

ALGUMAS NOÇÕES SOBRE A IMPORTÂNCIA DOS DIREITOS INTELECTUAIS NA GESTÃO DE NEGÓCIOS E DESENVOLVIMENTO DE MARCA

SOME NOTIONS ABOUT THE IMPORTANCE OF INTELLECTUAL RIGHTS IN THE BUSINESS MANAGEMENT AND BRAND DEVELOPMENT

Luiz Gonzaga Silva Adolfo¹
Flávio Régio Brambilla²
Ieda Rocha³

RESUMO: Os autores contextualizam os principais aspectos formadores dos Direitos Intelectuais, enfatizando também sua importância e atualidade na Sociedade da Informação, para, ao final, propor que as instituições e os gestores empresariais se preocupem, na sua atuação, com a tutela de tais criações e direitos.

Palavras-chave: Direitos Intelectuais. Administração. Gestão de ativos empresariais. Direito da Propriedade Industrial.

Palavras-chave: Direitos Intelectuais. Administração. Gestão de ativos empresariais. Direito da Propriedade Industrial.

ABSTRACT: The authors contextualize the main aspects which form the Intellectual Rights, also emphasizing their importance and update in the Information Society, and at the end they propose that institutions and managers of business worry about the protection of these creations and these rights in their actuation.

Keywords: Intellectual Rights. Administration. Management of enterprise assets. Law of Industrial Property.

¹ Advogado. Doutor em Direito pela UNISINOS (São Leopoldo/RS). Presidente da Comissão Especial de Propriedade Intelectual da OAB/RS na gestão 2010/2012. Membro da Associação Portuguesa de Direito Intelectual - APDI. Professor do PPG em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Professor dos Cursos de Direito da Universidade Luterana do Brasil - ULBRA (Gravataí/RS) e do Instituto Brasileiro de Gestão de Negócios - IBGEN (Porto Alegre/RS). *E-mail:* gonzagaadolfo@yahoo.com.br

² Doutor em Administração pela UNISINOS (São Leopoldo/RS). Professor e Coordenador Adjunto do Curso de Administração da ULBRA (Canoas/RS). Acadêmico do Curso de Direito da ULBRA (Gravataí/RS). *E-mail:* flaviobrambilla@terra.com.br.

³ Advogada. Mestranda em Ciências Sociais com ênfase em Organizações pela PUCRS (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul). Estudante de Especialização *Lato Sensu* em Direito da Propriedade Intelectual pela ESADE - Laureate International Universities. Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito da PUCRS. Membro dos Grupos de Estudos sobre Propriedade Intelectual da CEJA-OAB/RS (Comissão Especial do Jovem Advogado da Ordem dos Advogados do Brasil Seccional Rio Grande do Sul) e da PUCRS. Membro da APDI (Associação Portuguesa de Direitos Intelectuais). *E-mail:* contato@iedarocha.com.br.

INTRODUÇÃO

O presente estudo, constituído como um ensaio teórico, tem por objetivo identificar inicialmente a diferença entre o Direito Autoral (estético) diante da terminologia “Direito do Inventor”, com o foco empresarial e industrial (técnico), o primeiro designado por vontades e motivações variadas, como a expressão artística, e o segundo orientado por elementos utilitários (utilitariedade). A discussão estende-se ao direito da marca numa perspectiva legal. A marca, como tratada nos critérios vigentes da legislação - nominais, figurativos (simbolismo), mistos (composição entre nome e figura integrados) e tridimensionais -, limita-se aos aspectos visuais simbólicos e escritos. Pretende-se demonstrar a importância da gestão dos ativos intangíveis, especialmente dos direitos intelectuais, nas organizações empresariais presentes na sociedade da informação, nas quais se faz mister a valorização da criatividade e da flexibilidade na produção. Tais características das empresas, segundo Castells (2001, p.68), são reflexos do desenvolvimento da tecnologia da informação, que produz uma revolução semelhante àquela originada pela Revolução Francesa do século XIX.

A abordagem elementar sobre marcas, neste artigo, centraliza-se na priorização dos aspectos legais, o que difere substancialmente dos elementos geralmente tratados na gestão acerca do portfólio das marcas e de *Brand Equity* (valor da marca na perspectiva de Marketing). O aspecto legal é comumente negligenciado nos textos específicos de gestão e na tomada de decisão dos executivos, ainda que se trate de ponto estratégico fundamental ao sucesso de seus empreendimentos. Mas é preciso não esquecer que olvidar sua importância nas empresas é negligenciar o gerenciamento de seu capital intelectual, aqui delimitado pelos direitos intelectuais, eis que, como demonstra Giddens (1991, p.10-19), o capitalismo não é o mesmo como o concebido na fase industrial, tendo a racionalização expressa na tecnologia sua principal mudança. Isso implica o surgimento de novos nichos de mercado e de novas preocupações por parte dos administradores. Os nomes de domínios, embora pela legislação pátria não se confundam com as marcas, são uma forma de explorá-las no nicho da Internet, são ativos intangíveis muito importantes para o bom desempenho dos negócios e não devem ser subestimados.

Depois, o estudo avança aos elementos específicos da propaganda enganosa, da concorrência desleal e da desproporcionalidade de poder econômico como forma

de ação oportunista, o que é expresso como abuso de poder econômico. Tecem-se as relações entre a propaganda enganosa e sua tênue conexão com direito intelectual, seguidas da abordagem sobre concorrência desleal, suportada pela discussão acerca da Convenção da União de Paris, de 1883, e dos desdobramentos específicos adotados pelos Estados. Em linhas gerais, esses critérios estão relacionados aos aspectos práticos da responsabilidade civil.

São, por fim, apresentadas classificações que caracterizam a deslealdade nos processos negociais. Identifica-se que a lealdade concorrencial é benéfica para a sociedade, assim como se avalia que certas práticas aparentemente inofensivas podem mascarar relações marginais. No que configura o abuso do poder econômico, a legislação claramente direciona o campo para uma subárea do Direito intitulada Direito Penal Econômico. Finalizando o estudo, destaca-se a importância da proteção dos Direitos Intelectuais e propõem-se algumas possibilidades para futuros estudos que relacionem os mundos da Gestão e do Direito, numa abordagem que integre questões como a valoração da marca e sua proteção legal.

