

INDICAÇÕES GEOGRÁFICAS E INFRAÇÕES CONCORRENCIAIS

GEOGRAPHICAL INDICATIONS AND ANTITRUST VIOLATIONS

Renato Dolabella Melo¹

RESUMO

Atualmente, as Indicações Geográficas são um tema em constante e crescente debate no Brasil. O país tem enorme potencial de uso do mecanismo, que pode ser um elemento importante inclusive para o desenvolvimento local. Porém, nota-se que ainda há muitas questões que merecem uma discussão mais aprofundada, sobretudo quanto aos impactos que outras normas podem ter no uso das IGs e vice-versa. Nesse sentido, é importante destacar a relação com a Defesa da Concorrência, sendo objetivo do presente artigo alertar para certas situações envolvendo as Indicações Geográficas e que possam ser objeto de questionamentos do ponto de vista concorrencial. Para tanto, buscou-se precedentes na União Europeia que podem apontar situações passíveis de ocorrer também no Brasil e que configuram infrações à concorrência.

Palavras-chave: Indicação Geográfica. Defesa da Concorrência. Direito Econômico. Propriedade Intelectual.

ABSTRACT

Currently, Geographical Indications are a subject of constant and increasing debate in Brazil. The country has enormous potential for using the mechanism, which can be an important element specially for local development. However, it is noted that there are still many issues that deserve further discussion, specially regarding the impacts that other rules may have on the use of GIs and vice versa. In this sense, it is important to highlight the link with the Competition Law, specially aiming to warn of certain situations involving Geographical Indications and which may be the subject of questions from a competitive point of view. To achieve that goal, we sought precedents in the European Union that can point out situations that may also occur in Brazil and which constitute infringements of competition law.

Keywords: Geographical Indication. Competition Law. Economic Law. Intellectual Property.

Como citar este artigo: MELO, Renato Dolabella. Indicações geográficas e infrações concorrenciais. DRd - Desenvolvimento Regional em debate, v. 9, Ed. esp. 2, p. 24-48, 20 dez. 2019. DOI: <https://doi.org/10.24302/drd.v9iEd.esp.2.2274>.

¹ Doutor e Mestre em Propriedade Intelectual e Inovação pelo INPI. Mestre em Direito Econômico pela UFMG. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte. Minas Gerais. Brasil. E-mail: dolabella@dolabella.com.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1140-5663>.

Artigo recebido em: 30/08/2019

Artigo aprovado em: 15/10/2019

Artigo publicado em: 20/12/2019

1 INTRODUÇÃO

A análise da Propriedade Intelectual (PI) sob a ótica do Direito Econômico, especialmente em relação ao Direito da Concorrência, justifica-se pela relevância do tema e dos impactos práticos que a mesma pode gerar, considerando que a PI é frequentemente apontada como instrumento para o desenvolvimento nacional. Uma vez que a legislação confere certos privilégios de exclusividade aos titulares de direitos de Propriedade Intelectual, é importante analisar quais são os efeitos no ambiente concorrencial, verificando se há compatibilidade entre as normas dessas áreas e as atuais leis brasileiras de PI.

Na medida em que a indicação geográfica seja utilizada para identificar a origem de um produto/serviço, relacionando-o a uma região demarcada que tenha características determinantes para sua qualidade ou que seja famosa por ofertá-lo, esse sinal distintivo mostra-se altamente relevante, pois pode agregar valor aos produtores situados nessa localidade, que detém o direito exclusivo de uso da IG e se vinculam a essa qualidade/fama. Porém, é também importante perceber que a aplicação atual das normas pode ser objeto de questionamentos, sobretudo em relação aos potenciais impactos à concorrência. Dessa forma, ainda que haja uma conscientização e maior uso das IGs no Brasil, a eventual inadequação normativa sobre o tema pode ser um entrave para o alcance eficiente dos objetivos de desenvolvimento regional e nacional por meio desse tipo de sinal distintivo.

