

Atualidades

SINAIS DISTINTIVOS DA EMPRESA*

NEWTON SILVEIRA

1. Empresa. 2. Marca. 3. Nome empresarial. 4. Concorrência.

1. Empresa

A empresa apareceu timidamente no nosso Direito através da Lei de Abuso de Poder Econômico de 1962 e da Consolidação das Leis do Trabalho, para objetivos específicos de punir o monopolista e responsabilizar o empregador.

Surgiu, também, na doutrina pátria, inspirada pelo *Código Civile* italiano de 1942. Essa figura foi longamente maturada no Direito Italiano, gerou teses no Brasil, como a de Waldírio Bulgarelli, e, finalmente, exsurgiu no nosso Código Civil de 2002, no art. 966, que abre o Livro "Do Direito de Empresa".

Deve-se a Asquini a formulação dos quatro perfis da empresa: o subjetivo (o empresário), o objetivo (o estabelecimento – *azienda*), o funcional (a atividade econômica organizada de produção e distribuição de bens e serviços – conforme o art. 966) e o institucional. Como já dizia Jorge Americano em sua tese sobre as fundações, a palavra "instituição" serve para tudo e nada explica.

Assim, em minhas aulas de Graduação optei por explicar o quarto *perfil* como o conjunto dos outros três – o subjetivo, o objetivo e o funcional, uma trindade que também poderia ser vista como unidade.

Daí o título deste ensaio.

Em vista do art. 52 do CC de 2002, hoje a doutrina aceita que o nome empresarial, por se referir ao empresário ou sociedade empresária, deva enquadrar-se entre os direitos de personalidade. É verdade que muitos comercialistas no passado já haviam assim considerado o nome comercial, mas na sua vertente de firma, e os direitos de personalidade competiam aos sócios nominados na firma, e não à sociedade. Por isso, a ousadia não albergava as denominações.

Já as marcas registradas, por seu enfoque patrimonial de *rei immateriali*, tratadas na Constituição e na Lei da Propriedade Industrial como *propriedade*, enquadram-se, sem dúvida, entre os bens componentes do estabelecimento *aziendal*, no perfil objetivo da empresa.

Resta uma infinidade de outros sinais não enquadráveis nem do lado subjetivo da empresa, nem do lado objetivo.

Lembra Bulgarelli, em sua tese sobre a teoria da empresa (que hoje já é Direito Posto, e não mera teoria), que, modernamente, o elemento caracterizador da empresarialidade é a atividade econômica organizada (perfil funcional). Destacou ele em seu estudo que a noção econômica de empresa como *organização* da atividade econômica não encontrava lugar no Direito. Mas atividade sim, não só por represen-

* Palestra proferida no Instituto dos Advogados de São Paulo/ IASP aos 30.10.2008.

tar um feixe de atos jurídicos (a atividade negocial), mas por essa mesma atividade ser tutelada pelas normas da concorrência, seja a privada (concorrência desleal), seja a pública (antitruste).

É nesse perfil que o art. 195 da Lei da Propriedade Industrial de 1996 vai enquadrar os demais sinais distintivos da empresa: o título do estabelecimento, a insígnia, os sinais de propaganda, a marca de fato (não registrada), o dito *tradedress* e mesmo o *nome comercial*, que, diferentemente do nome empresarial dos arts. 1.155 e ss. do CC, ganha aqui perfil concorrencial, o que altera a camisa-de-força do território do Estado que o novo Código lhe vestiu, para o âmbito geográfico da concorrência.

Se pensarmos, agora, na clássica divisão dos direitos subjetivos, recepcionada por Edmond Picard no seu *Droit Pure*, o nome empresarial se enquadrará entre os direitos de personalidade (*jus in persona ipsa*), as marcas registradas entre os direitos reais (*jus in rei imateriali*) e os demais sinais referidos entre os direitos de crédito ou das obrigações (*jus in persona aliena*), estes relativos, os demais absolutos, ou *erga omnes*.

Assim, é hora de repristinar o que escrevi em minha tese de Doutorado: "A proteção aos sinais distintivos utilizados pelo empresário no exercício da empresa decorre de seu direito a individualizar-se em uma situação de concorrência: '(...) *la forma non è oggetto del Diritto, non sussiste una prestazione o risultato intellettuale in sè protetto. Ciò che è protetto è un interesse di individuazione dell'imprenditore che viene tutelato con la attribuzione dell'uso in esclusiva di una forma distintiva*'".

