

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

MAYARA GASPAROTO TONIN

**O DIREITO DA CONCORRÊNCIA E O DIREITO DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL
NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA**

**CURITIBA
2012**

MAYARA GASPAROTO TONIN

**O DIREITO DA CONCORRÊNCIA E O DIREITO DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL
NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA**

Monografia apresentada no Curso de Graduação em Direito, do Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de bacharel.

Profª Orientadora:
Drª Marcia Carla Pereira Ribeiro

**CURITIBA
2012**

MAYARA GASPAROTO TONIN

**O DIREITO DA CONCORRÊNCIA E O DIREITO DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL
NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA**

Monografia de conclusão de curso aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, no Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, pela Comissão formada pelos professores:

ORIENTADOR: _____

Prof^a. Dr^a. Marcia Carla Pereira Ribeiro

Prof. Dr. Egon Bockmann Moreira

Prof. Dr. Eroulths Cortiano Junior

Curitiba, 30 de outubro de 2012.

À minha família, por tudo.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à Prof^a. Dr^a. Marcia Carla Pereira Ribeiro, pela excelente orientação, pela presença efetiva durante o período da pesquisa, pelo conhecimento dividido e por saber lidar com a difícil relação entre a rigidez exigida do mestre e o carinho que dispensa aos seus orientandos.

Ao Núcleo de Pesquisa em Direito Econômico – NUPEDE, da Pós Graduação da Faculdade de Direito da UFPR, coordenado pelo Prof. Dr. Egon Bockmann Moreira, por ter sido responsável por grande parte dos meus estudos a respeito do direito da concorrência.

Ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, por organizar semestralmente o Programa de Intercâmbio, do qual participei e no qual foi possível estudar e vivenciar a prática da defesa da concorrência no Brasil.

Aos meus pais, Edicléia e Belair, por estarem ao meu lado sempre, por confiarem e acreditarem em mim, independente de qualquer coisa.

Aos meus avós, Claudete e Edival, por serem meus anjos da guarda desde o princípio.

À minha irmã, Maria Fernanda, pela convivência diária, que nem sempre é simples, mas é o porto seguro.

Ao meu namorado, Hugo, pelo apoio incondicional, pelo respeito, pelo carinho, pela paciência. Enfim, por ter escolhido fazer parte da minha vida.

Ao Partido Democrático Universitário – PDU, pelo ensinamento de que é sempre válido batalhar por uma causa em que se acredita.

Ao Centro Acadêmico Hugo Simas – CAHS, pela experiência de trabalhar por algo muito maior do que nós mesmos.

À Faculdade de Direito, pela oportunidade.

RESUMO

A interação entre a legislação de defesa da concorrência e a de proteção da propriedade industrial é um aspecto ainda muito complexo e recorrente na atualidade. Isso porque, à primeira vista, o direito antitruste e o direito da propriedade industrial aparentam ser radicalmente opostos, ou seja, a tendência é existir um conflito principiológico entre ambos: de um lado a liberdade proporcionada pela livre concorrência e de outro a exclusividade garantida à propriedade industrial. Assim, uma análise pouco profunda do tema pode trazer a conclusão de que a relação entre os sistemas jurídicos é de exclusão. Mas, além disso, pode-se vislumbrar uma relação de complementaridade entre as legislações e, talvez, mediadamente, a persecução de objetivos comuns: a busca do bem estar e o incentivo à inovação. Portanto, existe, ou pelo menos deveria existir, harmonia entre as interpretações e aplicações tanto da defesa da concorrência quanto da proteção da propriedade industrial, porque a essência daquela pode estar, justamente, na inovação protegida por esta.

Palavras-chave: direito antitruste; defesa da concorrência; propriedade industrial; incentivo à inovação; exclusão; complementaridade.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	7
2. DIREITO DA CONCORRÊNCIA	10
2.1 FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA.....	10
2.1.1 <i>Constituição Federal de 1988</i>	10
2.1.2 <i>Nota histórica e a Lei Antitruste nº 8.884/1994</i>	12
2.1.3 <i>A Lei nº 12.529/2011: a nova legislação antitruste brasileira</i>	14
2.2 A DEFESA DA CONCORRÊNCIA E SUA FINALIDADE.....	15
2.3 OS GRAUS DE CONCORRÊNCIA NO MERCADO	18
2.4 O SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA.....	21
2.4.1 <i>Estrutura e funções do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência</i>	22
2.4.2 <i>As práticas antitruste e seus efeitos anticoncorrenciais</i>	26
3. DIREITO DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL.....	30
3.1 A CONCEITUAÇÃO DO DIREITO INDUSTRIAL E OS OBJETIVOS DE SUA PROTEÇÃO PELO ORDENAMENTO JURÍDICO	31
3.2 FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS DA PROTEÇÃO DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL.....	34
3.2.1 <i>Constituição Federal de 1988</i>	34
3.2.2 <i>A Lei da Propriedade Industrial: Lei nº 9.279/1996</i>	36
3.3 AS MODALIDADES DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL PASSÍVEIS DE PROTEÇÃO LEGISLATIVA	38
3.3.1 <i>Invenção</i>	39
3.3.2 <i>Modelo de utilidade</i>	40
3.3.3 <i>Marca</i>	41
3.3.4 <i>Desenho industrial</i>	44
4. A RELAÇÃO ENTRE O ANTITRUSTE E A PROPRIEDADE INDUSTRIAL.....	46
4.1 O CONFLITO ENTRE A RELAÇÃO DE EXCLUSÃO E DE COMPLEMENTARIDADE DAS TUTELAS PELA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA.....	46
4.1.1 <i>A relação de exclusão promovida pela existência das duas legislações</i> ...	46
4.1.2 <i>A relação de complementaridade entre as proteções legislativas</i>	48
4.1.3 <i>A propriedade industrial como um caso especial de aplicação do direito concorrencial</i>	51
4.2 A CONVERGÊNCIA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA LIVRE CONCORRÊNCIA E DA PROTEÇÃO À PROPRIEDADE INDUSTRIAL.....	53
4.3 A CONCORDÂNCIA DOS OBJETIVOS MEDIATOS DAS LEGISLAÇÕES ABORDADAS	58
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	62
6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	65

1. INTRODUÇÃO

A interação entre as legislações de defesa da concorrência e de proteção da propriedade industrial, apesar da sua importância, é pouco estudada pela doutrina brasileira.¹ Porém, em razão das inúmeras inovações tecnológicas das últimas décadas e da expansão das fronteiras mercadológicas, seria possível afirmar que um dos aspectos mais complexos do direito antitruste é justamente sua relação com a propriedade intelectual,² ou seja, a sujeição ou não dos direitos imateriais às regras de proteção de um mercado saudável e competitivo.

O direito da propriedade industrial tende a entrar em conflito de princípios com o direito da concorrência, pois sua inerente exclusividade restringe a competição, justamente o que, em princípio, o direito antitruste almeja proteger.³ Desse modo, surgiria certa contradição entre os sistemas legais, de fácil percepção: de um lado, encontra-se a liberdade assegurada pelo princípio constitucional da livre concorrência, e, de outro, a exclusividade concedida à propriedade industrial. Essa relação mostra-se instável e problemática, porém, como afirma Herbert

¹ Ricardo Villas Bôas CUEVA afirma que “a discussão aqui tem sido menos intensa que em outros países, em razão do pequeno número de casos analisados, que talvez seja uma indicação da falta de importância das patentes como estratégia competitiva relevante e dos baixos investimentos em pesquisa e desenvolvimento entre nós” (*A proteção da propriedade intelectual e a defesa da concorrência nas decisões do CADE*. In: **Revista do IBRAC**: doutrina, jurisprudência, legislação, p. 123). Ainda nesse sentido, Barbara ROSENBERG entende que “se há uma questão no âmbito antitruste que ainda não mereceu a devida atenção da literatura especializada no Brasil, esta é, sem dúvida, a da interação entre a legislação da defesa da concorrência e a legislação de proteção da propriedade intelectual. A aparente falta de interesse dos estudiosos do tema pode ser atribuída tanto ao fato de a aplicação moderna de ambos o direito da concorrência e o direito da propriedade intelectual ser relativamente recente no Brasil, quanto à própria situação de desenvolvimento econômico do País” (*Considerações sobre o direito da concorrência e o direito da propriedade intelectual*. In: ZANOTTA, Pedro; BRANCHER, Paulo (Org.). **Desafios atuais do direito da concorrência**, p. 169).

² Haverá no trabalho algumas referências à propriedade intelectual, mas estas envolvem, em verdade, os direitos de propriedade industrial protegidos pela Lei nº 9.279/96 (patentes de invenção e de utilidade e registros de desenho industrial e de marca). A classificação da propriedade intelectual (dividida entre propriedade industrial e direito autoral), bem como a razão da delimitação temática, será devidamente explicada no primeiro capítulo da pesquisa.

³ POSSAS, Mario Luiz; MELLO, Maria Tereza Leopardi. **Antitrust and intellectual property: conflicts and convergences**, p. 3: “in general, even though the relation between intellectual property rights (IPRs) and competition policies – particularly antitrust – may be regarded as essentially compatible, it tends to present tensions and conflict zones. That is because intellectual property rights were created mainly to deter free imitation, which by definition constrains competition to some degree. Therefore, the economic function of intellectual property *intrinsically* restricts rights or freedoms at some level; and if such restraint is exercised in an anticompetitive way, it may be deemed an antitrust offence”.

HOVENKAMP, o conflito entre as legislações também é bastante exagerado e superestimado.⁴

Assim, existem várias interpretações e análises sobre essa interface. Alguns autores afirmam que a relação entre os sistemas jurídicos é de exclusão; outros, no entanto, afirmam que a impressão de que os objetivos da defesa da concorrência e da proteção da propriedade industrial são contraditórios pode estar equivocada. Para estes, na realidade, “verdadeiros conflitos entre o antitruste e os direitos de propriedade intelectual são raros”.⁵

Por um lado, a garantia à propriedade industrial estimula o desenvolvimento tecnológico, e, por outro, restringe a livre concorrência e pode facilmente gerar abusos. Dessa forma, constata-se a existência de certa tensão entre os regimes jurídicos, porque, ao mesmo tempo em que um busca exclusividades temporárias, o outro fomenta a competição.

Partindo dessas premissas, a intenção desse trabalho é pesquisar se a relação entre a propriedade industrial e o direito antitruste precisa, necessariamente, ser antagônica, como a princípio se entende. E, como o tema é razoavelmente recente, tendo em vista que “o limite entre a proteção à concorrência e o estímulo à inovação ainda não foi inteiramente traçado”,⁶ é de grande importância e pertinência o estudo das implicações dessa intrínseca relação.

A relevância da pesquisa está, justamente, na pretensão de investigar o diálogo entre as legislações, assim como as suas aparentes contradições. Adianta-se, desde já, que parece “não ser tarefa fácil encontrar um ponto de equilíbrio entre a manutenção da competição e a criação de incentivos à inovação”,⁷ de modo que, levando-se em consideração a complexidade da causa, não se pretende exaurir os questionamentos e as dúvidas a respeito do tema. O intuito é apresentar a situação de maneira clara e simples, expondo conceituações preliminares, demonstrando pensamentos de diversos autores especialistas nos temas referidos, abordando as proteções da legislação brasileira, assim como suas contradições. E, assim,

⁴ HOVENKAMP, Herbert. *The intellectual property-antitrust interface*. In: **University of Iowa Legal Studies Research Paper**, p. 1979.

⁵ Tradução livre: “true conflicts between antitrust and intellectual property rights are relatively rare”. HOVENKAMP, H. *The intellectual...*, p. 1979.

⁶ KUBRUSLY, Cláudia Tosin. *Análise da recusa de licenciar no âmbito do Direito Antitruste*. In: MOREIRA, Egon Bockmann; MATTOS, Paulo Todescan Lessa (Organ.). **Direito concorrencial e regulação econômica**, p. 130.

⁷ Tradução livre: “finding the right balance between maintaining competition and creating incentives to innovate is no easy task”. HOVENKAMP, H. *The intellectual...*, p. 2006.

pretende-se construir um caminho em busca de possíveis pontos de encontro entre as duas legislações, com base em uma visão crítica e funcional do antitruste e da propriedade industrial.

Por essa razão, o estudo que agora se inicia será dividido em três momentos distintos. O primeiro capítulo abordará noções introdutórias sobre o direito da concorrência, que é uma forma de intervenção estatal na economia. Primeiramente, serão aludidos os fundamentos constitucionais e legais do direito antitruste, abordando, inclusive, a recente alteração da lei de defesa da concorrência. Após, será estudada a finalidade da proteção da competitividade, aduzindo às diversas perspectivas dos autores mais especializados sobre o tema. Ainda, serão demonstrados os possíveis graus de concorrência e concentração dos mercados, objetos de estudo do antitruste. Por fim, a estrutura do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência será desmembrada e explicada, com as devidas menções às modificações trazidas pela nova legislação que passou a reger o tema.

O capítulo seguinte será dedicado ao estudo da proteção dos direitos de propriedade industrial, uma espécie da propriedade intelectual, que agrega a proteção dos bens incorpóreos passíveis de apropriação humana. Inicialmente, serão expostos os conceitos, as classificações e as justificativas para sua proteção pelo ordenamento jurídico brasileiro. Logo após, serão abordados os fundamentos constitucionais e legais dessa proteção. E, finalmente, serão demonstradas as modalidades de propriedade industrial passíveis de proteção legislativa, bem como seus conceitos e desdobramentos.

Por fim, o terceiro capítulo busca enfrentar, ainda que não isoladamente, a essência da presente pesquisa, que é a relação, a interação, a interface entre a defesa da concorrência e a proteção da propriedade industrial. Em um primeiro momento, buscar-se-á contemplar as relações de exclusão e complementaridade dos institutos da concorrência e da propriedade industrial. Em seguida, far-se-á o contraponto entre a liberdade proporcionada por um sistema jurídico e a exclusividade inerente ao outro. Ainda nesse ponto, após todas as considerações, atentar-se-á para a manutenção, razoável, de um “meio-termo” – ou seja, a possível persecução de um objetivo comum por ambos os sistemas legais.

Na pesquisa, procurar-se-á menos desconstruir dúvidas acerca do tema e mais fomentar o embate entre a questão da defesa da concorrência e da defesa do direito da propriedade industrial, a partir de uma leitura do Direito Brasileiro.

2. DIREITO DA CONCORRÊNCIA

O direito da concorrência, também denominado direito antitruste, exerce a função de garantidor do pleno funcionamento do mercado, impedindo o surgimento de situações abusivas de dominação de mercado e a eliminação da concorrência. Isso porque, uma vez ausente a competição, o resultado inevitável é o total domínio do mercado por um único agente, situação prejudicial à sociedade, especialmente aos consumidores.

A atuação antitruste é um modo de intervenção estatal na economia. A defesa da concorrência está presente principalmente em mercados cuja estrutura concorrencial está marcada por tendências de eliminação da competição. No Brasil, a política de defesa da concorrência, basicamente, age por meio da repressão a atitudes consideradas abusivas e busca proteger especialmente o interesse dos consumidores, a partir de fundamentos retirados da ordem constitucional.

2.1 FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA

2.1.1 *Constituição Federal de 1988*

A Constituição Federal de 1988 representa uma conquista democrática da nação brasileira. Também conhecida como Constituição Cidadã, traduz, em si, a síntese das circunstâncias do povo, representada por uma mistura de diversos interesses, de diferentes classes e grupos. Surgiu como forma de demonstrar a força da população, após anos de regime ditatorial e sem participação dos cidadãos. Em meio a diversos interesses, acabou por se tornar analítica, complexa, densa. Assim, “todos os principais ramos do direito infraconstitucional tiveram aspectos seus, de maior ou menor relevância, tratados na Constituição”,⁸ desde os princípios gerais até as regras mais simples.

⁸ BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo método**, p. 360.

Nesse sentido, dentre os princípios norteadores do sistema constitucional, tem-se a *livre iniciativa*, mencionada tanto no artigo 1º, IV,⁹ da Constituição, em que é considerada um dos fundamentos da República, quanto no *caput* do artigo 170,¹⁰ em que compõe a base da ordem econômica constitucional. O conceito de livre iniciativa é amplo, de modo que não se pode reduzi-lo à liberdade econômica ou à liberdade de iniciativa econômica. A livre iniciativa é um modo de expressão da liberdade em geral, é um dos desdobramentos da liberdade.¹¹

Ainda, em complemento ao preceito fundamental da livre iniciativa, a ordem econômica nacional deve ser pautada pelo princípio da *livre concorrência*, em consonância à redação do artigo 170, IV,¹² da Constituição Federal. A livre concorrência “é pela Constituição de 1988 erigida à condição de princípio”,¹³ de modo que compõe o rol de princípios da ordem econômica. Significa liberdade de concorrência, livre jogo das forças de mercado, desdobrada em liberdades privadas e liberdade pública.¹⁴

Esses dois princípios constitucionais fornecem a base para a regulamentação da defesa da concorrência no Brasil, pois a livre iniciativa e a livre concorrência são os pilares do sistema antitruste, encontrados nos fundamentos de todas as regras específicas que mantêm a competição no mercado. Por meio do embasamento constitucional, o legislador foi capaz de editar a lei antitruste, que disciplina de maneira mais objetiva e detalhada a atuação dos órgãos de defesa da concorrência e dos próprios concorrentes.

Além dessa base principiológica sólida, é importante mencionar outro fundamento do direito antitruste, previsto no artigo 173, §4º, da Constituição Federal, segundo o qual “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”. Isso não significa que apenas o abuso do poder econômico será reprimido pela

⁹ Art. 1º, IV: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) os valores sociais do trabalho e da *livre iniciativa*” (sem grifos no original).

¹⁰ Art. 170: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na *livre iniciativa*, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social” (sem grifos no original).

¹¹ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**, pp. 202-207.

¹² Art. 170, IV: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) *livre concorrência*” (sem grifos no original).

¹³ GRAU, E. **A ordem econômica...**, p. 208.

¹⁴ GRAU, E. **A ordem econômica...**, pp. 209-210.

legislação, tampouco que será reprimido de maneira mais severa do que as outras condutas descritas na lei infraconstitucional. É apenas uma complementação ao princípio da livre concorrência, de modo que este é integrado pelo *princípio da repressão aos abusos do poder econômico*.¹⁵

Assim, a Constituição Federal de 1988 institui os fundamentos para a preservação da ordem econômica e da livre competição entre os agentes econômicos. Indo mais além, Paula FORGIONI considera que o texto constitucional não só estipula os princípios basilares da defesa da concorrência, como também “não deixa dúvidas quanto ao fato de a concorrência ser, entre nós, meio, instrumento para o alcance de outro bem maior, qual seja, assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social”.¹⁶

Dessa forma, torna-se necessária a existência de uma legislação infraconstitucional capaz de regulamentar a aplicação dos princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência de forma precisa e detalhada. Nesse contexto, surgiram legislações de defesa da concorrência e foi criado o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), responsável pela efetivação das normas antitruste no âmbito administrativo, como se vislumbrará a seguir.

