

## **Os Direitos da Patente e as Normas de Proteção da Concorrência**

**Lucas Neves Oliveira**

Mestrado em Direito das Empresas e do Trabalho  
Especialização em Direito do Trabalho

Orientador:

Professor Doutor Ruben Bahamonde Delgado  
Professor Auxiliar Convidado

Outubro, 2020





# iscte

CIÊNCIAS SOCIAIS  
E HUMANAS

Departamento de Economia Política – Área de Ciências Jurídicas

## **Os Direitos da Patente e as Normas de Proteção da Concorrência**

**Lucas Neves Oliveira**

Mestrado em Direito das Empresas e do Trabalho  
Especialização em Direito do Trabalho

Orientador:

Professor Doutor Ruben Bahamonde Delgado  
Professor Auxiliar Convidado

Outubro, 2020



Dedico este trabalho, aos meus pais Ildo Jeová de Oliveira e Valéria das Neves de Souza, minha irmã Laura Neves, à minha avó Marina, e meus afilhados, enfim, a toda minha família, pelo amor incondicional, incentivo, respeito e confiança.

Dedico também aos meus amigos, aos antigos e aos novos que conquistei ao longo do curso de Mestrado, por tudo o que significam na minha vida.







## AGRADECIMENTOS

Agradecer de “alma escovada e coração estouvado”, como diria Carlos Drummond de Andrade, constitui uma das atividades mais prazerosas à disposição do ser humano. Faço-o, pois, não por forma, mas por gosto e convicção.

Agradeço primeiramente a Deus, pela oportunidade de viver essa experiência de vida nova, um Mestrado em outro país, outro continente. Por me amparar nos momentos difíceis e incertos, a dar-me força para superar as adversidades da vida e ter me oferecido condições de lograr este objetivo.

À toda minha família e, em especial, aos meus pais, Ildo Jeová e Valéria das Neves, exemplos de integridade, dignidade e honradez, pela formação moral e intelectual que me proporcionaram, a custo de muito sacrifício, além de minha irmã Laura Neves, pelo amor incondicional e apoio de sempre.

À madrastra Elaine Cristina, e minha Tia Regina Oliveira por tudo que fizeram e fazem por mim. À meus afilhados por encherem de alegrias todos os dias. À minha avó Marina que sempre teve muito orgulho de seu neto.

Aos meus afilhados.

Por fim a meus amigos de Mestrado neste período, que se tornaram família nesta caminhada, diante de tanto apoio nas dificuldades, e também diante de tantas alegrias e descobertas juntos.

Gratidão a tudo é o sentimento que define tudo que vivi até aqui.



## RESUMO

Este trabalho apresenta à temática da exploração das patentes e as normas de proteção a concorrência, em especial seus aspectos econômicos que, muitas vezes, acabam por associá-las a idéia de monopólios. Responderemos os seguintes questionamentos: “Quais os conflitos existentes entre a propriedade industrial e o Direito da Concorrência? Como distinguir o monopólio legal das patentes? Em que situações podem ocorrer o abuso do direito do titular da patente?”. Será feita uma análise das relações entre os direitos da propriedade industrial, e as normas de defesa da livre concorrência no âmbito de Portugal e Brasil, a trazer um estudo de direito comparado entre estes dois países, a entrar na problemática a respeito do direito de exclusividade temporária na exploração da patente e essas normas da concorrência que visam combater o monopólio no mercado comum, o que nos leva a responder a grande questão: “A relação existente a propriedade industrial e o Direito da Concorrência é, em verdade, de colisão e divergência ou de harmonia e complementaridade?”. As respostas utilizam como método de pesquisa o dedutivo. Os processos metodológicos são o estudo dogmático jurídico, visto a impossibilidade de um estudo profundo sem que se recorra à lei, à doutrina ou à jurisprudência neste sentido, a descrever claramente as diferenças entre o monopólio em sentido jurídico, econômico e as situações que podem caracterizar-se como abuso de posição dominante.

**Palavras – Chave:** patente, monopólio, concorrência, abusos de posição dominante, legalidade.



## ABSTRACT

This work presents the theme of patent exploitation and the rules for protecting competition, in particular its economic aspects, which often end up associating them with the idea of monopolies. We will answer the following questions: “What are the conflicts between industrial property and competition law? How to distinguish the monopoly in an economic sense from the legal monopoly of patents? In what situations can the patent holder's rights be abused? ”. An analysis of the relations between industrial property rights, and the rules for the defense of free competition in the scope of Portugal and Brazil, will be carried out, to bring a comparative law study between these two countries, to enter into the problematic regarding the exclusive right temporary exploitation of the patent and these competition rules that aim to combat monopoly in the common market, which leads us to answer the big question: “The existing relationship to industrial property and competition law is, in fact, of collision and divergence or of harmony and complementarity? ”. The responses use the deductive as a research method. The methodological processes are the dogmatic legal study, given the impossibility of a deep study without resorting to law, doctrine or jurisprudence in this sense, to clearly describe the differences between the monopoly in a legal, economic sense and the situation that can characterize as abuse of a dominant position.

Keywords: patent, monopoly, competition, abuses of dominant position, legality.



## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>01</b>
<b>1 A ORIGEM HISTÓRICA DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL.....</b>	<b>03</b>
1.1 O NASCIMENTO DAS NORMAS DE PROTEÇÃO DA CONCORRÊNCIA.....	05
1.2 ORIGEM HISTÓRICA DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA EM PORTUGAL.....	10
1.3 A CRIAÇÃO DOS DIREITOS DE PATENTE.....	16
<b>2 DIREITO DA CONCORRÊNCIA.....</b>	<b>21</b>
2.1 TEORIA GERAL DO DIREITO E DIREITO DA CONCORRÊNCIA.....	23
2.2 DAS FINALIDADES E OBJETIVOS DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA.....	26
2.3 O DIREITO DA CONCORRÊNCIA EM DIFERENTES MERCADOS.....	28
2.3.1 O MERCADO RELEVANTE.....	29
2.3.2 AS ESPÉCIES DE MERCADO.....	30
<b>3 DIREITO DE PATENTE.....</b>	<b>35</b>
3.1 FUNÇÃO SOCIAL DA PATENTE.....	37
3.2 O CONCEITO DE PATENTE ESSENCIAL.....	42
3.3 A PATENTE COMO UM BEM.....	45
<b>4 A RELAÇÃO ENTRE O DIREITO DA CONCORRÊNCIA E O DIREITO DA PATENTE.....</b>	<b>49</b>
4.1 PROBLEMÁTICA DO DIREITO TEMPORÁRIO DE EXCLUSIVIDADE DA PATENTE.....	52
4.1.1 COMO DISTINGUIR O MONOPÓLIO ECONÔMICO LEGAL DAS PATENTES.....	56
4.1.2 EM QUE SITUAÇÕES PODEM OCORRER O USO OU ABUSO DO DIREITO DO DIREITO DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL.....	58
4.2 ANÁLISE SISTEMÁTICA ENTRE O DIREITO DA CONCORRÊNCIA FRENTE AO DIREITO DA PATENTE: ANTOGONISMO OU COMPLEMENTARIEDADE?.....	66
4.3 A RELAÇÃO ENTRE DIREITO DA CONCORRÊNCIA E DIREITO DA PATENTE NOS INSTITUTOS DO BRASIL E PORTUGAL.....	68
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>77</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>79</b>





# INTRODUÇÃO

Este trabalho versa sobre uma análise sistemática entre o Direito da Patente e o Direito da Concorrência, tendo em vista que as normas regulamentadoras que tutelam a propriedade industrial legitimariam o direito de excluir terceiros da comercialização de produto coberto pela patente e, em paralelo, as normas que regulam a concorrência consideram infração à ordem econômica de barreiras de acesso ao mercado por parte de agentes econômicos.

Desta forma, será demonstrado que o conflito existente entre o Direito da Patente e o Direito da Concorrência, é apenas aparente, devendo os operadores do direito buscar soluções que harmonize os interesses em jogo ao alcance de um fim comum.

O presente estudo tem como fim de mostrar que às relações entre direito da propriedade industrial e direito da concorrência não possuem searas do direito intrinsecamente inconciliáveis, tendo em vista que as duas áreas do direito compartilham os mesmos objetivos básico, constituindo um componente oficial e dinâmico de uma economia de mercado aberta e competitiva.

Assim, o trabalho se divide em quatro capítulos, contendo alguns deles seus subtítulos. No primeiro capítulo veremos a origem histórica do direito de propriedade industrial no mundo e em Portugal, bem como a criação do direito de patente na história.

No segundo capítulo será discorrido sobre o direito da concorrência, trazendo suas finalidades e objetivos, bem como sua aplicação em diferentes mercados.

No terceiro capítulo, será trazido o direito de patente e sua função social nas economias nacionais.

No quarto, iremos realizar a diferenciação do direito de patente e direito da concorrência, trazendo uma análise sistemática entre os institutos, bem como a problemática do direito temporário de exclusividade da patente, o abuso do direito de patente e como distinguir o monopólio econômico legal da patente, e, ainda será traçado um paralelo entre os institutos do Brasil e Portugal sobre o direito de patente e direito concorrencial.

Este estudo foi realizado através de pesquisa bibliográfica, onde foram observados detalhes objetivos e subjetivos do tema em análise e as diversas linhas de pensamento auxiliares para o entendimento e compreensão da matéria.



## 1 A ORIGEM HISTÓRICA DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL

A Propriedade Industrial surgiu historicamente como um direito de caráter exclusivo, conferido em favor daqueles que exploram bens incorpóreos com a intenção de se beneficiar economicamente de tecnologias e instrumentos de diferenciação entre seus concorrentes<sup>1</sup>.

Esse direito nasceu em virtude da própria garantia da concorrência, seja no sentido de diferenciar os produtos oferecidos pelos comerciantes, ou na exploração exclusiva de determinados bens ou atividades.

As antigas cartas patentes conferidas ainda na primeira fase do Direito Comercial levaram à ideia equivocada de que a exploração dos bens da Propriedade Industrial se daria através de um sistema de monopólio econômico, gerando um antagonismo entre a tutela jurídica a eles conferida e a garantia da livre concorrência, dando a falsa impressão de que os objetivos desses dois ramos do direito seriam contraditórios e divergentes.

Isso porque, sob o ponto de vista do Direito da Concorrência, os monopólios sempre estiveram relacionados a uma situação de mercado em que prevalece o interesse de apenas um agente em detrimento de outros. Segundo Leonardo Vizeu Figueiredo<sup>2</sup> trata-se, portanto de “situação específica de concorrência imperfeita, em que um agente econômico detém o mercado de produto ou serviço, impondo sua vontade e estabelecendo o preço aos que comercializam.”

No caso da Propriedade Industrial essas críticas voltam-se principalmente para as patentes, frequentemente associadas a uma estrutura monopolista de conhecimento tecnológico, o que poderia levar, por consequência, a uma redução na rivalidade entre os agentes no mercado.

Até o final da década de 80, segundo Yegianantz (1998), a literatura sobre propriedade intelectual tinha uma visão idealista, no sentido de que toda descoberta e conhecimento era patrimônio comum de toda humanidade e deveria estar disponível para todos.

Foi nesse período que a economia mundial passou por um grande processo de transformação, e ainda vem passando por um contexto de transição para a Sociedade do

---

<sup>1</sup> Bruno Falcone destaca a predominância da Propriedade Industrial sobre o Direito da Concorrência no início do século XIX: (...) o direito da concorrência pouco fazia no sentido de alterar o limitar a prevalência dos direitos de propriedade industrial, permitindo-se inclusive a imposição, por parte do titular da patente, de compra de produto não patenteado como condição para a venda do produto protegido, prática conhecida naquele ordenamento como *tryngarrangements*. Permitia-se, portanto, a prática de uma conduta que atualmente seria considerada duplamente ilícita do ponto de vista do direito antitruste: a chamada „venda casada“ e a evidente extrapolação do escopo de direito de propriedade industrial protegido. (2013, p. 40).

<sup>2</sup> FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de Direito Econômico**. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

Conhecimento, onde é fundamental e estratégico o processamento de informação e a pesquisa científica.

A partir da década de 90, há uma mudança na opinião dos pesquisadores de propriedade intelectual e os autores passam a concordar que os resultados de processo de pesquisa devem receber proteção relativa ao direito de propriedade.

A propriedade industrial surgiu de um direito intelectual, quando o homem tornou-se capaz de reproduzir e difundir em grande escala as obras de seu espírito. Historicamente, o primeiro caso de proteção à propriedade industrial ocorreu na cidade de Bordeux, na França, em 1263, quando foi concedido a Bonafusus de Sancta e Companhia um privilégio exclusivo para tecer e tingir tecidos de lã, impulsionado pela Revolução Industrial, que teve seu auge em meados do século XIX.

Em 1883, visando uma harmonização internacional do sistema de propriedade industrial, ocorreu pela primeira vez uma Convenção em Paris, no qual o Direito passou, assim, a ter uma efetiva vinculação existente entre uma nova classe de bens de natureza imaterial e a pessoa do autor, podendo ser assinalada à relação estabelecida entre as coisas materiais e seus proprietários<sup>3</sup>.

A Convenção de Paris em 1883, conforme ensina Barbosa<sup>4</sup>, definiu a Propriedade Industrial como o conjunto de direitos que compreende as patentes de invenção, os modelos de utilidade, os desenhos ou modelos industriais, as marcas de fábrica ou de comércio, as marcas de serviço, o nome comercial, as indicações de proveniência ou denominações de origem e a repressão da concorrência desleal.

Enfatiza-se que a qualificação “industrial”, não se resume às criações industriais propriamente ditas, mas estende-se ao comércio, às indústrias agrícolas e extrativas e a todos os produtos manufaturados ou naturais. Resumidamente, os direitos sobre as marcas e patentes, definem a propriedade industrial.

A propriedade industrial pode ser entendida com uma parte da propriedade intelectual que trata dos bens imateriais aplicáveis nas indústrias, abordando assuntos referentes às inovações aos modelos industriais, às marcas de indústria ou de comércio e à repressão à concorrência desleal<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup>FURTADO, Lucas Rocha. “Sistema De Propriedade Industrial No Direito Brasileiro: comentários a nova legislação sobre marcas e patentes, Lei 7.279, de 14 de maio de 1996”. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

<sup>4</sup>BARBOSA, Denis Borges, **Uma Introdução à Propriedade Intelectual**. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2003.

<sup>5</sup>DI BLASSI, Clésio Gabriel. **A propriedade industrial**. Rio de Janeiro: Guanabara Dois, 1982.

A Convenção da União de Paris, passou a determinar os princípios da propriedade industrial no âmbito internacional, trazendo uma nova perspectiva para a matéria, no qual trouxe os direitos dos inventores, e dos empresários sobre os sinais distintivos de sua atividade, juntamente com as regras de repressão à concorrência desleal, passaram a integrar um mesmo ramo jurídico<sup>6</sup>.

## 1.1 O NASCIMENTO DAS NORMAS DE PROTEÇÃO DA CONCORRÊNCIA

O curso das políticas na História da Humanidade não é linear, mas, sim, senoidal, como que refletindo os movimentos de um pêndulo ao longo da evolução. Às ideias descentralizadoras, como o feudalismo, seguem-se as centralizadoras, como o absolutismo, às estatizantes, sucedem-se as liberais e vice-versa.

Nesse incessante vai-e-vem, as distâncias entre um e outro extremo ficam menores, pois sempre algo da ideologia anterior ficou integrado à realidade política.

Mas é fato que o monopólio é consequência do capitalismo sem peias, como a ditadura soviética o foi da visão leninista do socialismo, ambos tendentes a sufocar as liberdades humanas.

Assim, o ideal da preservação da liberdade de competição, pela repressão dos monopólios, gerou, nos Estados Unidos da América, no fim do século passado, mais precisamente em 2 de julho de 1890, a edição do *ShermannAct* onde “Todo contrato, acordo na forma de mandato ou outro tipo, ou conspiração, que limitar o mercado ou o comércio entre os diferentes Estados, ou com nações estrangeiras, será declarado ilegal”, norma que criou o modelo do chamado direito *anti-trust*.

Para Maria Paula Freire “este instrumento legal propiciou uma confluência entre o Direito e a Economia, uma vez que a conformação da política da concorrência foi sendo traçada a partir de inúmeros contributos económicos”<sup>7</sup>.

Segundo a Escola de Harvard, durante as décadas de 1950 e 1960, o principal

---

<sup>6</sup> A Convenção da União de Paris, em seu artigo primeiro dispõe: 1) os países a que se aplica a presente Convenção constituem-se em União para a protecção da propriedade industrial. 2) a protecção da propriedade industrial tem por objecto as patentes de invenção, os modelos de utilidade, os desenhos ou modelos industriais, as marcas de fábrica ou de comércio, as marcas de serviço, o nome comercial e as indicações de proveniência ou denominações de origem, bem como a repressão da concorrência desleal. 3) a propriedade industrial entende-se na mais larga acepção e aplica-se não só à indústria e ao comércio propriamente ditos, mas também às indústrias agrícolas e extrativas e a todos os produtos fabricados ou naturais, por exemplo: vinhos, grãos, tabaco em folha, frutos, animais, minérios, águas minerais, cervejas, flores, farinhas. 4) entre as patentes de invenção compreendem-se as diversas espécies de patentes industriais admitidas nas legislações dos países da União, tais como patentes de importação, patentes de aperfeiçoamento, patentes e certificados de adição, etc.

<sup>7</sup> FREIRE, Maria Paula dos Reis Vaz. *op.et loc. cit.* p. 713.

objetivo do direito antitruste, identificava-se na existência da concorrência e na diluição do poder dos participantes do mercado.

Ao mesmo tempo, subsistem mecanismos de controle da economia pelo Estado, consistentes na repressão a certas condutas que configuram o abuso ao direito de agir na economia, à liberdade de iniciativa, tais como as restrições decorrentes do poder de polícia.

Surgiu então a expressão inglesa "*fair play*", no qual em um primeiro momento, trouxe os fundamentos e a origem da legislação da concorrência visando assegurar um caráter de lealdade à competição no mercado internacional e nacional.

Em segundo momento, a ideia para a existência do direito da concorrência justifica-se pela necessidade de regulamentação das imperfeições do mercado que pela suas limitações (como custos que, em tese, não seriam pagos por ninguém e a possibilidade de formação de monopólios) - não consegue regular-se somente pelo equilíbrio entre ofertas e demandas.

Neste contexto, observamos que o direito tem se preocupado, neste século, em regular esse fenômeno de natureza complexa e pluridimensional, a competição, para assegurar-lhe um caráter de lealdade, ou na expressão inglesa, *fair play* o que levou a diversos enfoques e enquadramentos jurídicos.

Entretanto, do ponto de vista histórico o direito da concorrência atual não é o mesmo de suas origens históricas.

A aplicação descentralizada do direito comunitário trazido pela Comunidade Europeia, trouxe um pressuposto razoável para a consolidação da concorrência, buscando a assimilação da cultura jurídica e orientações hermenêuticas nos vários Estados-Membros, no entanto, não deixou de apresentar receios quanto a possíveis incoerências na aplicação dessas normas<sup>8</sup>.

O direito da concorrência tem sofrido mutações qualitativas importantes, ligadas às dos meios de produção, e tão-relevantes, que nos podem levar, até mesmo, a supor que se trata de novos ramos do direito que foram criados. É bem verdade que esse fenômeno das mutações ocorre em muitos outros ramos do direito, e sua característica é a criação de novos modelos, muitas vezes sobrepostos aos antigos, que ampliam e modificam, como os templos dos astecas, construídos sobre os dos toltecas e os destes sobre os dos seus antecessores.

---

<sup>8</sup>MORAIS, Luís Domingos Silva. op. et loc. cit. p. 114.

Durante muitos anos, o Liberalismo influenciou o direito de concorrência, sustentando uma visão utópica, trazendo um conceito de liberdade de competição, no qual nunca passou de um modelo teórico econômico-filosófico.

Na verdade, o modelo Liberal trouxe a ideia de concorrência imperfeita, limitada pelas suas próprias deficiências dos mecanismos do mercado, tais como a heterogeneidade ou falta de homogeneidade dos bens, pela existência de interferências dos que podem afetar o mercado, e pelo próprio ordenamento jurídico.

Nesse diapasão, em um exame aprofundado do direito da concorrência, encontramos em uma camada superior o direito antitruste, e abaixo, nas fundações deste, a repressão à concorrência desleal.

Em Portugal, o direito antitruste atingiu seu pleno desenvolvimento, trazendo uma versão patrimonialista e burocrática do mercantilismo.

Refletindo sobre a temática, Luís Pinto Monteiro salienta que “*o Direito da Concorrência abrange uma pluralidade de facetas manifestando-se no plano social e político*”. Destaca ainda que este ramo do direito apresenta como um dos seus objectivos a busca para assegurar o bem-estar social mediante a retirada dos obstáculos ao eficiente funcionamento do mercado<sup>9</sup>.

Antes do direito antitruste, muitos países adotaram a ideia de repressão à concorrência desleal, que tinha como mecanismo de proteção do direito de propriedade, vinculado ao sistema econômico liberal.

Até o advento deste, na época em que imperava o mercantilismo, as corporações mantinham um importante papel, e por essa razão falar em direito da competição não tinha cabimento. Na realidade, existiam regras de concorrência, mas não sobre a concorrência, pois as atividades econômicas eram regulamentadas pelas corporações que delas detinham o monopólio, e, depois, pelo estado absolutista.

Aurélio Menendez<sup>10</sup>, propõe três modelos, a que chama o primeiro, de *paleo liberal*, o qual era o imperante no início do século XIX, o segundo de *profissional*, o qual começa no início deste século, e o último, o denomina de *modelo social*, com início no término da Segunda Guerra Mundial, e que representa uma mudança qualitativa e m relação aos modelos anteriores.

---

<sup>9</sup> MONTEIRO, Luís Pinto. *op.et loc. cit.* p. 32.

<sup>10</sup> SILVA, Miguel Moura e. *Direito da Concorrência: uma introdução jurisprudencial*. Coimbra: Almedina, 2008.

O modelo *paleo liberal* de competição desleal está vinculado ao início da era industrial, e a sua característica, é a visão liberal clássica, isto é, a liberdade absoluta de indústria e comércio. Sucede aos regulamentos de atividades econômicas do mercantilismo, cujo fito era o de proteger os atores limitando ou impedindo a concorrência, interna ou internacional.

O modelo profissional nasceu no final do século XIX, princípios do atual, a demanda por uma legislação que sob o prisma profissional - protegesse as posições que cada um havia conquistado no mercado. É a comunidade empresarial que passa assim a determinar as regras de conduta correta, e a pedir a incriminação das que vêm como desleais. É nesta fase que se pode falar corretamente de uma disciplina da concorrência desleal.

O interesse jurídico tutelado deixa de ser a propriedade, para ser o conjunto dos interesses da empresa e em relação a outras, dentro do mercado. A introdução da noção de mercado é a grande novidade nesta mutação. Lendo a exposição de motivos da lei alemã de 1909 que serviu de paradigma para o modelo profissional vemos que para o legislador de então:

"a tutela do público consumidor não constitui o objeto de uma lei contra os atos de concorrência desleal, muito embora as regras que se destinam a reforçar a confiança recíproca nas relações entre empresários vão, indiretamente, coincidir com os interesses dos consumidores".