Assim sendo, como elementos identificadores da atividade *aziendal*, todos os sinais usados pelo empresário devem receber a mesma tutela contra a concorrência desleal, independentemente de sua especialização em signos do empresário, do estabelecimento ou do produto ou serviço. Nesse sentido, tais sinais não constituem bens imateriais (embora sejam imateriais),

mas acessórios de bens imateriais (estes, no significado de obras do espírito, acrescidas ao patrimônio intelectual da Humanidade pela atividade criativa de um agente – o autor, em relação às obras intelectuais; o inventor, em relação à invenção; o empresário, em relação ao aviamento).

É o ordenamento jurídico que, reconhecendo o fato inconteste da especialização de tais signos, obra da vontade ou destinação do empresário, os erige, por sua vez, em bens imateriais. Assim, atribui uma tutela específica ao nome comercial, outra ao título e à insígnia, outra diferente às marcas, ou aos sinais e expressões de propaganda.

Pode-se dizer, portanto, que, enquanto a lei reconhece a existência dos bens imateriais – obras do espírito –, cria, por sua vez, novos bens imateriais – obra da lei –, nestes buscando reprimir a concorrência desleal, utilizando a mesma técnica que pareceu apropriada à tutela das obras intelectuais. Nesse nível, então, se reúnem numa só categoria de bens imateriais tanto as criações intelectuais quanto os signos exteriores que as identificam.

Mas a constituição desses novos bens imateriais não substitui completamente nem supre a necessidade de ser mantida a tutela contra a concorrência desleal que se exerce por meio dos atos confusórios. Ao lado do direito especial, que cria e tutela os institutos jurídicos do nome comercial, da marca e dos sinais e expressões de propaganda, permanecem atuantes as normas repressoras da concorrência desleal, que tutelam alguns aspectos do nome comercial objetivo (não registrado), o título e a insígnia (para os quais falta, de momento, um registro próprio), a marca não registrada e mesmo marcas não registráveis, desde que, de fato, estejam estas últimas atuando perante os consumidores como sinais distintivos das mercadorias, produtos e serviços oriundos da *azienda*.¹

1. Newton Silveira, *Licença de Uso de Marca e Outros Sinais Distintivos*, 1ª ed., São Paulo, Saraiva, 1984, pp. 15-16.

2. Marca

O professor peruano Carlos Alejandro Cornejo Guerrero, em precioso texto sobre a “Historia del derecho de marcas”,² relata que o direito de marcas é fruto do sistema de direito mercantil surgido no mundo ocidental nos séculos XI e XII. Que no passado anterior se usou o termo “marca” com diversos significados, sem qualquer relação com o nascimento de uma sociedade de livre mercado “a la qual la marca y el derecho de marca modernos están indisolublemente ligados”. Antes da Revolução Comercial dos séculos XI-XII a instituição jurídica da marca ainda não havia nascido.

Dessa forma, as marcas de fogo do gado, utilizadas no Egito há 2.000 anos antes de Cristo, tinham por função tão-somente estabelecer a propriedade desses bens.

Da mesma forma, as marcas em pedras destinadas às edificações e pirâmides do Egito de 6.000 anos atrás tinham a função de identificar as pedreiras de origem desses materiais. Assim também os artifices apunham suas marcas às pedras para certificar o cumprimento de suas quotas de produção. Tais marcas de pedras também foram encontradas no Peru, nas culturas pré-incas e incas.

Também na China, há cerca de 5.000 anos, se encontram exemplos de utilização de marcas em cerâmica. Na Roma antiga já se encontravam algumas marcas ligadas ao comércio e à indústria, como a marca FORTIS que se aplicava a lâmpadas de óleo para a exportação, a qual fora, até, objeto de contrafação na época.

Na Idade Média começa a surgir o direito mercantil, o que o autor chama de “revolução comercial”, quando surge uma nova classe de pessoas – os comerciantes

profissionais –, que se agrupam em corporações de ofícios ou *guildas*. “Se crea un derecho mercantil, la *Lex Mercatoria*, y dentro de ella también nace la marca.” O uso das marcas nas mercadorias torna-se uma prática generalizada, recolhida nas compilações e nos estatutos.

