Doutrina

PROPRIEDADE INTELECTUAL E LIBERDADE

NEWTON SILVEIRA

e

WALTER GODOY DOS SANTOS JR.

1. Introdução. 2. Mandamentos constitucionais. 3. Legislação ordinária — Propriedade Industrial e Direito Autoral. 4. Propriedade Intelectual e Direito Concorrencial. 5. Conclusão.

1. Introdução

O desenvolvimento das ciências jurídicas leva, em regra, ao distanciamento cada vez maior de seus fundamentos, de maneira que, muitas vezes, resta difícil estabelecer a relação entre as categorias de direito criadas para atender às novas realidades de mercado¹ e seus princípios, ² acar-

1. V. a lição de Oscar Barreto Filho: "O certo é que, ao mesmo tempo que se viram as páginas da história, também progride a técnica, modificam-se as estruturas políticas, sociais e econômicas, e evoluem os sistemas jurídicos. Não escapa à regra o direito que regula a atividade produtiva para o mercado, o qual é designado convencionalmente pelo nome de 'direito comercial'. (...) O direito comercial fornece um instrumental técnico perfeitamente apto a atender às necessidades da produção e da circulação das riquezas" (Teoria do Estabelecimento Comercial, 2ª ed., pp. 14-15).

2. Celso Antônio Bandeira de Mello ensina que princípio é "por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico". Sendo assim, "violar um princípio é

retando a perda da sistematização³ necessária à organização dos ramos da ciência do direito.

Curiosamente, diante da notória inflação legislativa e da elasticidade conferida

muito mais grave que transgredir uma norma qualquer" (*Curso de Direito Administrativo*, 16ª ed., pp. 817-818).

3. Para João da Gama Cerqueira, "a propriedade industrial constitui um sistema jurídico, um todo orgânico, como se costuma dizer, subordinando-se os seus diferentes institutos aos mesmos princípios gerais, que podem variar em suas aplicações particulares, mas que não perdem a sua unidade fundamental", ressaltando que "todo o edifício da propriedade industrial, como, aliás, o da propriedade literária, científica e artística, repousa no princípio ético da repressão da concorrência desleal, que constitui o fundamento e a razão de suas leis, podendo-se mesmo dizer que em nenhum outro ramo da ciência jurídica se manifesta de modo mais eloqüente o fundamento moral do Direito" (Tratado da Propriedade Industrial, v. I, t. I, 1ª ed., pp. 8-9).

4. Judith Martins-Costa assevera que "(...) esses novos tipos de normas buscam a formulação da hipótese legal mediante o emprego de conceitos cujos termos têm significado intencionalmente vagos e abertos, os chamados 'conceitos jurídicos indeterminados'" ("O Direito Privado como um sistema em construção - As cláusulas gerais e no Projeto do Código Civil Brasileiro", RT 753/28). Nesse dia-

aos novos institutos por ela criados, percebe-se que os princípios tornam-se, a cada dia, mais necessários ao manejo do ordenamento jurídico.

No campo da propriedade intelectual,⁵ em que é fértil a criação de novos direitos

pasão, a construção jurisprudencial tem se encarregado de complementar a norma, merecendo o respeito do legislador positivo, que, por sua vez, também se qualifica para cuidar de grandes diretrizes e não, de minúcias. Alf Ross ensina que "O legislador pode manter a ilusão de haver estabelecido uma regra, mas expressá-la em termos tão vagos (por exemplo, referindo-se à opinião moral dominante) que o resultado seja uma larga liberdade para que o juiz ou o funcionário administrativo possam exercer seus critérios. Este método de formular a lei é denominado método dos padrões jurídicos (...). Historicamente, tanto na legislação como na administração da justiça, o formalismo estrito desenvolveu-se no sentido de proporcionar um espaço cada vez maior à sentença individualizadora" (Direito e Justiça, 1ª ed., p. 328).

5. Gama Cerqueira ensina que "Ao conjunto desses direitos resultantes das concepções da inteligência e do trabalho intelectual, encarados principalmente sob o aspecto do proveito material que deles pode resultar, costuma-se dar a denominação genérica de propriedade intelectual, ou as denominacões equivalentes - direito de autor, direito autoral, propriedade imaterial e, ainda, direitos intelectuais, como os chamou Picard, e direitos imateriais ou direitos sobre bens imateriais, segundo Kohler. Deve-se, porém, preferir a denominação propriedade imaterial, que está mais de acordo com o objeto dos direitos a que se aplica" (ob. cit., pp. 68-69). V., ainda, outro trecho no sentido de que a "propriedade industrial, que pode ser definida como o conjunto dos institutos jurídicos que visam garantir os direitos de autor sobre as produções intelectuais do domínio da indústria e assegurar a lealdade da concorrência comercial e industrial. A propriedade industrial poderia também ser definida, de modo mais geral, como "o conjunto de normas legais e princípios jurídicos de proteção à atividade do trabalho, no campo das indústrias, e a seus resultados econômicos, abrangendo, assim, a proteção das produções intelectuais do domínio industrial (invenções, modelos de utilidade e desenhos e modelos industriais) e toda a matéria relativa à repressão da concorrência desleal, inclusive as marcas, o nome comercial, as indicações de origem dos produtos, etc. Preferimos, porém, a primeira definição por ser mais restrita, particularizando melhor o objeto da propriedade industrial" (idem, pp. 72-73). Poderíamos dizer, em síntese, que a expressão Propriedade Industrial engloba assuntos referentes a marcas, patentes (de invenção absolutos, 6 discute-se, de maneira apaixonada, a tensão entre a necessidade de proteção de novos tipos de criações intelectuais e os obstáculos que uma proteção demasiada poderia trazer em desfavor dos princípios eleitos pela Constituição para presidir o sistema.

O desconforto aumenta na mesma proporção em que se torna mais frequente, por ignorância ou má-fé, a vulgarização de termos técnicos que conferem pureza e unidade conceitual à matéria.

O reflexo desse descaso é a incerteza no enquadramento dos tipos das obras protegidas pela propriedade intelectual que pode levar o aplicador da lei a pecar por excesso, ampliando a proteção de modo a criar restrições ao avanço tecnológico, ou a pecar por escassez, negando ao titular o legítimo exercício de seus direitos.⁷

e de modelo de utilidade), desenhos industriais, assim como contratos de licença de uso ou exploração de tais direitos e contratos de transferência ou fornecimento de tecnologia ou *know-how* e de franquia Quando a isto somam-se os direitos autorais, fala-se em Propriedade Intelectual, categoria mais ampla, que engloba a Propriedade Industrial.

6. João Paulo Remédio Marques ressalta que: "Assiste-se, hoje, a uma expansão incomensurável não apenas do licere e do âmbito de protecção dos direitos de propriedade intelectual preexistentes, mas também a um aumento das espécies de direitos deste jaez, pois o legislador tem vindo a plasmar a tipificação e o correspondente regime jurídico de novéis direitos de propriedade intelectual. Os direitos de propriedade intelectual têm vindo, na verdade, a ser forçados a acomodar no seu seio criações e tecnologias jamais vistas como realidades protegidas" ("Propriedade Intelectual e interesse público", BFD 79/339). Tullio Ascarelli já havia previsto este fenômeno ao afirmar que "La importancia del interés público es especialmente la que explica por qué son tutelables tan sólo algunos tipos de creaciones intelectuales (aunque éstas puedan aumentar en número en futuras evoluciones legislativas), en contraste con la genérica apropiabilidad de todas las cosas materiales y energías que sean delimitables" (Teoría de la Concurrencia y de los Bienes Inmateriales, 1ª ed.,

7. Cláudio Roberto Barbosa lembra a afirmação de Lord Mansfield e Kozinski no caso White vs. Samsung Electronics America, Inc.: "superproteger a propriedade intelectual é tão nocivo quando subprotegê-la. A criatividade é impossível sem um

Nesse sentido, iluminar princípios constitucionais, resgatar lições dos grandes mestres que sistematizaram a matéria⁸ e fortalecer as fronteiras conceituais que separam os institutos por ela abarcados, reveste-se de fundamental importância para o fim de evitar que a propriedade intelectual se transforme numa indigesta sopa jurídica.

2. Mandamentos constitucionais

A Constituição Federal de 1988 é especialmente rica em disposições concernentes ao sistema de propriedade intelectual, bastando correr os olhos pelos incisos XXIII, XXVII, XXVIII e XXIX do art. 5º para se notar a importância atribuída pelo Constituinte ao objetivo de se alcançar o progresso social, cultural e o desenvolvimento tecnológico e econômico do país.

Cumpre ressaltar, ainda, a dicção do art. 170, no sentido de que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho⁹

rico domínio público e mais, nada, hoje, assim como nada, desde que dominamos o fogo, é genuinamente novo: cultura, como ciência e tecnologia cresce por incrementos, cada novo criador construindo sobre o trabalho daqueles que vieram antes. A superproteção tem assim o efeito contrário ao pretendido" (apud Cláudio Roberto Barbosa, A Relação entre Informação, Propriedade Intelectual, Jurisdição e Direito Internacional).

8. Gama Cerqueira ressalta que "Malgrado a diversidade dos direitos incluídos na propriedade industrial, quanto ao seu objeto e conteúdo, e as peculiaridades de cada instituto, são idênticos o fundamento e a natureza desses direitos, como idêntico é a natureza dos objetos sobre os quais se exercem. Os mesmo princípios regem, também, os direitos da propriedade literária, científica e artística, que possuem o mesmo fundamento e natureza, recaindo sobre objetos de natureza semelhante. Estabelece-se, assim, não só a unidade dos institutos da propriedade industrial entre si, como a unidade entre esta e propriedade literária, científica e artística, como partes integrantes de um sistema jurídico mais amplo, o da propriedade imaterial" (ob. cit., p. 8).

