



# A VEDAÇÃO DA SOBREPOSIÇÃO DE DIREITOS DA PROPRIEDADE INTELECTUAL NA ORDENAÇÃO BRASILEIRA\*

PEDRO MARCOS NUNES BARBOSA

Discente do Programa de Pós-doutorado junto ao Departamento de Direito Civil da FADUSP; Doutor em Direito Comercial (USP), mestre em Direito Civil (UERJ) e especialista em Direito da Propriedade Intelectual (PUC-Rio). Docente de Direito Civil, Direito Comercial e Propriedade Intelectual da PUC-Rio. Sócio de Denis Borges Barbosa Advogados. E-mail: pedromarcos@nbb.com.br

**Sumário:** 1. Notas introdutórias - 2. A balanceada tutela da Propriedade Intelectual - 3. Autonomia privada, causas e efeitos da proteção dos DPI's - 4. Conclusão - Referências bibliográficas

## 1. NOTAS INTRODUTÓRIAS<sup>1</sup>

A escola da 'Nova Economia Institucional'<sup>2</sup> labora com três características tendentes a serem observadas nos sujeitos de direito: (a) assimetria informacional; (b) razoabilidade limitada; e (c) tendência ao oportunismo. Se alguns poderiam enxergar em tais premissas contextuais *não variáveis* uma ótica pessimista da sociedade, outros tantos conseguem projetar tais idiosincrasias como pertinentes às práxis da seara da Propriedade Intelectual.

Por exemplo, (a) um titular de uma tecnologia patenteada conhece o *best mode* (art. 29.1, do Acordo ADPIC e art. 24 da LPI) para a execução de sua invenção, ainda que não o tenha revelado no relatório descritivo; (b) determinado interessado pode se mostrar arrogante na negociação de um percentual de *royalties* para uma

tecnologia de ponta de um mercado no qual a obsolescência se mostra acelerada, ou, ainda, um interessado em abrir uma franquia de alimentos que limita suas pesquisas a dois ou três franqueadores máster em que pese existir um número enorme de possíveis parceiros comerciais; e (c) um depositante de pedido de patente procrastina seu próprio processo administrativo visando uma extensão *de facto* do termo de vigência de sua *futura exclusividade*, tendo em mira o polêmico (e para mim inconstitucional) parágrafo único, do art. 40 da Lei n° 9.279/1996.<sup>3</sup>

Veja-se, portanto, que a criatividade humana (especialmente para expedientes ardilosos e embusteiros) tende ao infinito, inclusive quanto a métodos de *artificialmente* dilatar o termo que antecede o domínio público (art. 99, I, do CC) e de praticar atos ilegítimos de interdição da concorrência.<sup>4</sup> Técnicas que combinam as característi-

\* Dedico este ensaio à memória de meu querido amigo Ricardo Aronne: você faz muita falta para todos aqueles que tiveram a sorte de ouvir o seu discurso, de refletir sobre um direito incluyente, e àqueles que eram admiradores dos acordes de sua guitarra.

1. Agradeço à professora doutora Karin Grau-Kuntz pelas sugestões e comentários ao meu artigo.
2. Entre tantos autores importantes expoentes de tal doutrina destaco: (a) WILLIAMSON, Oliver E. *The Economic Institutions of Capitalism. Firms, Markets, relational Contracting*. New York: The Free Press, 1985; (b) COASE, R. H. *The Nature Oh The Firm. Economica*. New Series, vol. 4, n° 16, novembro 1937, p. 386-405; e (c) AKERLOF, George A. *The market for 'lemons':*

*quality uncertainty and the market mechanism*. Boston: MIT Press, vol. 84, n° 3 (agosto de 1970), p. 488-500.

3. Sem que tal reduza o maléfico impacto de sua inconstitucionalidade, propus e tive aprovado um enunciado pertinente: n° 107 da III Jornada de Direito Comercial do CJF: "O fato gerador do parágrafo único do art. 40 da Lei n° 9.279/1996 não engloba a hipótese de mora administrativa havida em concausa ou perpetrada pelo depositante do pedido de patente, desde que demonstrada conduta abusiva deste".
4. "Em síntese, podemos afirmar que o concorrente desleal age como a salamandra: usa do meio para agredir, plasma-se o meio para fugir" LEONARDOS, Thomas. *Concurrencia Desleal*. Rio de Janeiro: Livraria Academica, p. 25, 1936.



cas (a), (b), e (c) supra narradas, têm sido comumente denominadas de *evergreening*, de criação de obras despidas de genuína originalidade<sup>5</sup> e, ainda, de *sobreposição de Direitos da Propriedade Intelectual*.

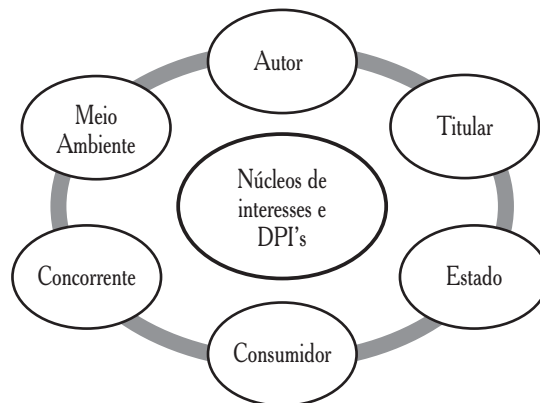
Este curto ensaio visa tangenciar alguns dos estratagemas mais corriqueiros da última hipótese.

## 2. A BALANCEADA TUTELA DA PROPRIEDADE INTELECTUAL

O ordenamento jurídico nacional adota uma série de sanções visando catalisar o espírito humano criativo a desenvolver elementos de *diferenciação*<sup>6</sup> entre o estado da arte, o domínio público e os concorrentes ou rivais. Vaticine-se que aqui o preceito *sanção* é utilizado em ambas facetas:<sup>7</sup> (a) aquela destinada a *seduzir*, a *estimular* uma determinada conduta (como a do incentivo às criações industriais, às dedutibilidades fiscais na remessa de *realizas* etc.); e (b) a outra dirigida a *dissuadir*, a *desestimular* um determinado desempenho tido como oportunista (tal como violar os bens intelectuais alheios e às penas civis, administrativas e penais sobre tal ato).

Entretanto o filtro da calibragem entre *incentivos* e *desincentivos* é extremamente delicado, já que a premissa maior de uma economia capitalista é a da liberdade de iniciativa (aos agentes econômicos juniores) e a da livre concorrência (visando a disputa dos sujeitos de direito em um determinado mercado). Ou seja, a Propriedade Intelectual é uma das arquiteturas<sup>8</sup> (entre tantas outras disponíveis) utilizada para promover *destruições criativas*<sup>9</sup> perante os elementos estéticos, os ornamentos, as distintividades, as utilidades tecnológicas, as variedades vegetais, os programas de computador, as topografias e os circuitos integrados já existentes; mas não para simples-

mente procrastinar o acesso a mercados sem um equilibrado ganho a outros núcleos de interesse.