Em suma, o ato de concorrência desleal era um ilícito profissional, uma violação às regras da deontologia, e o direito da concorrência desleal um direito profissional.

O paradigma para o modelo profissional, veio da Alemanha, com a lei de concorrência de 1909, denominada a *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, “mãe das cláusulas gerais”:

"Quem no tráfico econômico desenvolva comportamentos competitivos que sejam contrários aos bons costumes pode ser demandado para que cesse os mesmos e indenize os danos causados".

Posteriormente em 23 de setembro de 1923, surgiu na lei austríaca a *Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, seguindo esse mesmo modelo, e ainda inspirando também a lei suíça de 29 de setembro de 1943.



Diferentemente, a Itália segue outro caminho, paralelo. Depois de vários fracassos legislativos, um Decreto Real de 10 de janeiro de 1926 manda aplicar o art. 10 da Convenção da União de Paris. E, depois, os artigos 2.598 e 2.599 do Código Civil de 1942 vêm consolidar a ideia da cláusula geral, contida no primeiro, utilizando-se do critério da *correttezza professionale*, a qual é certamente medida segundo o padrão profissional. O segundo legitima as associações profissionais a agirem.

Na França, a evolução prossegue pela via jurisprudência, pois os tribunais desenvolvem a noção de *concurrentedéloyale*, sempre no quadro da responsabilidade civil e ao abrigo do artigo 1.382 do Código Civil.

É a partir dessa experiência que na Europa continental se desenvolve a doutrina da concorrência desleal, firmada em alguns pontos basilares tais como a determinação do bem jurídico protegido, a identificação dos critérios identificadores da deslealdade, e o estabelecimento dos pressupostos de aplicação desse direito.

Depois dos dois modelos descritos acima, aparece o modelo social que é da ligação até então existente entre o interesse do empresariado concorrente (da lealdade profissional, ou da conduta profissionalmente correta) e o interesse social, predominando este sobre aquele. Pouco a pouco, a sociedade faz sentir o seu interesse na existência da concorrência e não do resguardo de posições de mercado.

O objetivo da proteção passa a ser a tutela dos direitos dos consumidores a um mercado livre e competitivo, o que representa o interesse público.

A atuação do estado deixa de ser a da neutralidade passiva para ser a da intervenção ativa. Para isso deixa-se de medir as ações do empresário sob o prisma da incorreção da conduta face a padrões da classe empresarial, para valorá-la face aos resultados que pode produzir do ponto de vista do direito dos consumidores a um mercado competitivo e de livre acesso. Práticas que nunca tinham sido condenadas, como os preços predatórios, os cartéis, certos acordos de distribuição, vendas vinculadas etc, passam a ser incriminadas.

Portanto, está aí o embrião das normas de proteção ao consumidor individual, que antecederam as normas de proteção em massa do consumidor e as regras de defesa da concorrência (e não dos concorrentes) que ocupam o espaço antes ocupado pela lei da sobrevivência do mais forte no mercado. É o nascimento do direito antitruste.

Salvo melhor entendimento, as origens do direito da concorrência na Europa podem situar-se na primeira tentativa austriaca de 1897, na escola de Friburgo com o Ordoliberalismo e posteriormente com as imposições dos Aliados na Alemanha ocupada

(1947) a Lei n.º 56 sobre “*A proibição de Concentrações Excessivas de Poder Económico Germano*” .

Importante destacar que na Europa, o Direito da Concorrência é tido como disciplina central da atividade econômica, cuja aplicação ultrapassa o mero interesse pela livre concorrência nos mercados, para uma preocupação atinente ainda às políticas públicas e objetivos institucionais, que também são condicionados por variadas tendências em um ambiente globalizado onde os interesses negociais, ultrapassam as fronteiras nacionais.

## 1.2 ORIGEM HISTÓRICA DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA EM PORTUGAL

A verdade é que Portugal sempre manteve uma relação difícil com o direito da concorrência. Neste contexto, fazendo uma retrospectiva histórica do direito econômico nacional, encontramos um país imerso num corporativismo medieval, num insípido período de liberalismo incapaz de se fazer notar, e mais tarde, num estado autoritário que não via com bons olhos a defesa e promoção das regras da concorrência.

Daí que se possa afirmar que a evolução do direito nacional da concorrência encontra a sua génese no direito comunitário, *maxime* na influência recebida desde a entrada de Portugal para a então Comunidade Económica Europeia (CEE) em 1986.

Nesse diapasão, a verdade é que a construção de um percurso histórico do direito da concorrência em Portugal entrecruza-se, não raras vezes, com a edificação do projeto europeu<sup>11</sup>.

Assim, e tendo em conta esta interessante miscigenação institucional, política e social em que o contexto nacional assenta, podemos subsumir o direito da concorrência em Portugal a três etapas ou fases: 1 - uma primeira fase de transição que se situa desde a entrada de Portugal para a CEE até à entrada em vigor da Lei 18/2003, de 11 de junho; 2 - uma segunda fase de intensa consolidação das regras da concorrência que termina com entrada em vigor da Lei 19/2012, de 8 de maio; e 3 - uma terceira fase de reafirmação do direito da concorrência que se iniciou com a entrada em vigor do novo regime jurídico da concorrência e vai até ao presente momento.

---

<sup>11</sup>Vide Ferreira, João E. Pinto; “*Contributo para um enquadramento das leis de defesa da concorrência em Portugal*”, in Soares, A. Goucha; Maria Manuel Leitão Marques (Coordenadores), “*Concorrência – Estudos*”, Almedina, 2006.

A entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 422/83 de 3 de dezembro foi o primeiro grande passo na construção de um sistema nacional da concorrência. Significou a abolição da maior parte das regras corporativas e a passagem de um mercado marcado pela intervenção estatal na fixação de preços para um mercado de preços acompanhados e até mesmo de preços livres.

No entanto, o referido normativo não tinha qualquer previsão relativa às concentrações de empresa, matéria tão fundamental num contexto de liberalização de mercado e privatização de importantes áreas da atividade económica.

Nesta medida, o Decreto-lei n.º 422/83 não correspondeu às necessidades económicas da época, carecendo o regime jurídico da concorrência de ajustes e correções. Talvez efetivamente a acontecer com a entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 371/93 de 29 de outubro. Porém, até 2003, o direito da concorrência permaneceu nas trevas das prioridades nacionais, dado que a atividade económica continuou cúmplice de uma mentalidade fechada e adversa à economia de mercado. Em 2003, o direito da concorrência vive o seu auge de desenvolvimento com a entrada em vigor da Lei 18/2003 de 11 de junho.

Esta 2.ª revisão do direito da concorrência conduziu a uma intensa consolidação dos princípios e conceitos que norteavam esta disciplina normativa. Se a aproximação do direito nacional ao direito comunitário neste domínio foi profícua, não menos importante foi a criação de uma nova entidade administrativa independente, a AdC.

Nesta medida, Portugal passou a dispor de um razoável enquadramento legislativo no que tange ao direito da concorrência, quer quanto à solução institucional adotada, quer quanto às soluções legais definidas como forma de resolução dos aspetos mais críticos que o regime anterior apresentava.

Já a terceira fase, a que chamamos de reafirmação do direito da concorrência nacional, iniciou-se com a entrada em vigor da Lei 19/2012, de 8 de maio. Mais do que romper com a conceptualização e prática do passado, o novo regime da concorrência visou acima de tudo corrigir algumas falhas, essencialmente processuais, que obstavam a uma efetiva aplicação deste normativo legal.

Em termos bastante gerais, o *publicenforcement* nacional, se durante a vigência da Lei 18/2003 era delimitado pelo triângulo AdC, Tribunal do Comércio de Lisboa e Tribunal da Relação de Lisboa, a verdade é que uma das grandes mudanças do novo regime jurídico da concorrência quanto ao sistema de recursos foi a criação de um Tribunal de competência especializada.

Nesta medida, os recursos de decisões da AdC passaram a ser decididos pelo Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, sediado na cidade de Santarém, em vez do Tribunal de Comércio de Lisboa, como acontecia com a aplicação da Lei 18/2003, de 11 de junho<sup>12</sup>.

Por outro lado, a possibilidade de ao infrator ser aplicada quer a dispensa quer a redução de coima, sofreu igualmente alterações com entrada em vigor da nova lei da concorrência. Com efeito o regime jurídico da clemência passa agora a constar dos artigos 75.º a 82.º do novo diploma, quando anteriormente encontrava-se definido em diploma autónomo.

Na verdade, o novo regime da concorrência consubstanciou uma interessante reconciliação com o direito da concorrência da União Europeia, passando assim o sistema jurídico nacional a configurar uma aplicação em paralelo destes dois regimes legais<sup>13</sup>.

Daí que possamos referir à existência de uma profunda influência da legislação e da jurisprudência comunitária nos sistemas jurídicos nacionais, e que encontra repercussão na aplicação prática do direito da concorrência pelos Estados-Membros.

O resultado dessa cada vez maior integração econômica europeia, a verdade é que da análise da estrutura institucional da defesa da concorrência encontramos um triplo vetor formado pela Comissão Europeia, pela Rede Europeia da Concorrência, e pelos Tribunais Comunitários.

Com efeito, a Rede Europeia da Concorrência, *maximamente* denominada por Rede ECN (European Competition Network) iniciou formalmente a sua atividade em 2004, em resultado da entrada em vigor do Regulamento (CE) n.º 1/2003. A criação de tal instituição visava, sobretudo, a coesa aplicação do direito da concorrência em todo o espaço da União Europeia, através da implementação de diversos mecanismos de cooperação entre os Estados-Membros.

Nesse sentido, sendo a Rede o principal fórum comunitário de discussão sobre direito da concorrência, a verdade é que as suas funções extravasam o puro âmbito de debate, debruçando-se igualmente em outro tipo de atividades. Neste contexto, a cooperação a nível europeu através desta Rede engloba a colaboração e procedimento conjunto de questões como por exemplo o controlo de operações de concentração de empresa e auxílios de Estado.

De fato, a entrada em vigor do Regulamento (CE) n.º 1/2003 veio modernizar a

---

<sup>12</sup> MOURA E SILVA, Miguel, “*Direito da Concorrência. Uma Introdução jurisprudencial*”, Coimbra, Almedina, 2008.

<sup>13</sup> ALVES, José Manuel Caseiro; “*Lições de direito comunitário da concorrência*”, Série das Lições do Curso dos Estudos Europeus da Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra Editora, Coimbra, 1989.

aplicação das regras europeias de concorrência, constantes dos artigos 101.º e 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

De acordo com o referido Regulamento comunitário, as autoridades da concorrência nacionais e os próprios tribunais nacionais, quando estejam perante infrações que relevem para efeitos dos artigos 101.º e 102.º do TFUE, devem aplicar não só o direito nacional, mas também, os supra referidos normativos legais bem como os pressupostos de que dependem a sua concreta aplicação.

Tal previsão jurisdicional parece-nos, desde já, enquadrar o exercício material de funções comunitárias. Por conseguinte, a sectorial descentralização operada com a entrada em vigor do Regulamento (CE) 1/2003<sup>14</sup>, consubstanciou, no quadro da Rede Europeia de Concorrência, a partilha e cooperação de responsabilidades entre as autoridades nacionais dos Estados-Membros, os tribunais nacionais e a Comissão Europeia, sendo que a estas entidades passaram a caber todas as competências de fiscalização, direção e responsabilização no âmbito do direito da concorrência.

Desse modo, apenas se consegue explicar a importância desta instituição comunitária se tivermos em conta o Processo de Modernização do Controlo da Concorrência que se desenvolveu dentro da União Europeia a partir da entrada em vigor do Regulamento (CE) 1/2003. Com efeito, o sobredito processo consistiu, particularmente, num conjunto de uniformizações legislativas levadas a cabo por todos os Estados-Membros no âmbito do direito da concorrência.

Durante este processo foi a Rede Europeia de Concorrência o principal mecanismo impulsionador de toda esta evolução, dado que por um lado funcionou como mecanismo de proteção dos direitos, garantias e interesses legalmente protegidos de todos os agentes económicos comunitários, e por outro lado tornou-se esta instituição num modelo de inspiração de Política da Concorrência a ser adotado por todos os Estados-Membros dentro da União.

De resto, a Rede Europeia da Concorrência consubstanciou o ponto de convergência dos Estados-Membros para algumas das mais importantes questões do direito da concorrência. Exemplo de tal fenómeno, foi à adoção, por parte de alguns Estados-Membros, de conceitos e figuras jurídicas como o Regime de Clemência em Matéria de Coimas ou de

---

<sup>14</sup>Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, de 16 de Dezembro de 2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado.

Redução do seu valor em caso de infrações menos gravosas<sup>15</sup>.

O processo de convergência ao regime da Clemência a que acima aludimos consistiu na adesão dos Estados-Membros ao Programa Modelo de Clemência da Rede Europeia de Concorrência de 2006 – *ECN Model Leniency Programme*.

Tal adequação dos regimes nacionais às características do *ECN Model Leniency Programme* consubstanciou a maior prova do desenvolvimento de uma cultura cooperativa ao nível da concorrência que esta instituição comunitária já viu até hoje. A convergência progressiva das normas processuais nacionais, decorrente da bem-sucedida cooperação da Rede Europeia da Concorrência levou a que, paulatinamente, os regimes jurídicos dos 27 Estados-Membros se fossem harmonizando, criando assim, um quase completo regime comunitário da concorrência.

Nesta senda, podemos afirmar, sem margem para dúvidas, que a Rede Europeia de Concorrência constitui, hoje, o maior exemplo de impulso à competitividade, concorrência, harmonização, e coesão económica entre os Estados-Membros, na medida em que a associação das autoridades nacionais da concorrência que a Rede fomenta resulta, indubitavelmente, num aumento de liberdade para todos os agentes de mercado, porquanto permite o acesso dos consumidores a produtos e serviços a preços justos e competitivos independentemente da origem dos mesmos.

Em suma, e face ao exposto, é notória a influência do direito da União Europeia, por um lado, na cada vez maior homogeneização dos regimes jurídicos da concorrência aplicáveis nos diversos Estados-Membros e, por outro lado, na estruturação de um sistema concorrencial comum, que conjuga e mistura conceitos jurídicos de raiz europeia e nacional.

No que à realidade nacional do direito da concorrência diz respeito, torna-se essencial como ponto de partida para o capítulo seguinte, conhecer as estatísticas de atuação da AdC. Ora, tendo por base o relatório apresentado pelo Dr. Manuel Sebastião, Presidente do Conselho da Autoridade da Concorrência, em 13 de março de 2013 na Audição Parlamentar realizada perante a Comissão Política de Orçamento, Finanças e Administração Pública, a verdade é que o balanço não pode ser de todo positivo.

Isto porque, dos 145 processos abertos pela AdC entre 2003 e 2011, apenas 27 culminaram em condenação das empresas infratoras, tendo os restantes sido encerrados. Tal fato revela uma triste realidade - a ineficácia e inoperância da AdC no sancionamento deste

---

<sup>15</sup>ALVES, José Manuel Caseiro; “*Lições de direito comunitário da concorrência*”, Sériedas Lições do Curso dos Estudos Europeus da Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra Editora, Coimbra, 1989.

tipo de infrações<sup>16</sup>.

Partindo de tal pressuposto, será nosso intento perceber as razões que levaram ao supra referido insucesso, daí que se justifique a análise das decisões judiciais que obviaram à condenação das empresas infratoras.

De fato, o relevo e a importância da jurisprudência dos tribunais nacionais e do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias é, atualmente, um elemento inquestionável.

As referidas instituições ao proferirem, tão prolificamente, uma grande quantidade de decisões judiciais à luz dos casos concretos que na sociedade vão surgindo, permitem, desde logo, dar vida à “letra morta” dos dispositivos normativos do direito da concorrência.

Com efeito, parte do direito da concorrência será também resultado da jurisprudência que constrói conceitos e tornar a lei mais flexível e racional, sendo também função daquela encontrar resposta para novos problemas jurídicos que o tempo vai concebendo.

Longe vão os tempos em que a jurisprudência não era fonte de direito da concorrência. Hoje a situação é precisamente o contrário, fizeram com que o regime jurídico nacional da concorrência desse mais um salto em frente no sentido de aperfeiçoamento e correção de falhas teóricas de construção do mesmo.

O direito da concorrência nacional, *maxime* desde a criação da Autoridade da Concorrência e da entrada em vigor da Lei n.º 19/2013, de 08 de maio, tem sido objeto de um desenvolvimento efetivamente extraordinário. Desde célebres casos jurídicos, até preciosos e inovadores arestos judiciais, sem esquecer vitoriosas decisões da Autoridade da Concorrência, a verdade é que o caminho faz-se caminhando<sup>17</sup>.

E neste caminho de desbravar soluções e resultados, que não raras vezes é até tortuoso e difícil, vão surgindo novas questões que ao poder judicial, essencialmente, cabe resolver.

Em bom rigor, o novo regime visou, acima de tudo, simplificar a aplicação das regras e procedimentos de sancionamento das violações das regras da concorrência, assim como garantir uma maior clareza e segurança jurídica a todos os operadores económicos, uma vez que sobre a Lei n.º 18/2003 pairava uma grande nuvem de dúvida sobretudo quanto a

---

<sup>16</sup>MOURA E SILVA, Miguel, “*Direito da Concorrência. Uma Introdução jurisprudencial*”, Coimbra, Almedina, 2008.

<sup>17</sup>SANTOS, António Carlos dos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão; - *A Defesa da Concorrência*, págs. 317 e seguintes, Almedina, in *Direito Económico*, 5.ª edição Revista e Atualizada.

questões processuais<sup>18</sup>.

Nesta confluência, podemos, desde já, afirmar que a nova lei da concorrência pretendeu assim atribuir à Autoridade da Concorrência novos meios e mecanismos de investigação e sancionamento com o objetivo de impedir que, tal como no passado, muitas das condenações redundassem mais tarde em absolvições proferidas pelos tribunais nacionais.

Antes de tudo importará salientar que a nova lei da concorrência não afetou os princípios jurídicos e económicos que sempre nortearam o regime da concorrência, sendo que as principais mudanças ocorreram ao nível processual.

### 1.3 A CRIAÇÃO DOS DIREITOS DA PATENTE

A patente é criada como sendo um privilégio do Estado concedido em razão da introdução de inovações técnicas na produção de produtos, mor e principalmente, quando resultassem na oferta de novos produtos e de novos processos construtivos e produtivos, ou ainda quando resultassem em melhoras substanciais àqueles já ofertados.

As patentes teriam sido originadas na Inglaterra como expressão de uma política dirigida à proteção de indústrias nascentes. A história das patentes tem seu início remoto no século XV, quando FelippoBrunelleschie John ofUtynam decidiram registrar suas invenções na Itália e Inglaterra, respectivamente. Foi criada, então, em 1474 a primeira lei de patentes do mundo.

A primeira manifestação de registro de patentes traduziu-se nas *lettersofprotection* para a exploração de determinado setor produtivo. No século XVI, as *lettersofprotection* foram substituídas por *lettersofpatent*, que conferiam privilégios de monopólio a seus detentores muito semelhantes aos que se conhece hoje em dia.

Na Revolução Industrial, com as alterações económicas e sociais, tornou-se cada vez mais necessário proteger as nascentes atividades manufactureiras.

Nos Estados Unidos, em 10 de abril de 1790, o Presidente George Washington promulgou a primeira lei federal sobre patentes. Era a primeira vez na história em que seria reconhecido o direito intrínseco de um inventor usufruir exclusivamente de sua

---

<sup>18</sup>MOURA E SILVA, Miguel; “Produtividade e concorrência: um contributo para a reforma da legislação de defesa da concorrência” in Conselho Económico e Social (Org.), Mesa Redonda Grandes Opções da Política Económica e Social, Lisboa, 2003, p.155 e seguintes.



invenção. Mas os privilégios até então concedidos ao inventor dependiam da prerrogativa do monarca ou de um ato especial da legislatura.

Em conformidade com as lições de DINIZ, quando da criação e da evolução da patente, ter-se-ia o seguinte: “em contrapartida por colocar a nova manufatura em funcionamento, o pretendente rogava por favores governamentais, correspondentes a permissões, prêmios e subsídios”<sup>19</sup>. E ainda:

“A partir da herança comum veneziana, a concessão de monopólios como estímulo à introdução de novas tecnologias industriais iniciou-se com a adoção de similar método naqueles países, ou seja, como um favor administrativo concedido no bojo das regras condutoras da atividade econômica”.

De tal sorte, o cidade de Veneza, mais justamente, a instituição do Senado veneziano, de uma certa forma, cambiou um paradigma subjetivo e “personalista” – termo usado com o significado de que o monopólio era concedido, haja vista a pessoa que o possuiria – por um arquétipo que valorizava a inventividade através de critérios mais objetivos na concessão daquele monopólio por parte do Estado. Passou-se de uma arbitrariedade a uma existência de critérios. No entanto, não obstante a herança comum de Veneza, mais precisamente, do Senado veneziano, o processo seguido por aquele instituto do direito de patente foi diferente.

Com o passar do tempo, as alterações políticas mudaram o cenário do direito de patente, uma vez que, ao encetar a XVII centúria, enquanto o Reino da França via o poder do monarca de conceder monopólios fortalecer-se, no Reino da Inglaterra, –devido à ausência de grandes exércitos diante da proteção oferecida pelo mar à ilha – houve uma forte oposição política instrumentalizada pela presença de uma guerra civil que redundou no controle do poder do rei por parte do parlamento com uma monarquia parlamentarista. Do outro lado do Canal da Mancha, a França oferecia menor resistência ao absolutismo.

De tal modo, o Reino da França preferiu o controle da atividade econômica, e, por conseguinte, ainda da propriedade industrial. Esse controle do Estado francês sobre a atividade econômica de comerciantes e de industriais, a despeito da inicial influência objetivista do Senado veneziano, ainda era executado de maneira bastante arbitrária pelo monarca francês na concessão das patentes.

---

<sup>19</sup> DINIZ, Osório da Rocha. **A estrutura e o desenvolvimento econômico do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1957.

Com as revoluções liberais, como, por exemplo, a Revolução Francesa, o direito de patente teve sua disciplina bastante alterada, tendo-se em vista aquele escopo asseverado de objetivação daquele instituto.

Nesse sentido, até a Revolução de 1789, para conseguir que privilégios e monopólios fossem outorgados por inúmeros motivos, a apresentação de novas invenções não poderia caracterizar o único caminho para tê-las, em que um edito de 1762, tornou-se popular na França, que para às inovações técnicas, era garantido um privilégio exclusivo, bonificado como um prêmio ao inventor por serviços prestados ao Estado.

De acordo com essa orientação, exigia-se do introdutor da invenção que demonstrasse a sua perfeição e praticidade, submetendo ao exame de notáveis, somente fazendo jus à gratificação real, depois de constatada referidas qualidades<sup>20</sup>.

As patentes, portanto, miraram um novo rumo, como é público e notório, decorrente das transformações econômicas e políticas, acontecidas no hemisfério ocidental, representadas, mor e principalmente, pela última metade do século XVIII, segundo DINIZ<sup>21</sup>, porque teriam ocorrido os fatos de maior importância na história da patente. Tais fatos seriam representados pelo ponto de inflexão que foi configurado pela influência das revoluções liberais na consistência das patentes, as quais tiveram sua disciplina alterada, quando da sucessão daquelas influências.