1 O DIREITO DO INVENTOR⁴

Embora haja a possibilidade de fazerem confusões, principalmente, quem não é estudioso do assunto - até a Lei de Propriedade Industrial, de algum modo, as propicia, ao se referir aos “autores” de inventos -, Direito Autoral e Direito do Inventor são áreas totalmente distintas em seus mais variados aspectos.

O Direito Autoral - atinente à proteção das obras estéticas e/ou artísticas - é considerado área autônoma dentro dos Direitos Intelectuais. O Direito do Inventor, por sua vez, faz parte da outra grande área, o Direito da Propriedade Industrial, que abrange ainda o Direito Marcário. No Direito do Inventor, as obras têm como característica principal o fato de serem técnicas e/ou industriais.⁵ Nesse particular, enquanto no Direito

⁴ Os autores utilizam a expressão ampla, “Direito do Inventor”, no decorrer de todo o texto, sem entrar nas minúcias da tutela e das expressões técnicas, o que não é o propósito nem seria crível, embora se saiba que este também apresenta subdivisões, sendo protegidas as criações intelectuais consubstanciadas em patentes de invenção, modelo de utilidade e desenho industrial.

⁵ Daí os requisitos da patentabilidade dessas criações, enfocados por Toubol (1990, p. 58-59): “Se considera, por lo general, para que una invención sea industrial, que por su objeto, su aplicación y su resultado debe concurrir a la producción de bienes o de resultados técnicos. Se estima que una invención tiene objeto industrial si corresponde al dominio de la industria, por oposición al mundo de la estética. El concepto de aplicación industrial supone la explotación técnica

Autoral a utilidade não é fator relevante, no Direito do Inventor, ela se mostra claramente necessária. Ou seja, há uma compreensível vinculação à necessidade humana. Se, no Direito Autoral, pode ser criada determinada obra por motivações das mais diversas, no Direito do Inventor, a criação decorre da tentativa de solucionar um problema técnico, por meio de um invento industrial que será produzido em série, em qualquer lugar do mundo, a partir dos dados e das instruções que constarão no documento oficial daquela criação, que outorgará o direito.⁶

Ainda, o próprio requisito de ineditismo é tratado de forma diferente em cada uma das espécies de direitos intelectuais. Enquanto, no Direito do Inventor, pode-se dizer que a novidade deve ser absoluta por se tratar de obra técnica, no Direito Autoral, não é bem assim, pois a novidade está mais relacionada ao conteúdo e à forma de divulgação da criação intelectual. Exemplificando, considera-se que vários autores podem fazer uma poesia tendo como inspiração “a lua”, e cada uma delas terá tutela específica com seu ineditismo particular, enquanto no atinente às invenções a realidade é diversa.

Outras diferenças mostram-se, como no atinente à duração (prazo médio de 20 anos para patentes de invenção e de 70 anos após a morte do autor, nos Direitos Autorais), gênese (necessidade do depósito no Direito do Inventor e inexistência de formalidades para tutela dos Direitos Autorais), inexistência dos direitos extrapatrimoniais no Direito do Inventor e, ainda, possibilidade de titularidade (criação) por pessoa jurídica no Direito do Inventor, quando, no Direito Autoral, como já se disse, essa prerrogativa é restrita às pessoas naturais.⁷

inmediata de la invención y permite distinguir el dominio de la ciencia del mundo de la industria”. O autor analisa ainda outros requisitos que, inclusive, são consagrados, no sistema positivo brasileiro, como novidade, atividade inventiva e aplicação industrial (artigo 8º da Lei de Propriedade Industrial).

⁶ Silveira (1987, p.13) aborda com propriedade essas características, asseverando: “A criação no campo da indústria, a invenção industrial, objetiva produzir efeitos no mundo material, obtendo um resultado utilitário. Em suma, o poder do homem sobre o mundo material que o cerca é aumentado pelo emprego da invenção, em termos de maior força, mais rapidez ou perfeição. A obra artística produz efeito similar, mas no mundo interior do homem, o mundo da percepção. A invenção industrial atua no mundo físico, a obra artística no mundo da comunicação ou da expressão”.

⁷ Até pela natureza das obras protegidas, a atividade criativa industrial é desenvolvida a partir da pesquisa em organizações estatais e empresariais fortemente organizadas. Como diz Domingues (1980, p.157), “mudaram os tempos e, com o desenvolvimento industrial e tecnológico, a romântica figura do inventor solitário que trabalhava sozinho ou desenvolvia projetos nos fins de semana em garagens e barracões de fundo de quintal foi desaparecendo e dando lugar ao trabalho em grupo, profissional, às equipes de pesquisas, aos projetos milionários em busca da solução de um problema técnico”.

2 DIREITO MARCÁRIO

As marcas são aqueles sinais distintivos utilizados para discernir produtos ou serviços de outros idênticos, semelhantes ou afins, de origem diversa.⁸ Têm claramente uma função comercial, seja em atividades assim classificadas de modo estrito ou em atividades empresariais de prestação de serviços.

Acerca da conceituação de marca, traz-se o argumento de Pierangeli (2003, p. 216)

[...] A marca é exteriorizada mediante palavras, desenhos, signos nominativos ou emblemáticos, frases publicitárias ou não, siglas etc., destinados a distinguir os produtos ou serviços de determinada atividade, seja ou não lucrativa, objetivando atrair ou conservar a clientela ou, inclusive, impedir que o consumidor seja enganado.

Barbosa (2003, p.803) complementa essa ideia, acrescentando que marca é todo signo visualmente perceptível, destinado a um fim específico, sendo necessária a configuração de dois requisitos para lhe dar suporte de existência no mundo dos fatos: a “capacidade de simbolizar” e a “capacidade de reivindicar uma origem específica” sem que produza confusão na mente do consumidor. Ainda segundo o doutrinador, a tutela jurídica da marca só atinge sinais que tenham o condão de se tornarem exclusivos.