 Ascarelli ensina que "La ley ya no es considerada solamente como garantía para el desarrollo de iniciativas económicas individuales, que actuando libremente, conseguiría un equilibrio óptimo, sino humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: II – propriedade privada; III – função social da propriedade; IV – livre concorrência; ¹⁰ V – defesa do consumidor.

Da conjugação dos dispositivos supracitados resulta, sinteticamente, 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.

Nesse sentido, é de se salientar que, durante a maior parte do período compreendido pelas Constituições Republicanas, houve preocupação exacerbada com a proteção do indivíduo contra o poder supremo do Estado, relação esta que não se mantém no texto da Constituição de 1988.

De fato, o pêndulo constitucional parece, mais do que nunca, inclinado para a

como un factor positivo para un progreso económico que por el contrario no se conseguiría a través del libre juego de las iniciativas individuales. Esta premisa se pone en conexión con la afirmación de una concepción democrática que reconoce en la historia la obra de una voluntad humana y racional y no el resultado de fuerzas naturales" (ob. cit., p. 25).

10. Sobre a definição de concorrência em sentido amplo, v. as lições de Ascarelli "La concurrencia (que entendida en su más amplio sentido se encuentra también fuera del mundo económico) puede definirse, en primer lugar, como un hecho que tiene su raíz en la misma limitación de los medios de cada sujeto, ante el que, en una vastísima y primera acepción, todos los deseos se presentan en concurrencia de tal modo que todos no pueden ser ilimitadamente satisfechos, alcanzando tan solo a algunos deseos y dentro de determinados limites y con una determinada sucesión cronológica, lo que supone precisamente una natural concurrencia entre los bienes respectivos, objeto de estudio en la teoría económica" (ob. cit., p. 31).

satisfação do interesse coletivo¹¹ e para a redução das desigualdades sociais, evoluindo doutrina e jurisprudência no sentido de aplicar o princípio da proporcionalidade para sopesar direitos e garantias fundamentais.

Nesse sentido, da perspectiva constitucional, não resta dúvida de que o absolutismo do direito de propriedade cede espaço ao relativismo do interesse social, como retratado por Louis Josserand: "As prerrogativas, mesmo as mais individuais e as mais egoísticas, são ainda produtos sociais, seja na forma, seja no fundo: seria incon-

11. Calixto Salomão Filho assevera que "de há muito inserido em nossa Constituição, o princípio da função social da propriedade teve por muito tempo sua aplicação bastante restringida. Aplicado ao clássico conceito romano de propriedade estática, permitia limitação ao uso do bem e à sua disposição. Assim sua larga aplicação em matéria de desapropriação. Essa interpretação do princípio, como bem destacado pela doutrina, restringe seu verdadeiro alcance. O princípio refere-se também - e talvez de forma primordial - à propriedade dos bens de produção, isto é, ao exercício do poder de controle empresarial. Nesse caso a função social significa a utilização dos bens em benefício de terceiros. A classificação 'bens de consumo/bens de produção' não esgota, no entanto, a variedade dos bens que podem estar sujeitos à aplicação do princípio da função social. Existem também os bens de cuja utilização depende a possibilidade de concorrer em um determinado mercado. Trata-se dos chamados 'bens de acesso necessário'. Em relação a estes deve-se falar, sem dúvida, em função social, consistente não apenas em sua boa utilização, mas também em sua disponibilização a terceiros (geralmente concorrentes). Podese dizer que esta função existe toda vez que tais bens sejam detidos por monopolista de fato ou de direito. Como se verá mais adiante, esse conceito será extremamente útil na análise de uma série de condutas anticoncorrenciais. Em relação a estas muda completamente a face da política antitruste, transformado um direito antitruste geralmente passivo em algo interventivo, capaz de impor deveres de contratar. Também com relação às justificativas ocorre uma mudança. Como se verá, em especial aquelas jurídicas, baseadas na existência de monopólios legais (patentes, por exemplo), transformam-se radicalmente. Essas circunstâncias, antes que fontes de imunidade ao direito antitruste, geram deveres adicionais, consistentes exatamente no acesso supramencionado" (Direito Concorrencial - As Condutas, 1ª ed., p. 113).

cebível que elas pudessem, ao grado de seus titulares, se livrar da marca característica original e ser empregadas para todas as necessidades, mesmo fossem elas inconciliáveis com sua filiação e com os interesses os mais urgentes, os mais certos, da comunidade que as concedeu". 12

Assim, embora o sistema de proteção da propriedade intelectual continue a ser considerado o método de incentivo¹³ mais eficaz para se atingir o progresso técnico e cultural¹⁴ do país, nota-se que sofreu temperos e mitigações, os quais aparecem de maneira cada vez mais explícita na nossa lei maior.

De todo modo, resta nítida a preocupação do Constituinte de 1988 no sentido de que tais direitos, talhados pela legislação infraconstitucional, sejam concedidos e exercidos com algumas limitações em favor do interesse comum, para que, de fato, sirvam como vetores do progresso e não como ferramentas para proteção de interesses egoísticos de seus titulares. 15 Ao nosso

12. Apud Cláudio Luiz Bueno de Godoy, Função Social do Contrato, p. 115.

13. Com respeito à remuneração do titular do direito sobre um bem intelectual, Remédio Marques entende que: "estes direitos subjectivos constituem ainda a forma e o instrumento jurídico adequado através do qual a remuneração daquela criação ou da simples prestação empresarial pode ser alcançada no mercado económico; eles constituem os títulos jurídicos que melhor podem orientar as escolhas racionais dos consumidores (finais ou intermediários) e determinar os mecanismos de avaliação económica das criações ou prestações empresariais susceptíveis de ser objetos de direitos, que o mesmo é dizer, criações ou prestações empresariais susceptíveis de transação no mercado com menores custos de transação" (ob. cit., p. 294).

14. A respeito do sistema de propriedade intelectual como fomentador da inovação tecnológica, v. interessante artigo de Luiz Leonardos e Viviane Yumy Kunisawa, publicada na RABPI 76, mai.-jun. 2005.

15. V., a respeito, Gama Cerqueira: "A livre concorrência econômica é conseqüência da liberdade de comércio e indústria e age como elemento do progresso econômico de cada país. Mas degenera, transformando-se em agente perturbador desse progresso, quando os comerciantes e industriais, no afa de vencerem seus competidores, lançam mão de prá-

tempo, já não se concebe, sob os auspícios da Constituição Federal, que direitos de propriedade intelectual sejam concedidos, exercidos ou interpretados em desacordo com esta orientação.

Frise-se, nesse passo, que, tais balizas constitucionais vinculam o legislador ordinário, o Poder Judiciário e o titular do direito de propriedade, que deve direcionar seu exercício ao fim social definido pelo legislador originário – o desenvolvimento social, cultural, tecnológico e econômico do País. 16

Note-se, ainda, que na era da funcionalização do direito, 17 importa saber como

ticas e métodos ilícitos ou desleais. Daí a necessidade de intervenção do Estado para regulamentar a concorrência, coibindo os abusos da liberdade individual e mantendo a livre concorrência dentro de seus limites naturais" (ob. cit., pp. 81-82). Lembre-se, ainda, a lição de Hely Lopes Meirelles: "Através das restrições impostas às atividades do indivíduo que afetem a coletividade, cada cidadão cede parcelas mínimas de seus direitos à comunidade e o estado lhe retribui em segurança, ordem, higiene, sossego, moralidade e outros benefícios públicos, propiciadores do conforto individual e do bem-estar social. Para efetivar essas restrições individuais em favor da coletividade o Estado utiliza-se desse poder discricionário, que é o poder de polícia administrativa" (Direito Administrativo Brasileiro, 25ª ed., p. 126).

16. A respeito do princípio do interesse público ou supremacia do interesse público, v. a lição de Hely Lopes Meirelles: "O princípio do interesse público está intimamente ligado ao da finalidade. A primazia do interesse público sobre o privado é inerente à atuação estatal e domina-a, na medida em que a existência do Estado justifica-se pela busca do interesse geral. Em razão dessa inerência, deve ser observado mesmo quando as atividades ou serviços públicos forem delegados aos particulares. (...) Como ensina Celso Antônio Bandeira de Mello, 'o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é o princípio geral de Direito inerente a qualquer sociedade. É a própria condição de sua existência. Assim, não se radica em dispositivo específico algum da Constituição, ainda que inúmeros aludam ou impliquem manifestações concretas dele, como, por exemplo, os princípios da função social da propriedade (...)" (ob. cit., p. 96).

17. As lições de Bobbio sobre chamada teoria "estrutural" do Direito e a teoria "funcionalista" podem ser obtidas em seu Dalla Struttura alla Funzioos direitos de propriedade intelectual serão utilizados de maneira a atender ao interesse de seus titulares, juntamente com o interesse coletivo. A função social, portanto, aponta para o exercício harmonioso dos direitos imateriais, que satisfaça os anseios de seus titulares e da sociedade simultaneamente.

Em síntese, cumpre deixar devidamente assentada a idéia de que a espinha dorsal do sistema de propriedade intelectual brasileiro se compõe dos princípios constitucionais acima referidos, que orientam o manejo de seus institutos, sem descuidar da unidade fundamental e da justificativa de criação de tais direitos, a rigor todos abstratos e artificiais, que se voltam para assegurar o progresso e existência digna a todos, conforme os ditames da justiça social.