Dentro do contexto do presente trabalho, o direito dos produtores o uso da IG como signo distintivo é reconhecido, ao mesmo tempo em que se entende necessário também resguardar a defesa da concorrência, bem como reprimir eventuais abusos. Nesse sentido, o presente artigo busca apresentar a legislação concorrencial e seus objetivos, demonstrando a potencial aplicação dos mesmos na questão das indicações geográficas. Na mesma linha, foram levantados casos concretos nos quais a autoridade de defesa da concorrência da União Europeia puniu associações de produtores por práticas indevidas no âmbito das IGs.

Em suma, a pesquisa buscou fazer uma análise crítica e propositiva das normas e cadernos de especificação técnica/regulamentos de uso², buscando contribuir com a eficiência do modelo brasileiro de indicações geográficas. O atual momento, no qual esse tipo de sinal ainda não é muito utilizado no Brasil, parece propício para tanto, uma vez que o estudo pode ter caráter preventivo em relação aos pontos potencialmente problemáticos.

²Todos os cadernos/regulamentos de uso estão disponíveis em: <<http://www.inpi.gov.br/menu-servicos/indicacao-geografica/regulamento-de-uso-das-indicacoes-geograficas>>.

2 INDICAÇÃO GEOGRÁFICA

A indicação geográfica é um sinal distintivo, de uso exclusivo de produtores localizados em uma região demarcada cujas características naturais/culturais sejam determinantes para a qualidade de um produto ou serviço ali ofertado ou que seja conhecida por ser um centro de produção de determinado objeto ou de prestação de um tipo de serviço. A Constituição da República de 1988 prevê sua proteção no artigo 5º, XXIX, como uma espécie de signo distintivo:

Art. 5º, 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 empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País;** (grifos nossos)

Tão relevante quanto a previsão do direito é a condicionante que a CR/88 apresenta para existência e exercício de tais prerrogativas: o atendimento ao interesse público e ao desenvolvimento tecnológico e econômico do país. É fundamental ter isso em vista para que seja possível interpretar adequadamente a forma de aplicação e limites desse tipo de exclusividade.

De acordo com a Lei 9.279/96, há duas espécies de indicação geográfica no Brasil: a indicação de procedência, utilizada no caso de uma região delimitada que se tenha tornado famosa por ofertar determinado produto ou serviço, e a denominação de origem, aplicável quando as características do produto/serviço se devam a fatores presentes na localidade³.

Cada produtor situado na área geográfica identificada como IG poderá utilizar esse sinal distintivo junto à sua própria marca individual. No caso das denominações de origem, o produto/serviço ofertado pelo agente deve ainda atender a requisitos de qualidade, nos termos do artigo 182 da Lei 9.279/96⁴. Segundo o professor Denis Barbosa:

O tratamento das duas figuras é paralela, a não ser o fato de que, para a designação de origem se exige não só o estabelecimento no local designado, mas também o atendimento de requisitos de qualidade. Por exemplo, no caso de vinhos, os regulamentos pertinentes não só indicam os exatos locais de plantio (demarcações às vezes com minúcia de metros), mas também a insolação, a qualidade da cepa, a distância entre as vinhas, etc.

Assim, entre os elementos a serem apresentados no caso de designação de origem está a descrição das qualidades e características do produto ou do serviço a descrição do processo ou método de obtenção do produto ou serviço, “que devem ser locais, leis

³ Lei 9.279/96

Art. 176. Constitui indicação geográfica a indicação de procedência ou a denominação de origem.

Art. 177. Considera-se indicação de procedência o nome geográfico de país, cidade, região ou localidade de seu território, que se tenha tornado conhecido como centro de extração, produção ou fabricação de determinado produto ou de prestação de determinado serviço.

Art. 178. Considera-se denominação de origem o nome geográfico de país, cidade, região ou localidade de seu território, que designe produto ou serviço cujas qualidades ou características se devam exclusiva ou essencialmente ao meio geográfico, incluídos fatores naturais e humanos.

⁴ Art. 182. O uso da indicação geográfica é restrito aos produtores e prestadores de serviço estabelecidos no local, exigindo-se, ainda, em relação às denominações de origem, o atendimento de requisitos de qualidade.

e constantes”, os elementos que comprovem a existência de uma estrutura de controle sobre os produtores ou prestadores de serviços bem como sobre o produto ou serviço e prova de que os produtores ou prestadores de serviço estejam lá estabelecidos e operando (BARBOSA, 2003, p. 913).

