimento de um alto salário mínimo uniforme para os mineiros, significativamente superior aos das outras industriais. Neste caso, à título de defesa, as empresas de carvão de pequeno porte alegaram que isto aumentaria o custo de se manterem no mercado o qual claramente elas não suportariam; motivo pelo qual restaria demonstrado o intuito de prejudicá-las. Em reconvenção, requereram que as grandes empresas do setor de carvão fossem imputadas de

particularly unjustified in this case in view of all the countervailing considerations enumerated above. For these reasons, we think it clear that the Sherman Act does not apply to the activities of the railroads, at least insofar as those activities comprised mere solicitation of governmental action with respect to the passage and enforcement of laws. We are thus called upon to consider whether the courts below were correct in holding that, notwithstanding this principle, the Act was violated here because of the presence in the railroads' publicity campaign of additional factors sufficient to take the case out of the area in which the principle is controlling.". Disponível em <http://supreme.justia.com/us/365/127/> Acesso em 4 Set. 2011. Tradução livre: O direito à petição é um dos "privilégios" protegidos pela Bill of Rights, e não podemos, é claro, atribuir de forma branda ao Congresso uma invasão nessas liberdades. De fato, tal imputação seria particularmente injustificada neste caso em face de todas as considerações compensatórias enumeradas acima. Por estas razões, pensamos estar claro que o Sherman Act não se aplica às atividades ferroviárias, ao menos na medida que tais atividades compreendem mera solicitação de ação governamental com respeito à passagem e execução das leis. Desta forma somos aqui convocados para considerar se as cortes abaixo estavam corretas em afirmar que, não obstante este princípio, o Ato fora cá violado em decorrência da existência de, em campanhas publicitárias das ferrovias, fatores adicionais suficientes para levar o caso para fora desta área na qual tal princípio é controlador.

⁸ *Sherman Act*.

⁹ *"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. But this certainly is not the case here. No one denies that the railroads were making a genuine effort to influence legislation and law enforcement practices. Indeed, if the version of the facts set forth in the truckers' complaint is fully credited, as it was by the courts below, that effort was not only genuine, but also highly successful. Under these circumstances, we conclude that no attempt to interfere with business relationships in a manner proscribed by the Sherman Act is involved in this case.*". Tradução livre: Pode haver situações em que uma campanha publicitária, ostensivamente dirigida à influenciar uma ação governamental, é uma mera farsa para encobrir o que é, na verdade, nada mais do que a tentativa de interferir diretamente nos negócios do concorrente, o que justificaria a aplicação da Lei Antitruste (*Sherman Act*). Porém, certamente este não é o caso aqui. Ninguém nega que as ferrovias estavam fazendo um esforço genuíno para influenciar a legislação e a aplicação do direito. De fato, se a versão dos fatos alegados pelos caminhoneiros é totalmente digno de crédito, como o foi pelos tribunais inferiores, esse esforço não foi apenas genuíno, mas, da mesma forma, bem-sucedido. Sob essas circunstâncias, podemos concluir que qualquer tentativa de interferir nos negócios, é conduta expressa na Lei Sherman e por isso está envolvido no caso.

conspirarem para impedir e para monopolizar o comércio¹⁰ no momento em que ajuizaram esta ação.

A Suprema Corte, no caso acima, apesar de compreender a responsabilidade existente pelas condutas praticadas em prejuízo a concorrência, ressalva que o alegado esforço para influenciar o órgão administrativo não viola a lei antitruste por si só, em outras palavras, não é ilegal, mesmo que tenha por finalidade a eliminação da concorrência¹¹.

¹⁰ §§1º e 2º do Sherman Act.

¹¹ *"It is true that wages lie at the very heart of those subject about which employers and unions must bargain, and the law contemplates agreements on wages not only between individual employers and a union, but agreements between the union and employers in a multiemployer bargaining unit. Labor Board v. Truck Drivers Union, 353 U. S. 87, 353 U. S. 94-96. The union benefit from the wage scale agreed upon is direct and concrete and the effect on the product market, though clearly present, results from the elimination of competition based on wages among the employers in the bargaining unit, which is not the kind of restraint Congress intended the Sherman Act to proscribe. Apex Hosiery Co. v. Leader, 310 U. S. 469, 310 U. S. 503-504; see Adams Dairy Co. v. St. Louis Dairy Co., 260 F.2d 46 (C.A.8th Cir. 1958). We think it beyond question that a union may conclude a wage agreement with the multiemployer bargaining unit without violating the antitrust laws, and that it may, as a matter of its own policy, and not by agreement with all or part of the employers of that unit, seek the same wages from other employers. (...) This is not to say that an agreement resulting from union-employer negotiations is automatically exempt from Sherman Act scrutiny simply because the negotiations involve a compulsory subject of bargaining, regardless (Page 381 U. S. 665) of the subject or the form and content of the agreement. Unquestionably, the Board's demarcation of the bounds of the duty to bargain has great relevance to any consideration of the sweep of labor's antitrust immunity, for we are concerned here with harmonizing the Sherman Act with the national policy expressed in the National Labor Relations Act of promoting "the peaceful settlement of industrial disputes by subjecting labor-management controversies to the mediatory influence of negotiation," Fiberboard Paper Prods. Corp. v. Labor Board, 379 U. S. 203, 379 U. S. 211. But there are limits to what a union or an employer may offer or extract in the name of wages, and because they must bargain does not mean that the agreement reached may disregard other laws. Teamsters v. Oliver, 358 U. S. 283, 358 U. S. 296; Carpenters v. United States, 330 U. S. 395, 330 U. S. 399-400. (...) We have said that a union may make wage agreements with a multiemployer bargaining unit and may, in pursuance of its own union interests, seek to obtain the same terms from other employers. No case under the antitrust laws could be made out on evidence limited to such union behavior. But we think a union forfeits its exemption from the antitrust laws when it is clearly shown that it has agreed with one set of employers to impose a certain wage scale on other bargaining units. One group of employers may not conspire to eliminate competitors from (Page 381 U. S. 666) the industry and the union is liable with the employers if it becomes a party to the conspiracy. This is true even though the union's part in the scheme is an undertaking to secure the same wages, hours or other conditions of employment from the remaining employers in the industry."* Disponível em: <http://supreme.justia.com/us/381/657/case.html> Acesso em 4 Set. 2011. Tradução livre: É verdade que os salários estão no cerne da matéria sobre a qual os empregadores e sindicatos devem negociar, e a lei contempla acordos nos salários não somente entre os empregadores individuais e o sindicato, mas acordos entre o sindicato e os empregadores em uma unidade de barganha de múltiplos empregadores. (...) O benefício do sindicato do acordo de escala salarial é direto e concreto e o efeito no produto no mercado, claramente, como resultado da eliminação da competição baseada nos salários entre os empregadores na unidade de barganha, a qual não é modalidade de restrição à que o Congresso contemplou na Lei Sherman. (...). Nós pensamos que está fora de questão de que o sindicato deva concluir um acordo salarial com a unidade de barganha de múltiplos empregadores sem violar a lei antitruste, e que é possível, como uma questão de sua própria política, e não pelo acordo com todo ou