Nessa vereda, a primeira das citadas influências seria representada pelo seguinte fato<sup>22</sup> o primeiro se produziu, segundo MERGES *et al.*, em 1789, nos recém criados Estados Unidos da América, cuja Constituição, em seu art. 1º, Seção VIII, autorizou o Congresso a conceder exclusivos direito de duração limitada aos autores e inventores em razão de seus escritos e descobertas.

Consoante registrou WALKER, isto foi pela primeira vez implementado, em relação aos inventos, por meio de um *Patent Act* promulgado em maio de 1790, no qual o direito dos inventores daquele país seria protegido pela emissão de um documento denominado *letterpatents*".

No mesmo caminho, outra influência seria representada pelo subsequente fato:

“o outro foi visto na própria França, onde conta COUHIN, a Assembléia revolucionária determinou, em Lei de 7 de janeiro de

---

<sup>20</sup>ALMEIDA, Paulo Roberto de. **Propriedade intelectual: os novos desafios para a América Latina**. In: **Estudos Avançados**. V. 5, n. 12, mai/ago 1991. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1991.

<sup>21</sup>DINIZ, Osório da Rocha. **A estrutura e o desenvolvimento econômico do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1957.

<sup>22</sup>ALMEIDA, Paulo Roberto de. **Propriedade intelectual: os novos desafios para a América Latina**. In: **Estudos Avançados**. V. 5, n. 12, mai/ago 1991. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1991.

1791, que as descobertas e invenções seriam consideradas propriedades de seus autores, direito este assegurado, nos termo do art. 7º, pela entrega de um *titre* ou *patente*; e, um pouco mais à frente, no mês de março daquele ano, declarou a liberdade geral de comércio e indústria, pondo fim aos monopólios e privilégios até então concedidos pelo Estado”.

De um direito de patente, presente antes das Revoluções Americana e Francesa, personalista e arbitrário, haja vista que o monarca realizava reservas de mercado sem qualquer critério objetivo, passou-se a um direito patentário, considerado pós-revolucionário.

Tal direito, com influência das retro transcritas revoluções liberais burguesas foi instrumentalizado pela classe social em ascensão, a burguesia, que, suplantando o poder do rei, reconfigurou o direito de patente em bases consideradas mais objetivas, bastante distantes, a exemplo, das reservar de mercado corporações de ofícios medievais.

Assim sendo, as revoluções liberais alteraram a disciplina do instituto da patente, porque, como fora observado acima, objetivou-se o direito através de sua despersonalização.

O professor Davi Monteiro Diniz, em *Propriedade Industrial e Segredo em Comércio*, bem desnudou esse processo histórico que levou a patente do arbítrio do monarca na permissão de exercício de certa e determinada atividade econômica a moderna construção como concessão do Estado como benefício ao autor da atividade inventiva.

Nesse escopo, houve a construção da analogia do direito de patente com o direito de propriedade pelo direito francês, precisamente, o pós-revolucionário<sup>23</sup>:

“Dentre as contribuições oferecidas pelos revolucionários franceses, destaca-se, pela notável influência que teve nas comunidades latinas – aqui, vale não deslembrar o Brasil, enquanto sendo de influência franca –, a qualificação das invenções privilegiáveis como propriedade feita no art.1º da citada Lei de 1791, pelo qual “...toda descoberta ou nova invenção, em quaisquer gêneros de indústria, se constitui em uma propriedade de seu autor...”.

A patente e a propriedade, a despeito da analogia realizada pelo direito francês, não são a mesma coisa, porque há grandes diferenças entre a patente e os institutos do direito civil como podem depreenderno presente trabalho.

---

<sup>23</sup>BARBOSA, Denis Borges. **O valor social e político da patente de invenção**. 2000.

O direito de propriedade e a patente são diferentes em alguns aspectos, porquanto o instituto do direito civil possui como bem a coisa objeto do direito de propriedade, como já observado, algo material, já o instituto mais recente possui como bem uma ideia, claramente, algo imaterial.

A diferença é que o bem do direito de propriedade industrial deixa de ser uma coisa, enquanto matéria, e passa a ser uma ideia (com gênese no modelo francês). A propriedade industrial protege menos uma coisa, enquanto sendo seu objeto, do que uma atividade produtiva.

Desse modo, os direitos de patente são direitos privativos de propriedade industrial. Esses direitos por finalidade a concessão de direitos de exploração económica relativos a coisas incorpóreas -a invenção<sup>24</sup>.

Enquanto direitos privativos, os direitos de patente conferem ainda aos seus titulares o direito de proibir determinados comportamentos concorrenciais de terceiros. O direito de patente é ainda um direito absoluto, oponível *erga omnes*.

Cabe notar que, apesar de se tratarem de direitos de exclusivo, os direitos de patente -como, aliás, os direitos de propriedade intelectual globalmente considerados-têm uma função social de elevada importância, a qual conforma também o seu exercício<sup>25</sup>.

Já no que respeita conteúdo do direito de patente, cabe frisar que, ainda que se trate de um direito de propriedade intelectual, este é essencialmente de natureza patrimonial (ao contrário do que sucede no âmbito dos direitos de autor)<sup>26</sup>.

Nessa diapasão, existe no ordenamento jurídico da patente, os problemas entre a concorrência e a propriedade industrial referente ao monopólio legal dos modelos de utilidade e dos desenhos industriais.

---

<sup>24</sup>Mello, A. S. (2016). Contratos Relativos a Bens Industriais – algumas notas. *Revista de Direito Intelectual*, 2, 99-118, p. 99; Gonçalves, L. (2014). *Manual de Direito Industrial*, Coimbra: Almedina, p.19 *et seq.*

<sup>25</sup>Marques, J. P. R. (2005). **Propriedade intelectual, exclusivos e interesse público**. *op. cit.* p. 230.

<sup>26</sup>Na esfera do direito de autor e direitos conexos, a dimensão dos (entre os quais, a reivindicação da paternidade da obra, e a preservação da genuinidade da mesma). Tais direitos morais são imprescritíveis, inalienáveis e irrenunciáveis, transmitindo-se aos sucessores do autor após a sua morte. Cfr. Artigo 56.º do Código dos Direitos de Autor e Direitos Conexos (CDADC).

## 2 DIREITO DA CONCORRÊNCIA

Antes de adentrarmos no estudo do Direito da Concorrência, será de suma importância fazer uma breve digressão sobre a noção de poder, para a devida compreensão do presente trabalho, principalmente sobre a questão do poder econômico.

O poder, ao longo da história da humanidade tem-se firmado como componente fundamental das relações sociais, que mantém com o direito uma séria de convergências e pontos de tensão.

Por diversas vezes, ao longo da história, notou-se diversas tentativas de justificação filosófica do exercício do poder sob as mais diferentes formas; ora sob a emersão de imperativos categóricos dotados de racionalidade, sob a proteção do chamado “direito natural”<sup>27</sup>; ora atribuindo ao seu detentor prerrogativas divinas, ou ainda, sob o amparo de teorias contratualistas.

Com o surgimento do capitalismo junto ao período de ruptura com o feudalismo, demonstrou de forma clara essa troca de bastões entre os fatores ou agentes detentores de poder em um mundo estático de economia feudal, passando a dar lugar à dinâmica das relações de troca e comércio.

A teoria do início da Idade Moderna, atentou-se para esse novo momento, no qual as tradicionais explicações medievais do poder divino e humano cedem lugar, como no caso de Maquiavel.

Buscava uma compreensão realista na análise do papel e da ação do governante, deixando de existir meras afirmações teológicas, assumindo de vez os princípios da política.

Neste período, a burguesia começa a conquistar suas liberdades e possibilidades negociais, dentro do espaço político, tomando corpo a teoria do Estado<sup>28</sup>.

Nesse período, começou a surgir a teoria estatal que identifica o Estado como

---

<sup>27</sup> Segundo Voltaire: “O direito natural é aquele que a natureza indica a todos os homens. Educates vosso filho, ele vos deve respeito com seu pai, reconhecimento com a seu benfeitor. Tendes direito aos frutos da terra que cultivastes com vossas mãos. Fizestes e recebestes uma promessa, ela deve ser cumprida. Em todos os casos, o direito humano só pode se fundar nesse direito de natureza; e o grande princípio, o princípio universal de ambos, é, em toda terra: “Não faças o que gostaria que te fizesse”.” VOLTAIRE. **Tratado sobre tolerância**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.p.33.

<sup>28</sup>MASCARO, Alysson Leandro. **Introdução à filosofia do direito: dos modernos aos contemporâneos**. São Paulo: Atlas, 2002.

titular do exercício do poder em suas variadas dimensões, iniciando também uma séria de indagações acerca da liberdade individual e da liberdade de comércio, patrocinadas pela burguesia em ascensão.

Mascaro, de maneira clara explica quanto a concepção filosófica moderna foi importante para o desenvolvimento das relações comerciais, e obviamente, para a justificação do exercício do poder para finalidades tão coerentes com os valores do capital<sup>29</sup>.

No Direito Moderno, a filosofia em seu início, faz elogio ao Estado, por ser um elemento unificador da sociedade e esteio da atividade burguesa. Em seguida, devido às críticas ao Estado, começou a tomar forma o regime absolutista, tendo em vista que o regime do capitalismo na Idade Moderna era no sentido de limitação do Estado.

Nesse sentido, o controle burguês do Estado passa a exercer-se de modo inequívoco, à partir do momento em que se considera que o Estado está subordinado ao interesse individual, e não ao indivíduo jugido absolutamente pelo Estado.

Em contrapartida, no capitalismo, começa na filosofia do direito um grande discurso sobre grandes matrizes do pensamento filosófico, que pode ser observada nos dias atuais, sobre o individualismo, direitos subjetivos, limitação do Estado pelo direito, universalidade dos direitos, antiabsolutismo, contratualismo, entre outros.

Esses pensamentos, surgidas das realidades sociais capitalistas, constituem um arcabúço comum que se poderia chamar de pensamento filosófico moderno, sendo o paradigma mais usual e recorrente das explicações e legitimações do jurista até a atualidade.

Para Carl Schmitt, o poder identificava a forma do político, baseada na relação amigo-inimigo, rejeitando as noções de liberdade e os imperativos ao Direito Burguês, no qual relaciona “legalidade” ao estado de exceção ou a um ato ou momento de arbitrariedade do soberano<sup>30</sup>.

Nesse contexto, o liberalismo burguês em um sentido político, nunca foi radical, mas procurou unir o político ao ético e subordina-lo ao econômico, criando uma doutrina de divisão e equilíbrio dos poderes, ou seja, criou um sistema de obstáculos e controle do Estado.

Cabe ressaltar, que suas negações do Estado e do político, suas neutralizações, despolitizações e declarações de liberdade havia um sentido político, contra um determinado Estado e seu poder política, não sendo necessariamente uma teoria do Estado ou uma ideia política.

---

<sup>29</sup> MASCARO, op. Cit., p.21

<sup>30</sup> Cf. SCHMITT, Carl. **O conceito do político**. Petrópolis: Vozes, 1992.

Portanto, o instituto do poder pode possuir diversas formas variadas, razão pela qual não há porque limitá-lo às funções e à existência do Estado, no qual transcende, podendo ser exercido inclusive em decorrência do acúmulo de capital nas relações econômicas que se estabelecem no âmbito da sociedade, criando o chamado “Poder Econômico”.

Desse modo, o poder econômico constitui aspecto importante da defesa do direito de concorrência, tendo em vista que a princípio a existência desses agentes, com grande poder de mercado, implica em um grande monopólio, eliminando todos os participantes da cadeia produtiva, comprometendo a possibilidade de escolha dos consumidores e a eficiência sob suas variadas formas.

Direito da Concorrência é um instrumento típico de limitação jurídica do poder econômico na medida em que atua como um conjunto de regras mínimas, que pretende garantir o funcionamento de uma economia de livre mercado, caracterizada, sobretudo pela igualdade de oportunidade aos agentes de mercado.

O mercado é incapaz de resolver todas as situações econômicas, bem como o imperativo de se evitar as “crises sistêmicas”, que podem ser variadas e imprevisíveis, resultou na necessidade de elaboração de políticas econômicas que afetem a repartição de rendimentos, bem como as relações de consumo orientadas por meio de decisões governamentais.

O Estado ao instituir políticas e ações no âmbito do Direito da Concorrência, tornou-se implementador de políticas econômicas orientadas à perpetuação das condições de acumulação capitalista, visando equilibrar as relações aplicáveis ao mercado livre e à regulação estatal.

Nesse contexto, a defesa do Direito da Concorrência nasce sob a premissa de que uma grande quantidade de poder de mercado é passível de ocasionar falhas sistêmicas, tutelando a manutenção de mercado, constituindo um instrumento de intervenção na economia para a manutenção da ordem liberal vigente.

## 2.1 TEORIA GERAL DO DIREITO E DIREITO DA CONCORRÊNCIA

A teoria geral do direito compreende o desenvolvimento de conceitos jurídicos fundamentais, sendo resultados da elaboração lógica de normas e expressam o produto de uma criação humana consciente, real, via de regra dotada de causalidade e influenciada por

fatores históricos e econômicos.

Em suma, a teoria do Direito, sempre entendeu a ordem jurídica como um sistema que compreende processo de formação e interpretação do direito.

Para tratar sobre a interpretação de uma norma, necessita primeiramente ter em consideração, a cadeia de significado, seu contexto e a sede sistemática da norma, bem como sua função no contexto da regulamentação em causa.

Ainda, deve observar o ordenamento jurídico em seu conjunto, ou em grande parte dele, no qual esta subordinado a determinadas ideias jurídicas directivas, princípios ou pautas gerais da valoração da norma<sup>31</sup>.

Desse modo, a descoberta das conexões de sentido em que as normas e regulações particulares se encontram entre si e com os princípios directivos do ordenamento jurídico, e a sua exposição de um modo ordenado, que possibilite a visão de conjunto – quer dizer, na forma de um sistema – é uma das tarefas mais importante da Jurisprudência científica.

Isabel Vaz<sup>32</sup> define o Direito da Concorrência como “(...) um conjunto de regras e instituições destinadas a apurar e a reprimir as diferentes formas de abuso do poder econômico e a promover a defesa da livre concorrência (...)”. trata-se de um conjunto de normas jurídicas e sociais cuja motivação é restringir atos e práticas que cerceiam o processo concorrencial.

Para Ana Maria Nudeo<sup>33</sup>, o Direito da Concorrência é entendido como uma legislação que dá concretude aos princípios da livre iniciativa, da livre concorrência e da repressão ao abuso do poder econômico.

Insta salientar, que Vicente Bagnoli<sup>34</sup> afirma, que tanto para o direito, quanto para a economia, o entendimento de “concorrência”, simplesmente é uma “disputa ou rivalidade entre produtores, negociantes, industriais, entre outros, pela oferta de mercadorias ou serviços, iguais ou semelhantes” sendo bastante restritiva, haja vista que “a concorrência não se resume apenas a uma disputa ou rivalidade, envolve interesses, mercados, países, populações, conquistas e os meios para atingir determinados resultados”.

Nesse contexto, o Direito da Concorrência pode ser entendido como um conjunto de normas, cuja motivação é restringir atos e práticas capazes de cercear a livre concorrência

---

<sup>31</sup> LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência Direito**. 4. ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

<sup>32</sup> VAZ, Isabel. **Direito Econômico da Concorrência**. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

<sup>33</sup> NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. **Defesa da concorrência e globalização econômica**. São Paulo: Malheiros, 2002.

<sup>34</sup> BAGNOLI, Vicente. **O Direito da Concorrência e sua aplicação na área de livre comércio da Américas**. 2003.



no mercado, assegurando ainda a proteção de interesses individuais e coletivos. Congrega parâmetros e ações regulatórias passíveis de serem implementadas pelo Estado, a fim de preservar o ambiente competitivo, possibilitando a efetivação da livre iniciativa, bem como desencorajar condutas abusivas do exercício do poder de mercado.

Nessa diapasão, o Direito da Concorrência busca o controle de certas condutas ou das práticas anticoncorrenciais, tentando regular, sancionar e reprimir as condutas de abuso do poder econômico em suas diversas formas, por exemplo: é o caso das infrações à ordem econômica com o exercício abusivo de posição dominante, o aumento arbitrário dos lucros, a formação de cartéis, a eliminação de matéria prima escassa, a dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, entre outras práticas que tenham como objetivo, ou possam potencialmente prejudicar a livre concorrência.

Nesse sentido, a concorrência através de uma política de defesa busca um meio apto para uma economia eficiente, valorizando a livre iniciativa e a liberdade nas relações econômicas. Em uma economia eficiente, os cidadãos têm a disposição uma maior variedade de opções de produtos e serviços, a menores preços, o que possibilita um melhor nível de bem-estar econômico.

Em um mercado de livre concorrência, as empresas são obrigadas a desenvolver novas tecnologias, aprimorando serviços, produtos, atendimento, bem como manter preços compatíveis com as exigências do mercado, pois estão sob o risco permanente de perder espaço para os concorrentes.

Dessa forma, podemos extrair alguns elementos constitutivos da concorrência: o livre acesso aos mercados; a liberdade de empresa e a possibilidade de escolha dos consumidores.

O livre acesso aos mercados consubstancia-se na ausência de obstáculos artificiais promovidos pelos agentes econômicos já atuantes neste setor, com as chamadas condutas anticompetitivas.

Com relação à liberdade de empresa; em uma economia de livre concorrência, os agentes econômicos devem ser livres para tomar decisões da maneira que melhor lhes convier, sem interferências externas ou artificiais, ressalvado o cumprimento da lei específica, para o exercício de determinadas atividades.

Outro elemento é a possibilidade de escolha pelos consumidores, que está diretamente relacionado às estruturas do mercado e ao comportamento dos agentes econômicos. Ainda que o direito antitruste tenha como meta inerente a garantia da

concorrência, o consumidor é o principal beneficiado neste processo, haja vista que a competição plena e equilibrada entre empresas participantes induz ou incentiva que os *players*<sup>35</sup> se esforcem para oferecer produtos e serviços de melhor qualidade por preços menores.

## 2.2 DAS FINALIDADES E OBJETIVOS DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA

O Direito da Concorrência baseia-se na ideia de que a concorrência não pode ser limitada por agentes econômicos com poder de mercado e na existência de mecanismos institucionais passíveis de garantir a livre competição de mercado. Estes mecanismos institucionais devem ainda atuar para que se reduzam as barreiras à entrada de novos concorrentes, especialmente as criadas artificialmente por agentes com grande poder de mercado.

Segundo Correia<sup>36</sup> “é preciso reconhecer que necessidades econômicas, sociais e culturais diferentes, além de interesses diversos, influenciam e separam os sistemas nacionais de Direito da Concorrência. Cada sistema deve ser analisado dentro de seu próprio contexto.”

Ricardo Thomazinho da Cunha<sup>37</sup> atribui ao Direito de Concorrência algumas finalidades de caráter geral que podem estar presentes em qualquer lei de defesa da competição.

Nesse sentido, os fins gerais dividem-se em econômicos e não-econômicos. O principal objetivo econômico para proteger a competição é o de maximizar a riqueza econômica do consumidor por meio do emprego dos recursos escassos, e, mediante o progresso no desenvolvimento de novas técnicas produtivas e novos bens, atingir o melhor aproveitamento destes recursos.

Nessa diapasão, as duas espécies de fins gerais não se complementam obrigatoriamente, podendo ser excludentes no caso de colisão. Por exemplo, podem divergir no momento em que a eficiência dos agentes econômicos determine o desaparecimento de pequenas empresas em prol de grandes produtores, ou no instante em que as economias de

---

<sup>35</sup> “São responsáveis pela criação e manutenção de uma ampla cadeia de empregos diretos e indiretos, que impulsionam a atividade econômica”

<sup>36</sup> BARRAL, Welber. **Direito e desenvolvimento: análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento**. Prefácio de Amartya Sen. São Paulo: Singular, 2005.

<sup>37</sup> CUNHA, Ricardo Thomazinhoda. **Direito de defesa da concorrência: Mercosul e União Européia**. Barueri: Manole, 2003.

escala na produção ou na distribuição reduzem o número de firmas produtoras ou distribuidoras.

Ainda neste contexto, Cunha<sup>38</sup> traz outras finalidades do Direito da Concorrência, que atribui de fins não-econômicos, como:

a) distribuição de renda: o Direito da Concorrência pode ser instrumento auxiliar na distribuição de renda na sociedade. O incentivo da competição no mercado leva o produtor a receber pelo ser bem somente o preço competitivo, ou seja, aquele que lhe permitia obter o retorno do capital investido e lucro razoável, correspondente à sua contribuição no seu preparo. Assim, a garantia da concorrência possibilita menores preços, empregando-se a renda da sociedade de forma eficiente, sem desperdícios (...);

b) estabilização econômica: cita-se comumente o exemplo do efeito das práticas das empresas sobre a inflação, quando exercem controle do preço sobre as mercadorias. As grandes empresas, ao estabelecerem seus preços, embutem a expectativa de inflação futura, iniciando-se o círculo vicioso, impedindo o fim da alta. Além disso, os preços daqueles que detêm poder de mercado normalmente sobem, servindo de parâmetro para a majoração de preços de outros produtos (...);

c) dispersão de poder econômico: a defesa dos sistema perfeito de concorrência, no conceito primário, buscava a manutenção de um mercado atomizado, no qual nenhum agente econômico teria poder de influência.

Sob o aspecto econômico, o processo competitivo além de assegurar a normalidade das funções de oferta e procura nos mercados, auxilia na alocação eficiente dos recursos, por meio da conjugação dos fatores de produção para se obter a maior produtividade possível.

Sob o aspecto social, a concorrência, além de incentivar a redução dos preços, o investimento em novas tecnologias e uma maior variedade em produtos e serviços, fomenta a manutenção e a ampliação da cadeia ampla de empregos.

Portanto, na prática verifica-se que o Direito da Concorrência varia em diferentes sistemas concorrenciais, no tempo, concepções, teorias econômicas e linhas doutrinárias.

---

<sup>38</sup> CUNHA, Ricardo Thomazinhoda. **Direito de defesa da concorrência: Mercosul e União Européia**. Barueri: Manole, 2003.

## 2.3 O DIREITO DA CONCORRÊNCIA EM DIFERENTES MERCADOS

Em uma economia capitalista, a livre concorrência deve existir em um determinado mercado, senão as falhas devem ser corrigidas. Diversas são as possibilidades de falhas, entre elas: as externalidades, as ações culposas ou de ingerência institucional.

Os mercados livres são instituições típicas das economias capitalistas. A estrutura desenhada por eles facilita a troca econômica e sua multiplicidade, de forma que se ganha em eficiência, dado que as denominadas forças de mercados induzem a competição entre agentes, isto é, estimula a concorrência em prol da satisfação das necessidades dos consumidores<sup>39</sup>.

Rachel Sztajn afirma que mercado implica na conjugação de dois fatores: ordem e liberdade<sup>40</sup>.

O Estado através da legislação que dispõe sobre o direito da propriedade, mostra à população que exerce através de mercados, organizações ou instituições sociais, um domínio econômico sobre ela, apesar desse domínio ser aparentemente indireto sobre as inter-relações.