Cada corporação tinha sua marca particular, em geral em forma de signos figurativos. Mas as marcas corporativas constituíam uma ferramenta para controlar a concorrência, dentro de um sistema de concorrência limitada, cujos preços eram uniformes e prefixados. Tratava-se de verdadeiras marcas coletivas, com função de garantia de qualidade. À marca corporativa se acrescia a marca do mestre, “pues em última instancia sólo se podía realizar un efectivo control de calidad y proteger al consumidor si se identificaba con facilidad al responsable del producto defectuoso”.

Era o caso dos mestres cervejeiros na França, que deviam aplicar a marca em cada tonel e seguir uma série de prescrições na fabricação da cerveja. A função principal da marca do mestre era a indicação de origem ou procedência da mercadoria.

No início da Era Moderna, tomando como ponto de referência a Revolução Francesa, surge a concorrência em uma sociedade de mercado, devido à liberdade de indústria e comércio instaurada.

Nasce um novo direito, e a marca passa a ser considerada como objeto de propriedade com o fim de identificar o produto em si.

Surge a Lei de Marcas francesa de 1857 e a nossa de 1875. “Lo que es una marca, es decir la unión entre signo, mercancía y consumidor. A ello deberá agregarse que esta unión se produce en el mercado.”

Na época atual – destaca o autor – “se va más allá del principio de territorialidad”, “se va más allá del principio de especialidad”, “se vincula más estrechamente el contenido del derecho de marcas con no-

2. Carlos Alejandro Cornejo Guerrero, “Historia del derecho de marcas”, in Patrícia Luciane de Carvalho (coord.), *Propriedade Intelectual. Estudos em Homenagem à Professora Maristela Basso*, 1ª ed., vol. 2, Curitiba, Juruá, 2008, pp. 103-123.

circulação como objeto de negócios jurídicos, mas não se trata de uma propriedade sobre o próprio sinal (como ocorre com os outros bens imateriais, obras intelectuais), mas sobre a aplicação do sinal a determinado produto, mercadoria ou serviço, ou seja, corresponde ao uso exclusivo do sinal quanto a determinada categoria de bens materiais ou imateriais – *serviços* (como o título de obra, que distingue uma coisa incorpórea). Ao menos quanto aos sinais distintivos registrados pode-se concordar com Francesschelli que se trata de monopólios privados instituídos por lei.

“Como em nosso sistema o registro pode anteceder ou substituir o uso do sinal (embora ocorra a desconstituição desse direito se o uso não se inicia em certo prazo), o direito sobre o sinal, decorrente do registro, corresponde à aplicação, com exclusivismo, sobre determinada categoria de produtos ou artigos abstratamente considerados. Mas tanto a lei leva em conta o uso, como substrato do direito, que extingue o monopólio (propriedade) se, em certo tempo, o titular do registro não consolidar o direito pelo uso. Mais uma vez lembrando Ascarelli, há uma aquisição gradual do direito, que só se completa, no caso da marca registrada, pelo registro mais o uso (no caso da marca não registrada, o uso garante outro tipo de direito que decorre unicamente do uso – assimilado à posse do direito civil).

“Temos, assim, duas categorias de direitos, com faculdades diversas, mas ambos decorrentes do uso (do simples uso ou do uso qualificado pelo registro). Uma característica pelo direito exclusivo, opontível *erga omnes*, outra caracterizada pelo direito de excluir apenas aqueles que concorram sobre determinado mercado utilizando signos ensinadores do desvio de clientela pela confusão entre produtos. O registro sem uso corresponde a mero monopólio, garantido pelo Estado em consideração a uma expectativa de uso futuro próximo.

ções como a de competência desleal y proteccion al consumidor”.

Retomando, agora, ao meu *Licença de Uso de Marcas e Outros Sinais Distintivos*, posso acrescentar:

“Um desses elementos, o produto, recebem especial atenção do legislador, devido à sua qualidade de poder desligar-se do estabelecimento e circular como mercadoria. As técnicas modernas de prestação de serviços tornaram possível também a desvinculação dos serviços do local de negócios. O nome ou símbolo com os quais o produtor marcava seus produtos, como signo indicador do próprio produtor ou do local de produção, passaram a constituir nome ou sinal do produto (mercado-ria ou serviço). Esse o significado atual da marca de indústria e/ou comércio e de serviços.

