



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO

**O EXERCÍCIO ABUSIVO DOS DIREITOS DE AÇÃO E DE PETIÇÃO COM EFEITO
ANTICONCORRENCIAL (*SHAM LITIGATION*)**
Conceito e Concreção no Direito Brasileiro

THIAGO HOLANDA GONZÁLEZ

FORTALEZA - CEARÁ
JULHO/2011

THIAGO HOLANDA GONZÁLEZ

**O EXERCÍCIO ABUSIVO DOS DIREITOS DE AÇÃO E DE PETIÇÃO COM EFEITO
ANTICONCORRENCIAL (*SHAM LITIGATION*)
Conceito e Concreção no Direito Brasileiro**

Monografia submetida à apreciação da Banca Examinadora do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel.

Área de Concentração: Direito Econômico

Orientador: Prof. Dr. Márcio Augusto de Vasconcelos
Diniz

FORTALEZA - CEARÁ

JULHO/2011

THIAGO HOLANDA GONZÁLEZ

**O EXERCÍCIO ABUSIVO DOS DIREITOS DE AÇÃO E DE PETIÇÃO COM EFEITO
ANTICONCORRENCIAL (*SHAM LITIGATION*)
Conceito e Concreção no Direito Brasileiro**

Curso de Graduação em Direito
Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará

Aprovado em: ____/____/____

Banca Examinadora:

Marcio Augusto de Vasconcelos Diniz

Eric de Moraes e Dantas

Tibério Carlos Roberto Pinto

Cada um traz em si o germe de todas as qualidades das pessoas e às vezes se manifesta uma, às vezes outras, e não raro acontece de a pessoa ficar de todo diferente de si mesma, enquanto continua a ser exatamente a mesma. (Liev Tolstói)

DEDICATÓRIA

Aos meus pais, Oscar e Eveline, e aos meus irmãos, Juliana e Rafael, por me darem o chão sem o qual não teria sido possível esta caminhada.

Ao meu filho, Guilherme, que em cada sorriso me passa a força de que preciso para ir sempre adiante.

À minha Rebeca, que, de mãos dadas comigo, nunca me deixa esquecer que eu não estou só.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus parentes e amigos, com quem desfruto momentos de grande satisfação.

Agradeço aos professores Marcio Augusto de Vasconcelos Diniz e Francisco Gérson Marques de Lima, por terem enriquecido minha graduação com sua orientação científica e profissional e por terem me ajudado quando mais precisei.

Agradeço aos professores Álvaro Melo Filho, Fernando Basto Ferraz, Maurício Benevides, Cândido Albuquerque, Bruno Cunha Weyne e Francisco Valfrido Barbosa, pela compreensão e empenho em tonar possível a conclusão da minha graduação.

Agradeço aos amigos José Teles Bezerra Júnior e Mário André Machado Cabral, pela camaradagem e pelo apoio durante toda a minha graduação.

Agradeço aos mestrandos Eric de Moraes e Dantas e Tibério Carlos Roberto Pinto, por terem aceitado compor a Banca Examinadora do meu trabalho de conclusão de curso.

Agradeço a todos os colegas da turma 2011.2, por terem feito da Faculdade de Direito um lugar agradável.

Referência Catalográfica

GONZÁLEZ, Thiago Holanda. **O Exercício Abusivo dos Direitos de Ação e de Petição com Efeito Anticoncorrencial (*sham litigation*)**: conceito e concreção no direito brasileiro. Trabalho de Conclusão do Curso de Direito. Universidade Federal do Ceará. Fortaleza. Atualizado até: 11 jul. 2011.

Palavras-Chaves: Direito Econômico. *Sham Litigation*. Abuso de Direito. Direito de Ação. Direito de Petição. Defesa da Concorrência.

RESUMO

O presente trabalho pretende verificar a aplicabilidade da teoria *sham litigation* no Brasil. Segundo essa teoria, quando um agente econômico utiliza, abusivamente, o direito de ação ou de petição, de modo a impedir ou obstaculizar a entrada ou permanência de outros agentes econômicos em determinado mercado, devem ser aplicadas as sanções previstas na legislação antitruste. Realiza-se, primeiramente, um estudo acerca do conteúdo essencial dos direitos fundamentais de ação e de petição, bem como da possibilidade de se imporem a eles limites e restrições. Nesse ponto, faz-se uma breve análise da teoria dos direitos fundamentais, com ênfase nas noções de suporte fático, de limites e de restrições. Posteriormente, estuda-se a construção da teoria *sham litigation*, apontando-se os critérios desenvolvidos pela jurisprudência estrangeira para identificar o exercício abusivo dos direitos de ação e de petição com efeito anticoncorrencial. Finalmente, tecem-se considerações acerca do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), com o escopo de verificar se o direito brasileiro admite a aplicação da teoria *sham litigation* e quais os contornos que a teoria recebe no Brasil. Conclui-se que o exercício abusivo dos direitos de ação e de petição pode render ensejo às penalidades da legislação antitruste. Porém, os critérios colhidos no direito estrangeiro para a identificação da *sham litigation* não devem assumir ares de definitividade, fazendo-se necessária uma análise percuciente de cada caso concreto.

Palavras-chaves: Direito Econômico. *Sham Litigation*. Abuso de Direito. Direito de Ação. Direito de Petição. Defesa da Concorrência.

ABSTRACT

This paper intends to verify the applicability of the sham litigation theory in Brazil. According to this theory, when an economic agent uses abusively the right of action or petition, in order to prevent or hinder the entry or stay of other economic agents in a given market, must apply the penalties under the antitrust law. Held first a study of the essential content of fundamental rights of action and petition, as well as the possibility of imposing limits and restrictions to them. At this point, it is a brief analysis of the theory of fundamental rights, with emphasis on notion of factual support, limits and restrictions. Later, study the construction of the sham litigation theory, pointing out the criteria developed by foreign jurisprudence to identify the abusive exercise of rights of action and petition with anticompetitive effect. Finally, weave considerations about the Brazilian System for Protection of Competition (SBDC), with the aim of verifying that the Brazilian law permits the application of the sham litigation theory and which outlines the theory given in Brazil. We conclude that the abusive exercise of rights of action and petition may render opportunity to antitrust penalties. However, the criteria collected in foreign law to identify the sham litigation should not assume an air of definitive, making necessary an insightful analysis of each case.

Keywords: Economic Law. Sham Litigation. Abuse of Rights. Right of Action. Right of Petition. Antitrust.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 O A CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS DE AÇÃO E DE PETIÇÃO: UMA BUSCA DO CONTEÚDO ESSENCIAL	13
1.1 O direito de ação	13
1.2 O direito de petição	19
2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE AÇÃO E DE PETIÇÃO	22
2.1 Direitos fundamentais: considerações sobre as noções de suporte fático e restrição.....	22
2.2 O exercício abusivo dos direitos de ação e de petição com efeito anticoncorrencial diante das noções de suporte fático e de restrição	26
2.3 Um olhar para a jurisprudência.	29
3 A TEORIA <i>SHAM LITIGATION</i> E O DIREITO BRASILEIRO	34
3.1 Considerações gerais sobre a defesa da concorrência no Brasil.....	34
3.2 A Lei n. 8.884/94 e a aplicabilidade da teoria <i>sham litigation</i> no direito brasileiro.....	37
CONCLUSÃO.....	42
REFERÊNCIAS.....	44

INTRODUÇÃO

O desenvolvimento das legislações antitruste, ocorrido nos diversos países de viés capitalista, faz com que alguns agentes econômicos realizem condutas ilícitas distintas das tradicionais (trustes, cartéis, entre outras), mas que visam ocultar práticas anticoncorrenciais de igual gravidade. Melhor ainda, para os que adotam práticas anticompetitivas, se tais condutas puderem-se revestir de uma forte aparência de legalidade, abraçadas a direitos constitucionais fundamentais, alicerces do Estado Democrático de Direito: os direitos de ação e de petição. Do conflito de direitos fundamentais previstos constitucionalmente (os direitos de ação e de petição, de um lado, e a livre concorrência e a livre iniciativa, de outro), surgem instigantes questionamentos, sobre os quais aqui nos debruçamos. Podem empresas utilizar-se dos direitos de ação e de petição com o intuito de impedir a entrada de empresas concorrentes no mercado? Como identificar, em cada caso concreto, o abuso desses direitos? Podem ser aplicadas as sanções previstas na legislação antitruste nessas hipóteses?

Casos concretos que envolveram essas questões foram enfrentados pelo direito estrangeiro nos últimos anos, tendo surgido, notadamente no direito norte-americano, ferramentas jurídicas voltadas a solucioná-los. O objetivo do presente estudo é analisar, na doutrina e na jurisprudência, nacionais e estrangeiras, as teorias desenvolvidas para o combate ao exercício abusivo dos direitos de ação e de petição com efeito anticoncorrencial (*sham litigation*), e perquirir a possibilidade e a medida de sua aplicação no direito brasileiro. Por se tratar de uma colisão entre direitos fundamentais, procurar-se-á apontar entendimentos do Supremo Tribunal Federal acerca de cada um deles. As normas de direitos fundamentais regulam de forma extremamente aberta questões controversas de alta complexidade. Daí a importância da jurisdição constitucional na criação de determinações dentro do

campo de possibilidades fornecido pela Constituição, como forma de atualização do significado mesmo dos direitos fundamentais.

A relevância do tema é notória, uma vez que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) tem enfrentado a questão em seus processos administrativos, e sinalizado, não sem dificuldades, para o reconhecimento da *sham litigation*. Tudo indica que, em breve, o Judiciário deparar-se-á com a matéria, sendo necessária a difusão dos problemas e das teorias existentes, a fim de que os julgadores estejam preparados para enfrentá-la com profundidade e maturidade.

No capítulo um, realiza-se um estudo da construção histórica dos direitos de ação e de petição, separadamente, reservando-se, para cada um deles, um tópico próprio. Busca-se observar, com essa análise, como o direito de ação e o direito de petição foram inseridos no ordenamento jurídico brasileiro, e como têm sido interpretados pela doutrina e pela jurisprudência. Ao final do capítulo, pode-se ter noção do que compõe o conteúdo essencial desses direitos, possibilitando-se a verificação, nos capítulos subsequentes, de seus limites e restrições.

No capítulo dois, o objeto da análise é a teoria dos direitos fundamentais. São abordadas, inicialmente, as noções de suporte fático e de restrição de direitos fundamentais. Verifica-se que há, na doutrina, um debate acerca da viabilidade do suporte fático amplo ou restrito na aplicação dos direitos fundamentais, ou da melhor adequação da teoria externa ou interna, quanto às restrições ou aos limites dos direitos fundamentais. Em seguida, traz-se o confronto teórico acima mencionado para a hipótese de exercício abusivo dos direitos de ação ou de petição com efeito anticoncorrencial, demonstrando-se que, independentemente do posicionamento doutrinário adotado, é possível a limitação ou restrição desses direitos, a ensejar a aplicação das sanções previstas na legislação antitruste.