Em síntese, o que se extrai dos casos supracitados é a prevalência, de certo modo, do direito de ação¹² constitucionalmente protegido sobre qualquer limitação que possa lhe ser imposto pela aplicabilidade, por exemplo, da lei antitruste (“*Sherman Act*”). No entanto, não se pode negligenciar as ressalvas realizadas pela Suprema Corte em ambos os casos, o que ficou conhecido nos Estados Unidos por “*sham exception*”.

O “*sham exception*”, construída a partir da interpretação das ressalvas supramencionadas, compreendem condutas que apesar de direcionada à produção de uma ação governamental favorável, representam por si só uma farsa (“*sham*”), empregada como meio de impor custo e demora. Tais premissas resultariam uma exceção aos precedentes acima, justificando a aplicabilidade da responsabilidade por violação a lei antitruste.

Através dos casos acima examinados, nota-se que a doutrina estadunidense intitulada “*Sham Litigation*” avalia liminarmente¹³ a possibilidade do uso do direito de ação ou do acesso à justiça como instrumento anti-competitivo. Face a esta verificação, passa-se a analisar se este direito, com proteção constitucional, pode ou não sofrer limites e quais seriam estes.

parte de empregadores daquela unidade, buscando os mesmos salários para outros empregadores. (...) Isto para não dizer que um acordo resultante das negociações entre sindicato e empregador é automaticamente excepcionada pelo escrutínio do Sherman Act simplesmente porque as negociações envolvem matéria compulsória, indiferente (Página 381 U. S. 665) da matéria ou da forma e do conteúdo do acordo. Inquestionavelmente, a demarcação de fronteiras de limitação da matéria para barganha tem grande relevância para qualquer consideração no afastamento da imunidade do trabalho antitruste, para nós estamos aqui preocupados com a harmonização da Lei Sherman com a política nacional expressa no Ato Nacional das Relações de Trabalho na promoção “da resolução pacífica de conflitos laborais, submetendo à um trabalho de gestão de controvérsias para mediar a influência na negociação,” (...). Mas há limites dos quais o sindicato ou um empregador precisam oferecer ou extrair em nome dos salários, porque a obrigação de negociar não significa que o acordo alcançado possa desrespeitar outras leis. (...). Temos dito que o sindicato pode fazer acordos salariais com uma unidade de negociação de múltiplos empregadores e pode, nos termos de seus interesses próprios do sindicato, procurar obter as mesmas condições de outros empregadores. No caso sob as leis antitruste poderia ser feita em evidência limitada ao comportamento de tal sindicato. Mas achamos que um sindicato perde sua isenção nas leis antitruste quanto é mostrado claramente que concordou com um conjunto de empregadores para impor uma tabela salarial determinando em outras unidades de barganha. Um grupo de empregadores não pode conspirar para eliminar concorrentes a partir de (Página 381 666 EUA) a indústria e o sindicato são responsáveis com os empregadores de fazerem parte da conspiração. Isto é verdade, embora parte do sindicato no esquema é uma empresa para garantir os mesmos salários, horas ou outras condições de emprego no restante dos empregadores na indústria.

¹² Ou direito de petição como a melhor tradução sugere.

¹³ Liminarmente, aqui, em sentido ordinário e não jurídico.

No precedente Noerr não se vislumbrou qualquer limite do direito de ação uma vez que tido por um dos mais importantes direitos protegidos pela Constituição nos EUA; motivo pelo qual conclui-se pela sua imunidade à lei Antitruste. Portanto, face a esta imunidade, o direito de ação não observaria os princípios que norteiam a livre concorrência protegida pela Lei Antitruste (*Sherman Act*).

Com razão, no caso Pennington, a Corte muda de posição e observa que o direito constitucional de acesso à justiça não pode ser um permissivo à criação de obstáculos a livre concorrência. Em outras palavras, não pode o direito de acesso à justiça criar barreiras à concorrência de forma a perpetuar ou criar monopólios (ilegítimos) no mercado. Portanto, esse direito não estaria imune aos princípios norteadores da Lei Antitruste do país; porém, somente de forma excepcional por isso denominado “*sham exception*”. Em síntese, via de regra, o direito de ação deve ser exercido de forma plena, salvo se seu uso tiver por finalidade estratégias anti-concorrenciais.

A discussão, todavia, está longe de terminar e perpassa ainda os casos tratados em seguida. Na realidade, o que merece destaque nos casos seguintes é a criação de “testes” (procedimentos) para a identificação da conduta que se apresenta a fim de garantir a segurança jurídica de todos os aplicadores do direito.

Por outro lado, esses testes são, justificadamente, criticados por seu alto nível de subjetividade que não cumpre com a segurança que pretende impor. O que seria possível frente a uma análise mais objetiva da problemática que não focasse na intenção ou desejo do sujeito do direito de ação.

Isto posto, sob esta perspectiva norte americana, observou-se que o *sham litigation* é conduta voltada para o uso do direito de ação (ou do acesso à justiça) como instrumento para obstaculizar a entrada de novos e futuros competidores no mercado. Motivo pelo qual optou-se no presente trabalho por chamar de uso disfuncional¹⁴ e anti-concorrencial¹⁵ do direito de ação.

Portanto, em um primeiro momento, se verificará que o direito de ação no Brasil, assim como ficou reconhecido nos EUA, não é um direito absoluto. Com isso,

¹⁴ Porque de exercício anômalo ao sentido da norma constitucional.