“As marcas, como lembra Ascarelli, indicam uma subspécie de produtos. Entre produtos similares, conhecidos por um nome do vocabulário, encontram-se alguns com características próprias, que foram *designados* por um nome ou símbolo pelo titular da marca. Isso torna possível aos consumidores reconhecerem, de imediato, os produtos que pretendem adquirir (ou os serviços que desejam utilizar) e ao empresário referir-se em sua publicidade.

“Pela importância econômica da marca, sua utilidade para os consumidores e pelo estímulo que representa à livre concorrência, o legislador, a par de manter as normas que reprimem a concorrência desleal e punem os atos confusórios, conferiu à marca o *status* de bem imaterial exclusivo (objeto de uma ‘propriedade’ idêntica à outorgada às obras de espírito), *status*, esse, que decorre do registro criado pela lei.

“Essa autonomia do sinal, criada pela lei, torna-o passível de propriedade e de

“Em qualquer das três hipóteses, cada um dos direitos se exerce em relação a uma série determinada de produtos, mercadorias ou serviços.

“Representando uma nova nomenclatura da realidade em relação a uma subespécie determinada de produtos, mercadorias ou serviços, o sinal adotado deve preencher uma série de requisitos para conformar-se à sua destinação: (a) pode consistir num desenho ou palavra anteriormente inexistentes, quando será plenamente hábil a preencher a sua finalidade; (b) pode consistir num sinal já existente que designe uma realidade diversa, desde que não correlacione indevidamente o produto ou serviço com o significado original do sinal, sugerindo natureza, qualidade ou origem que não corresponda à verdadeira. Diz-se, nesta hipótese, que o sinal deve ser *verídico*, no sentido de que não deva indicar ou sugerir qualificação que o produto ou serviço não possuam. Enquanto na primeira hipótese teríamos um sinal absolutamente novo, no presente caso se trataria de novidade relativa, requisito suficiente, inclusive, quanto a marcas já existentes destinadas a assinalar produtos ou serviços diversos. Quando sobre o sinal incidam direitos de terceiros, sua adoção como marca depende da competente autorização do titular do direito. Quanto a este requisito se diz que o sinal adotado deve ser *lícito* (a ilicitude do sinal adotado se refere também a proibições de ordem pública ou especificamente impostas por lei); (c) pode, finalmente, o sinal adotado indicar qualidades genéricas reais do produto ou serviço, quando a novidade relativa consistirá na forma característica (nova ou relativamente nova, no sentido dos itens anteriores) conferida ou acrescida ao sinal. Nesta categoria se incluem as cores, letras ou algarismos isolados, em face da sua limitada possibilidade de variação. Nesta hipótese a exclusividade incidirá somente sobre a forma característica, e não sobre a parte genérica do sinal.”

3. Nome empresarial

Os signos inicialmente utilizados sob o termo “marca” designavam propriamente os proprietários, os artesãos ou lugar de origem; e, após a Revolução Comercial, as corporações, os mestres e os grandes mercados.

Após a Revolução Industrial passaram a representar os produtos e mercadorias e, modernamente, os serviços. Migraram de uma indicação subjetiva para objetiva, de forma que a marca registrada (bem imaterial) pudesse estar entre os bens materiais e imateriais componentes do conjunto de bens organizados pelo empresário ou sociedade empresária para o exercício da empresa – o estabelecimento empresarial definido no art. 1.142 do CC. Observe-se que se trata do único artigo do Código Civil que menciona a trindade do direito empresarial: empresa, empresário e estabelecimento.

O nome empresarial, por sua vez, está nos art. 1.155 a 1.168 do Código. Por aplicação do art. 52, é direito de personalidade, seja do empresário individual, seja do coletivo, pessoa jurídica. Por isso, não pode ser objeto de alienação (art. 1.164) e se trata de direito imprescritível, por força do discutível art. 1.167, que declara caber *a qualquer tempo* ação para anular a inscrição do nome empresarial feita com violação da lei. É a velha concepção de nome comercial subjetivo (v. Gama Cerqueira⁴) ou sinal de identidade (v. Karin Grau-Kuntz⁵), de *caráter registral*, e por isso sua proteção é restrita ao território do Estado – art. 1.166 – onde se encontrar a Junta Comercial ou o Registro Civil das Pessoas Jurídicas da sede – art. 1.150.