3. Legislação ordinária – Propriedade Industrial e Direito Autoral

Por muito tempo os estudiosos do direito de autor se desinteressaram¹⁸ da propriedade industrial e vice-versa. Até porque o primeiro é tratado como matéria do Direito Civil e a propriedade industrial como do Direito Comercial. Assim, os professores de Direito Civil aproximavam o direito autoral dos direitos de personalidade e os comercialistas, via de regra, consideravam os direitos de propriedade industrial como monopólio.

Tullio Ascarelli, em seu *Teoría de la Concurrencia y de los Bienes Inmateriales*, Barcelona, Ed. Bosch, 1970, cuida, mais sistematicamente, dos limites recíprocos entre a tutela das obras literárias e artísticas e a das obras técnicas. Veja-se:

"En los inventos la aportación creadora concierne al mundo de la técnica y consiste en un descubrimiento que hace

18. Exceção feita, no Brasil, de João da Gama Cerqueira, o qual, no v. I de seu *Tratado da Propriedade Industrial* compara, continuamente, os direitos do autor artista e do autor inventor, buscando traçar suas fronteiras recíprocas.

posible el disfrute de las fuerzas de la naturaleza a efectos de satisfacer las necesidades humanas, consiguiendo la solución de un problema técnico, un resultado industrial" (p. 321).

"La técnica representa, así, el dominio del hombre sobre la naturaleza y desde la lejanísima invención de la rueda hasta el momento presente, el camino de la civilización ha sido también un camino de la técnica y la máquina ha sido instrumento de bienestar y de libertad" (p. 487).

"Y es por eso por lo que, como se ha observado varias veces, el reconocimiento de la protección a toda obra del ingenio no implica (y ciertamente no implica en nuestro ordenamiento positivo) la protección de toda creación intelectual; el reconocimiento de la diferencia, precisamente frente al interés público, entre la protección de las obras del ingenio y la de los inventos industriales, ciertamente no puede llevar a desconocer que también la protección de las obras del ingenio tiene su justificación última en un interés público y no se sitúa como una exigencia anterior a la ley" (p. 628).

"En efecto, la 'materia' es ajena a la protección no sólo cuando ha sido extraída de la experiencia común, sino también cuando ha sido fruto personal de las investigaciones, del pensamiento del autor, precisamente porque la creación artística no recae sobre el asunto sino sobre la expresión y es en esta expresión donde se manifiesta su individualidad" (p. 636).

"Desde este punto de vista se perciben conjuntamente las analogías y las diferencias con los inventos industriales (que podemos decir que conciernen al dominio de lo útil), en los que también se dan unas creaciones intelectuales que también provienen de un autor (que en tal caso llamamos inventor) y que poseen una individualidad identificable al margen de toda referencia a un objeto material, pero que se concretan, precisamente, en un resultado inventivo, por lo que la exclusiva se proyecta sobre la utilización de dicho resultado y no sobre la reproducción de la expresión a

través de la cual se ha formulado" (pp. 638-639).

Dados estes pressupostos doutrinários, a Lei de Direitos Autorais – LDA (Lei n. 9.610, de 1998), inovou em relação à anterior, ao dispor no § 3º do art. 7º: "No domínio das ciências, a proteção recairá sobre a forma literária ou artística, não abrangendo o seu conteúdo científico ou técnico, sem prejuízo dos direitos que protegem os demais campos da propriedade imaterial".

Ao referir-se ao domínio das ciências, a expressão compreende o campo da técnica, já que menciona o conteúdo científico ou técnico, o qual poderá ser não apropriável (domínio público), ou somente apropriável no campo das patentes, única forma de apropriação de conteúdo técnico (mas não científico).

Assim é mesmo na Lei de Propriedade Industrial – LPI (Lei n. 9.279/1996). O inc. II do art. 100 da LPI dispõe:

Art. 100. Não é registrável como desenho industrial:

(...);

II – a forma necessária comum ou vulgar do objeto ou, ainda, aquela determinada essencialmente por considerações técnicas ou funcionais.

Bem assim quanto às marcas:

Art. 124. Não são registráveis como marca:

(...);

XXI – a forma necessária, comum ou vulgar do produto ou de acondicionamento, ou, ainda, aquela que não possa ser dissociada de efeito técnico;

Dessa forma, nem os desenhos industriais, nem as marcas tridimensionais, 19 po-

19. Com base no art. 124, XXI e XXII da LPI, poderíamos definir a marca tridimensional como forma distintiva visualmente perceptível, não necessária, comum ou vulgar, que possa ser dissociada de efeito técnico de produto ou de acondicionamento e que não esteja protegida por registro de desenho industrial de terceiro. Poderíamos, contudo, oferecer uma definição mais concisa se concebêssemos a

dem resultar em apropriação da forma técnica, somente apropriável por meio das patentes, com todas as restrições que a lei estabelece, a fim de não entravar o desenvolvimento tecnológico.

O § 3º do art. 7º da LDA se aplica, também, aos programas de computador (inc. XII), nos quais se protege a forma *literária*, mas não a solução técnica ou funcional, na conformidade do inc. III do art. 6º da Lei n. 9.609, de 1998:

Art. 6^a. Não constituem ofensa aos direitos do titular de programa de computador:

(...);

III – a ocorrência de semelhança de programa a outro, preexistente, quando se der por força das características funcionais de sua aplicação, da observância de preceitos normativos e técnicos, ou de limitação de forma alternativa para a sua expressão.

Por esse motivo, por exemplo, os textos das patentes não podem ser protegidos pelo direito autoral, pois se destinam à livre circulação para o fim do desenvolvimento do conhecimento tecnológico.

Esta conclusão é enfatizada no inc. I do art. 8º da LDA:

Art. 8º. Não são objeto de proteção como direitos autorais de que trata esta Lei:

(...):

I – as idéias, procedimentos normativos, sistemas, métodos, projetos ou conceitos matemáticos como tais;

Soluções técnicas, procedimentos, novos meios industriais, novos produtos, podem ser tutelados exclusivamente por meio de patentes. Tal diferença de tratamento se justifica face ao fato de que as inven-

marca tridimensional simplesmente como a forma do produto ou de sua embalagem que possa ser utilizada para identificar e diferenciar produtos de outros idênticos ou semelhantes de origem diversa. Estaríamos, assim, prestigiando os esforços de antigos mestres e doutrinadores para tornar o conceito de marca tridimensional mais simples e direto.

ções no campo da técnica se destinam a atender às necessidades básicas do homem, o que motiva o tratamento mais restritivo dado às patentes de invenção e de modelo de utilidade, visto visarem diretamente ao desenvolvimento técnico.

Esse não é, contudo, o entendimento comum ou vulgar da questão. O que se pensa, de forma a-técnica, é que tudo o que envolva autoria deve cair na vala comum do direito de autor.

A autoria corresponde à atribuição de um ato a determinada pessoa: atravessar o Oceano Atlântico a remo, escalar o Everest ou vencer uma batalha. Os atos heróicos são de *autoria* de alguém, que tem o direito de ser reconhecido como autor. Mas não geram obra intelectual tutelada. Assim é, também, com as idéias ou as descobertas científicas.

Também a utilidade da idéia ou conhecimento científico não é suficiente para que sejam tutelados como obra intelectual protegida. Nem mesmo seu grande valor econômico lhes garante a tutela jurídica.

As criações no campo da técnica podem aspirar a uma exclusividade temporária, caso preencham os requisitos da Lei de Propriedade Industrial, através da obtenção de uma patente.

As criações no campo da estética (ou da cultura), que dialogam diretamente com os sentidos humanos, serão tuteladas pela Lei de Direitos Autorais, na medida das limitações nela expressas e acima articuladas.

Por isso foi necessária a edição de lei especial para que os programas de computador fossem protegidos. Somente após a Lei das Cultivares, os híbridos e novas espécies vegetais se tornaram objeto da propriedade intelectual. Os semicondutores (chips) serão tutelados quando o respectivo projeto se transformar em lei.

O inventor trabalha com fatos da natureza (o que se costuma denominar de materialidade da invenção); as dificuldades do Oceano Atlântico ou do Monte Everest, ou mesmo das batalhas, são mate-

riais. As notícias e a ciência trabalham também com fatos. Não obstante, fala-se em nível inventivo das invenções. Mas a criatividade nas invenções está submetida às regras da natureza...

Já o autor de obra literária ou artística trabalha com a sua imaginação, cuja liberdade não é limitada pelo objeto. Não é o objeto que fala, mas o autor. O autor de obra literária ou artística trabalha com a sua imaginação, não limitada pela funcionalidade. A obra de arte é a objetivação de uma personalidade criadora e possui valor em si mesma. A sua própria destinação a finalidade utilitária subtrai à sua forma qualquer valor autônomo. A forma é necessária à função. A resposta é negativa.

É essa liberdade de imaginação, convertida em obra, que é tutelada pelo direito de autor. Nesse sentido, a criatividade do autor da obra literária ou artística é muito maior que a do inventor, limitada pelos dados da natureza.

Essa a contraposição entre regra técnica e regra estética. A regra técnica não é objeto do direito autoral, dada sua limitação à funcionalidade. Se a regra técnica não funciona, ou seja, não leva a resultado útil, ela não é técnica. Eventualmente, pode ser uma regra estética (veja-se Wagner, com seus leit motiv).

Caso se tutelasse uma norma técnica pelo direito de autor, seria desnecessária a tutela das invenções pela propriedade industrial e se criaria uma séria restrição ao desenvolvimento tecnológico.

O impedimento de se tutelarem procedimentos técnicos pelo direito autoral não é só conceitual, mas constitucional (art. 170).