2.1.2 Nota histórica e a Lei Antitruste nº 8.884/1994

Como forma de garantir a eficácia dos princípios da livre concorrência e da livre iniciativa, postulados pela Constituição Federal de 1988, e para o fim de coibir atuações anticompetitivas no mercado, foi editada a Lei nº 8.884, em 11 de julho de 1994, dispondo sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica. Além disso, transformou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica em autarquia federal.

Para Eros GRAU, as normas da Lei nº 8.884/1994 “conferem concreção aos princípios de liberdade de iniciativa, da livre concorrência”, além da “função social da propriedade, da defesa dos consumidores e da repressão ao abuso do poder econômico, tudo em coerência com a ideologia constitucional adotada pela

¹⁵ GRAU, E. **A ordem econômica...**, p. 209.

¹⁶ FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**, pp. 178-179.

Constituição de 1988”.¹⁷ Assim, a legislação antitruste estava voltada à prevenção e à repressão das infrações contra a ordem econômica, por meio da atuação, principalmente, do Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

O CADE foi criado em 1945, por meio do Decreto-Lei nº 7.666 (artigo 19). Desde a sua criação, já foi constituído como órgão autônomo, com personalidade jurídica própria e subordinação direta ao Presidente da República. Porém, o referido decreto teve duração curta, sendo revogado no final do governo de Getúlio Vargas. Mais tarde, o Conselho foi reativado pela Lei nº 4.137 (artigo 8º), em 10 de setembro de 1962, já com jurisdição em todo o território nacional e vinculação direta à Presidência do Conselho de Ministros.¹⁸

Com a Lei nº 8.884/1994, houve a sistematização da matéria antitruste, com grande aperfeiçoamento legislativo. A partir deste momento, o CADE se tornou autarquia federal, com dotação orçamentária própria e mais autonomia, vinculado diretamente ao Ministério da Justiça. Esse diploma legal, ainda, implantou o que se convencionou denominar *Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência* (SBDC), composto de três órgãos: a SEAE (Secretaria de Acompanhamento Econômico), a SDE (Secretaria de Defesa Econômica), e o CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica).

Assim, com um sistema de análise, investigação e julgamento estruturado, iniciou-se o progresso da atuação antitruste brasileira. Nesse sentido, convém mencionar que “a atividade do CADE, desde meados dos anos 90, vem se consolidando de forma a não mais se vislumbrarem ‘surto’ de aplicação da Lei Antitruste, mas uma linha contínua de atuação, embora com altos e baixos”.¹⁹ Porém, reconhece-se que, embora o progresso tenha sido grande, permitindo ao CADE atingir visibilidade e confiança perante a sociedade, ainda havia muito a fazer. E é nesse contexto de mudanças e aperfeiçoamentos que surgiu a nova legislação de defesa da concorrência: a Lei nº 12.529, aprovada no final do ano de 2011 e em vigência desde maio de 2012.

¹⁷ GRAU, E. **A ordem econômica...**, p. 212.

¹⁸ FORGIONI, P. **Os fundamentos...**, pp. 108-119.

¹⁹ FORGIONI, P. **Os fundamentos...**, p. 126.

2.1.3 A Lei nº 12.529/2011: a nova legislação antitruste brasileira

Em 30 de novembro de 2011, foi sancionada pela Presidência da República a Lei nº 12.529/2011, que, em vigência, revogou, principalmente, disposições da Lei nº 8.884/1994, a antiga legislação brasileira de defesa da concorrência.

A nova lei entrou em vigor em 29 de maio de 2012 e é responsável pela reestruturação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), que contou, dentre outras alterações, com a criação do “Super CADE” e com a análise prévia dos atos de concentração. Desde o primeiro semestre de 2011, o CADE vem passando por adaptações, embora as análises tenham sido feitas com base na Lei nº 8.884/1994 até o início da vigência da Lei nº 12.529/2011.

Em sua longa trajetória, o então projeto de lei foi tema de frequentes debates nas mais diversas instâncias, inclusive o próprio CADE já vinha se preparando para as mudanças antes mesmo de receber o aval do Congresso Nacional. E, principalmente durante os últimos anos, foi grande o empenho em sua aprovação, para que trouxesse melhoras significativas à legislação concorrencial, especialmente no que tange à análise dos atos de concentração, que passa a ser efetivamente prévia à finalização das operações empresariais. Assim, o objetivo da nova legislação é melhorar a análise dos atos de concentração, deixando o processo de submissão dessas operações ao CADE mais célere e compatível com a lógica econômica e empresarial – que pode diferir muito da lógica jurídica, principalmente no que diz respeito ao tempo das transações. Afinal, as operações econômicas ocorrem quase que instantaneamente, sem muitas complicações formais, enquanto o controle de tais atos, submetido a entraves burocráticos e à própria complexidade sistêmica do ordenamento, exige mais tempo para concretização.

No entanto, em sua essência, a nova lei antitruste, apesar de apresentar novos critérios de submissão dos atos de concentração ao CADE, mantém os princípios e os objetivos do atual Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, ou seja, continua pautada, ainda que mediatamente, no bem estar dos consumidores (como se verá detalhadamente a seguir). Afinal, a “proteção do bem estar do consumidor é o objetivo final do direito antitruste”.²⁰

²⁰ Tradução livre: “protection of consumer welfare is antitrust’s ultimate purpose”. HOVENKAMP, H. **The antitrust enterprise: principle and execution**, p. 31.

Desse modo, como a alteração legislativa é recente e não houve significativas mudanças teóricas, a doutrina utilizada para o presente trabalho será, em sua grande maioria, anterior à nova legislação, sem se olvidar as necessárias referências às alterações, para a melhor compreensão do tema.

2.2 A DEFESA DA CONCORRÊNCIA E SUA FINALIDADE

A grande maioria dos países possui uma política de defesa da concorrência, até porque, como asseverou Richard POSNER, “o sistema capitalista não consiste apenas em mercados livres”,²¹ sendo necessária, muitas vezes, a intervenção do Estado na economia. Além disso, “as normas de concorrência são essenciais para orientar o comportamento econômico dos agentes”.²²

No caso brasileiro, os fundamentos para tal regulação são tanto constitucionais quanto infraconstitucionais, como exposto acima. São diversas as correntes doutrinárias sobre a finalidade da defesa da concorrência, isto é, o motivo pelo qual se justifica a intervenção estatal no âmbito da economia, a razão pela qual se defende a manutenção de um mercado competitivo.

Antes de tudo, destaca-se o quão importante é o contexto analisado, porque, assim como as demais legislações, “a lei antitruste desempenhará, em determinado sistema jurídico e momento histórico, função diversa daquela assumida em outros sistemas, em outros momentos”.²³

Na doutrina norte-americana, precursora da política antitruste, são três as correntes que pregam os fundamentos e as finalidades da defesa da concorrência: Escola de Chicago, Escola de Harvard e Escola Pós-Chicago.

A *Escola de Chicago*²⁴ possui uma visão pouco intervencionista da política de defesa da concorrência, acreditando, basicamente, no fato de que a entrada de

²¹ Tradução livre: “a capitalist system cannot consist just on free markets”. POSNER, Richard. **The crisis of capitalistic democracy** (introdução).

²² SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**: as estruturas, p. 22.

²³ FORGIONI, P. **Os fundamentos...**, pp. 154-155.

²⁴ Surgiu nos anos 50, sendo que “seu trabalho se resumiu à aplicação, ainda bastante simplificada, da *price theory*, ao direito antitruste, em uma época em que os estudos econômicos sobre a matéria eram assimétricos e descritivos. Nos anos 60 e 70 esse trabalho foi desenvolvido, sobretudo, por R. Bork e R. Posner, com aplicação da teoria marginalista ao estudo do direito antitruste”. SALOMÃO FILHO, C. **Direito concorrencial**: as condutas, p. 21.

novos concorrentes no mercado seria capaz de resolver os problemas dos mercados anticompetitivos.²⁵ A ênfase na eficiência produtiva (que significa principalmente produção a baixo custo) é uma das características mais marcantes dessa corrente doutrinária, prevalecendo sobre qualquer outro propósito do direito concorrencial, inclusive a própria existência da concorrência. Ainda, nesse particular, a eficiência é associada ao bem-estar do consumidor, de modo que este passa a ser o único princípio norteador do sistema antitruste.²⁶

Por outro lado, o pensamento dos economistas da *Escola de Harvard*²⁷ é “mais estruturalista, ou seja, os mercados são vistos, a *priori*, como não competitivos, não importando a ocorrência de desvios dos padrões para as condições de competição”.²⁸ A preocupação dessa escola não está voltada à eficiência, mas, sim, à existência efetiva da concorrência.

Assim, comparativamente, para Herbert HOVENKAMP,

enquanto a Escola de Chicago enfatizava a maneira pela qual as firmas continuavam a competir, não obstante as estruturas imperfeitas, a Escola de Harvard enfatizava a maneira pela qual as firmas evitavam competir.²⁹

Já a terceira das correntes doutrinárias, a *Escola Pós-Chicago*, acredita que os mercados são mais complexos do que aqueles entendidos e estudados pela Escola de Chicago. Além disso, utiliza em suas análises os modelos da teoria dos jogos, da teoria dos mercados contestáveis e da teoria dos custos de transação, com suas diferentes consequências econômicas.³⁰ Um aspecto interessante é que, como as novas teorias econômicas são baseadas em métodos econométricos e analíticos, a consequência imediata de um estudo estruturado dessa maneira, no

²⁵ HOVENKAMP, H. **The antitrust enterprise...**, p. 32.

²⁶ SALOMÃO FILHO, C. **Direito concorrencial: as estruturas**, p. 23.

²⁷ A Escola de Harvard, até meados da década de 70, foi uma grande opositora dos pensamentos da Escola de Chicago. E seus defensores “dão ênfase ao estudo da estrutura de mercados individuais para a aplicação do direito antitruste” Mas, “a partir, sobretudo, do final dos anos 70 a Escola de Harvard simplesmente desaparece, já que seus representantes aceitaram grande parte dos pressupostos da Escola de Chicago”. SALOMÃO FILHO, C. **Direito concorrencial: as condutas**, pp. 21-22.

²⁸ Tradução livre: “Harvard School economics was heavily ‘structuralist’, which meant that it was apt to view markets as noncompetitive whenever they deviated from what were thought to be basic competitive conditions”. HOVENKAMP, H. **The antitrust enterprise...**, p. 35.

²⁹ Tradução livre: “while the Chicago School emphasized the ways that firms would continue to compete notwithstanding imperfect structures, the Harvard School emphasized the ways that firms could avoid competing”. HOVENKAMP, H. **The antitrust enterprise...**, p. 35.

³⁰ HOVENKAMP, H. **The antitrust enterprise...**, p. 38.

plano jurídico, é a mudança no foco das atenções, pois há o deslocamento do controle das estruturas para o controle das condutas.³¹

No entanto, Herbert HOVENKAMP afirma que poucos ainda discutem ou questionam o fato de o propósito último do antitruste ser a proteção dos direitos dos consumidores em relação aos benefícios proporcionados pela livre competição. A divergência acontece, segundo o autor, apenas em relação ao meio pelo qual esses objetivos são atingidos.³²

A visão europeia caminha em outro sentido, pois a política antitruste não objetivaria somente a proteção dos interesses dos consumidores ou concorrentes, mas também – e primordialmente – a tutela da estrutura do mercado, da concorrência como instituição.³³

Por sua vez, na doutrina brasileira não existe pacificação a respeito: persistem diversas discussões sobre qual o escopo primordial da defesa da concorrência. Os autores oscilam entre as preocupações da legislação antitruste, desde encorajar a concorrência e tutelar o mercado contra efeitos autodestrutíveis até proteger institucionalmente o sistema competitivo como instrumento de defesa dos consumidores. Para se ter um exemplo, Calixto SALOMÃO FILHO escolheu a regulamentação do poder econômico no mercado como objetivo central do direito da concorrência:

se o direito concorrencial funciona como um corpo de regras mínimas de organização da ordem privada, que deve oferecer a seus agentes a possibilidade de livre escolha e, conseqüentemente, de descoberta da melhor opção de conduta, deve ele garantir, no mínimo, liberdade de escolha e máxima precisão possível das informações transmitidas.³⁴

Com outro viés, Paula FORGIONI, para quem “a Constituição do Brasil, em seu todo, persegue objetivos mais amplos e maiores do que, singelamente, o do

³¹ SALOMÃO FILHO, C. **Direito concorrencial: as condutas**, p. 23.

³² HOVENKAMP, H. **The antitrust enterprise...**, pp. 01 e 31: “few people dispute that antitrust’s core mission is protecting consumers’ right to the low prices, innovation, and diverse production that competition promises. Articulating the means to achieve this end is a different matter”. No mesmo sentido: “the principal antitrust ideologies are the Chicago and Harvard Schools and the ‘post-Chicago’ alternative. (...) Today these schools no longer articulate different goals. By and large, all three agree that protection of consumer welfare is antitrust’s ultimate purpose. The remaining dissimilarities lie in their views about how antitrust can best achieve that end”.

³³ Para uma visão mais aprofundada, *vide* FORGIONI, P. **Os fundamentos...**, p. 173 e SALOMÃO FILHO, C. **Direito concorrencial: as estruturas**, p. 67.

³⁴ SALOMÃO FILHO, C. **Direito concorrencial: as estruturas**, p. 60.

livre mercado”,³⁵ destaca o caráter instrumental do antitruste e o define como a “técnica de que lança mão o Estado contemporâneo para implementação de políticas públicas, mediante a repressão ao abuso do poder econômico e a tutela da livre concorrência”.³⁶

Já para Isabel VAZ, o direito da concorrência indica “o conjunto de regras e instituições destinadas a apurar e a reprimir as diferentes formas de abuso de poder econômico e a promover a defesa da livre concorrência”.³⁷

Em contrapartida, Calixto SALOMÃO FILHO diz que

uma vez entendido o processo concorrencial como um processo de escolha racional, os interesses de concorrentes e consumidores, ao contrário de conflitantes, são reciprocamente instrumentais. (...) O constituinte e o legislador brasileiro claramente encamparam a tese do reconhecimento e representação dessa pluralidade de interesses na legislação antitruste.³⁸

Enfim, sendo a concorrência um instrumento ou um fim a se alcançar, o mais importante é que os consumidores e os concorrentes são extremamente beneficiados com a defesa desse instituto. Sabe-se que o sistema econômico ideal é aquele em que prevalece a competição perfeita no mercado, “que é aquela em que, dada a existência de um grande número de produtores e de consumidores, nenhum deles tem o poder de manipular preços em detrimento do consumidor final”.³⁹

E, apesar da dificuldade natural da existência de um sistema perfeito como o descrito acima, as autoridades antitruste buscam permanentemente a manutenção saudável da competição, inibindo as práticas lesivas à concorrência.

2.3 OS GRAUS DE CONCORRÊNCIA NO MERCADO

A concorrência defendida pelas políticas antitruste não pode ser medida por meio de extremos ou binômios, isto é, não basta apenas afirmar, por exemplo, que

³⁵ FORGIONI, P. **Os fundamentos...**, p. 179.

³⁶ FORGIONI, P. **Os fundamentos...**, p. 88.

³⁷ VAZ, Isabel. **Direito Econômico da Concorrência**, p. 243.

³⁸ SALOMÃO FILHO, C. **Direito concorrencial: as estruturas**, pp. 34-35.

³⁹ GALVÊAS, Ernane. *O direito da concorrência*. In: COSTA, Marcos da; MENEZES, Paulo Lucena de; MARTINS, Rogério Gandra da Silva (Coord.). **Direito concorrencial: aspectos jurídicos e econômicos: comentários à Lei nº 8.884/94 e estudos doutrinários**, p. 43.

determinado mercado é competitivo ou que não há espaço para concorrentes. É imprescindível uma análise mais atenta e específica. Os mercados devem ser qualificados em consonância com sua mecânica, ou seja, de acordo com a maneira pela qual funcionam, o que, na verdade, acaba sendo reflexo das estruturas que prevalecem nas relações de oferta e procura.

De acordo com Fábio NUSDEO, existem cinco grandes tipos de estruturas de mercado: a concorrência perfeita, a concorrência imperfeita, o oligopólio, o monopólio e o monopólio bilateral.⁴⁰

Não existem fronteiras bem delimitadas entre esses regimes, pelo que o melhor a fazer, ainda que para fins estritamente didáticos, é colocá-los em linha contínua, um sucedendo ao outro, iniciando com a concorrência perfeita e finalizando com o monopólio bilateral. Esta evolução representa a intensidade do fenômeno da concorrência, possibilitando dizer que existem graus de concorrência, ao invés de sua simples existência ou não.

A concorrência perfeita é um modelo muito mais teórico do que real e exige alguns requisitos para que seja configurada. Desse modo, é preciso que haja (i) um grande número de compradores e vendedores interagindo entre si, sem que nenhum exerça influência nas condições do mercado; (ii) homogeneidade do produto; (iii) facilidade dos agentes para entrar e sair do mercado; (iv) acesso de todos os concorrentes a todas as informações importantes; e (v) ausência de economias de escala e externalidades.⁴¹ Uma análise comparativa diria que “a concorrência perfeita representa na ciência econômica o que o vácuo ou a ausência de atrito representam na física”.⁴² Ou seja, é demasiadamente improvável, para não dizer impossível, que um mercado com essas características efetivamente exista.

Esse modelo, que dificilmente é visto na realidade,⁴³ encontrar-se-ia apenas em mercados muito competitivos, que são aqueles em que o número de empresas

⁴⁰ NUSDEO, Fábio. **Curso de economia**: introdução ao direito econômico, p. 266.

⁴¹ Para Fábio NUSDEO, as externalidades são “custos ou benefícios circulando externamente ao mercado, vale dizer, que se quedam incomensurados, pois, para eles, o mercado, por limitações institucionais, não consegue imputar preço. (...) [N]ão quer significar fatos ocorridos fora das unidades econômicas, mas sim fatos ou efeitos ocorridos fora do mercado, externos ou paralelos a ele, podendo ser vistos como efeitos parasitas” (**Curso...**, p. 155). Ainda, menciona o autor que “quando as externalidades redundam em algum custo para alguém são chamadas negativas; quando beneficiam alguém são chamadas positivas. Outro nome utilizado é *economias* ou *deseconomias* externas, conforme se trate de benefício ou de custo incidindo sobre terceiros” (**Curso...**, p. 157).

⁴² NUSDEO, F. **Curso...**, p. 267.