4. João da Gama Cerqueira, *Tratado da Propriedade Industrial*, 1ª ed., vol. I, Rio de Janeiro, Revista Forense, 1946, Parte I, pp. 449 e ss.

5. Karin Grau-Kuntz, *Do Nome das Pessoas Jurídicas*, 1ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 1998.

Ao lado desse nome empresarial, de caráter subjetivo, pessoal e registral – e, portanto, não sujeito ao princípio da especialidade, mas sujeito ao da territorialidade –, subsiste o velho nome comercial objetivo (cf. Gama Cerqueira e Mario Rotondi), sinal de trabalho (cf. Karin Grau-Kuntz), de natureza concorrencial, sem limitação territorial, tutelado através do art. 8º da Convenção de Paris e do art. 195, V, da Lei 9.279/1996, a Lei da Propriedade Industrial.

No meu agora vetusto *Licença de Uso de Marca e Outros Sinais Distintivos*⁶ escrevi, a respeito:

“O nome comercial distingue o próprio empresário, firma individual ou pessoa jurídica, no exercício do comércio.

“Da mesma forma que o nome civil do cidadão constitui a um só tempo um direito e uma obrigação, não podendo uma pessoa alterá-lo ou substituí-lo, senão nos casos em que a lei autoriza, mas estando preservado, como elemento da personalidade, na mesma medida deste, o nome que o comerciante tenha adotado no comércio (que, no caso do comerciante individual, deve, necessariamente, coincidir com o nome civil) é preservado, pela lei, da usurpação e da imitação.

“Mesmo o nome do autor de obra literária, científica ou artística é preservado em sentido positivo (proibindo-se sua supressão ou substituição) e negativo (proibindo-se sua usurpação), aplicando-se tal garantia tanto ao nome civil do autor quanto ao pseudônimo ou sinal que utilize para sua identificação na obra artística.

“Não há que confundir, pois, a obrigação de utilizar o nome verdadeiro nos negócios jurídicos de que participem o cidadão e o comerciante (dever de veracidade) com o direito que assiste ao autor e ao empresário (individual ou sociedade) de

impedir a utilização indevida de seu nome, seja, neste caso, aquele que conste dos registros públicos ou aquele pelo qual seja conhecido do público.

“No caso do empresário, o nome ou sinal pelo qual é conhecido no comércio (não só pela clientela, mas pela generalidade dos agentes que atuam no comércio, como fornecedores, instituições de crédito, distribuidores etc.) integra seu aviamento subjetivo, diretamente ligado à pessoa (natural ou jurídica), ao qual se agrega o conceito público de que desfrute esta.

“Na primeira hipótese temos o nome comercial subjetivo, (*que foi*) definido no art. 2º do Decreto 916/1890 (firma ou razão comercial é o nome sob o qual o comerciante ou sociedade exerce o comércio e assina-se nos atos a ele referentes), a que se devem acrescentar as denominações das sociedades por quotas e por ações, tais como constam do contrato ou do estatuto e no Registro do Comércio. Sob este aspecto, o nome comercial constitui obrigação do empresário e seu uso em forma incorreta pode ocasionar a responsabilidade solidária dos sócios a que, normalmente, não estariam obrigados.

“De fato, via de regra o emprego ostensivo do nome civil do comerciante nos atos de comércio implica sua responsabilidade pessoal. Assim é que o art. 3º do Decreto 916 estipula(*va*) que o comerciante individual (ou o que tenha sócio não-ostensivo ou sem contrato devidamente arquivado) não poderá tomar para firma senão o seu nome, completo ou abreviado, aditando, se quiser, designação mais precisa de sua pessoa ou gênero de negócio. E é sabido que o comerciante individual responde com todo o seu patrimônio às obrigações mercantis assumidas. O mesmo ocorrerá quando tenha sócio oculto ou com contrato não arquivado, visto que, ostensivamente, os atos de comércio foram por ele praticados.