Constatada a viabilidade da aplicação das sanções das normas de defesa da concorrência em função do exercício abusivo dos direitos de ação ou de petição, dedica-se o terceiro capítulo a um estudo da jurisprudência, nacional e estrangeira, envolvendo a matéria. Almeja-se, nesse ponto, reunir os critérios que podem ser utilizados para a identificação do abuso dos direitos de ação e de petição em detrimento da livre concorrência. Verifica-se que, desde a década de 1960, a

Suprema Corte norte-americana tem enfrentado o tema. Selecionados julgados paradigmáticos, percebe-se que, inicialmente, a Corte reconheceu uma imunidade do direito de petição (*right of petition*) à legislação antitruste, desenvolvendo a chamada *Noerr-Pennington doctrine*. Todavia, ao longo dos anos, a Corte norte-americana mudou de entendimento, passando a admitir a aplicação das sanções previstas na lei antitruste aos casos de abuso de direito de ação ou de petição, desde que observados determinados critérios (teoria *sham litigation*), que oportunamente serão explicitados. Esse, inclusive, foi o posicionamento firmado pela Comissão Europeia, em importante julgamento no ano de 2005. No Brasil, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), recentemente, deparou-se com a matéria pela primeira vez, opinando a Secretaria de Direito Econômico (SDE) e a Procuradoria Federal junto ao CADE.

No quarto capítulo, empreende-se um estudo sobre o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC). Tendo sido a teoria *sham litigation* desenvolvida, essencialmente, pela jurisprudência e pela doutrina estrangeira, sua incorporação ao sistema jurídico brasileiro não prescinde da análise dos princípios que regem a regulação da concorrência no Brasil e do correto entendimento da legislação antitruste. A partir disso, têm-se elementos bastantes para atingir o objetivo principal desse trabalho, qual seja perquirir se é possível a aplicação da teoria *sham litigation* no Brasil, bem como em que termos se dá sua incorporação ao sistema jurídico brasileiro.

1 A CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS DE AÇÃO E DE PETIÇÃO: UMA BUSCA DO CONTEÚDO ESSENCIAL

Analisa-se, no vertente trabalho, a possibilidade de se aplicar, no Brasil, uma teoria que, atendidos determinados requisitos, permite impor sanções ao exercício abusivo do direito de ação ou do direito de petição. Torna-se, assim, fundamental que se busque o conteúdo essencial desses direitos. Perceba-se que a verificação do caráter abusivo de um direito pressupõe a delimitação de seu conteúdo. Isso envolve, naturalmente, não só conceitos doutrinários; é preciso que se faça um resgate histórico, associando sempre o conteúdo do direito às questões práticas sobre os quais deve incidir. Ademais, não se pode perder de vista a coerência que as normas jurídicas devem guardar entre si e com o ordenamento jurídico como um todo.¹ Nesse ponto, ganha relevo a atuação dos tribunais, sobretudo do Supremo Tribunal Federal, a conferir, por meio da interpretação das normas, dinamismo ao sistema jurídico. Observados esses aspectos, passa-se à busca do conteúdo essencial do direito de ação e do direito de petição.

1.1 O direito de ação

Com a consolidação do Estado Liberal, no século XVIII, e a elaboração do modelo de Estado de Direito, percebeu-se a necessidade de se lançar mão de mecanismos que, conquanto sem fomentar a intervenção estatal nas relações privadas, dotassem de coercitividade as normas postas pelo legislador. A partir do momento em que o Estado proíbe a autotutela privada, assumindo o monopólio da jurisdição, recebe o dever de garantir, ao titular de um direito lesado, a possibilidade de pleitear o ressarcimento do dano sofrido.²

¹ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6 ed. Brasília: UnB, 1995, p. 71.

² DIDIER JÚNIOR, Fredie. Notas sobre a garantia constitucional do acesso à justiça: o princípio do direito de ação ou da inafastabilidade do Poder Judiciário *in* **Revista de Processo**. a. 27. n. 108. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 23.

O Estado de Direito, desenvolvido com base nos ideais liberais, promoveu uma rígida separação entre o Estado, de um lado, e a sociedade e a economia, de outro, cabendo àquele garantir a inviolabilidade da liberdade do indivíduo, contra a qual nem mesmo ele, Estado, poderia atentar. Acerca desse modelo, explica Gilberto Bercovici:

No Estado de Direito, as regras jurídicas estabelecem padrões de conduta ou comportamento e garantem também uma distanciação e diferenciação do indivíduo, por meio do Direito, perante os órgãos públicos, assegurando-lhe um estatuto subjetivo essencialmente caracterizado pelos direitos e garantias individuais.³

Ao mesmo tempo em que se garantia a liberdade dos indivíduos, inseriu-se, com apoio nas ideias de Rousseau, a concepção de igualdade, que, embora fosse estritamente formal, acarretava a rejeição ao absolutismo e ao “direito divino dos reis”. Segundo Marcio Augusto de Vasconcelos Diniz, o essencial, para Rousseau, era buscar um modo de organização política que, conquanto universal, protegesse a todos os indivíduos associados e resguardasse os seus direitos naturais à liberdade e à igualdade.⁴

Diante do modelo político acima delineado, o direito de ação ganhou contornos específicos, a partir de sua dissociação do direito material. Como assevera Luiz Guilherme Marinoni, o direito de ação passa a ser concebido como “direito de pedir à Jurisdição a realização do direito material que fora negado pelo obrigado”. Afirma ainda o autor que, no que pese, já nessa época, ser o direito de ação dirigido contra o Estado, era tomado, tão-somente, como uma garantia das posições materiais conferidas aos cidadãos pelo Estado-burguês, servindo de instrumento da liberdade, da propriedade e do mercado, mediante a outorga do equivalente em dinheiro ao credor que não tivera seu direito de crédito adimplido.⁵

Da concepção do direito de ação como direito à resolução do mérito da demanda decorre a identificação, pelos processualistas, de seu caráter *autônomo* (já que não se confunde com o direito material discutido) e *abstrato* (pois seu exercício

³ BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**. a 36. n. 142. abr./jun. Brasília, 1999, p. 37.

⁴ DINIZ, Marcio Augusto de Vasconcelos. **Sociedade e Estado no Pensamento Político Contemporâneo**. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 1999, p. 29.

⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **O direito de ação na Constituição Brasileira**. Disponível em <http://www.professormarinoni.com.br/principal/home/?sistema=conteudos|artigos&cod_categoria=artigos>. Acesso em: 30 de dez. 2010, p. 2.

não se sujeita à existência de um direito material). Essa conformação do direito de ação, que teve como propulsor Enrico Tullio Liebman,⁶ ainda hoje, é a mais aceita pelo direito ocidental, como assinala Humberto Theodoro Júnior:

Daí por que, modernamente, prevalece a conceituação da ação como um *direito público subjetivo* exercitável pela parte para exigir do Estado a obrigação da prestação jurisdicional, pouco importando seja esta de amparo ou desamparo à pretensão de quem o exerce. É, por isso, *abstrato*. E, ainda, é *autônomo*, porque pode ser exercitado sem sequer relacionar-se com a existência de um direito subjetivo material, em casos como o da ação declaratória negativa. É, finalmente, *instrumental*, porque se refere sempre a decisão a uma pretensão ligada ao direito material (positiva ou negativa).⁷

A Constituição Federal de 1988 prevê o direito de ação, em seu art. 5º, XXXV, que possui a seguinte redação: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito”. Com esse dispositivo, ampliou-se o conteúdo do direito de ação, uma vez que, nas constituições anteriores - desde a de 1946, quando foi expresso pela primeira vez por uma constituição brasileira -, dispunha-se que a lei não poderia excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual.⁸ Acrescentou, destarte, o constituinte de 1988, a possibilidade de se recorrer à Jurisdição em face de violação de direitos coletivos e difusos, bem como diante da simples ameaça de lesão a qualquer direito.

Buscando fixar o conteúdo e o alcance do direito de ação, o Supremo Tribunal Federal atuou, em 1995, no sentido de afirmar o princípio da proibição de negação de tutela jurisdicional. No voto do Ministro Relator Marco Aurélio, restaram consignadas as seguintes palavras:

Tenho sustentado que a garantia de acesso ao Judiciário não se limita à simples admissibilidade da ação. É preciso que na tramitação desta sejam observadas as normas que disciplinam a atuação do Estado-juiz. Não se

⁶ Como observa Fredie Didier Júnior, embora Liebman possa ser considerado abstrativista – em contraposição aos concretistas, segundo os quais o direito de ação, conquanto autônomo, só existiria se o autor tivesse o direito material –, sua concepção eclética fornece um certo temperamento ao caráter abstrato, no que concerne ao momento de verificação das condições da ação. (DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 10 ed. v. 1. Salvador: Jus Podivm, 2008, p. 167-74).

⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 50 ed. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 57.

⁸ Art. 141, §4º, Art. 150, §4º, e Art. 153, §4º, das Constituições de 1946 e 1967, e Emenda Constitucional n. 1, de 1969, respectivamente.

coaduna com a citada garantia a entrega da prestação jurisdicional de forma incompleta.⁹

Luiz Guilherme Marinoni identifica, nas normas que proíbem o juiz de negar resposta ao pedido de resolução da lide e que proíbem o legislador de definir matérias não jurisdicionlizáveis, duas consequências da visão tradicional do direito de ação.¹⁰ Com o desenvolvimento do Estado Social, no decorrer do século XX, passou-se a exigir do Estado prestações capazes de promover a modificação das condições sociais, a partir do reconhecimento das desigualdades econômicas, a ensejar um tratamento jurídico igualmente diferenciado: abandona-se a concepção de igualdade formal e passa-se a perseguir a igualdade material. Naturalmente, essa mudança de perspectiva do papel do Estado desencadeou avanços no âmbito do direito de ação. Percebeu-se, assim, que se não bastava garanti-lo; era necessário combater os obstáculos que, no plano fático, impunham-se ao exercício do referido direito, sobretudo os de cunho econômico. Com a agregação desse novo elemento, mudou-se o conteúdo mesmo do direito de ação, que passou a ser tido, de acordo com Marinoni, “como ‘direito de acesso à Justiça’”.¹¹

Seguindo esse panorama, a Constituição Federal de 1988 previu, para dar concretização ao direito de ação, uma série de mecanismos de acesso à Justiça, tais quais os Juizados Especiais, com procedimentos simplificados (art. 98, I), a assistência jurídica gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos (art. 5º, LXXIV) e a Defensoria Pública (art. 134). O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, em diversas decisões ao longo das últimas três décadas, entendeu serem inconstitucionais leis que previam critérios abusivos de cálculos de taxas judiciárias para o exercício do direito de ação.¹² A pacificação da matéria deu origem à Súmula n. 667 do STF, segundo a qual “viola a garantia constitucional de acesso à jurisdição a taxa judiciária calculada sem limite sobre o valor da causa”. No mesmo sentido é o teor da Súmula Vinculante n. 28: “É inconstitucional a exigência de depósito prévio

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 172.084. Rel. Min. Marco Aurélio. Brasília, DJ 09-12-1994, Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 08 jul. 2011.

¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. Op. Cit., p. 3-4.

¹¹ Id. Ibid., p. 5.

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Representação de Inconstitucionalidade 1.077/RJ. Rel. Min. Moreira Alves. Brasília, DJ 28.09.1984; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI/MC 1.651/PB. Rel. Min. Sydney Sanches. Brasília, DJ 11.09.1998; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI/MC 1926/PE. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, DJ 10.09.1999; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 948/GO. Rel. Min. Francisco Resek. Brasília, DJ 17.03.2000. Disponíveis em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 08 jul 2011.

como requisito de admissibilidade de ação judicial na qual se pretenda discutir a exigibilidade de crédito tributário”.