⁴³ Isso porque normalmente o mercado apresenta características que violam as condições estruturais do modelo de concorrência perfeita, o que gera vários tipos diferentes de mercados vendedores. Para

vendendo o mesmo produto é grande, e a participação de cada uma é tão pequena a ponto de nenhuma delas influenciar individualmente os preços do mercado. Caso o regime de concorrência perfeita fosse encontrado na prática, seria possível maximizar a riqueza dos consumidores, pela mera eficiência na produção.

A *concorrência imperfeita* é o regime em que existe, como no modelo anterior, um número grande de compradores e vendedores, mas os demais requisitos são dispensados. A procura por produtos se apresenta viciada, ou seja, os consumidores estão presos a determinados fornecedores. O mercado, sob essa ótica, é compartimentado, de modo que um ou outro agente possui mais importância e peso do que os outros concorrentes. Esse regime também pode ser chamado de concorrência monopolística, porque em algumas situações os segmentos do mercado se tornam tão concentrados que é praticamente impossível competir dentro deles.

No *oligopólio*, a “oferta está concentrada nas mãos de poucos”,⁴⁴ ou seja, os vendedores são poucos e se agrupam entre si. É um regime bastante volátil e instável, pois, rapidamente, por meio de um cartel,⁴⁵ por exemplo, é possível transformá-lo em monopólio, assim como, se não houver acordo, pode passar a figurar como algo próximo à concorrência imperfeita. Nesse sentido, há também o *oligopsônio*, que é um oligopólio de compra, ou seja, em que são poucos compradores diante de vendedores polarizados.

O *monopólio*, por sua vez, é a situação em que somente um agente é o vendedor de um produto, fato que permite ao monopolista atuar simultaneamente nas variáveis de compra e venda, ou seja, no preço e na quantidade dos produtos. Evidentemente, seus lucros serão maximizados, tendo em vista que o detentor do

noções aprofundadas, *vide* SCHERER, Frederic; ROSS, David. **Industrial market structure and economic performance**, p. 24.

⁴⁴ NUSDEO, F. **Curso...**, p. 271.

⁴⁵ O cartel ocorre quando vários agentes econômicos, que atuam no mesmo mercado relevante, ou seja, competem entre si por parcela do mercado, combinam preços de determinado produto. É um “acordo entre empresas que passam a adotar decisões ou políticas comuns quanto a todos ou a um determinado aspecto de suas atividades. Por se tratar de um acordo, as empresas nele envolvidas não perdem a sua autonomia ou a sua individualidade” (NUSDEO, F. **Curso...**, p. 279). Essa prática é considerada uma infração à ordem econômica, passível de punição severa. É o que dispõe o art. 36, §3º, I, da Lei nº 12.529/11: “as seguintes condutas (...) caracterizam infração da ordem econômica; I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma: a) preços de bens ou serviços ofertados individualmente, b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços, c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos, c) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública”.

monopólio concentra em si o atendimento de todo o mercado. Da mesma forma que o outro extremo, o monopólio absoluto é um caso raro de se encontrar. Ainda, há o *monopsônio*, que corresponde exatamente ao monopólio no campo da procura.

Por fim, o *monopólio bilateral* representa o extremo oposto do regime da concorrência perfeita, o que significa que é um mercado em que existe um único vendedor para um único comprador; a oferta e a procura encontram-se polarizadas. Mais uma vez, trata-se de um caso limite que dificilmente será encontrado na prática, pois o mercado não conseguiria sequer se sustentar com apenas dois pólos. Na verdade, haveria um grande impasse, por exemplo, na situação em que o vendedor tentaria obter o máximo de remuneração por um mínimo de produto oferecido, ou vice-versa.

Assim, apesar de o ideal ser o mercado em que prevalece a competição perfeita,⁴⁶ é muito improvável que esta situação seja constatada na realidade econômica atual.

A maioria dos mercados relevantes se enquadra na situação de concorrência oligopolística, em que são poucos os produtores e muitos os compradores. Dessa forma, faz-se necessário um sistema de defesa da concorrência que garanta a livre competição, principalmente nesses mercados em que a tendência é a concentração, para o bem estar dos consumidores finais.

2.4 O SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Uma vez verificada, ainda que em poucas linhas, a composição dos princípios e fundamentos do direito concorrencial, assim como as principais correntes doutrinárias que historicamente versam sobre o assunto, faz-se necessário indicar a composição atual do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, buscando identificar a organização e a estrutura de seus principais órgãos.

Pela sistemática da antiga legislação, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) era formado pela Secretaria de Direito Econômico (SDE), vinculada ao Ministério da Justiça; pela Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), vinculada ao Ministério da Fazenda; e pelo Conselho Administrativo de

⁴⁶ GALVÊAS, Ernane. *O direito da concorrência*, p. 43.

Defesa Econômica (CADE), autarquia especial vinculada também ao Ministério da Justiça. Com a nova legislação, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência passa a ser formado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE). O CADE, por sua vez, é formado pelo Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, pela Superintendência-Geral e pelo Departamento de Estudos Econômicos.

Ressalta-se que a finalidade do SBDC é a aplicação da legislação antitruste pátria (a Lei nº 12.529/2011) visando à promoção e à manutenção de um mercado competitivo, por meio da prevenção e da repressão de condutas anticoncorrenciais, além da prática da advocacia da concorrência. Nesse sentido, o artigo 1º da legislação antitruste em vigor:

dispõe sobre a *prevenção* e a *repressão* às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.

Assim, a política e a atuação do SBDC são fundadas em três práticas: a *prevenção* das práticas anticoncorrenciais (por meio da aprovação ou reprovação dos atos de concentração submetidos à análise do CADE), a *repressão* das condutas anticompetitivas (por meio das investigações de práticas possivelmente ilícitas e prejudiciais à concorrência), e a *advocacia da concorrência* (disseminação da cultura da defesa da concorrência pelo país, por meio de palestras, convênios com instituições, programas de intercâmbio, dentre outros).

Ainda, como foi demonstrado, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência possui como fim último o bem estar do consumidor e da sociedade, pois são esses os atingidos e prejudicados caso a concorrência seja, de alguma forma, suprimida.

2.4.1 Estrutura e funções do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência

Como sistema organizado de aplicação das normas de defesa da concorrência, com o intuito de controlar as práticas anticompetitivas e as infrações à

ordem econômica, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência possui uma grande estrutura, dividida em órgãos, aos quais são atribuídas diversas funções.

Assim, à luz da legislação recém-revogada, pode-se dizer que, de maneira sintética, a Secretaria de Direito Econômico (SDE) era responsável, primordialmente, pelas investigações de ilícitos anticoncorrenciais, pela instrução dos processos administrativos, pela realização de acordos de leniência e pelos pareceres jurídicos das operações de restritivas da competição no mercado.

Já a função da Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), no que diz respeito à matéria antitruste (ao órgão são atribuídas também outras tarefas), era à análise econômica dos atos de concentração e dos respectivos mercados afetados, mediante pareceres opinativos de operações societárias e infrações à ordem econômica.

Por fim, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) era o órgão julgador, exercendo a função de tribunal administrativo, responsável pela decisão final a respeito dos ilícitos antitruste. Seu trabalho principal estava no julgamento das condutas dos agentes econômicos, na imposição de multas e outras penalidades, na aprovação de operações societárias e atos de concentração, na celebração de compromissos de cessação e compromissos de desempenho.

A partir dessa tripartição organizacional, ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência competia – e ainda compete –, em síntese, analisar e solucionar duas situações: (i) investigação e julgamento de condutas que pudessem implicar em infração à ordem econômica e (ii) análise e estudo de práticas restritivas da concorrência, objetivando sua eventual aprovação. E cada uma dessas situações originava processos administrativos diferentes no âmbito dos órgãos componentes do SBDC.

As investigações sobre possíveis infrações à ordem econômica geralmente iniciavam com representação de qualquer interessado, ou então, *ex officio*, pela SDE. Em caso de indícios suficientes da prática anticompetitiva, um processo administrativo seria instaurado. Caso contrário, haveria a instauração de uma averiguação preliminar⁴⁷ com o objetivo de investigar a suspeita e, posteriormente,

⁴⁷ Averiguação preliminar significa investigação anterior à instauração de processo administrativo, promovida pela então Secretaria de Direito Econômico quando os indícios de infração à ordem econômica não eram suficientes para instauração do processo, nos termos do art. 30 da Lei nº 8.884/94. Com a Lei nº 12.529/11, a redação do dispositivo foi alterada, de modo que a referida averiguação preliminar desaparece. Porém, para Roberto Domingos TAUFICK (**Nova lei antitruste...**,

ensejar a eventual abertura de um processo administrativo. Pela sistemática da antiga legislação, cabia à SDE apurar os fatos e proferir parecer, competindo ao CADE o julgamento da conduta. Nesses casos, a SEAE era responsável apenas por um parecer opinativo no que diz respeito à análise econômica da situação.⁴⁸

Por outro lado, os pedidos de autorização para os atos de concentração eram normalmente apresentados pelas partes na operação societária, diretamente interessadas no aval do CADE e na concretização do negócio. Cabia à SEAE e à SDE proferir pareceres, negativos ou positivos, sobre a operação almejada e eventuais exigências ou restrições para a aprovação do ato de concentração. Contudo, a decisão final, após as investigações ou análises da concentração do mercado, seria proferida, soberanamente, pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

Entretanto, é imperioso mencionar que, com a aprovação da nova lei de defesa da concorrência (Lei nº 12.529/2011), que entrou em vigor no final do primeiro semestre de 2012, os procedimentos tornaram-se um pouco diferentes, pois houve a reestruturação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, que consistiu, principalmente, na criação do “Super CADE”, por meio do qual os órgãos foram reorganizados.

Com a nova legislação, o “Super CADE” – como já é comumente denominada essa nova união dos órgãos, com a consequente redistribuição de suas funções – passa a ser responsável pela instrução, análise e julgamento final dos atos de concentração e processos administrativos. De acordo com o artigo 3º da Lei nº 12.529/2011, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência é “formado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda”. Como se pode perceber, a Secretaria de Defesa Econômica (SDE) desaparece, permanecendo apenas a SEAE, mas com funções essencialmente relacionadas à advocacia da concorrência, ou seja, à promoção da defesa da concorrência em diversos setores e instituições.

Em relação à antiga estrutura do CADE, em sentido estrito, sua composição era de um Conselho (um presidente e seis conselheiros), responsável pelo

p. 300), “o inquérito administrativo exerce a mesma função da antiga averiguação preliminar do CADE, com o benefício de uniformizar a nomenclatura utilizada pelos tribunais”. Ainda segundo o autor, o dispositivo correspondente na nova legislação seria o art. 66, que dispõe que “o inquérito administrativo, procedimento investigatório de natureza inquisitorial, será instaurado pela Superintendência-Geral para apuração de infrações à ordem econômica”.

⁴⁸ FORGIONI, P. **Os fundamentos...**, p. 137.

juízo dos atos de concentração e processos administrativos, além de uma Procuradoria, que o representava perante o Poder Judiciário. Com o novo diploma legal, esta composição não só foi alterada, como ampliada, passando o CADE a ser composto, de acordo com o artigo 5º da Lei nº 12.529/2011, por (i) um Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, (ii) uma Superintendência-Geral e (iii) um Departamento de Estudos Econômicos. Há ainda a Procuradoria Federal, que funciona junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (artigo 15 da Lei nº 12.529/2011).

Vigente a nova legislação, o então Conselho responsável pelo julgamento dos atos de concentração e processos administrativos (até então denominado CADE) passa a ser o Tribunal Administrativo de Defesa Econômica – um dos três órgãos do novo CADE, ou “Super CADE” –, que, segundo o artigo 9º da nova Lei Antitruste, é responsável por decidir sobre a existência de infração à ordem econômica, aplicar penalidades, decidir os processos administrativos, aprovar termos de compromisso de cessação de prática anticompetitiva, aprovar acordos em análises de atos de concentrações, apreciar atos de concentração econômica, instruir o público sobre as formas de infração da ordem econômica, dentre outras atividades salutares à manutenção das práticas concorrenciais.

Por sua vez, as competências da Superintendência-Geral estão disciplinadas no artigo 13 da nova legislação e compreendem, dentre outras, acompanhar as atividades e práticas comerciais de agentes que detiverem posição dominante em mercado relevante;⁴⁹ promover, em face de indícios de infração da ordem econômica, inquérito administrativo; instaurar e instruir processo administrativo, procedimento para apuração ou análise de ato de concentração; desenvolver estudos e pesquisas objetivando orientar a política de prevenção de infrações da ordem econômica. Percebe-se que, basicamente, são as funções de investigação e instrução da Secretaria de Direito Econômico (SDE) do antigo SBDC.

⁴⁹ É importante conceituar a expressão *mercado relevante*, porque falar em mercado implica em uma noção muito ampla e pouco utilizada para fins de concorrência; isso porque, os mercados serão frequentemente particularizados para que sejam analisados. Assim, “o mercado relevante é aquele em quase travam as relações de concorrência ou atua o agente econômico cujo comportamento está sendo analisado. (...) Para a delimitação do mercado relevante, devemos analisar dois aspectos complementares e indissociáveis: o mercado relevante geográfico e o mercado relevante material, ou mercado do produto. (...) Identifica-se o mercado geográfico como espaço físico onde se desenvolvem as relações de concorrência que são consideradas. (...) O mercado do produto é aquele em que o agente econômico enfrenta a concorrência, considerado o bem ou serviço que oferece”. FORGIONI, P. **Os fundamentos...**, pp. 210, 211, 213 e 218.

Por fim, ao Departamento de Estudos Econômicos, de acordo com o artigo 17 da nova lei, incumbe elaborar estudos e pareceres econômicos, de ofício ou por solicitação do Tribunal Administrativo ou da Superintendência-Geral, com o intuito de zelar pelo rigor e atualização técnica das decisões.

Desse modo, vislumbra-se, ao lado, ainda, da advocacia da concorrência, o controle preventivo⁵⁰ e o controle repressivo⁵¹ dos atos anticompetitivos como as formas de atuação das autoridades em defesa da concorrência.

Assim, então, é formado o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, que, independentemente da reestruturação proposta – recentemente promovida – pela nova legislação, continuará responsável pela manutenção da ordem econômica e pela garantia de mercados competitivos.

2.4.2 As práticas antitruste e seus efeitos anticoncorrenciais

A estrutura do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, como demonstrado, compreende diferentes órgãos incumbidos de diversas funções, de modo que, ao lado da advocacia da concorrência, o controle preventivo e o controle repressivo dos atos anticompetitivos são as formas de atuação das autoridades em defesa da competição saudável nos mercados. Observar-se-á, a partir deste momento, os atos anticompetitivos, cuja prática é objeto de análise e repressão pelo SBDC.

As práticas antitruste são classificadas, conforme suas manifestações, em (i) acordos horizontais e verticais, (ii) abuso de posição dominante e (iii) concentrações.

⁵⁰ Até a entrada em vigor da nova lei, o *controle preventivo* consistia na submissão dos atos de concentração ao CADE, no prazo de 15 dias da formalização da operação societária. Dessa forma, em geral, as partes concluíam o negócio no mundo fático antes de obterem o aval do CADE, o que gerava muitos prejuízos em caso de desaprovação, pois o ato deveria ser desfeito (natural no mundo jurídico, mas quase sempre inadmissível no mundo econômico). Ou seja, apesar da nomenclatura, o controle realizado pelo CADE nunca foi efetivamente prévio. Porém, a nova lei trouxe uma alteração significativa em relação à revisão de atos de concentração: a análise e o controle pelo órgão de defesa antitruste passaram a ser realmente preventivos, isto é, o negócio não pode ser concluído ou consumado até sua aprovação pelo Conselho, trazendo benefícios enormes para a prática empresarial, porém demandando uma celeridade grandiosa por parte dos conselheiros e de toda a equipe do CADE. Inclusive, a Procuradoria do CADE estipulou o prazo máximo de 330 dias para que a análise seja realizada, sob pena de aprovação da operação.

⁵¹ O *controle repressivo* é aquele realizado por meio dos processos administrativos instruídos então pela Secretaria de Direito Econômico (SDE), agora pela Superintendência-Geral, em casos de suspeitas de ocorrência de condutas anticompetitivas pelos agentes econômicos.

Porém, a Lei nº 12.529/2011 (da mesma forma que a lei anterior) tipificou, no *caput* do seu artigo 36, de forma genérica, que

constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos [descritos nos incisos], ainda que não sejam alcançados.

Não há distinção entre acordos e concentrações entre empresas, abuso de posição dominante ou domínio de mercado, ou seja, toda e qualquer conduta poderia estar incluída na descrição.

Assim, para que determinado ato – acordo, abuso ou concentração – seja considerado uma infração à ordem econômica, deve haver a incidência dos incisos do artigo 36. Isso significa que, para ser qualificado como tal, o ato deve produzir os seguintes efeitos: (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, ou (iv) exercer de forma abusiva posição dominante.

Com essa sistemática, resta ao intérprete da legislação apenas subsumir os atos às regras de defesa da concorrência, sem que seja necessário o “esforço hermenêutico para caracterização de determinada prática como atentatória à ordem econômica”, sendo suficiente “a existência de determinados objetivos ou a produção dos efeitos elencados”⁵² no dispositivo legal.

Pode-se perceber que o artigo 36 é demasiado amplo, abrangendo infinitas condutas que podem, eventualmente, ser consideradas contrárias à ordem econômica. Dessa maneira, o artigo 36, §3º, menciona outras condutas que, em caso de concomitante incidência com o *caput*, tornar-se-ão infrações passíveis de punição. Isso porque, para que essas condutas sejam realmente ilícitas, seus efeitos anticompetitivos devem ser comprovados.

Analisando o viés econômico da legislação, tem-se o artigo 88 da Lei nº 12.529/2011, que permite a existência de acordos e concentrações, desde que autorizados pelo CADE. Assim, cabe ao agente econômico verificar se a conduta a ser realizada se enquadra nas hipóteses previstas no dispositivo legal e apresentar o ato ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

⁵² FORGIONI, P. **Os fundamentos...**, pp. 132-133.

Na antiga sistemática, assim como na atual, algumas situações geravam submissão obrigatória. Isso acontecia quando pelo menos um dos grupos econômicos envolvidos na operação tivesse registrado, no ano anterior à submissão, faturamento bruto anual no Brasil igual ou superior a R\$400 milhões, *ou quando a operação resultasse no controle de 20% (vinte por cento) ou mais de determinado mercado relevante*. Ou seja, mesmo uma das partes sendo insignificante no mercado, a operação deveria ser submetida ao CADE, em razão do enquadramento da outra na hipótese típica.

Mas, com a alteração legislativa, as operações devem ser submetidas ao CADE sempre que ocorrerem duas hipóteses em conjunto, ou seja, se pelo menos uma das partes envolvidas tiver faturamento bruto de R\$750 milhões no ano anterior à submissão e a outra de pelo menos R\$75 milhões.⁵³ A disposição que impunha o critério relativo ao mercado relevante deixa de existir na nova lei, de modo que a porcentagem de *market share*⁵⁴ das partes não mais influencia a notificação ou não da operação.