¹⁵ Porque contrario à livre concorrência.

se buscará diferenciar seu uso legítimo do ilegítimo, este último não protegido pelo ordenamento jurídico. A partir da identificação do seu uso ilegítimo se passará a analisar os instrumentos dispostos pelo nosso ordenamento jurídico para a sua coibição e a proteção face aos danos gerados pelo seu exercício. Posteriormente, enfatizando a incidência dos casos de sham litigation na área da Propriedade Intelectual observa-se que um dos focos do uso ilegítimo do direito de ação é o seu uso com o fim à obtenção ao uso anticoncorrencial. Este elemento, uso anticoncorrencial, é de grande relevância pro tema e com ele fecha-se a análise do sham litigation a luz do ordenamento jurídico brasileiro, vez que serve de norte para sua identificação de forma objetiva pelos aplicadores do direito.

2 ANÁLISE DA SHAM LITIGATION FRENTE À ORDEM ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

Delimitado o fenômeno do *sham litigation*, passamos a analisar sua relação com a ordem econômica delimitada pela Constituição Brasileira de 1988 e respectivo ordenamento jurídico.

A ordem econômica em uma Constituição apresenta limites pouco precisos, ao passo que todas as outras dimensões estatuídas pelo texto constitucional interferem, direta ou indiretamente, na ordem econômica. Vital Moreira assevera que a ordem econômica possui diversos sentidos:

- em um primeiro sentido, "ordem econômica" é o modo de ser empírico de uma determinada economia concreta; a expressão, aqui, é termo de um conceito de fato (é conceito do mundo do ser, portanto); o que o caracteriza é a circunstância de referir-se não a um conjunto de regras ou a normas reguladoras de relações sociais, mas sim a uma relação entre fenômenos econômicos e matérias, ou seja, relação entre fatores econômicos concretos; conceito do mundo do ser, exprime a realidade de uma inerente articulação do econômico como fato;
- em um segundo sentido, "ordem econômica" é expressão que designa o conjunto de todas as normas(ou regras de conduta), qualquer que seja a sua natureza (jurídica, religiosa, moral etc.), que respeitam à regulação do comportamento dos sujeitos econômicos; é o sistema normativo (no sentido sociológico) da ação econômica;
- em um terceiro sentido, "ordem econômica" significa ordem jurídica da economia (MOREIRA, apud GRAU, 2012. p. 56-57).

Dessa forma, para Vital Moreira, a ordem econômica da Constituição, ou, a Constituição econômica pode ser entendida como:

[...] o conjunto de preceitos e instituições jurídicas que garantindo os elementos definidores de um determinado sistema econômico, instituem uma determinada forma de organização e funcionamento da economia e constituem, por isso mesmo, uma determinada ordem econômica; ou, de outro modo, aquelas normas ou instituições jurídicas que, dentro de um determinado sistema e forma econômicos, que garantem e (ou) instauram, realizam uma determinada ordem econômica concreta (MOREIRA apud TAVARES, 2006. p. 75)

Dessa forma, entendessemos que o *sham litigation*, não fere somente o ordenamento jurídico ao desrespeitar os fins sociais e econômicos do direito de ação ou no seu exercício contrário à boa-fé e aos bons costumes. Ela gera danos ao erário público em decorrência da utilização desnecessária do maquinário jurídico, além de ferir a Ordem Econômica. Assim, afeta prejudicialmente a concorrência, a livre iniciativa e o bem-estar dos consumidores.

A Ordem Econômica, designação conferida no Título VII pela Constituição de 1988, é conjunto de enumerados normativos que compreende o mundo do “dever-ser” e do ser (GRAU, 2012. p. 87). Sua proteção e organização não se limita aos artigos da Constituição, tendo tratamento na legislação infraconstitucional¹⁶ e nos princípios implícitos. O tratamento jurídico à Economia, sobretudo ao mercado, é relativamente novo e sempre alvo de críticas de liberais econômicos através dos quais se defende uma menor (ou até mesmo nula) intervenção no mercado. Contudo atenta para o perigo deste tipo de pensamento Pietro Perlingieri, em suas palavras:

A sociedade não se pode reduzir somente o mercado e às suas regras; o direito, ao qual compete a regulamentação da sociedade, indica limites e corretivos, ditados não somente pela persecução da riqueza e da sua distribuição, mas pelos valores e interesses de natureza diversa. O mercado necessita de normas que o legitimem e o regulamentem: entre mercado e direito não há um antes ou um depois, mas uma inseparabilidade lógica e histórica. O mercado por definição é, ao mesmo tempo, uma instituição econômica e jurídica, representada pelo próprio estatuto normativo, como tal caracterizado por escolhas políticas. (PERLINGIERI, 2008. p. 506-507)

¹⁶ No presente estudo, se atará a legislação antitruste de que trata a Lei 12.529/2011.

Conforme elucidado pelo autor acima, a Economia e a sua organização, não é autônoma ao Direito ou a Política. É por não ignorar este fato que a Constituição Brasileira a tutela por instrumentos normativos e de técnica jurídica (PERLINGIERI, 2008. p. 500).

O faz, ainda, ponderando os interesses da autonomia privada¹⁷ e os ditâmes constitucionais da justiça social e da dignidade da pessoa humana.

O art. 170¹⁸ da Constituição de 1988 deixa claro que a racionalidade econômica construída no Brasil leva em consideração as razões da política e do direito (PERLINGIERI, 2008. p. 510). O artigo 170, anteriormente citado, parte da idéia de que o mercado não é um lugar natural (PERLINGIERI, 2008. p. 507)", e de que pode se tornar autodestrutivo¹⁹, de forma que "é necessário que o Estado se empenhe na esfera do capitalismo contra os capitalistas."²⁰.

Se já é certo que "Não se interpreta a Constituição em tiras, aos pedaços" (GRAU, 2012. p. 161)., o art. 170 da Constituição deixa clara essa ideia ao fazer referência aos princípios fundamentais dispostos nos três primeiros artigos da Constituição. Prova-se. O art. 170 dispõe que a ordem econômica brasileira funda-se na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, em consonância com o que estabelece no art. 1º inciso IV. Além disso, dispõe que a ordem econômica terá por fim a proteção da "existência digna", protegendo assim a dignidade da pessoa humana conforme no art. 1º, III da Constituição. Ao final, dispõe que todo o exposto no *caput* do dispositivo ora examinado, deve direcionar-se de acordo com os ditames da justiça social, conforme determina o art. 3º, I.