Factualmente os direitos exclusivos<sup>10</sup> advindos da Propriedade Intelectual (doravante DPI's) são exceções<sup>11</sup> – *temporais, locais e de escopo* – às plenas liberdades alheias, mas mesmo durante a sua vigência tais prerrogativas são ponderadas<sup>12</sup> em face de interesses de terceiros. Em outras palavras, não se pode olvidar que os DPI's são sujeitos a interpretações de cunho *restritivo*.<sup>13</sup> O esboço gráfico abaixo permite sumarizar a *ótica poliédrica*<sup>14</sup> dos principais núcleos de interesses considerados e que são “satélites” dos DPI's:

A mencionada hermenêutica restritiva não importa, tão somente, que uma vez constituída a exclusividade nas hipóteses *nebulosas* de uma lide a *dúvida* engendrará a liberdade<sup>15</sup> – tal como no direito penal há o arquétipo *in dubio pro reo* –; tal significa que antes mesmo de constituído o DPI não se poderá ir além da legalidade estrita por serem frutos de atos administrativos densamente vinculados.<sup>16</sup>

5. Permita-se revisão ao artigo *Originalidade em Crise*, de minha autoria, publicado na *Revista do Instituto Brasileiro de Direito Civil*. Vol. 15, nº 1, 2018, disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/204>.

6. CARVALHO, Nuno Pires de. *The TRIPS Regime of Trademarks and Designs*. 3ª ed. Bedfordshire: Kluwer Law, p. 3, 2014.

7. “Em boa hora, a doutrina contemporânea, ao redescobrir a natureza binária da sanção, com ela restabeleceu o conceito de *premiação pela adimplência*, como alternativa construtiva à alternativa polar da *punição pela inadimplência*.” MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 578, 2014.

8. “I mean an architecture-not just a legal text but a way of life-that structures and constrains social and legal power, to the end of protecting fundamental values-principles and ideals that reach beyond the compromises of ordinary politics.” LESSIG, Lawrence. *Code and Other Laws of Cyberspace*. New York: Basic Books, p. 5, 1999.

9. “Processo de mutação industrial – se é que podemos usar esse termo biológico – que revoluciona incessantemente a estrutura econômica a partir de dentro, destruindo incessantemente o antigo e criando elementos novos. Este processo de destruição criadora é básico para se entender o capitalismo.” SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalismo, Socialismo e Democracia*. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, p. 106, 1961.

10. “Essa exclusividade se justifica como mecanismo de incentivo à criação intelectual. Isso porque, caso não fosse possível ao autor auferir, em caráter restrito e por período de tempo adequado, benefício superior ao custo de reprodução da obra, dificilmente alguém investiria recursos monetários e não monetários na produção intelectual.” STF, Pleno, Min. Luiz Fux, ADIn 5.800, DJ 22/05/2019.

11. “[...] em relação aos inventos, o domínio público é a regra e a proteção, exceção, sempre condicionada a inúmeros fatores e por prazo sempre limitado.” TRF-2, 2ª Turma Especializada, Des. André Fontes, AC 2005.51.01.500712-8, 28/03/2007.

12. Por exemplo, assim se dá com os róis exemplificativos do art. 43 da LPI e o art. 46 da LDA.

13. “Exatamente porque constituem “garantia de monopólios”, restringindo a livre-iniciativa, os direitos da propriedade industrial devem ser encarados como exceção. A interpretação que a eles se dá será restritiva e não extensiva.” FORGIONI, Paula A. Os *Fundamentos do Antitruste*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, p. 342, 2010.

14. Esta é uma ideia adaptada do imortal ASQUINI, Alberto. *Perfis da Empresa*. Traduzida por Fábio Konder Comparato. São Paulo: *Revista de Direito Mercantil – Industrial Econômico e Financeiro*, nº 104 outubro/dezembro de 1996, p. 109.

15. “O critério com respeito à forma consistiria em estabelecer uma graduação de prevalência entre as três formas da norma jurídica, por exemplo. Deste modo: se de duas normas incompatíveis uma é imperativa ou proibitiva e a outra é permissiva, prevalece a permissiva. Esse critério parece razoável, e correspondente a um dos cânones interpretativos mais constantemente seguidos pelos juristas, que é o de dar preponderância, em caso de ambiguidade ou incerteza na interpretação de um texto, à interpretação *favorabilis* sobre a *odiosa*. Em linha geral, caso se entenda por *lex favorabilis* aquela que concede uma liberdade (ou faculdade, ou direito subjetivo) e por *lex odiosa* aquela que impõe uma obrigação (seguida por uma sanção), não há dúvida de que uma *lex pertissiva* é *favorabilis*, e uma *lex imperativa* é *odiosa*.” BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 10ª ed., 1999.

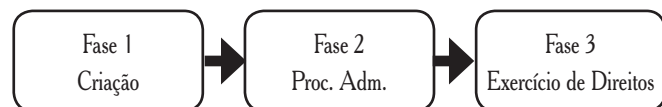
16. “Tenho para mim que os procedimentos que conferem monopólio são estritamente vinculados, não comportando interpretação extensiva de seus termos.” TRF-2, 2ª Turma Especializada, voto de Messod Azulay Neto, AI 2007.02.01.001107-0, 28/08/2007.



Nota-se que – pelo hexágono supra – alguns dos polos de *interesses juridicamente protegidos* dialogam predominantemente com âmbitos privados, outros com interesses públicos primários coletivos, alguns com interesses públicos primários sociais e contempla-se, até, interesses públicos secundários.<sup>17</sup> Contudo, não é possível dar ênfase da tutela a apenas um – ou alguns – de tais núcleos, já que o enveredamento constitucional (art. 1º, IV, 5º, XXIX, e 170 e incisos da CRFB) é a de harmonizar uma proteção a todos os eixos simultaneamente, através de um processo normativo composto de regras, princípios, valores, contextos e postulados ponderados.<sup>18</sup>

### 3. AUTONOMIA PRIVADA, CAUSAS E EFEITOS DA PROTEÇÃO DOS DPI'S

As liberdades – enquanto manifestação da autonomia privada (Fase 1) – do *homo economicus* podem ser observadas com maior intensidade em duas das três principais fases do tempo ao se lidar com DPI's sujeitos ao sistema atributivo de direito. Explica-se.