“Igualmente, na sociedade em nome coletivo respondem os sócios solidaria-

6. Newton Silveira, *Licença de Uso de Marca e Outros Sinais Distintivos*, cit., 1ª ed., pp. 9-12.

mente, em especial aqueles cujos nomes aparecem na firma. Na sociedade em comandita a firma não deve ostentar o nome ou nomes dos sócios comanditários (caso contrário poderão ser solidariamente responsáveis pelos compromissos sociais). E é por esse mesmo motivo que se proíbe o uso de firma ou a inclusão do nome de acionista nas denominações das sociedades por ações (embora o hábito tenha con tornado a proibição, incluindo-se nome de acionista a título de 'homenagem', em função de *denominação de fantasia*).⁷ Embora se admita o uso de firma nas sociedades por quotas, a omissão da palavra 'limitada' torna os sócios-gerentes e os que fizerem uso da firma social solidária e ilimitadamente responsáveis (Decreto 3.708/1919, art. 3º, § 2º). O simples empréstimo do nome torna a pessoa solidariamente responsável pelas dívidas da sociedade mesmo que não seja sócio (Decreto 916, art. 8º, parágrafo único).

"No sentido de nome comercial subjetivo, a firma (e a denominação social) constitui dever do empresário (embora lhe seja lícito alterá-la desde que inscreva a alteração no Registro do Comércio), devendo distinguir-se de outra inscrita no registro do lugar (Decreto 916, art. 6º), não sendo alienável a não ser conjuntamente com o estabelecimento (devendo nesse caso ser usada antecedida da declaração 'sucessor de' - cf. art. 7º)

"Trata-se, no caso, de preceitos de ordem pública, não derogáveis por vontade das partes.

"Diferentemente, o nome comercial objetivo constitui direito subjetivo exclusivo de seu titular, podendo ser formado não só pelo nome comercial subjetivo (firma ou denominação social), como por outros nomes ou sinais pelos quais o público identifique o comerciante, independentemente de registro, tal como preceitua o art. 8º da

Convenção de Paris.⁸ Nesse sentido, equiparam-se ao nome comercial as denominações das sociedades civis e fundações."

4. Concorrência

Permito-me, agora, "remasterizar" alguns trechos de meu "Propriedade imaterial e concorrência".⁹

"O conceito desse tipo especial de propriedade não se pode desvincular da noção de concorrência sem risco de grave desvirtuamento. No 'Prefácio' de seu *Tratado*, Gama Cerqueira chamava a atenção para o fato de que 'todo o edifício da propriedade industrial, como, aliás, o da propriedade literária, científica e artística, repousa no princípio ético da repressão à concorrência desleal, que constitui o fundamento e a razão de suas leis; podendo, mesmo, dizer-se que em nenhum outro ramo da Ciência Jurídica se manifesta de modo mais eloquente o fundamento moral do Direito'.

"Assim, podemos dizer que a repressão à concorrência desleal é, de um lado, fundamento do direito industrial e, de outro, elemento desse direito, ao lado do direito de autor e da propriedade industrial, que compreende a proteção às criações

8. Alguns autores, como Rotondi, entendem que o nome comercial objetivo se referiria não ao empresário, mas à própria organização *azienda*; outros, ainda, o ligam à empresa (atividade) - tendência, essa, que se refletiu em nosso Código de 1967, no qual se adotou a expressão "nome de empresa" em substituição a "nome comercial", embora o art. 90 o defina como "nome do comerciante". O próprio Decreto 916/1890 estabelecia, no art. 15, distinção entre as firmas ou razões comerciais e os nomes comerciais ou industriais. A respeito do conceito de "nome comercial objetivo", v. Gama Cerqueira, *Tratado da Propriedade Industrial*, cit., 1ª ed., vol. I, pp. 472 e ss., onde o autor inclui no conceito o pseudônimo do comerciante, as alcunhas dadas pelo público, as corruptelas do nome comercial, desenhos, emblemas, siglas, iniciais e outros elementos pelos quais o público conheça o comerciante.