Assim, o artigo 88 da nova legislação é uma das grandes alterações no antitruste brasileiro, porque “a participação de mercado sai dos critérios de submissão, por ser deveras subjetiva e imprecisa”.⁵⁵

Enfim, o artigo 36 dispõe sobre a definição geral das práticas ilícitas e das infrações à ordem econômica; seu §3º fornece exemplos de práticas que podem, eventualmente, configurar infração, a depender da incidência ou não das situações

⁵³ Estes valores foram definidos pela Portaria Interministerial nº 994, de 30 de maio de 2012, em razão do permissivo legal do art. 88, §1º, da Lei nº 12.529/11. O *caput* do art. 88, na verdade, estabelece os valores de R\$400 milhões e R\$30 milhões, respectivamente. Mas o § 1º viabiliza a alteração desse patamar: “os valores mencionados nos incisos I e II do *caput* deste artigo poderão ser adequados, simultânea ou independentemente, por indicação do Plenário do CADE, por portaria interministerial dos Ministros de Estado da Fazenda e da Justiça”. O que, de fato, foi realizado. Em relação a isso, pondera Roberto TAUFÍK que “andou bem o legislador ao prever a possibilidade de atualização do critério de submissão. Mas foi bastante razoável ao deixar a atualização do valor na competência exclusiva do Poder Executivo. Essa prerrogativa é essencial para que, com a experiência, verifique-se a razoabilidade dos critérios de notificação, alterando-os na medida do necessário”. TAUFÍK, R. **Nova lei antitruste...**, p. 427.

⁵⁴ A expressão significa, na tradução literal, quota de mercado, e define a participação de determinada empresa no mercado em que atua. Ou seja, é uma forma de quantificar em porcentagem a fatia do mercado dominado por uma organização. Uma definição simples é esta: “a participação de mercado (*market share*) nada mais é do que a fotografia ou medição da situação do consumo de um produto/serviço em um dado momento” (TAUFÍK, R. **Nova lei antitruste...**, p. 4). Na verdade, “presume-se que, quando a empresa detém parcela substancial do mercado (*market share*), possui poder econômico tal que lhe permite atuação independente e indiferente” (FORGIONI, P. **Os fundamentos...**, p. 287). Mas, “a posição dominante não se afere apenas pela participação no mercado, aquilo que os americanos chamam de *market share*, mas por uma série de outros fatores” (NUSDEO, F. **Curso...**, pp. 281-282).

⁵⁵ TAUFÍK, R. **Nova lei antitruste...**, p. 415.

previstas nos incisos do artigo 36; e o artigo 88 demonstra a possibilidade de aprovação pelo CADE de acordos e concentrações restritivos à livre concorrência.

3. DIREITO DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL

Após as considerações sobre o sistema de defesa da concorrência, passa-se à abordagem da outra vertente essencial ao desenvolvimento deste trabalho: o direito da propriedade industrial, que, para Joseph STIGLITZ, “transformou-se em uma das questões da nossa sociedade global”.⁵⁶

A propriedade industrial é espécie do gênero *propriedade intelectual*,⁵⁷ que agrega a proteção dos bens incorpóreos passíveis de apropriação humana. De acordo com a doutrina clássica, o gênero pode ser dividido em duas espécies: direito da propriedade industrial e direito autoral,⁵⁸ sendo que o primeiro protege as criações inventivas voltadas à indústria e o segundo tutela a atividade inventiva no ambiente cultural.⁵⁹ Nesse sentido, Newton SILVEIRA afirma que “a proteção jurídica ao fruto dessa criatividade [do homem] se dividiu em duas áreas: a criação estética é objeto do direito de autor; a invenção técnica, da propriedade industrial”.⁶⁰

Pode-se conceber, à primeira vista, tratar-se de sistemas parecidos ou até mesmo coincidentes. No entanto, são organizações e proteções marcadamente distintas, conforme salienta João da GAMA CERQUEIRA:

malgrado a natureza idêntica de seu objeto, a propriedade literária, científica e artística e a propriedade industrial possuem domínios próprios, perfeitamente delimitados pela natureza especial das obras e produções que se incluem num e noutro desses ramos da propriedade imaterial, motivo por que podem ser estudados separadamente, e com certo critério de autonomia. Esses domínios são inconfundíveis, traçando-se os seus limites de acordo com o caráter artístico ou industrial das criações.⁶¹

⁵⁶ Tradução livre: “intellectual property has become one of the major issues of our global society”. Esta afirmação se justifica porque o autor entende que “globalization is one of the most important issues of the day, and intellectual property is one of the most important aspects of globalization”. STIGLITZ, Joseph. *Economic foundations of intellectual property rights*. In: **Duke Law Journal**, p. 1695.

⁵⁷ O conceito de propriedade intelectual compreende o “conjunto de princípios e regras que regulam a aquisição, o uso, o exercício e a perda de direitos e interesses sobre ativos intangíveis diferenciadores que são suscetíveis de utilização no comércio”. CARVALHO, Nuno Tomaz Pires de. *O sistema brasileiro de patentes: o mito e a realidade*. In: **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, p. 9.

⁵⁸ A propriedade autoral envolve as obras artísticas, literárias e científicas em geral, assim como os *softwares* (programas de computador). Essa espécie também é tutelada juridicamente e regida por legislação específica: a Lei de Direitos Autorais (Lei nº 9.610/98) e a Lei do Software (Lei nº 9.609/98).

⁵⁹ VAZ, Isabel. **Direito econômico das propriedades**, p. 427.

⁶⁰ SILVEIRA, Newton. **Propriedade intelectual: propriedade industrial, direito de autor, software, cultivares**, p. 5.

⁶¹ GAMA CERQUEIRA, João da. **Tratado da propriedade industrial**, p. 56.

Não obstante as evidentes diferenças, da propriedade intelectual – seja direito autoral ou industrial – decorre um direito de propriedade temporário e variável de acordo com seu tipo, além da garantia econômica da exclusividade de uso do seu objeto no território em que está registrado. O objeto de proteção dessa classe de direitos de propriedade possui elementos que os diferenciam de outras criações.⁶²

Finalmente, ressalta-se que para fins deste trabalho interessa a espécie *propriedade industrial*, que compreende as patentes de invenção e de modelo de utilidade e os registros de desenho industrial e de marcas de produtos ou serviços. A regulamentação brasileira sobre o tema encontra guarida na Constituição Federal e na Lei da Propriedade Industrial (Lei nº 9.279/1996), como será demonstrado a seguir.

3.1 A CONCEITUAÇÃO DO DIREITO INDUSTRIAL E OS OBJETIVOS DE SUA PROTEÇÃO PELO ORDENAMENTO JURÍDICO

Neste trabalho estudar-se-á tão-somente a propriedade industrial, vez que é a parte da propriedade intelectual que se mostra mais afeta ao direito empresarial.

Inicialmente, a denominação *propriedade industrial* tem sua origem na França, por meio de legislação de 1791. Entretanto, apenas na convenção internacional para a proteção da propriedade industrial (Convenção da União de Paris – CUP),⁶³ que ocorreu em 1883, a expressão tornou-se parte de dispositivo legal, repercutindo, em princípio, apenas nos países signatários do tratado e, posteriormente, em todo o mundo.⁶⁴ É indiscutível o fato de que, daquela época em diante, o regramento acerca do tema se expandiu consideravelmente, mostrando-se presente, até hoje, nas legislações que tratam da matéria.

Em relação ao seu conteúdo, a propriedade industrial é definida por João da GAMA CERQUEIRA como o conjunto de institutos jurídicos cujo objetivo é “garantir

⁶² PIMENTEL, Luiz Otávio. **Propriedade intelectual e universidade**: aspectos legais, pp. 17-18.

⁶³ BOCCHINO, Leslie de Oliveira... [et alii]. **Publicações da Escola da AGU**: propriedade intelectual: conceitos e procedimentos, p. 17.

⁶⁴ SCUDELER, Marcelo Augusto. *A função social da propriedade industrial*. In: VELÁZQUEZ, Víctor Hugo Tejerina (Org.). **Propriedade intelectual**: setores emergentes e desenvolvimento, p. 37.

os direitos de autor sobre as produções intelectuais do domínio das indústrias e assegurar a lealdade da concorrência comercial e industrial”.⁶⁵ Ainda, seguindo a mesma linha, Gabriel DI BLASI conceitua a propriedade industrial como “um episódio da propriedade intelectual que trata dos bens imateriais aplicáveis nas indústrias”, abordando “assuntos referentes às invenções, aos modelos industriais, às marcas de indústria ou de comércio e à repressão à concorrência desleal”.⁶⁶

Dessa forma, pode-se afirmar, de modo geral, que o direito industrial é o componente do Direito que trata da proteção jurídica de elementos imateriais que possuem aplicação industrial, empresarial e, conseqüentemente, econômica, priorizando a produção tecnológica e as relações decorrentes da sua utilização no mercado.⁶⁷ Ou seja, “trata da proteção jurídica dos bens incorpóreos aplicáveis de forma prática na indústria”.⁶⁸

Porém, tradicionalmente, a propriedade industrial é vista como proteção do agente econômico contra a força da concorrência, uma vez que, juntamente com sua proteção, nesse contexto lhe é concedida a garantia do monopólio de exploração. O direito imaterial protegido é um privilégio que tende a diminuir o grau de concorrência em determinado mercado, restringindo a livre iniciativa e a livre concorrência. Isso, porém, como forma de recompensa ao criador da inovação e de incentivo ao desenvolvimento tecnológico da nação.

Assim, podem surgir dúvidas quanto à necessidade desse amparo do ordenamento jurídico. Isso porque, tamanha proteção e regulamentação são capazes de gerar exclusões e restrições em relação a outros direitos, não raras vezes prejudicando outras pessoas.

Contudo, por mais que haja restrições a liberdades, existe grande relevância na proteção dos direitos de propriedade industrial, principalmente por apresentarem valor econômico e poderem ser consumidos por terceiros sem que haja perda de seu valor agregado. Isso significa dizer que, em tese, há sempre consumidores dispostos a pagar determinada quantia por esses bens e que os custos de reprodução desses direitos são baixos, de modo que podem ser facilmente copiados e apropriados.⁶⁹

⁶⁵ GAMA CERQUEIRA, J. **Tratado...**, p. 62.

⁶⁶ DI BLASI, Clésio Gabriel. **A propriedade industrial**, p. 7.

⁶⁷ PIMENTEL, L. **Direito industrial: as funções do direito das patentes**, p. 131.

⁶⁸ SCUDELER, M. *A função social...*, p. 38.

⁶⁹ ROSENBERG, B. *Considerações...*, p. 170.

Por essas razões, basicamente, é que os bens imateriais exigem proteção. Afinal, o direito de propriedade industrial protege a invenção e assegura, por um tempo, sua exploração exclusiva, com a finalidade de incentivar investimentos em pesquisa e inovação. Nesse sentido, o direito conferido ao titular recai sobre o produto da criação e não sobre o ato de criar, de modo que não impede o ato criativo de outros agentes.

Ainda com esse viés, Tercio Sampaio FERRAZ JUNIOR acredita que o ato de inventar determinando objeto não se confunde com a invenção em si, nem esta com sua materialidade, pois a proteção de um direito industrial “não é a proteção de um direito de monopólio limitado, isto é, de uma atividade, mas de uma criação intelectual objetiva, de uma propriedade”.⁷⁰ Assim, não há dúvida de que a proteção da propriedade industrial é indispensável para o incentivo do progresso tecnológico, além de gerar inúmeras vantagens para a sociedade. Porém, de outro lado, é instrumento que favorece grandes grupos econômicos que detêm o direito de exploração exclusiva das invenções por décadas.⁷¹

Por fim, percebe-se que o fato de a propriedade industrial servir de estímulo ao investimento em inovação e de instrumento para o desenvolvimento econômico e social é muito mais proveitoso para a coletividade do que para o indivíduo. Ou seja, a propriedade industrial não representa apenas um instrumento de garantia privada, mas também cumpre deveres com o interesse público. Sem dúvida, “é instrumento essencial na proteção do conhecimento e para sua transformação em benefícios sociais”.⁷² Corroborando com essa lógica, Luiz Otávio PIMENTEL, por exemplo, acredita que “nos países onde há proteção aos direitos intelectuais [industriais ou autorais], a tendência é de progresso”.⁷³

É indubitável que todo trabalho intelectual despense tempo e investimentos. A evolução da humanidade e da ciência somente aconteceu devido ao trabalho criativo e inventivo de alguns que proporcionaram à coletividade o substrato para o progresso. E o reconhecimento do conteúdo econômico aos bens imateriais se mostra essencial para o incentivo e a continuidade da pesquisa científica, imprescindível ao desenvolvimento econômico e social. Com o intuito, então, de

⁷⁰ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Propriedade Industrial e Defesa da Concorrência*. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; HUCK, Hermes Marcelo; CASELLA, Paulo Borda. **Direito e comércio internacional: tendências e perspectivas: estudos em homenagem ao prof. Irineu Strenger**, p. 501.

⁷¹ SCUDELER, M. *A função social...*, p. 36.

⁷² BOCCHINO, L. **Publicações da Escola da AGU...**, p. 15.

⁷³ PIMENTEL, L. **Direito industrial: as funções do direito das patentes**, p. 47.

premiar esse esforço intelectual, a lei outorga aos criadores monopólio provisório de sua exploração, até mesmo como forma de incentivo à pesquisa. Caso não houvesse esse retorno econômico, o benefício seria apenas social, de modo que, provavelmente, não existiria o equivalente interesse em pesquisar por parte dos agentes privados.

Dessa maneira, com a finalidade de fomentar os investimentos de tempo e de recursos, o Poder Público assume ser necessário sacrificar a concorrência em curto prazo, para permitir o surgimento de novas tecnologias e novas criações. Nesse sentido é que o “monopólio legal conferido às criações é garantia do reconhecimento e do retorno financeiro ao trabalho inventivo realizado e, ademais, fomento para a inovação”.⁷⁴

Agora, vistos os contornos conceituais da propriedade industrial, faz-se necessário enfrentar, ainda, os fundamentos constitucionais que versam sobre sua proteção e garantia.

3.2 FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS DA PROTEÇÃO DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL

3.2.1 Constituição Federal de 1988

O direito da propriedade industrial encontra sua base em disposição constitucional que está inserta no rol de direitos fundamentais do artigo 5º (inciso XXIX):

a lei assegurará aos autores de inventos industriais *privilégio temporário* para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, *tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento* tecnológico e econômico do País.⁷⁵

⁷⁴ SCUDELER, M. *A função social...*, p. 39.

⁷⁵ Sem destaques no original.

Esse privilégio temporário referido pelo texto constitucional consiste na proteção conferida aos direitos industriais. O direito exclusivo de exploração proporcionado pela concessão das patentes e dos registros corresponde à prática pela qual o Estado concede uma espécie de monopólio em troca da produção de uma invenção ou de determinada criação aplicada à atividade industrial e empresarial. Trata-se, portanto, de verdadeira intervenção estatal na economia, que pode onerar a sociedade em troca de (talvez duvidosos) benefícios.

A propriedade industrial possui *status* constitucional, sendo vários os dispositivos que destacam sua importância, sendo eleita, inclusive, como garantia individual. Porém, o seu conteúdo genérico deve ser analisado em harmonia com outras regras constitucionais, em especial com o artigo 218, §2º,⁷⁶ e o artigo 219,⁷⁷ que preveem incentivos ao desenvolvimento econômico, ao bem estar da população e à autonomia tecnológica.

Salienta-se que a interpretação da Constituição deve ser sistemática, de modo a concluir que a proteção da propriedade industrial é “uma garantia que deve ser exercida balanceada com o interesse social de favorecer a inovação, o progresso tecnológico”⁷⁸ e a promoção do acesso dessas inovações a todos. Tal constatação se deve ao fato de ter a própria Constituição elegido a inafastabilidade do interesse social no tratamento da propriedade industrial como princípio.⁷⁹

Quando se estuda a função social⁸⁰ da propriedade, observa-se que o instituto *propriedade*, visto como individual e pessoal, foi cedendo lugar ao conceito

⁷⁶ Art. 218, §2º: “A pesquisa tecnológica voltar-se-á preponderantemente para a solução dos problemas brasileiros e para o desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional”.

⁷⁷ Art. 219: “O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal”.

⁷⁸ SCUDELER, M. *A função social...*, p. 47.

⁷⁹ SCUDELER, M. *A função social...*, p. 36.

⁸⁰ A função social é um fenômeno relativamente recente, mas que já está imbricado na interpretação do ordenamento jurídico brasileiro. Surgiu expressamente na Constituição de 1988 (apesar de demonstrar raízes nos textos constitucionais anteriores) com a função social da propriedade (art. 5º, XXIII) e, posteriormente, no Código Civil com a função social do contrato (art. 421). Esse novo modo de interpretar, baseado na funcionalização dos institutos, visa a minimizar o pensamento individualista característico do Direito como um todo, para pensar a sociedade, a coletividade, na medida em que as ações, por mais individuais que sejam, devem atentar às conseqüências que podem causar aos outros. A evolução do conceito de propriedade permite observar que a concepção individualista e absoluta foi superada por uma visão muito mais social, em que o titular do direito deve harmonizar o uso e a fruição do bem com o interesse da comunidade. Assim, sem dúvida, a função social da propriedade preza pela efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana, pelo respeito aos interesses da coletividade e pela concretização da solidariedade social. Para uma visão mais aprofundada, *vide* BERCOVICI, Gilberto. *A constituição de 1988 e a função social da propriedade*. In: **Revista de Direito Privado**, pp. 69-84.

social a que toda a propriedade deve atender, para que cumpra sua função; é o que se chama funcionalização dos institutos do direito. E considerando que a propriedade industrial não deixa de ser propriedade, ou seja, direito real sobre determinado bem, mesmo imaterial, também deve exercer função social para ser legítima.⁸¹

Assim, destaca-se que a propriedade deve ser pensada em seu aspecto social, como determina a Constituição Federal. O reconhecimento dessa nova realidade social acarreta interessantes efeitos econômicos. Porém, instituir um monopólio legal nesses moldes precisa, para haver legitimação, encontrar respaldo em fundamentos que confluem com o interesse social. Exige-se, portanto, que o titular do monopólio decorrente de uma patente ou um registro exerça suas atividades com respeito ao interesse público de desenvolvimento científico, tecnológico, econômico e social.

3.2.2 A Lei da Propriedade Industrial: Lei nº 9.279/1996

Com o intuito de premiar o trabalho intelectual voltado à aplicação industrial, a lei outorga aos inventores monopólio provisório e temporário para exploração do resultado da sua criação. Sem este atrativo, o incentivo à pesquisa, provavelmente, seria ineficaz.