4. Propriedade Intelectual e Direito Concorrencial

Desde o England's Statute of Monopolies (de 1623)²⁰ e da Lei Le Chapelier

20. Durante o reinado da Rainha Ana, o Estatuto em apreço (de João I) foi aperfeiçoado e, posteriormente, serviu de base para os Tribunais da Inglaterra, Nova Zelândia e Austrália desenvolverem a

(de 1791),²¹ eliminaram-se os privilégios de reis e extinguiram-se as corporações de

moderna concepção de patente. A primeira legislação sobre patentes de que se tem notícia é o Decreto da República de Veneza de 1474, pelo qual os inventores deveriam comunicar à República seus inventos como condição para obtenção de proteção legal.

21. Lei Le Chapelier, de 14.6.1791: "Art. 1. L'anéantissement de toutes espèces de corporations des citoyens du même état ou profession, étant une des bases fondamentales de la constitution française, il est défendu de les rétablir de fait, sous quelque prétexte et quelque forme que ce soit. Art. 2. Les citoyens d'un même état ou profession, les entrepreneurs, ceux qui ont boutique ouverte, les ouvriers et compagnons d'un art quelconque ne pourront, lorsqu'ils se trouveront ensemble, se nommer ni président, ni secrétaires, ni syndics, tenir des registres, prendre des arrêtés ou délibérations, former des règlements sur leurs prétendus intérêts communs. Art. 3. Il est interdit à tous les corps administratifs ou municipaux de recevoir aucune adresse ou pétition pour la dénomination d'un état ou profession, d'y faire aucune réponse; et il leur est enjoint de déclarer nulles les délibérations qui pourraient être prises de cette manière, et de veiller soigneusement à ce qu'il ne leur soit donné aucune suite ni exécution. Art. 4. Si, contre les principes de la liberté et de la constitution, des citoyens attachés aux mêmes professions, arts et métiers, prenaient des délibérations, ou faisaient entre eux des conventions tendant à n'accorder qu'à un prix déterminé le secours de leur industrie ou de leurs travaux, lesdites délibérations et conventions, accompagnées ou non du serment, sont déclarées inconstitutionnelles, attentatoires à la liberté et à la déclaration des droits de l'homme, et de nul effet; les corps administratifs et municipaux seront tenus de les déclarer telles. Les auteurs, chefs et instigateurs, qui les auront provoquées, rédigées ou présidées, seront cités devant le tribunal de police, à la requête du procureur de la commune, condamnés chacun en cinq cent livres d'amende, et suspendus pendant un an de l'exercice de tous droits de citoyen actif, et de l'entrée dans toutes les assemblées primaires. Art. 5. Il est défendu à tous corps administratifs et municipaux, à peine par leurs membres d'en répondre en leur propre nom, d'employer, admettre ou souffrir qu'on admette aux ouvrages de leurs professions dans aucuns travaux publics, ceux des entrepreneurs, ouvriers et compagnons qui provoqueraient ou signeraient lesdites délibérations ou conventions, si ce n'est dans les le cas où, de leur propre mouvement, ils se seraient présentés au greffe du tribunal de police pour se rétracter ou désavouer. Art. 6. Si lesdites délibérations ou convocations, affiches apposées, lettres circulaires, contenaient quelques menaces contre les entrepreneurs, artisans, ouvriers ou journaliers étrangers qui viendraient travailler dans le lieu, ou contre ceux qui se contenteraient d'un salaire inférieur, tous auteurs, ins-

15

ofício, estabeleceram-se os princípios da "liberdade, igualdade e fraternidade" no comércio.²²

Nesse sentido, as Constituições do mundo civilizado passaram a instituir a liberdade de iniciativa e de trabalho, calcadas na concepção de livre concorrência e

tigateurs et signataires des actes ou écrits, seront punis d'une amende de mille livres chacun et de trois mois de prison. Art. 7. Ceux qui useraient de menaces ou de violences contre les ouvriers usant de la liberté accordée par les lois constitutionnelles au travail et à l'industrie, seront poursuivis par la voie criminelle et punis suivant la rigueur des lois, comme perturbateurs du repos public. Art. 8. Tous attroupements composés d'artisans, ouvriers, compagnons, journaliers, ou excités par eux contre le libre exercice de l'industrie et du travail appartenant à toutes sortes de personnes, et sous toute espèce de conditions convenues de gré à gré, ou contre l'action de la police et l'exécution des jugements rendus en cette matière, ainsi que contre les enchères et adjudications publiques de diverses entreprises, seront tenus pour attroupements séditieux, et, comme tels, ils seront dissipés par les dépositaires de la force publique, sur les réquisitions légales qui leur en seront faites, et punis selon tout la rigueur des lois sur les auteurs, instigateurs et chefs desdits attroupement, et sur tous ceux qui auront commis des voies de fait et des actes de violence".

22. Ascarelli faz referência, ainda, ao Estatuto de Jaime I: "Juntamente con la abolición de privilegios y monopolios en el ejercicio de una actividad, es precisamente en el estatuto de Jaime I del año 1642 donde se establece la disciplina de las patentes de invención, aboliéndose todo privilegio a excepción, justamente de este, basado en presupuestos objetivos, del inventor para el disfrute de su descubrimiento, recogiendo (hasta ahora los documentos no permiten decir: siguiendo) cuanto ya había sido establecido en la Venecia del Renacimiento; y es más tarde con la Revolución Francesa cuando, precisamente junto a la afirmación general de la libertad de ejercicio y de competencia, se dictan las leyes sobre los inventos industriales, sobre o derechos de autor y, posteriormente, sobre las marcas, con rasgos que han seguido siendo fundamentales en la evolución posterior, haciéndose compatible el reconocimiento de un derecho absoluto, constituido sobre la base de presupuestos objetivos y excluido de la discrecionalidad de la Administración, con la posibilidad de una utilización general, transcurrido un cierto período de tiempo, de las creaciones intelectuales o técnicas (obras del ingenio, inventos y modelos) y tratando de promover su revelación" (ob. cit., pp. 261-262).

de livre iniciativa como instrumento para o desenvolvimento social, cultural, econômico e tecnológico das nações.²³

Com o advento da revolução industrial e a ascensão da burguesia ao poder, os privilégios reais (concedidos de maneira aleatória) foram substituídos por princípios de mérito (causas objetivas para a concessão de privilégios), os quais foram incorporados às legislações dos Estados Modernos e, posteriormente, internacionalizados pelas Convenções da União de Paris de 1883 e da União de Berna de 1886.²⁴

Desde então, a doutrina vem se esforçando para enquadrar, dentro de limites estritos, consoante o princípio da tipici-

23. Eros Grau e Paula Forgioni ensinam que "Os princípios veiculados pelo seu art. 170 visam a assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. E o seu art. 1º enuncia como dois dos fundamentos do Brasil a dignidade da pessoa humana e os valores sociais da livre iniciativa. Daí porque a interpretação/aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana ilumina a concretização dos princípios veiculados pelos arts. 1º, 3º e 170 da Constituição; mas a interpretação/aplicação desses mesmos princípios, concomitantemente, ilumina a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana. Sustentamos que os princípios veiculados pelo art. 170 da Constituição do Brasil e todas as regras que a partir deles se desdobram estão à disposição dos fins enunciados pelo art. 3º da própria Constituição e, portanto, não podem ser lidos ou tomados apartadamente do sistema ao qual pertencem e ao qual, ao mesmo tempo, dão conformação" ("CADE vs. BACEN. Conflitos de competência entre autarquias e a função da Advocacia-Geral da União", RDM 135/7-25).

24. A respeito dos períodos de evolução da propriedade industrial, v. Ascarelli "El primer período afirma ya los principios fundamentales de una disciplina de los bienes inmateriales, (...) en el segundo período se afirma una disciplina de los bienes inmateriales, (...) en el tercer período la disciplina de los bienes inmateriales se desarrolla en la tradición francesa como disciplina que se encuadra en el derecho común, en anchándose la problemática de la concurrencia desleal, precedentemente considerada solo ocasionalmente; en el último período, en fin, se acentúa, el alcance internacional de su problemática planteándose además la suscitada por la variedad y por la riqueza de las formas de producción puestas a disposición por la técnica" (ob. cit., pp. 48-49).

dade, 25 os diversos bens imateriais objeto da propriedade intelectual, tradicionalmente concebidos como exceções à livre concorrência. 26

Modernamente, no entanto, passou-se a investigar a possibilidade de integração²⁷

25. Nesse sentido, o ilustre Prof. Carlos Olavo observa: "Na medida em que fomentam a vontade de cada empresário de desenvolver o valor económico dos direitos de que é titular, em ordem a aumentar a sua capacidade de ganho, são também instrumento do progresso técnico e económico. Daí a necessidade de conjugar devidamente o interesse individual do empresário com os interesses gerais da economia e dos consumidores por forma a que o elemento de monopólio contido nos direitos privativos da propriedade industrial não dê lugar a posições abusivas delimitação da concorrência. Tal conjugação implica que os direitos privativos de propriedade industrial, tal como as demais situações de monopólio, fiquem sujeitos ao princípio da tipicidade, como resulta, aliás da remissão constante do artigo 316 e dos artigos 1.303, n. 2 e 1.306 do Código Civil [Português]". No Brasil, os direitos reais também se subordinam ao princípio da tipicidade, que diz respeito ao seu conteúdo. Por este princípio, deve-se respeitar a moldura legal estabelecida pelo legislador quanto ao conteúdo dos direitos reais (não são elásticos quanto ao seu conteúdo). Correlato e complementar é o princípio da taxatividade, pelo qual são direitos reais somente aqueles previstos em lei (art. 1.225 do Código Civil e legislação especial). Trata-se, portanto, de catálogo fechado (numerus clausus). Quanto a essas questões, Carlos Olavo lembra, ainda, os ensinamentos de José Oliveira Ascensão: "Terá que ser a norma que delimite, figura por figura, quais os produtos do intelecto que podem ser juridicamente tutelados, através da atribuição de um direito privativo. Nesses sectores, deixou de haver liberdade (...). Os núcleos de exclusivo têm sido sucessivamente alargados; mas enquanto não surge a lei, por mais justificada que a tutela pareça, o direito não existe (cf. Licções, pp. 24 a 26)" (Propriedade Industrial. Sinais Distintivos do Comércio, Concorrência Desleal, v. 1, 24 ed., p. 39).