Dessa forma impõe uma certa coerção quando há uma atividade econômica, uma transferência de bens, evitando assim que não ocorra dano na relação econômica, dano esse que o direito classifica como ações ilegais ou irregulares. Dando assim, mais segurança nas relações econômicas e tornando possível alcançar os resultados buscados.

Desse modo, a intervenção do Estado deve funcionar como forma de ajustar o curso da economia ao modelo econômico nacional, observando os direitos limitadores da atuação do Estado no domínio econômico, a fim de repelir possíveis práticas estatais abusivas, arbitrárias e contrárias ao interesse coletivo.

---

<sup>39</sup> SZTAJN, Rachel. **Teoria jurídica da empresa: atividade empresária e mercados**. São Paulo: Atlas, 2003.

<sup>40</sup> Idem.

### 2.3.1 O MERCADO REVELANTE

Paula Forgioni, define o mercado relevante como, “aquele em que se travam as relações de concorrência ou atua o agente econômico cujo comportamento esta sendo analisado.”<sup>41</sup>

No Direito da Concorrência a noção de mercado relevante possui uma importância fundamental, no qual se refere à análise das operações de concentração ou de condutas praticadas por agentes detentores de poder econômico, ou seja, define-se mercado relevante por meio da fixação de limites geográficos e da análise do produto.

De modo geral, as definições típicas de mercado relevante abrangem uma situação hipotética de avaliação dos possíveis efeitos anticoncorrenciais decorrentes do poder de mercado, de operações de concentração que envolvam agentes de mercado e de condutas anticompetitivas.

Assim, a análise concorrencial leva em consideração a questão da elasticidade, tanto da oferta, quanto da demanda. Portanto, para que se delimite em qual mercado relevante se encontra um determinado agente econômico que fabrica um hipotético produto “x”, é necessário analisar quais produtos os consumidores vêem como substitutos de “x” e quais novos agentes podem entrar no mercado em questão para produzir um produto similar.

Posnei<sup>42</sup> afirma que os potenciais ganhos em um conluio são pequenos, caso haja um aumento pequeno sobre o preço do valor cobrado pelos concorrentes, o que causará uma procura menor sobre determinado produto, gerando dessa forma uma receita baixa pelo preço mais elevado. Nesse contexto são baixas as chances de vendedores formarem um conluio.

Calixto Salomão Filho<sup>43</sup>, traz uma visão mais ampla sobre a definição de mercado, no qual indica três partes: o produto fornecido, o espaço geográfico ocupado e o tempo. A última parte do mercado foi acrescentada pelas primeiras, ou seja, o tempo foi acrescido pelo produto e pelo espaço geográfico. Contudo, a análise neoclássica tradicional usa o tempo para definir o mercado. Toda essa discussão é incluída nos mercados geográficos e nos produtos fornecidos, o que restringe as duas definições, e indica o sentido de maior poder do mercado, caso exista o poder na perspectiva do tempo.

---

<sup>41</sup> FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 2. ed. São Paulo: RT, 2005.

<sup>42</sup> POSNER, Richard. **Direito antitruste: uma perspectiva econômica**. Universidade de Chicago Press, 1976.

<sup>43</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial: as condutas**. São Paulo: Malheiros, 2003.

Portanto, o mercado relevante constitui um mercado mínimo para efeito da análise, que uma vez ultrapassado pelo agente econômico, sujeita-o a controle ou limitação por parte do órgão de defesa da concorrência.

### 2.3.2 AS ESPÉCIES DE MERCADO

Superado o conceito de mercado relevante, será destacado neste presente capítulo as diferentes espécies de mercado, trazendo sua relevância no Direito da Concorrência. A ciência econômica classifica algumas espécies de mercados, entre as quais destacam-se: os mercados de concorrência perfeita, o monopólio, o oligopólio, o monopsonio, o oligopsonio, e a concorrência monopolística.

A primeira espécie, denominada de mercado de concorrência perfeita, é utilizada como parâmetro para a análise dos outros tipos de mercado, servindo como referencial teórico a explicar como os agentes em regime de concorrência perfeita atuam.

Parte da doutrina considera como este modelo ideal, porém utópico de ser alcançado em níveis absolutos, tendo em vista que é caracterizado pela perfeita competitividade mediante a existência de um grande número de pequenos produtores e compradores, constituindo um mercado atomizado.

A quantidade relativa dos produtos de mercado adquirida por um comprador ou vendida por um fornecedor deve ser extremamente pequena em relação ao volume total negociado, de modo que as mudanças nestas quantidades não afetem o preço.

Todos os fornecedores e consumidores têm perfeita informação acerca dos preços praticados, a natureza dos produtos e serviços produzidos. Os produtos e os serviços são também homogêneos, de forma que, não há motivo para que qualquer comprador prefira determinado produto ou serviço em detrimento do outro. Neste mercado inexistem ainda economias de escala, bem como influências derivadas de economias externas.

No mercado de livre concorrência, a oferta e a procura são fundamentais para a fixação dos preços e para a definição da quantidade de produtos (ou serviços) disponibilizados para consumo, e, por conseguinte fornecem informações para que os consumidores façam suas escolhas.

Assim, uma empresa atuante em um mercado de concorrência perfeita não poderia aumentar ou reduzir demasiadamente o preço de seus produtos e serviços, sem que corresse o

grande risco de perder participação no mercado.

Na primeira hipótese, seus clientes provavelmente procurariam produtos ou serviços de outros concorrentes em busca do preço menor e; na segunda hipótese, haveriam prejuízos em razão da venda do produto ou serviço por preços abaixo do custo de produção.

A conjugação dos referidos fatores, resulta em uma característica inerente aos utópicos mercados de concorrência perfeita, mas de extrema importância para análise antitruste real, qual seja a impossibilidade de que um agente de mercado, utilizado de seu grande poder econômico, influencie a conduta dos demais.

No mercado de concorrência perfeita, há plena coordenação dos fatores de produção. Além disso, os preços dos produtos ou serviços oferecidos seriam fixados de modo a atender às necessidades dos fornecedores e à concepção de justiça dos consumidores na corriqueira expressão “é justo pagar tanto por isso”, conjugando um equilíbrio da oferta e da procura.

O monopólio, ao contrário dos mercados de economia perfeita, caracteriza pela inexistência de competição em um determinado mercado, no qual o agente econômico tem poder econômico para estabelecer o preço dos produtos. Uma situação absoluta de monopólio apresenta as seguintes características: existe um único fornecedor no mercado, o produto ou serviço prestado é único e insubstituível e existem barreiras que impedem que novos agentes ingressem no mercado.

Este mercado monopolista, podem trazer algumas consequências para a sociedade, tais como:

a) a falta de concorrência leva as empresas a não desenvolver novos produtos e tecnologias, estagnando sua produção, já que não precisam atrair novos clientes por meio de produção de produtos cada vez melhores;

b) a inexistência de competição não incentiva as empresas a reduzir seus custos, e conseguir mais eficiência;

c) o monopólio somente expande sua produção se o aumento na receita advinda da venda da unidade for maior que o custo de produção desta unidade e;

d) o aumento indiscriminado do preço das mercadorias representa transferência indevida de renda dos consumidores para os produtores, ocasionando a ineficiência na aplicação dos recursos da sociedade, privando os consumidores, muitas vezes, de bens que poderiam adquirir caso o preço fosse mais baixo.

Opera-se portanto o chamado *dead-weight-loss*, conceito marginalista relacionado

à perda da utilidade para consumidores que ficam impossibilitados de consumir o produto ou serviço, acrescido do custo de oportunidade daqueles que continuam a consumi-los para arcar com os preços supracompetitivos cobrados pelo monopolista.

Existem ainda, os chamados monopólios legais/naturais, que correspondem a situações nas quais a situação de monopólio é conferida a determinado agente econômico, por força de lei. Alguns ramos, necessitam de grandes capitais, como, por exemplo, a extração de petróleo, a siderurgia e a produção de químicos, e somente poucos agentes econômicos têm estrutura financeira para captá-los.

O monopólio, apesar de suas desvantagens, é, em determinados setores de atividade, a única forma possível de organização industrial. Vários fatores geram a concentração econômica, podendo-se destacar, entre os mais importantes, o grande volume de capitais necessários ao investimento, a dificuldade de criação de novas tecnologias, o alcance de escala de produção e na necessidade de especialização de trabalho.

O oligopólio é caracterizado pela concorrência imperfeita, onde um pequeno número de produtores ou prestadores de serviço, domina a maior parte do mercado, ocorrendo uma concentração econômica parcial na qual o poder de mercado é dividido entre poucos *players*.

Vicente Bagnoli, afirma que os oligopólios, possui um modelo em que obriga que as autoridades trabalhe de forma intensa para defender a concorrência e os estudiosos da matéria. Quando se observa o modo que atua os agentes econômicos dominantes nesse mercado, é bem possível que esteja em frente um caso fortemente competitivo, mesmo com poucos competidores, bem como encontrar comerciantes que se unem em poucos números formando um conluio para diminuir ao máximo a concorrência<sup>44</sup>.

Dentre os postulados das Escolas de Harvard e de Chicago foram criadas várias teorias relacionadas aos oligopolizados.

Na Escola de Harvard, o comportamento oligopolista racional relaciona-se a adoção de comportamentos semelhantes em relação aos preços. Neste sentido, uma vez que o mercado é composto por poucos agentes que dominam sua maior parte, seria racional que estes mantivessem um paralelismo em suas condutas, de modo que nenhum ganharia ou perderia espaço.

O estudo dos mercados oligopolistas, permite para efeitos de análise antitruste,

---

<sup>44</sup>BAGNOLI, Vicente. **O Direito da Concorrência e sua aplicação na área de livre comércio da Américas**. 2003.



um maior contato com as teorias econômicas, na medida em que busca justificar ou prever determinados comportamentos de mercado.

Neste contexto, emerge um fator de grande importância, qual seja, o poder econômico do oligopolista, especialmente no tocante a formação de estruturas de grande poder econômico, uma concentração vertical envolvendo agentes oligopolistas pode, se não for devidamente analisada, representar um grande perigo para o mercado.

Os monopsônios constituem uma estrutura de mercado com apenas um comprador, em um universo composto por vários fornecedores. Ao contrário do monopólio que representa o poder de mercado sobre a oferta, o monopsônio o faz com base na demanda.

Neste modelo, o poder do monopsonista possibilita ao agente econômico impor uma redução do valor do produto ou do serviço por meio da diminuição da quantidade demandada, diminuindo o custo médio, como ocorre, por exemplo, em uma região onde há um grande número de produtores de leite, e há apenas uma usina de pasteurização, impondo aos produtores um preço muito abaixo do mercado.

O monopsonista não é o consumidor final na cadeia econômica, ou seja, o comportamento racional que se espera é que este não repasse ao consumidor os preços baixos obtidos em razão de seu poder. Espera-se que essa diferença seja absorvida em forma de lucro.

O oligopsônio constitui um conjunto de monopsônios, ou seja, existe uma pequena quantidade de compradores responsáveis por uma parcela bastante significativa do volume de compras ocorridas no mercado<sup>45</sup>.

Sob o aspecto da proteção ao consumidor, aparentemente a questão dos monopsônios e os oligopsônios, por estarem relacionados à demanda e à oferta direta ao mercado final, estariam excluídos das preocupações concorrenciais, haja vista que não é provável que estes venham a se transformar em monopólios ou oligopólios.

Entretanto, os efeitos negativos decorrentes dessas estruturas com poder econômico de demanda frente ao mercado são igualmente desastrosas, impactando também na cadeia produtiva e na geração de empregos.

---

<sup>45</sup>José Luís Caramelo Gomes, **Lições de Direito da Concorrência**, Almedina, 2010.



### 3 DIREITO DE PATENTE

A patente é um termo derivado do latim, de *patens*, de *patentis*, de *petere* (ser claro, evidente, manifestar-se). Quanto à patente de invenção, que existe, juntamente, a outros tipos de patentes como, por exemplo, a militar, essa é a que designa a *carta* ou o *título de privilégio* concedido ao inventor em questão.

De tal maneira, há um título oficial de concessão ou ainda de privilégio com uma carta patente que é o instrumento oficial, em verdade, um documento oficial, que concede uma autorização ao atestar uma qualidade.

Patente pode ser considerado como uma nova solução para um determinado problema, um novo produto ou um processo que mostre de uma forma ampla uma nova maneira de realizar algo, é um direito específico dado a uma criação.

Denominação dada à busca realizada pelo criador, em compensação à pesquisa autêntica de sua criação. É necessário que o criador traga novidades, atividade de criação com benefício para o mercado econômico. Dessa forma, a Patente é um reconhecimento do Estado, feito através de um documento expedido pelo órgão competente, que reconhece o direito de propriedade reivindicado pelo criador.

Assim sendo, corroborando as lições de Denis Borges Barbosa<sup>46</sup> acerca das patentes, essas são consideradas um direito imaterial, o qual, por conseguinte, não se confunde com a matéria, seja ela um produto, ou seja ela um processo, que se encontrem patenteados.

Nessa vereda, não podemos esquecer que as patentes tiveram como seu primeiro objeto na história os inventos mecânicos, o campo das inovações no mundo da mecânica foram o clássico objeto da patente, que veio a substituir a utilização do chamado segredo industrial, tido como de difícil manutenção e ainda como prejudicial ao desenvolvimento da sociedade humana.

De tal modo, pelo menos em sua fórmula clássica, a patente tem como pressuposto a extinção do segredo industrial, supostamente, em benefício da sociedade, o que viria a tornar o conhecimento da tecnologia acessível a todos, mas tão-somente depois do fim do direito de patente com o monopólio de seu possuidor.

---

<sup>46</sup>BARBOSA, Denis Borges. **Do requisito de suficiência descritiva das patentes**. 2011.

Ter-se-á, portanto, um privilégio de invenção, um benefício concedido ao titular da patente consistente num direito exclusivo à exploração industrial e comercial da coisa inventada, por meio de uma carta patente, a qual, como já fora observado acima, é o instrumento oficial de que dispõe o Estado para conceder o privilégio do monopólio.

Para a configuração daquele direito de patente, fazem-se misteres alguns requisitos para sua concessão, porque o Estado exige a descrição exata da tecnologia inventada de forma que um técnico com formação média na área seja capaz de reproduzir a invenção nos moldes fornecidos pelo seu titular de direito.

Os requisitos das patentes foram uma construção que sofreu grande influência do direito estadunidense, porquanto foi pelo menos uma de suas mais relevantes fontes. Nesse caminho, cumpre não olvidar a célebre decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos da América (EUA)<sup>47</sup>:

“Depois que um inventor decide retirar o véu do segredo de seu trabalho, ele escolhe a proteção de uma patente federal ou a dedicação de sua ideia ao público em geral. Como o juiz Learned Hand colocou uma vez: "É uma condição do direito do inventor a uma patente que ele não explore sua descoberta competitivamente depois que ela estiver pronta para a patente, ele deve se contentar com sigilo ou monopólio legal". *Metalizing Engineering Co. v. Kenyon Bearing & Auto Parts Co.*, 153 F.2d 516, 520 (CA2), cert. negado, 328 U.S. 840 (1946). "

Com relação ao direito da patente e concorrencial, recentemente o Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, no processo sob o número: 185/13.6YHLSB-B.L1.S1, entendeu que a competência para apreciar pedidos de declaração de invalidade de marcas comunitárias encontra-se concentrada no IHMI (Instituto de Harmonização do Mercado Interno), salvo se a declaração de invalidade tiver sido pedida pelo réu, por via de reconvenção, em acções de contrafacção (infringement).

Nessa eventualidade, o tribunal competente para julgar a acção – e que há-de ser um tribunal de marcas comunitárias, por caber a estes tribunais, exclusivamente, a competência para julgar acções de contrafacção de marcas comunitárias (al. a) do artigo 96º do Regulamento (CE) nº 207/2009), vê a sua competência estendida à apreciação do pedido

---

<sup>47</sup> ALMEIDA, Paulo Roberto de. **Propriedade intelectual: os novos desafios para a América Latina**. In: *Estudos Avançados*. V. 5, n. 12, mai/ago 1991. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1991.

reconvencional de declaração de invalidade<sup>48</sup>.”

De tal sorte, por todo o exposto, apercebe-se que a patente teve construída sua relação com a propriedade, haja vista que o instituto de alicerce civilista e romanista do direito de propriedade conecta-se a uma coisa, algo, necessariamente, material, corpóreo, de outro lado, ter-se-á o direito de patente que se liga a algo imaterial, protegendo uma tecnologia.

Algumas doutrinas portuguesas<sup>49</sup>, como especifica que muito dessa criação deve-se à analogia que fora realizada, quando da gênese das patentes, com o direito de propriedade, uma vez que ambos os citados direitos possuem a característica de exclusividade de seu possuidor – ainda que limitada no caso das patentes por tempo certo<sup>50</sup>.

Existia uma corrente majoritária quanto à gênese das patentes e, com efeito, do direito a elas, haja vista que existem autores que, numa perspectiva minoritária, defendem que esse instituto ter-se-ia formado na Grécia de Antanho com a proteção patentária de receitas gastronômicas que havia em muitas Cidades-Estados gregas, que iremos adotar no presente trabalho.

Sendo assim, quanto à origem das patentes de invenção como sendo monopólios, “o conjunto de poderes envolvidos pelo que hoje é chamado patente de invenção tem origem na concessão de privilégios e monopólios para atrair a implantação de manufaturas, principalmente as que trouxessem a oferta de novos produtos e vem-se definindo ao longo dos últimos cinco séculos”<sup>51</sup>. A patente, assim, estaria, dialeticamente, relacionada com a evolução da indústria e do comércio, os quais teriam sido meios sobre que ela se constituiu e ainda se configurou.

### 3.1 FUNÇÃO SOCIAL DA PATENTE

Teóricos definem que a riqueza de uma nação provém da produtividade de seus cidadãos, a qual, por sua vez, depende de recursos, tecnologia e organização. No passado, as

---

<sup>48</sup> <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/cde.Document>, acesso em 21 de set de 2020.

<sup>49</sup> Pedro Sousa e Silva, **Direito Industrial, Noções Fundamentais**, Almedina, Coimbra, 2019.

<sup>50</sup> Pedro Sousa e Silva, **Direito Industrial, Noções Fundamentais**, Almedina, Coimbra, 2019.

<sup>51</sup> ALMEIDA, Paulo Roberto de. **Propriedade intelectual: os novos desafios para a América Latina**. In: Estudos Avançados. V. 5, n. 12, mai/ago 1991. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1991.

condições naturais eram determinantes à capacidade econômica das nações. Com efeito, as nações consideradas mais produtivas, e, por conseguinte, mais desenvolvidas economicamente, eram aquelas que possuíam minérios e vasta produção agrícola. Não obstante, com o advento da revolução industrial, nações originalmente pobres de recursos naturais tornaram-se aptas a desenvolver suas economias através da criação de novas tecnologias.

Isso porque, a tecnologia cria melhores soluções, enseja a otimização da produtividade e lucro das indústrias, reduzindo os custos de produção, e agrega maior eficácia aos produtos. Por efeito cascata, o desenvolvimento propiciado às indústrias locais fortalece a economia nacional, uma vez que promove não só maior circulação de riquezas a nível local, mas também possibilita a realização de mais exportações.

Assim, a inovação tecnológica torna-se importante fator de equiparação da capacidade produtiva de nações que foram condenadas à pobreza pela má distribuição de recursos naturais no passado.

É de se notar que, em 1900, a riqueza da Argentina era equiparável a dos Estados Unidos. Contudo, após décadas de investimento em desenvolvimento industrial, tecnologia e inovação, os Estados Unidos tornaram-se a maior potência econômica do mundo.

Não por outro motivo, a inovação tecnológica é tida como um dos principais propulsores da economia moderna, sendo destaque na pauta da maioria dos governos, os quais se preocupam em adotar políticas nacionais de fomento à inovação e à tecnologia como forma de desenvolvimento da economia nacional.

Nesse mesmo sentido, também comenta Paula Forgioni<sup>52</sup>:

“Alguns dados empíricos trazidos por Landes e Posner são úteis para demonstrar a modificação desse cenário e a valorização da propriedade intelectual, ocorridas a partir dos anos 80. Entre 1985 e 2001, o número de patentes concedidas pelo U.S. Patent and Trademark Office aumentou de 111.000 para 269.000. No mesmo período, dobrou o número de ações judiciais sobre direitos de propriedade industrial. Entre 1980 e 2001, os membros do Intellectual Property Section of the American Bar Association aumentaram de 5.526 para 21.670. De duas revistas especializadas em propriedade intelectual, existentes em 1980, saltou-se para 26, em 2003. Em 1981, a Universidade de Chicago

---

<sup>52</sup> FORGIONI, Paula. **Os Fundamentos do Antitruste**. 8ª Ed. Editora Thompson Reuters, 2015.

oferecia sete cursos ou seminários sobre direito tributário e apenas um sobre propriedade intelectual; nos primeiros anos de do século XXI o número de igualou-se. Revistas econômicas publicaram cinco artigos sobre propriedade intelectual em 1982, e 235 no ano 2000. E, mais importante do que tudo, entre 1987 e 1999, a renda anual norte-americana derivada do comércio de propriedade intelectual aumentou de US\$ 10 bilhões para US\$ 36,5, enquanto os pagamentos externos realizados no ano de 1999 não ultrapassaram o montante de US\$ 13 bilhões (*The economic structure of intellectual property law*)”.

Sobre a importância econômica das invenções, dispõe em sentido análogo Marlon Tomazette<sup>53</sup> que “[a] arte de inventar é uma das mais importantes fontes de inovações que permitem o desenvolvimento da sociedade. Sem as invenções, a sociedade não estaria tão evoluída, ela não teria chegado ao presente nível de desenvolvimento econômico”.

Considerando a necessidade de criação de normas jurídicas aptas a atender os anseios sociais, econômicos e políticos, os Estados passaram a programar de forma regulamentada a tutela aos direitos de propriedade industrial como forma de fomento ao desenvolvimento econômico.

Nesse sentido, a doutrina clássica aponta que, quanto maior a proteção aos direitos de propriedade industrial, permitindo a existência do monopólio legítimo dos direitos intelectuais, maior tende a ser o desenvolvimento industrial e econômico nacional.

Nesse contexto, os direitos de propriedade industrial operam uma troca entre o inventor e o Estado. O inventor revela ao público o processo de criação da invenção, permitindo que interessados possam reproduzi-la e, em troca, o Estado, lhe outorga monopólio sob o produto patenteado por período determinado. Assim, ambos, sociedade e inventor, podem se beneficiar da invenção.

Segundo Denis Barbosa<sup>54</sup>, o segredo seria a proteção natural da invenção, e a patente seria a proteção artificial, conferida pela lei. A tutela se justifica, sob a perspectiva do inventor, na medida em que, na remota hipótese de a invenção cair em domínio público por outras vias que não o depósito da patente perdendo a sua proteção natural - o segredo, o uso exclusivo não estaria protegido. Logo, o risco de descoberta incidental torna mais vantajoso ao inventor revelar à população como reproduzir a patente do que mantê-la em segredo.

---

<sup>53</sup> TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial**. Vol. 1. Ed. Atlas, 2016.