¹⁷ Ou das regras de mercado, conforme expressado por Pietro Perlingieri no trecho destacado.

¹⁸ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II- propriedade privada; III - função social da propriedade; IV- livre concorrência; V- defesa do consumidor; VI- defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII- busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

¹⁹ "É oportuna a lembrança, aqui da imagem do feiticeiro que já não consegue dominar as forças demoníacas que evocara. Para aplacá-las, afinal é que o Estado aí esta, com o direito que produz - o Direito posto -, a serviço da preservação do sistema." (GRAU, 2012. p. 56).

²⁰ Considerando ainda o modelo capitalista adotado no Brasil (GRAU, 2012. p. 56).

É a partir da leitura do dispositivo constitucional acima que se interpreta a expressão “livre iniciativa” contrária ao liberalismo econômico supramencionado, ou que se restrinja à proteção da empresa. Assim sendo, a ordem econômica à que se refere a Constituição de 1988, não traduz somente uma afirmação do capitalismo, mas instrumento para realização dos fundamentos do próprio Estado Democrático de Direito (art.1º) e dos objetivos de que se pauta a República Federativa Brasileira (art.3º)²¹, como instrumento de realização dos interesses sociais²².

Dando continuidade à leitura do art. 170, passa-se a análise dos seus incisos, os quais representam os princípios que serão observados pela ordem econômica, em decorrência lógica aos valores constitucionais expostos no *caput*. Na realidade, se aterá ao que dispõe o inciso IV para os fins do presente estudo.

O inciso IV do art. 170 da Constituição estabelece como um dos princípios da ordem econômica, a livre concorrência, pelo qual se apresenta como instrumento de ponderação complementar à livre iniciativa (GRAU, 2012. p. 198).

O bem-estar dos consumidores é assegurado em um mercado onde haja concorrência²³, ou seja, em um mercado competitivo, uma vez que sempre apresentará restrições mercadológicas e tecnológicas (VARIAN, 1999. p. 393). As restrições mercadológicas é que determinam que uma empresa conjecture como os demais competidores irão se comportar quando ela escolher o seu preço e seu nível de produção²⁴. Portanto, uma empresa não poderá vender sob um preço acima do

²¹ “Daí por que o art. 1º, IV, do texto constitucional - de um lado - enuncia como fundamento da República Federativa do Brasil o valor social e não as virtualidades individuais da livre iniciativa e - de outro - o seu art. 170, *caput*, coloca lado a lado trabalho humano e livre iniciativa, curando contudo no sentido de que o primeiro seja valorizado.” (GRAU, 2012. p. 203).

²² “Isso significa que a livre iniciativa não é tomada, enquanto fundamento da República Federativa do Brasil, como expressão individualista, mas sim no quanto expressa de socialmente valioso.” (grifos do original). (GRAU, 2012. p. 198).

²³ “É por isso que os estudantes costumam surpreender-se com o fato de que a definição dos economistas para concorrência pareça tão passiva: dizemos que um mercado é perfeitamente competitivo se todas as empresas partirem do pressuposto de que o preço do mercado independe de seu nível de produção. Assim, num mercado competitivo, cada empresa só têm de se preocupar com a quantidade de bens que deseja produzir. Seja qual for a quantidade produzida, ela só poderá vendê-la a um preço: o preço vigente no mercado.” (VARIAN, 1999. p. 394)

²⁴ A demanda e a oferta variam ainda de acordo com a elasticidade dos mercados em que se inserem. A elasticidade “é uma medida do tamanho da resposta dos compradores e dos vendedores às mudanças das condições de mercado.” (MANKIWI, 2010. p. 89). Em relação à oferta será “elástica se quantidade ofertada responde substancialmente a mudanças de preço. A oferta é chamada inelástica se a quantidade ofertada responde pouco a mudança no preço.” (MANKIWI, 2010. p. 88).

mercado, em outras palavras, não poderá agir como monopolista maximizando os seus lucros. Como se sabe, o monopólio é ineficiente:

A indústria competitiva opera num ponto onde o preço se iguala ao custo marginal. Já a indústria monopolizada opera num ponto onde o preço é maior que o custo marginal. Por esse motivo, o preço será em geral mais alto e a produção menor se uma empresa se comportar de modo monopolístico em vez de competitivo. Por isso, os consumidores estarão tipicamente em situação pior em um indústria organizada como monopólio do que em uma indústria organizada de maneira competitiva. (MANKIWI, 2010. p. 443).

Ademais, no mercado em que haja substitutos próximos, estes, tendem a apresentar demanda elástica²⁵. Uma vez que há produtos que sejam substitutos próximos, há mais de um produto no mercado, motivo pelo qual os consumidores poderão trocar um produto por outro conforme avaliem qual lhe forneça o melhor preço. Assim sendo, o aumento do preço do produto em um mercado não monopolístico, não tornará o consumidor refém de um único produto, o único disponível do mercado.

Tal contexto, de bem-estar do consumidor, se agrava ainda em relação à bens essenciais como, por exemplo, o de medicamentos que comportam patentes farmacêuticas. Neste, a variação de preço não influenciará na demanda por ele. Isto significa que, havendo um bem essencial o consumidor reduzirá o consumo de outros bens para que possa suportar o preço elevado do lhe é essencial²⁶. Portanto, uma monopolização deste tipo de mercado, só tende ao aumento do poder econômico da empresa. Isto, porque a variação de preço, visando a maximização de lucros, poderá ser realizada de forma mais independente pois além da ausência de competidores, ela contará ainda com a disposição dos consumidores em consumir tal bem. No

²⁵ “Bens com substitutos próximos tendem a ter demanda mais elástica porque é mais fácil para os consumidores trocá-los por outros. Por exemplo, manteiga e margarina são facilmente substituíveis uma pela outra. Um pequeno aumento no preço da manteiga supondo que o preço da margarina se mantenha constante, fará que a quantidade vendida de manteiga tenha uma diminuição. No entanto, como os ovos não têm substitutos próximos, a demanda por ovos é menos elástica do que a demanda por manteiga. (MANKIWI, 2010. p. 90)”.