Outro aspecto relevante, concernente à ampliação do acesso à Justiça, diz respeito à desnecessidade de se buscar a via administrativa anteriormente ao exercício do direito de ação. Em recente julgamento, o Supremo Tribunal Federal apreciou a matéria e confirmou o entendimento já consolidado na Corte.¹³ Em seu voto, o Ministro Relator Marco Aurélio assim se pronunciou:

No inciso XXXV do art. 5º, previu-se que ‘a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito’. Poder-se-ia partir para a distinção, colocando-se, em planos diversos, a exclusão propriamente dita e a condição de esgotar-se, antes do ingresso em juízo, uma determinada fase. Todavia, a interpretação sistemática da Lei Fundamental direciona a ter-se o preceito com outro alcance, *o que é reforçado pelo dado histórico, ante a disciplina pretérita*. O próprio legislador constituinte de 1988 limitou a condição de ter-se o exaurimento da fase administrativa, para chegar-se à formalização de pleito no Judiciário. Fê-lo no tocante ao desporto, (...) no § 1º do art. 217 (...). Vale dizer que, sob o ângulo constitucional, o livre acesso ao Judiciário sofre uma mitigação e, aí, consubstanciando o preceito respectivo exceção, cabe tão só o empréstimo de interpretação estrita.¹⁴ (Grifo nosso).

Neste ponto, vale ressaltar que todas as interpretações realizadas pela Suprema Corte, que bem serviram à fixação da amplitude e do conteúdo do direito de ação, tal qual previsto pela Constituição Federal de 1988, servem à proteção *in abstracto* desse direito. É dizer: o alargamento do conteúdo do direito de ação, com o acoplamento de novos elementos de cunho social, voltados à promoção do acesso à Justiça, visam a possibilitar que todos os indivíduos, independentemente de sua condição social, possam pleitear, perante o Estado-juiz, a satisfação de um direito que lhes foi negado.

O constituinte de 1988, ao dispor sobre o direito de ação, o faz sob uma visão histórica, a ele agregando características oriundas de seu desenvolvimento nos países de cultura ocidental. Considerada a carga axiológica que ganhou o direito de ação, a partir de sua definição como o direito ao acesso à Justiça, bem como

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIs nº 2139-MC e 2130-MC. Rel. Min. Marco Aurélio. Brasília, DJ 23-10-2009, Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 08 jul. 2011.

¹⁴ O “dado histórico, ante a disciplina pretérita” a que se refere o Ministro Marco Aurélio diz respeito ao conteúdo do art. 153, §4º, CF/67, que, com a redação conferida pela Emenda à Constituição n. 7/77, passou a ter o seguinte teor: “o ingresso em juízo poderá ser condicionado a que se exauram previamente as vias administrativas, desde que não exigida garantia de instância, nem ultrapassado o prazo de cento e oitenta dias para a decisão sobre o pedido”.

verificada a localização que foi conferida ao dispositivo que o prevê (Título II da Constituição Federal de 1988: “Dos direitos e garantias fundamentais”) não restam dúvidas de que o direito de ação deve ser visto como um direito fundamental.¹⁵

Nesse sentido, escreve José de Albuquerque Rocha:

Pois bem, o direito das partes de pedir a atividade jurisdicional do Estado e de participar necessariamente de seu desenvolvimento processual, tendo em vista a obtenção de proteção relativamente de uma situação jurídica subjetiva ou objetiva, violada ou ameaçada de violação, afirmada no processo, é o que denominamos de *direito fundamental à prestação jurisdicional* ou *direito de ação*. A definição mostra-nos que se trata de direito fundamental.¹⁶

O Supremo Tribunal Federal, ao interpretar a norma constitucional, também deixou consignado o direito de ação como direito fundamental: “A Constituição da República estabeleceu que o acesso à justiça e o direito de petição são direitos fundamentais (art. 5º, XXXIV, a, e art. XXXV)”.¹⁷

Como se pode perceber, o reconhecimento do direito de ação como direito fundamental não é novidade no Brasil. Entretanto, poucas vezes nos deparamos com circunstâncias em que os efeitos dessa caracterização são, de fato, analisados. Porque utilizado para conduzir os demais direitos a aplicações em casos concretos, não é corriqueira a discussão sobre o próprio direito fundamental de ação, sobretudo no que concerne ao comportamento que assume em relação aos demais direitos fundamentais. Ocorre que, uma vez identificado um direito fundamental de ação, não se pode excluí-lo da incidência das questões oriundas da atual teoria dos direitos fundamentais, ou mesmo imaginá-lo uma categoria à parte, com aplicação diversa da dos demais. Fica clara, portanto, a necessidade de se perquirir acerca do suporte fático, das restrições eventualmente existentes e da maneira adequada de aplicar o

¹⁵ Seja sob o prisma formal, seja sob o aspecto material, trata-se o direito de ação de um direito fundamental. Acerca da distinção sobre direitos fundamentais em sentido formal e material, confirmam-se as seguintes palavras de Ingo Wolfgang Sarlet: “De modo geral, os direitos fundamentais em sentido formal podem, na esteira de Konrad Hesse, ser definidos como aquelas posições jurídicas da pessoa – na sua dimensão individual, coletiva ou social – que, por decisão expressa do Legislador-Constituinte foram consagradas no catálogo dos direitos fundamentais (aqui considerados em sentido amplo). Direitos materiais são aqueles que, apesar de sua nomenclatura fora do catálogo, por seu conteúdo e por sua importância podem ser equiparados aos direitos formalmente (e materialmente) fundamentais.” (SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 80).

¹⁶ ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria Geral do Processo**. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 164.

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AO nº 1531-AgR. Rel. Min. Carmen Lúcia. Brasília, DJ 01-07-2009, Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 07 jul. 2011.

direito fundamental de ação, notadamente quando em colisão com outros direitos fundamentais.

1.2. O direito de petição

O direito de petição configura um clássico direito fundamental, presente em Declarações de Direitos desde o Bill of Rights, de 1769. Segundo José Afonso da Silva, já na Magna Carta de 1215 havia uma insinuação do *right of petition*. Acerca da origem desse direito, escreve o autor:

Consistia, inicialmente, em simples direito de o Grande Conselho do Reino, depois o Parlamento, pedir ao Rei sanção das leis. Não foi, porém, previsto na Declaração francesa de 1789. Veio a constar, enfim, das Constituições francesas de 1791 (§3º do título I: *La liberté d'adresser aux autorités constituées des pétitions signées individuellement*) e de 1793 (Declaração de Direitos, art. 32: *Le droit de présenter des pétitions aux dépositaires de l'autorité publique ne peut, en aucun cas, être interdit, suspendu ni limité*)¹⁸

No Brasil, todas as Constituições previram o direito de petição.¹⁹ Na Constituição Federal de 1988, decorre esse direito da norma contida no art. 5º, XXXIV, “a”, que assegura a todos, independentemente do pagamento de taxas, “o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder”. José dos Santos Carvalho Filho ressalta a amplitude do direito de petição. Para o autor, quando a Constituição refere-se à “defesa de direitos”, não discrimina quais os direitos a ser protegidos, o que permite a interpretação segundo a qual estão abrangidos direitos individuais ou coletivos, próprios ou de terceiros, desde que possa refletir o poder jurídico do indivíduo de dirigir-se aos órgãos públicos e deles obter resposta.²⁰

José Afonso da Silva percebe, no direito de petição, dois possíveis aspectos: a) pode revestir-se do caráter de queixa ou reclamação ou; b) pode consistir apenas na manifestação da liberdade de opinião, consistindo, nesse caso, em uma

¹⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 29 ed. São Paulo: 2007, p. 442-443.

¹⁹ Constituição de 1824, art. 179, n. 30; Constituição de 1891, art. 72, *caput*; Constituição de 1934, art. 113, n. 10; Constituição de 1937, art. 122, n. 7; Constituição de 1946, art. 141, §37; Constituição de 1967/69, art. 150, §30; Constituição de 1988, art. 5º, XXXIV (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 611).

²⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 21 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 901.

informação ou aspiração.²¹ De todo modo, verifica-se que o exercício do direito de petição é uma importante ferramenta de participação popular nos negócios públicos. Por meio dele a população estabelece contato direto com os Poderes Públicos, para esclarecer pontos obscuros na administração da coisa pública, para requerer providências necessárias ou mesmo para apresentar sugestões. O Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de esclarecer, em seus julgados, o conteúdo do direito de petição, conforme se depreende da leitura da seguinte ementa:

O direito de petição, presente em todas as Constituições brasileiras, qualifica-se como importante prerrogativa de caráter democrático. Trata-se de instrumento jurídico-constitucional posto à disposição de qualquer interessado – mesmo daqueles destituídos de personalidade jurídica –, com a explícita finalidade de viabilizar a defesa, perante as instituições estatais, de direitos ou valores revestidos tanto de natureza pessoal quanto de significação coletiva. Entidade sindical que pede ao Procurador-Geral da República o ajuizamento de ação direta perante o STF. *Provocatio ad agendum*. Pleito que traduz o exercício concreto do direito de petição. Legitimidade desse comportamento.²² (Grifo nosso).

No que pese a importância do direito de petição, doutrina e jurisprudência não deixam de observar a necessidade de se respeitarem os limites e restrições ao exercício desse direito. Significa dizer que há uma preocupação em evitar o abuso do direito de petição. Nesse sentido, Gilmar Ferreira Mendes assinala que “o pedido de proteção muitas vezes contém pretensão indevida ou juridicamente vedada”.²³ O Supremo Tribunal Federal também deixou clara a vedação do exercício abusivo do direito de petição:

Habeas corpus. Demora de julgamento do habeas corpus no Superior Tribunal de Justiça. Inocorrência. Pedido de liberdade provisória já apreciado em outro writ nesta Suprema Corte. 1. Eventual delonga para o julgamento do mérito do habeas corpus pelo Superior Tribunal de Justiça justifica-se, principalmente, em razão de ter sido interposto, pelo paciente, agravo regimental contra a decisão que indeferiu o pedido de liminar. Esse fato causou, sem dúvida, relativo desvio da marcha processual. **2. O direito de petição e o acesso ao Poder Judiciário para reparar lesão ou ameaça a direito são garantias previstas na Constituição Federal. Contudo, o exercício abusivo desses direitos acaba por atrapalhar o bom andamento de ações que deveriam ser ininterruptas e mais céleres possíveis, justamente para garantir ao jurisdicionado a efetiva prestação da tutela pretendida.** 3. Quanto ao pedido alternativo de liberdade provisória, esta Suprema Corte já apreciou o mesmo pedido formulado pelo paciente no HC nº 92.839/SP, de minha relatoria, tendo a

²¹ SILVA, José Afonso da. Op. Cit., 2007, p. 443.

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI/MC 1.247. Rel. Min. Celso de Mello. Brasília, DJ 08.09.1995.

²³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. Cit., 2009, p. 613.

ordem sido denegada, à unanimidade. 4. Habeas corpus denegado.²⁴ (Grifo nosso).

Destarte, não há dúvidas de que o direito de petição consiste em um direito fundamental de suma importância para a inclusão da população na administração dos negócios públicos. Contudo, não se pode perder de vista o sentido e o alcance de seu conteúdo, nem tampouco a sua finalidade dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Isso implica, necessariamente, a rejeição ao exercício abusivo desse direito, como ocorre nos casos em que é utilizado para obstaculizar o andamento de procedimentos administrativos, conforme observou o Supremo Tribunal Federal, no julgamento acima destacado. De todo modo, a constatação de que o direito de petição, assim como o direito de ação, possui natureza de direito fundamental, impõe que se faça, antes de adentrar no objetivo principal desse trabalho, um breve estudo acerca das restrições e limites aos direitos fundamentais.