<sup>54</sup> BARBOSA, Denis Borges; ARRUDA, Mauro Fernando. **Sobre a Propriedade Intelectual**. Disponível em: <[http://denisbarbosa.addr.com/arquivos/livros/sobre\\_propriedade\\_intelectual.pdf](http://denisbarbosa.addr.com/arquivos/livros/sobre_propriedade_intelectual.pdf)>. Acesso em: 11 mai. 2020.

Sendo assim, a patente recompensaria o inventor pelos esforços dispendidos na criação da invenção, conferindo monopólio exclusivo de exploração e, por conseguinte, substancial vantagem competitiva frente aos seus concorrentes. O sistema de patentes possuiria, então, duas vertentes: a de retribuição ao inventor pelo esforço dispendido em pesquisas e a contribuição social para o aumento do conhecimento da população, através da revelação da invenção.

Em outro ensaio, Denis Barbosa<sup>55</sup> aponta que o sistema de propriedade industrial consiste na garantia, pelo Estado, de que “o titular da patente ou da marca tenha uma espécie de monopólio do uso de sua tecnologia ou de seu signo comercial, monopólio esse que difere do monopólio *stricto sensu*, por ser apenas a exclusividade legal de oportunidade comercial (do uso da tecnologia, etc)”.

A partir da revolução industrial, as patentes começaram a ganhar relevância no cenário jurídico, consagradas através da promulgação da CUP de 1883<sup>17</sup>. No Brasil, o Direito de Patentes é regulamentado pela Lei 9.279/96 (LPI). Em paralelo, a Constituição Federal assegura ao direito de propriedade industrial o *status* de garantia fundamental, através do art. 5º, inciso XXIX.

De acordo com a sistemática constitucional, duas são as finalidades precípua dos direitos de propriedade industrial, inclusive do Direito de Patentes: desenvolvimento tecnológico e econômico do país e o interesse social. Segundo Denis Barbosa, trata-se da funcionalização da propriedade industrial.

Segundo a Constituição Brasileira vigente, a propriedade resultante das patentes e demais direitos industriais não é absoluta – ela só existe em atenção ao interesse social e para propiciar o desenvolvimento econômico e tecnológico do país.

A primeira finalidade, baseada nos fundamentos econômicos já mencionados, é a de propiciar o desenvolvimento econômico nacional fomentando a criação de invenções. Para tanto, assegura-se ao inventor a possibilidade de obter receita futura, proveniente da exploração exclusiva durante o período que lhe é outorgado o monopólio pelo Estado, recuperando, assim, os custos investidos para criação da tecnologia. Através desse sistema de compensação, o Estado estimula que outros inventores também elaborem invenções.

Já a segunda finalidade dos direitos de propriedade industrial é a de assegurar que a sociedade se beneficie diretamente da invenção tecnológica. Para tanto, a legislação

---

<sup>55</sup>BARBOSA, Denis Borges; ARRUDA, Mauro Fernando. **Sobre a Propriedade Intelectual**. Disponível em: <[http://denisbarbosa.addr.com/arquivos/livros/sobre\\_propriedade\\_intelectual.pdf](http://denisbarbosa.addr.com/arquivos/livros/sobre_propriedade_intelectual.pdf)>. Acesso em: 11 mai. 2020.



assegura que, em contrapartida ao direito de exclusividade, uma vez publicado o pedido de registro, a patente se tornará pública, e, após o período de exclusividade, passível de ser explorada por qualquer interessado.

Não por outro motivo, um dos requisitos de patenteabilidade é o da suficiência descritiva, segundo o qual, ao depositar o pedido de patente, o inventor deve ensinar de forma detalhada e clara como um técnico no assunto deve proceder para reproduzir a invenção, a fim de possibilitar que população explore o processo ou produto patenteado ao final do período de vigência da patente. Tal requisito também é denominado pela doutrina inglesa de *enablement*.

Nesse contexto, a função social da patente nada mais é do a conformação do monopólio ao interesse social, materializado através do desenvolvimento socioeconômico. O direito resultante da patente possui a natureza jurídica de um direito de propriedade, e, como tal, perde sua razão de ser se desvirtuado da função pela qual o legislador garantiu a sua proteção.

Sendo assim, na mesma esteira dos direitos de propriedade, o Direito de Patentes não se trata de uma liberdade, mas de um poder: o poder de excluir terceiros do uso daquele bem e, como a maioria dos poderes, é condicionado ao interesse público.

Logo, enquanto um direito de propriedade, o Direito nasce da lei. Não por outro motivo, considera-se que o ato do INPI que confere ao inventor a carta-patente é constitutivo do direito e não declaratório. Assim, a sua existência está condicionada aos limites e fundamentos previstos em lei, inclusive, o atendimento à função social, caso contrário, perde sua razão de ser.

Como todo monopólio, a outorga da exclusividade possui custos sociais envolvidos. No caso das patentes farmacêuticas, por exemplo, a sociedade fica condicionada a adquirir o medicamento produzido pelo titular da patente. Contudo, esse monopólio se justifica, já que os custos sociais são superados pelo incentivo à inovação, que multiplicam as invenções ao alcance da sociedade e propiciam o desenvolvimento econômico. Desta forma, o benefício final para a sociedade é superior às desvantagens trazidas pelo monopólio, *i.e.a* invenção atende a função constitucional pela qual lhe foi outorgada exclusividade.

Isto posto, negligenciar a aplicação dos direitos de propriedade industrial pode trazer sérias consequências à economia nacional. Como mencionado, parte das nações que não conferiram tutela adequada ao Direito de Patentes na implementação de suas políticas industriais foram condenadas pela estagnação econômica a longo prazo.

Negar o direito de exclusividade à patente que atenda aos requisitos formais da novidade, atividade inventiva e aplicação industrial requer extrema cautela. Em realidade, sempre que o Direito de Patentes entrar em conflito com outros valores, faz-se necessário uma ponderação de interesses, levando em conta a opção que melhor beneficie a população, sem desnaturar o legítimo direito de monopólio que é primordial ao incentivo às invenções e à produção industrial.

Dessa forma, o único limite ao direito de exclusividade tutelado pela propriedade intelectual deve ser aquele estipulado como próprio fundamento de sua existência: o interesse social e o desenvolvimento econômico.

A este respeito, há que começar por precisar que a proteção dos desenhos e modelos, por um lado, e a proteção conferida pelo direito de autor, por outro, prosseguem objetivos fundamentalmente diferentes e estão sujeitas a regimes distintos.

Com efeito, em um julgamento realizado no Tribunal de Justiça, terceira Seção, o advogado-geral salientou, em substância, nos números 51 e 55 das suas conclusões, a proteção dos desenhos e modelos visa objetos que, embora sejam novos e individualizados, apresentem caráter utilitário e possam ser produzidos em massa. Além disso, esta proteção destina-se a ser aplicada durante um período limitado, mas suficiente, para permitir rentabilizar os investimentos necessários à criação e à produção desses objetos, sem, contudo, entravar excessivamente a concorrência<sup>56</sup>.

Dessa forma, a “função essencial” dos direitos de propriedade industrial pode variar, no qual segundo o Tribunal de Primeira Instância de Portugal definiu que a função essencial do direito de autor é a de assegurar a proteção moral da obra e a remuneração do esforço criativo no respeito dos objectivos prosseguidos, em especial, pelo artigo 86<sup>o</sup><sup>57</sup>.

### 3.2 O CONCEITO DE PATENTE ESSENCIAL

Os litígios envolvendo patentes essenciais são emblemáticos. Parte disso se dá porque não há sequer definição razoável por parte da lei, doutrina ou jurisprudência nacional de quais categorias de patentes seriam consideradas essenciais, quiçá de uma delimitação das

---

<sup>56</sup>.<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=217668&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=7372125>.

<sup>57</sup>.<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=11A9FF57014C3B5594D9C0D51ED13369?text=&docid=98225&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=15064405>.

situações nas quais o licenciamento se faz necessário.

A concepção mais aceita pela doutrina é de que uma patente será considerada essencial quando o acesso a um mercado estiver impossibilitado pelo monopólio legítimo oriundo dessa patente. Em termos práticos, ela deve cobrir padrão tecnológico de um produto, de tal modo que seja impossível comercializar o produto sem infringir a patente. Não por outro motivo, essas patentes são denominadas pela doutrina portuguesa “*StandardEssentialPatents*” ou “SEP”. Notório, nesse sentido, que a ideia de essencialidade está relacionada à existência de um padrão tecnológico coberto pela patente (“*Standard*”)<sup>58</sup>.

Não obstante, parte da doutrina nacional confere concepção ampliativa ao aspecto de essencialidade dessas patentes, disciplinando como patente essencial qualquer tecnologia que seja de extrema importância à sociedade, tais como medicamentos<sup>59</sup>.

Além da definição jurídica do que seriam “patentes essenciais”, é necessário analisar os fatores sócio econômicos que propiciam o seu surgimento. Para tanto, convém explicar que a tutela especial dada às patentes tidas como essenciais nada mais é do que uma forma de adequação do ordenamento jurídico a uma tendência econômica: a padronização tecnológica e a economia de redes.

Economia de redes são aquelas nas quais há correlação entre quantidade de usuários e a utilidade de um produto. Nesses casos, a utilidade do produto será maior, quanto maior for a quantidade de seus usuários. Um clássico exemplo de efeito de redes são os mercados de telefonia e internet. As tecnologias aplicadas nesses mercados terão maior valor agregado ou utilidade, quanto maior for a quantidade de pessoas que estiverem ligadas a elas<sup>60</sup>.

Por exemplo, se a maioria dos usuários utilizam o mesmo *software*, condições de interoperabilidade entre esses usuários participantes de uma rede influenciará outros a adquirirem o software, a fim de se conectarem com a maioria. Na prática, não é difícil notar que praticamente todos os usuários adquirem computadores compatíveis com o pacote *officedamicrosoft*, a fim de poder compartilhar e editar arquivos através dos programas *word*,

---

<sup>58</sup>Rebello, Luis Francisco, Introdução ao Direito de Autor - Vol. I, Sociedade Portuguesa de Editores.

<sup>59</sup> “Detentores de tecnologias consideradas essenciais, como dispositivos digitais e medicamentos, têm utilizado o sistema de patentes como mecanismo para práticas abusivas de exploração da propriedade intelectual. Por meio de atos isolados ou por cooperação mútua, praticam ações visando o domínio de determinado mercado relevante, através de uma estrutura concorrencial onde se impõe barreiras à entrada de novos players no mercado” BUENO, Op. cit.

<sup>60</sup>CAMPINOS, A.; GONÇALVES, L. C. - Código da Propriedade Industrial Anotado 2010. Coimbra: Almedina, 2010. ISBN 978-972-40-4088-2.

*power point e excel.*

O direito de propriedade industrial inclui o direito de excluir terceiros do uso comercial da tecnologia patentada. Trata-se do cerne do sistema de proteção das patentes, e o seu uso regular deve ser estabelecido para estimular a inovação e o desenvolvimento econômico.

Como consequência disso, o titular não tem a obrigação de compartilhar a exploração da sua inovação com terceiros, cabendo a ele avaliar o interesse econômico da licença e as condições em que é mais vantajoso fazê-lo. Sendo assim, o direito de excluir terceiros engloba não apenas o direito de impedir que outros explorem o invento, como também o direito de não licenciar o seu uso.

Nota-se que a solução empregada nos casos, garantindo o acesso às estruturas, está amplamente relacionada à função social dos bens de produção, discutida no capítulo anterior. Isso porque, esses bens monopolizados garantem o suprimento dos mercados cuja existência se coloca em uma relação de essencialidade para com eles.

Nessa perspectiva, caso não seja possibilitado o uso e acesso de terceiros na produção e comercialização desses bens, a população ficará limitada pela vontade do titular do monopólio de eventualmente fornecê-lo.

Não obstante, além da observância aos requisitos de aplicação da doutrina, é importante atentar-se quando a dois aspectos: (i) a necessidade de pagamento de valor justo e adequado ao detentor da estrutura (facility); e (ii) o estabelecimento de condições isonômicas e adequadas para o terceiro ingressante.

Assim, o compartilhamento será feito de forma condicionada e proporcionando uma contraprestação justa ao titular da estrutura, a fim de preservar o seu direito de propriedade privada.

Considerando que a patente possui como objetivo o progresso técnico, desenvolvimento econômico-social, e estímulo à concorrência, uma patente não explorada ou explorada de forma insuficiente ou abusiva pode ser objeto de licenciamento compulsório.

Isso porque, como já exposto, a funcionalidade da patente é condição de sua existência, de modo que o seu mau uso enseja o licenciamento compulsório a qualquer interessado.

O licenciamento compulsório não implica esvaziamento do direito de propriedade, o que também violaria a função social da patente. Por conta disso, a lei assegura que o titular

da patente receberá contraprestação pecuniária pelo licenciamento<sup>61</sup>.

Convém elucidar que a licença compulsória é medida drástica de exceção ao Direito de Patente e, como tal, deve ser interpretada restritivamente. Nesse sentido, a decisão que conceder tal licença deve levar em consideração as condições econômicas do caso concreto, o mercado relevante.

Em alguns casos, a imposição de restrição às práticas consideradas abusivas pode ser mais vantajosa ao restabelecimento da concorrência, visto que não representa um desincentivo à inovação.

Em contrapartida, a concessão irrestrita ou imprudente de licenças compulsórias pode gerar efeitos reversos ao motivo pela qual foi originalmente prevista: a preservação da concorrência.

Isso porque, alguns agentes econômicos poderiam se valer do instituto para acessar e utilizar da tecnologia sem despendar os necessários investimentos em pesquisa e desenvolvimento, incentivando o que a doutrina denomina de *freeriding*, cujos efeitos anticompetitivos são tão graves quanto aqueles do abuso de posição dominante.

### 3.3 A PATENTE COMO UM BEM

A patente é já considerada como um fator de valorização global de uma empresa em termos comerciais. O número de patentes, o número de licenças concedidas, bem como o seu valor, são factores fulcrais na avaliação do seu valor comercial.

Numa instituição/universidade, o valor comercial (de venda) não se equaciona da mesma forma, no entanto, a propriedade industrial contribui para a sua valorização económica e científica, proporcionando-lhe mais recursos financeiros, assim como, a exploração de um mercado anteriormente exclusivo das empresas privadas<sup>62</sup>.

Numa organização, os bens são limitados, pelo que, na sua exploração, serão atingidos retornos (lucros) limitados (pequenos ou grandes, mas limitados). Para aumentar o retorno, a organização necessita de recorrer à exploração de propriedade industrial, podendo atingir preços com margens superiores, tendo por base a tecnologia desenvolvida para

---

<sup>61</sup>OLAVO, C. - Desenhos e Modelos: Evolução Legislativa. Direito Industrial. Coimbra: Almedina. Associação Portuguesa de Direito Intelectual. 2003. 3: 45-76. ISBN 978-972-40-1897-3.

<sup>62</sup>ANDREZ, J. 2008. *Propriedade intelectual e gestão empresarial*. [S.l.: J. Andrez]. Comunicação apresentada no Seminário “Formação Avançada em Propriedade Intelectual”, OTIC / Universidade Técnica de Lisboa, 25-03-2008 a 11-04-2008. Org. com a colaboração do INPI - Instituto Nacional da Propriedade Industrial.

resolver determinado problema. Nesse sentido, se o mercado permitir, o retorno será sempre crescente, com especial incremento nos anos de proteção<sup>63</sup>.

A patente serve para apoiar a investigação e o desenvolvimento, contribuindo para a sua expansão, justificação e financiamento. Trata-se também de um fator de medição e valorização da Investigação e Desenvolvimento.

Nas negociações não aparece o valor tabelado da empresa mas, sim, a avaliação global da empresa, dos seus recursos e potencialidades de obtenção de recursos, o *goodwill*, aspectos que podem alterar em muito o seu valor comercial.

Estes ativos são muitas vezes a razão pela qual as empresas são vendidas por um valor 3 ou 4 vezes superior à sua capitalização bolsista e, dezenas de vezes superior aos seus resultados.

Tratando-se inicialmente de um processo complexo, tanto ao nível da decisão de comercialização como da proteção, as universidades muitas vezes vendem invenções, em vez de venderem patentes, suportadas em parcerias inicialmente acordadas, ou no estabelecimento de novas parcerias. Cabe deste modo à empresa a decisão de proteção e comercialização<sup>64</sup>.

O título de propriedade industrial é semelhante ao título de propriedade de um bem. É algo que se pode transacionar.

A invenção necessita de investimento para dar origem à rendibilidade que, no tempo terá exclusividade através da patente. Sendo que a patente poderá ser transmitida (cedência a terceiros do direito de explorar o bem ou a tecnologia), ou licenciada (mantém-se a propriedade mas cede-se o seu uso).

Esta transferência da propriedade industrial permite ao vendedor otimizar o financiamento e rendimento do investimento, antecipando os lucros, reduzindo os desequilíbrios entre comercialização / produção, dispensando até os custos futuros da produção.

O comprador de propriedade industrial, fá-lo para obter direitos exclusivos de desenvolvimento/produção/promoção, com o intuito de obtenção de lucros na comercialização, otimizando custos e reduzindo riscos tecnológicos e de mercado. São,

---

<sup>63</sup>CAMPINOS, A. 2008. *A Organização Jurídica da Propriedade Industrial*. [S.l.: A. Campinos]. Comunicação apresentada no Seminário “Formação Avançada em Propriedade Intelectual”, OTIC / Universidade Técnica de Lisboa, 25-03 a 11-04-2008. Org. com a colaboração do INPI - Instituto Nacional da Propriedade Industrial.

<sup>64</sup>GODINHO, M. 2008. *Meios de protecção da inovação*. [S.l.: M. Godinho]. Comunicação apresentada no Seminário “Formação Avançada em Propriedade Intelectual”, OTIC / Universidade Técnica de Lisboa, 25-03-2008 a 11-04-2008. Org. com a colaboração do INPI - Instituto Nacional da Propriedade Industrial.

assim, parcerias de valor acrescentado para ambos os lados<sup>65</sup>.

A avaliação do custo-benefício da aquisição de patente em relação ao custo-benefício dos investimentos em investigação, poderá conduzir à transferência de propriedade industrial.

Esta decisão de transferência poderá ainda ser ponderada através do custo da licença, do custo associado à montagem de novas máquinas, do custo da contratação de novos recursos humanos e formação dos existentes, do custo do desenvolvimento de novos canais de distribuição e, do custo da promoção de campanhas de *marketing*.

Além da primeira avaliação tecnológica, é necessária uma avaliação económica que reflita sobre os custos do bem e sobre os rendimentos que poderá vir a proporcionar, na base de um processo de atualização do valor ao longo dos anos, uma vez que o valor atual de uma patente depende da relação entre os custos de hoje, os custos de produção e manutenção de amanhã e do rendimento esperado ao longo dos anos.

---

<sup>65</sup>ANDREZ, J. 2008. *Propriedade intelectual e gestão empresarial*. [S.l.: J. Andrez]. Comunicação apresentada no Seminário “Formação Avançada em Propriedade Intelectual”, OTIC / Universidade Técnica de Lisboa, 25-03-2008 a 11-04-2008. Org. com a colaboração do INPI - Instituto Nacional da Propriedade Industrial.





## **4 A DIFERENÇA ENTRE DIREITO DA CONCORRÊNCIA E O DIREITO DA PATENTE**

A discussão não é recente. Há longa data um inacabado debate a respeito da relação entre o Direito da Concorrência e o Direito de Propriedade Intelectual é travado não apenas entre estudiosos das respectivas áreas, como também entre agentes do Poder Público de diversos países.

Apesar de as legislações sobre tais institutos não serem recentes, observa-se que a consolidação e a devida relevância reservada a tais assuntos apenas recentemente vêm recebendo destaque. A proteção proveniente de cada instituto revela um conflito aparente existente entre seus objetos e finalidades. A realidade contemporânea demonstra, no entanto, a necessidade de uma análise conjunta dessas duas áreas do conhecimento.

As recentes e profundas mudanças pelas quais o mercado mundial vem passando são causas diretas da importância crescente que os Estados vêm dispensando ao atual contexto econômico.

Concentração de poder econômico e desenvolvimento tecnológico acelerado são exemplos de tais mudanças e, também, sinais nítidos da necessidade de um tratamento diferenciado a presente realidade fática.

O Direito da Concorrência visa reprimir o abuso do poder econômico tendente à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros, nos termos estabelecidos em lei.

Além disso, sua finalidade de prevenção e repressão às infrações da ordem econômica, deve ser orientada, dentre outros, pelos ditames constitucionais da defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico. Ressalte-se aqui, que o poder econômico nem sempre vai implicar em abuso, e, uma vez alcançado por meio de maior eficiência, é legítimo.

Combate, portanto, o monopólio econômico resultante da eliminação de concorrentes que, por sua vez, tenha sido gerada por meio de infrações econômicas e outros meios ilícitos. Reprime também o monopólio econômico que, embora alcançado licitamente, tem a possibilidade de fixar preços e quantidades, se tal liberalidade for exercida abusivamente.

Os direitos de propriedade intelectual, por sua vez, tem-se um fundamento constitucional, no qual é assegurado, aos autores de tais direitos, o privilégio temporário para

sua utilização, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do país.

Ao detentor do direito de propriedade intelectual é concedido um monopólio jurídico e instrumental. As vantagens decorrentes das prerrogativas concedidas ao titular do direito geram, naturalmente, poderio econômico deste em detrimento dos demais concorrentes no mercado.

A concentração de poder, no entanto, é lícita e garantida pelo Estado. O abuso de tal poder é que levará às mesmas consequências combatidas pelo Direito da Concorrência, tornando-o passível de reprimenda.

Dessa forma, o Direito de Propriedade Intelectual e o Direito da Concorrência, na medida em que se relacionam, devem ser objetos de uma análise conjunta, exigindo-se uma harmonização que possibilite uma maior eficiência na produção e implementação de políticas públicas.

Na esfera internacional, sabe-se que a proteção à Propriedade Intelectual e o Direito da Concorrência sempre se relacionaram, pela própria natureza de ambos. O que mudou foi à forma de tratamento a eles dispensada, sendo que ao longo do tempo viu-se que uma análise conjunta era medida essencial para uma adequada condução das forças econômicas.

A evolução desta concepção de análise conjunta dos referidos institutos se faz presente em alguns dispositivos do acordo TRIPs (Trade-Related Aspects on Intellectual Property Rights), tratado internacional integrante do conjunto de acordos assinados em 1994, que encerrou a Rodada Uruguai criando a Organização Mundial do Comércio (OMC).

A questão passou, desde então, a ser regulada, na esfera internacional, pelas seguintes disposições<sup>66</sup>:

ART.40. 1 - Os Membros concordam que algumas práticas ou condições de licenciamento relativas a direitos de propriedade intelectual que restringem a concorrência podem afetar adversamente o comércio e impedir a transferência e disseminação de tecnologia.

2 - Nenhuma disposição deste Acordo impedirá que os Membros especifiquem em suas legislações condições ou práticas de licenciamento que possam, em determinados casos, constituir um

---

<sup>66</sup> BERNET, Juliano Meneguzzi. **Direito Concorrencial no Cenário Brasileiro: Isenção de Atividades Econômicas à Legislação Antitruste**. In: MATTOS, Paulo Todescan Lessa; MOREIRA, Egon Bockman. **Direito concorrencial e regulação econômica**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

abuso dos direitos de propriedade intelectual que tenha efeitos adversos sobre a concorrência no mercado relevante. Conforme estabelecido acima, um Membro pode adotar, de forma compatível com as outras disposições deste Acordo, medidas apropriadas para evitar ou controlar tais práticas, que podem incluir, por exemplo, condições de cessão exclusiva, condições que impeçam impugnações da validade e pacotes de licenças coercitivos, à luz das leis e regulamentos pertinentes desse Membro.