26. Cf. Calixto Salomão Filho, ob. cit., p. 127.
27. A este respeito, Gabriel Leonardos se pronuncia: "Parece-me que se pode dizer existir um direito da concorrência que compreende tanto o direito antitruste quanto o direito da propriedade industrial. A divisão em diversos ramos tem finalidade essencialmente didática, pois não se pode pretender que um ramo seja impermeável aos demais, e que os diversos ramos se distanciem cada vez mais uns dos outros, tal como as espécies e subespécies de seres vivos classificados pelos naturalistas. Assim, ao mesmo tempo em que reconhecemos ser o direito antitruste uma vertente do direito penal econômico

da propriedade industrial, calcada no princípio ético da repressão da concorrência desleal,²⁸ no quadro mais amplo do "Direito Geral da Concorrência".²⁹

em decorrência da estrutura sancionatória de suas normas, nada impede que se diga que, do ponto de vista dos interesses tutelados, o direito antitruste e o direito da propriedade industrial tenham uma tal proximidade que se pode ordená-los sob a rubrica comum do direito da concorrência. Não concordamos, porém, com aqueles que adotam o termo direito da concorrência para designar exclusivamente o direito antitruste" ("A relação entre o Direito Antitruste e o Direito da Propriedade Industrial", Anais do XVI Seminário Nacional de Propriedade Intelectual, RABPI, p. 121). Nesse sentido, v. Newton Silveira in "Propriedade imaterial e concorrência" (RT 604/ 270), no sentido de que: "(...) consideradas as normas de repressão à concorrência desleal como fundamento geral do Direito Industrial, muitas vezes o direito absoluto deve ceder lugar quando em conflito com as normas que regulam a concorrência. (...)". Esse princípio, que revela a função das normas de Direito Industrial, é importante para a interpretação da lei e deveria nela estar expresso, como constava do art. 2º do Código da Propriedade Industrial de 1945, que dispunha: "A proteção da propriedade industrial, em sua função econômica e jurídica, visa a reconhecer e garantir os direitos daqueles que contribuem para melhor aproveitamento e distribuição da riqueza, mantendo a lealdade de concorrência no comércio e na indústria e estimulando a iniciativa individual, o poder de criação, de organização e de invenção do indivíduo".

28. Nessa perspectiva, João da Gama Cerqueira pondera que "todo o edifício da Propriedade Industrial repousa no princípio ético da repressão da concorrência desleal, que constitui o fundamento e a razão de suas leis, podendo-se mesmo dizer que em nenhum outro ramo da ciência jurídica se manifesta de modo mais eloqüente o fundamento moral do direito" (ob. cit., p. 9).

29. Cf. Carlos Olavo, Sinais Distintivos, p. 68. Calixto Salomão Filho ressalta que "Fazem-se necessárias regras que garantam a lealdade do comportamento dos agentes econômicos, sem as quais a concorrência, ainda, que existente e livre, desandaria em um processo autofágico que favoreceria o restabelecimento de estruturas monopolistas e oligopolistas. Esses dois tipos de regra, regulando, de um lado, a 'liberdade' e, de outro, a 'lealdade' da competição, formam um todo que não se pode chamar de direito concorrencial. A unicidade do sistema não significa que não exista certa tensão entre esses dois tipos de regras. Na medida em que se expande o alcance do conceito de lealdade, tornando mais rigorosas ou mais amplas as regras de concorrência desleal, a liberdade de atuação dos agentes sofre certa restrição. De outro lado, um princípio de liberdade mais amplo no

Assim, a disciplina da propriedade intelectual,³⁰ composta por propriedades dinâmicas,³¹ passou a ser estudada sob a

campo econômico tende a restringir o número de comportamentos considerados desleais. É importante tentar encontrar o correto ponto de equilíbrio entre essas necessidades por vezes opostas. Elemento fundamental para esse equilíbrio é a consideração correta da pluralidade de interesses envolvidos no direito concorrencial. Isso significa que, para determinar o correto ponto de equilíbrio entre a liberdade que se deve dar aos concorrentes e os padrões éticos de comportamento que deles é preciso exigir, faz-se necessário ir além da relação entre os concorrentes e verificar se aquele específico comportamento pode limitar ou de qualquer forma falsear a liberdade de escolha do consumidor. É a consideração dos interesses do consumidor ao lado dos interesses do concorrente que permite resolver eventuais impasses" (ob. cit., pp. 63 e ss.).

30. J. P. Remédio Marques destaca, neste ponto, que "O contributo dado pela referência jurídicoconstitucional leva-nos a interpretar o sentido e o alcance das normas vigentes em matéria de propriedade intelectual em coerência com o princípio da liberdade de iniciativa econômica temperado, igualmente, pela necessidade de repressão de abusos de posição dominante e outras práticas lesivas da equilibrada concorrência entre as empresas, de harmonia com a satisfação de interesses públicos e interesses gerais da comunidade. Como afirma lapidarmente o Prof. Oliveira Ascensão - 'O ideal constitucional não é, por isso, a sociedade dos monopólios, em que tudo se torna reservado e venal; é a sociedade da liberdade, em que ao diálogo social se oponha o menor número possível de entraves, e em que, quando os haja, esses entraves traduzam o interesse público, e não a supremacia de interesses privados'. Mas a deficiente compreensão do papel do direito da concorrência máxime, do direito repressor das práticas restritivas da concorrência, também contribuiu para este 'estado das coisas', pois que a simples função de limite imposto do exterior do subsistema da propriedade intelectual impediu que aquela disciplina pudesse ser apreciada e mobilizada originariamente no interior do regime dos exclusivos comerciais e industriais" (ob. cit., pp. 351-352).

31. Eros Grau pondera que "a importância da distinção entre a propriedade estática e a propriedade dinâmica como critério de demonstração do pleno conúbio entre direito e função, lembrando que precisamente nesta distinção é que se vai encontrar o fundamento do usucapião, no período de justinianeu: o não-uso (a não-posse) da propriedade implica o perdimento do domínio. O fundamento de manutenção da propriedade – posso afirmar sem risco de radicalização – estaria, já então, no seu uso ou posse, isto é, no momento dinâmico, e não no momento estático da propriedade. Da mesma natureza o fun-

ótica das salvaguardas da competição econômica.³²

17

Por tais razões, o saudoso Professor Carlos Olavo ensina que os "monopólios" de que se ocupa a propriedade intelectual representam também situações jurídicas reguladoras da competição econômica, 34 o que a atrai para a órbita do Direito Concorrencial. 35

Nessa ordem de idéias, ressalta que "o Direito da Concorrência, mais do que um ramo de direito, é um direito interdiscipli-

damento da norma contida no art. 49 do vigente Código da Propriedade Industrial, que atribui ao titular de certos direitos – patente de invenção, marca etc. – o ônus de explorá-los, tal qual ocorre em relação à exploração dos direitos de lavra" (A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica), 11ª ed., p. 245).

32. Cf. Carlos Olavo, ob. cit., p. 70.

33. V., a respeito, Ascarelli no sentido de que "(...) en sentido amplio, puede decirse que toda disciplina de la concurrencia se basa en una distribución de clientelas (actuales o posibles) o en una delimitación de medios e factores de (posible) clientela y esto explica la importancia de este concepto en el ámbito de la disciplina de la concurrencia. (...) La clientela, como tal, no constituye un bien que pueda ser objeto de derecho absoluto, ni aun bien inmaterial, y su tutela absoluta, prohibiendo la concurrencia en el ámbito de la misma actividad, se resolvería en una monopolio privado; es por esto inadmisible, precisamente porque choca con el principio de la libertad de concurrencia, libertad que desaparecería cuando la clientela (siempre y necesariamente perjudicada por una actividad concurrente) fuera tutelada de modo absoluto" (ob. cit., p. 46).

34. Cf. Carlos Olavo, ob. cit., p. 70.

35. Gama Cerqueira esclarece que "A concorrência no campo das atividades econômicas do homem, como em outros domínios de sua ação, é um fenômeno natural, legítimo, em si, e útil, como fator indispensável do progresso e bem-estar da sociedade, mas sob a condição de se manter dentro de certos limites e de não ficar entregue, exclusivamente, ao instituto natural que move o homem à conquista de proveitos e vantagens sempre maiores. A livre concorrência encontra, assim, os seus limites, primeiro, nos direitos alheios, depois, nos deveres do indivíduo para com a sociedade em que vive, e, finalmente, nos deveres da caridade. Ora, se os indivíduos observassem, espontaneamente, a regra moral que lhes deve pautar a atividade econômica, é evidente que não se tornariam necessárias as leis reguladoras

nar, que junta peças provenientes de sectores diversos da ordem jurídica". 36

Examinando esse fenômeno de conversão de disciplinas, Calixto Salomão esclarece que "Não há que se falar em complementaridade entre direito industrial e direito concorrencial. Não se deve, tampouco, cogitar de derrogação das regras do direito concorrencial. Como demonstrado, o direito industrial é, ao contrário, um campo no qual os princípios concorrenciais têm particular aplicação. Reconstruído com base em princípios concorrenciais institucionais, o direito industrial não apenas ganha um sem-número de novas hipóteses legais de incidência, como passa a ter uma disciplina muito mais abrangente. Vistos como forma de proteger e estimular os investimentos em tecnologia e as inversões na construção da reputação de um determinado produto, os privilégios consistentes nas patentes e nas marcas, respectivamente, ganham uma distinta conotação concorrencial. Passam a ser formas de proteção da instituição 'concorrência'. Como tais, são dotados de caráter mais publicista que a própria e antiga noção de privilégio estatal na concessão de patentes ou de propriedade privada de um bem imaterial".37

da concorrência comercial e industrial, ou da concorrência econômica" (ob. cit., p. 8).