²⁶ E, ainda: “Elasticidades baixas estão associadas à essencialidade do produto, como parece óbvio, pois, para hábitos muito arraigados, os consumidores estarão propensos a cortar outras despesas antes de reduzir o consumo do bem preferido, caso este tenha seus preços elevados. Ao contrário altos coeficientes de elasticidade correspondem, geralmente, a produtos supérfluos.” (NUSDEO, 2010. p. 237)

mercado farmacêutico, à que se faz referência, a empresa titular de patente conta ainda com 20 anos em que lhe são asseguradas o monopólio sobre esta patente²⁷.

Estes são os motivos pelos quais no início do parágrafo anterior afirmou-se que o bem-estar dos consumidores está em um mercado competitivo e ainda o motivo pelo qual o ordenamento jurídico o repele²⁸, nos termos do art. 173, §4º da Constituição:

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. § 4º - A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

²⁷ CFRB, art.5º, inciso XXIX (“a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País;”); Lei 9279/96, Art. 40 (“A patente de invenção vigorará pelo prazo de 20 (vinte) anos e a de modelo de utilidade pelo prazo 15 (quinze) anos contados da data de depósito”); art. 42 (“A patente confere ao seu titular o direito de impedir terceiro, sem o seu consentimento, de produzir, usar, colocar à venda, vender ou importar com estes propósitos: I - produto objeto de patente; II - processo ou produto obtido diretamente por processo patenteado. § 1º Ao titular da patente é assegurado ainda o direito de impedir que terceiros contribuam para que outros pratiquem os atos referidos neste artigo. § 2º Ocorrerá violação de direito da patente de processo, a que se refere o inciso II, quando o possuidor ou proprietário não comprovar, mediante determinação judicial específica, que o seu produto foi obtido por processo de fabricação diverso daquele protegido pela patente.”) e art. 43 (“O disposto no artigo anterior não se aplica: I - aos atos praticados por terceiros não autorizados, em caráter privado e sem finalidade comercial, desde que não acarretem prejuízo ao interesse econômico do titular da patente; II - aos atos praticados por terceiros não autorizados, com finalidade experimental, relacionados a estudos ou pesquisas científicas ou tecnológicas; III - à preparação de medicamento de acordo com prescrição médica para casos individuais, executada por profissional habilitado, bem como ao medicamento assim preparado; IV - a produto fabricado de acordo com patente de processo ou de produto que tiver sido colocado no mercado interno diretamente pelo titular da patente ou com seu consentimento; V - a terceiros que, no caso de patentes relacionadas com matéria viva, utilizem, sem finalidade econômica, o produto patenteado como fonte inicial de variação ou propagação para obter outros produtos; e VI - a terceiros que, no caso de patentes relacionadas com matéria viva, utilizem, ponham em circulação ou comercializem um produto patenteado que haja sido introduzido licitamente no comércio pelo detentor da patente ou por detentor de licença, desde que o produto patenteado não seja utilizado para multiplicação ou propagação comercial da matéria viva em causa. VII - aos atos praticados por terceiros não autorizados, relacionados à invenção protegida por patente, destinados exclusivamente à produção de informações, dados e resultados de testes, visando à obtenção do registro de comercialização, no Brasil ou em outro país, para a exploração e comercialização do produto objeto da patente, após a expiração dos prazos estipulados no art. 40.”)

²⁸ Ressalvados os casos de monopólio sobre as patentes farmacêuticas no período de 20 anos.

Nesta perspectiva, quando uma empresa detém poder econômico dentro do mercado em que atua, ela poderá elevar seus preços ao limite máximo²⁹, sem que com isso haja melhora no seu produto. Isto só será possível, justamente porque não haverá a concorrência para determinar sua decisão.

Apesar do acima exposto, a posição dominante, como fruto da concentração de poder econômico de uma empresa, não é punido pela legislação antitruste brasileira. No Brasil se compreende que a posição dominante é processo natural³⁰, compreendido enquanto elemento da realidade econômica (GRAU, 2012, p. 206), motivo pelo qual não é objeto de punição.

O mesmo não se pode olvidar em relação ao abuso do poder econômico. Este, sim, é objeto de punição, conforme se depreende do §4º do art. 173, em proteção à livre concorrência (art. 170, IV da CF), pelo qual se assegura o bem-estar da sociedade, sobretudo, desta enquanto consumidores. Assim sendo, para que tenhamos mercado competitivos que gerem este bem-estar, é necessário assegurar-se a livre concorrência, ou seja, a liberdade na entrada e na saída do mercado³¹.

A lei 12.529 de 2011, destinada à proteção dos bens jurídicos da coletividade, tem por finalidade justamente na prevenção e repressão às infrações à ordem econômica³² em prol dos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre

²⁹ “Parte-se do pressuposto de que mesmo a empresa que não atue sozinha no mercado pode deter poder econômico tal (ou seja, razoável) que lhe permita agir de forma independente e com indiferença à existência ou comportamento dos outros agentes. Em virtude da ausência de ambiente concorrencial, o agente econômico titular de “razoável” poder não sofre maiores pressões de competidores. Neste caso, a posição dos pequenos agentes será sempre de sujeição ao comportamento de outra empresa. Não é necessária a completa ausência de concorrência no mercado para que se verifique a posição dominante: basta que a concorrência não seja de tal grau a ponto de influenciar significativamente o comportamento do “monopolista”. (...) A empresa que se encontra em posição dominante tende a adotar o comportamento típico do monopolista, aumentando preços no limite máximo, não prezando a qualidade de seu produto ou serviço ou ainda impondo a outras práticas que não seriam adotadas caso houvesse concorrência.”. (conforme no original). (FORGIONI, 2012. p. 257).

³⁰ Nos termos do art. 36, §1º, da Lei 12.529, de 2011, a posição dominante resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II do caput do mesmo dispositivo (FORGIONI, 2012. p. 261).

³¹ Como consequência destas condições as ações de um comprador ou vendedor individual no mercado têm um impacto negligenciável no preço de mercado. Cada comprador e vendedor aceita o preço de mercado como dado (MANKIW, 2001. p. 292).