A norma se completa dispondo sobre a necessidade de uma consulta entre os países membros quando ocorrer a aplicação, por qualquer dos signatários, de repressão a tais práticas contratuais anticoncorrenciais.

Como se observa em diversos países, já há, neste momento, uma aceitação de que algumas práticas de proteção à propriedade intelectual, quando restritivas da concorrência, podem afetar adversamente o mercado.

Cabe ressaltar, que no entanto, é nítida também a liberdade que se dá aos países membros de legislarem sobre práticas restritivas da concorrência, respeitada, é claro, a compatibilidade com as demais disposições do acordo.

Com o alvedrio concedido aos signatários do acordo TRIPs(Trade-RelatedAspectson Intellectual PropertyRights), o que se viu foi uma notável diferenciação regulatória nos países desenvolvidos para aqueles em desenvolvimento, sendo que estes, além de reprimir disposições contratuais (relativos à cessão de direito de propriedade intelectual) que representem lesão à concorrência, afastam também medidas que abusam do direito de propriedade intelectual, baseando-se no que dispõe o art. 8.2 do acordo, que assim dispõe:

8.2 - Desde que compatíveis com o disposto neste Acordo, poderão ser necessárias medidas apropriadas para evitar o abuso dos direitos de propriedade intelectual por seus titulares ou para evitar o recurso a práticas que limitem de maneira injustificável o comércio ou que afetem adversamente a transferência internacional de tecnologia.

Portanto, nos países em desenvolvimento, o abuso do Direito de Propriedade Intelectual torna-se passível de reprimenda pelos órgãos regulatórios, alargando-se o campo de restrição.

Porém, o próprio acordo TRIPs(Trade-RelatedAspectson Intellectual PropertyRights) faz uma importante ressalva no sentido de que nem todos os abusos podem justificar uma objeção pela lei nacional. Somente o poderão aqueles abusos que importarem em "efeitos adversos sobre a concorrência num mercado relevante".

Dessa forma, é evidente a tendência mundial de se proteger o mercado consumidor contra práticas abusivas dos detentores de propriedade intelectual. É justamente neste contexto que se encontra no Brasil e Portugal, já apresentando, inclusive, uma legislação pertinente à atual necessidade de gestão compartilhada da propriedade intelectual com as diretrizes do direito da concorrência.

#### 4.1 PROBLEMÁTICA DO DIREITO TEMPORÁRIO DE EXCLUSIVIDADE DA PATENTE

A resposta para a manutenção de direitos exclusivos temporários aos titulares das patentes é, por muitas vezes associado ao direito do inventor de explorar economicamente seu criação ou invento como uma premiação por seus investimentos e estudos, bem como incentivo do estado na exploração e criação de novas tecnologias.

Os benefícios do titular da patente sobre seus concorrentes são explicadas sob o argumento de que são imprescindíveis para garantir o investimento realizado pelos inventores e toda a estrutura que se organizada para que aquela inovação tecnológica fosse possível.

Rosenberg<sup>67</sup> destaca, dois pontos de vista distintos no universo das patentes quanto ao fim de sua concessão: uma, a identificar-as como estímulo ao trabalho individual, pelo que o inventor teria acesso a tutela jurídica para continuar a produzir, e outra, pela qual haveria interesse público no estímulo ao progresso tecnológico e científico.

O conflito com o Direito da Concorrência é na dicotomia entre o incentivo estatal à exclusividade temporária conferida aos bens da Propriedade Industrial e as garantias, organizadas para coibir da dominação de mercados (monopólios), bem como na manutenção das liberdades de iniciativa e concorrência aberta.

A problemática se estabelece por conta da dificuldade em harmonizar a exploração das patentes e a manutenção da livre iniciativa.

---

<sup>67</sup>ROSENBERG, Barbara. **Interface entre o Regime de Patentes e o Direito Concorrencial no Setor Farmacêutico**. In: CARVALHO, Patrícia Luciane (Org.). **Propriedade Intelectual: Estudos em Homenagem à Professora Maristela Basso**. Curitiba: Juruá Editora, 2006.

Sendo assim, aventa-se a possibilidade de que a exploração de patentes poderia gerar uma relação de poder, especialmente pelo fato de que o seu titular poderá controlar o mercado dos bens que oferta, seja em relação a um concorrente, ou a todos aqueles inseridos no mercado econômico comum.

Atualmente, fica a ideia clássica do Direito da Propriedade Industrial como um ramo específico na constituição de monopólios legais, basta observarem as constantes discussões sobre as patentes de produtos farmacêuticos, entre outros.

Segundo João da Gama Cerqueira<sup>68</sup>, a autor de invenção tem o direito exclusivo da patente, garantindo sua propriedade, possuindo suas faculdades elementares ou fracionárias, caracterizando o direito do inventor, quais sejam:

- *usus* da propriedade clássica: explorar o invento em benefício próprio, auferindo-lhe todos os proveitos econômicos (o que compreende a fabricação do objeto patenteado, a sua venda e exposição à venda ou o seu uso industrial);
- *fructuseoabusus* da propriedade clássica: explorar, em benefício próprio, os direitos de exclusiva decorrentes da patente o que compreende a faculdade de disposição, como a de cedê-la ou licenciá-la;
- *iuspersequendi* da propriedade clássica: a de impedir que terceiros explorem a invenção patenteada (o que compreende o direito de ação contra os infratores do privilégio).

Douglas Gabriel Domingues<sup>69</sup>, porém, precisa que o *usus* é sempre acrescido do atributo da exclusividade:

“o direito não é em absoluto, aquele de fabricar a coisa que ele inventou, pois, pelo direito natural, este direito pertence ao inventor independentemente da concessão do privilégio e patente. A este conteúdo primeiro, a patente vem e acrescenta outro, que vai além do direito comum: o dever por parte de terceiros de se absterem de refazer a coisa que eles compraram ou receberam em decorrência de um título jurídico, permanecendo o titular da patente gozando da

---

<sup>68</sup>CERQUEIRA, João da Gama. **Tratado da propriedade industrial**. 2ª ed./rev. e atualizada por Luiz Gonzaga do Rio Verde e João Casimiro Costa Neto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

<sup>69</sup>DOMINGUES, Douglas Gabriel. **Direito industrial: patentes**. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

maneira a mais própria os objetos referidos. Assim, conforme exista ou não patente, uma faculdade é ou não subtraída: aquela de gozar a multiplicação ou reprodução da coisa”.

Todavia, essa garantia de exploração exclusiva não está livre de ser utilizada como um instrumento de articulação do mercado em caráter abusivo e ilícito, sendo assim a concorrência ilícita no âmbito privado e a infração da ordem econômica na esfera pública.

Independente das diversas críticas sobre possíveis monopólios de produtos farmacêuticos ou outros e não obstante aos apelos sociais e as possibilidades de quebras de patentes pelo licenciamento compulsório é inegável que sem diferenciação, não pode haver concorrência; e sem concorrência, não há necessidade de diferenciação.

Os embates nesse universo ultrapassam os interesses individuais, pois encontram questões relacionadas ao direito de exploração econômica daqueles detentores das patentes e daqueles que pretendem explorá-las.

Não existe, contudo o simples conflito entre a exploração de patentes e as relações concorrenciais do mercado, mas sim conflito entre o abuso do direito sobre determinada patente e o direito do empresário de explorar o mercado.

De fato, tais situações de ilegalidade podem realmente existir, entretanto, sob o aspecto econômico e concorrencial, não há, a formação de monopólio pela simples exploração dos bens da Propriedade Industrial, pois nada obsta que vários direitos de propriedade industrial concorram dentro de um mesmo mercado.

De acordo com Rosemberg<sup>70</sup>, as tensões que envolvem a proteção conferida aos Direitos da Propriedade Industrial “decorre do mau emprego – do ponto de vista do direito antitruste – do termo monopólio no contexto da aplicação da legislação de proteção da propriedade intelectual, e dos mal-entendidos decorrentes da utilização inapropriada.”

Deve-se compreender que a tutela conferida à Propriedade Industrial também é um instrumento de criação e manutenção da concorrência comum. Para Carvalho<sup>71</sup>, “em vez de gerar monopólios, a propriedade industrial propicia aos comerciantes e aos industriais a possibilidade de competir. Portanto, em última análise, a propriedade industrial e o direito da concorrência são duas faces da mesma moeda.”

Assim sendo, só é possível falar em conflito entre a tutela conferida aos bens da

---

<sup>70</sup>ROSENBERG, Barbara. **Interface entre o Regime de Patentes e o Direito Concorrencial no Setor Farmacêutico**. In: CARVALHO, Patrícia Luciane (Org.). **Propriedade Intelectual: Estudos em Homenagem à Professora Maristela Basso**. Curitiba: Juruá Editora, 2006

<sup>71</sup>CARVALHO, José Murilo. **A Cidadania no Brasil: o longo caminho**. São Paulo: Civilização Brasileira, 2001.

Propriedade Industrial e relações que se estabelecem de proteção da concorrência quando for vista a prática de atos abusivos em detrimento das relações harmônicas entre os agentes no mercado comum.

Neste contexto, o que caracteriza a patente como uma forma de uso social da propriedade é o fato de que é um direito limitado por sua função, trazendo limites temporais do direito de exclusiva.

A duração jurídica do privilégio inclui tão somente o período em relação ao qual pode se exercer o direito de exclusiva; usualmente, a partir da concessão até um termo, contado da própria concessão ou da data de depósito.

Algumas legislações, no entanto, dão proteção limitada antes da concessão, o que consideravelmente aumenta o período efetivo de proteção.

Segundo Denis Borges Barbosa<sup>72</sup>, a par dos limites temporais do direito de exclusiva, é preciso também considerar:

- **a extensão técnica da exclusividade** - objetivamente, o privilégio é limitado pelas reivindicações que integram o pedido: a exclusividade de uso da tecnologia circunscrita, e de nenhuma outra;
- **a extensão geográfica da exclusividade** - quanto ao território, a patente é limitada, em regra, ao país que a concede;
- **a extensão jurídica da exclusividade** - quanto ao exercício dos direitos, o privilégio cobre algumas fases do processo de produção ou da circulação das mercadorias - a fabricação, a venda, etc. -, fazendo que só o titular a elas tenha acesso. Mas não há qualquer direito a manter a exclusividade naquelas etapas do processo produtivo não cobertas pela patente;
- **os limites extrínsecos** - estabelecidos como um rol de atos de terceiros, contra os quais o titular da patente não pode se opor;
- **a exigência do uso adequado do privilégio** - como um mecanismo de restrição à liberdade de concorrência, a patente deve ser usada de acordo com sua finalidade. O uso da exclusiva em desacordo com tal finalidade é contra direito.

---

<sup>72</sup>BARBOSA, Denis Borges; ARRUDA, Mauro Fernando. **Sobre a Propriedade Intelectual**. Disponível em: <[http://denisbarbosa.addr.com/arquivos/livros/sobre\\_propriedade\\_intelectual.pdf](http://denisbarbosa.addr.com/arquivos/livros/sobre_propriedade_intelectual.pdf)>. Acesso em: 11 mai. 2020.

#### 4.1.1 COMO DISTINGUIR O MONÓPOLIO ECONÔMICO LEGAL DAS PATENTES

A economia surgiu juntamente com o grupamento de sociedades organizadas, que levaram ao engrandecimento e obrigação da criação do Estado, devido a necessidade de resolução de conflitos atinentes às relações sociais, incluindo, entre estes, as relações econômicas, que passaram a exigir maior regulamentação estatal para coibir práticas que iam de encontro aos princípios de mercado, como a livre concorrência.

O monopólio tem sua origem nas grandes civilizações antigas, como a grega, que deu nome a esse fenômeno econômico advindo do termo em latim “*mono*” (único) e “*polen*” (vender), e incide precisamente sobre a livre concorrência de mercado.

Desta feita, é interessante ressaltar sua característica de anomalia de mercado, sendo combatido ao longo dos tempos para a preservação dos valores do mercado perante a sociedade e o Estado.

Na jurisprudência e prática relativa ao Direito da Concorrência, a polissemia conduziu, em certos momentos, a considerar os direitos de exclusiva, e em especial a patente, como um conduto especialmente daninho de abusos de poder econômico. Como indica a literatura, discernia-se uma oposição entre a natureza dos direitos exclusivos e os propósitos do Direito Antitruste.

Há muitas décadas que se admite a exclusividade jurídica do uso de uma tecnologia, desde que nova, útil e dotada de certo *éclat* de criação, ou de um obra do espírito, ao mesmo tempo em que se vedam os monopólios em geral. Não há muita diferença entre receber a exclusividade da fabricação de um tipo de tecido sobejamente conhecido, e a mesma exclusividade quanto a um novo, senão a de que, no segundo caso a exclusividade não presume a restrição de atividades produtivas já em curso.

A ideia de monopólio pressupõe a existência de apenas um agente apto para desenvolver certas atividades econômicas a ele inerentes. Desse modo, pode-se observar que os monopólios legais dividem-se em duas espécies, quais sejam: os que visam induzir o agente econômico ao investimento (monopólio privado) e os que instrumentam a atuação do Estado na economia.

De um modo geral, o monopólio legal pode ser definido como a exclusividade de exploração estabelecida pelo Poder Público para si ou para terceiros, por meio de edição de atos normativos.



No Brasil, foi instituído o monopólio das atividades de serviços postais em favor da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT, no qual foi discutida judicial, e foi entendida como um serviço postal constitui serviço público, não atividade econômica em sentido estrito.

Nesse sentido, que a Constituição Federal de 1988 estabelece que no Brasil o monopólio seja um privilégio somente do Poder Público, visando claramente à proteção do interesse coletivo, uma vez que o monopólio estatal não visa o lucro, ao contrário do monopólio privado.

Outro aspecto relevante acerca do monopólio legal é o fato de que só poderá ser estabelecido pela Constituição, ou seja, a lei infraconstitucional não poderá constituir monopólio. Ademais, o monopólio estatal é uma atividade excepcional, isto é, são hipóteses restritivas, disposto num rol taxativo. Conforme art. 177, caput, da Constituição Federal do Brasil<sup>73</sup>:

Art. 177. Constituem monopólio da União:

I - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos;

II - a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;

III - a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores;

IV - o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem;

V - a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados, com exceção dos radioisótopos cuja produção, comercialização e utilização poderão ser autorizadas sob regime de permissão, conforme as alíneas b e c do inciso XXIII do caput do art. 21 desta Constituição Federal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 49, de 2006).

Cumprido salientar que, embora, a Constituição no Brasil tenha estabelecido um rol

---

<sup>73</sup>BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 20jun. 2020.

taxativo de atividades para o monopólio do Estado, a Emenda Constitucional nº: 09/95 flexibilizou o monopólio sobre os combustíveis fósseis derivados, permitindo que a União contratasse empresas estatais ou privadas para o desenvolvimento de atividades que envolvem o abastecimento de petróleo.

Além disso, a Emenda Constitucional nº: 49/06 permitiu a produção, comercialização e utilização de radioisótopos de meia-vida igual ou inferior a duas horas, independentemente do fim a ser utilizado.

Portanto, conforme os artigos 21, inciso XXIII e 177 da Constituição Federal, o monopólio do Estado incide de modo geral sobre três matrizes energéticas: petróleo, gás natural e minério ou minerais nucleares.

Entretanto, a doutrina ainda entende que o monopólio estatal também incide sobre os casos previstos nos incisos VII, X, XI e XII do artigo 21 da Constituição Federal, ou seja, a emissão de moeda, manutenção do serviço postal e do serviço de correio aéreo nacional e exploração do serviço de telecomunicações.

Diferentemente do monopólio legal, a patente é um direito de monopólio concedido pelo governo ao particular para impedir que terceiros, sem seu consentimento, de fabricar, usar, vender, expor à venda, comprar, ofertar, importar, exportar ou estocar. O produto criado ou inventado.

#### 4.1.2 EM QUE SITUAÇÕES PODEM OCORRER O USO OU ABUSO DO DIREITO DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL?

A Propriedade Industrial tutela um sistema jurídico sob o fundamento especial no incentivo conferido à inovação e ao desenvolvimento científico, que, na visão de Bruno Falcone, se eleva à condição de princípio, que diz<sup>74</sup>:

A inovação capacita e desenvolve os recursos humanos, otimiza a criação de empregos, movimentada a economia, aumenta a arrecadação fiscal, atrai investimentos inclusive estrangeiros, promove a integração social dos povos e oferece aos consumidores novas soluções técnicas aos problemas da vida, especialmente em áreas essenciais à dignidade humana, tais como a saúde.

---

<sup>74</sup>BARBOSA, Denis Borges; ARRUDA, Mauro Fernando. **Sobre a Propriedade Intelectual**. Disponível em: <[http://denisbarbosa.addr.com/arquivos/livros/sobre\\_propriedade\\_intelectual.pdf](http://denisbarbosa.addr.com/arquivos/livros/sobre_propriedade_intelectual.pdf)>. Acesso em: 11 mai. 2020.

Nos últimos anos, esse desenvolvimento associado e ideia de progressa tem se mostrado como vital para a manutenção da própria dignidade humana, sendo inclusive consagrado como um direito constitucional de terceira geração.

Segundo Alexandre de Moraes<sup>75</sup>, um dos Ministros da Suprema Corte brasileira, os direitos de terceira geração, também “chamados de direitos de solidariedade ou fraternidade, englobam o direito a um meio ambiente equilibrado, uma saudável qualidade de vida, ao progresso, à paz, à autodeterminação dos povos e a outros direitos difusos.”

Em outra visão, a realidade econômica do século XXI descortinou uma interação internacional de maiores proporções entre empresas e países, cujas relações mercadológicas interferem na forma de exploração dos bens da Propriedade Industrial, especialmente quando em pauta as relações concorrenciais.

Em relação às patentes, o sistema de organização que lhes é conferido constitui fator de estímulo a uma cultura de inovação, que nos dizeres de Labrunie e Blasi<sup>76</sup> acaba “por aumentar o nível de competitividade dos países e de suas empresas, uma vez que lhes possibilita a produção e exploração de produtos com maior valor agregado.”

Não obstante o fato de que a proteção conferida aos bens da Propriedade Industrial constitui fator de desenvolvimento econômico, por outro lado sua exploração também pode refletir de forma negativa nas relações concorrenciais.

Isso ocorre quando os seus titulares utilizam dessa proteção com a nítida intenção de prejudicar os seus concorrentes, a fim de manter uma posição de domínio e controle de mercado, ou então quando esses concorrentes deixarem de respeitar a proteção legal conferida aos titulares de patentes e registros para ganharem clientela de forma indevida.

Dessa forma, de todos os bens protegidos legalmente pela Propriedade Industrial, as invenções e os modelos de utilidade, protegidos pelo sistema de patentes, são os que abarcam as principais polêmicas quanto a sua exploração e as consequências nas relações concorrenciais.

Nesse sentido, as patentes seguem uma classificação internacional, estabelecida pelo Acordo de Estrasburgo em 1971, sendo que as invenções e os modelos de utilidade estão dispostos em diferentes áreas tecnológicas das quais pertencem, quais sejam: Seção A – Necessidades Humanas; Seção B – Operações de Processamento; Transporte; Seção C –

---

<sup>75</sup>MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

<sup>76</sup>BERNET, Juliano Meneguzzi. **Direito Concorrencial no Cenário Brasileiro: Isenção de Atividades Econômicas à Legislação Antitruste**. In: MATTOS, Paulo Todescan Lessa; MOREIRA, EgonBockmam. **Direito concorrencial e regulação econômica**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

Química; Metalurgia; Seção D – Têxteis; Papel; Seção E – Construções Fixas; Seção F – Engenharia Mecânica; Iluminação; Aquecimento; Armas; Explosão; Seção G – Física; Seção H – Eletricidade<sup>77</sup>”.

O Estado, através de seus órgãos oficiais, ao outorgar uma patente a um determinado empresário, confere o direito temporário ao seu titular de excluir terceiros não autorizados da exploração de sua tecnologia, que são de 20 anos no caso de invenções e nos modelos de utilidade 15 anos, ambos não renováveis.

Durante esse período de exploração do titular da patente é que essa proteção jurídica pode ser utilizada como uma forma de se obter uma posição jurídica dominante no mercado, especialmente se não houver qualquer outra tecnologia semelhante disponível.

Em suma, não se pode afirmar que a tutela jurídica conferida às patentes implica em relação em relação direta com a limitação da concorrência. Pelo contrário, tal relação se apresenta de forma complementar, não sendo possível conceber que a atribuição de uma patente por si só gere uma relação de deslealdade na concorrência, como destaca Ascensão<sup>78</sup>:

A atribuição de uma patente não tem nada que ver com a lealdade da concorrência. Não supõe nenhum acto na concorrência. Recompensa uma invenção, sem condicionar de maneira nenhuma o prêmio dessa invenção a uma atividade na concorrência. É claro que essa patente poderá depois ser usada na concorrência. Mas será a liberdade de concorrência que estará então limitada, pelo exclusivo que desta maneira é outorgado. A lealdade da concorrência não tem nenhuma função essencial neste processo.

Ressalta-se que o sistema de patentes é alvo de críticas no mundo, justamente por ser utilizado, algumas vezes, como instrumento de coibição na distribuição de produtos e tecnologias, cuja exploração tem influencia direta sobre os preços dos produtos que são disponibilizados ou dos meios de produção dos mesmos.

Boyle<sup>79</sup> critica que não somente as patentes, mas as próprias leis de propriedade intelectual afetam o mercado, “desde a disponibilidade e preço dos medicamentos contra a Aids, para os padrões de desenvolvimento internacional, como a arquitetura de comunicações

---

<sup>77</sup> Disponível em: [http://www.inpi.gov.br/portal/artigo/classificacao\\_patentes](http://www.inpi.gov.br/portal/artigo/classificacao_patentes). Acesso em 12 de jul de 2020.

<sup>78</sup> ASCENSÃO, J. de O. **Concorrência Desleal**. Coimbra: Almedina, 2002.

<sup>79</sup> BOYLE, James. **A manifesto WIPO and the future of Intellectual Property**. (Um manifesto sobre a OMPI e o futuro da Propriedade Intelectual). Disponível em: <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1113&context=dltr>. Acesso em 17 de jul de 2020.

da Internet.”

Segundo essa premissa de que a proteção e a recompensa aos inventores representam incentivo para a produção de novos produtos com melhor qualidade e processos mais eficientes e mais baratos, esbarram por muitas vezes na exploração abusiva das patentes, gerando consequências negativas ao desenvolvimento econômico e social.

Dessa forma, a abusividade da exploração do direito de patentes está na constatação de que seu titular praticou atos que ultrapassaram os limites do poder jurídico que lhe foi conferido para explorá-las. Segundo Barbosa<sup>80</sup>, “Em resumo, o titular que desempenha uma atividade que ostensivamente envolve uma patente, mas fora do escopo da concessão, está em abuso de patente.”