Na primeira fase o agente econômico tem a mais irrestrita amplitude libertária (no advento de tal ato-fato)<sup>19</sup> para eleger (a) se criará algo ou se preferirá aguardar para usar o domínio público proveniente da extinção

da exclusividade sobre a *poiesis* alheia (a exemplo da indústria de medicamentos genéricos); (b) se tal criação visará uma verdadeira ruptura – inovação disruptiva; (c) se adaptará uma criação anterior para produzir algo novo – em uma inovação incremental (a exemplo de um modelo de utilidade); (d) se a sua criação visará produzir algo de cunho estético, ornamental, utilitário ou meramente distintivo; e (e) uma vez criado o bem imaterial, se preferirá manter sua produção em segredo ou se buscará o amparo estatal (através de um processo administrativo, por exemplo).

Na terceira fase, por sua vez, em um momento em que o direito do criador foi reconhecido e concedido/registrado, novamente o agente econômico tem ampla faculdade (basicamente nos negócios jurídicos) para (e) abdicar de seu direito (formalmente através do ato de renúncia ou de abandono – v.g. não adimplir o preço público<sup>20</sup>/anuidades/decênios); (f) usar diretamente o bem intelectual, ceder ou licenciar a terceiros (com ou sem exclusividade, instituir uma franquia); (g) coactar terceiros utentes não autorizados de se “valerem” de seu bem; (h) ser omissivo/tolerante com o uso não anuído por terceiros; e (i) aperfeiçoar sua criação com obras derivadas/incidentais (v.g. patentes de aperfeiçoamento, labores de especificação civil etc.).

Entretanto, na fase intermediária entre a criação (plano dos elementos da existência)<sup>21</sup> e o exercício dos DPI's (fatores de eficácia) há o processo administrativo (ato jurídico em sentido estrito)<sup>22</sup> hábil a contemplar o plano da validade, constituindo o direito perquirido ou denegando-o. No ambiente da Propriedade Industrial, tal múnus público é exercido por

17. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. São Paulo: Dialética, p. 33, 2008.

18. “Ou se examina a razão que fundamenta a própria regra (*roles purpose*) para compreender, restringindo ou ampliando, o conteúdo de sentido da hipótese normativa, ou se recorre a outras razões, baseadas em outras normas, para justificar o descumprimento daquela regra (*overruling*). Essas considerações bastam para demonstrar que não é adequado afirmar que as regras “possuem” um modo absoluto “tudo ou nada” de aplicação.” ÁVILA, Humberto Bergman. *Teoria dos Princípios*. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 14ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, p. 51, 2014.

19. “O louco que pinta um quadro, adquire a sua propriedade e não importa ao menos se ele sabia, ou não, o que estava realizando.” MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, p. 169, 2012.

20. “Preço pago como retribuição à análise de pleito de registro de marcas ou proteção das topografias de circuitos integradas ou pedidos de patentes no sistema de proteção à Propriedade Intelectual não ostenta compulsoriedade, possuindo natureza jurídica de tarifa

ou preço público, devida por interesse do particular. Art. 228 da Lei nº 9.279/1996. Súmula 545 do STF, Pleno, Min. Edson Fachin, ADI3863/DF, J. 20/09/2018.

21. “Quando acontece, no mundo real, aquilo que estava previsto na norma, esta cai sobre o fato, qualificando-o como jurídico; tem ele, então, *existência jurídica*.” AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio Jurídico. Existência, Validade e Eficácia*. 4ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, p. 23, 2002.

22. “Manifestações de vontade consideradas como pressupostos de efeitos assinados e ordenados rigidamente por lei. Ao lado das ações materiais voluntárias, na classificação que estamos expondo, figuram as manifestações de vontade consideradas como pressupostos, não de efeitos eleitos, dispostos e ordenados por quem tais manifestações produz, mas de efeitos prefixados e ordenados rigidamente por lei. São fatos humanos e voluntários. (...) Mas, nêles, a vontade só possui o valor de requisito para a sua produção, visto como, considerada do ponto de vista estrutural, é desprovida de força preceptiva e, considerada do ponto de vista funcional, privada é de força dispositiva. (...) mas, os efeitos por êle visados só podem ser os determinados e disciplinados intransponivelmente por lei.” RÁO, Vicente Francisco de Paula. *Ato jurídico*. 2ª tiragem. São Paulo: Max Limonad, p. 23, 1961.



autarquias (como INPI e a JUCERJA), agências reguladoras (como a Anvisa), por Órgãos Públicos (a exemplo do SNPC) e até por entes privados com atividade pública delegada (a exemplo do Registro.br/Nic.br/CGI.br). Pelo fato de prestar serviço público – atividade econômica em sentido amplo<sup>23</sup> – sobre bens indisponíveis (liberdades de todos os núcleos de interesse) nenhum dos entes goza da prerrogativa da discricionariedade,<sup>24</sup> do capricho em preferir outorgar ou recusar o pleito do *homo creativus*. Tal é de fundamental discernimento visto que, sobre o ponto de vista do erário público, muitas concessões de DPI's podem resultar no descabimento de licitação (art. 25, I, da Lei nº 8.666/1993) e um impacto nos cofres do Estado (a exemplo de uma patente farmacêutica sobre uma moléstia sensível que consta na lista prioritária do SUS). Entretanto, por mais custoso que possa ser, se presentes os requisitos legais, cabe ao Estado reconhecer e constituir o direito de exclusividade em favor do agente econômico (ainda que possa posteriormente desapropriar a titularidade ou licenciá-la compulsoriamente).

Se o ponto característico nesta etapa intermediária entre a criação e o gozo da tutela é da limitação (e da delimitação) da Autoridade Pública ao direito positivo,<sup>25</sup> o mesmo ocorre àquele que perquire a proteção jurídica. A moldura hermenêutica é estreitíssima no processo administrativo de constituição/declaração do DPI, não sendo campo atrativo ao “direito-criativo”, ao pós-positivismo<sup>26</sup> ou ao neoconstitucionalismo. Não há *jeitinho brasileiro*, informalidade ou improvisado no procedimento; cabem apenas a incidência da política pública proscria no sufixo do art. 5º, XXIX, da CRFB (“tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País”) e os arquétipos da Administração Pública de que tratam os artigos 5º, LIV, e 37, caput (“obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”), da mesma Carta.

Neste esteio, o depositante do pedido de registro/concessão exerce o direito subjetivo público de petição<sup>27</sup> sem controlar<sup>28</sup> a resposta que advirá do Estado. Não há garantias sobre a obtenção da exclusividade já que não se considera a criação mera obrigação de meio; mas sim – *lato sensu* – uma obrigação de resultado. Provado o mérito admi-

nistrativo; pleiteado o direito de modo tempestivo; reivindicado o que não era estado da arte, domínio público ou direito de propriedade alheio; adimplidos os preços públicos e obrigações *propter rem*; cumpridas as exigências procedimentais; haverá registro ou concessão.

\*\*\*

Vista a extensão da autonomia privada no ciclo criativo-administrativo-coactivo (Fase 1) dos DPI's, é fundamental compreender como tal ato de liberdade é correlacionado à causa de legitimação da constituição (Fase 2) da mesma prerrogativa jurídica, e vinculado à eventual produção de efeitos (Fase 3).