³² Art. 31 e seguintes da Lei 12.529/2011.

concorrência, e repressão ao abuso do poder econômico³³, entre outros³⁴. Conhecida por Lei Antitruste, esta está voltada à preservação do modo de produção capitalista (GRAU, 2012 p. 208-209) adotada pelo Estado Brasileiro.

No que concerne a prática abusiva ora estudada, não há o que se discutir a plena aplicabilidade desta frente ao aqui exposto acerca do tratamento constitucional sobre a intitulada Ordem Econômica e a Lei Antitruste (Lei 12.529/2011). Portanto, a prática abusiva de que se fala é uma das práticas consideradas como infração à ordem econômica, encaixando-se, sobretudo, naquelas dispostas no inciso III do parágrafo 3º do art. 36 da Lei 12.529 de 2011³⁵. De forma mais específica, por tratar-se aqui de direitos de ação na defesa da propriedade intelectual, sendo aplicáveis ainda o inciso XIX, do parágrafo 3º deste mesmo dispositivo.

Pelo expressado no *caput* do art. 36 da Lei 12.529/2011 acerca das infrações à ordem econômica, por serem avaliadas independentemente de culpa, imputar-se-à responsabilidade objetiva levando-se em consideração para a aplicação das penas³⁶ o regrado nos incisos do art. 45 da mesma lei. A sua aplicação de acordo com a responsabilidade objetiva só corrobora o aqui já expressado acerca da necessária avaliação através de critérios objetivos da prática que se examina.

Por fim, cabe reiterar que a aplicação de punição administrativa por infração à ordem econômica não exclui a aplicabilidade de responsabilização por abuso do

³³ “As razões constitucionais do antitruste residem na necessidade de se evitarem as distorções monopolistas e de garantir, o quanto possível, a retidão da atividade econômica, sem abusos de posição dominantes, sem açambarcamentos injustificados, com o objetivo de sempre realizar uma utilidade social entendida (também mas não somente) como ponto de confluência entre produtores e consumidores. A sua função, pois, se não indiretamente, a solidariedade e os direitos invioláveis do homem. A liberdade econômica e a concorrência, mesmo no plano estritamente econômico, não representam um fim, mas um meio, uma regra, para realizar a utilidade social, a efetiva participação de todos na organização econômica e social do país e o pleno desenvolvimento da pessoa (art. 3º, §2, e 41, §2, Const.)”. (PERLINGIERI, 2006. p. 527-528).

³⁴ “Art.1º. Esta Lei estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico. Parágrafo único. A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei.”. Este artigo da Lei 12.529/2011 deve ser lido conjuntamente com os artigos 170, *caput* e inciso IV; e o §4º do art. 173 da Constituição.

³⁵ “O *sham litigation* deverá sujeitar-se aos preceitos do Direito de Concorrência. Poderá, então, ser considerada infração à ordem econômica à luz dos incisos do art. 20 da Lei Federal nº. 8884/1994, caso reste caracterizado como conduta abusiva, mesmo que não desempenhada estritamente nos limites de mercado.” (em art. 20 da Lei Federal nº. 8884/1994, ler art. 36 da Lei 12.529 de 2011). (CASTRO, 2012).

³⁶ Acerca das penas antitruste, ver art.37 e seguintes.

direito e litigância de má-fé, cuja aplicabilidade já foi fundamentada nos itens anteriores, segundo estabelecido na própria Lei 12.529 de 2011 em seu art. 35.

3 O DIREITO CONSTITUCIONAL FRENTE AO PROCESSO DE GLOBALIZAÇÃO NEOLIBERAL

Realizada a análise frente ao ordenamento constitucional brasileiro, passamos a analisar a conexão da *sham litigation* e o constitucionalismo brasileiro frente ao processo de globalização atual. Entendemos que a caracterização do modelo de globalização recente é fundamental para realizar a conexão entre situações eminentemente internacionalizadas (como são a maior parte dos assuntos referentes a propriedade intelectual) e o constitucionalismo nacional.

O processo de globalização não é novo, mas a forma como se apresenta atualmente sim. Hoje em dia, a globalização apresenta contornos muito mais velozes e apresenta como foco justamente a dimensão apresentada pelo presente trabalho: a economia.

A análise sobre os processos de globalização mostram que o fenômeno apresenta diversas faces, com dimensões econômicas, sociais, políticas, culturais, religiosas e jurídicas interligadas de modo complexo e sistêmico³⁷. Por este motivo, as explicações uníssonas e as interpretações monolíticas do fenômeno são invariavelmente incompletas. Além disso, a globalização interage de modo muito diversificado com outras transformações no sistema global que lhe são concomitantes, tais como o aumento dramático das desigualdades entre países ricos e países pobres e, no interior de cada país, entre ricos e pobres, a sobrepopulação, a catástrofe ambiental, os conflitos étnicos, a migração internacional massiva, a emergência de novos Estados e a falência ou implosão de outros, a proliferação de guerras civis, o crime globalmente organizado, a democracia formal como uma condição política para a assistência internacional, etc.

³⁷ No sentido que Luhmann empresta ao termo (1982, p. 131-138).

Conforme levantado, a dimensão da globalização que mais importa ao presente trabalho é a econômica. Dessa maneira, Boaventura de Sousa Santos realiza uma análise precisa para caracterizar esse fenômeno:

Os traços principais desta nova economia mundial são os seguintes: economia dominada pelo sistema financeiro e pelo investimento à escala global; processos de produção flexíveis e multilocais; baixos custos de transporte; revolução nas tecnologias de informação e de comunicação; desregulação das economias nacionais; preeminência das agências financeiras multilaterais; emergência de três grandes capitalismo transnacionais: o americano, baseado nos EUA e nas relações privilegiadas deste país com o Canadá, o México e a América Latina; o japonês, baseado no Japão e nas suas relações privilegiadas com os quatro pequenos tigres e com o resto da Ásia; e o europeu, baseado na União Europeia e nas relações privilegiadas desta com a Europa de Leste e com o Norte de África (SANTOS, 2002).