As marcas que a Lei de Propriedade Industrial brasileira admite serem passíveis de registro são apenas os sinais perceptíveis visualmente. O ordenamento pátrio ainda veda marcas de outras percepções de sentidos, como as auditivas, por exemplo.⁹

As formas básicas de marcas, nesse entendimento, são as chamadas nominativas, as figurativas e as mistas. As nominativas, como a própria expressão indica, estão consignadas em um nome (palavra), desde que não defeso em lei. Geralmente, são constituídas por parte do nome comercial do titular, ou patronímico de um sócio, ou palavra que esteja relacionada, de algum modo, ao produto ou serviço que se pretende identificar. O segundo tipo de marcas são as figurativas, relacionadas a uma figura ou um desenho. Essas adquirem uma função mais estética

⁸ Embora haja quem discorde da definição constante do próprio texto da lei, como Oliveira (1999, pp.20-22), para quem servem tanto para distinguir produtos de origem diversa como de idêntica origem.

⁹ Sempre que esse assunto é tocado, exemplifica-se com o famoso “plim-plim” da Rede Globo de Televisão, que, fosse permitida marca auditiva, seria certamente a mais famosa delas entre nós. Barbosa (2003, p.804) ainda inclui entre elas as vedadas, as aromáticas e gustativas.

e artística, ampliando seu espectro de meramente uma identificação nominal. Por terceiro, as marcas mistas conjugam os dois primeiros tipos: utilizam a identificação nominal acompanhada da figurativa.

O Direito Autoral tem uma vinculação mais direta com as marcas, exatamente, nesse particular, ou seja, na marca figurativa, que pode decorrer de uma criação artística própria e original. Aí se teria, numa mesma criação, dois direitos intelectuais de natureza distinta, o Direito de Autor daquele que criou aquele signo distintivo e o do titular que requereu o registro da marca.¹⁰ Ambos na esfera própria, é claro, sendo de se destacar que, geralmente, as empresas remuneraram os profissionais ligados ao setor (desenhistas, artistas plásticos, publicitários, arquitetos) pela estilização de suas marcas, o que supera qualquer irregularidade relativa aos direitos patrimoniais de autor.

Os tipos básicos de marca estão previstos no artigo 123 da Lei de Propriedade Industrial. Inicialmente, as marcas de produto ou serviço, que distinguem estes e outros idênticos, semelhantes ou afins.

Como tipos ordinários novos de marca, a atual Lei de Propriedade Industrial introduziu a marca de certificação e a marca coletiva. A primeira tem o condão de atestar a conformidade de um produto a certas normas ou especificações técnicas, nomeadamente concernentes a qualidade, natureza, material e metodologia empregados. No correto modo de interpretar de Barbosa (2003, p.805),

A marca de certificação não é um método de diferenciação entre produtos ou serviços semelhantes, mas sim um meio de informar ao público que o objeto distinguido se conforma a normas ou padrões específicos, por exemplo as normas baixadas pelos órgãos oficiais de controle de qualidade.¹¹

A marca coletiva, a seu turno, é aquela destinada à identificação de produtos ou serviços oriundos de membros de uma determinada entidade. Soares (1997, p.182) diz que

Coletiva é a marca de toda comunidade, de um agrupamento de pessoas jurídicas de natureza privada ou pública, destinada

¹⁰ Nesse particular, BITTAR e BITTAR FILHO (1993, p.81-94).

¹¹ De resto, mesmo nas marcas em geral ou nas “comuns”, já que esta, indiscutivelmente, é uma marca com finalidade especial, reside uma clara “função de qualidade”, como faz ver Gonçalves (2000, p.23), mesmo assim destacando que a marca não cumpre uma função de garantia da constância qualitativa dos produtos ou serviços, mas a qualidade dos produtos ou serviços por referência a uma origem não enganosa.

a assinalar e distinguir os produtos e/ou mercadorias oriundas de uma cidade, região ou país, como se fora o selo de garantia, autenticidade, excelência e qualidade.

A Lei de Propriedade Industrial prevê, ainda, a marca tridimensional, que, segundo Moro (2009), corresponde à forma plástica de um produto ou de uma embalagem que, por si só, ostenta um caráter identificador. Como bem enfatiza Barbosa (2003, p.803), uma das inovações da Lei nº 9.279 foi possibilitar a marca tridimensional, que tem um exemplo clássico na garrafa contour da *Coca-Cola*, conhecida no mundo inteiro, que ratifica a importância de uma gestão da propriedade intelectual que valorize essa espécie marcária, muitas vezes, relegada a segundo plano nas organizações empresariais. Imagine-se a *Coca-Cola*, que surgiu em 1886 em uma farmácia, nos Estados Unidos, e conta com mais de dois séculos de existência, negligenciando na gestão da patente de sua fórmula ou de sua peculiar embalagem: milhões e milhões de dólares seriam desperdiçados pela companhia, ou pela ausência de gerenciamento de direitos intelectuais, ou pela deficiência desse tipo de gestão.

Há previsão legislativa, ainda, de dois tipos especialíssimos de marcas, que obtêm proteção especial a partir de sua notoriedade: a marca de alto renome e a marca notoriamente conhecida.

A marca de alto renome tem proteção especial em todas as classes (ramos de atividade), diante da fama de que goza. A vedação tem por fim especial coibir a possibilidade de que terceiros interessados em utilizar marca consagrada, mesmo que em outro ramo de atividade,¹² se sirvam desse alto renome para cooptação de clientela. Tenta evitar, também, causar confusão na escolha do consumidor, que estaria propenso a imaginar que o titular daquele produto assinalado com uma marca renomada, agora, atuaria com os mesmos critérios industriais, comerciais e de qualidade em novo ramo.¹³ Na verdade, como bem assinala Soares (2000, p.65), houve alteração de nomenclatura na vigente Lei de Propriedade Industrial, já que a anterior - Lei nº 5.772/1971, o denominado Código da Propriedade Industrial -, em seu artigo 67, a previa como “marca notória”.