⁸¹ Esta afirmação, de certa forma, considera a função social como uma qualificadora do direito de propriedade. No entanto, é importante mencionar que alguns autores entendem que a função social não deve ser *exercida*, mas, sim, que é inerente ao instituto jurídico da propriedade, fazendo parte de sua essência. Ou seja, sem a função social, a propriedade, fundamentalmente, não existiria. No entanto, Fábio Ulhoa COELHO entende que “a rigor, essa discussão tem relevância meramente ideológica”. Continua dizendo que “os pensadores de inspiração liberal tendem a ver a função social como limite ao direito, procurando caracterizá-la como acessória ou temporária. Os limites, nessa perspectiva, podem ser flexibilizados ou reduzidos, a fim de que a propriedade ilimitada encontre brechas para reaparecer. De outro lado, os de inspiração neoliberal ou socialista afirmam a função social como elemento da estrutura do direito de propriedade porque a querem definitivamente incorporada ao instituto. Sob o ponto de vista tecnológico, isto é, da definição das pautas para nortear a superação de conflitos de interesses relacionados à matéria, é um tanto indiferente a qualificação dada à função social, se limitação ou elemento estrutural. Nas duas hipóteses, se determinado uso da propriedade não se admitir por incompatível com a função social, pouco importa se nisso foi extrapolado um limite imposto pela ordem jurídica ou desconsiderada a estrutura do direito. Tal uso não se admite e pronto”. COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**, p. 69.

Nesse contexto, para regulamentar os direitos e as obrigações relativos à propriedade industrial, a Lei nº 9.279/1996 institui o atual sistema para a proteção dos direitos da propriedade industrial no Brasil.⁸²

Em razão da evolução da indústria, do comércio, das relações de mercado, o Direito foi chamado a tutelar os bens imateriais decorrentes, criando-se um registro da propriedade industrial, do qual resulta o privilégio da exclusividade. Esse registro “é a base da tutela legal oferecida pelo Estado aos titulares dos direitos sobre tais bens incorpóreos”, deferindo aos detentores dessa proteção “direito exclusivo ao seu uso, direito monopolístico, porém temporário”.⁸³

Além disso, constata-se que a Lei da Propriedade Industrial tem como objetivos o interesse social e o desenvolvimento econômico e tecnológico do país, vislumbrados pela série de requisitos para a concessão da exclusividade e, ainda, pela previsão de sua perda em casos de violação ao interesse e à função social.

O diploma legal dispõe em seu artigo 2º, que

a proteção dos direitos relativos à propriedade industrial, considerado o seu interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País, efetua-se mediante: I - concessão de patentes de invenção e de modelo de utilidade; II - concessão de registro de desenho industrial; III - concessão de registro de marca.

Ou seja, busca-se estabelecer, por meio de modalidades de propriedade industrial, maneiras de efetivação desses direitos, sem olvidar os ditames constitucionais do interesse social e do desenvolvimento da nação. Além disso, a legislação infraconstitucional regulamenta todo o procedimento administrativo de registro e de concessão de patentes, formas de proteção garantidas aos direitos industriais.

Essa função é exercida pelo Instituto Nacional da Propriedade Industrial, mais conhecido pela sigla INPI, que é o órgão responsável pela concessão das patentes e dos registros dentro do território nacional. Sua finalidade primordial é executar as normas reguladoras da propriedade industrial, atentando às suas funções social, econômica, jurídica e técnica, como dispõe a Lei nº 9.272/1996.

⁸² Entendeu-se, ao início, que a lei seria uma espécie de Código da Propriedade Intelectual, como foram as leis anteriores; porém, não foi o que se verificou na prática, porque existem várias outras modalidades de propriedade industrial que não são abrangidas neste diploma legal (o próprio direito autoral, os softwares, os cultivares). IDS – Instituto Dannemann Siemsen de Estudos de Propriedade Industrial. **Comentários à lei de propriedade industrial**, pp. 9-15.

⁸³ REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**, p. 175.

O INPI é autarquia federal, composta de Diretoria, Procuradoria Federal, Auditoria Interna e Coordenadorias, aparato necessário para organizar a aplicação e efetivação dos direitos de propriedade industrial e instruir os procedimentos administrativos respectivos. Possui recursos próprios, oriundos das retribuições consequentes dos serviços prestados em favor de titulares da propriedade industrial. Ainda, salienta-se que, com o advento do diploma legal já mencionado, o serviço de registro da propriedade industrial passou a ser prestado em âmbito nacional.⁸⁴

Portanto, após perpassar os fundamentos constitucionais e legais que embasam a proteção da propriedade industrial no ordenamento jurídico brasileiro, é possível depreender que essa proteção do direito industrial não visa simplesmente a beneficiar o agente econômico detentor do privilégio fornecido pelo Estado. De longe, o escopo predominante da proteção é o fomento às inovações e ao desenvolvimento econômico do país. Esse intuito coletivo encontra-se mais presente no ordenamento jurídico, principalmente na Constituição, do que o individualismo característico da visão tradicional sobre os institutos da propriedade industrial.

3.3 AS MODALIDADES DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL PASSÍVEIS DE PROTEÇÃO LEGISLATIVA

O direito da propriedade industrial, como não poderia deixar de ser, apresenta modalidades diversas. Compreende duas classes de direitos: as criações industriais e os sinais distintivos. Em geral, as primeiras pertencem originariamente aos seus autores, e os segundos, às sociedades empresárias e empresários individuais. O fundamento da proteção das criações industriais é o estímulo às novas invenções por meio da concessão de um monopólio de uso por parte do ente estatal. Já o embasamento da proteção dos sinais distintivos é, em primeiro plano, o de coibir a concorrência desleal entre sociedades empresárias ou grupos econômicos.⁸⁵

Na legislação brasileira o direito da propriedade industrial pode ser visto por meio das seguintes modalidades: invenção, modelo de utilidade, marca e desenho

⁸⁴ REQUIÃO, R. **Curso...**, pp. 179-181.

⁸⁵ SILVEIRA, N. **Propriedade intelectual...**, p. 84.

industrial. Em seguida, faz-se necessário demonstrar as características de cada um, para que mais concretamente se possa visualizar a propriedade industrial.

Antes disso, contudo, convém mencionar que existem duas formas pelas quais o Estado concede proteção aos direitos industriais no ordenamento jurídico brasileiro: por meio das patentes (de invenção ou de modelo de utilidade) e por meio dos registros (de marcas e de desenhos industriais). A patente é um título, um certificado da concessão do privilégio de exclusividade de exploração concedido pelo Estado. No registro não há propriamente essa concessão de privilégio, mas uma autorização de inscrição que assegura o uso monopolístico.

3.3.1 Invenção

Ao pensar em invenção, impossível não pensar em criação, ideia, concepção original, novidade. A invenção serve para indicar o trabalho de alguém que produz algo novo, com traços de ineditismo. Consiste, geralmente, na criação de alguma coisa inexistente, diferente da descoberta, por exemplo, que é a revelação de uma coisa da natureza, apenas desconhecida para a sociedade.⁸⁶

Na prática, a invenção se apresenta como solução de um problema técnico, visando a fins determinados e necessidades funcionais. Para João da GAMA CERQUEIRA, a invenção ocorre sempre que a inovação surgir de uma concepção original daquele autor, sendo essa concepção traduzida em resultado peculiar, distinto, que ultrapassa a prática normal.⁸⁷ E, de acordo com o artigo 40,⁸⁸ da Lei de Propriedade Industrial, a duração da patente de invenção é de vinte anos, contados da data do depósito do pedido no INPI.

Em suma, o ato de inventar significa dar aplicação prática à ciência teórica, criando algo novo passível de aplicação no aperfeiçoamento ou na criação industrial. Porém, de acordo com o artigo 8º,⁸⁹ da Lei nº 9.272/1996, existem requisitos para que a invenção possa ser patenteada, isto é, para que o Estado conceda o privilégio

⁸⁶ REQUIÃO, R. **Curso...**, p. 343.

⁸⁷ GAMA CERQUEIRA, J. **Tratado...**, pp. 185-187.

⁸⁸ Art. 40: "A patente de invenção vigorará pelo prazo de 20 (vinte) anos e a de modelo de utilidade pelo prazo 15 (quinze) anos contados da data de depósito".

⁸⁹ Art. 8º: "É patenteável a invenção que atenda aos requisitos de novidade, atividade inventiva e aplicação industrial".

de exploração exclusiva ao seu inventor. Essas exigências são a novidade, a atividade inventiva e a aplicação industrial. Isso significa, portanto, que a invenção não pode estar compreendida no estado da técnica (não pode ser conhecida pelo público antes do depósito do pedido no INPI), que a atividade de seu criador deve ser clara,⁹⁰ e, por fim, que há necessidade de aplicação do objeto inventado na atividade industrial.

3.3.2 Modelo de utilidade

Seguindo com os objetos patenteáveis, tem-se o modelo de utilidade, que é concebido como toda disposição ou forma nova obtida ou introduzida em objetos conhecidos, desde que se preste a um trabalho ou uso prático. Na concepção de João da GAMA CERQUEIRA, constitui invenção de forma, que se destina simplesmente a melhorar o uso ou utilidade do objeto, dotando-o de maior eficiência ou comodidade de utilização, por meio de nova configuração, dispositivo ou combinação.⁹¹

Na Lei de Propriedade Industrial encontra-se a seguinte definição para modelo de utilidade, disposta no artigo 9º:

o objeto de uso prático, ou parte deste, suscetível de aplicação industrial, que apresente nova forma ou disposição, envolvendo ato inventivo, que resulte em melhoria funcional no seu uso ou em sua fabricação.

E, como no caso da invenção, a patente de modelo de utilidade, consoante o artigo 40 da referida lei, terá a duração de quinze anos, contados da data do depósito do pedido no INPI.

O modelo de utilidade é percebido “quando se aperfeiçoa um equipamento que já existe, dando-lhe praticidade e melhoria funcional”.⁹² Assim, em suma, o modelo de utilidade compreende sempre disposição ou forma nova obtida ou

⁹⁰ O que significa dizer que “é produto de atividade inventiva quando, para um técnico de médio conhecimento no assunto, não decorrer de maneira óbvia e evidente do estado da técnica”. BOCCHINO, L. **Publicações...**, p. 20.

⁹¹ GAMA CERQUEIRA, J. **Tratado...**, pp. 591-592.

⁹² BOCCHINO, L. **Publicações...**, p. 24.

introduzida em ferramentas, instrumentos de trabalho ou utensílios, destinados a certo uso prático.

Salienta-se, ainda, que, além de conceituar o modelo de utilidade, a legislação aponta o que é desconsiderado para fins de proteção por essa modalidade de patente e que, conseqüentemente, não poderá ser patenteado, ou seja, está excluído da possibilidade de proteção pelo direito da propriedade industrial. A lista se encontra no artigo 10⁹³ da Lei nº 9.279/1996, cujos exemplos são: descobertas, teorias científicas, métodos matemáticos, concepções puramente abstratas, obras literárias, arquitetônicas, artísticas e científicas ou qualquer criação estética.

Por fim, ressalta-se que é muito comum a confusão entre a invenção e o modelo de utilidade, porém, enquanto a primeira é a criação de algo totalmente novo, o segundo mostra-se um aperfeiçoamento da criação inicial, agregando, como o próprio nome exalta, utilidade ao produto. Dessa forma, é possível perceber que não se tratam da mesma modalidade de propriedade industrial, possuindo cada qual suas características próprias e individualizáveis.

3.3.3 Marca

Essencial à atividade empresarial, principalmente em relação à publicidade e à propaganda, para não mencionar a clientela do estabelecimento, é a propriedade industrial conhecida como marca. Para Newton SILVEIRA, o conceito de marca abrange “todo nome ou sinal hábil para ser apostado a uma mercadoria ou produto ou para indicar determinada prestação de serviço e estabelecer uma identificação entre o consumidor ou usuário e a mercadoria, produto ou serviço”.⁹⁴

⁹³ Art. 10: “Não se considera invenção nem modelo de utilidade: I - descobertas, teorias científicas e métodos matemáticos; II - concepções puramente abstratas; III - esquemas, planos, princípios ou métodos comerciais, contábeis, financeiros, educativos, publicitários, de sorteio e de fiscalização; IV - as obras literárias, arquitetônicas, artísticas e científicas ou qualquer criação estética; V - programas de computador em si; VI - apresentação de informações; VII - regras de jogo; VIII - técnicas e métodos operatórios ou cirúrgicos, bem como métodos terapêuticos ou de diagnóstico, para aplicação no corpo humano ou animal; e IX - o todo ou parte de seres vivos naturais e materiais biológicos encontrados na natureza, ou ainda que dela isolados, inclusive o genoma ou germoplasma de qualquer ser vivo natural e os processos biológicos naturais”.

⁹⁴ SILVEIRA, N. **Propriedade intelectual...**, p. 15.

Desse modo, pode-se dizer que a natureza da marca decorre de sua finalidade, na medida em que é um sinal acrescido a determinado produto para identificá-lo. Além disso, deve ser suficientemente característica para preencher referida finalidade intrínseca. Em resumo, pode-se dizer que a marca é sinal distintivo de determinado produto, mercadoria ou serviço, e sua função precípua é identificar e diferenciar.

A própria Lei de Propriedade Industrial, no artigo 122, diz que “são suscetíveis de registro como marca os sinais distintivos visualmente perceptíveis, não compreendidos nas proibições legais”. Salienta-se que os sinais distintivos compreendem palavras, denominações, monogramas, emblemas, símbolos, figuras. Com uma perspectiva mais aprofundada, Rubens REQUIÃO entende que o direito sobre a marca possui duplo aspecto: “resguardar os direitos do produtor e do empresário, além de proteger os interesses do consumidor, de modo que é instituto de interesses concomitantes, público e privado”.⁹⁵

Ainda, a marca deverá respeitar o princípio da especificidade, ou seja, a proteção conferida somente gerará efeitos dentro da espécie na qual foi solicitado o registro.⁹⁶

Não satisfeita em conceituar a marca, a Lei nº 9.279/1996 estabelece uma classificação tripartida para essa modalidade de propriedade industrial: (i) produto ou serviço, (ii) certificação e (iii) coletiva. De acordo com o artigo 123, a primeira é “usada para distinguir produto ou serviço de outro idêntico, semelhante ou afim, de origem diversa”; a marca de certificação é “usada para atestar a conformidade de um produto ou serviço com determinadas normas ou especificações técnicas”; e a coletiva é “usada para identificar produtos ou serviços provindos de membros de uma determinada entidade”.

Além disso, as marcas, dependendo da sua forma, podem ser (i) verbais ou nominativas (quando utilizadas apenas palavras ou expressões), (ii) figurativas (quando forem compostas tão-somente de figuras ou emblemas) e (iii) mistas (se usarem palavras e desenhos em conjunto). Ressalta-se também que, para a marca ser registrada no INPI, é preciso que atenda aos requisitos da originalidade e da novidade. Ou seja, primeiramente, a marca deve ser idônea intrinsecamente e capaz de individualização de produtos, sendo vedada a utilização de expressões de uso

⁹⁵ REQUIÃO, R. **Curso...**, p. 286.

⁹⁶ BOCCHINO, L. **Publicações...**, p. 29.

comum. Já a novidade impõe que a marca possua idoneidade extrínseca, projetada em produto ou mercadoria que se torne inconfundível, pelo menos em determinado setor do mercado.⁹⁷

Em relação à duração do registro, tem-se o artigo 133,⁹⁸ que estabelece o prazo de dez anos de vigência da exclusividade, contados da data da concessão, podendo ainda ser prorrogado por infinitas vezes.

Por fim, existe um grande rol de proibições legais ao registro. O artigo 124⁹⁹ da legislação traz uma lista com diversos sinais que não podem, em hipótese

⁹⁷ REQUIÃO, R. **Curso...**, pp. 289-291.

⁹⁸ Art. 133: “O registro da marca vigorará pelo prazo de 10 (dez) anos, contados da data da concessão do registro, prorrogável por períodos iguais e sucessivos”.

⁹⁹ Art. 124: “Não são registráveis como marca: I - brasão, armas, medalha, bandeira, emblema, distintivo e monumento oficiais, públicos, nacionais, estrangeiros ou internacionais, bem como a respectiva designação, figura ou imitação; II - letra, algarismo e data, isoladamente, salvo quando revestidos de suficiente forma distintiva; III - expressão, figura, desenho ou qualquer outro sinal contrário à moral e aos bons costumes ou que ofenda a honra ou imagem de pessoas ou atente contra liberdade de consciência, crença, culto religioso ou idéia e sentimento dignos de respeito e veneração; IV - designação ou sigla de entidade ou órgão público, quando não requerido o registro pela própria entidade ou órgão público; V - reprodução ou imitação de elemento característico ou diferenciador de título de estabelecimento ou nome de empresa de terceiros, suscetível de causar confusão ou associação com estes sinais distintivos; VI - sinal de caráter genérico, necessário, comum, vulgar ou simplesmente descritivo, quando tiver relação com o produto ou serviço a distinguir, ou aquele empregado comumente para designar uma característica do produto ou serviço, quanto à natureza, nacionalidade, peso, valor, qualidade e época de produção ou de prestação do serviço, salvo quando revestidos de suficiente forma distintiva; VII - sinal ou expressão empregada apenas como meio de propaganda; VIII - cores e suas denominações, salvo se dispostas ou combinadas de modo peculiar e distintivo; IX - indicação geográfica, sua imitação suscetível de causar confusão ou sinal que possa falsamente induzir indicação geográfica; X - sinal que induza a falsa indicação quanto à origem, procedência, natureza, qualidade ou utilidade do produto ou serviço a que a marca se destina; XI - reprodução ou imitação de cunho oficial, regularmente adotada para garantia de padrão de qualquer gênero ou natureza; XII - reprodução ou imitação de sinal que tenha sido registrado como marca coletiva ou de certificação por terceiro, observado o disposto no art. 154; XIII - nome, prêmio ou símbolo de evento esportivo, artístico, cultural, social, político, econômico ou técnico, oficial ou oficialmente reconhecido, bem como a imitação suscetível de criar confusão, salvo quando autorizados pela autoridade competente ou entidade promotora do evento; XIV - reprodução ou imitação de título, apólice, moeda e cédula da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios, dos Municípios, ou de país; XV - nome civil ou sua assinatura, nome de família ou patronímico e imagem de terceiros, salvo com consentimento do titular, herdeiros ou sucessores; XVI - pseudônimo ou apelido notoriamente conhecidos, nome artístico singular ou coletivo, salvo com consentimento do titular, herdeiros ou sucessores; XVII - obra literária, artística ou científica, assim como os títulos que estejam protegidos pelo direito autoral e sejam suscetíveis de causar confusão ou associação, salvo com consentimento do autor ou titular; XVIII - termo técnico usado na indústria, na ciência e na arte, que tenha relação com o produto ou serviço a distinguir; XIX - reprodução ou imitação, no todo ou em parte, ainda que com acréscimo, de marca alheia registrada, para distinguir ou certificar produto ou serviço idêntico, semelhante ou afim, suscetível de causar confusão ou associação com marca alheia; XX - dualidade de marcas de um só titular para o mesmo produto ou serviço, salvo quando, no caso de marcas de mesma natureza, se revestirem de suficiente forma distintiva; XXI - a forma necessária, comum ou vulgar do produto ou de acondicionamento, ou, ainda, aquela que não possa ser dissociada de efeito técnico; XXII - objeto que estiver protegido por registro de desenho industrial de terceiro; e XXIII - sinal que imite ou reproduza, no todo ou em parte, marca que o requerente evidentemente não poderia desconhecer em razão de sua atividade, cujo titular seja sediado ou domiciliado em território nacional ou em país com o qual o Brasil mantenha acordo ou que

alguma, obter assentamento como marca. Alguns exemplos são: brasão, armas, medalha, bandeira, emblema, distintivo, monumentos oficiais, letra, algarismo, data, designação ou sigla de entidade ou órgão público, reprodução ou imitação de elemento característico ou diferenciador de título de estabelecimento ou nome de empresa de terceiros.