A causa (Fase 2) que erige uma criação a obter uma tutela de exclusividade tem a ver (a) com sua função ou finalidade e, dentro dela, com (b) seu *contributo mínimo*<sup>29</sup> (extensão qualitativa da criação). Por exemplo, no DPI se uma criação:

- (i) tem *fito* estético: poder-se-ia estar diante de (a) uma *fattispecie* a atrair a incidência da Lei nº 9.610/1998; se – e somente se – tal *corpus mysticum* for (b) *original* perante as obras que lhe antecederam no tempo;
- (ii) tem *fito* ornamental: poder-se-ia estar diante de (a) um fato gerador a atrair a incidência da Lei nº 9.279/1996, com relação aos desenhos industriais; se – e tão somente se – tal *corpus mysticum* for (b) *original* perante os elementos decorativos que lhe antecederam no tempo;
- (iii) tem *fito* distintivo: poder-se-ia estar diante de (a) uma hipótese de incidência a atrair a abrangência da Lei nº 9.279/1996, com relação às marcas, expressões de publicidade ou indicações geográficas; se – e somente se – tal *corpus mysticum* for (b) *distintivo* perante os signos que lhe antecederam no tempo, ao menos em uma determinada especialidade;
- (iv) tem *fito* utilitário: poder-se-ia estar diante de (a) uma *fattispecie* a atrair a incidência da Lei nº 9.279/1996, com relação às patentes;<sup>30</sup> se – e apenas se – tal *corpus mysticum* for (b) portador de ato/atividade inventiva diante do estado da arte.

23. GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. São Paulo: Ed. Malheiros, p. 101, 2010.

24. BARBOSA, Pedro Marcos Nunes & BARBOSA, Denis Borges. O Código da Propriedade Industrial conforme os Tribunais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

25. “Atualmente, diante da evolução do Direito Administrativo, em razão dos princípios da legalidade constitucional (CF, art. 5º, II) e da legalidade administrativa (CF, art. 37, caput), na realidade, as únicas fontes primárias do Direito Administrativo são a Constituição e a lei em sentido estrito. Os demais atos normativos expedidos pelo Poder Público constituem fontes secundárias.” MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 39ª ed. Editora Malheiros; São Paulo, p. 47, 2013.

26. Sobre o paradoxo do modismo pós-positivista (normativista) em um regime democrático vaticina a melhor doutrina: “Mas houve espaço para nossas contradições de sempre: a chegada da democracia não ter levado os administrativistas a valorizarem o direito positivo mais do que haviam feito no passado. Pela ótica racional, era de se esperar o aumento do prestígio das instituições: da legislação, agora vinda da representação popular, e também das políticas e procedimentos da nova Administração Pública, legitimada por eleições e por outros mecanismos de participação. Os administrativistas, hoje todos democratas, na democracia haveriam de, em uníssono, aumentar a militância institucionalista, se mesmo em épocas autoritárias já se vinculavam por definição à legalidade (afinal, submissão à lei

é da lógica do próprio ramo jurídico).” SUNDFELD, Carlos Ari. Direito Administrativo para Céticos. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 69.

27. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Teoria Geral do Processo. Rio de Janeiro: Forense, p. 82, 2018.

28. *Mutatis mutandi*, “A regra é a chamada indisponibilidade do procedimento, que em princípio deve levar o juiz a indeferir a petição inicial se escolhido procedimento inadequado e não for possível adaptar. É excepcional a permissão de optar pelo procedimento.” DINAMARCO, Cândido Rangel & CARILHO LOPES, Bruno Vasconcelos. Teoria geral do Novo Processo Civil. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, p. 127, 2018.

29. “A regra do contributo mínimo igualmente não é exceção ou limitação: os objetos que não alcançam o nível mínimo de proteção destarte não incidem no campo de proteção.” BARBOSA, Denis Borges. Questões Fundamentais de Direito de Autor. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 194, 2012, versão digital.

30. Endossamos, portanto, o entendimento seguinte: “A proteção pela via da patente deve se dar somente quando o objeto a ser protegido se situa no domínio da técnica, por oposição ao domínio da estética, inexistindo, no caso tanto do Modelo Industrial quanto do Desenho Industrial, qualquer aspecto tecnológico que indicasse que a proteção desses direitos se dava sob a forma de patente.” TRF-2, 2ª Turma Especializada, Des. Liliane Roriz, AC 200151015382736. J. 28/10/2005.



Ou seja, o *homo criativus* tem a faculdade (Fase 1) de criar (ato-fato) o que lhe aprouver, mas a *causa* constitutiva de eventual título de DPI, a incidência jurídica (ao ato jurídico em sentido estrito)<sup>31</sup> que determina se uma criação é *estética, ornamental, distintiva* ou *utilitária* não vem do *animus* do criador, e sim do império da Lei (Fase 2). Logo, não é possível alguém obter um registro de desenho industrial para criação nitidamente utilitária, um registro de marca para uma criação ornamental, uma concessão de patente para obra estética ou qualquer outra incidência que não seja a da taxatividade legal (Se “A” => então “B”). Em um paralelo com o mundo desportivo e das ciências: (i) quem escreve um belíssimo romance não poderá almejar a Medalha Fields por tal produção literária; (ii) o terceiro colocado na maratona não perceberá a medalha de ouro nas Olimpíadas; e (iii) o vencedor da Copa do Mundo de Futebol não será também laureado, apenas pelo fato anterior, com o prêmio Nobel de Economia.

Como se viu no diagrama do item “2.3”, a constituição de um DPI afeta diretamente seis principais núcleos de interesses, que não são sujeitos às *surpresas* ou *truques* do titular ou do autor para obter uma exclusividade incompatível com a natureza de sua criação. Tal não seria Republicano<sup>32</sup> ou compatível com o *axioma* da segurança jurídica que informa a própria noção de Estado de Direito.