¹² Nesse particular, Martins e Blecher (1996, p.46) referem um interessante aspecto prático do anseio de uma proteção exacerbada, que ocorria naquilo que denominam “exagero de extensões”, fundado na registro de marcas em todas as categorias possíveis, evitando-se o uso por empresas com outras atividades.

¹³ Assim, Faria Correa (1997, p.34) diz que “é difícil imaginar, por exemplo, que marcas como ‘Marlboro’ ou ‘Nestlé’ pudessem ser utilizadas em qualquer outro segmento sem provocar associação ou confusão”.

A marca notoriamente conhecida é muito semelhante, numa primeira e rápida análise, à marca de alto renome. Conta com proteção restrita em seu ramo de atividade (o que, em última razão, redundará na classe marcária), no entanto independentemente de estar previamente registrada no Brasil. Tal especialidade se deriva do artigo 6º-bis da Convenção de Paris, a determinar que recusem ou invalidem e proibam o uso de marca que constitua contrafação “de uma marca que a autoridade competente do país do registro ou do uso considere que nele é notoriamente conhecida como sendo já marca de uma pessoa amparada pela presente Convenção, e utilizada para produtos idênticos ou similares” (SILVEIRA, 1996, p.33-34).

Além das citadas, aqui também outras diferenças se configuram, como no atinente à duração (prazo de dez anos, renovável por mais dez, indefinidamente), gênese (necessidade do registro da marca), inexistência dos direitos extrapatrimoniais no Direito Marcário¹⁴ e possibilidade de titularidade (criação) por pessoa jurídica no Direito Marcário, quando, no Direito Autoral, como já se disse, essa prerrogativa é restrita às pessoas naturais. Nesse aspecto, o registro da marca, para pessoas naturais, é restrito aos profissionais liberais.

O impacto da marca junto ao consumidor é fato intrínseco à relação de consumo. A antropologia do consumo, como especialidade das Ciências Sociais que é, na contemporaneidade, propõe o enfoque nos protagonistas das relações sociais de consumo. Esta é a proposta de Douglas e Isherwood (2004, p.201-221): uma compreensão livre de preconceitos do fenômeno das relações de consumo da qual a Ciência Jurídica e as Ciências da Administração podem e devem se apropriar. A sociedade capitalista é permeada de signos e de valores explícitos e velados que traduzem a identidade de seus membros. Nessa esteira, o consumo apresenta-se como uma forma de exteriorização desses valores, sendo estudado tanto pelas ciências aplicadas ao Marketing como à Comunicação Social, à Psicologia, às Ciências Humanas, à Semiótica, à Economia e à Linguística, dentre tantas outras. Um dos resultados mais perseguidos pelas organizações empresariais é o de entender o comportamento do consumidor. Para isso, faz-se uso de pesquisas mercadológicas das mais

¹⁴ Mesmo não existindo direitos extrapatrimoniais (morais) nos Direitos Industriais (aqui, particularmente, no Direito Marcário), há alguns doutrinadores que sustentam a possibilidade de indenização por dano extrapatrimonial (moral) quando causa prejuízo à reputação e imagem de marca, como, por exemplo, no caso da pirataria que, geralmente, comercializa produtos de baixa qualidade.

variadas espécies, além da construção de uma marca e da manutenção de seu nome no mercado por meio de diversas estratégias. Uma gestão ineficiente, aqui, compromete o desempenho da organização tanto internamente, afetando o clima organizacional entre seus colaboradores e a cultura da empresa, quanto externamente, no comportamento do consumidor e da concorrência em relação à marca.

Ainda, a credibilidade e a reputação corporativa também restam prejudicadas pelo uso indevido da marca. Richard (2001), renomado doutrinador, consultor, palestrante e profissional da área de Administração e Marketing, ao propor dicas aos empresários de como manter a clientela, definiu quatro características essenciais a serem moldadas na organização: credibilidade, acessibilidade, confiabilidade e excelência.

3 NOMES DE DOMÍNIO

O interesse nos ativos intangíveis está relacionado com a competição acirrada entre as empresas e o desenvolvimento da tecnologia da informação. Nesse sentido, tem-se que o atual processo de globalização das economias e as facilidades criadas pelo *e-commerce* aumentaram e estimularam a concorrência, impondo padrões mais altos de qualidade e induzindo os administradores a serem mais criativos. Em vista disso, faz-se necessário tratar dos nomes de domínio.

Esse tipo de ativo intangível, o nome de domínio, é o endereço da empresa na Internet. O exercício de sua titularidade por quem não é, de direito, o titular da marca, sem dúvidas, acarreta prejuízos financeiros ao detentor legal e pode ser caracterizado como concorrência desleal. Mesmo sendo Princípio da Anterioridade o adotado à aquisição dos nomes de domínio, segundo as diretrizes do Comitê Gestor da Internet no Brasil, nenhum nome de domínio pode violar direito alheio.

No entanto, não existe controle no ato da compra de um nome de domínio, e essa se dá por preço muito acessível, R\$ 30,00 (trinta reais) ao ano, o que acaba por facilitar a ocorrência de ilícitos marcários. Após registrar-se uma marca alheia como se fosse própria, com a velocidade que a tecnologia proporciona, os danos, certamente, serão amenizados com um procedimento extrajudicial ou indenizados num processo judicial tradicional. Desde o final de 2010, o Comitê Gestor da Internet dispõe do Serviço de Administração de Conflitos na Internet (SACI). Mas o impacto no mercado pelo uso indevido da marca por

terceiros que registram nomes de domínios pode ser evitado, na empresa, com uma política interna rígida, de proteção ao maior número de combinações que seu nome empresarial e sua marca possam compor como um domínio.