36. Ob. cit., p. 36.

37. Ob. cit., p. 143. No caso específico da marca, ressalta que esta "incorpora todas as características que o mercado atribui ao bem. Incorpora, portanto, a reputação do bem, e é um poderoso veículo de transporte de preferências. Na repressão ao free-riding encontra, portanto, um fundamento eminentemente concorrencial" (Direito Concorrencial - As Condutas, p. 132). Nesse sentido, Luis Eduardo Bertone e Guillermo Cabanellas de las Cuevas, citando Baunbach e Hefermehl, assinalam que "quien utiliza una marca, actúa competitivamente. Surge de aquíla estrecha relación entre el Derecho de marca y el orden competitivo, cuyas bases jurídicas son, por una parte, el Derecho sobre competencia desleal, y por otra la libertad de competencia que protege el derecho contra las restricciones a la concurrencia (...) La utilización de una marca puede ser lícita desde el punto de vista del Derecho marcario, pero ilícita desde el punto de vista del Derecho de la competencia. La sujeción del Derecho de una marca a las raíces Ao apontar um dos precursores dessas ideais no Brasil, Carlos Henrique de Carvalho Froés assevera: "(...) Francisco Campos foi um desses gênios do Direito, que, em vários de seus pareceres, teve a ocasião de focalizar temas de propriedade industrial. Em um desses pareceres ele enunciou a tese, reproduzida, mais tarde, por Sálvio de Figueiredo Teixeira de que 'a marca é uma expressão do direito concorrencial', só devendo ser protegida na medida em que se insere no contexto da concorrência".

Percebe-se, portanto, que os institutos da propriedade intelectual ajudam a dar significado ao direito concorrencial, consoante o princípio da livre concorrência³⁸ e da li-

comunes del Derecho de la competencia ha llevado a una profundización llena de valor del Derecho de marcas" (Luis Eduardo Bertone e Guillermo Cabanellas de las Cuevas, Derecho de Marcas -Marcas, Designaciones y Nombres Comerciales, t. I, 1ª ed., p. 205). José Carlos Vaz e Dias: "O objetivo das leis de defesa da concorrência é o de assegurar uma estrutura e comportamento concorrenciais dos vários mercados no pressuposto de que é o mercado livre que, selecionando os mais capazes, logra orientar a produção para os setores susceptíveis de garantir uma melhor satisfação das necessidades dos consumidores e, ao mesmo tempo, a mais eficiente afetação dos recursos econômicos disponíveis, que é com quem diz, os mais baixos custos e preços. A concorrência é assim encarada como o melhor processo de fazer circular e orientar livremente a mais completa informação econômica, que ao nível de produtores, assim esclarecendo as respectivas preferências. É por isso que a sua defesa é um objectivo de política econômica. A Resolução 20, emitida pelo CADE em 9 de junho de 1999, especifica outros critérios gerais em que os conselheiros desse órgão devem se pautar na análise de práticas restritivas, sejam horizontais ou verticais, que variam de acordo com cada hipótese violadora, especialmente aquelas listadas pelo artigo 21" ("Licença compulsória de patentes e o Direito Antitruste", RABPI 54/6).

38. A respeito da livre iniciativa e da livre concorrência, Bárbara Rosenberg ensina "Entendese por livre-iniciativa o livre exercício de qualquer atividade econômica; entende-se por livre concorrência a liberdade para competir no exercício da atividade econômica" (Regulação e Redistribuição: a Experiência Brasileira de Universalização das Telecomunicações, Tese de Doutoramento p. 131).

vre iniciativa,³⁹ consagrados na Constituição Federal de 1988 (art. 170, IV).⁴⁰

Na lição de J. P. Remédio Marques, a concepção publicística da propriedade industrial nos ajuda a interpretar as políticas legislativas referentes à propriedade intelectual e, bem assim, a extrair o conteúdo de suas normas, afastando-nos do risco de "o subsistema da propriedade intelectual sucumbir sob o seu próprio peso superproteccionista". Não fosse essa leitura arejada, "a propriedade intelectual passaria a ser um fator de restrição da oferta (de conhecimento e de cultura) e um travão à inovação tecnológica". 41

A lógica desta última assertiva parece decorrer da idéia que preside o sistema de concessão de direitos exclusivos e de incentivo à criação, no sentido de que devem, necessariamente, estar ancorados na contra-

39. Tércio Sampaio Ferraz Jr. entende que "os direitos intelectuais não conferem monopólios limitados, pois não dizem respeito ao exercício de uma atividade - o ato de criar, de inventar - materialidade em que se expressam. Estas propriedades intelectuais, exatamente por não serem localizáveis no tempo e no espaço (ao contrário do ato monopólio de criação que tem um momento espacial e temporal), não são mensuráveis nem exauríveis num único consumo, sendo suscetíveis de gozo simultâneo por um sem número de sujeitos. Daí o regime jurídico especial de propriedade a que ficam sujeitos. Daí o privilégio temporário. Mas não um monopólio, nem mesmo limitado. Não há, pois, incompatibilidade mas sim adequação sistemática entre os direitos garantidos no inciso XXIX, do artigo 5º e o princípio da livre concorrência, bem como a vedação das formas de abuso de poder econômico, disciplinados no capítulo da ordem econômica da Constituição" ("Propriedade Industrial e Defesa da Concorrência". RABPI 8/11).

40. Cf. Calixto Salomão Filho, ob. cit., pp. 132

e ss.

41. Cf. Remédio Marques, ob. cit., p. 350. Para ele, o sentido e o alcance das normas relativas à propriedade intelectual devem ser tidos "em coerência com o princípio da liberdade de iniciativa económica temperado, igualmente, pela necessidade de repressão de abusos de posição dominante e outras práticas lesivas da equilibrada concorrência entre as empresas, de harmonia com a satisfação de interesses públicos e interesses gerais da comunidade" (ob. cit., pp. 351-352).

prestação futura de exploração irrestrita da inovação, qualquer que seja o campo do conhecimento em que estejam localizados. 42

Além disso, conforme demonstrado no capítulo anterior, as esferas de proteção conferidas pelos institutos da propriedade intelectual, em regra, não se interpenetram, cobrindo áreas estanques do engenho humano (técnica vs. estética), cada qual com seus fundamentos e requisitos próprios, voltados para a consecução de uma determinada finalidade.

Nesse sentido, por terem funções distintas e abarcarem interesses jurídicos próprios, os institutos de propriedade intelectual não avançam sobre o campo de incidência uns dos outros, de maneira que, a título de exemplo, poderíamos considerar que a marca não protege invenção, 43 assim como não invade a esfera de proteção dos modelos de utilidade.

Do ponto de vista premial, o incentivo proporcionado pelo direito de uso exclusivo deve ser ponderado para que não ocorram excessos, beneficiando-se em demasia determinados agentes de mercado em detrimento da instituição concorrência.⁴⁴

42. O art. 5º, XXIX, da CF, faz referência expressa à temporalidade da proteção de tais privilégios

43. Luis Eduardo Bertone e Guilllermo Cabanellas ressaltam que "(...) debe determinarse si puede registrarse como marca, u otorgarse protección que corresponde a las marcas no registradas, a un signo que, por sus características, sea susceptible de ser patentado. La respuesta debe ser negativa. Una de las características de la legislación marcaria es que está dirigida a evitar la configuración de monopolios en sentido económico, así como la apropiación de signos que no tienen valor por su valor distintivo, sino por las funciones de otra índole económica que puedan desempeñar" (ob. cit., p. 226).

44. Calixto Salomão esclarece que "visto como garantidor da concorrência e não, do mercado, o Direito reassume aquele papel redistributivo ou garantidor da igualdade de condições nas relações econômicas, que sempre lhe incumbiu (...) o direito concorrencial visa primordialmente à defesa da instituição concorrência, e não à proteção do mercado. É distinguir a proteção da concorrência da proteção do concorrente. O direito concorrencial fez um lon-

O que se põe em causa é o tênue equilíbrio entre a justa recompensa do esforço intelectual humano (seja na área da técnica, seja na da estética) e o estímulo⁴⁵ à evolução cultural e industrial do país.⁴⁶

go percurso histórico até se livrar da concepção privatista que via na proteção ao concorrente a forma de tutelar a concorrência".

45. Gama Cerqueira ressalta que "de fato, a proteção legal desses direitos inspira-se na necessidade de animar as ciências e as artes e de promover o progresso das indústrias" (ob. cit., p. 102).