As patentes em si não são suficientes para promover qualquer desenvolvimento econômico e social, ou então relações de desequilíbrio entre concorrentes e desvio de clientela, mas sim a forma como são utilizadas por aqueles que detém a sua titularidade.

Para caracterizar tais abusos, um processo hermenêutico de difícil aplicação deverá ser utilizado, pois a constatação de abusividade não é questão que envolve apenas aspectos econômicos, mas também comunica-se com as relações constitucionais de proteção da Propriedade Intelectual.

Desse modo, haverá uma correlação dos conflitos entre princípios constitucionais de proteção da propriedade, ao desenvolvimento tecnológico e econômico do País, em contrapartida aos princípios da livre iniciativa, da proteção da concorrência e do desenvolvimento social.

Nesse sentido, Robert Alexy explica:

“As colisões entre princípios devem ser solucionadas de forma completamente diversa. Se dois princípios colidem – que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com outro, permitido -, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma

---

<sup>80</sup>BARBOSA, Denis Borges; ARRUDA, Mauro Fernando. **Sobre a Propriedade Intelectual**. Disponível em: <[http://denisbarbosa.addr.com/arquivos/livros/sobre\\_propriedade\\_intelectual.pdf](http://denisbarbosa.addr.com/arquivos/livros/sobre_propriedade_intelectual.pdf)>. Acesso em: 11 mai. 2020.

oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos os princípios tem pesos diferentes e que os princípios com o maior peso têm precedência. Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso.”

Dessa forma, quando a exploração das patentes se circunscreve a meios leais dentro do universo concorrencial, haverá a precedência do princípio da preservação da propriedade, fazendo cingir-se o princípio da livre iniciativa dentro dos parâmetros estabelecidos para a exploração das patentes.

Ao contrário, quando verificada a prática de atos abusivos por parte do titular da patente contra seus concorrentes, deverão prevalecer os preceitos de proteção ao mercado e à livre concorrência, garantidos inclusive pelo instrumento de licença compulsória.

Bruno Falcone<sup>81</sup>, explica que há uma existência de princípio específico relativo aos bens da Propriedade Industrial:

Trata-se do princípio da interpretação pró-concorrência, devendo ser aplicado quando a hipótese concreta permitir que o hermenauta encontre diferentes interpretações quanto a exploração dos bens da Propriedade Industrial, limitando-os aos campos técnicos de sua aplicação e impedindo, por exemplo, que determinados inventores requeiram a exploração de tecnologias já patenteadas por outrem, ou partes de processos já patenteados, ou ainda exijam que suas patentes abranjam diferentes áreas do conhecimento científico e tecnológico.

O referido princípio visa impedir a utilização do próprio sistema de patentes e registros com um meio de burlar as limitações de exploração ou própria exploração de bens já protegidos. No qual, também obriga o inventor a incluir a sua patente em uma classificação específica, internacionalmente reconhecida, levando-se em consideração critérios de exploração econômica.

Bruno Falcone<sup>82</sup>, concluiu:

---

<sup>81</sup>FALCONE, Bruno. **Propriedade Industrial e Defesa da Concorrência. Convergência Principiológica.** Curitiba: Juruá, 2013.

<sup>82</sup>Idem.

Seria esta, pois, a forma de harmonizar a propriedade industrial e a livre concorrência, preservando-se, ainda, a finalidade essencial da propriedade industrial, que corresponde ao estímulo à pesquisa e cultura. Ainda, ao impedir a extensão indevida do escopo de proteção do direito de propriedade industrial, o princípio em testilha estaria a preservar o incentivo a inovação, vez que agentes econômicos penalizados por uma extensão indevida da propriedade industrial de terceiros teriam pouco ou nenhum incentivo para a arriscada atividade de conduzir pesquisas e introduzir melhorias em tecnologias já patenteadas por terceiros. Nesse mesmo sentido, o agente econômico titular da tecnologia protegida, beneficiada pela proteção excessiva, também não teria estímulo para continuar investindo em pesquisa e desenvolvimento científico.

Nesse sentido, referido princípio aproxima o universo das patentes às relações entre empresários, tendo em vista que permite aos inventores gozar do direito de prioridade para apresentar o pedido de patente em qualquer dos países signatários da União de Paris como medida preventiva de eventuais atos de contrafação ou concorrência.

Cabe destacar, que o direito de prioridade destina-se a todos os bens da Propriedade Industrial. No caso exclusivo de patentes, os inventores possuem o prazo de 12 meses para requerê-las em outros países, garantindo assim o direito de exploração e a garantia ao requisito de novidade de sua invenção.

Esse direito possui um instrumento importante ao titular da patente contra a concorrência desleal de outros empresários que tenham a intenção de utilizá-la, registrando-a em outros países como meio de conseguir vantagem indevida no mercado, desviando a clientela potencial dos seus inventores.

Em contrapartida, a exploração abusiva da patente também pode caracterizar violações à Legislação Antitruste, em especial quando constatadas as seguintes práticas: falta de uso efetivo por seu titular, recusa de licenciamento, venda casada com licenciamento, compromisso de não suscitar nulidade da patente, imposição de *royalties* sobre produtos que não estão patenteados ou até mesmo a cobrança dos mesmos após ter expirado o prazo de exploração.

Nessa última hipótese, a abusividade fica evidente pela exploração da boa-fé daqueles a quem seus produtos são destinados. Quando o titular da patente mantém a cobrança dos *royalties*, mesmo depois de expirado o prazo da sua exploração exclusiva, acaba por manter uma vantagem econômica em relação a seus concorrentes e consumidores que não

deveria manter.

Outra forma para caracterizar o uso abusivo das patentes ocorre quando for comprovada a falta de exploração econômica pelo seu titular, o que importaria em caducidade, mediante comprovação em procedimento administrativo do INPI, ou através de processo judicial. A finalidade desse processo é passar ao domínio público a invenção ou modelo de utilidade.

Tais hipóteses são difíceis de se verificar na prática, pois a exploração econômica depende apenas da inserção dos produtos patenteados em qualquer dos países signatário da CUP. Portanto, a invenção patenteada não precisa, em princípio ser explorada diretamente nos países de proteção, bastaria a importação dos produtos correspondentes.

Outra hipótese controversa diz respeito aos atos de concorrência desleal, praticados pelo abuso de patentes que está relacionada a prática dos seus titulares em não conferir, deliberadamente, o licenciamento àqueles que tem interesse em explorar a tecnologia.

Nesse contexto, o fornecimento de licenças por parte dos titulares das patentes pode ocorrer de duas formas distintas: uma caracterizada pela transferência da tecnologia em caráter exclusivo, quando o titular é excluído do direito de exploração; ou não exclusiva, hipótese em que a licença é fornecida a várias pessoas diferentes.

Neste caso, a abusividade da patente está no ato de poder do titular da patente que apresente recusa imotivada de contratar, sem qualquer justificativa plausível ou até mesmo exigindo contraprestações imotivadas.

Entretanto, tais hipóteses de negativa de licenciamento acabam sendo bastante escassas e de difícil comprovação. Na prática é possível constatar a existência dessa abusividade apenas sob o aspecto contratual.

No relativo às relações contratuais, inserem-se nesse contexto as tentativas de inclusão de cláusulas em que os titulares das patentes imputam aos licenciados o compromisso de não suscitar a nulidade das patentes.

Nesse sentido, referidas cláusulas compreende verdadeira violação ao direito subjetivo do contratante que não pode ser coagido a deixar de exercer um direito pela vinculação a um contrato.

Calos Roberto Siqueira Castro<sup>83</sup>, afirma que trata-se de uma verdadeira afronta

---

<sup>83</sup> CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010



aos direitos fundamentais:

“É facilmente perceptível que a denegação de Justiça constitui das violações mais comprometedoras da efetividade de um sistema de direitos humanos, haja visto proclamar o art. 8º da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, que – “todo homem tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei”.

Ainda neste contexto, outra prática abusiva nas relações contratuais é a prática de vendas casadas em um mesmo contrato de licença de mais de uma tecnologia patenteada pelo mesmo titular, também conhecidas como *pools*, pelas quais o interessado na licença estaria obrigado a adquirir um pacote com diferentes tecnologias para explorar aquela que realmente deseja.

Cumprido ressaltar, que nem sempre essa prática é considerada abusiva, especialmente se as diferentes patentes forem complementares entre si. Desse modo, a venda casada de patentes somente irá revestir-se da condição de abusividade quando caracteriza uma restrição à liberdade de contratar do interessado, impondo, além da patente principal, o licenciamento conjunto de tecnologia diversa que não lhe trará qualquer benefício.

Gaban e Domingues<sup>84</sup> afirma que “o efeito anticoncorrencial da venda casada está relacionado à ‘alavancagem’ de poder de mercado de um produto para outro.” Se o contrato não vislumbrar uma integração econômica entre os participantes que se mostre harmônica, no sentido de que as tecnologias se complementam e são necessárias para a sua própria implementação, haverá nítida vantagem do licenciador para o licenciado, caracterizando assim a concorrência desleal do primeiro para com o segundo.

Dessa forma, os contratos de licença de patentes podem ser utilizados também como uma forma de restrição do mercado a novos concorrentes que estarão excluídos das relações tecnológicas exploradas pelas empresas parceiras.

Eleger critérios para identificar a prática de vendas casadas nos contratos de licença de patentes não é um processo fácil, cuja solução sugerida encontra-se não no Direito Antitruste, qual seja a aplicação da chamada regra da razão, de origem norte-americana.

Essa regra considera que as ilicitudes das práticas restritivas, horizontais ou verticais,

---

<sup>84</sup>FALCONE, Bruno. **Propriedade Industrial e Defesa da Concorrência. Convergência Principiológica.** Curitiba: Juruá, 2013.

estão vinculadas de um lado ao dano potencial que fazem surgir nas relações concorrenciais e de outro, eventuais eficiências que o crescimento e a coordenação empresarial oferecem ao próprio mercado.

Portanto, a inquirição da existência do ilícito concorrencial deve se pautar por elementos razoáveis entre a concorrência legítima e a ilegítima. A regra da razão, portanto, traduz-se em instituto imprescindível para a hermenêutica e subsunção da legislação antitruste, sendo o marco divisor da ilicitude ou ilicitude das cláusulas restritivas e das condutas infratoras no devido processo competitivo.

No caso específico das patentes e nas relações concorrenciais entre empresários, os elementos a serem analisados nos contratos de licença estão justamente na interação das tecnologias dispostas aos licenciados, bem como nos riscos potenciais que esses agrupamentos podem oferecer ao mercado.

Havendo nítida relação de coordenação e complementação entre as tecnologias, indispensáveis ao seu funcionamento, não há que se falar em prática de concorrência desleal.

Do mesmo modo, será afastada a hipótese de concorrência desleal quando a integração tecnológica trazer benefícios à sociedade, no sentido de melhorar a eficiência dos processos de produção, implicando em gerar maior benefício aos consumidores finais dos produtos do que prejuízos.

Portanto, resta comprovado que a exploração das patentes de forma abusiva implica de forma negativa no universo da concorrência, especialmente quando o titular da tecnologia pratica atos contrários as relações harmônicas do mercado. Cabe aos prejudicados buscarem a via judicial de reparação dos prejuízos que sofreram, fundamentando seus pedidos na relação de desarmonia entre a exploração tecnológica e sua finalidade social<sup>85</sup>.

#### 4.2 ANÁLISE SISTEMÁTICA ENTRE DIREITO DA CONCORRÊNCIA FRENTE AO DIREITO DA PATENTE: ANTOGONISMO OU COMPLEMENTARIEDADE?

A doutrina clássica estabelece a exclusividade patentária como antagônica aos valores concorrenciais tutelados pelo Estado. Tal posicionamento fundamenta-se no entendimento de que a carta-patente outorga ao seu titular um legítimo monopólio por determinado período de tempo, e, portanto, serve de limite à máxima do direito concorrencial: o princípio da livre-concorrência.

---

<sup>85</sup> FACHIN, Luiz Edson. Direitos Reais. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

Atualmente, um dos mais tormentosos aspectos do antitruste reside na sua interface com a propriedade intelectual, ou seja, em que medida os direitos sobre bens imateriais devem sujeitar-se às regras que visam a proteção de um mercado saudável e competitivo.

Essa discussão, embora possua seus aspectos técnicos – é eminentemente política, pois relacionada aos interesses comerciais dos países. Normalmente, as nações exportadoras de propriedade industrial tendem a defender proteção mais intensa dos exclusivos, enquanto as importadoras preferem interpretação que tome em conta interesses outros que não apenas os dos titulares de direitos. É preciso aclarar esse debate, superando a hipocrisia que, muitas vezes, permeia o assunto, sob pena de mascararmos os reais problemas a serem enfrentados.

Contudo, desde a década de 80, a doutrina tem evoluído para passar a enxergar relação de complementariedade entre o Direito de Patentes e o direito concorrencial. Isso porque, como mencionado, com a globalização mundial, houve inclusão no Direito de Patentes do aspecto de funcionalidade necessário à sua existência.

De maneira análoga ao Direito de Patentes, o legislador também incluiu como princípio da ordem econômica, norte hermenêutico da proteção jurídica à concorrência, dentre outros, a função social da propriedade.

Nota-se que os órgãos de defesa da concorrência também chegaram a esse consenso. Nos Estados Unidos, por exemplo, as *Guidelines for thelicensingofIntellectualProperty*, editadas em 1995 pela Divisão Antitruste do Departamento de Justiça, ratificam esse entendimento, apontando que as leis de Propriedade Industrial e Antitruste possuem objetivo comum: promover inovação e assegurar o bem-estar dos consumidores, que diz<sup>86</sup>:

“As leis de propriedade intelectual e as leis antitruste compartilham o objetivo comum de promover a inovação e melhorar o bem-estar do consumidor. As leis de propriedade intelectual fornecem incentivos para a inovação e sua disseminação e comercialização, estabelecendo direitos de propriedade aplicáveis aos criadores de produtos novos e úteis, processos mais eficientes e obras de expressão originais. Na ausência de direitos de propriedade intelectual, os imitadores poderiam explorar mais rapidamente os esforços de inovadores e

---

<sup>86</sup>ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Departamento de Justiça. *AntitrustGuidelines for theLicensingofIntellectualProperty*. 2017. Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/IPguidelines/download>>. Acesso em: 11 jun. 2020.

investidores sem fornecer compensação. A rápida imitação reduziria o valor comercial da inovação e reduziria os incentivos ao investimento, em última análise, em detrimento dos consumidores. As leis antitruste promovem a inovação e o bem-estar do consumidor, proibindo certas ações que podem prejudicar a concorrência com relação às formas novas ou existentes de servir os consumidores”.

Logo, o caráter instrumental do Direito de Patentes e do Direito Antitruste, qual seja, o de promover políticas públicas, dentre elas, propiciar o desenvolvimento econômico, une os institutos, de modo que “a proteção à propriedade intelectual e o Direito Antitruste tornam-se instrumento de persecução do mesmo objetivo”<sup>87</sup>.

Isto posto, o caso das patentes essenciais não requer a aplicação de normas da propriedade industrial em detrimento às normas de proteção à concorrência, ou vice-versa. Em realidade, requer a solução que melhor atenda à função social de ambos os institutos, notadamente, que preserve os direitos de propriedade industrial do titular da invenção, na medida em que necessários ao desenvolvimento econômico nacional, mas, ao mesmo tempo, proteja o livre-funcionamento do mercado, prevenindo a configuração de monopólio ilícito, ou abuso de posição dominante e barreira à entrada em mercado.

#### 4.3 A RELAÇÃO ENTRE DIREITO DA CONCORRÊNCIA E DIREITO DA PATENTE NOS INSTITUTOS DO BRASIL E PORTUGAL

A legislação de defesa da concorrência no Brasil tem como implementação o sistema de livre iniciativa e defesa da concorrência, é mais de um século posterior à introdução de leis *antitruste* pelo Canadá e os Estados Unidos em 1889 e 1890, respectivamente.

O comando constitucional mais específico com relação à defesa da concorrência no Brasil é o art. 173, §4º, da Constituição da República de 1988, que estabelece que a lei “reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”<sup>88</sup>.

---

<sup>87</sup>KUBRUSLY, Claudia Tosin. *Análise da Recusa de Licenciar no Âmbito do Direito Antitruste*. In: MATTOS, Paulo Todescan Lessa; MOREIRA, Egon Bockman. *Direito concorrencial e regulação econômica*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

<sup>88</sup>BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível

Este comando – que, por sinal, vem se repetindo essencialmente em todas as Constituições brasileiras desde 1946 – não estabelece nenhuma base para que a preocupação do direito concorrencial restrinja-se tão-somente ao “abuso de poder econômico que reduza a eficiência alocativa”.

Pelo contrário, o que esses termos denotam é uma preocupação com a manutenção da estrutura da concorrência – o que se dá através de abusos que acarretem a “dominação de mercados” e a “eliminação da concorrência” – e o combate à abusos exploratórios de poder econômico que se traduzam no “aumento arbitrário de lucros”.

O aspecto inovador da Constituição de 1988 constituiu a inserção da livre concorrência no rol de princípios conformadores da ordem econômica, especificamente em seu artigo 170, inciso IV.

Ao mesmo tempo, a Constituição estabelece que a livre concorrência – e, por extensão, o tratamento jurídico do abuso de poder econômico – deve conviver com outros princípios: a soberania nacional (art. 170, I), a propriedade privada (art. 170, II), a função social da propriedade (art. 170, III), a defesa do consumidor (art. 170, V), a defesa do meio ambiente (art. 170, VI), a redução das desigualdades regionais e sociais (art. 170, VII), a busca do pleno emprego (art. 170, VIII) e o tratamento favorecido à empresa de pequeno porte (art. 170, IX).

Se a Constituição é clara em estabelecer que a livre concorrência convive com princípios como a redução da desigualdade social, a função social da propriedade e o tratamento favorecido à pequena empresa, dentre outros, não parece ser razoável estipular que o direito da concorrência deve concentrar-se unicamente na busca pelo ideal da eficiência no sentido estipulado pela Escola de Chicago.

Andrade<sup>89</sup>, nesse sentido, pondera que “eleger o cálculo de eficiência econômica (eficiência produtiva e alocativa como maximização de riqueza) não passaria sequer no teste da literalidade” do texto constitucional. Para além da convivência com outros princípios da ordem econômica, destaca-se o fato de que a Constituição da República fixa que a finalidade de toda a ordem econômica constitucional é “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”(art. 170, caput).

Essa finalidade se insere nos objetivos da República, expressos no art. 3º, de

---

em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 20jun. 2020.

<sup>89</sup>FARIA, Isabela Brockelmann. **Considerações sobre essentialfacilities e standard essentialpatents nas guerras de patentes de TI.** In: Revista de Defesa da Concorrência - Doutrina Jurídica. v. 2, n. 1. 2014.

“construir uma sociedade livre, justa e solidária” (art. 3º, I), “garantir o desenvolvimento nacional” (art. 3º, II), “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (art. 3º, III) e “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3º, IV).

Se a defesa da concorrência é um dos instrumentos para consecução da ideologia constitucional, ou um “meio, instrumento para o alcance de outro bem maior, qual seja, ‘assegurar’ a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”, o valor jurídico de um compromisso constitucional expresso com a justiça social não pode ser menosprezado.

Sua adoção, observa Grau<sup>90</sup>, “não designa meramente uma espécie de justiça, porém um seu dado ideológico”. É sob o marco da justiça social que se deve legitimar o entendimento sobre a finalidade do direito da concorrência brasileiro, em prol de objetivos como o desenvolvimento econômico e a redução das desigualdades sociais e regionais.

No sistema brasileiro, há ainda uma lei específica vigente sob o nº: 12.529/11, responsável pela criação do SBDC (Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência), conforme prevê o artigo 3º desta lei, é composto pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – (Cade) e pela Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência (Seprac) do Ministério da Fazenda.

Nesse sentido, oCade - Conselho Administrativo de Defesa Econômica, tem as atribuições de analisar e aprovar ou não os atos de concentração econômica, de investigar condutas prejudiciais à livre concorrência e, se for o caso, aplicar punições aos infratores, e de disseminar a cultura da livre concorrência. A Seprac - Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência, por sua vez, realiza a chamada “advocacia da concorrência” perante órgãos do governo e a sociedade.

Em Portugal o direito da concorrência é um legítimo bem constitucional, como no Brasil. É a própria Lei Fundamental que designa, no âmbito económico, a concorrência como incumbência prioritária do Estado.

Para tal dispõe a alínea f) do número um do artigo 81.º que cabe ao Estado “assegurar o funcionamento eficiente dos mercados, de modo a garantir a equilibrada concorrência entre empresas, contrariar as formas de organização monopolista e reprimir os abusos de posição dominante e outras práticas lesivas do interesse geral”.

Ora, resulta da norma supra referida que a repressão que é feita ao poder

---

<sup>90</sup>FARIA, Isabela Brockelmann. **Considerações sobre essentialfacilities e standard essentialpatents nas guerras de patentes de TI.** In: Revista de Defesa da Concorrência - Doutrina Jurídica. v. 2, n. 1. 2014.

econômico apresenta antes de mais um caráter instrumental, uma vez que a proteção à livre concorrência tornou-se causa legitimadora de toda e qualquer atuação interventiva indireta do Estado na economia.

Saliente-se que a correta aplicação deste preceito dependerá sobretudo da concreta e efetiva garantia, a todos os agentes econômicos de mercado, de uma economia e de um mercado protegido dos abusos do poder econômico, no sentido de criar um ambiente saudável e diversificados para o consumidor.

O conceito de economia de mercado está devidamente constitucionalizado na Constituição de Portugal, a verdade é que a consagração da liberdade de concorrência importa antes de tudo, que qualquer ato ou comportamento que distorça o funcionamento do mercado seja imediatamente sancionado, na medida em que viola cabalmente o sistema econômico constitucional vigente.

Não se trata de uma mera proteção da economia de mercado, mas sim da conceptualização de uma efetiva democracia econômica em que os princípios da liberdade e da igualdade se encontram indissociavelmente conectados.

Assim em Portugal, organismos institucionais como a Autoridade da Concorrência possui a finalidade de procurar e responsabilizar infrações às regras da concorrência, vindo também resolver os problemas de coordenação e planeamento existentes no país.

Assim como no Brasil, a concorrência em Portugal, consubstancia sobre o fundamento para a economia de mercado, no qual pressupõe uma intervenção por parte do Estado, pelo menos na construção das regras de jogo, *rectius*, normas de proteção da concorrência, entre outros.

A proteção da concorrência, integrada na defesa conjunta das ideais da propriedade privada e da livre iniciativa, constituindo a pedra de toque em que assenta o sistema de livre economia de mercado.

A livre concorrência, e, por conseguinte, a competitividade/rivalidade que se forma entre empresas idênticas no mesmo segmento, leva estes agentes econômicos a aperfeiçoarem os seus métodos de produção, de modo a desenvolver e inovar os produtos e serviços que comercializarão.

Tal ênfase que é dado ao fator produtivo tem, obviamente, reais repercussões na vida do consumidor, uma vez que apenas a combinação de elementos como a inovação e novidade se traduz na fórmula mais eficaz de aglutinação de clientela.

Há também em Portugal, a Lei 19/2012, de 8 de maio, no qual romper com a

conceptualização e prática do passado, o novo regime da concorrência visou acima de tudo corrigir algumas falhas, essencialmente processuais, que obstavam a uma efetiva aplicação do texto normativo legal, sendo uma marco na legislação concorrencial nacional.