4 PROPAGANDA ENGANOSA, CONCORRÊNCIA DESLEAL E REPRESSÃO AO ABUSO DE PODER ECONÔMICO

4.1 PROPAGANDA ENGANOSA

A propaganda enganosa, atualmente, tem previsão legislativa no Código de Defesa do Consumidor - Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, definida no parágrafo 1º de seu artigo 37. Daí ser considerada hoje como pertencente ao Direito Civil (Direito Obrigacional), embora haja quem julgue autônoma a área que cuida de todos os fenômenos, ou seja, uma parte especial do Direito denominada Direito do Consumidor.¹⁵

Antes mesmo da previsão da propaganda enganosa e de outros tipos e formas de propaganda reprováveis (como a abusiva, no parágrafo 2º do mesmo artigo 37 do Código Consumerista), os próprios profissionais de publicidade e propaganda já haviam instituído, conforme Soares (2003, t.I, p.696), em 1980, a Comissão Nacional de Autorregulamentação Publicitária - CONAR - com finalidade precípua de regulamentação e fiscalização de normas éticas aplicáveis ao setor.

Se hoje é assim, antes do advento do Código Consumerista, que foi previamente anunciado por dispositivo constitucional, muitos inseriam essa questão como parte integrante do Direito Intelectual,¹⁶ embora, na atualidade, mostre-se mais clara a outra hipótese (vinculação a um ramo especial, Direito do Consumidor), mesmo não se podendo negar que, muitas vezes, ela está diretamente associada a áreas que gravitam em

torno dos Direitos Intelectuais, especialmente do Direito Autoral, como as da Publicidade e Propaganda. Essa relação era estabelecida porque a propaganda enganosa partia de agir criativo de quem a publicava, ou de seus interpostos. Clarifica-se essa constatação na previsão legal da propaganda enganosa, em ações que estão direta ou indiretamente relacionadas com outras áreas dos Direitos Intelectuais, como aquela que é “inteira ou parcialmente falsa”, ou que induza o consumidor em erro relativamente à natureza, à qualidade, à origem ou a quaisquer outros dados sobre produtos e serviços que, claramente, têm relação com a concorrência desleal, que será brevemente enfocada na continuidade.

4.2 CONCORRÊNCIA DESLEAL

A concorrência desleal, que, no Brasil, tem previsão legal na Lei da Propriedade Industrial, na sistemática internacional dos Direitos Intelectuais, possui originariamente consagrada sua regulação na Convenção da União de Paris, de 20 de março de 1883, que estatui, em seu artigo 10-bis: “os países contratantes são obrigados a assegurar a todos os cidadãos dos países da União uma proteção efetiva contra a concorrência desleal”. Mesmo assim, cada Estado tem a liberdade de prever, em seu nível interno, os atos que possam ser considerados concorrência desleal.

No ordenamento positivo brasileiro, já em sua parte preambular, consta, expressamente, no inciso V do artigo 2º da atual Lei da Propriedade Industrial, a “repressão à concorrência desleal” como um de seus objetivos, considerando “seu interesse social” e “o desenvolvimento tecnológico e econômico do país”, como se observa no *caput*.

Essa regulação se dá de modo concreto no Capítulo VI da Lei nº 9.270, em artigo único (195), na esfera penal, com 14 incisos reguladores dos tipos penais, sancionados com penas que vão de três meses a um ano de detenção, ou multa. Mesmo previstos como matéria criminalizada, é claro que essas ações, geralmente, redundam em prejuízo material aos titulares dos Direitos Industriais em jogo, possibilitando, então, as ações reparatórias, na esfera cível (responsabilidade civil).

Na lição de Bittar (2005, p.47-49), considera-se perfectibilizada a concorrência desleal, confluindo para tal cinco pressupostos: (1) desnecessidade de dolo ou fraude; (2) desnecessidade de verificação de dano em concreto; (3) necessidade de existência de

¹⁵ Em Portugal, o Direito da Publicidade e a Concorrência Desleal, que será enfocada em seguida, são considerados partes do Direito do Consumidor, como alude Leitão (2005, v.IV, p.283): “Actualmente, a concorrência desleal não pode deixar de ser vista como um instituto de regulação do mercado e de protecção do consumidor”. Olavo (2005, v.IV, p.164) adota semelhante interpretação: “Actualmente, pode ser considerado pacífico o entendimento segundo o qual a protecção contra os actos de concorrência desleal tem, no nosso direito, um tratamento jurídico distinto da protecção dos direitos privativos da propriedade industrial, que permite considerá-la como constituindo um instituto autónomo”.

¹⁶ Como Hammes (2002, p.399-429), que, embora a considerasse instrumento para a efetivação da concorrência desleal, dedicou a ela um capítulo.

conflito marcário; (4) necessidade de existência de clientela formada e (5) ato ou procedimento passível de repreensão.

Soares (2003, t.II, p.1420-1421), mesmo reconhecendo a dificuldade em estabelecer critério apreciativo dos vários aspectos da concorrência desleal, enumera algumas situações em que ela ocorre, entre as quais, sobressaem-se as seguintes: a) a confusão de estabelecimentos; b) a confusão de empresas; c) a confusão de produtos ou serviços; d) a confusão de produtos ou serviços com o estabelecimento ou com a empresa; e) a adoção de nomes, palavras, denominações, monogramas, emblemas, símbolos, figuras e quaisquer outros sinais distintivos e bem assim de rótulos, envoltórios, embalagens, o aspecto exterior do produto, ou de sua forma de acondicionamento; f) a adoção de elementos ideológicos que possam ser confundidos em razão do sinal, da figura, estampa, gravura ou outro elemento integrante do produto ou da forma de sua apresentação; g) o aliciamento de pessoal técnico ou prático que tenha relação direta ou indireta com a fabricação, manufatura, preparo ou comércio dos produtos, mercadorias, objetos e bem assim com os serviços prestados; h) todo e qualquer meio que permita usufruir do conceito e da boa fama que os produtos, as mercadorias ou os serviços prestados, o estabelecimento ou a empresa adquiriram; i) os prejuízos que possam ser causados a outrem abalando o seu crédito; j) todo e qualquer meio que objetive o descrédito dos produtos, das mercadorias, dos serviços, do estabelecimento ou da empresa concorrente; k) todo e qualquer ato que vise desviar de modo direto ou indireto clientela de outrem; l) emprego de meios falaciosos na venda de produtos e mercadorias ou na prestação de serviços m) por todos os atos praticados pelo concorrente que procura tirar proveito ou benefício de uma situação adquirida por terceiro; n) emprego de manobras torpes que estabeleçam confusão entre os estabelecimentos conhecidos e estimados pelo público, desviando a clientela, denegrindo os produtos do competidor e desacreditando as suas mercadorias; o) propaganda e/ou publicidade com falsa atribuição de mérito; p) a corrupção para obtenção de vantagem indevida; q) a violação de segredos; e r) qualquer ato de má-fé que vise a atingir concorrente.