46. Tullio Ascarelli pondera que "La disciplina v la duración del derecho sobre el bien inmaterial (por ello limitado en el tiempo respecto de los diversos tipos de bienes inmateriales), se armoniza con el progreso técnico o cultural o con la tutela de la elección del consumidor a la que se reconduce la misma justificación de su existencia jurídica y, por otra parte, es la gravedad del derecho absoluto a la utilización de una creación intelectual, dados los elementos monopolísticos (en el sentido económico del término) que le son inherentes, la que impone precisamente su delimitación y el cuidado para evitar los peligros que aquella tutela lleva aparejados" (ob. cit., pp. 40-41). Gama Cerqueira ensina: "Objeta-se, porém, que reconhecer esse direito e assegurá-lo ao inventor e seus sucessores, de modo perpétuo, não seria possível, porque a coletividade é também interessada nas invenções que se realizam e que visam satisfazer às suas necessidades, reclamando a livre utilização delas. Assim, se é justo encorajar os inventores e incentivar as suas atividades, em benefício do progresso econômico e social, não é conveniente aos interesses da sociedade que as invenções permaneçam indefinidamente ao serviço exclusivo de pequeno número de inventores, ainda com risco de se concentrarem em mão de pessoas em número mais restrito que se organizassem em trusts para explorá-las com detrimento da coletividade. É necessário, pois, que, dentro de algum tempo, a exploração do invento seja livre. No caso contrário, criarse-iam monopólios incompatíveis com os interesses da sociedade, acompanhados de todos os seus inconvenientes. Só o inventor poderia explorar a invenção, como lhe conviesse, impondo à coletividade os ônus que entendesse, como poderia deixar de explorála, privando-a de seus benefícios e vantagens. Por outro lado, como já vimos, alega-se que, sendo as invenções, de certo modo, um produto do meio social e existindo em todas elas uma parte não original, não pode o inventor pretender a sua propriedade perpétua. São as mesmas objeções de ordem econômica, levantadas contra o direito do inventor, que aqui se erguem contra a perpetuidade de seu direito. De fato, se alguns escritores, principalmente economistas e sociólogos, julgam ilegítimo o direito preUma ferramenta que poderia auxiliar na solução do problema seria a aplicação do princípio da proporcionalidade,⁴⁷ já que um adequado e justo equilíbrio⁴⁸ deve ser

tendido pelos inventores, sob o fundamento, entre outros, de que a invenção não lhes pertence integralmente, outros escritores reconhecem o valor da contribuição do inventor, mas consideram-na insuficiente para justificar a perpetuidade de seu direito. Como quer que seja, por esses ou por outros motivos, o certo é que as leis da quase totalidade dos países concedem ao inventor, sob certas condições, o direito exclusivo de usar e explorar a invenção, mas limitam esse direito a certo prazo considerado suficiente para permitir ao inventor que tire de sua criação um proveito legítimo. Mantêm-se, pois, as leis, entre os extremos de recusar ao inventor qualquer direito ou de consagrar a perpetuidade de seu privilégio; e assim se conciliam os interesses antagônicos do inventor e da coletividade" (ob. cit., pp. 216-217). O autor lembra, ainda, que "a questão da temporalidade do direito do inventor apresenta-se, portanto, como uma questão de política legislativa, fundada em considerações de ordem prática ou, melhor, de ordem econômico-social" (idem, p. 218). E que "É sempre, pois, o critério econômico que justifica a temporaneidade do direito do inventor, imposta pela lei, e não a natureza de seu objeto" (ibidem, p. 220).

47. A este respeito, ressalta Willis Santiago Guerra Filho que "para resolver o grande dilema que vai então afligir os que operam com o Direito no âmbito do Estado Democrático contemporâneo, representado pela atualidade de conflitos entre princípios constitucionais, aos quais se deve igual obediência, por ser a mesma a posição que ocupam na hierarquia normativa, é que se preconiza o recurso a um 'princípio dos princípios', o princípio da proporcionalidade, que determina a busca de uma 'solução de compromisso', na qual se respeita mais, em determinada situação, um dos princípios em conflito, procurando desrespeitar o mínimo ao(s) outro(s), e jamais lhe(s) faltando minimamente com o respeito, isto é, ferindo-lhe o 'núcleo essencial', onde se encontra entronizado o valor da dignidade humana. Esse princípio, embora não esteja explicitado de forma individualizada em nosso ordenamento jurídico, é uma exigência inafastável da própria fórmula política adotada por nosso constituinte, a do 'Estado Democrático de Direito', pois sem a sua utilização não se concebe como bem realizar o mandamento básico dessa fórmula, de respeito simultâneo dos interesses individuais, coletivos e públicos" (O Princípio da Proporcionalidade em Direito Constitucional e em Direito Privado no Brasil, disponível em http://www. mundojuridico.adv.br, consultado em 11.11.2006, às

48. Denis Borges Barbosa lembra que essa tensão reflete-se no próprio texto constitucional que, de

atingido⁴⁹ entre os interesses do titular de direitos de propriedade intelectual e o da sociedade de ajustar (calibrar),⁵⁰ da manei-

um lado confere proteção ao titular de marca, ao inventor e ao autor (garantias individuais previstas no art. 5º referido anteriormente), e, de outro estabelece que 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, observado o princípio da livre iniciativa (art. 170). No que se refere especificamente ao conflito entre a proteção constitucional à livre concorrência e ao direito de propriedade acima referido, o renomado autor informa que "na presença de uma situação na qual se achem em conflito dois princípios de igual hierarquia normativa e, para aqueles que a admitem, axiológica, deve-se utilizar o denominado método da ponderação de bens, aplicável à luz de cada caso concreto, no qual, verificada a colisão entre os princípios em jogo, devem ser impostas restrições recíprocas aos bens jurídicos protegidos por cada princípio, de modo que cada um só sofra as limitações indispensáveis à salvaguarda do outro" (Como Conciliar os Ditames Constitucionais da Livre Concorrência com o Sistema de Patentes?, disponível em http://www.nbb.com.br/ip/paten.html, consultado em 13.11.2006, às 16h45). Comentando a Constituição de 1891, Rui Barbosa já dizia "Não há só diversidade, senão até antagonismo, e essencial, entre as duas, uma das quaes é a declaração de uma liberdade, a outra a garantia de uma propriedade exclusiva. O Art. 72, § 24, da Constituição do Brasil, (...) franqueiam a exploração de todas as industrias ao trabalho de todos. O Art. 72, § 25, do Pacto federal, (...) reservam a exploração dos inventos aos seus inventores. O que estas duas ultimas disposições consagram, pois, é justamente um privilegio. Desta mesma qualificação formalmente se servem, dizendo que aos inventores 'ficará garantido por lei um privilegio temporário" (in Comentários à Constituição Brasileira de 1891, citado por Denis Borges Barbosa, A Criação de um Ambiente Competitivo no Campo da Propriedade Intelectual - O Caso Sul-Americano).

49. Talvez a negociação deste equilíbrio tenha mesmo que ser realizada tendo em conta todas as peculiaridades do caso concreto.

50. Remédio Marques refere-se ao "frágil equilíbrio entre o interesse público na utilização livre das inovações tecnológicas, das obras (...) e o interesse privado do titular do direito em manter um exclusivo que mais facilmente o pode colocar numa posição monopolista em termos econômicos" (ob. cit., p. 319). No caso das marcas ressalta que "A constituição do direito de marca (máxime da marca individual) predispõe-se a assegurar e a manter a capacidade de diferenciação de produtos e serviços no mercado, o que não deixa de relevar na promoção

ra mais precisa possível, o grau e a extensão da proteção que se deve conferir ao bem imaterial, com vistas a que, efetivamente, promova o desenvolvimento cultural, tecnológico, econômico e social.⁵¹

Trata-se, essencialmente, de aferir de maneira objetiva a compatibilidade entre os meios e os fins (cerne do princípio da razoabilidade),⁵² vedando-se a imposição de restrições desnecessárias e, bem assim, preservando-se os campos de liberdade a que se refere Oliveira Ascensão.⁵³

Note-se, assim, que, a despeito da saudável possibilidade de cumulação de proteções⁵⁴ em hipóteses específicas, o legis-

da competitividade da empresa que é titular ou usa a marca. Não faria sentido atribuir estes exclusivos em mercado monopolista. (...) o regime jurídico dos direitos de propriedade intelectual procura, apesar de tudo, atingir um equilíbrio entre os interesses individuais dos titulares e os interesses públicos" (ob. cit., p. 322).

51. Quanto ao fim econômico e social do direito, pode-se extrair lapidar construção do Desembargador Ênio Santarelli Zuliani: "Ripert afirmava, e grifo novamente, que cada um de nós deve, pois, no exercício dos seus direitos, justificar os motivos que o fazem agir e que cabe ao juiz julgar o ato pelos seus resultados ou, pelo menos, por aqueles que queiram atingir" (Apelação Cível n. 126.593.4/9 do TJSP). O art. 2º da Lei de Propriedade Industrial estabelece 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".

52. V., a respeito, as lições de Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, 25ª ed., pp. 86 e ss.

53. José de Oliveira Ascensão, "Direito intelectual, exercício e liberdade", RABPI 59/40-49.

54. Não se trata de excluir a cumulação de proteções na área de propriedade intelectual, mas de evitar a fraude de se estender artificialmente um monopólio temporário. A este respeito v. Newton Silveira no sentido de que "Dessa forma, é preciso assinalar que a distinção formulada por De Sanctis entre criação literária e artística e produção industrial não implica qualquer impedimento lógico para reconhecer-se um direito de autor tendo por objeto um produto industrial. O mesmo se diga quanto à necessidade de perfeita distinção entre as leis de direito de autor e de propriedade industrial, defendidas por Villalba e Lipszyc, cuja delimitação não impedirá o reconhecimento de uma acumulação de dois tipos de criação, sujeitos a leis diversas, sobre um

lador e os aplicadores dos institutos da propriedade intelectual devem se orientar pela premissa acima exposta, reforçando e não destruindo as fronteiras entre as proteções por eles conferidas.