²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 94.170/SP. Rel. Min. Menezes Direito. Brasília, DJ 08.08.2008.

2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE AÇÃO E DE PETIÇÃO

O objetivo primordial desse trabalho é analisar o conceito e a concreção da teoria *sham litigation* no direito brasileiro. Como já restou assinalado, essa teoria consiste, em síntese, na possibilidade de se aplicar, mediante a observação de determinados critérios, as penalidades da legislação antitruste ao agente econômico que exercer de modo abusivo o direito de ação ou o direito de petição, visando a impedir ou obstaculizar a entrada ou permanência de concorrente no mercado. Há, assim, uma discussão de fundo acerca da colisão desses direitos fundamentais com dos direitos à livre iniciativa e à livre concorrência, razão pela qual se passa a tecer algumas considerações necessárias acerca sobre o tema.

2.1 Direitos fundamentais: considerações sobre as noções de suporte fático e restrição

Ao se pretender realizar uma análise sobre o conteúdo e as restrições de determinado direito fundamental, há de se entender, inicialmente, o conceito de suporte fático e as implicações resultantes da aceitação de um suporte fático *amplo* ou *restrito*. A idéia de suporte fático diz respeito à previsão de determinados atos ou fatos que, caso ocorram no plano concreto, acarretam uma consequência jurídica.¹ Todavia, para definir o suporte fático de um direito fundamental, não basta que se averiguem quais atos, estados ou posições jurídicas são protegidos. Impõe-se acrescentar, ainda, a caracterização daquilo contra o que se protege,² haja vista ser a consequência jurídica, em regra, a cessação de uma intervenção, particular ou

¹ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 67.

² A idéia também está presente em Jürgen Schwabe, como se pode verificar: “Em relação ao âmbito de proteção de determinado direito individual, faz-se mister que se identifique não só o objeto da proteção (O que é efetivamente protegido?), mas também contra que tipo de agressão ou restrição se outorga essa proteção”. (SCHWABE, Jürgen. *Probleme der Grundrechtsdogmatik* *apud* MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 329).

estatal.³ Note-se que, sendo assim, não se confundem os conceitos de suporte fático e de âmbito de proteção.⁴ Este consiste na definição dos bens protegidos pelo direito fundamental em questão, colocando-se como um elemento – não o único – do suporte fático.

Para Robert Alexy, as possíveis relações entre âmbito de proteção e intervenção são suficientes para preencher a noção de suporte fático.⁵ Já Virgílio Afonso da Silva propõe agregar ao modelo do jurista alemão um terceiro elemento, qual seja a ausência de fundamentação constitucional para a intervenção. Diante disso, o autor brasileiro elabora a seguinte construção:

Se *x* é algo garantido pelo âmbito de proteção de algum direito fundamental (APx) e se não há fundamentação constitucional para uma ação estatal que intervém em *x* (não-FC(IE_x)), então, deverá ocorrer a consequência jurídica prevista pela norma de direito fundamental para o caso de *x* (CJ_x).⁶

Os elementos acima identificados nos fornecem uma noção adequada sobre o que seja suporte fático dos direitos fundamentais. No entanto, importantes consequências exsurgem da diferenciação entre suporte fático *amplo* e suporte fático *restrito*.⁷

O modelo de suporte fático restrito caracteriza-se, sobretudo, por não garantir algumas ações, estados ou posições jurídicas que poderiam ser, *in abstracto*, subsumidas no âmbito de proteção do direito fundamental. Admite-se, assim, que haja exclusões *a priori* de condutas do âmbito de proteção dos direitos

³ SILVA, Virgílio Afonso da. Op. Cit., 2010, p.71.

⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 302.

⁵ Id. Ibid., p. 302-307.

⁶ (Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. Op. Cit., 2010, p. 75). Não obstante diferencie seu modelo de suporte fático dos de Robert Alexy e Martin Borowski, Virgílio Afonso da Silva ressalta que ambos também observaram a questão da ausência de fundamentação constitucional, sem incluí-la, no entanto, no conceito propriamente dito de suporte fático.

⁷ Sobre as implicações práticas da definição de um modelo amplo ou restrito de suporte fático, assinala Virgílio Afonso da Silva: “Assim, as consequências do que se entende por suporte fático e, sobretudo, de sua extensão são enormes e de vital importância na teoria e na prática dos direitos fundamentais. E essas consequências não são somente o incluir determinada conduta no suporte fático ou dele a excluir. Embora essa já fosse, em si, uma consequência prática de grande importância, há outras que, a despeito de seu significado, costumam passar despercebidas. A forma de aplicação dos direitos fundamentais – subsunção, sopesamento, concretização ou outras – depende da extensão do suporte fático; a própria possibilidade de restrição a direitos fundamentais pode depender do que se entende por suporte fático; a existência de colisões entre direitos fundamentais, às vezes tida como pacífica em muitos trabalhos e decisões judiciais, depende também de uma precisa determinação do conceito de suporte fático”. (Id. Ibid., p. 68).

fundamentais.⁸ O modelo de suporte fático *amplo*, por seu turno, não considera definitiva a demarcação do âmbito de proteção ou o conceito de intervenção, mas sim a argumentação possível no âmbito da fundamentação constitucional das intervenções.⁹ Destarte, qualquer que seja a ação, o estado ou a posição jurídica, inserir-se-á no âmbito de proteção, desde que tenha alguma característica que, isoladamente considerada, faça parte do “âmbito temático” do direito fundamental, a despeito da existência de quaisquer outras variáveis.¹⁰ A tomada de um suporte fático amplo tem repercussão não somente na amplitude do âmbito de proteção, mas também naquilo que se tem por intervenção, que deverá ter sua extensão ampliada. Assim, atos estatais que, para o modelo de suporte fático restrito, seriam meras *regulações*, aptas a *conformar* o direito fundamental mesmo, passam a também ser vistos como *restrições*, que serão legítimas caso haja uma fundamentação constitucional plausível, ancorada nos critérios de solução de conflitos e colisões de direitos fundamentais.

A análise das restrições aos direitos fundamentais, por sua vez, é realizada sob o ângulo de duas teorias: a teoria *interna* e a teoria *externa*. A primeira afirma que os limites de um determinado direito fundamental são imanentes, indissociáveis do próprio direito.¹¹ Desse modo, o conteúdo do direito já se mostra conformado por determinados limites.¹² Nas palavras de Martin Borowski, “*según la teoría de los derechos no limitables, o teoría interna de los derechos, existe desde un inicio el derecho com su contenido determinado*”.¹³ Já a segunda – teoria externa –

⁸ Id. Ibid., p. 79-80.

⁹ Id. Ibid., p. 94.

¹⁰ Id. Ibid., p. 109.

¹¹ A doutrina brasileira, em geral, confere esse significado à expressão “limites imanentes”. José Joaquim Gomes Canotilho aponta serem os direitos e os respectivos limites, na perspectiva da teoria interna, imanentes a qualquer posição jurídica. Assim, para o autor português, “o conteúdo definitivo de um direito é, precisamente, o conteúdo que resulta desta compreensão do direito ‘nascido’ com limites”. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Dogmática de direitos fundamentais e direito privado in SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 349). Ingo Wolfgang Sarlet (SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. Cit.*, 2009, p. 388) e Virgílio Afonso da Silva (SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. Cit.*, 2010, p. 166-67) ressaltam, entretanto, que sentido atribuído por Canotilho à expressão “limites imanentes” não é o mesmo conferido pela doutrina, em geral. Para Virgílio, “o ponto central no argumento de Canotilho é a utilização da expressão ‘limites imanentes’ não como limites apriorísticos revelados pelo intérprete, mas como produto de sopesamento entre direitos colidentes”. (Id. Ibid., p. 166). Nesse ponto, o professor brasileiro reporta-se a algumas referências que Canotilho faz, ao mesmo tempo, a limites imanentes, a colisões entre direitos e a restrições externas. (Id. Ibid., p. 166).

¹² SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. Cit.*, 2009, p. 388.

¹³ BOROWSKI, Martin. La restricción de los derechos fundamentales *in Revista Española de Derecho Constitucional*. v. 20. n. 59. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, p. 32.

contrapõe-se à teoria interna, uma vez que distingue os direitos fundamentais das restrições que a eles são impostas.¹⁴ Como bem assevera Virgílio Afonso da Silva, “as restrições, qualquer que seja sua natureza, não têm influência no conteúdo do direito, podendo apenas, no caso concreto, restringir seu exercício”.¹⁵ Gilmar Ferreira Mendes deixa claro que, na teoria interna, “a idéia de restrição (*Schranke*) é substituída pela de limite (*Grenze*)”, reportando-se a Robert Alexy para afirmar que “eventual dúvida sobre o limite do direito não se confunde com a dúvida sobre a amplitude das restrições que lhe devem ser impostas, mas diz respeito ao próprio conteúdo do direito”.¹⁶

Neste ponto, deve-se alertar que as dicotomias “suporte fático amplo *versus* suporte fático restrito” e “teoria externa *versus* teoria interna” não representam um idêntico contraponto. Assenta Virgílio Afonso da Silva que essa “não é uma ligação necessária porque, metodologicamente, falar em extensão do suporte fático não implica falar na forma de relação entre o direito e suas restrições”.¹⁷

A principal consequência da utilização de um ou de outro modelo de suporte fático, ou de uma ou de outra teoria da restrição, é o modo de aplicação dos direitos fundamentais. A opção por um suporte fático restrito acarreta a exclusão, *a priori*, de determinadas condutas, muitas delas expressões de outros direitos fundamentais, de modo que não se pode falar em uma colisão entre os direitos envolvidos. O direito fundamental em questão será aplicado, ou não, a determinado caso concreto, na medida em que a conduta praticada esteja, ou não, inserida em seu âmbito de proteção. Por outro lado, elegendo-se um suporte fático amplo, toda e qualquer conduta que guarde pertinência com o âmbito temático de um direito fundamental deve ser abrangida pelo seu âmbito de proteção. Sendo assim, eventuais manifestações de outros direitos podem gerar uma intervenção –

¹⁴ Id. *Ibid.*, p. 389.

¹⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. Cit.*, 2010, p. 138.

¹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. Cit.*, 2009, p. 334.