No Direito Penal, felizmente, alargaram-se estudos em nível internacional e no país, nos últimos anos, por uma nova visão dessa área do Direito, adequando-à

Constituição e às novas escolas interpretativas.¹⁷ Nesse domínio, no entanto, em que pese ao fato de que alguns delitos, efetivamente, tenham direta relação com os gravíssimos problemas sociais que assolam o país, sendo o desemprego, ineludivelmente, o maior deles,¹⁸ não há como negar que, numa visão que pode ser amplificada, tais delitos que, num primeiro momento, parecem de menor significação, muitas vezes, estão relacionados, na outra ponta, ao chamado “crime organizado” com eventos como contrabando, descaminho e outros males sociais e ilícitos penais que devem ser rejeitados por suas consequências sociais funestas, como tráfico de drogas e armas e semiescravidão, apenas exemplificando. Esses, na visão da maioria dos que trabalham com os Direitos Intelectuais, não são crimes de menor poder ofensivo.¹⁹

A concorrência desleal mantém pouquíssima relação direta com o Direito Autoral, estritamente considerado.²⁰ Trata-se de uma transgressão que se aproxima muito mais do Direito da Propriedade Industrial, como alhures destacado. Possíveis imbricações somente poderão ser feitas no caso concreto, como na possibilidade de que ela se efetive a partir de peças de publicidade ou propaganda, que envolvam criações artísticas, tuteladas pelo Direito Autoral.²¹

¹⁷ Nesse sentido, há breve pesquisa elaborada pelo autor desta investigação no Mestrado em Direito, na Unisinos, sob orientação do Prof. Lenio Luiz Streck (ADOLFO, 2000).

¹⁸ São infundáveis as discussões, mormente na esfera político-administrativa, sobre a repressão que se faz contra os vendedores ambulantes (popularmente conhecidos como “camelôs”) que, muitas vezes, oferecem ao público produtos que guardam alguma relação com ilícitos relacionados aos Direitos Intelectuais. O aspecto social sempre sensibiliza a todos. Embora não se possa negar que, se, por um lado, não se pode deixar milhões de pessoas que dependem direta ou indiretamente daquela atividade sem as mínimas condições de sobrevivência, por outro, é, no mínimo, discutível a total dependência econômica de considerável percentual desses aos grupos criminosos organizados que, não raro, trabalham em nível internacional nessas áreas.

¹⁹ Portugal adotou o caminho da descriminalização, explicitado nas palavras de Leitão (2005, p.265): “A publicação do novo Código da Propriedade Industrial que, em matéria de concorrência desleal, realiza a sua descriminalização, pela conversão do ilícito da concorrência desleal num ilícito ordenacional [...]” A propósito disso, Ascensão (2002, p.8) ressalta que, a par de ter sido o primeiro país do mundo a adotar uma disciplina legislativa global da concorrência desleal, Portugal é o único país do mundo onde os preceitos reguladores da concorrência desleal são eminentemente penais.

²⁰ Interessante e inovadora é a vinculação da concorrência (lícita) que faz Barretto (1993, p.35) com a liberdade de expressão surgida após a Revolução Francesa: “Algumas liberdades, como a de manifestação do pensamento, aparentemente distantes dos problemas relativos ao funcionamento da economia de mercado, serviram, perfeitamente, para a crítica entre concorrentes comerciais ou industriais”.

²¹ Até há mais relação da concorrência desleal com a tutela dos direitos dos consumidores, como faz crer Bercovitz (2000, pp.117-120), pois uma concorrência limpa, clara e transparente fortalece o próprio sistema competitivo e valoriza a possibilidade de melhor escolha pelo consumidor.

4.3 REPRESSÃO AO ABUSO DE PODER ECONÔMICO

Poucos são os autores de Direitos Intelectuais que tratam, especificadamente, do abuso de poder econômico. Entre esses, destaca-se Hammes (2002), que reserva à questão um item em seu capítulo 25. Há uma tendência doutrinária de considerar essa área como autônoma ou, muitas vezes, também vinculada ao Direito Concorrencial, e tantas outras, em seu aspecto penal, àquela área que já é por muitos denominada Direito Penal Econômico. Entre os fenômenos sob tutela, salientam-se formação de cartéis e de trustes (OLIVEIRA, 1994, p.63-64).

No plano legislativo, inicialmente, a matéria foi regulada na Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962; num segundo momento, na Lei nº 8.158, de 8 de janeiro de 1991, para, finalmente, desaguar na Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, que, atualmente, regula a matéria. Entre suas principais modificações, está aquela que transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE - em autarquia.

A vinculação que essa área guarda com o Direito Autoral é a mais restrita de todas, restando alguma nesga de ligação somente quando se considera que o abuso de poder econômico decorre da maquinação intelectual humana.

5 CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE O CONCEITO DE MARCA NA GESTÃO E OS ESTUDOS RECENTES DESENVOLVIDOS NO BRASIL

As marcas são usadas como referencial de credibilidade para que os consumidores adquiram produtos e serviços (KAPFERER, 2004). Tem-se, nesse parâmetro do conceito, que a marca representa uma garantia de qualidade do que é negociado com o cliente, o que ocupa a posição de ativo intangível organizacional, conforme Aaker (2007), autor referência no assunto. Outros pesquisadores do tema, como Keller (2007) e Doyle (1998), posicionam a marca como elemento essencial ao planejamento de Marketing e destacam que, quando a estratégia é adequadamente desenvolvida, culmina na retenção dos clientes.