9. Newton Silveira, "Propriedade imaterial e concorrência", RT 604/264-272, São Paulo, Ed. RT, fevereiro/1986.

7. Decreto 916/1890, art. 4º - regra, essa, já atenuada no Decreto-lei 2.627/1940, art. 3º, § 1º.

técnicas e sinais distintivos do empresário.

“Entende Carnelutti que as normas reguladoras da concorrência tutelam diretamente o aviamento do estabelecimento comercial, considerado como a idéia organizadora através da qual o empresário dá unidade ao estabelecimento e o torna apto à atividade empresarial. Haveria, assim, um direito sobre o conteúdo imaterial da *azienda* – o aviamento –, verdadeira obra da inteligência. Escreveu ele: ‘É aqui que a noção do direito, que às vezes se chama direito de autor, às vezes direito de patente, e outras direito sobre as obras da inteligência, não se esgota quando nela se compreendem somente os direitos sobre a obra artística e sobre a invenção industrial; o certo é que, ao lado destas figuras, há uma terceira pertencente ao mesmo *genus*, que tem por objeto o aviamento, e se percebe quando o direito se considera pelo lado do conteúdo mais que pelo lado do objeto, em particular sob aquela espécie do direito à marca, o qual, precisamente, não é outra coisa que um aspecto do direito sobre o aviamento da *azienda*’.

“Quanto à concorrência desleal, há que discriminar as normas de direito privado (concorrência desleal ou ilícita) e de direito público (abuso de poder econômico). As normas de concorrência de direito privado tutelam diretamente o aviamento e têm aplicação subsidiária nas infrações aos demais direitos de propriedade industrial e de autor. As de abuso do poder econômico tutelam a liberdade de concorrência dentro da ordem econômica e social.

“Ascarelli, em sua *Teoria da Concorrência*, ao se referir às diversas instituições que podem ser abarcadas pelo direito industrial, coordenadas pela disciplina da concorrência e da empresa, coloca o acento da disciplina ‘sobre o interesse geral do progresso cultural e técnico e sobre o interesse do consumidor, identificando em uma probabilidade de ganho o interesse tutelado na disciplina privada da concorrên-

cia e portanto também na dos bens imateriais’.

“Adota Ascarelli o esquema do direito de propriedade, ‘entendido como referência do direito absoluto patrimonial a um bem externo ao sujeito’, como apropriado à disciplina das invenções, modelos, obras do engenho e sinais distintivos.

“Segundo Ascarelli, o denominado direito patrimonial do autor tem como fato constitutivo a criação da obra e como ponto de referência a própria obra, considerada como externa ao sujeito, o qual conta com um direito absoluto sobre sua utilização. Por esse motivo, Ascarelli utiliza o esquema da propriedade, considerando o direito absoluto do autor como um direito de propriedade sobre sua obra, bem imaterial.

“O objeto do direito de autor é, em consequência, uma obra, entendida como produto da elaboração do intelecto, enquanto o invento consiste em uma idéia no campo da técnica industrial. As demais criações de forma, como os modelos e desenhos, bem como os sinais distintivos, constituem também bens imateriais, sendo certo que, no entanto, a exclusividade conferida pela lei se refere a uma determinada atividade, correlacionada a esses bens imateriais.

“Enquanto os chamados bens imateriais tutelados diretamente por normas específicas (como as patentes, marcas e direitos de autor) gozam de exclusividade absoluta, podendo se incluir entre os direitos reais, outros bens imateriais não chegaram a merecer do legislador essa tutela específica. Assim, os sinais distintivos não registrados, os segredos de fábrica e de comércio, a cópia servil de produtos não patenteados, recebem do legislador um tratamento genérico, através das normas de repressão à concorrência desleal, incluindo-se entre os direitos de crédito, de exclusividade relativa. A incidência da norma vai depender de uma situação de concorrência entre os agentes.

“Mas, 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. É o caso, por exemplo, da marca registrada em confronto com a marca de fato, utilizada notoriamente por seu titular, hipótese em que a marca regis-

trada deve ser anulada, por aplicação do art. 6º-*bis* da Convenção de Paris, incorporada ao nosso Direito interno.”

E – acrescentaria hoje – o direito absoluto sobre o *nome empresarial*, registral, pessoal e territorial, deve ceder lugar ao *nome comercial*, tutelado pelas normas de repressão à concorrência desleal, não limitado territorialmente.