Essas mudanças são globais, ainda que com lógica de operação e intensidade desigual a depender da posição dos países no sistema mundial. As implicações destas mudanças para as políticas econômicas nacionais podem ser resumidas nas seguintes orientações ou exigências: as economias nacionais devem abrir-se ao mercado mundial e os preços domésticos devem tendencialmente adequar-se aos preços internacionais; deve ser dada prioridade à economia de exportação; as políticas monetárias e fiscais devem ser orientadas para a redução da inflação e da dívida pública e para a vigilância sobre a balança de pagamentos; os direitos de propriedade privada devem ser claros e invioláveis; o sector empresarial do Estado deve ser privatizado; a tomada de decisão privada, apoiada por preços estáveis, deve ditar os padrões nacionais de especialização; a mobilidade dos recursos, dos investimentos e dos lucros; a regulação estatal da economia deve ser mínima; deve reduzir-se o peso das políticas sociais no orçamento do Estado, reduzindo o montante das transferências sociais, eliminando a sua universalidade, e transformando-as em meras medidas compensatórias em relação aos estratos sociais inequivocamente vulnerabilizados pela atuação do mercado. Essas lógicas de atuação refletem na forma como a globalização neoliberal instrumentaliza os países do chamado Sul Global (SANTOS, 2005, p. 23) para a estruturação econômica, algo que têm reflexos em toda a lógica estatal e econômica internacional.

Dessa forma, entende-se que o modelo de globalização hegemônica provoca a submissão do Estado ao sistema econômico³⁸. Essa submissão leva à grande dificuldade do Estado Nação com suas constituições lidarem frente a situações desse novo e acelerado fenômeno. A tendência é a hiperventilação dos ordenamentos jurídicos com institutos que fogem completamente da possibilidade institucional de enfrentamento pelo Estado. O desafio que se coloca então é o confronto contra a lógica de atuação do capitalismo internacional, sob pena da perda de garantias que são o fim de existência dos estados constitucionais.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, observa-se que o fenômeno do *sham litigation* cuida-se de um estratagema concorrencial através do uso do direito de ação, configurando-se, com isso, um conflito entre normas constitucionais, ou seja, entre o direito fundamental de ação e o direito a livre concorrência. No entanto, à luz dos princípios constitucionais, sobretudo da unidade da constituição e de sua força normativa, verificou-se que partindo-se de uma compreensão da problematidade da conduta, este viola os valores constitucionais em violação à não somente à ordem econômica assim como à lei antitruste brasileira uma vez que o direito de ação não tem por conteúdo o seu uso para finalidades ilegais.

Apesar disto, ao final do trabalho viu-se que a análise ultrapassa o próprio fenômeno em si, ao passo que serve para contestar as possibilidades e limitações da organização constitucional para responder às novas estratégias do capitalismo internacional. Dessa forma, em um cenário de ordem econômica internacional potencializada, nos parece improvável que as Constituições e os respectivos ordenamentos jurídicos sejam capazes de responder à altura a desapropriação econômica do Estado, mesmo porque esse fenômeno envolve interesses políticos que já mostraram-se acima das ordens jurídicas colocadas. A resposta para tal questão

³⁸ Entende-se que essa é a grande virada do século XX ao XXI. O capitalismo já não joga o jogo do Estado, financiando ditaduras etc, mas sim o submete.

depende do combate à lógica de apropriação do Estado pelo capitalismo global, sem esse enfrentamento as reformas dentro do Estado não passarão de políticas de redução de danos com pouca eficácia temporal e material.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Traduzido por: BINI, Edson. 3 ed. São Paulo: Edipro, 2009.

ALVIM, J. E. Carreira. **Comentários ao Código de Processo Civil Brasileiro**. v I, 1 ed. Curitiba: Ed. Juruá, 2009. p. 68-82.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: Introdução. 7 ed. revista, modificada e aumentada. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 551-589.

AMERICANO, Jorge. **Do Abuso Do Direito No Exercício Da Demanda**. 2 ed muito melhorada. São Paulo: Ed. Saraiva & Comp., 1932.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **O Direito**: Introdução e Teoria Geral. 13 ed. refundida, 5 reimpressão. Coimbra: Almedina, 2011. p. 217 - 240.

BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. **Direito Civil da Propriedade Intelectual – O Caso Da Usucapião De Patentes**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2012.

_____. A Autonomia Negocial Nos Contratos E Impactos De Natureza Existencial: Alguns Tópicos Polêmicos. *In Revista da EMARF*. Rio de Janeiro., v. 14, n.1, p. 179-202, nov. 2010.

BOBBIO, Noberto. **Teoria Do Ordenamento Jurídico**. Tradução de SOLON, Ari Marcelo. 1 ed. São Paulo: EDIPRO, 2011.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**: Teoria Geral Do Direto Processual Civil - 1. 6 ed revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 139-143.

CÂMARA Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. v. I. 21 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 113-130.

CARDOSO, Vladimir Mucury. O Abuso do Direito na Perspectiva Civil-Constitucional. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). **Princípios Do Direito Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.61-109.

CARPENA, Heloísa .O Abuso de Direito no Código Civil de 2002 (art.187): a relativização dos direitos na ótica civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **A Parte Geral do Novo Código Civil: Estudos Na Perspectiva Civil-Constitucional**. 3 ed revista. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 401 - 419.

CARVALHO NETO, Inacio de. **Abuso do Direito**. 3 ed. Curitiba: Ed. Juruá, 2004.

CASADO, Márcio Mello. A Cláusula Geral Da Vedação Ao Abuso De Direito E Sua Aplicação Ao Processo Civil. In: **Revista de Processo**. Rio de Janeiro, Ano 37. v. 209. p. 293-321. Jul, 2012.

CASTRO FILHO, José Olímpio. **Abuso do Direito no Processo Civil**. 2 ed rev. e atual. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1960.

CASTRO, Bruno Braz. "**Sham Litigation**" e o ordenamento jurídico brasileiro. Disponível em <<http://cade.gov.br/news/n024/artigo.htm>.> Acesso em 26 set. 2012

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8 ed., rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 25 ed. revista e atualizada. Ed. Malheiros, 2009. p. 84-93; 253-258; 267-289.

CORDEIRO, António Menezes . **Litigância de Má-Fé, Abuso do Direito de Ação e Culpa** "In Agendo". 2 ed aumentada e atualizada. Coimbra: Almedina, 2011.