¹⁷ O autor ilustra a conclusão à qual chega com a seguinte hipótese: “(1) O suporte fático da liberdade de imprensa deve ser definido de forma restrita: isso significa, entre outras coisas, que programas de rádio ou TV que tenham como único objetivo caluniar alguém ou, ainda, programas de emissoras comunitárias que tenham como objetivo o proselitismo religioso não são situações protegidas por esse direito. Isso não significa, contudo, que outras condutas protegidas pela liberdade de imprensa não possam ser eventualmente vedadas em uma dada situação. Como se percebe, o suporte fático é definido restritivamente (algumas condutas são excluídas *a priori* do âmbito de proteção), mas a relação entre o direito e a restrição é uma relação que segue as premissas da teoria externa”. (SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. Cit.*, 2010, p. 158-59).

constitucionalmente fundamentada – no direito fundamental. É possível – inevitável, até – que surjam colisões entre os direitos fundamentais *prima facie* (abstratamente considerados). Tais colisões são apreciadas nos diversos casos concretos, de forma que a precedência de um ou outro direito fundamental dependerá das condições fáticas e jurídicas, servindo tão-somente para esse contexto. O direito *definitivo* só poderá ser identificado, destarte, depois de aplicado em um caso concreto,¹⁸ por meio do sopesamento entre os princípios envolvidos (caso não haja qualquer regra posta pelo legislador) ou da regra da proporcionalidade (caso haja uma regra restritiva de direito fundamental).¹⁹

2.2 O exercício abusivo dos direitos de ação e de petição com efeito anticoncorrencial diante das noções de suporte fático e de restrição

¹⁸ Aqui fica clara a aproximação com a teoria dos princípios de Robert Alexy. Conquanto não se pretenda aprofundar o tema – o que extrapolaria o objeto do presente trabalho – registra-se, aqui, a síntese que Martin Borowski faz acerca da distinção entre regras e princípios: “*Según la tesis de la separación estricta, existe una diferencia lógica entre reglas y principios. Los principios contienen un deber prima facie, las reglas un deber definitivo. Cuando una regla vale y es aplicada, siempre se imputa una consecuencia jurídica. A diferencia de un principio, una regla no puede simplemente retrotraerse en un caso individual. La forma de aplicación de los principios es la ponderación, mientras que bajo las reglas sólo se subsume. Los conflictos entre principios se deciden en la dimensión del peso, los conflictos entre reglas en la dimensión de la validez. La dimensión de peso propia de los principios le falta a las reglas, que son determinaciones en el campo de lo fáctica y jurídicamente posible. Los principios, en cambio, presentan un objeto de optimización, el cual puede ser realizado en un grado máximo, según las posibilidades fácticas y jurídicas. Los principios son por ello gradualmente realizables. El grado de realización determinan en cada caso concreto qué principio se impone en una colisión de principios*”.(BOROWSKI, Martin. Op. Cit., 2000, p. 35-36). Para uma distinção entre princípios e regras, confira-se: SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção *in Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*. n. 1. 2003, p. 607-30.

¹⁹ Paira, no direito brasileiro, uma discussão acerca da natureza da aqui chamada regra da proporcionalidade. Doutrina e jurisprudência, em geral, a ela se referem como *princípio da proporcionalidade*. É o caso de Paulo Bonavides (BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, 392-436) e Inocêncio Mártires Coelho (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. Cit., 2009, p. 142-52). Humberto Ávila, por sua vez, a toma como *postulado normativo aplicativo*, porquanto voltada à estrutura de aplicação de outras normas (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 134). Para manter a coerência com a linha que aqui se vem seguindo, prefere-se adotar o entendimento de Robert Alexy, segundo a qual a proporcionalidade seria uma regra, composta por três sub-regras – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. (ALEXY, Robert. Op. Cit., 2008, p. 117). Tal compreensão é seguida, entre nós, por Virgílio Afonso da Silva (SILVA, Virgílio Afonso. Op. Cit., 2010, p. 167-182). O professor paulista escreve, ainda, acerca da distinção entre *proporcionalidade* e *razoabilidade* (SILVA, Virgílio Afonso. O proporcional e o razoável *in Revista dos Tribunais*. n. 798. 2002, p. 23-50). A despeito da discussão, observa Francisco Meton Marques de Lima que “Todas essas fórmulas, na verdade, não deixam de refletir manifestações da *Tópica*, porquanto voltadas para a solução de problemas concretos, sem critérios gerais ou rígidos previamente estabelecidos para resolvê-los”. (LIMA, Francisco Meton Marques de. **O Resgate dos Valores na Interpretação Constitucional: por uma hermenêutica reabilitadora do homem como <<ser-moralmente-melhor>>**. Fortaleza: ABC, 2001, p. 226-27).

Feitas as considerações teóricas acima, passa-se a avaliar o exercício abusivo dos direitos de ação e de petição em ofensa à livre concorrência e à livre iniciativa. Aqui, pretende-se demonstrar que, independentemente da adoção de um suporte fático amplo ou restrito, bem como da opção por uma teoria externa ou interna das restrições aos direitos fundamentais, o exercício dos direitos de ação ou de petição que, manifestamente, voltar-se à colocação de barreiras para a entrada ou para a permanência de um concorrente em determinado mercado não deverá ser imune às penalidades da legislação antitruste.²⁰

De acordo com o art. 20 da Lei n. 8.884/1994, “constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, **os atos sob qualquer forma manifestados**, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: I – limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; [...]” (Grifo nosso).

Pode-se, sob a perspectiva de um suporte fático restrito, excluir, de logo, o exercício dos direitos de ação e de petição, quando voltados, notadamente, a falsear, limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre iniciativa ou a livre concorrência, do conteúdo do próprio direito fundamental de ação.²¹ A regra do art. 20 da Lei 8.884/1994 em nada afetaria, assim, os direitos de ação e de petição, uma

²⁰ O fato de se demonstrar que o direito fundamental de ação pode ser limitado ou restringido quando exercido, de modo abusivo, com efeitos anticoncorrenciais, independentemente da teoria dos direitos fundamentais adotada, não torna desprocurado o estudo dessas teorias, conforme acima realizado. É que a similaridade dos resultados não é uma *necessidade*, mas sim uma *possibilidade*. As teorias dos direitos fundamentais acarretam critérios distintos de aplicação desses direitos, que podem conduzir, em dada circunstância, a soluções próximas ou distantes. À tal observação, por meio do estudo de alguns casos concretos, nos leva Virgílio Afonso da Silva (SILVA, Virgílio Afonso da. Op. Cit., 2010, p. 156-57). Mencione-se, porém, haver autores que chegam a conclusões diversas. Jorge Miranda, por exemplo, entende pela identidade dos efeitos da adoção da teoria interna ou externa dos direitos fundamentais. (MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 3 ed. v. IV. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 336-37). Outro fator que impõe a análise – ainda que breve – de mais de uma teoria acerca dos direitos fundamentais é a falta de coerência do Supremo Tribunal Federal na apreciação dos diversos casos submetidos à Corte. Ora agarra-se o Tribunal em uma teoria – ainda que sem manifestar a adesão –, ora agarra-se a outra, com pressupostos opostos.

²¹ Deve-se ter em mente que, quando aqui se fala em exclusão de condutas do conteúdo do direito de ação, não se está a defender que, nessas hipóteses, o indivíduo não possa veicular sua pretensão perante o Judiciário. A redação do art. 5º, XXXV, CF/88, ancorada na natureza abstrata do direito de ação, não comporta essa interpretação. Nesse sentido a observação de Fredie Didier Júnior: “Quando a Constituição fala de exclusão de lesão ou ameaça de lesão do Poder Judiciário quer referir-se, na verdade, à impossibilidade de exclusão de **alegação** de lesão ou ameaça, tendo em vista que o direito de ação (provocar a atividade jurisdicional) não se vincula à efetiva procedência do quanto alegado; ele existe independentemente da circunstância de ter o autor razão naquilo que pleiteia; é direito abstrato”. (DIDIER JÚNIOR, Fredie. Op. Cit., 2002, p. 23). Sendo assim, a não-inclusão da conduta no âmbito de proteção do direito de ação autorizaria, tão-somente, a aplicação das penalidades previstas na legislação.

vez que o âmbito de proteção dos referidos direitos fundamentais não contemplaria seu exercício abusivo, direcionado à incidência em uma infração da ordem econômica.

É possível entender, porém, adotando um suporte fático amplo, que mesmo o exercício abusivo dos direitos de ação e de petição com fins anticoncorrenciais está compreendido no âmbito de proteção desses direitos fundamentais. Nesse caso, a previsão, pelo legislador infraconstitucional, de uma regra segundo a qual o exercício dos direitos de ação ou de petição – já inseridos, aqui, na cláusula genérica “atos sob qualquer forma manifestados” – constitui infração da ordem econômica, passível das penalidades previstas na lei antitruste, configuraria uma restrição a tais direitos. Note-se que, conforme dito acima, a legitimação dessa restrição dependerá da fundamentação constitucional justificadora da intervenção.

O mesmo raciocínio aplica-se às teorias atinentes às restrições aos direitos fundamentais. Há, portanto, a possibilidade de, adotando-se a teoria interna, identificar um direito fundamental de ação ou de petição desprovido, desde logo, de qualquer forma abusiva de exercício, no que se inclui a prevista no art. 20 da lei antitruste. Há também como se imaginar, na esteira da teoria externa, um direito de ação ou de petição desprovido, *prima facie*, de qualquer limitação ou conformação, passando-se a identificar a previsão do art. 20 da Lei 8.884/1994 como uma restrição.

Como já mencionado, a legitimação da intervenção do Estado (representada, aqui, pelo art. 20 da Lei Antitruste) nos direitos fundamentais de ação e de petição dependerá da fundamentação constitucional que for empregada na justificação para a existência do referido ato estatal. Desse modo, cada caso concreto fornecerá as condições sob as quais se analisarão os fundamentos para a intervenção. Isso não nos impede – pelo contrário, nos estimula – a lançar um olhar na experiência jurisprudencial, nacional e estrangeira, em busca de balizas que poderão orientar o julgador na apreciação dos pressupostos fáticos e jurídicos que permeiam a questão. No direito estrangeiro, diversos são os casos em que um agente econômico utiliza-se de procedimentos públicos (direito de petição aos órgãos administrativos e direito de ação perante o Poder Judiciário), aparentemente desprovido de um real interesse no resultado do processo, com foco, sim, no

procedimento em si, para obstaculizar a entrada ou a permanência de um concorrente em um dado mercado. No caso brasileiro, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) enfrentou, recentemente, a matéria pela primeira vez. Em todos esses casos, percebe-se uma busca pela fixação de critérios os mais objetivos possíveis para fundamentar a aplicação das penalidades previstas nas legislações antitruste, razão pela qual os julgadores se têm voltado à jurisprudência. Com base nisso, surgem alguns questionamentos: a) quais balizas vêm sendo utilizadas pelos tribunais nacionais e estrangeiros? b) esses critérios coadunam-se com o sistema jurídico brasileiro? c) são tais critérios suficientes para fornecerem uma fundamentação constitucional capaz de restringir os direitos fundamentais de ação e de petição? À busca de respostas para essas questões dedica-se a sequência do trabalho.