31. “Os atos jurídicos em senso estrito são aqueles cujo fator volitivo se dirige à produção de certos efeitos previstos em lei, imodificáveis pelo mero consentimento.” MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia Privada e Dignidade Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 111, 2009.
32. “O quadro constitucional que adota os padrões do constitucionalismo – do ideário francês e norte-americano instalado no mundo ocidental, nos fins do século 18 – e principalmente a adoção de instituições republicanas, em inúmeros Estados, cria um sistema absolutamente incompatível com a surpresa. Pelo contrário, postula e completa previsibilidade da ação estatal pelos cidadãos e administrados. É que o legislador atua representando o povo e expressando seus desígnios. Seu trabalho é necessariamente público e desenvolvido em clima de amplo debate. Os negócios do Estado são públicos (se fazem abertamente, à vista do público), salvo raras exceções, expressamente previstas em lei. A imprensa livre – condição necessária ao funcionamento do sistema (como viabilizadora do direito à informação) – serve de veículo aos mecanismos de fiscalização do governo pelo povo. O Judiciário aplicará a lei, em processos contenciosos, sem discricção e na conformidade de padrões técnicos perfeitamente previsíveis. (...) a previsibilidade da ação estatal é consequência do prestígio da segurança jurídica.” ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2ª ed., 3ª triagem. São Paulo: Malheiros Editora, p. 171, 2001.
33. Para uma citação completa de tal arquétipo vide: “Há uma repartição constitucional de proteções da Propriedade Intelectual que separa, segundo diferentes balanceamentos de

Por tal razão, o mais importante e produtivo doutrinador dos DPI’s no Brasil identificou tal cautela jurígena como o “princípio da especialidade das proteções”, segundo o qual: “[c]ada Direito da Propriedade Intelectual terá a proteção adequada a seu desenho constitucional e ao equilíbrio ponderado dos interesses aplicáveis, respeitado a regra de que só se pode apropriar o que não está no domínio comum”<sup>33</sup>.

Tais constatações não significam dizer que no rico mundo da vida uma criação seja impossibilitada de ostentar, simultaneamente, de (i) uma faceta *ornamental* e outra *estética*, ou (ii) um caractere utilitário sem deixar de ser *distintiva*; já que é possível existir uma *zona gris*<sup>34</sup> entre uma *finalidade* e outra. Entretanto, nos casos em que o *produto* (dos audaciosos meandros cerebrinos) atingir mais de uma *função*, será o *fito prevalente* dele que atrairá a incidência jurídica para distinguir se o caso é de se buscar um pleito de patente ou de desenho industrial; se se trata de signo distintivo ou de direito de autor, etc.

Não é possível (a) a *escolha* do tipo de proteção de exclusividade uma vez que o *iter imaterial* foi criado, já que não se consegue afastar a consequência jurígena diante do ato-fato (*poiesis per se*); ou (b) combinar *tutelas* simultâneas ou sucessivas para o mesmo bem jurídico. No primeiro caso (a) trata-se de *pseuda* disponibilidade diante

interesse jurídicos, os objetos funcionais e os *índices de origem*, para lhes atribuir tipos diferentes de direitos de exclusividade. Assim, em princípio, nunca um objeto funcional será protegido como marca. Com efeito, a Constituição de 1988 provê uma solução de equilíbrio para cada falha de mercado específica: direitos de exclusiva temporários, em certos casos (patentes, direitos autorais); direitos sem prazo, em outros casos (marcas) (...) Alvitra-se, assim a aplicabilidade ao caso do chamado “princípio da especialidade das proteções”. Tal princípio poderia ser assim expresso: Cada Direito da Propriedade Intelectual terá a proteção adequada a seu desenho constitucional e ao equilíbrio ponderado dos interesses aplicáveis, respeitado a regra de que só se pode apropriar o que não está no domínio comum”. BARBOSA, Denis Borges. *Da Tecnologia à Cultura*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 50-51, 2011.

34. “Sem dúvida, parece haver entre a propriedade artística e a Propriedade Industrial uma zona intermediária, onde se situam as criações que participam, ao mesmo tempo, da natureza das obras de arte e dos característicos das produções industriais, como se dá com os desenhos e modelos industriais, não se podendo saber, como dizem alguns escritores, onde finda a arte e começa a indústria.” CERQUEIRA, João da Gama. *Tratado da Propriedade Industrial*. Vol. I - Da Propriedade Industrial e do Objeto dos Direitos. 3ª ed., atualizada por Denis Borges BARBOSA e Newton SILVEIRA. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 37, 2012. No mesmo sentido vide SILVEIRA, Newton. *Direito de autor no design*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, p. 19, 2012.



de regra cogente e no segundo (b) cuida de ato ilícito<sup>35</sup> e de abuso do direito<sup>36</sup> cognominado de *sobreposição de direitos*.<sup>37</sup>

A ilegalidade – da (b) sobreposição de direitos de exclusividade ou (a) da “escolha” de tutela à bem jurídico que conta com natureza diversa da genuína causa constitutiva – é reiteradamente elencada pela legalidade estrita, seja no diploma da Lei n° 9.279/1996,<sup>38</sup> da Lei n° 9.456/1997<sup>39</sup> ou da Lei n° 9.610/1998.<sup>40</sup> Porém, a ilegalidade *per se* não é suficiente para dissuadir os embusteiros de tentarem receber (i) mais de uma vez pelo *sinagema social da criação* ou (ii) prêmio maior e de análise menos exigente; do que é merecido pela *finalidade da criação* e pelo *contributo mínimo* performedo. Tais procederem – quando percebidos – têm sido combatidos duramente<sup>41</sup> pelos bons precedentes<sup>42</sup> pretorianos<sup>43</sup> e pela atuação do *parquet*.<sup>44</sup>

\*\*\*

Apresentada à abrangência da autonomia privada (Fase 1), ventilados os pontos cardinais da (Fase 2) causa de tutela dos DPI's, não é possível compreender a complexidade e o perigo corrido pelos axiomas da economia capitalista (liberdade de iniciativa e

concorrência) sem se sublinhar os possíveis (Fase 3) efeitos nefastos de um *controle frágil* às volúpias dos titulares de DPI's.

O plano da eficácia denota que certos DPI's (a) gozam de uma exclusividade forte independentemente de qual seja a área de atuação do terceiro (a exemplo da patente de invenção conforme o art. 42 da LPI); (b) portam uma mera exclusividade setorial (a exemplo das marcas reguladas do art. 129, da LPI); (c) têm sempre o mérito examinado antes de sua concessão (a exemplo do modelo de utilidade, conforme o texto do art. 30 da LPI); (d) não carecem imperativamente de exame prévio para sua constituição (a exemplo do Desenho Industrial de que trata o art. 106 da LPI, do Software de que trata a Lei n° 9.609/1998 ou do Direito de Autor de que trata a LDA); (e) são impassíveis de prorrogação (a exemplo das patentes, conforme o art. 40 da LPI); (f) são passíveis de prorrogações limitadas (a exemplo dos desenhos industriais, conforme o art. 108 da LPI); (g) gozam de prorrogações de prazo sem limitações temporais intrínsecas (a exemplo das marcas, conforme o art. 133 da LPI); (h) uma vez ingressados no domínio público jamais dele retroagirão<sup>45</sup> (tal é a regra do sistema, conforme se pode perceber no

35. Entre tantas violações a bens jurídicos, ganha atenção os incisos XIV (“açambarcar ou impedir a exploração de Direitos da Propriedade Industrial ou Intelectual ou de tecnologia”) e XIX (“exercer ou explorar abusivamente Direitos da Propriedade Industrial, Intelectual, tecnologia ou marca”) do parágrafo 3º, do art. 36 (“Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados”), da Lei n° 12.529/2011.