Nessa ótica e diante da ausência de contornos legais nítidos, cumpre ao intérprete do direito preservar a estrutura e a finalidade de novos e antigos institutos de propriedade intelectual, estabelecendo as fronteiras entre as respectivas esferas de proteção, prestigiando os requisitos para a sua concessão e garantindo a tais institutos autonomia e existência, pois assim estará preservando a instituição concorrência, que segundo Paula Forgioni é "um instrumento para o alcance de outro bem maior, qual seja, assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social". 55

mesmo produto ou suporte material" (ob. cit., p. 26). V., ainda, a lição de Denis Borges Barbosa: "É de se entender que a proteção ao direito autoral pode-se somar à do direito de propriedade industrial; mas não podem conflitar uma e outra, que a lógica repele a coexistência de duas exclusividades sobre o mesmo objeto. A própria L. n. 5.988, art. 6º, XI, considera suscetíveis de tutela por direito autoral as 'obras de arte aplicadas, desde que seu valor artístico possa dissociar-se do caráter industrial do objeto a que estiverem sobrepostos'. Assim, a preexistência de direitos autorais, no caso específico das marcas, inviabiliza o registro, salvo autorização. Enfatize-se, contudo, que não é qualquer 'criação intelectual' que merece a proteção do direito autoral. Há de existir um caráter estético, científico ou (no caso de projetos, esboços, etc. - L. n. 5.988, art. 6°, XI) técnico. O simples texto encomiástico, a fotografia não artística e o desenho descritivo ou utilitário podem não ser suscetíveis de proteção autoral. Não pode integrar marca um desenho artístico, um nome, personagem ou texto de terceiros, salvo autorização, desde que haja possibilidade de proteção por direito autoral. Tal irregistrabilidade tem de ser tratada, porém, de forma restritiva, ao menos na instância administrativa, só se curvando a autoridade à evidência insofismável de direito exclusivo da autoria; o registro da obra em bibliotecas, não tem qualquer valor de reconhecimento da proteção de direito autoral. Dar interpretação mais lata ao impedimento importaria em anular a função econômica e jurídica do instituto sob exame" (ob. cit., p. 826).

55. Paula A. Forgioni, Os Fundamentos do Antitruste, 1ª ed., p. 170.

5. Conclusão

Por todo o acima exposto, deve-se ter em conta as *liberdades* de acesso à cultura, à saúde, às inovações tecnológicas e ao mercado, para bem ponderar os limites dos direitos exclusivos sobre os chamados bens imateriais ou intelectuais.

Assim, se no plano vertical os diversos diplomas legais que cuidam dos direitos imateriais devem respeitar as fixadas pela Constituição, no plano horizontal, do diálogo das fontes, não se pode prescindir da habilidosa atuação dos profissionais do direito para que haja coordenação de interesses e harmonização entre as diversas esferas de proteção da técnica e da estética. ⁵⁶

Ademais, 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.⁵⁷

56. Para Norberto Bobbio o sistema jurídico exige "uma totalidade ordenada, um conjunto de entes entre os quais existe uma certa ordem. Para que se possa falar de uma ordem é necessário que os entes que a constituem não estejam somente em relacionamento com o todo, mas também num relacionamento coerente entre si" (Teoria do Ordenamento Jurídico, 7ª ed., Brasília, Editora UnB, 1996, p. 71).

57. A este respeito, Ascarelli pontifica que "El problema legislativo en materia de derechos absolutos de utilización de creaciones intelectuales debe siempre tener en cuenta, por un lado, la tutela, pero, por otro lado, los límites que ésta deben corresponderle para que pueda alcanzar aquella finalidad de progreso que en definitiva justifica la tutela, y de ahí, precisamente, las sanciones que a veces se establecen para la falta de actuación de la creación intelectual. Substancialmente, siempre es en el interese público al progreso cultural y económico (utilizando este último término con referencia al primero y al tercero de los tres casos anteriormente

Bibliografia

- ASCARELLI, Tullio. Teoría de la Concurrencia y de los Bienes Inmateriales. Trad. E. Verdera e L. Suarez-Llanos, 1ª ed., Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1970.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. "Direito intelectual, exercício e liberdade", Revista da Associação Brasileira de Propriedade Intelectual – RABPI 59/40-49, São Paulo, jul.-ago. 2002.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 16ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2003.
- BARBOSA, Cláudio Roberto. A Relação entre Informação, Propriedade Intelectual, Jurisdição e Direito Internacional. Tese de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2001 (inédita).
- BARBOSA, Denis Borges. *Uma Introdução à Propriedade Intelectual*. 2ª ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2003.
- _____. A Criação de um Ambiente Competitivo no Campo da Propriedade Intelectual: o caso Sul Americano. Disponível em http: //denisbarbosa.addr.com/denis2.htm. Consultado em 13.11.2006, às 16h40.
- . Como Conciliar os Ditames Constitucionais da Livre Concorrência com o Sistema de Patentes?. Disponível em http://

diferenciados) donde debe encontrar su justificación la exclusiva y por eso es él donde ésta encuentra sus límites, tanto en lo relativo a la determinación de las creaciones tuteladas, como en lo concerniente a su duración, como en general, a su disciplina. El costo, llamémosle así, social de la exclusiva puede precisamente tener una justificación (y, de este modo, la exclusiva su limite) en su función para el progreso cultural y económico, no obstante el elemento de rigidez que la exclusiva introduce en el sistema" (ob. cit., pp. 278-279). V., ainda, a observação de Elisabeth Kasznar Fekete: "No direito norte-americano, um dos pilares da economia de mercado livre é a possibilidade ('chance') de competir. O uso da legislação sobre o segredo industrial para limitar ou impedir a concorrência leal em matéria de bens e serviços colide frontalmente com as normas gerais de competição e frustrará sobremaneira os objetivos de uma economia de mercado livre" (O Regime Jurídico do Segredo de Comércio no Direito Brasileiro, 1ª ed., p. 187).

- www.nbb.com.br/ip/paten.html. Consultado em 13.11.2006, às 16h45.
- BARRETO FILHO, Oscar. Teoria do Estabelecimento Comercial. 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1988.
- BERTONE, Luis Eduardo, e CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. Derecho de Marcas – Marcas, Designaciones y Nombres Comerciales. 1ª ed., t. I, Buenos Aires, Heliasta, 1989.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. 1ª ed., Bauru, Edipro, 2001.
- BUENO DE GODOY, Cláudio Luiz. Função Social do Contrato. São Paulo, Saraiva, 2007.
- CERQUEIRA, João da Gama. Tratado da Propriedade Industrial. 1ª ed., Rio de Janeiro, Revista Forense, 1956.
- DIAS, José Carlos Vaz e. "Licença compulsória de patentes e o Direito Antitruste", Revista da Associação Brasileira de Propriedade Intelectual RABPI 54/3-8, São Paulo, set.-out. 2001.
- FEKETE, Elisabeth G. Kasznar. O Regime Jurídico do Segredo de Comércio no Direito Brasileiro. 1ª ed., São Paulo, Forense, 2003.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. "Propriedade Industrial e Defesa da Concorrência", Revista da Associação Brasileira de Propriedade Intelectual – RABPI 8/10-12, São Paulo, mai.-ago. 1993.
- FORGIONI, Paula A. Os Fundamentos do Antitruste. 2ª ed., São Paulo, Ed. RT, 2005.
- _____. "CADE vs. BACEN. Conflitos de competência entre autarquias e a função da Advocacia-Geral da União", RDM 135/7-25. São Paulo.
- GRAU, Eros. A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica). 11ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2006.
- LEONARDOS, Gabriel F. "A relação entre o Direito Antitruste e o Direito da Propriedade Industrial", Anais do XVI Seminário Nacional de Propriedade Intelectual, Revista da Associação Brasileira de Propriedade Intelectual RABPI, São Paulo, 1996, pp. 119-124.

- LEONARDOS, Luiz Leonardos, e KUNI-SAWA, Viviane Yumy. "O sistema de Propriedade Intelectual como fomentador da inovação tecnológica", Revista da Associação Brasileira de Propriedade Intelectual – RABPI 76/16-21, São Paulo, mai.jun. 2005.
- MARQUES, João Paulo Fernandes Remédio. "Propriedade Intelectual e interesse público", Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra – BFD 79/294-354, 2003.
- MARTINS-COSTA, Judith. "O Direito Privado como um sistema em construção – As cláusulas gerais e no Projeto do Código Civil brasileiro", RT 753/24-48, São Paulo.
- MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 26ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2000.
- OLAVO, Carlos. *Propriedade Industrial*. 1ª ed., Lisboa, Almedina, 1997.
- _____. Propriedade Industrial. Sinais Distintivos do Comércio, Concorrência Desleal. 2ª ed., Coimbra, Almedina, 2005.
- ROSENBERG, Bárbara. Patentes de Medicamentos e Comércio Internacional: os

proclinic Intelection # RARIE São Pau-

- Parâmetros do TRIPS e do Direito Concorrencial para a Outorga de Licenças Compulsórias. Tese de Doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004 (inédita).
- ROSS, Alf. Direito e Justiça. 1ª ed., Bauru, Edipro, 2003.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Concorrencial – As Estruturas. 1ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 1998.
- Direito Concorrencial As Condutas.

 1ª ed., São Paulo, Malheiros Editores,
 2003.
- SANTIAGO FILHO, Willis. O Princípio da Proporcionalidade em Direito Constitucional e em Direito Privado no Brasil. Disponível em http://www.mundojuridico.adv.br. Consultado em 11.11.2006, às 13h.
- SILVEIRA, Newton. Direito de Autor no Desenho Industrial. 1ª ed., São Paulo, Ed. RT, 1982.
- _____. "Propriedade imaterial e concorrência", RT 604/264-271, São Paulo.