2.3 Um olhar para a jurisprudência

No direito estrangeiro, a análise do exercício dos direitos de ação e de petição com fins anticompetitivos ganhou notoriedade a partir da apreciação, pela Suprema Corte norte-americana, dos casos *Eastern R. Presidents Conference v. Noerr Motors Freight* (1961) e *United Mine Workers of America v. Pennington* (1965). Em ambas as demandas, verificava a Corte a possibilidade de o exercício do *right of petition*, consagrado pela Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América, dar azo à aplicação de sanções previstas na legislação antitruste (*Sherman Act*). O posicionamento firmado pela Suprema Corte originou a chamada *Noerr-Pennington doctrine*, em alusão às partes envolvidas nas demandas nas quais foi desenvolvida a teoria. Segundo os juízes que então compunham a Corte, não se poderia admitir que o exercício do *right of petition* pudesse representar uma infração às normas de defesa da concorrência, haja vista seu caráter essencial na participação política dos cidadãos norte-americanos.²² Havia, assim, uma imunidade do *right of petition* em relação às infrações previstas no *Sherman Act*. É o que se extrai da leitura dos

²² Tal preocupação resta bem caracterizada na seguinte passagem do julgado: “*In the first place, such a holding would substantially impair the power of government to take actions through its legislature and executive that operate to restrain trade. In a representative democracy such as this, these branches of government act on behalf of the people and, to a very large extent, the whole concept of representation depends upon the ability of the people to make their wishes known to their representatives*”. (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Supreme Court. *Eastern R. Conference v. Noerr Motors*, 365 U.S. 137, 1961. Disponível em <http://supreme.justia.com/us/365/127/case.html>. Acesso em: 07 dez. 2010).

seguintes trechos do julgamento do caso *Eastern R. Presidents Conference v. Noerr Motors Freight* (1961):

[...] 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.²³

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 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.²⁴

No que pese o entendimento adotado, já no caso *Eastern R. Presidents Conference v. Noerr Motors Freight* (1961) sinalizou a Suprema Corte norte-americana para a aplicabilidade do *Sherman Act* a situações nas quais o recurso aos órgãos públicos constituísse uma mera farsa para interferir diretamente nos negócios de outros agentes econômicos:

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.²⁵

Reconhecida a necessidade de flexibilização da *Noerr-Pennington doctrine*, passou a Suprema Corte norte-americana a consolidar o que se convencionou chamar “*sham exception*” ou “*sham litigation*”, sem fixar, contudo, contornos claros quanto à sua utilização.²⁶ Essa teoria representa, assim, a aceitação da incidência das sanções previstas na legislação antitruste, a partir da identificação de abuso do poder econômico, mediante o exercício de direito de ação ou de petição destinado a prejudicar concorrentes.

²³ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Supreme Court. *Eastern R. Conference v. Noerr Motors*, 365 U.S. 135-136, 1961. Disponível em <<http://supreme.justia.com/us/365/127/case.html>>. Acesso em: 07 dez. 2010.

²⁴ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Supreme Court. *Eastern R. Conference v. Noerr Motors*, 365 U.S. 138, 1961. Disponível em <<http://supreme.justia.com/us/365/127/case.html>>. Acesso em: 07 dez. 2010.

²⁵ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Supreme Court. *Eastern R. Conference v. Noerr Motors*, 365 U.S. 144, 1961. Disponível em <<http://supreme.justia.com/us/365/127/case.html>>. Acesso em: 07 dez. 2010.

²⁶ Exemplo disso é o caso “*City of Columbia v. Omni Outdoor Advertising* (1991)”. (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Supreme Court. *City of Columbia v. Omni Outdoor Advertising*, 499 U.S. 366, 1991. Disponível em <<http://www.law.cornell.edu/supct/html/89-1671.ZS.html>>. Acesso em: 07 dez. 2010).

A busca por critérios mais objetivos deu-se somente a partir do caso *Professional Real Estate Investors, Inc v. Columbia Pictures Industries, Inc*, em 1993. Entendeu a Suprema Corte norte-americana que, para a configuração da *sham litigation*, a ação deve ser destituída de fundamento, no sentido de que um litigante razoável não poderia esperar a vitória. Ademais, deve-se verificar se a ação ou petição esconde uma tentativa de obstaculizar as atividades empresariais do concorrente, mediante o uso do procedimento governamental – e não do resultado do procedimento - como uma arma anticompetitiva:

We now outline a two part definition of "sham" litigation. First, the lawsuit must be objectively baseless in the sense that no reasonable litigant could realistically expect success on the merits. If an objective litigant could conclude that the suit is reasonably calculated to elicit a favorable outcome, the suit is immunized under Noerr, and an antitrust claim premised on the sham exception must fail.[...] Under this second part of our definition of sham, the court should focus on whether the baseless lawsuit conceals 'an attempt to interfere directly with the business relationships of a competitor,' Noerr, supra, at 144 (emphasis added), through the 'use [of] the governmental process--as opposed to the outcome of that process--as an anticompetitive weapon,' Omni, 499 U. S., at ___ (slip op., at 14) (emphasis in original).²⁷

Aos critérios elaborados pela jurisprudência norte-americana para o reconhecimento da “*sham exception*”, pode-se acrescentar outro, explicitado em decisão proferida pela Comissão Européia, em processo envolvendo o grupo farmacêutico AstraZeneca, no ano de 2005. Reconheceu a Comissão Européia a sucessão de petições aos órgãos públicos lastreadas em razões semelhantes como uma baliza para a identificação do exercício abusivo do direito de ação com fins anticoncorrenciais.²⁸ Acerca desse caso, assim manifestou-se a Procuradoria Federal junto ao CADE, em parecer emitido no Processo Administrativo n.º 08012.004484/2005-51:

[...] uma das contribuições deste caso foi a de acrescentar como elemento objetivo de verificação do abuso, o peticionamento reiterado aos órgãos governamentais sob fundamentos muito semelhantes, embora ligeiramente

²⁷ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Supreme Court. *Professional Real Estate Investors, Inc. v. Columbia Pictures Industries, Inc.*, 508 U.S. 49, 1993. Disponível em <<http://www.law.cornell.edu/supct/html/91-1043.ZO.html>>. Acesso em: 07 dez. de 2010.

²⁸ Esse critério também foi observado por Earl W. Kintner e Joseph P. Bauer: “A second objective criterion for the sham exception is the number of proceedings initiated by the defendant. It is easy to infer an intent to abuse the judicial or administrative process if the defendant has brought a number of prior actions”. (KINTNER, Earl W. & BAUER, Joseph P. Antitrust Exemptions for Private Requests for Governmental Action: A Critical Analysis of the Noerr-Pennington Doctrine”. **UC-Davis Law Review**. University of California. v. 17, 1984, p. 574).

diferentes, todos igualmente sem fundamento razoável para obter decisão favorável.

Destarte, assim se podem resumir as balizas fornecidas pela experiência jurisprudencial internacional para a identificação do uso abusivo do direito de ação: i) existência de ação ou petição em que nenhum litigante razoável possa esperar, de modo realista, que obtenha a vitória; ii) manifesto intuito, por trás da ação ou da petição, de interferir nas atividades empresariais do concorrente, de modo a dificultar sua entrada ou permanência em dado mercado; iii) uso reiterado de ações ou petições com fundamentos semelhantes.

No Brasil, a matéria foi recentemente discutida pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), por ocasião do Processo Administrativo n.º 08012.004484/2005-51. Nos pareceres emitidos pela Procuradoria Federal junto ao CADE e pela Secretaria de Direito Econômico (SDE), abordou-se o exercício abusivo dos direitos de ação ou de petição com fins anticoncorrenciais nos moldes feitos pela jurisprudência estrangeira. Assim, os órgãos brasileiros fizeram alusão aos julgados acima mencionados, utilizando-se das balizas aqui identificadas. Não obstante, não se olvidou de tratar da colisão entre os direitos fundamentais de ação e de petição, de um lado, e da livre concorrência e da livre iniciativa, de outro, ainda que não se tenha aprofundado no ponto. Limitou-se a reconhecer, como uma premissa lógica do sistema jurídico brasileiro, a possibilidade de “limitação” – diríamos “restrição” – aos direitos fundamentais colidentes. Em sua fundamentação, a Secretaria de Direito Econômico transcreveu as seguintes palavras do voto do Ministro Relator Cezar Peluso, quando do julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do Mandado de Segurança n.º 24.832-7/DF:

[...] é grave e delicada a questão agora reposita no requerimento de liminar, porque, com o envolver modalidade de colisão de princípios constitucionais, implicará reconhecimento da limitação do âmbito de um deles, ponderada no exame das circunstâncias do caso concreto, qualquer que seja o teor da resposta, que há de ser pronta.²⁹

Ademais, tanto a Procuradoria Federal junto ao CADE quanto a SDE apoiaram-se na existência, no direito brasileiro, da figura processual da litigância de

²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 24.832-7/DF. Rel. Min. Cezar Peluso. Brasília, DJ 18.03.2004.

má-fé, que autoriza a aplicação de multa pelo magistrado, caso as partes pratiquem, em seu exercício do direito de ação, uma das condutas previstas no Código de Processo Civil. Para a SDE, o instituto processual da litigância de má-fé “possui a finalidade precípua de identificar o bem jurídico protegido (o direito de petição e de inafastabilidade do Poder Judiciário), bem como a de balizar a amplitude dessa norma (âmbito de proteção da norma)”.³⁰ Acerca da litigância de má-fé se farão algumas observações em momento oportuno.

Passa-se, a seguir, a verificar a possibilidade de aplicação, no direito brasileiro, das balizas acima identificadas.

³⁰ BRASIL. Secretaria de Direito Econômico. Parecer junto ao PA n.º 08012.004484/2005-51. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?3efe10181ef3061ef628f554ec>>. Acesso em: 08 jul 2011.

3 A TEORIA *SHAM LITIGATION* E O DIREITO BRASILEIRO

Sempre que se pretende trazer ao Brasil uma teoria desenvolvida pelo direito de outros países, é necessário analisar as especificidades dos sistemas jurídicos, a fim de verificar de que forma o ordenamento jurídico brasileiro admite sua aplicação. Nesse sentido, cumpre empreender um breve estudo acerca do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), para, posteriormente, analisar a viabilidade da aplicação da teoria *sham litigation* no Brasil.

3.1 Considerações gerais sobre a defesa da concorrência no Brasil

A doutrina liberal, desenvolvida ao longo do século XVIII, destinou, ao direito antitruste, a finalidade única de proteção da concorrência, enquanto elemento fundamental para o funcionamento do mercado liberal-burguês. Com a Revolução Industrial, tornou-se possível a concentração do capital nas mãos de alguns agentes econômicos, que passaram a praticar preços de monopólio. Essa situação, ao lado da sujeição dos trabalhadores a condições precárias de trabalho e do desenvolvimento da competição selvagem, gerou instabilidade no sistema econômico. A preservação do livre mercado, com a manutenção das condições de procura por novos consumidores e de livre competição, fez necessária uma regulamentação, que teria, como exclusiva razão, a preservação do mercado liberal-burguês.¹

¹ FORGIONI, Paula A., **Os Fundamentos do Antitruste**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 57-69. O comportamento do Estado Liberal acima registrado também foi observado por Eros Roberto Grau: "Tal estado de coisas forçou o Estado a abandonar a posição de passividade em que se colocava para, com muito de timidez, inicialmente desempenhar um papel de mera correção das distorções que comprometiam o regime – deixava de ser ele então, às escâncaras, como assevera Miguel Reale, um simples árbitro das competições econômicas, destinado a garantir aos vencedores os frutos de uma luta socialmente desigual. São marcantes os momentos que expressam essa mudança de atitude: inicialmente, sob motivação de ordem ética, surgem, na França, em 1810, a lei sobre estabelecimentos incômodos, insalubres e perigosos; na Inglaterra, em 1819, a regulamentação sobre emprego de crianças na indústria algodoeira; ainda na França, em 1814, a lei sobre trabalho infantil; posteriormente, já então sob a motivação de preservação do abastecimento de gêneros alimentícios, nos Estados Unidos, as "granger laws", que deram origem ao caso *Munn x Illinois*, em 1877, na Corte Suprema Americana. Em seguida, embora ainda episodicamente,

Entretanto, a vinculação, feita pelo liberalismo, entre a disciplina da concorrência e o livre mercado (mercado liberal-burguês), não pode ser entendida como necessária. Nesse sentido, Paula A. Forgioni explica, em um estudo sobre o histórico da concorrência, que se pode verificar uma linha de evolução formada por três fases. Na primeira delas, observam-se regras voltadas ao comportamento de agentes econômicos no mercado por razões práticas, voltadas à produção de certos resultados imediatos. Em um segundo momento, a concorrência assume um sentido técnico (liberal), passando-se à regulamentação de comportamentos como contraponto a um sistema de produção entendido como ótimo. Por fim, em uma terceira fase, elaboram-se regras de comportamento que visam à implementação de uma política pública: voltam-se, assim, à própria condução do sistema econômico.²