36. “A verdade é que o abuso de direito causa danos individuais e coletivos, e contribui para o sentimento de impunidade que nos oprime tanto no Brasil. Como alerta Mosset Iturraspe, a sociedade pós-moderna é uma sociedade em que o dano ao outro muitas vezes “vale a pena”, em um novo pragmatismo cruel: ‘cause dano, se isto economicamente lhe convém!’” MIRAGEM, Bruno. *Abuso do Direito*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 16, 2013.

37. “this ratio decidendi can obviously be transposed to signs which consist of more or less famous works of art, a differentiated position of German courts can be expected in the future. Applications will tend to fail for all those classes of products where the use of the sign amount to a mere descriptive use or is only capable of raising the public’s general attention (...) certain public domain uses of works of art or cultural artefacts can obviously be impeded by trademark holders under German trademark law. Nevertheless, where famous works of art are systematically registered for the sole purpose to extract license fees for uses already established in the markets, this might in extreme cases amount to bad faith and such applications should be rejected.” DERCLAYE, Estelle & LEISTNER, Matthias. *Intellectual Property Overlaps. An European Perspective*. Portland: Hart Publishing, p. 250, 2011.

38. Vide, v.g.: (i) Art. 10. Não se considera invenção nem modelo de utilidade: IV - as obras literárias, arquitetônicas, artísticas e científicas ou qualquer criação estética; V - programas de computador em si; (ii) Art. 98. Não se considera desenho industrial qualquer obra de caráter puramente artístico; e (iii) Art. 124. Não são registráveis como marca: VII - sinal ou expressão empregada apenas como meio de propaganda; IX - indicação geográfica, sua imitação suscetível de causar confusão ou sinal que possa falsamente induzir indicação geográfica; XVII - obra literária, artística ou científica, assim como os títulos que estejam protegidos pelo direito autoral e sejam suscetíveis de causar confusão ou associação, salvo com consentimento do autor ou titular; XX - dualidade de marcas de um só titular para o mesmo produto ou serviço, salvo quando, no caso de marcas de mesma natureza, se revestirem de suficiente forma distintiva; XXII - objeto que estiver protegido por registro de desenho industrial de terceiro.

39. Art. 2º A proteção dos direitos relativos à Propriedade Intelectual referente a cultivar se efetua mediante a concessão de Certificado de Proteção de Cultivar, considerado bem móvel para todos os efeitos legais e única forma de proteção de cultivares e de direito que poderá obstar a livre utilização de plantas ou de suas partes de reprodução ou de multiplicação vegetativa, no País.

40. Art. 8º Não são objeto de proteção como direitos autorais de que trata esta Lei: VI - os nomes e títulos isolados; e VII - o aproveitamento industrial ou comercial das ideias contidas nas obras.

41. “Saliente-se: a autora não pleiteou o registro de marca tridimensional apresentando combinação de cores mas apenas uma (azul), o que é vedado em lei. Portanto, já que cores isoladas não são registráveis como marcas, o conjunto-imagem deve incluir uma combinação de cores original e distinta, ao invés de uma única cor, como no caso concreto. Ademais, como os elementos destacados pela autora no conjunto-imagem representam formas comuns e vulgares do acondicionamento de produtos similares, conclui-se que não se deve registrar tal forma ou formato como uma marca tridimensional, tendo em mente as normas e diretrizes da legislação marcária brasileira.” TRF-2, 1ª Turma Especializada, Des. Antônio Ivan Athié, AC 201051018183491, DJ 15/06/2012.

42. “Modelo de Utilidade e a Marca Tridimensional. Muito embora o ato de deferimento de marca, em regra, tenha validade em todo território nacional (artigo 129 da Lei n° 9.279/1996), não se pode olvidar que se trata de questão *sub judice* em que o magistrado, a meu ver corretamente, fez uso do poder geral de cautela e autorizou que as autoras, ora embargadas (...) lançassem no mercado a sua linha de barbeadores de três lâminas circulares, independente dessa formação técnica se confundir com a marca tridimensional registrada pela ré.” TRF-2, 2ª Turma Especializada, Des. André Fontes, ED na AC 200502010117070, DJ 30/01/2008.

43. “A questão versada nestes autos é de fácil solução, uma vez que os documentos de fls. 179-184 demonstram de maneira irretorquível que a ora primeira apelada (...) – é detentora dos direitos autorais de “The Tree Design”, que constitui desenho estilizado de árvore, anterior à data do depósito do registro que aqui se pretende constituir, o que faz subsistir o caso concreto à hipótese de irregistrabilidade contida no item 15 do art. 65 da Lei n° 5.772/1971. Desprovida de fundamento, assim, a afirmativa do autor de que não se trata de direito autoral, mas sim marca mista cuja parte figurativa não goza de proteção exclusiva.” TRF-2, 2ª Turma Especializada, Des. André Fontes, AC 9802202533, DJ 26/04/2005.

44. “Consoante mencionado, o Brasil aderiu à primeira revisão e, como forma de se alinhar às ideias, sancionou, em 1997, lei que dispõe sobre a proteção de cultivares (Lei n° 9.456/1997). A proibição à cumulação de proteções e a permissão de reserva de grãos para plantios subsequentes, itens frisados acima, estão disciplinados sobretudo nos artigos 2º e 10, I, II, III, IV, do diploma legal (...). A decisão do tribunal de origem, por resolver a lide com lastro na lei que dispõe sobre Propriedade Industrial, não se mostra em harmonia com as normas mais específicas e que privilegiam o agricultor, contidas em especial na Seção III da Lei n° 9.456/1997 (Do Direito de Proteção).” Parecer do Sub-Procurador Geral da República, (Ex-MPF no CADE) Sady d’Assumpção Torres Filho, no IAC em REsp 1610728/RS, 26/06/2018

45. “Assim, tem-se que quando do ajuizamento da ação (em 12/01/2006), não mais subsistia o interesse de agir da autora, porquanto o ordenamento jurídico vigente não prevê o restabelecimento de privilégio de patente cujo objeto encontra-se em domínio público.” STJ, 4ª Turma, Min. Raul Araújo Filho, REsp 1233914, DJ 25/09/2017”.



ambiente das patentes, do desenho industrial, do *software*, dos direitos autorais, das cultivares, das topografias e circuitos integrados e do segredo industrial, *exempli gratia*) em virtude da novidade absoluta e (i) que são passíveis de serem *ressuscitados* se a exclusividade findar (como é o caso dos signos distintivos em geral, mas das marcas em particular) em virtude da novidade *relativa* ou disponibilidade.