_____. **Da Boa-Fé no Direito Civil**. Coleção Teses. Coimbra: Almedina, 2011. p. 661-281.

COSTA E SILVA, Paula. **A Litigância de Má-Fé**. Coimbra: Editora, 2008. p. 15-29; 617-693.

CUNHA SÁ, Fernando Augusto. **Abuso Do Direito**. Coimbra: Almedina, 1997.

DE SOUZA, Eduardo Nunes. Abuso Do Direito: Novas Perspectivas Entre A Licidade E O Merecimento De Tutela. In: **Revista Trimestral De Direito Civil**. Rio de Janeiro, v.50, p. 35-91, abr/jun 2012.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. Volume I. 6ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Editora Malheiros, 2009. p. 302 - 311.

_____. **Instituições de Direito Processual Civil**. Volume II. 6 ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Editora Malheiros, 2009. p. 299-316; 322-336.

FILHO, Carlos Edison do Rêgo Monteiro. Artigo 944 do Código Civil: O Problema Da Mitigação Do Princípio Da Reparação Integral. In: TEPEDINO, Gustavo Tepedino e

FACHIN, Luiz Edson (coordenadores) **O Direito E O Tempo: Embates Jurídicos E Utopias Contemporâneas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 757-796.

FONTES, André. **A Pretensão Como Situação Jurídica Subjetiva**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos Do Antitruste**. 5 ed, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

GOMES, Orlando. **Introdução Ao Direito Civil**. 20 ed, revista, atualizada e aumentada de acordo com o Código Civil de 2002, por BRITO, Edvaldo e BRITO, Reginalda Paranhos de. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 100-106.

GONÇALVES, Camila de Jesus Mello. **Princípio da Boa-Fé - Perspectivas E Aplicações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p.93-139.

GRAU-KUNTZ, Karin. **A Interface Da Propriedade Intelectual Com O Direito Antitruste**. Disponível em <<http://www.ibpibrasil.org/40693/64901.html>>. Acesso em 26 out. 2012.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 15 ed revista e atualizada. São Paulo: Ed. Malheiros, 2012.

GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil: Introdução ao Direito Processual Civil - v I**, 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010. p. 191-195.

JHERING, Rudolf Von. **A Luta Pelo Direito**. 15 ed. Tradução de João Vasconcelos. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1995.

LEWICKI, Bruno. Panorama Da Boa-Fé Objetiva. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.) **Problemas De Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 55-75.

LUHMANN, Niklas. *The World Society as a Social System*. **International Journal of General Systems**, New York. 1982.

MANKIW, N. Gregory. **Introdução à Economia: Princípios De Micro E Macroeconomia**. tradução da 2 ed. original Maria José Cyhlar Monteiro. Rio de Janeiro: Ed. Elsevier, 2001. p. 93-107.

_____. **Princípios de microeconomia**. Tradução da 5 ed norte-americana por Allan Vidigal Hastings, Elisete Paes e Lima; revisão técnica Carlos Roberto Martins Passos, Miguel José Nunes Pinto. São Paulo: Cengage Learning, 2010. p. 89-110.

MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Parte Geral E Processo De Conhecimento. São Paulo: Editora **Revista dos Tribunais**, 2009. p. 58-59; 68-74; 88-91.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Augusto Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Tomo I: arts. 1º a 45. 5 ed. rev. e aumentada. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1996. p.349-381.

NADER, Paulo. **Curso De Direito Civil: Parte Geral - v. 1**. 5 ed. revista atualizada. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008. p.437-442.

_____. **Introdução ao Estudo do Direito**. 29 ed revista e atualizada de acordo com o Código Civil, Lei nº. 10.406, de 10 de jan de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 346-348.

NEGRÃO, Theotonio et. al. **Código De Processo Civil E Legislação Processual Em Vigor**. 42 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

NEGREIROS, Teresa. O princípio da Boa-Fé Contratual. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.) **Princípios Do Direito Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.221-253.

NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia - Introdução ao Direito Econômico**. 6 ed rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 264-285.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 25 ed revista e atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2012.

PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil Na Legalidade Constitucional**. Tradução: Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2008. p.205-223; p. 499-567; p.667-725.

SALGADO, Lucia Helena; ZUCOLOTO, Graziela (coord.). *Study on the Anti-competitive enforcement of intellectual property rights: sham litigation*. Disponível em: http://www.wipo.int/meetings/en/2011/wipo_ig_ge_11/docs/study.pdf . Acesso em 22 de nov. de 2012.

SANTOS, Boaventura de Sousa. OS PROCESSOS DA GLOBALIZAÇÃO. Eurozine. Disponível em: <http://www.eurozine.com/articles/2002-08-22-santos-pt.html>. 2002.

SANTOS, Boaventura de Sousa. A Crítica Da Governação Neoliberal: O Fórum Social Mundial Como Política E Legalidade Cosmopolita Subalterna. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, 72, out 2005: p. 7-44

SCHREIBER, Anderson. Novas tendências da Responsabilidade Civil Brasileira. *In Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*. Ano 6, v. 22. 22 abr a jun de 2005. Rio de Janeiro: Padma. p. 45-69.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 31 ed. rev. e atualizada. Editora Malheiros, 2008. p. 430-433 e 442-444.

SLAWINSKI, Célia Barbosa Abreu. Breves Reflexões Sobre A Eficácia Atual Da Boa-Fé Objetiva No Ordenamento Jurídico brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.) **Problemas De Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 77-109.

SOUZA, Eduardo Nunes de. Abuso Do Direito: Novas Perspectivas Entre A Ilícitude E O Merecimento De Tutela. In: **Revista Trimestral De Direito Civil**. v. 50. abr-jun de 2012. Rio de Janeiro: Padma. p. 35-91.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil Interpretado Conforme A Constituição Da República**. 2 ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. v. I, p. 344-347.

TEPEDINO, Gustavo. **Itinerário Para Um Imprescindível Debate Metodológico**. In RTDC. Editorial, n.35. jan/mar, 2008. Editora PADMA.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso De Direito Processual Civil: Teoria Geral Do Direito Processual Civil E Processo De Conhecimento**. v I. 51 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 63-80.

VARIAN, Hal R. **Microeconomia: Princípios Básicos**. Tradução da 4 ed. americana Ricardo Inojosa. Rio de Janeiro: Campus, 1999. p. 393-479.