3.3.4 *Desenho industrial*

Quando um desenho corporifica combinações incomuns, capazes de agregar características próprias ao objeto original, é considerado uma espécie de propriedade industrial denominada desenho industrial. Ou seja, caso o desenho resulte à versão anterior do objeto configuração de aparência distinta, será passível de proteção pelo direito de propriedade industrial.

Nesse sentido tem-se o artigo 95 da Lei nº 9.272/1996, que conceitua o desenho industrial como

a forma plástica ornamental de um objeto ou o conjunto ornamental de linhas e cores que possa ser aplicado a um produto, proporcionando resultado visual novo e original na sua configuração externa e que possa servir de tipo de fabricação industrial.

A criação dessa modalidade de propriedade industrial pressupõe a atuação do sujeito, possível titular do registro, dirigida no sentido de transformar, formal e perceptivelmente, os produtos. A atividade criativa ocorre por meio de combinação de cores e de linhas, resultando em novo aspecto exterior, com alteração no senso estético.¹⁰⁰

O desenho industrial se reduz a objeto de “caráter meramente ornamental, objeto de gosto. A proteção, no caso, restringe-se à nova forma conferida ao produto, sem considerações de utilidade”.¹⁰¹ Nesse mesmo sentido, o Instituto DANNEMANN SIEMSEN de Estudos de Propriedade Intelectual assevera que o “registro protege apenas as criações dotadas de caráter ornamental. Assim, não

assegure reciprocidade de tratamento, se a marca se destinar a distinguir produto ou serviço idêntico, semelhante ou afim, suscetível de causar confusão ou associação com aquela marca alheia”.

¹⁰⁰ REQUIÃO, R. **Curso...**, p. 347.

¹⁰¹ BOCCHINO, L. **Publicações...**, p. 25.

importa como o objeto do registro de desenho industrial ‘funcione’, no sentido mecânico do termo”,¹⁰² eis que visa primordialmente ao prazer estético ou à identificação visual do objeto.

Para que receba proteção legislativa e lhe seja autorizado o registro, o desenho industrial também não pode estar compreendido no estado da técnica, o que significa não estar acessível ao público antes da data do pedido de registro. Além dessa restrição, não se considera desenho industrial a obra de caráter puramente artístico, sob pena de incidir a legislação do direito autoral (e não da propriedade industrial). No que tange à duração do registro, estatui o artigo 108¹⁰³ da Lei nº 9.279/1996 que a vigência será de dez anos, contados da data do depósito, podendo haver prorrogação por mais três vezes.

Nesse sentido, a mesma Lei de Propriedade Industrial estabelece, em seu artigo 100,¹⁰⁴ o rol de objetos considerados não registráveis. Assim, o que for contrário à moral e aos bons costumes, ofender a honra ou a imagem e atentar contra a liberdade não será passível de registro como desenho industrial no INPI, do mesmo modo que a forma necessária comum do objeto ou determinada essencialmente por considerações técnico-funcionais.

¹⁰² IDS – Instituto Dannemann Siemsen de Estudos de Propriedade Intelectual. **Comentários...**, p. 173.

¹⁰³ Art. 108: “O registro vigorará pelo prazo de 10 (dez) anos contados da data do depósito, prorrogável por 3 (três) períodos sucessivos de 5 (cinco) anos cada”.

¹⁰⁴ Art. 100: “Não é registrável como desenho industrial: I - o que for contrário à moral e aos bons costumes ou que ofenda a honra ou imagem de pessoas, ou atente contra liberdade de consciência, crença, culto religioso ou idéia e sentimentos dignos de respeito e veneração; II - a forma necessária comum ou vulgar do objeto ou, ainda, aquela determinada essencialmente por considerações técnicas ou funcionais”.

4. A RELAÇÃO ENTRE O ANTITRUSTE E A PROPRIEDADE INDUSTRIAL

Após perpassar noções preliminares e fundamentais sobre o direito da concorrência e o direito da propriedade industrial, expondo conceitos, opiniões doutrinárias e apontamentos críticos, é o momento, por meio da análise do ordenamento jurídico brasileiro, de abordar a relação entre os dois temas apresentados. Afinal, como se pode perceber no decorrer da pesquisa, ambos os sistemas legais são tutelados pelo direito pátrio com legislação específica fundada no texto constitucional.

Convém, então, perceber qual legislação prevalece sobre a outra, se efetivamente prevalece e em que situações. Para isso, demonstrar-se-ão as relações de exclusão e complementaridade dos institutos do direito da concorrência e do direito da propriedade industrial, o conflito entre a liberdade proporcionada por um sistema jurídico e a exclusividade inerente ao outro e, por fim, atentar-se-á para a possível persecução de objetivos comuns por ambos os sistemas legais.

4.1 O CONFLITO ENTRE A RELAÇÃO DE EXCLUSÃO E DE COMPLEMENTARIDADE DAS TUTELAS PELA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

4.1.1 A relação de exclusão promovida pela existência das duas legislações

Como demonstrado no decorrer do presente estudo, um dos fundamentos da nação brasileira é o princípio da livre iniciativa (artigo 1º da Constituição Federal). No mesmo sentido, além da livre iniciativa, o texto constitucional impõe que a ordem econômica nacional seja pautada pelo princípio da livre concorrência (artigo 170 da Constituição Federal). Entretanto, e de certa forma na contramão dessas garantias, a Constituição consagra a existência da proteção de privilégios e exclusividades em relação à propriedade industrial (artigo 5º, XXIX, da Constituição Federal).

Ao dispor sobre os interesses da coletividade, a Constituição mostra que o sistema jurídico está voltado ao desenvolvimento econômico, o que em outras palavras seria a própria defesa da concorrência, tendo em vista que, uma vez

eliminada a livre competição, o resultado seria o domínio total do mercado por um ou poucos agentes, situação extremamente prejudicial aos consumidores e à sociedade. Porém, não obstante à defesa desses ideais coletivos, a própria Constituição garante a inviolabilidade do direito à propriedade, determinando a inventores e autores o direito exclusivo de utilização, publicação e reprodução de seus inventos e obras, assim como seu aproveitamento econômico durante o período do privilégio, sem falar na proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresa.

Como forma de concretizar os princípios constitucionais, surgem as legislações de propriedade industrial e de defesa da concorrência. Aquela “regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial” (artigo 1º da Lei nº 9.279/1996) e esta “dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência” (artigo 1º, *caput*, da Lei nº 12.529/2011), sem deixar de expressar que “a coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta lei” (artigo 1º, parágrafo único, da Lei nº 12.529/2011).

Somente pela leitura dos dispositivos acima citados, torna-se evidente, pelo menos em um primeiro momento, que a Lei da Propriedade Industrial (Lei nº 9.279/1996) representa uma tutela individual, protegendo o concorrente detentor de propriedade sobre determinado bem. E, por sua vez, a Lei Antitruste (Lei nº 12.529/2011) protege a sociedade, exercendo uma tutela coletiva a todos os concorrentes, por meio da defesa de um mercado competitivo, em que todos – ou quase todos – possam se aventurar.

Uma vez concedida proteção à propriedade industrial, por meio de patentes de invenção ou modelo industrial e registros de marca ou desenho industrial, o respectivo titular poderá usufruir de exclusividade econômica sobre aquele bem durante certo período de tempo, exclusividade esta que afronta o princípio da livre concorrência, vislumbrando-se uma “ilha de exclusividade em um oceano de liberdade”,¹⁰⁵ para usar a expressão de Maristela BASSO. Do mesmo modo, ao proteger todos os concorrentes, por meio da tentativa de manutenção da competição em determinado mercado, a defesa da concorrência contraria a ideia da proteção da

¹⁰⁵ BASSO, Maristela. *Propriedade intelectual: combustível para o desenvolvimento brasileiro* [entrevista]. In: **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, p. 12.

propriedade industrial, que preza, antes de tudo, por exclusividade e favorecimento do titular da obra ou invenção.

Assim, por meio dos diferentes e antagônicos amparos, vislumbra-se a existência de uma relação de conflito entre a proteção da propriedade industrial e a defesa da concorrência.

4.1.2 A relação de complementaridade entre as proteções legislativas

Em paralelo à relação de exclusão entre a proteção da propriedade industrial e a defesa da concorrência, ou seja, apesar da existência de certa ambiguidade na proteção de ambas, é possível que haja uma relação de complementaridade. A proteção decorrente da exclusividade da propriedade industrial consistiria, na verdade, estímulo à inovação e à concorrência, por mais incrível que pareça.

Para Mario Luiz POSSAS e Maria Tereza Leopardi MELLO, o direito da propriedade industrial incentiva porque restringe:¹⁰⁶ protege a invenção e assegura, por um tempo, sua exploração exclusiva, com a finalidade de incentivar investimentos em pesquisa e inovação.

Assim, com base nos princípios tutelados pela ordem constitucional, as ditas contradições talvez sejam apenas aparentes, não havendo propriamente um conflito de princípios – direito de propriedade e livre concorrência. Afinal, uma das preocupações do direito da propriedade industrial é a retribuição dos investimentos aos criadores das propriedades imateriais, com a finalidade implícita de fomentar a inovação e o desenvolvimento econômico-social. E é justamente neste ponto que se percebe que, na verdade, pode não existir contradição entre os princípios, como a princípio é possível pensar.

Quando a Lei da Propriedade Industrial incentiva a inovação e o desenvolvimento, externaliza a existência de uma preocupação coletiva; afinal, “a proteção das criações dá-se para atribuir incentivo competitivo às empresas, e não para agraciá-lhes com poder ilimitado de propriedade”.¹⁰⁷ Assim, demonstra que

¹⁰⁶ POSSAS, M.; MELLO, M. **Antitrust and intellectual property...**, p. 36: “protecting the right is an incentive *because* it is restrictive”.

¹⁰⁷ FORGIONI, P. **Os fundamentos...**, p. 342.

seu fim último é o bem estar da sociedade. É o que expõe Paula FORGIONI, para quem, “no caso brasileiro, ninguém ousaria negar que a proteção da propriedade intelectual visa ao desenvolvimento nacional, especialmente considerando os termos incisivos do artigo 5º, XIX,” da Constituição de 1988. Porém, ressalta que, para isso efetivamente ocorrer, “é preciso encarar a concessão de exclusivos [propriedade industrial] como instrumento concorrencial”.¹⁰⁸ Significa dizer, basicamente, que a propriedade industrial não é protegida para beneficiar os agentes econômicos, mas, sim, para incentivar as inovações e o desenvolvimento econômico, tecnológico e social da nação. Dessa forma, “tanto a livre concorrência como a concessão de direitos de propriedade intelectual colocam-se como elementos de proteção da coletividade, de busca do bem-estar”.¹⁰⁹

Portanto, a exclusividade e o privilégio temporário garantidos pela Constituição Federal à propriedade imaterial não estariam em contrariedade com os postulados também constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência. A concessão de patentes e de registros deve ser caracterizada como forma de uso social da propriedade e, como mecanismo de restrição à liberdade de concorrência que é, deve ser usada de acordo com sua finalidade, ou seja, enquanto socialmente justa.

Nesse sentido, para Tercio Sampaio FERRAZ JUNIOR, não existiria incompatibilidade entre as legislações, pelo contrário, o que existe é a “adequação sistemática entre os direitos garantidos no inciso XXIX do artigo 5º da Constituição Federal e o princípio da livre concorrência, bem como a vedação das formas de abuso do poder econômico”.¹¹⁰ Dessa forma, poder-se-ia dizer que ambos não estão em constante conflito de princípios, mas são “instrumentos complementares para estimular a inovação tecnológica e a eficiência dinâmica nos mercados e, conseqüentemente, promover o bem estar social”.¹¹¹

Os direitos da propriedade industrial são protegidos por razões econômicas,¹¹² de modo que se assemelham a monopólios¹¹³ temporários. Ou seja,

¹⁰⁸ FORGIONI, P. **Os fundamentos...**, p. 342.

¹⁰⁹ FORGIONI, P. **Os fundamentos...**, p. 343.

¹¹⁰ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Propriedade industrial em defesa da concorrência*. In: **Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual**, p. 11.

¹¹¹ CUEVA, R. *A proteção da propriedade intelectual...*, p. 121.

¹¹² COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. **Law and Economics**, pp. 122-123: “with ideas as with real estate, ownership implies the right to exclude others. The right of the owner of an idea to exclude others from using it often impedes its dissemination. (...) Patents are a temporary monopoly that reward invention and impede dissemination. Intellectual property law confronts this tradeoff and

sustentam-se em dois fundamentos: proporcionam incentivos à inovação e impedem sua apropriação por terceiros. É evidente que todo trabalho intelectual, como é o caso das modalidades de propriedade industrial, depende não somente tempo, mas também investimentos. Desse modo, o reconhecimento do valor econômico dos bens imateriais se mostra essencial para o incentivo e para a continuidade da pesquisa científica, imprescindível ao desenvolvimento econômico e social da coletividade. Para Luiz Otávio PIMENTEL, “a proteção às invenções não deveria ser mero capítulo do direito concorrencial, mas verdadeiro estímulo à difusão tecnológica”.¹¹⁴

Como justificativa da proteção à propriedade industrial, então, tem-se que, com o intuito de premiar o esforço intelectual despendido pelos criadores dos inventos, das marcas e como incentivo à pesquisa e à inovação em geral, a lei os outorga um monopólio provisório de exploração. Como já foi mencionado, caso não houvesse esse retorno econômico, o benefício seria apenas social, de modo que certamente não existiria o mesmo interesse das instituições em promover a pesquisa, principalmente no que tange às patentes, que normalmente envolvem grandes investimentos (no caso, por exemplo, de medicamentos, equipamentos industriais, aparelhos altamente tecnológicos etc.).¹¹⁵

Nessa linha de pensamento é a ponderação de Luiz Otávio PIMENTEL:

nos países onde há proteção aos direitos intelectuais, a tendência é de progresso, pois geralmente a imitação tem como ponto de partida o conhecimento disponível, ao passo que, não havendo proteção legal, pode-se partir para a cópia pura e simples.¹¹⁶

No entanto, é distinta a compreensão de Joseph STIGLITZ, para quem existem outras formas, quiçá melhores do que a proteção da propriedade industrial,

resolves it somewhat differently in each of its three principal areas – patents, copyrights and trademarks”.

¹¹³ Monopólio é a situação em que somente um agente é o vendedor de um produto, permitindo ao monopolista atuar simultaneamente nas variáveis de compra e venda, ou seja, no preço e na quantidade dos produtos. Evidentemente, com tal situação, os lucros serão maximizados, tendo em vista que o detentor do monopólio concentra em si o atendimento de todo o mercado (esta ideia foi demonstrada quando se tratou dos graus de concorrência no mercado, no primeiro capítulo deste trabalho).

¹¹⁴ PIMENTEL, L. **Direito industrial**: aspectos introdutórios, p. 173.

¹¹⁵ Nesse sentido, “a distorção gerada pelos privilégios altera o funcionamento do mercado, aumentando os custos de transação e sujeitando os adquirentes às agruras dos preços de monopólio. Além disso, a sociedade restará privada das inovações, algumas, como no caso dos medicamentos, indispensáveis à vida”. FORGIONI, P. **Os fundamentos...**, pp. 339-340.

¹¹⁶ PIMENTEL, L. **Direito industrial**: aspectos introdutórios, p. 47.

de promover a inovação. O autor reconhece que a propriedade industrial deve encorajar a inovação, mas afirma que um regime mal estruturado de proteção à propriedade industrial – aquele que cria direitos de propriedade industrial excessivamente fortes – pode causar justamente o efeito contrário, impedindo a inovação.¹¹⁷ Ainda, acredita que uma das melhores maneiras de financiar a inovação é por meio de pesquisas em universidades, afirmando que grande parte dos avanços no âmbito da propriedade industrial não estaria sequer protegida pelo sistema de patentes e marcas.¹¹⁸

Embora não seja considerada a melhor opção de promoção da inovação, os autores concordam que a função da proteção da propriedade industrial deve ser, sim, a inovação. Assim, parte-se da análise do sistema por meio de dois regimes: um que protege a concorrência e outro que protege a exclusividade da propriedade de um concorrente, em um viés de complementaridade.

4.1.3 A propriedade industrial como um caso especial de aplicação do direito concorrencial

A relação de complementaridade entre o direito da propriedade industrial e o direito da concorrência foi observada por Tullio ASCARELLI já em meados do século XX.¹¹⁹ No entanto, para Calixto SALOMÃO FILHO, a afirmação sobre a complementaridade entre os dois institutos “revela a visão clássica do direito industrial como um conjunto de regras de regulamentação de um monopólio legal,” mas que não é mais “capaz de fazer frente às exigências da sociedade moderna”.¹²⁰

Para o autor, houve a superação desse pensamento, o que decorreria do surgimento de uma nova concepção do direito concorrencial, que evoluiu de um

¹¹⁷ STIGLITZ, J. *Economic foundations...*, p. 1696.

¹¹⁸ STIGLITZ, J. *Economic foundations...*, p. 1697: “the most important ideas are those that are generated in universities, and many of the most important intellectual advanced are not covered at all by the patent system. (...) There are other ways of providing returns on knowledge instead of using patents. (...) There are also other ways of providing incentives”.

¹¹⁹ “[L]a libertad de la concurrencia constituye la premisa de la disciplina y la represión de la concurrencia desleal es entendida como complemento de la misma libertad de la concurrencia a los fines de la eficiencia de ésta”. ASCARELLI, Tullio. **Teoria de la concurrencia y de los bienes imateriales**, p. 178.