Não obstante, como os prazos de exclusividade são deveras variados (de até setenta (70) anos pós-morte do autor na LDA; até cinquenta (50) anos na Lei n.º 9.609/1996; até o máximo de vinte e cinco (25) anos para DI's na LPI; até vinte (20) anos para patentes na LPI etc.); levando em conta a profunda variedade entre os preços públicos cobrados; e considerando o fato de que os procedimentos variam intensamente de uma espécie de DPI para outra; há muitos incentivos econômicos que podem estimular o sujeito de direito a procurar atalhos visando procrastinar o domínio público<sup>46</sup> ou, até mesmo, evitá-lo.<sup>47</sup> Nenhuma destas práticas, contudo, é conforme a legalidade constitucional.

Características	Marcas	Desenhos Industriais	Direitos Autorais
Burocracia do sistema atributivo	Sim	Sim	Não
Prazo patrimonial	Sim/ Prorrogável/ 10 anos	Sim/ Prorrogável/ Até 20 anos	Sim/ Improrrogável/ 70 anos p.m.
Prazo existencial	Não observado como regra/Não	Não observado como regra/Não	Não
Fito	Comunicacional	Ornamental com parcela utilitária	Puramente estética
Incidência	Nomes, figuras, teor misto	Cores, desenhos com emprego pragmático, linhas	Criações subjetivas sobre as transformações humanas
Relevância da novidade objetiva	Não	Sim	Não
Obrigação de resultado	Sim	Sim	Sim

46. “Se in ciò si concorda, è allora inevitabile il contrappasso: ed infatti è evidente che *diviene immediatamente pacifica la non concedibilità della tutela aliorquando più non vi sia distintività: essendo quello ‘stile’ imprenditoriale divenuto di dominio pubblico, e questo dato a contrassegnare il limite temporale della tutela, senza che occorra prendere a mutuo verificazioni econometriche, che sarebbero anche a questo proposito non tanto di difficile riscontro oggettivo, quanto di deviante protezione*”. SCIRE, Francesco. *Concorrenza Sleale e Sfruttamento Del Lavoro Altrui*. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, p. 57, 1994.
47. “Todos sabemos que a patente concedida a alguém representa uma verdadeira desapropriação, indevida, da coletividade. Por isso mesmo, o direito exclusivo da invenção não é eterno”. RODRIGUES, Clovis Costa. *Concorrência Desleal*. Rio de Janeiro: Editora Peixoto S.A., p. 255, 1945.
48. Com destaque para as teses de doutorado da professora doutora Patrícia Carvalho da Rocha Porto (INPI) defendido junto ao PPEP/UFRJ; e professora Heloisa Gomes Medeiros (UEMA e UNDB) defendido junto à UFSC; e BITTAR, Carlos Alberto. *Teoria e praticada concorrência desleal*. São Paulo: Saraiva, p. 24, 1989.
49. “Assim, embora os dois enunciados refiram-se à realidade por meio de uma parte referencial que pode ser comum a ambos (frástico), eles se distinguem relativamente à função cognitiva ou normativa que visam a cumprir (nêustico), já que o enunciado descritivo tem a função de transmitir informações sobre a realidade e o enunciado prescritivo, a incumbência de guiar a conduta”. ÁVILA Humberto Bergmann. *Competências Tributárias,*

Em uma nota concludente afirma-se: (i) uma vez criado o *corpus mysticum* o autor/titular não tem autonomia para eleger qual natureza de *incidência jurídica* advirá; já que (ii) a intensidade e extensão da proteção se dá de acordo com a *finalidade* e o *contributo mínimo* do bem criado; (iii) ser indiferente à vontade do originador a legalidade de dilatar seu prazo de exclusiva – mesmo diante dos expedientes comuns, ilícitos e ilegítimos de tentar *travestir* uma criação com a finalidade de outra – ou de tentar sobrepor proteções para uma *unívoca* produção intelectual; e (iv) ser irrelevante o *fator investimento* para a obtenção de eventual resguardo jurídico, já que trata-se de obrigação de resultado (das metas legais) e não de mero *esforço*.

#### 4. CONCLUSÃO

Este autor não ignora trabalhos acadêmicos nacionais<sup>48</sup> sérios, extremamente bem escritos, que narram a frequência infeliz em que a prática da sobreposição de DPI's tem ocorrido no Brasil. Entretanto, ao contrário de focar em uma ótica *descritiva*, do *ser*, ou do *cotidiano*, preferi adotar uma abordagem *prescritiva*, do *dever ser*, ou da *realidade quista* pela política pública de tutela aos Direitos da Propriedade Intelectual (art. 5º, XXIX, e 170, IV, da CRFB, e art. 2º, da LPI).<sup>49</sup> Este fenômeno não é um problema puramente local, sendo apontado como prática de distorção da ética concorrencial<sup>50</sup> mundo afora,<sup>51</sup> devendo a questão ser solucionada no sentido de se evitar o *bis in idem contra societates*.<sup>52</sup>

Penso que há duas grandes similitudes que permeiam os campos do Direito Penal, do Direito Tributário e do Direito da Propriedade Intelectual, quais sejam: (i) são tendentes à legalidade estrita, a róis taxativos e típicos (de incidência); e (ii) são direitos que excepcionam a liberdade, razão pela qual devem ser interpretados *cum granum salis*. Cometido o crime paga-se a pena, uma única vez; incidido o fato gerador atrai-se o dever jurídico tributário, tão somente uma vez; e criado o *bem intelectual* que supera as balizas legais obtém-se a exclusividade, *one time only*. Não é à

um Ensaio sobre a sua Compatibilidade com as Noções de Tipo e Conceito. São Paulo: Malheiros, p. 18, 2018.

50. “Sem a ética, instaura-se uma espécie de anarquia de valores e, com ela, torna-se mais fácil a dominação dos mais fracos pelos mais fortes”. LUCCA, Newton De. *Da Ética Geral à Ética Empresarial*. São Paulo: Quartier Latin, p. 310, 2009.
51. “*useful articles are designed to look attractive. For instance, a toaster might be given an art deco appearance or a desk lamp might be designed in a sleek modernistic fashion. Although these objects embody artistic creativity, the copyright statute makes clear that the design of a useful article can only be protected under the copyright law “to the extent that such design incorporates pictorial, graphic or sculptural features that can be identified separately from, and are capable of existing independently of, the utilitarian aspects of the article”*. 17 U.S.C.A. § 101 (1992). SCHECHTER, Roger E. *Unfair Trade Practices & Intellectual Property*. 2ª ed. United States of America: Black Letter Series 2002, p. 94.
52. “Antes, direitos privativos e concorrência desleal são círculos secantes. Têm núcleos diferenciados, mas há uma zona de sobreposição. Isto é próprio de uma relação de subsidiariedade. Concluímos assim que entre violação de direitos privativos e concorrência desleal medeia um concurso aparente, a resolver em termos de subsidiariedade. As normas valorativas da concorrência desleal cederão, na ausência de fundamento em contrário, perante as regras mais precisas de tutela dos direitos privativos”. ASCEN-SÃO, José de Oliveira. *Concorrência Desleal*. Coimbra: Almedina, p. 352, 2002.



toa que os DPI's são aversos ao *double patenting* ou à relativização do requisito da novidade, já que de um lado vilipendiar-se-ia o requisito do *contributo mínimo* e, de outro, se oneraria novamente a sociedade que se veria desproporcionalmente cerceada<sup>53</sup> da utência de um signo, de uma obra, de um ornamento ou de uma tecnologia utilitária.