A instrumentalização da disciplina da concorrência para a implementação de políticas públicas – característica da terceira fase na linha evolutiva acima descrita – deve-se fazer notar em qualquer análise do direito antitruste brasileiro. Note-se que a defesa da concorrência não pode ser tomada à parte do direito econômico, estando, assim, necessariamente ligada à política econômica. Nas palavras de Fábio Konder Comparato, “*o novo direito econômico surge como o conjunto das técnicas jurídicas de que lança mão o Estado contemporâneo na realização de sua política econômica*”.³ Washington Peluso Albino de Souza assenta que o que torna o direito econômico um ramo autônomo do direito é o fato de suas normas sempre terem – e somente terem – conteúdo econômico e de serem apresentadas na modalidade “política econômica”.⁴ Convém mencionar que, segundo o autor, política econômica é o conjunto de medidas (políticas públicas) postas em prática para atender a objetivos econômicos.⁵

sobrevêm, em 1889, a lei antitruste canadense e, no ano seguinte, a lei Sherman. O despotismo econômico, expresso no aparecimento de unidades econômicas que assumem uma destacada posição nos mercados, capaz de permiti-lhes a sua “regulamentação”, em benefício próprio, levou o Estado a tornar mais evidente a sua intervenção no processo econômico, objetivando, através da organização deles, a preservação do ideal de concorrência”. (GRAU, Eros Roberto. **Elementos de Direito Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 17).

² FORGIONI, Paula A., Op. Cit., 2005, p. 27-28.

³ COMPARATO, Fábio Konder. O indispensável direito econômico in **Revista dos Tribunais**. v. 353. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1965, p. 22.

⁴ SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras Linhas de Direito Econômico**. 6 ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 55.

⁵ Id. *Ibid.*, p. 25.

Por outro lado, a Constituição Federal de 1988 consagra a livre concorrência como princípio fundamental da ordem econômica (art. 170, IV). Ocorre que, como observa Eros Roberto Grau, os princípios elencados nos incisos do art. 170 da CF/88, além de constituírem fins a serem observados pelo legislador, assumem o papel de *instrumento* para a promoção do objetivo maior da ordem econômica, qual seja assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (art. 170, *caput*, CF/88), bem como dos objetivos fundamentais previstos no art. 3º da CF/88.⁶ Perceba-se, com base no que foi acima dito, que a concorrência – assim como sua regulamentação – assume, no ordenamento jurídico brasileiro, uma conformação que lhe é própria, específica, atrelada aos valores e aos fins contidos na Constituição do Brasil.

O Supremo Tribunal Federal igualmente observou a necessidade de se interpretar o princípio da livre concorrência em consonância com o objetivo fundamental da ordem econômica de garantir a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social (art. 170, *caput*, CF/88). Ficou registrada, desse modo, na ementa do julgamento da ADI 319/4 – DF, a possibilidade de intervenção estatal quando a livre iniciativa e a livre concorrência afetarem, de modo abusivo, a defesa do consumidor e a redução das desigualdades sociais:

[...] Em face da atual Constituição, para conciliar o fundamento da livre iniciativa e do princípio da livre concorrência com os da defesa do consumidor e da redução das desigualdades sociais, **em conformidade com os ditames da justiça social**, pode o Estado, por via legislativa, regular a política de preços de bens e de serviços, abusivo que é o poder econômico que visa ao aumento arbitrário dos lucros. (Grifo nosso)⁷

No mesmo julgamento, chama-nos à atenção a seguinte passagem do voto do Ministro Relator Moreira Alves:

Embora a atual Constituição tenha, em face da Constituição de 1967 e da Emenda Constitucional n. 1/69, dado maior ênfase à livre iniciativa, uma vez que, ao invés de considerá-la, como estas (arts. 157, I, e 160, I, respectivamente), um dos princípios gerais da ordem econômica, passou a tê-la como um dos fundamentos dessa mesma ordem econômica, e colocou expressamente entre aqueles princípios o da livre concorrência que a ela

⁶ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. 13 ed. São Paulo: 2008, p. 225-26. A constatação feita pelo autor faz lembrar a lição de Konrad Hesse e de José Joaquim Gomes Canotilho, reproduzida entre nós por Gilberto Bercovici, de que a constituição só pode ser interpretada e definida a partir de sua inserção e função em uma realidade histórica. (BERCOVICI, Gilberto. Op. Cit., 1999, p. 35).

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 319/4. Rel. Min. Moreira Alves. Brasília, DJ 10-03-1993, Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 08 jul. 2011.

está estreitamente ligado, não é menos certo que tenha dado maior ênfase às suas limitações em favor da justiça social, tanto assim que, no art. 1º, ao declarar que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito, coloca entre os fundamentos deste, no inciso IV, não a livre iniciativa da economia liberal clássica, mas os valores sociais da livre iniciativa; ademais, entre os novos princípios que estabelece para serem observados pela ordem econômica, coloca o da defesa do consumidor (que ainda tem como direito fundamental, no artigo 5º, inciso XXXII) e o da redução das desigualdades sociais.

No julgamento da AC n. 1.657 – MC, o Ministro Cezar Peluso, em seu voto-vista, seguido pela maioria dos Ministros do STF, teceu as seguintes considerações acerca da relação entre livre concorrência e livre iniciativa, bem como sobre o *locus* de ambas no plano constitucional:

A defesa da livre concorrência é imperativo de ordem constitucional (art. 170, inc. IV) que deve harmonizar-se com o princípio da livre iniciativa (art. 170, *caput*). Lembro que “*livre iniciativa e livre concorrência, esta como base do chamado livre mercado, não coincidem necessariamente. Ou seja, livre concorrência nem sempre conduz à livre iniciativa (cf. Farina, Azevedo, Saes: Competitividade: mercado, Estado e Organizações, São Paulo, 1997, cap. IV). Daí a necessária presença do Estado regulador e fiscalizador, capaz de disciplinar a competitividade enquanto fator relevante na formação de preços...*”⁸

Tecidas as necessárias considerações sobre os fundamentos da disciplina da concorrência no Brasil, com amparo na doutrina e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, verifica-se, no subtópico seguinte, a possibilidade de aplicação da teoria *sham litigation* ao sistema antitruste brasileiro.

3.2 A Lei n. 8.884/94 e a aplicabilidade da teoria *sham litigation* no direito brasileiro

No direito brasileiro, atualmente, cumpre à Lei n. 8.884/94 dispor sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica. Os parâmetros interpretativos da referida lei, como se pode depreender do que foi acima exposto, são fornecidos pelos fundamentos constitucionais da ordem econômica, na qual se insere a regulamentação da concorrência. Para os objetivos deste estudo, restringir-se-á, aqui, a alguns apontamentos sobre os artigos 20 e 54 da Lei n. 8.884/94, a seguir transcritos:

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AC nº 1657. Rel. Min. Cezar Peluso. Brasília, DJ 08.08.2007. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 08 jul. 2011.

Art. 20. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: I – limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II – dominar mercado relevante de bens ou serviços; III – aumentar arbitrariamente os lucros; IV – exercer de forma abusiva posição relevante. [...]

Art. 54. Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do CADE. §1º O CADE poderá autorizar os atos a que se refere o *caput*, desde que atendam as seguintes condições: I – tenham por objetivo, cumulada ou alternadamente: a) aumentar a produtividade; b) melhorar a qualidade de bens ou serviço; ou c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; II – os beneficiários decorrentes sejam distribuídos equitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro; III – não impliquem eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens e serviços; IV – sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados. [...]

O art. 54 da lei antitruste brasileira traz o que Paula A. Forgioni chama de *válvula de escape*.⁹ Os sistemas de defesa da concorrência dos diversos países possuem flexibilizações, típicas das normas de direito econômico – dinâmicas por natureza¹⁰ – a fim de compatibilizar a legislação antitruste com a política econômica adotada. Fica claro, aqui, o caráter instrumental das normas de defesa da concorrência, enquanto mecanismo à disposição do Estado para a implementação de políticas públicas.

Segundo Paula A. Forgioni, o sistema antitruste brasileiro comporta *isenções em bloco* – previstas em leis específicas – e *autorizações* – concedidas pelo CADE, na forma do art. 54 da Lei n. 8.884/94. Nas palavras da autora, “a autorização ou a lei específica que afasta a aplicação da Lei Antitruste são exceções, isto é, restrições à livre concorrência e/ou à livre iniciativa, cuja possibilidade, limites e fundamentos devem estar especificados na lei e embasados na Constituição

⁹ FORGIONI, Paula A. Op. Cit., 2005. A autora destina o capítulo 5 da obra ao estudo das válvulas de escape do sistema antitruste.

¹⁰ Embora se atribua, aqui, às normas de direito econômico o necessário *dinamismo*, tal característica pode-se estender ao direito, de modo geral. Como ensina Eros Roberto Grau, “a realidade social é o presente; o presente é vida – e vida é movimento. A interpretação do direito não é mera dedução dele, mas sim processo de contínua adaptação de seu texto normativo à realidade e seus conflitos. O direito é um dinamismo”. (GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 130). De todo modo, ainda assim cabe a ênfase ao direito econômico. É que os fatos econômicos transmutam-se em uma velocidade maior que a dos fatos sociais em geral. Daí porque o dinamismo do direito, corriqueiramente, é esquecido por autores de outros ramos do direito; dificilmente, contudo, o é por aqueles que se debruçam sobre o direito econômico.

Federal”.¹¹ Como se depreende da leitura do art. 54, acima transcrito, a autorização pode ser concedida tão-somente nos casos de prejuízo à livre concorrência ou de abuso de posição dominante em dado mercado relevante. Desse modo, as demais infrações previstas no art. 20 não podem ser objeto de autorização pela autoridade antitruste. Perceba-se, assim, que o legislador, conquanto tenha estabelecido, no art. 20 da Lei Antitruste, a prevalência do princípio da livre concorrência sobre outros que viessem a embasar quaisquer atos prejudiciais à concorrência, conferiu à autoridade antitruste a possibilidade de afastar uma preferência por ele – legislador – manifestada, a fim de proceder à solução mais conveniente ao interesse público, diante de determinado caso concreto.

A teoria dos direitos fundamentais desenvolvida na doutrina brasileira e aplicada pelos tribunais pátrios – da qual se tratou no capítulo 2 deste trabalho –, bem como a existência, no sistema antitruste brasileiro, de um modelo de *isenções* e *autorizações* nos impede de aceitar a primeira solução adotada pela jurisprudência norte-americana (*Noerr-Pennington doctrine*), segundo a qual o exercício do direito de ação seria imune às sanções previstas na Lei Antitruste. Isso porque apenas há duas formas de se aplicarem os direitos fundamentais colidentes: a) por meio de uma regra definitiva, resultante de um sopesamento feito pelo legislador ou; b) mediante a aplicação da regra da proporcionalidade na colisão entre os princípios do direito de ação e da livre concorrência em um dado caso concreto. Uma imunidade dos direitos de ação e de petição às infrações previstas na legislação antitruste (sustentadas pelo princípio constitucional da livre concorrência), com caráter genérico, independentemente das circunstâncias fáticas, não tem lugar no ordenamento jurídico brasileiro, haja vista não se ter conhecimento de qualquer norma que estabeleça tal exceção.