¹²⁰ SALOMÃO FILHO, C. *Direito industrial, direito concorrencial e interesse público*. In: **Revista de Direito Público da Economia**, pp. 29-30.

direito antitruste preocupado com a defesa privada do agente econômico para um direito da concorrência pautado na defesa da instituição pública *concorrência*. Isso significa que os monopólios devem ser admitidos apenas excepcionalmente e, quando efetivamente existirem, devem cumprir sua função social. Com isso, a concepção e a função dos institutos do direito de propriedade industrial sofrem essencial mudança, de modo que os sistemas de proteção de patentes e de marcas não mais servem para um objetivo protecionista do Estado, mas para um fim implícito maior: tutelar a concorrência e garantir o acesso dos consumidores.

Ainda de acordo com Calixto SALOMÃO FILHO, “a compreensão do direito industrial dentro da lógica institucional do direito concorrencial é a única capaz de dar ao primeiro a conotação publicista de que este necessita”.¹²¹ Nesse sentido, o direito industrial deve estar permeado e rodeado pelos princípios concorrenciais, porque “antes de uma justificativa para a desaplicação do direito concorrencial, o direito industrial é um caso especial de sua aplicação”.¹²² O direito da propriedade industrial é, nesse contexto, portanto, uma situação particular de aplicação do direito antitruste. Assim, o sistema de proteção à propriedade industrial se coaduna de forma clara e firme à defesa da concorrência e aos princípios da ordem econômica constitucional.

Naturalmente, nem todo crescimento produtivo decorre de atividade inventiva, tampouco de invenção protegida pela propriedade industrial. Além disso, a proteção excessiva da propriedade industrial pode retardar ou mesmo dizimar a inovação.¹²³ Ou seja, é preciso encontrar o ponto de equilíbrio entre a proteção da propriedade industrial e a proteção da concorrência; não se pode simplesmente negar as concessões de propriedade industrial, nem mesmo concedê-las irrestritamente, sem observar detidamente o caso concreto.

Desse modo, o direito antitruste e o direito de propriedade industrial são sistemas separados de regulamentação que possuem objetivos mediatos comuns, porém, muitas vezes, podem entrar em conflito entre si. E, nesse caso, os valores envolvidos devem ser observados e ponderados, evitando uma sobreposição

¹²¹ SALOMÃO FILHO, C. *Direito industrial...*, p. 33.

¹²² SALOMÃO FILHO, C. **Direito concorrencial**: as condutas, p. 132.

¹²³ STIGLITZ, J. *Economic foundations...*, p. 1696: “intellectual property is supposed to encourage innovation. I argue bellow that a poorly designed intellectual property regime – one that creates excessively ‘strong’ intellectual property rights – can actually impede innovation”.

exagerada de uma área sobre a outra.¹²⁴ Mas apenas o caso concreto poderá fornecer subsídios para constatar se existe ou não um conflito potencial entre os princípios.

A propriedade industrial oferece incentivos à inovação, beneficiando o consumidor, enquanto o direito da concorrência promove a inovação e o bem estar do consumidor a partir da proibição de condutas restritivas à concorrência, buscando também uma política preventiva. Dessa forma, compartilham o propósito comum – ainda que indireto – de assegurar os níveis de inovação nos mercados e a proteção do consumidor.

Assim, não se deveria cogitar o afastamento das regras do direito concorrencial pelo direito da propriedade industrial, porque o direito industrial passa a ser o *locus* no qual os princípios concorrenciais têm uma aplicação diferenciada e peculiar. Ou seja, os direitos de propriedade industrial passam a ser formas de proteção da instituição concorrência.¹²⁵ Como afirmam Newton SILVEIRA e Walter Godoy dos SANTOS, “os institutos da propriedade intelectual ajudam a dar significado ao direito concorrencial, consoante o princípio da livre concorrência e da livre iniciativa, consagrados na Constituição Federal de 1988”.¹²⁶

4.2 A CONVERGÊNCIA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA LIVRE CONCORRÊNCIA E DA PROTEÇÃO À PROPRIEDADE INDUSTRIAL

As ponderações realizadas acima demonstram que entre os regimes jurídicos da propriedade industrial e da defesa da concorrência não existe propriamente um conflito de princípios, pois tanto um sistema de proteção quanto o outro almejam e buscam o incentivo à inovação e o consequente bem estar da coletividade, ainda que mediatamente.

Entretanto, na perspectiva de Newton SILVEIRA e Walter Godoy dos SANTOS, deve-se discutir a “tensão entre a necessidade de proteção de novos tipos

¹²⁴ BASSO, M. *Análise dos direitos de propriedade intelectual sob a perspectiva do direito antitruste: especial referência às marcas*. In: **Revista do IBRAC...**, p. 81.

¹²⁵ SALOMÃO FILHO, C. *Direito industrial...*, p. 44.

¹²⁶ SILVEIRA, Newton; SANTOS JR., Walter Godoy dos. *Propriedade intelectual e liberdade*. In: **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, p. 18.

de criações intelectuais e os obstáculos que uma proteção demasiada poderia trazer em desfavor dos princípios eleitos pela Constituição para presidir o sistema”.¹²⁷ Isso porque, “em um nível de alta abstração, alguém sempre pode encontrar um conflito entre o antitruste e as leis de propriedade industrial”.¹²⁸

No entanto, ao colocar a situação prática em evidência, dificilmente essa contradição ocorrerá, devido às peculiaridades do caso concreto. Nesse sentido, para Michael CARRIER, um embate entre a propriedade industrial e o direito antitruste requer ressalvas, porque, em muitos casos, haverá sequer conflito entre as leis ou os princípios.¹²⁹

Em outra perspectiva, para Mario Luiz POSSAS e Maria Tereza Leopardi MELLO, haveria, na verdade, para além da simples ausência de conflito, harmonia entre os sistemas, porque a essência da concorrência estaria, exatamente, na inovação.¹³⁰ Desse modo, haveria uma convergência de princípios, pois ambos os regimes jurídicos buscam proteger essa inovação, mas de maneiras diversas: um reprimindo determinadas condutas e o outro incentivando certas práticas.

As legislações estudadas no decorrer deste trabalho tratam de temas diferentes, mas não demonstram necessariamente antagonismos. Um diploma legal não prevalece necessariamente sobre o outro, dependendo sua aplicação da análise da situação fática. Aliás, para Paula FORGIONI, “o direito da propriedade intelectual (e as exclusividades por ele garantidas) deve ser interpretado em consonância com o direito concorrencial”.¹³¹

Para Herbert HOVENKAMP, o conflito entre a propriedade industrial e o direito antitruste só existe em duas situações. Primeiramente, em um alto nível de abstração, como já citado acima, em que há um conflito teórico sobre como os valores aplicados na análise de defesa da concorrência deveriam ser ponderados

¹²⁷ SILVEIRA, N.; SANTOS JR., W. *Propriedade intelectual...*, p. 08.

¹²⁸ Tradução livre: “at a high enough level of abstraction one can always find a conflict between antitrust and the IP laws”. HOVENKAMP, H. **The antitrust enterprise...**, p. 254.

¹²⁹ CARRIER, Michael. *Unraveling the patent-antitrust paradox*. In: **University of Pennsylvania Law Review**, p. 766: “the elucidation of a conflict between the patent and antitrust laws requires certain caveats. In many cases, the laws will not conflict. For example, a company’s pure exclusion of competitors will not implicate the antitrust laws if that company lacks monopoly power. Any “conflict” also must be situated in the context in which it will typically arise: a continually developing antitrust common law that, in certain of its iterations, affects patents. Of course, the conflict also should be recognized as a consequence of the categorization - in fact, the creation - of laws of “antitrust” and “intellectual property.” A different categorization might have avoided the conflict (while creating other difficulties). The present categorization nonetheless implicates the larger issue, one lying beyond the scope of this Article, of the manner in which antitrust law might affect parties’ property rights”.

¹³⁰ POSSAS, M.; MELLO, M. **Antitrust and intellectual property...**, p. 36.

¹³¹ FORGIONI, P. **Os fundamentos...**, p. 342.

para encorajar as inovações, considerando as mesmas preocupações e conceitos da propriedade industrial. Em segundo lugar, o referido conflito estaria presente nos julgamentos normativos sobre os poderes e os direitos que o Poder Legislativo deveria fornecer aos titulares de patentes e registros. Mas, segundo o autor, essas situações raramente colidem no cotidiano de atuação e aplicação do direito antitruste. Ou seja, “a grande maioria desses conflitos são ilusórios”.¹³²

O fato é que a anticompetitividade não é intrínseca à propriedade industrial, porque a proteção desta exclusividade está pautada em justificativas coerentes e lícitas. A detenção de poder de mercado por determinado agente econômico não é um ilícito *per se*, ou seja, certo agente com grande poder de mercado é capaz, em determinadas situações e circunstâncias, de gerar um risco anticompetitivo, mas isso não significa que sempre haverá um ilícito antitruste. É possível que em determinado mercado haja um monopólio que não seja prejudicial à concorrência; seria o caso, por exemplo, das *essential facilities*,¹³³ em que um monopolista é obrigado a ceder sua tecnologia aos outros concorrentes em prol da competitividade.

Isso ocorre porque, diferentemente do pensamento tradicional – por meio do qual a propriedade industrial é vista como uma ilha de proteção do concorrente contra a força competitiva –, nos últimos tempos

o conhecimento tornou-se indispensável não apenas ao acesso, mas à permanência no mercado. A tecnologia da informação introduziu um padrão de descontinuidade nas bases materiais da economia, sociedade e cultura.¹³⁴

Inclusive, a difusão do conhecimento é tão importante para Joseph STIGLITZ, que ele acredita ser “mais eficiente distribuir conhecimento para todos do que restringir seu uso cobrando por ele”.¹³⁵

Carlos RAGAZZO, atual superintendente-geral do CADE, tem consciência de que “tais como outros, porém, tais direitos, por vezes, podem colidir”.¹³⁶ Ou seja,

¹³² HOVENKAMP, H. **The antitrust enterprise...**, p. 276.

¹³³ Por meio das *infra-estruturas indispensáveis*, tradução possível para *essential facilities*, “se impõe a obrigação de compartilhamento das redes e infra-estruturas existentes, cuja duplicação afigura-se inviável, quer sob o prisma econômico, quer sob o aspecto fático ou jurídico”. NESTER, Alexandre Wagner. **Regulação e concorrência** (compartilhamento de infra-estruturas e redes), p. 14.

¹³⁴ FORGIONI, P. **Os fundamentos...**, p. 341.

¹³⁵ Tradução livre: “it is more efficient to distribute knowledge freely to everybody than to restrict its use by charging for it”. STIGLITZ, J. *Economic foundations...*, p. 1700.

¹³⁶ CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Averiguação preliminar nº 08012.002673/2007-51**, p. 10.

os direitos de propriedade industrial, “à primeira vista, podem, de fato, em alguns casos, obstar ou enfraquecer a concorrência em um dado mercado”,¹³⁷ sendo que

o direito antitruste dispõe-se a aceitar essa aparente e temporária restrição à concorrência do ponto de vista *estático*, que em curto prazo pode até mesmo causar diminuições da oferta, aumentos de preços e exclusão de consumidores, em favor de uma eficiência *dinâmica*, que em longo prazo aumentará a competição por inovações e a introdução de novos e melhores produtos e serviços, em favor do desenvolvimento econômico e dos consumidores.¹³⁸

Assim, considerando os efeitos em longo prazo, não haveria qualquer relação de exclusão, ou mesmo de tensão, entre o direito da concorrência e a proteção à propriedade industrial. É o que assevera Herbert HOVENKAMP sobre a afirmação de que o direito antitruste e o direito da propriedade industrial estão em conflito, porque, para ele, o conflito existirá “quando as duas legislações se comportarem de maneira míope”, ou seja, “o antitruste sempre querendo mais competição e a propriedade industrial mais proteção para o direito de excluir”.¹³⁹ Mas, em regra, a situação da legislação e da prática não é essa. Ainda, o autor finaliza afirmando que esse conflito é quase todo ilusório, “porque quando as leis não estão se comportando dessa forma, todos devem querer a mesma coisa, ou seja, o equilíbrio entre competição e proteção à inovação”.¹⁴⁰

Como se observou ao longo deste trabalho, o direito da propriedade industrial preza pela inovação e também pelo desenvolvimento econômico e social

¹³⁷ CADE. **Averiguação preliminar nº 08012.002673/2007-51**, p. 10.

¹³⁸ CADE. **Averiguação preliminar nº 08012.002673/2007-51**, p. 11. No voto da averiguação preliminar, o então conselheiro relator, Carlos RAGAZZO, utiliza conceitos de eficiência estática e dinâmica, de que também se apropria Michael CARRIER (*Unraveling...*, pp. 770-771): “another lens through which to view the tension between the patent and antitrust laws involves the balance between static and dynamic efficiency. In interpreting antitrust law, courts have focused primarily on static efficiency—in other words, on increasing economic welfare through a reallocation of the existing supply of resources in a Pareto-optimal fashion (i.e., so that no individual’s welfare could be improved by a resource reallocation without some other person’s welfare being diminished). In particular, courts analyze allocative efficiency, striving for an optimal allocation of goods and services to customers. Patent law, on the other hand, attempts to increase dynamic efficiency, or the Pareto-optimal allocation of resources between the present and the future. The incentives underlying the patent system apply in the long term through the encouragement of future invention and innovation. Although courts that have analyzed the patent-antitrust intersection have not focused explicitly on the tradeoffs between static and dynamic efficiency, the disparate temporal perspectives provided by the distinct notions of efficiency further underscore the patent-antitrust conflict”.

¹³⁹ Tradução livre: “so the antitrust laws and the IP laws are in conflict in the very general sense that when the two bodies of law behave myopically, antitrust always want to more competition and IP laws wants more protection for the right to exclude”. HOVENKAMP, H. **The antitrust enterprise...**, p. 255.

¹⁴⁰ Tradução livre: “but this conflict is largely illusory because when legal policy is not behaving myopically, then everyone should want the same thing, namely, the optimal balance between competition and protection for innovation”. HOVENKAMP, H. **The antitrust enterprise...**, p. 255.

do país, ou seja, não existe um objetivo cego de se alcançar o direito de excluir tão-somente. Até porque, “o incentivo proporcionado pelo direito de uso exclusivo deve ser ponderado para que não ocorram excessos, beneficiando-se em demasia agentes de mercado em detrimento da instituição concorrência”.¹⁴¹

Para Newton SILVEIRA e Walter Godoy dos SANTOS JR., os dispositivos constitucionais que amparam a proteção à concorrência e à propriedade industrial demonstram que

a Constituição contempla, ao lado da liberdade de iniciativa, a utilidade social, criando mecanismos de controle da atividade econômica coordenada a fins sociais. Tal atitude se reflete diretamente sobre a tutela dos chamados bens imateriais resultantes da criação intelectual, limitando sua duração para o fim de harmonizá-los com o progresso técnico e cultural e a tutela do consumidor, buscando delimitar tais direitos, em especial no campo industrial.¹⁴²

Nesse particular, percebe-se que “o absolutismo do direito de propriedade cede espaço ao relativismo do interesse social”.¹⁴³ Ou seja, é clara a preocupação da Constituição no sentido de que os direitos de propriedade industrial, regulados pela legislação infraconstitucional, devem ser concedidos e exercidos com algumas limitações em favor do interesse comum. Isso para que sejam vetores do progresso e não ferramentas de proteção de interesses particulares.

Analisando a questão com uma perspectiva para além do Direito, é possível afirmar que o direito de propriedade industrial, *a priori*, não confere aos seus titulares poder de mercado ou posição dominante no mercado.¹⁴⁴ Do mesmo modo, seria equivocado afirmar que o direito concorrencial é o único a tutelar os interesses públicos, pois o direito de propriedade industrial também não é meramente privativo e atende a funções específicas de criação e recriação de tecnologias em prol da sociedade. Afinal,

¹⁴¹ SILVEIRA, N.; SANTOS JR., W. *Propriedade intelectual...*, p. 19.

¹⁴² SILVEIRA, N.; SANTOS JR., W. *Propriedade intelectual...*, p. 9.

¹⁴³ SILVEIRA, N.; SANTOS JR., W. *Propriedade intelectual...*, p. 10.

¹⁴⁴ “A maioria dos economistas afirma que há posição dominante quando o agente detém capacidade de impor preços muito acima de seu custo marginal. Do ponto de vista jurídico, entretanto, essa assertiva deve ser entendida no sentido de que a *independência* e *indiferença* do agente econômico podem manifestar-se pela possibilidade de imposição de preços acima daqueles derivados da competição, mas de outras formas. (...) Note-se que não é necessária a completa ausência de concorrência no mercado para que se verifique a posição dominante: basta que a concorrência não seja de tal grau a ponto de influenciar significativamente o comportamento do ‘monopolista’. A empresa que se encontra em posição dominante tende a adotar o comportamento típico do monopolista.” FORGIONI, **Os fundamentos...**, pp. 274-275.

ao homem do século XXI já decorre quase que intuitivamente a noção de que, se a concessão ou utilização puder (de algum modo) causar prejuízo à instituição concorrência, seja da perspectiva do livre acesso de concorrentes ao mercado, seja quanto ao exercício abusivo dos direitos por ela conferidos, não se estaria, em linha de princípio, atendendo à premissa sobre a qual se assenta a concessão de tais direitos: assegurar o desenvolvimento econômico, cultural, social e tecnológico do país.¹⁴⁵

4.3 A CONCORDÂNCIA DOS OBJETIVOS MEDIATOS DAS LEGISLAÇÕES ABORDADAS

A análise realizada dá indicativos de que grande parte da doutrina acredita na existência de uma relação de complementaridade (ou, pelo menos, de convivência harmônica) entre os sistemas jurídicos estudados. De fato, por meio de uma interpretação sistemática, vislumbra-se muito mais conexões entre a proteção da propriedade industrial e a manutenção da concorrência do que contradições. Porém, talvez mais importante ainda seja perceber a relação para além da complementaridade: a existência de objetivos mediatos comuns que permeiam ambas as legislações.

Depreende-se da legislação brasileira (artigo 5º, XXIX, da Constituição Federal) que a proteção da propriedade industrial não visa a beneficiar o agente econômico, mas a fomentar as inovações e o desenvolvimento econômico-social do país. O fortalecimento dessa proteção gera maiores investimentos em pesquisa. Ou seja, para que os preceitos constitucionais sejam concretizados, é preciso encarar a concessão de direitos da propriedade industrial como instrumento concorrencial, como forma de promover a competição no mercado. É o que ensina Paula FORGIONI, para quem “a vantagem concorrencial de um significa um *meio* (portanto, instrumento) de estímulo para que outros se esforcem em superar aquele agente agraciado”.¹⁴⁶

A Lei da Propriedade Industrial tem como objetivos – ainda que implícitos – o interesse social e o desenvolvimento econômico e tecnológico do país, vislumbrados

¹⁴⁵ SILVEIRA, N.; SANTOS JR., W. *Propriedade intelectual...*, p. 22.