Por sinal é preciso observar que os prazos das exclusivas havidas à época da adesão à Convenção União de Berna e da Convenção União de Paris foram todos majorados perante às fontes legislativas em um contexto pós-ADPIC (por exemplo na Lei nº 9.610/1998, Lei nº 9.279/1996, Lei nº 9.609/1998). Isto é um fenômeno contra-intuitivo e até paradoxal diante da redução dos prazos prescricionais, decadenciais e da usucapião que foram notados na sucessão do Código Civil de 1916 para o Código Civil de 2002.

Desta forma, ao analisar que o “pedágio” pago pela outorga da exclusiva já é suficientemente bem remunerado, deve-se compreender que o fenômeno da sobreposição de direitos patrimoniais encontra-se as seguintes “dificuldades” no ordenamento pátrio:

- (a) pelo axioma do princípio da especialização das proteções, é vedado ao agente econômico “preferir” buscar tutela que não corresponda à natureza de sua criação;
- (b) pela premissa maior da liberdade de iniciativa, da liberdade de concorrência, da interpretação restritiva dos Direitos da Propriedade Intelectual, pela prescrição proibitiva da Lei nº 9.279/1996 em seus artigos 10, IV, V, 98, e 124, VII, IX, XVII, XX e XXII, afora vedações símiles na Lei de Direitos Autorais (9.610/1998), na Lei de Proteção aos Cultivares (9.456/1997) e outras fontes normativas que regulam os DPI's, não é compatível com a Constituição (art. 5º, XXIX, e 170, IV) qualquer tentativa de sobreposição objetiva simultânea ou sucessiva de direitos de exclusiva; e
- (c) se um agente econômico tenta se apropriar, com exclusividade, de bens que fazem parte do *res communis omnium* (logo art. 99, I, do CC/2002), tal prática pode configurar – em tese – ilícito de que cuidam os tipos 36, §3º, XIV e XIX, da Lei nº 12.529/2011.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AKERLOF, George A. *The market for 'lemons': quality uncertainty and the market mechanism*. Boston: MIT Press. Vol. 84, nº 3, 1970.

53. “Il tutto come corollario del principio che, al di fuori della tutela brevettuale, ogni ‘risoluzione di problemi tecnici ... è di dominio pubblico’ e, quindi, atto lecito a fronte della ‘inconciliabilità della pretesa monopolistica del singolo con l’ esercizio libero da parte di altri’, donde ‘nell’ appropriazione lecita è naturalmente compresa anche la riproduzione integrale delle forme’, in quanto ‘l’ oneste vivere, imposto anche alla vita del commercio,

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Concorrência Desleal*. Coimbra: Almedina, 2002.

ASQUINI, Alberto. *Perfis da Empresa*. Traduzida por Fábio Konder Comparato. São Paulo: *Revista de Direito Mercantil – Industrial Econômico e Financeiro*, nº 104, outubro-dezembro de 1996, p. 109.

ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2ª ed., 3ª triagem. São Paulo: Malheiros Editora, 2001.

ÁVILA, Humberto Bergman. *Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 14ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2014.

\_\_\_\_\_. *Competências Tributárias, um Ensaio sobre a sua Compatibilidade com as Noções de Tipo e Conceito*. São Paulo: Malheiros, 2018.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio Jurídico. Existência, Validade e Eficácia*. 4ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

BARBOSA, Denis Borges. *Da Tecnologia à Cultura*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BARBOSA, Pedro Marcos Nunes & BARBOSA, Denis Borges. *O Código da Propriedade Industrial conforme os Tribunais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 10ª ed., 1999.

CARVALHO, Nuno Pires de. *The TRIPS Regime of Trademarks and Designs*. 3ª ed. Bedfordshire: Kluwer Law, 2014.

CERQUEIRA, João da Gama. *Tratado da Propriedade Industrial. Vol. I - Da Propriedade Industrial e do Objeto dos Direitos*. 3ª ed., atualizada por Denis Borges BARBOSA e Newton SILVEIRA. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

COASE, R. H. *The Nature of The Firm*. *Economica. New Series*, Vol. 4, Nº 16, 1937.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. São Paulo: Dialética, p. 33, 2008.

DERCLAYE, Estelle & LEISTNER, Matthias. *Intellectual Property Overlaps. An European Perspective*. Portland: Hart Publishing, 2011.

DINAMARCO, Cândido Rangel & CARILHO LOPES, Bruno Vasconcelos. *Teoria geral do Novo Processo Civil*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. São Paulo: Ed. *Revista dos Tribunais*, 2010.

*non implica rinuncia ai mezzi ed alle forme che la tecnica ha posto a disposizione del pubblico solo perché un altro concorrente può soccombere nella gara.*” SCIRE, Francesco. *Concorrenza Sleale e Sfruttamento Del Lavoro Altrui*. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1994.





- GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2010.
- LEONARDOS, Thomas. *Concurrença Desleal*. Rio de Janeiro: *Livraria Acadêmica*, 1936.
- LESSIG, Lawrence. *Code and Other Laws of Cyberspace*. New York: Basic Books, 1999.
- LUCCA, Newton De. *Da Ética Geral à Ética Empresarial*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Teoria Geral do Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 39ª ed. Editora Malheiros; São Paulo, 2013.
- MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- MIRAGEM, Bruno. *Abuso do Direito*. 2ª ed. São Paulo: *Editora Revista dos Tribunais*, 2013.
- RÁO, Vicente Francisco de Paula. *Ato jurídico*. 2ª tiragem. São Paulo: Max Limonad, 1961.
- RODRIGUES, Clovis Costa. *Concorrência Desleal*. Rio de Janeiro: Editora Peixoto S.A, 1945.
- SCHECHTER, Roger E. *Unfair Trade Practices & Intellectual Property*. 2ª ed. United States of America: Black Letter Series, 2002.
- SCIRÉ, Francesco. *Concorrenza Sleale e Sfruttamento Del Lavoro Altrui*. Milão: Dott. A. Giuffré Editore, 1994.
- SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalismo, Socialismo e Democracia*. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961.
- SILVEIRA, Newton. *Direito de autor no design*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para Céticos*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- WILLIAMSON, Oliver E. *The Economic Institutions of Capitalism. Firms, Markets, relational Contracting*. New York: *The Free Press*, 1985.