Keller (2007) conceitua a Marca como um nome, termo, símbolo ou sinal, que individualmente ou combinados, permitem a identificação de bens ou serviços promovidos por uma organização, normalmente no contexto de mercado. A marca identifica o fornecedor ou vendedor e destaca suas

características e personalidade específicas (AAKER, 2007). Ainda conforme o autor, o nome da marca é usado para comunicação com o mercado.

No Brasil, o conceito marca, ou o estudo de seu valor (*Brand Equity*) vem sendo tratado por uma série de autores. Recentemente, Crescitelli e Figueiredo (2009) apresentaram o valor de marca como uma perspectiva sistêmica e dinâmica, que evolui e se altera ao longo do tempo, fazendo com que as marcas se tornem instrumentos de diferenciação em termos de qualidade. Em outro estudo, Almeida *et al.* (2011) destacam que as marcas podem servir como referência para as empresas na promoção de uma oferta, ou seja, servem como uma mensuração da impressão que a empresa desperta no mercado. Por sua vez, Hernandez *et al.* (2011) discutem, em seu estudo, a extensão das marcas corporativas e as influências da marca principal nas submarcas relacionadas com o serviço de uma empresa (comumente as empresas trabalham com marcas e submarcas, tendo em vista dois elementos ao menos: dissociar produtos incompatíveis fabricados pela mesma empresa e promover ativos intangíveis com diferentes produtos, já que a própria marca representa uma fonte de valor e de rentabilidade para a empresa - por exemplo, quando uma marca é vendida para outra empresa).

Finalizando a apresentação de estudos nacionais sobre marca, Oliveira e Luce (2011) desenvolveram levantamento dos trabalhos recentes elaborados sobre o valor da marca no Brasil, em produções acadêmicas, que podem servir como referência para que o tema seja mais bem compreendido para os interessados em expandir o conhecimento acerca das marcas no contexto de gestão. Também Lima *et al.* (2011) abordam as marcas, em trabalho empírico, centrado na análise das marcas próprias no setor calçadista do Estado do Rio Grande do Sul.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Embora algumas abordagens científicas tratem a licença compulsória (independentemente denominada “quebra de patentes”), por exemplo, como prática justificada em alguns contextos, via de regra, deve-se buscar a preservação dos Direitos Intelectuais, especialmente, em contextos corporativos, tratando-a como elemento estratégico de sua manutenção e seu crescimento na Sociedade da Informação. É imperativa à própria sobrevivência dos negócios a formatação de planejamento e de gestão que vise à tutela jurídica de suas marcas, de seus nomes de domínio, de suas

patentes e de seus *softwares*. O crédito e resguardo legal ao criador é uma medida de incentivo ao desenvolvimento econômico e, inevitavelmente, social. A ilegalidade e a ilegitimidade de uso devem ser combatidas pela legislação e repelidas pelos julgadores - sejam eles arbitrais ou judiciários -, proporcionando que os bens imateriais, somados aos ativos tangíveis, conduzam as organizações empresariais ao caminho de concretização plena de proteção de seus investimentos.

Faz-se importante identificar as diferentes categorias de criação e dos direitos que incidem na obra. Como central ao interesse empresarial, criações de ordem técnica são aquelas associadas diretamente ao conceito de crescimento econômico e domínio tecnológico. No contexto brasileiro, muitas vezes, há carência de cuidados acerca desses elementos e de informação aprimorada aos leigos ou gestores técnico-administrativos da indústria. A articulação de políticas governamentais demonstra-se como instrumento hábil para fomentar a inovação nas empresas e incentivar os cuidados e o interesse pela proteção da novidade e da transferência de tecnologia, estimulando a integração entre universidades, produtoras de conhecimento, e empresas, potenciais financiadoras.

Como ponto final deste brevíssimo estudo, destaca-se que é verificável a necessidade de uma relação mais bem delineada entre as ciências da Administração e do Direito. Uma visão transdisciplinar deve ser empregada pelos gestores corporativos na busca pela excelência de suas organizações. Por exemplo, no que compete à temática das marcas, em áreas como o Marketing, que estudam a criação de valor, as percepções dos consumidores e os elementos simbólicos, tradicionalmente, não se produzem trabalhos científicos que se preocupem em avançar além dos elementos intrínsecos ou financeiros desse tipo de ativo intangível. Em contrapartida, o Direito ocupa-se da tutela jurídica das obras intelectuais, conferindo um arcabouço jurídico de proteção e monopólio temporário aos bens imateriais. Conectar essas perspectivas é avançar no debate sobre o tema, contribuindo com o estímulo e com a geração da inovação, auxiliando os gestores empresariais a valorizarem os bens não físicos aqui tratados, garantindo a manutenção da saúde organizacional.

Almeja-se, com esperança e viva convicção intelectual, que o mundo da gestão olhe com mais atenção os Direitos Intelectuais e perceba a necessidade de estudo e de proteção em seus meios. Esta publicação, sua instituição organizadora e seus idealizadores, na trajetória firme até aqui trilhada, atestam o otimismo dos coautores dessas provocações.