¹⁴⁶ FORGIONI, P. **Os fundamentos...**, p. 343.

pela série de requisitos para a concessão do direito de exclusividade e, ainda, pela previsão de sua perda em casos de violação ao interesse e à função social (artigo 68, *caput*,¹⁴⁷ da Lei nº 9.279/1996). Nesse mesmo sentido, a Lei de Defesa da Concorrência dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada, principalmente, pelos princípios constitucionais de livre concorrência, livre iniciativa, função social e defesa dos consumidores.

Assim, tanto a defesa da concorrência como a proteção da propriedade industrial são, em última análise, elementos de proteção da coletividade, em busca do bem estar, que não apoiam a inclinação oportunista e egoísta do agente econômico. Não se deve priorizar o caráter privado, mas sim o caráter público da propriedade industrial: o direito de exclusividade pertence ao inventor apenas por determinado tempo, após o qual é disponibilizado à coletividade.

Ademais, a ausência de um sistema que reconhecesse e protegesse a atividade criativa proporcionaria, evidentemente, grande perda da capacidade de inovação. Desse modo, “reprezar o acesso à informação pode implicar elevados prejuízos sociais, pois, no atual estágio da evolução da humanidade, a possibilidade de desenvolvimento passa, necessariamente, pelo acesso ao conhecimento”.¹⁴⁸ Nesse sentido, Joseph STIGLITZ, ao afirmar que o melhor seria disseminar gratuitamente o conhecimento a todos, assevera que o problema é que “os direitos de propriedade industrial circunscrevem o uso de conhecimento e então, quase necessariamente, causam ineficiências”.¹⁴⁹ Assim, “não só cria uma distorção por restringir o uso do conhecimento, mas também faz algo muito pior: cria poder de monopólio”.¹⁵⁰

Uma perspectiva de convivência harmônica entre o direito da concorrência e o direito da propriedade industrial mostra, principalmente, uma ligação da propriedade imaterial ao interesse público, o que decorre de mudanças importantes na concepção desses institutos. Nesse sentido, o direito conferido ao titular incide sobre o produto da criação e não sobre o ato criativo, de modo que não impede a

¹⁴⁷ Art. 68, *caput*: “O titular ficará sujeito a ter a patente licenciada compulsoriamente se exercer os direitos dela decorrentes de forma abusiva, ou por meio dela praticar abuso de poder econômico, comprovado nos termos da lei, por decisão administrativa ou judicial”.

¹⁴⁸ FORGIONI, P. **Os fundamentos...**, p. 342.

¹⁴⁹ Tradução livre: “the problem is that intellectual property rights circumscribe the use of knowledge and thus, almost necessarily, cause inefficiency”. STIGLITZ, J. *Economic foundations...*, p. 1700.

¹⁵⁰ Tradução livre: “not only does intellectual property create a distortion by restricting the use of knowledge, but it also does something even worse: it creates monopoly power”. STIGLITZ, J. *Economic foundations...*, p. 1700.

criação de outros agentes. Assim prega Tercio Sampaio FERRAZ JUNIOR, para quem o “ato de inventar a máquina não se confunde com a invenção nem esta com sua materialidade”.¹⁵¹

Da mesma forma, Tullio ASCARELLI propõe que o direito de exclusividade sobre a propriedade industrial não se trata de um monopólio sobre a atividade, mas sobre a própria criação intelectual.¹⁵²

A concorrência deixa de ser argumento de defesa privada de concorrentes para se tornar instrumento de política econômica.¹⁵³ Pode-se dizer, então, que o caráter instrumental da propriedade industrial de cumprir com sua função social está conectado ao fato de o direito antitruste não só almejar, mas efetivamente promover políticas públicas. Tornam-se, assim, a proteção à propriedade industrial e o direito da concorrência instrumentos de persecução indireta dos mesmos objetivos: interesse social, desenvolvimento econômico e tecnológico, além do imprescindível bem estar dos consumidores. Nesse sentido, para Michael CARRIER, “ambos o direito da propriedade industrial e o direito antitruste esforçam-se para aumentar o bem estar, mas os caminhos pelos quais buscam esse objetivo frequentemente divergem”.¹⁵⁴

O posicionamento de Carlos RAGAZZO, como se pode perceber em trecho de voto proferido em averiguação preliminar, é de que os direitos de propriedade industrial “são, nitidamente, complementares ao direito da concorrência. O direito antitruste reconhece o papel da diferenciação e da inovação como fortes componentes competitivos”.¹⁵⁵ Assim, também para o ex-conselheiro do órgão brasileiro de defesa da concorrência, não há dúvida de que “os direitos de propriedade industrial são aliados extremamente importantes na manutenção e no fomento da concorrência”.¹⁵⁶

Contudo, ainda na análise da referida averiguação preliminar, Carlos RAGAZZO preocupa-se com o fomento à inovação, afirmando que, por outro lado, “preservar os incentivos à pesquisa e ao desenvolvimento de novos produtos e

¹⁵¹ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Propriedade Industrial e Defesa da Concorrência*, p. 501.

¹⁵² ASCARELLI, Tullio. **Teoria de la concurrencia...**, p.182.

¹⁵³ FORGIONI, P. **Os fundamentos...**, p. 34.

¹⁵⁴ Tradução livre: “the patent and antitrust laws both endeavor to increase welfare. But the paths by which they pursue this objective frequently diverge”. CARRIER, M. *Unraveling the patent-antitrust paradox*, p. 766.

¹⁵⁵ CADE. **Averiguação preliminar...**, p. 10.

¹⁵⁶ CADE. **Averiguação preliminar...**, p. 10.

serviços em um mercado é uma meta fundamental das políticas de concorrência”, contribuindo “fortemente para que os agentes de um mercado compitam por inovações”.¹⁵⁷

Parece, portanto, que o equilíbrio adequado entre os dois domínios normativos esteja em um denominador comum, que é essencialmente o objetivo de assegurar a concorrência nos mercados a partir dos incentivos envolvendo a atividade inovadora e criativa dos agentes econômicos.

Logo, como afirmam Newton SILVEIRA e Walter Godoy dos SANTOS JR., a questão está em acertar “o tênue equilíbrio entre a justa recompensa do esforço intelectual humano (...) e o estímulo à evolução cultural e industrial do país”.¹⁵⁸ Ou seja, o desafio é encontrar o “meio-termo” entre a proteção da propriedade industrial e a proteção da concorrência, para que seja possível preservar um ambiente saudavelmente competitivo, do qual os agentes econômicos se sintam incentivados a participar.

¹⁵⁷ CADE. **Averiguação preliminar...**, p. 10-11.

¹⁵⁸ SILVEIRA, N.; SANTOS JR., W. *Propriedade intelectual...*, p. 20.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se viu no primeiro capítulo deste trabalho, o direito da concorrência, como forma de intervenção estatal na economia, exerce a função de garantidor do pleno funcionamento do mercado, buscando impedir o surgimento de situações abusivas de dominação de mercado e a eliminação da concorrência. Nesta primeira parte da pesquisa, foram aludidos os fundamentos constitucionais e legais do direito antitruste, abordando, inclusive, a recente alteração da lei de defesa da concorrência, responsável pela reestruturação do sistema antitruste no país.

Logo após, foi abordada a finalidade da proteção da competitividade, aduzindo a perspectivas de diversos autores. Assim, concluiu-se que, embora na doutrina brasileira não exista pacificação a respeito da preocupação primeira da legislação antitruste, ou seja, sendo a concorrência um instrumento ou um fim a se alcançar, o que realmente importa é que os consumidores e os concorrentes são extremamente beneficiados com a defesa desse instituto.

Ainda, foram demonstrados os possíveis graus de concorrência e concentração dos mercados, situações intrinsecamente ligadas ao direito antitruste. Por fim, a estrutura do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência foi desmembrada e explicada, principalmente em relação às modificações trazidas pela nova legislação e à reestruturação pela qual o sistema passou. Além da criação do “Super CADE”, salientou-se que a grande alteração legislativa foi a instituição do efetivo controle prévio dos atos de concentração submetidos à análise do CADE, porque, até a entrada em vigor da nova lei, as partes concluíam o negócio no mundo fático antes do aval do órgão de defesa da concorrência.

O segundo capítulo foi dedicado ao estudo da proteção dos direitos de propriedade industrial, espécie da propriedade intelectual. Esta se divide em dois grandes grupos, ou espécies, no domínio das artes (direito autoral) e das ciências (direito industrial). Além disso, procurou-se esclarecer que neste trabalho estudar-se-ia tão-somente a propriedade industrial, vez que é a espécie que se mostra mais afeta ao direito empresarial e que, portanto, possui relação intensa com o direito da concorrência.

Inicialmente, foram expostos os conceitos, as classificações e as justificativas para a proteção do direito da propriedade industrial pelo ordenamento

jurídico brasileiro. Em seguida, foram, assim como em relação ao direito da concorrência, abordados os fundamentos constitucionais e legais dessa proteção. E, finalmente, foram demonstradas as modalidades de propriedade industrial passíveis de proteção legislativa, quais sejam, as patentes de invenção e modelo industrial e os registros de marca e desenho industrial, bem como seus conceitos e desdobramentos.

No último capítulo chegou-se, ainda que não isoladamente, à essência da pesquisa: a relação existente entre a defesa da concorrência e a proteção da propriedade industrial. Em um primeiro momento, houve a tentativa de contemplar a relação de exclusão entre os institutos, demonstrando que, ao menos à primeira vista, a Lei da Propriedade Industrial representa uma tutela individual, protegendo o concorrente, enquanto que, por sua vez, a Lei Antitruste protege a sociedade, exercendo uma tutela coletiva a todos os concorrentes.

Em seguida, apesar da existência de certa ambiguidade na proteção de ambas, ponderou-se sobre a possível relação de complementaridade entre as legislações. Isso porque a proteção decorrente da exclusividade da propriedade industrial constituiria, na verdade, estímulo à inovação e à concorrência. Ainda, demonstrou-se uma terceira perspectiva, por meio da qual haveria uma nova concepção do direito concorrencial, que evoluiu de um direito antitruste preocupado com a defesa privada do agente econômico para um direito da concorrência pautado na defesa da instituição pública *concorrência*. Desse modo, antes de uma justificativa para não se aplicar o direito concorrencial, o direito da propriedade industrial seria uma situação particular de aplicação daquele.

Ilustrou-se, também, o contraponto entre os princípios da liberdade de concorrência, proporcionada por um sistema jurídico, e da propriedade privada, inerente ao outro. As ponderações realizadas demonstraram que entre os regimes jurídicos da propriedade industrial e da defesa da concorrência pode não existir propriamente um conflito de princípios. Afinal, tanto um sistema legal quanto o outro almejam e buscam o incentivo à inovação e o consequente bem estar da coletividade, ainda que de forma indireta e por meio de instrumentos totalmente diferentes.

Além disso, por meio de uma interpretação sistemática, vislumbrou-se que existem muito mais conexões entre a proteção da propriedade industrial e a manutenção da concorrência do que contradições. Porém, buscou-se demonstrar

que talvez seja pertinente perceber a relação para além dessa possível complementaridade ou convivência harmônica: a existência de objetivos mediatos comuns que permeiam ambas as legislações.

Por mais que as legislações não busquem diretamente objetivos iguais (a defesa da concorrência almeja a manutenção de um mercado competitivo e a propriedade industrial visa ao fomento das inovações por meio de retorno financeiro aos criadores), ao fim e ao cabo os sistemas servem para a manutenção e a promoção do bem-estar social e consumerista. Assim, tanto a defesa da concorrência como a proteção da propriedade industrial seriam, em última análise, elementos de proteção da coletividade. Conclui-se que ambos, o direito da propriedade industrial e o direito antitruste, esforçam-se para promover o interesse dos consumidores, embora os caminhos percorridos frequentemente sejam divergentes.

Assim sendo, o desafio não poderia ser outro senão encontrar o “meio-termo” entre a proteção da propriedade industrial e a proteção da concorrência, para que seja possível preservar um ambiente competitivo, do qual os agentes econômicos se sintam incentivados a participar. E parece que esse equilíbrio está em um denominador comum, que é essencialmente o objetivo de assegurar a concorrência nos mercados a partir de incentivos envolvendo a atividade inovadora e criativa, assegurados pela propriedade industrial.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASCARELLI, Tullio. **Teoria de la concurrencia y de los bienes imateriales**. Madrid: Bosch, 1970.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo método**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BASSO, Maristela. *Análise dos direitos de propriedade intelectual sob a perspectiva do direito antitruste: especial referência às marcas*. In: **Revista do IBRAC: doutrina, jurisprudência, legislação**. Vol. 16, n. 1. São Paulo: IBRAC, 2009.

_____. *Propriedade intelectual: combustível para o desenvolvimento brasileiro [entrevista]*. In: **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**. Vol. 2, 2006.

BERCOVICI, Gilberto. *A constituição de 1988 e a função social da propriedade*. In: **Revista de Direito Privado**. Vol. 7, Jul/Set. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BOCCHINO, Leslie de Oliveira... [et all]. **Publicações da Escola da AGU: propriedade intelectual: conceitos e procedimentos**. Brasília: Advocacia-Geral da União, 2010.

CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Averiguação Preliminar nº 08012.002673/2007-51** entre Associação Nacional dos Fabricantes de Autopeças – ANFAPE e Volkswagen do Brasil Indústria de Veículos Automotivos Ltda., Fiat Automóveis S.A. e Ford Motor Company Brasil Ltda. Relatoria de Carlos Emmanuel Joppert RAGAZZO (disponível em http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000572751061.pdf - acesso em 12/03/2012).

CARRIER, Michael. *Unraveling the patent-antitrust paradox*. In: **University of Pennsylvania Law Review**. Vol. 150, n. 3. Pennsylvania: Formerly American Law Register, 2002.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. V. 4. São Paulo: Saraiva, 2006.

COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. **Law and Economics**. 4. ed. Boston: Pearson Addison Wesley, 2004.

CUEVA, Ricardo Villas Bôas. *A proteção da propriedade intelectual e a defesa da concorrência nas decisões do CADE*. In: **Revista do IBRAC**: doutrina, jurisprudência, legislação. Vol. 16, n. 1. São Paulo: IBRAC, 2009.

CUNHA, Ricardo Thomazinho da. **Direito de Defesa da Concorrência**: Mercosul e União Européia. Barueri: Manole, 2003.

DI BLASI, Clésio Gabriel. **A propriedade industrial**. Rio de Janeiro: Guanabara Dois, 1982.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Propriedade Industrial e Defesa da Concorrência*. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; HUCK, Hermes Marcelo; CASELLA, Paulo Borda. **Direito e comércio internacional**: tendências e perspectivas: estudos em homenagem ao prof. Irineu Strenger. São Paulo: LTr, 1994.

_____. *Propriedade industrial em defesa da concorrência*. In: **Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual**. N. 8. Rio de Janeiro: ABPI, 1993.

FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GALVÊAS, Ernane. *O direito da concorrência*. In: COSTA, Marcos da; MENEZES, Paulo Lucena de; MARTINS, Rogério Gandra da Silva (Coord.). **Direito concorrencial**: aspectos jurídicos e econômicos: comentários à lei nº 8.884/94 e estudos doutrinários. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

GAMA CERQUEIRA, João da. **Tratado da propriedade industrial**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 11. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

HOVENKAMP, Herbert. **The antitrust enterprise: principle and execution**. Cambridge: Harvard University Press, 2005.

_____. *The intellectual property-antitrust interface*. In: **University of Iowa Legal Studies Research Paper**. N. 08-46. The University Of Iowa College of Law, 2008.

IDS – Instituto Dannemann Siemsen de Estudos de Propriedade Intelectual. **Comentários à lei de propriedade industrial**. Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

KUBRUSLY, Cláudia Tosin. *Análise da recusa de licenciar no âmbito do Direito Antitruste*. In: MOREIRA, Egon Bockmann; MATTOS, Paulo Todescan Lessa (Coord.). **Direito concorrencial e regulação econômica**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

NESTER, Alexandre Wagner. **Regulação e concorrência** (compartilhamento de infra-estruturas e redes). São Paulo: Dialética, 2006.

NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia: introdução ao direito econômico**. 6. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PIMENTEL, Luis Otávio. **Propriedade intelectual e universidade: aspectos legais**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

_____. **Direito industrial: as funções do direito das patentes**. Porto Alegre: Síntese, 1999.

_____. **Direito industrial: aspectos introdutórios**. Chapecó: Unodesc, 1994.

POSNER, Richard. **The crisis of capitalistic democracy**. Cambridge: Harvard University Press, 2010.

POSSAS, Mario Luiz; MELLO, Maria Tereza Leopardi. **Antitrust and intellectual property: conflicts and convergences**. Instituto de Economia da UFRJ, 2011 (disponibilizado em palestra do Programa de Intercâmbio do CADE em 28/01/11 – no prelo, segundo contato com autor em maio de 2012).

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. Vol. 1. 29. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

ROSENBERG, Barbara. *Considerações sobre direito da concorrência e os direitos da propriedade intelectual*. In: ZANOTTA, Pedro; BRANCHER, Paulo (Organ.). **Desafios atuais do direito da concorrência**. São Paulo: Singular, 2008.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial: as estruturas**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Direito industrial, direito concorrencial e interesse público*. In: **Revista de Direito Público da Economia (RDPE)**. Ano 2, n. 7, Jul/Set. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

_____. **Direito Concorrencial: as condutas**. São Paulo: Malheiros, 2003.

SCHERER, Frederic Michael; ROSS, David. **Industrial market structure and economic performance**. 3. ed. Boston: Houghton Mifflin Company, 1990.

SILVEIRA, Newton. **Propriedade intelectual: propriedade industrial, direito de autor, software, cultivares**. 3. ed. rev. e ampl. Barueri: Manole, 2005.

_____; SANTOS JR., Walter Godoy dos. *Propriedade intelectual e liberdade*. In: **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. Ano XLV, n. 142, Abr/Jun. São Paulo: Malheiros, 2006.

STIGLITZ, Joseph Eugene. *Economic foundations of intellectual property rights*. In: **Duke Law Journal**. V. 57. Duke University School of Law, 2008.

SCUDELER, Marcelo Augusto. *A função social da propriedade industrial*. In: VELÁZQUEZ, Victor Hugo Tejerina (Organ.). **Propriedade intelectual: setores emergentes e desenvolvimento**. Piracicaba: Equilíbrio, 2007.

TAUFIK, Roberto Domingos. **Nova lei antitruste brasileira: a lei nº 12.529/2011 comentada e a análise prévia no direito da concorrência**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

VAZ, Isabel. **Direito Econômico da Concorrência**. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

_____. **Direito Econômico das Propriedades**. Rio de Janeiro: Forense, 1992.