Quanto às balizas fornecidas pela jurisprudência estrangeira – direcionadas à identificação da *sham litigation* –, podem elas servir de apoio ao julgador na aplicação dos princípios constitucionais colidentes. Todavia, não se pode admitir que funcionem como critérios definitivos na constatação da infração à Lei Antitruste, de modo que sua observação necessariamente imponha a aplicação da penalidade. Sendo assim, a apreciação do contexto deverá determinar o peso a ser dado aos

¹¹ FORGIONI, Paula A. Op. Cit., 2005, p. 229.

atos praticados pelo agente econômico. Note-se que, como observa Paula A. Forgioni, para a aplicação de qualquer penalidade prevista na legislação antitruste, há de se definir o mercado relevante.¹² A partir dele parte-se para a necessária pesquisa da possibilidade e da racionalidade econômica do cometimento da infração, bem como sua nocividade ao ambiente competitivo.¹³ Destarte, a prevalência, em cada hipótese, do direito de ação ou da livre concorrência, deve ser sustentada pela fundamentação constitucional à restrição imposta a um ou outro princípio colidente, observados os diversos aspectos que permeiam o caso.

Poder-se-ia, ainda que de modo intuitivo, questionar se o instituto processual da litigância de má-fé, já bastante consolidado na cultura jurídica brasileira, não seria suficiente para coibir o exercício abusivo do direito de ação. Entendemos que não. A litigância de má-fé é instituto de natureza processual, ao passo que o art. 20 da Lei n. 8.884/94 é de caráter material. Ademais, enquanto na litigância de má-fé restringe-se o exercício do direito de ação em face da lealdade e da boa-fé processual, na hipótese de exercício abusivo do direito de ação com efeito anticoncorrencial, os direitos fundamentais que se põem à colisão são a livre concorrência e a livre iniciativa.

A despeito dos argumentos acima expostos, poder-se-ia, ainda, ponderar que o art. 18 do Código de Processo Civil, além da multa a ser calculada sobre o valor da causa, traz a possibilidade de indenização pelos prejuízos causados em decorrência do exercício abusivo do direito de ação. São de duas ordens as

¹² Segundo a autora, “O mercado relevante é aquele em que se travam as relações de concorrência ou atua o agente econômico cujo comportamento está sendo realizado” (Id. Ibid., p. 231). Paula A. Forgioni, embora ressalte não haver fórmula matemática que forneça, com precisão, a delimitação do mercado relevante – mas tão-somente métodos que apontam indicativos dessa demarcação –, explica que dois aspectos devem ser necessariamente analisados: o *mercado relevante geográfico* e o *mercado relevante material ou do produto*. O primeiro representa a “[...] área na qual o agente econômico é capaz de aumentar os preços que pratica sem causar um dos sem causar um dos seguintes efeitos: (i) perder um grande número de clientes, que passariam a utilizar-se de um fornecedor alternativo situado fora da mesma área; ou (ii) provocar imediatamente a inundação da área por bens de outros fornecedores que, situados fora da mesma área, produzam bens similares” (Id. Ibid., p. 234). Já o segundo – o mercado relevante material – é determinado pela identificação da “necessidade do consumidor satisfeita pelo produto que está sendo considerado para verificar se ele está normalmente disposto a substituí-lo por outro(s)” (Id. Ibid., p. 241). Mario Luiz Possas também trata do conceito de mercado relevante e dos elementos que o integram (POSSAS, Mario Luiz. **Os conceitos de mercado relevante e de poder de mercado no âmbito da defesa da concorrência**. Disponível em: <http://www.ie.ufrj.br/grc/pdfs/os_conceitos_de_mercado_relevante_e_de_poder_de_mercado.pdf>. Acesso em: 30 de dez. 2010).

¹³ Cf. Procuradoria Federal junto ao CADE. Parecer junto ao Processo Administrativo n.º 08012.004484/2005-51.

respostas a esses pontos: a) as penalidades previstas na Lei Antitruste (arts. 23 e 24 da Lei n. 8.884/94) são mais adequadas ao poder econômico dos agentes envolvidos;¹⁴ b) consoante a redação do art. 20 da Lei Antitruste, a responsabilização do agente *independe de culpa* e dá-se *ainda que os efeitos lesivos não sejam alcançados*. Logo, basta que se configure a prática de um ato pelo agente que potencialmente prejudique a livre concorrência. Tal circunstância é suficiente para que se aplique a penalidade. De outro modo, a indenização prevista no art. 18 do CPC dependerá de apuração do prejuízo sofrido pela parte contrária. Por fim, diga-se que a aplicação do Código de Processo Civil restringe-se aos processos judiciais, não albergando os abusos de direito de petição aos órgãos públicos, também configuradores da *sham litigation*.

Por todos esses argumentos, deve-se sustentar a viabilidade da aplicação da *sham litigation* no Brasil, sendo possível que o exercício abusivo do direito de ação seja penalizado na forma da Lei Antitruste. Para tanto, as balizas fornecidas pela experiência internacional podem servir de apoio ao julgador brasileiro na sua tarefa de fundamentar uma restrição aos direitos fundamentais de ação ou de petição, em salvaguarda da livre concorrência. Todavia, não se pode conceber que essas balizas atinjam grau de critérios definitivos, uma vez que é mediante o estudo do contexto em que se insere cada caso que se definirá o peso a ser dado aos atos praticados pelo agente econômico.

¹⁴ O art. 23, I, da Lei Antitruste, prevê multa de um a trinta por cento sobre o valor do faturamento bruto do exercício anterior da empresa. Ademais, em alguns casos, dispostos no art. 24 da mesma lei, a prática da infração gera empecilhos à participação em licitações e à contratação com instituições financeiras. De modo diverso, a multa prevista no art. 18 do CPC limita-se a um por cento sobre o valor da causa, valor ínfimo, sobretudo se considerarmos que o autor da ação é o eventual infrator.

CONCLUSÃO

Os direitos fundamentais de ação e petição, conquanto façam parte da essência do Estado Democrático de Direito, têm sido utilizados, no âmbito das relações econômicas, de modo abusivo, para impedir a entrada ou a permanência de concorrentes no mercado. Na busca de mecanismos idôneos para combater essa prática, perquiriu-se a aplicabilidade da teoria *sham litigation* no Brasil. Segundo tal teoria, o exercício abusivo dos direitos de ação e de petição, visando a prejudicar a livre concorrência, rende ensejo à aplicação das sanções previstas na legislação antitruste.

Iniciou-se este trabalho pela análise do conteúdo essencial dos direitos de ação e de petição. Viu-se que ambos consistem em direitos fundamentais, que permitem a proteção do patrimônio jurídico de todos os indivíduos, bem como a participação destes na condução dos negócios públicos pelos administradores. Pôde-se notar que o Supremo Tribunal Federal, embora reforce o conteúdo desses direitos em suas decisões, condena a sua utilização abusiva.

Em seguida, passou-se a verificar a possibilidade de se atribuírem limites ou restrições aos direitos fundamentais. Restou claro, nesse ponto, que os direitos fundamentais podem sofrer restrições ou limitações, conforme seja a opção por um suporte fático amplo ou restrito e de acordo com a utilização de uma teoria externa ou interna dos direitos fundamentais. A adoção de uma ou outra teoria não impede a limitação ou restrição dos direitos fundamentais de ação ou de petição, o que viabiliza, no sistema jurídico brasileiro, que o exercício abusivo desses direitos acarrete a aplicação das sanções previstas na legislação antitruste.

Assim, quando, sob o pretexto de exercer os direitos fundamentais de ação e de petição, uma empresa utiliza-se dos procedimentos judiciais e administrativos para impedir a entrada de concorrentes em um determinado mercado (*sham*

litigation), atenta contra os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, e infringe a legislação antitruste, devendo-se sujeitar às sanções nela colimadas.

Obtida essa conclusão parcial, dedicou-se à busca, na jurisprudência estrangeira, de critérios que pudessem contribuir para a identificação do exercício abusivo dos direitos de ação e de petição, tendo-se chegado às seguintes balizas: i) ação ou petição em que nenhum litigante razoável possa esperar, de modo realista, que obtenha a vitória; ii) por trás da ação ou petição deve haver um manifesto intuito de interferir nas atividades empresariais do concorrente, de modo a dificultar sua entrada ou permanência em dado mercado; iii) uso reiterado de ações ou petições com fundamentos semelhantes. Reunidos esses elementos – ou alguns deles – em um caso concreto, provavelmente se estará diante de uma violação às normas de defesa da concorrência.

Entretanto, deixou-se claro que não se pode admitir que tais balizas assumam grau de critérios definitivos, uma vez que, apenas diante do caso concreto, o julgador poderá avaliar o peso a ser dado a cada uma delas, bem como a racionalidade econômica do cometimento da infração e sua nocividade ao ambiente competitivo.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**. a. 36. n. 142. abr./jun. Brasília, 1999.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6 ed. Brasília: UnB, 1995.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BOROWSKI, Martin. La restricción de los derechos fundamentales *in* **Revista Española de Derecho Constitucional**. v. 20. n. 59. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, p. 29-56.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Dogmática de direitos fundamentais e direito privado *in* SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 21 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- COMPARATO, Fábio Konder. O indispensável direito econômico *in* **Revista dos Tribunais**. v. 353. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1965.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 10 ed. v. 1. Salvador: Jus Podivm, 2008.
- _____. Notas sobre a garantia constitucional do acesso à justiça: o princípio do direito de ação ou da inafastabilidade do Poder Judiciário *in* **Revista de Processo**. a. 27. n. 108. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 23-31.
- DINIZ, Marcio Augusto de Vasconcelos. **Sociedade e Estado no Pensamento Político Contemporâneo**. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 1999.
- FORGIONI, Paula A., **Os Fundamentos do Antitruste**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. 13 ed. São Paulo: 2008.

_____. **Elementos de Direito Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

_____. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

KINTNER, Earl W. & BAUER, Joseph P. Antitrust Exemptions for Private Requests for Governmental Action: A Critical Analysis of the Noerr-Pennington Doctrine". **UC-Davis Law Review**. University of California. v. 17, 1984.

LIMA, Francisco Meton Marques de. **O Resgate dos Valores na Interpretação Constitucional: por uma hermenêutica reabilitadora do homem como <ser-moralmente-melhor>**. Fortaleza: ABC, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O direito de ação na Constituição Brasileira**. Disponível em http://www.professormarinoni.com.br/principal/home/?sistema=conteudos|artigos&cod_categoria=artigos. Acesso em: 30 dez. 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 3 ed. v. IV. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

POSSAS, Mario Luiz. **Os conceitos de mercado relevante e de poder de mercado no âmbito da defesa da concorrência**. Disponível em: http://www.ie.ufrj.br/grc/pdfs/os_conceitos_de_mercado_relevante_e_de_poder_de_mercado.pdf. Acesso em: 30 dez. 2010.

ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria Geral do Processo**. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2005

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 29 ed. São Paulo: 2007.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. O proporcional e o razoável *in* **Revista dos Tribunais**. n. 798. 2002, pp. 23-50.

_____. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção *in* **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**. n. 1. 2003, pp. 607-30.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras Linhas de Direito Econômico**. 6 ed. São Paulo: LTr, 2005.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 50 ed. v. 1.
Rio de Janeiro: Forense, 2009.