REFERÊNCIAS

- AAKER, David A. **Estratégia de Portfólio de Marcas**. Porto Alegre, RS: Bookman, 2007.
- ADOLFO, Silva Gonzaga Luiz. Reflexões sobre aplicação de hermenêutica jurídica garantista no processo penal no Rio Grande do Sul. **Logos Revista de Divulgação Científica**, Gravataí, Ulbra, v. 12, n. 1, p. 69-78, maio 2000.
- ALMEIDA, Stefânia Ordovás de; MAZZON, José Afonso; DHOLAKIA, Utpal; MÜLLER NETO, Hugo Fridolino. Os Efeitos da Participação em Comunidades Virtuais de Marca no Comportamento do Consumidor: Proposição e Teste de um Modelo Teórico. **RAC - Revista de Administração Contemporânea**, v. 15, n. 3, p. 366-391, 2011.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. **Concorrência Desleal**. Coimbra, PT: Almedina, 2002.
- BARBOSA, Denis Borges. **Uma introdução à Propriedade Intelectual**. Rio de Janeiro, RJ: Lumen Juris, 2003.
- BARRETTO, Vicente de Paulo. O conceito moderno de cidadania. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas/Renovar, n. 192, p. 29-37, abr./jun. 1993.
- BERCOVITZ, Alberto. La competencia desleal. In: LÓPEZ, Marco Antonio Palácios; HERNÁNDEZ, Ricardo Alberto Antequera. **Propiedad intelectual: temas relevantes en el senario internacional**. Guatemala, GUA: SIECA/USAID, 2000, p. 117-120.
- BITTAR, Carlos Alberto. **Teoria e prática da concorrência desleal**. Rio de Janeiro, RJ: Forense Universitária, 2005, p. 47-49.
- _____; BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Titularidade de direitos autorais na criação de logomarca. In: BITTAR, Carlos Alberto. **Tutela dos direitos da personalidade e dos direitos autorais nas atividades empresariais**. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 1993, p. 81-94.
- CRESCITELLI, Edson; FIGUEIREDO, Júlio Bastos. Brand Equity Evolution: A System Dynamics Model. **BAR: Brazilian Administration Review**, v. 6, n. 2, p. 101-117, 2009.
- DOMINGUES, Douglas Gabriel. **Direito Industrial: Patentes**. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 1980.

DOUGLAS, Mary; ISHEROOD, Baron. **O Mundo dos Bens: para uma antropologia do consumo.** Rio de Janeiro, RJ: UFRJ, 2004.

DOYLE, P. **Marketing Management and Strategy.** London, UK: Prentice Hall, 1998.

FARIA CORREA, José Antonio B. L. O tratamento das marcas de alto renome e das marcas notoriamente conhecidas na Lei 9.279/96. **Revista da ABPI**, São Paulo, ABPI, n. 28, p. 33-39, mai./jun. 1997.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade.** São Paulo, SP: UNESP, 1991.

GONÇALVES, Luis M. Couto. **Direito de Marcas.** Coimbra, PT: Almedina, 2000.

HAMMES, Bruno Jorge. **O Direito da Propriedade Intelectual.** 3. ed. São Leopoldo, RS: Unisinos, 2002, p. 399-429.

HERNANDEZ, José Mauro da Costa; MENCK, Tassia de Moraes; LOPEZ, Diego Martins G.; MOCELLIN, Luiz Fernando T. Extensão de Marcas Corporativas de Serviços: O Efeito da Similaridade Percebida da Extensão e da Qualidade Percebida da Marca. **RAC - Revista de Administração Contemporânea**, v. 15, n. 4, p. 561-579, 2011.

KAPFERER, Jean-Noël. **Marcas à Prova de Prática: aprendendo com os erros.** Porto Alegre, RS: Bookman, 2004.

KELLER, Kevin Lane. **Strategic Brand Management: building, measuring and managing Brand Equity.** New Jersey, US: Prentice Hall, 2007.

LEITÃO, Adelaide Menezes. Direito da Publicidade e concorrência desleal - Um estudo sobre as práticas comerciais desleais. In: ASSOCIAÇÃO PORTUGUESA DE DIREITO INTELECTUAL. **Direito Industrial.** Coimbra, PT: Almedina, 2005, v. IV, p. 269-284.

LIMA, Alessandra Cristófoli de et al. Análise do Mercado de Calçados na Utilização das Marcas Próprias: Uma Verificação Multicasos sob a Perspectiva dos Fabricantes. **Contextus: Revista Contemporânea de Economia e Gestão**, v. 9, n. 2, p. 23-38, jul./dez., 2011.

MARTINS, J. R.; BLECHER, Nelson. **O Império das Marcas.** São Paulo, SP: Marcos Cobra, PT, 1996.

MORO, Maitê Cecília Fabbri. **Marcas tridimensionais: sua proteção e os aparentes conflitos com a proteção outorgada por outros institutos da propriedade intelectual.** São Paulo, SP: Saraiva, 2009.

OLAVO, Carlos. Introdução ao Direito Industrial. In: ASSOCIAÇÃO PORTUGUESA DE DIREITO INTELECTUAL. **Direito Industrial.** Coimbra, PT: Almedina, 2005, v. IV, p. 155-198.

OLIVEIRA, Frederico Abrahão de. **Crimes do poder econômico.** Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 1994.

OLIVEIRA, Marta Olivia Rovedder de; LUCE, Fernando Bins. O Valor da Marca: Conceitos, Abordagens e Estudos no Brasil. **REAd - Revista Eletrônica de Administração**, ed. 69, n. 2, p. 502-529, 2011.

OLIVEIRA, Mauricio Lopes. A imprecisão na definição legal de marca. **Revista da ABPI**, São Paulo, n. 38, p. 20-22, jan./fev. 1999.

PIERANGELI, José Henrique. **Crimes contra a propriedade industrial e crimes de concorrência desleal.** São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2003.

RICHARD, Gerson. **Excelência no atendimento a clientes: mantendo seus clientes por toda a vida.** Rio de Janeiro, RJ: Qualymark, 2001.

SILVEIRA, Newton. **Curso de Propriedade Industrial.** 2. ed. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 1987.

———. **A Propriedade Intelectual e a Nova Lei de Propriedade Industrial.** São Paulo, SP: Saraiva, 1996.

SOARES, José Carlos Tinoco. **Lei de Patentes, Marcas e Direitos Conexos.** São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 1997.

———. **Marca vs. Nome comercial: conflitos.** São Paulo, SP: Jurídica Brasileira, 2000.

———. **Tratado da Propriedade Industrial.** São Paulo, SP: Jurídica Brasileira, 2003. T. I e II.

TOUBOL, Frédérique. **El software: análisis jurídico.** Buenos Aires, ARG: Zavalia, 1990.