Em termos bastante gerais, o *publicenforcement nacional*, se durante a vigência da Lei 18/2003 era delimitado pelo triângulo AdC - Tribunal do Comércio de Lisboa e Tribunal da Relação de Lisboa, a verdade é que uma das grandes mudanças do novo regime jurídico da concorrência quanto ao sistema de recursos foi a criação de um Tribunal de competência especializada.

Nesta medida, os recursos de decisões da AdC - Tribunal do Comércio de Lisboa e Tribunal da Relação de Lisboa passaram a ser decididos pelo Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão<sup>91</sup>, sediado na cidade de Santarém, em vez do Tribunal de Comércio de Lisboa, como acontecia com a aplicação da Lei 18/2003, de 11 de junho.

Nesse sentido, as Autoridades da Concorrência, tem o dever de assegurar o correto funcionamento do mercado e da economia assumindo importante papel na defesa de um Estado Democrático de Direito.

Dessa forma, podemos notar que os institutos do Brasil e Portugal possuem como principal fundamento de intervenção do Estado na economia para evitar que práticas ou comportamentos economicamente considerados como abusivos, tenham efetivas repercussões no mercado internacional e nacional, garantindo a livre concorrência.

Com relação ao Direito da Patente no Brasil, o pedido de concessão deve ser feito ao Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI), autarquia federal vinculada ao Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, que julgará sua validade com base nas disposições da lei.

Para receber o registro de patente, a invenção precisa enquadrar-se em uma das seguintes naturezas e modalidades: a) privilégio de invenção: a invenção deve ser novidade e ter aplicação industrial; b) modelo de utilidade: nova forma ou disposição, envolvendo ato inventivo que resulte em melhoria funcional do objeto.

Poderá ser patenteado a invenção que atenda aos requisitos de novidade, atividade inventiva e aplicação industrial. E modelos de utilidade que se encaixem nos seguintes quesitos: 1 - Objeto de uso prático, ou parte deste; 2 - Suscetível de aplicação industrial; 3 -

---

<sup>91</sup> O Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, mormente designado por “TCRS” foi criado pela Portaria n.º 84/2012 de 29 de março. Este tribunal especializado considera-se instalado a partir do dia 30 de março de 2012. Porém, dos dois Juízos estabelecidos, apenas o 1º Juízo irá funcionar, dado que apenas poderão ser lá julgados os processos com entrada após 30 de março de 2012.



Apresente nova forma ou disposição, envolvendo ato inventivo; 3 - Resulte em melhoria funcional no seu uso ou em sua fabricação.

O Direito de Patente no Brasil tem base no princípio da Territorialidade, no qual estabelece que a proteção conferida pelo Estado pela patente ou desenho industrial tem validade somente dentro dos limites territoriais do país que concede a proteção.

Dessa forma, caso uma invenção seja patenteada em outro país, mas não no Brasil, ninguém pode obter a concessão em território brasileiro. Porém, qualquer interessado estará livre para explorá-la no país, não cabendo qualquer pagamento de royalties pela utilização daquela tecnologia.

Com relação às normas vigentes no país destaca-se o artigo 5º, inciso XXVII e XXIX, esculpido na Constituição da República do Brasil, que diz<sup>92</sup>:

“Inciso XXVII: “Aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar.

Inciso XXIX: “A lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresa e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do país.”

Nesse sentido, há também algumas legislações infraconstitucionais, que colabora para regulamentar o Direito de Patente, como a Lei nº: 9.279, de 14 de maio de 1996, chamada de “Direito e obrigações relativos à propriedade industrial”, e ainda há regulamentos, como o decreto sob o nº: 2.553, de 16 de abril de 1998, e a portaria MCT nº: 88, 23 de abril de 1998.

Em Portugal, como ocorre no Brasil a autoridade que concede e lida com os direitos de patente é o Instituto Nacional da Propriedade Industrial. O fundamento jurídico onde assentam os direitos de patente está consagrado no Código da Propriedade Industrial aprovado pelo Decreto-Lei n.º 36/2003, de 5 de Março e alterado várias vezes.

Sempre que um inventor das mais diversas áreas queira proteger a sua invenção no território Português deve recorrer ao INPI - Instituto Nacional da Propriedade Industrial.

---

<sup>92</sup>BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 20jun. 2020.

Existe a possibilidade de fazer o pedido de patente através da *Internet*, pois este Instituto já permite o recurso ao pedido de patente através dos serviços online.

O pedido de patente deverá obedecer a vários requisitos formais. Por exemplo:

1 - Resumo - O resumo, a publicar no Boletim da Propriedade Industrial, consiste numa síntese concisa do que é exposto no pedido de patente, e deve indicar o domínio técnico ao qual pertence a invenção a sua utilização principal;

2 - Desenhos - Devem ser as figuras ou desenhos necessários à perfeita compreensão da invenção, não podendo ser fotocópias ou fotografias;

3 - Figura para publicação - A figura para publicação no Boletim da Propriedade Industrial, caso exista, deve ser a figura mais representativa da invenção;

4 - Descrição - É na descrição que se faz uma exposição mais alargada sobre a invenção. A descrição deve conter o domínio técnico de invenção, a indicação do estado da técnica, uma exposição detalhada da invenção, uma explicação detalhada dos desenhos se existirem, uma exposição detalhada de pelo menos um modo de realização do invento de forma a que um perito na especialidade possa elaborar a invenção;

5 - Reivindicações - É neste caderno que se encontra a devida proteção sobre o invento que se está a proteger. É neste caderno que se reivindicam as características técnicas da invenção que tem de ser obrigatoriamente nova e inventiva.

Todos os pedidos apresentados no INPI - Instituto Nacional da Propriedade Industrial são examinados formalmente. O exame formal é realizado por um examinador de patentes, o qual analisa de forma detalhada se o pedido obedece aos critérios formais de um pedido de patente.

A regulamentação sobre os requisitos formais dos pedidos é publicada no Diário da República e referenciada na página online do INPI - Instituto Nacional da Propriedade Industrial.

Outra opção viável para fazer um pedido de patente em Portugal e que tem tido algum sucesso é o Pedido Provisório de Patente (PPP), disposto no Artigo 62-A CPI – Código de Propriedade Industrial, pois este não obedece a critérios formais.

Se a matéria que for revelada no PPP - Pedido Provisório de Patente for pesquisável, o examinador do INPI - Instituto Nacional da Propriedade Industrial fará uma pesquisa a um grande número de bases de dados do mundo, e elabora um relatório de pesquisa onde aborda se os requisitos de patenteabilidade estão cumpridos.

O PPP - Pedido Provisório de Patente pode ser convertido em pedido de patente

definitivo no prazo de um ano e serve para marcar uma data de prioridade no invento que se está proteger, que é a data do PPP - Pedido Provisório de Patente.

Segundo a alínea e) do número 2 do artigo 62.º-A do CPI - Código de Propriedade Industrial, o documento tem que descrever o objeto do pedido de maneira a permitir a execução da invenção por qualquer pessoa competente na matéria.

A título exemplificativo um PPP - Pedido Provisório de Patente pode ser uma tese de mestrado onde se revela um processo ou produto, um documento onde o inventor descreve o produto, uma apresentação se não estiver no domínio público e revelar características técnicas ou um manual do produto nas mesmas condições da anterior.

Desse modo, a aplicação do direito concorrencial e do direito de patente nos institutos de Portugal e do Brasil são normas legais equiparadas entre si, tendo em vista suas origens e correntes doutrinárias.



## CONSIDERAÇÕES FINAIS

No Brasil e Portugal, embora haja uma vasta gama de princípios e institutos aplicáveis ao tema, não há órgãos definidores dos padrões de produtos que circulam no mercado nacional, o que faz com que o uso das patentes essenciais seja desregulado e imprevisível.

Isso porque, as regras que regulam a concorrência e tutelam a propriedade industrial são suficientes para balancear os limites do monopólio exclusivo oriundo do direito de patentes, a recusa de contratar sob a perspectiva da lei antitruste.

Contudo, se não há uma definição precisa de quais padrões cobrem produtos, não há, conseqüentemente, uma definição das patentes cujo dever de negociar termos para o uso será obrigatório. Desta forma, a ausência de critérios para estipulação de padrões obsta a delimitação das situações nas quais esses institutos serão aplicados na ponderação entre os interesses em jogo.

O Direito da Concorrência pode ser considerado como um ramo das ciências jurídicas, aplicado à defesa do processo competitivo e das relações mercantis, desempenhando um papel fundamental nas economias, sob as mais variadas vertentes.

Assim, a atuação do Estado na esfera privada, ainda que por meio dos dispositivos legais de concorrência, se justifica pelo fato de que a sociedade tem objetivos, e não está propensa a tolerar momentos de escassez.

A quantidade de fatores que gravitam em torno da questão concorrencial, que muito ultrapassam as finalidades relacionadas aos consumidores e à defesa da concorrência propriamente dita, conferem à política da concorrência, *locus privilegiado* no âmbito das preocupações sociais e econômica, para o alcance de determinados objetivos estatais fixados.

Assim, a proposta do presente trabalho é sustentar que o direito da concorrência configura um importante instrumento de implementação de políticas públicas, sobretudo para os Estados que não atingiram os padrões satisfatórios de desenvolvimento econômico.

Verifica-se, portanto, que os países em desenvolvimento, estão diante de um grande desafio: desenvolverem-se em um contexto internacional politicamente e economicamente desfavorável, devido a grande pandemia que assola o mundo, buscando o bem-estar-social e a redução da pobreza.

Por várias vezes foi destacado que a Propriedade Industrial se mostra como uma ferramenta indispensável para que seja mantido um ambiente de rivalidades entre os

concorrentes, uma vez que a garantia de proteção de seus ativos intangíveis ocasiona uma estabilidade jurídica esperada nas relações econômicas.

Entretanto, mesmo que a Propriedade Industrial tenha tido origens históricas na preservação da concorrência, é possível constatar que seus bens não são tutelados em virtude do Direito da Concorrência, mas sim para garantir sua exploração autônoma que lhes é peculiar.

Desse modo, foi possível constatar que não há um monopólio no sentido econômico da exploração de patentes, mas sim um monopólio legal, em que o titular da patente pode excluir a utilização indevida de terceiros, entretanto, não pode praticar atos que implique em dominação de mercados.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, J. M. C. (2006). **Do abuso de direito**. Almedina : Coimbra.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ed São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

ALMEIDA, Paulo Roberto de. **Propriedade intelectual: os novos desafios para a América Latina. In: Estudos Avançados. V. 5**, n. 12, mai/ago 1991. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1991.

ANDREZ, J. 2008. **Propriedade intelectual e gestão empresarial**. [S.l.: J. Andrez]. Comunicação apresentada no Seminário “Formação Avançada em Propriedade Intelectual”, OTIC / Universidade Técnica de Lisboa, 25-03-2008 a 11-04-2008. Org. com a colaboração do INPI - Instituto Nacional da Propriedade Industrial.

António Carlos dos Santos, Maria Eduarda Gonçalves, Maria Manuel Leitão Marques, **Direito Económico, 8ª ed.**, Almedina, Coimbra/Lisboa, 2016.

ASCARELLI, Tulio. **Teoría de laConcurrencia y de losBienesInmateriales**. 3 ed. Barcelona: Bosch, 1970.

ASCENSÃO, J. de O. **Concorrência Desleal**. Coimbra: Almedina, 2002.

ARAÚJO, Fernando. **Introdução à Economia**. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2005.

BAGNOLI, Vicente. **O Direito da Concorrência e sua aplicação na área de livre comércio da Américas**. 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Econômico**. São Paulo: Celso Bastos, 2004.

BARBOSA, Denis Borges. **Do requisito de suficiência descritiva das patentes**. 2011.

BARBOSA, Denis Borges. **Licenças compulsórias por abuso de patentes**. Disponível em:

<http://nbb.com.br/pub/propriedade15.pdf>. Acesso em 22 de setembro de 2014.

BARCELLOS, Milton Lucídio Leão. **Propriedade Industrial & Constituição. As teorias preponderantes e sua interpretação na realidade brasileira.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

BARRAL, Welber. **Direito e desenvolvimento: análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento.** Prefácio de Amartya Sen. São Paulo: Singular, 2005.

Bellamy and Child, European Union Law of Competition, (7th ed.), Oxford University Press, 2013.

BERNET, Juliano Meneguzzi. **Direito Concorrencial no Cenário Brasileiro: Isenção de Atividades Econômicas à Legislação Antitruste.** In: MATTOS, Paulo Todescan Lessa; MOREIRA, Egon Bockmam. **Direito concorrencial e regulação econômica.** Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

BOYLE, James. A manifesto on WIPO and the future of Intellectual Property. (Um manifesto sobre a OMPI e o futuro da Propriedade Intelectual). Disponível em: <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1113&context=dltr>.

\_\_\_\_\_. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 20 jun. 2020.

CAMPINOS, A.; GONÇALVES, L. C. - **Código da Propriedade Industrial Anotado 2010.** Coimbra: Almedina, 2010.

CAMPINOS, A. 2008. **A Organização Jurídica da Propriedade Industrial.** [S.l.: A. Campinos]. Comunicação apresentada no Seminário “Formação Avançada em Propriedade Intelectual”, OTIC / Universidade Técnica de Lisboa, 25-03 a 11-04-2008. Org. com a colaboração do INPI - Instituto Nacional da Propriedade Industrial.



Carlos Fernández-Nóvoa, José Manuel Otero Lastres, Manuel Botana Agra, **Manual de la Propiedad Industrial**, Marcial Pons, 3ª ed., Madrid, 2017.

Carolina Cunha, Miguel Gorjão-Henriques, José Luís da Cruz Vilaça, Gonçalo Anastácio, Manuel Lopes Porto, **Lei da Concorrência – Comentário Conimbricense**, Almedina, 2013.

CARVALHO, José Murilo. **A Cidadania no Brasil: o longo caminho**. São Paulo: Civilização Brasileira, 2001.

CARVALHO, Nuno Pires de. **A Estrutura dos Sistemas de Patentes e de Marcas: Passado, Presente e Futuro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

CERQUEIRA, João da Gama. **Tratado da propriedade industrial**. 2ª ed./rev. e atualizada por Luiz Gonzaga do Rio Verde e João Casimiro Costa Neto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

COMPARATO, Fábio Konder. **Função social da propriedade dos bens de produção**. In: Revista de direito mercantil. >. Acesso em: 11 mai. 2020.

CUNHA, Ricardo Thomazinhoda. **Direito de defesa da concorrência: Mercosul e União Europeia**. Barueri: Manole, 2003.

DINIZ, Osório da Rocha. **A estrutura e o desenvolvimento econômico do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1957.

DOMINGUES, Douglas Gabriel. **Direito industrial: patentes**. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

\_\_\_\_\_ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Departamento de Justiça. Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property. 2017. Disponível em:

<<https://www.justice.gov/atr/IPguidelines/download>>. Acesso em: 11 jun. 2020.

FALCONE, Bruno. **Propriedade Industrial e Defesa da Concorrência**. Convergência Princiologia. Curitiba: Juruá, 2013.

FARIA, Isabela Brockelmann. **Considerações sobre essentialfacilities e standard essentialpatents nas guerras de patentes de TI**. In: Revista de Defesa da Concorrência - Doutrina Jurídica. v. 2, n. 1. 2014.

FaullandNikpay, The EU Law of Competition, (3rd ed.), Oxford University Press, 2014.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. 2 ed. v.1. São Paulo: Saraiva, 1997.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de Direito Econômico**. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

FREIRE, Maria Paula dos Reis Vaz. **Eficiência Económica e Restrições Verticais – Os Argumentos de Eficiência e as Normas de Defesa da Concorrência**. Lisboa: Ed. Alameda da Universidade (AAF DL), 2008.

FORGIONI, Paula A. **Direito Concorrencial e Restrições Verticais**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2007.

FURTADO, Lucas Rocha. “Sistema De Propriedade Industrial No Direito Brasileiro: comentários a nova legislação sobre marcas e patentes, Lei 7.279, de 14 de maio de 1996”. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

GABAN, Eduardo Molan e DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito Antitruste**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GODINHO, M. 2003. **Inovação: conceitos e perspectivas fundamentais**. In RODRIGUES, M., NEVES, A., GODINHO, M., (Org), Para uma política de inovação em Portugal. Lisboa:

Dom Quixote.

GODINHO, M. 2008. **Meios de protecção da inovação**. [S.l.: M. Godinho]. Comunicação apresentada no Seminário “Formação Avançada em Propriedade Intelectual”, OTIC / Universidade Técnica de Lisboa, 25-03-2008 a 11-04-2008. Org. com a colaboração do INPI - Instituto Nacional da Propriedade Industrial.

Gonçalves, L. (2015). **Manual de Direito Industrial**, 6.<sup>a</sup> Ed., Coimbra: Almedina.

José Luís Caramelo Gomes, **Lições de Direito da Concorrência**, Almedina, 2010.

\_\_\_\_\_. IST. 2008. UNIVERSIDADE TÉCNICA DE LISBOA. Instituto Superior Técnico. IN3 - Center for Innovation, Technology and Policy Research [em linha]. Lisboa: IST. [Acedido 01 Fevereiro 2008]. Disponível em WWW:< <http://tt.ist.utl.pt/>>.

KUBRUSLY, Cláudia Tosin. Análise da Recusa de Licenciar no Âmbito do Direito Antitruste. In: MATTOS, Paulo Todescan Lessa; MOREIRA, Egon Bockman. **Direito concorrencial e regulação econômica**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

LABRUNIE, Jacques e BLASI, Marcos Chucralla Moherdau. **O Sistema Constitucional de Patentes e os prazos de vigência**. LIMA, Luis Felipe Balieiro (coord.) Propriedade Intelectual no Direito Empresarial. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

LABRUNIE, Jaques. **Licença obrigatória e caducidade de patentes: as modificações geradas pelo texto de Estocolmo da Convenção de Paris**. Revista da ABPI. Ano II, n 7, 1993. Rio de Janeiro: Associação Brasileira da Propriedade Intelectual. 1993.

LARENZ, Karl. Metodologia da ciência Direito. 4. ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

LOUREIRO, Flávia Noversa. **Direito Penal da Concorrência: a tutela da liberdade concorrencial e a criminalização do cartel**. Coimbra: Almedina, 2017.

Luís Manuel Couto Gonçalves, António Campinos, André Robalo, Carla Albuquerque, Inês Vieira Lopes, João Marcelino, Maria João Ramos, Miguel Gusmão, Telmo Vilela, Código da

Propriedade Industrial – Anotado, Almedina, 2ª Ed., 2015.

Luís Manuel Couto Gonçalves, **Manual de Direito Industrial**, Almedina, 8ª Ed., 2019.

Luís Silva Morais, Eduardo Paz-Ferreira, e Gonçalo Anastácio, *Regulação em Portugal, Novos tempos, Novo Modelo*, Almedina, 2009.

MAIA, José Mota. **Propriedade Industrial**. Volume 1. Coimbra: Almedina, 2003.

MATIAS, S. 2009. **Políticas universitárias de apoio a spin-offs: estudo de duas universidades portuguesas**. Tese de Mestrado, Lisboa: Instituto Superior de Economia e Gestão, Universidade Técnica de Lisboa.

Maria Eduarda Azevedo, **Temas de Direito da Economia**, 3ª ed., Almedina, Lisboa, 2018.

MASCARO, Alysson Leandro. **Introdução à filosofia do direito: dos modernos aos contemporâneos**. São Paulo: Atlas, 2002.

Marques, J. P. R. (2008). **Medicamentos versus Patentes – Estudos de Propriedade Industrial**. Coimbra : Coimbra Editora.

MARQUES, Maria Manuel Leitão e VITAL Moreira. **A mão visível: mercado e regulação**. Coimbra: Almedina, 2003.

MONTEIRO, Luís Pinto. **A Recusa em Licenciar Direitos de Propriedade Intelectual no Direito da Concorrência**. Coimbra: Almedina, 2010.

MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAIS, Luís Domingos Silva. **Empresas Comuns Joint Ventures no Direito Comunitário da Concorrência**. Coimbra: Almedina, 2006.

NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. **Defesa da concorrência e globalização econômica**. São Paulo: Malheiros, 2002.

OLAVO, C. - **Desenhos e Modelos: Evolução Legislativa**. Direito Industrial. Coimbra: Almedina. Associação Portuguesa de Direito Intelectual. 2003. 3: 45-76. ISBN 978-972-40-1897-3.

PAIS, Sofia Oliveira. **Entre inovação e concorrência – em defesa de um modelo europeu**. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, 2013.

Pedro Sousa e Silva, Direito Industrial, **Noções Fundamentais**, Almedina, Coimbra, 2019.

PEGO, José Paulo Fernandes Mariano. **O Controlo dos Oligopólios pelo Direito Comunitário da Concorrência: a posição dominante colectiva**. Coimbra: Almedina, 2007.

Porto, M. L., Vilaça, J. L. C., Cunha, C. Gorjão-Henriques, M. & Anastácio, G.(coords.). (2013). **Lei da Concorrência - Comentário Conimbricense**, Almedina :Coimbra.

POSNER, Richard. **Direito antitruste: uma perspectiva econômica**. Universidade de Chicago Press, 1976.

RODRIGUES, S. 2008. **Protecção por patentes**. [S.l.: S. Rodrigues]. Comunicação apresentada no Seminário “Formação Avançada em Propriedade Intelectual”, OTIC / Universidade Técnica de Lisboa, 25-03-2008 a 11-04-2008. Org. com a colaboração do INPI - Instituto Nacional da Propriedade Industrial.

ROSEMBERG, Barbara. **Considerações sobre Direito da Concorrência e dos Direitos de Propriedade Intelectual**.in ZANOTA, Pedro e BRANCHER (org.) Desafios atuais do Direito da Concorrência. São Paulo: Singular, 2008.

Ruben Bahamonde, El derecho de la competencia y los acuerdos de transferencia de tecnología, Aranzadi, Cizur Menor, junho 2016.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**. São Paulo: Malheiros, 2013.

SERENS, Manuel Couceiro Nogueira. **A Monopolização da Concorrência e a (Re-**

)**Emergência da Tutela da Marca.** Coimbra: Almedina, 2007.

SILVA, Miguel Moura e. **Direito da Concorrência: uma introdução jurisprudencial.** Coimbra: Almedina, 2008.

SILVA, M. M. - **Desenhos e Modelos Industriais – Um Paradigma Perdido? Direito Industrial.** Coimbra: Almedina. Associação Portuguesa de Direito Intelectual. 2001.

Silva, M. M. (2008). **Direito da Concorrência – Uma Introdução Jurisprudencial,** Almedina : Coimbra.

Silva, P. S. (2011). **Direito Industrial – Noções Fundamentais.** Coimbra Editora :Coimbra.

SZMID, Rafael. **Interfaces entre Direito Concorrencial e Propriedade Industrial. Revista do IBRAC. Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional.** Ano 18, v. 19, janeiro/junho 2011. p. 297-338. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SZTAJN, Rachel. **Teoria jurídica da empresa: atividade empresária e mercados.** São Paulo: Atlas, 2003.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial.** Vol. 1. Ed. Atlas, 2016.

UBILLOS, Juan María Bilbao. **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado.** 3ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2010.

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