À primeira vista, a indicação geográfica poderia ser confundida com uma espécie de marca, uma vez que ambas são sinais distintivos que possuem a função de indicar a procedência de um produto ou serviço. Porém, a IG é uma espécie autônoma de direito, com características distintas da tutela marcária.

Inicialmente, a indicação geográfica deve, necessariamente, estar ligada a uma região demarcada, de onde vem o nome protegido. No caso das marcas, não há qualquer vinculação obrigatória nesse sentido.

Além disso, o direito sobre a IG é, por conceito, de natureza coletiva⁵, o que não ocorre com todos os tipos de marca, que podem ser utilizadas por um único titular. Mesmo no caso das marcas coletivas, não há confusão jurídica com a indicação geográfica. Isso porque, embora seja utilizada por um universo de usuários, a marca coletiva pertence a uma única pessoa jurídica, que representa justamente essa coletividade. No caso da IG, não seria adequado indicar que esta pertence a uma determinada pessoa, ainda que esta represente um conjunto de produtores e tenha tomado a iniciativa de promover o registro da indicação. Na verdade, a indicação geográfica constitui um direito de toda a coletividade da região delimitada, o que alcança todos os seus usuários ali localizados⁶ e que, em alguns casos, atendem a certas exigências relativas à forma de produção. Logo, para uso da IG, o que interessa não é a vinculação jurídica à pessoa que promoveu o registro, mas sim o atendimento aos requisitos de localização e, quando aplicável, qualidade.

Como decorrência disso, outra diferença importante diz respeito à possibilidade – ou não – de transferência de cada sinal distintivo. Uma marca pode ser alienada, observadas certas condições, em função de disposições da Lei 9.279/96⁷ e em decorrência do exposto

⁵“Teríamos então uma modalidade de titularidade em mão comum, também chamada de cotitularidade (ou comunhão, se referida a direitos reais, ou copropriedade, se referida a propriedade) germânica ou coletiva. Seriam beneficiários todos os que partilhassem da respectiva zona e actividade. Mas seria uma cotitularidade, sem distinção de partes, ao contrário da cotitularidade romana. Todos os que ali estivessem teriam paridade de condição, desde que explorassem aquela actividade de modo efectivo e sério. A sua ligação seria tal que perderiam o direito quando abandonassem aquela zona; e, inversamente, os que nela ingressassem e o passarem a exercê-lo ganha-lo-iam” (ASCENSÃO, 2006, p. 67).

⁶“Poderá interpretar-se a autorização como referente a pessoas estranhas à região, que poderiam ser autorizadas a usar a indicação geográfica? Mas essa autorização seria inadmissível, porque desvirtuaria o significado da DO ou IG. Se estas dependem da localização geográfica, a autorização para quem não se enquadra na região usar a denominação representaria uma burla para com o público” (ASCENSÃO, 2006, p. 68).

⁷Lei 9.279/96

Art. 130. Ao titular da marca ou ao depositante é ainda assegurado o direito de:

I - ceder seu registro ou pedido de registro;

II - licenciar seu uso;

III - zelar pela sua integridade material ou reputação.

Art. 134. O pedido de registro e o registro poderão ser cedidos, desde que o cessionário atenda aos requisitos legais para requerer tal registro.

Art. 135. A cessão deverá compreender todos os registros ou pedidos, em nome do cedente, de marcas iguais ou semelhantes, relativas a produto ou serviço idêntico, semelhante ou afim, sob pena de cancelamento dos registros ou arquivamento dos pedidos não cedidos.

reconhecimento legal de que se trata de uma propriedade privada⁸. Contudo, o mesmo não se aplica às indicações geográficas. Estas não são reconhecidas expressamente na legislação como um tipo de propriedade e não há previsão legal para sua transferência. De fato, eventual alienação da IG seria uma situação contrária à sua própria essência, de sinal necessariamente vinculado a uma região geográfica, de titularidade dos produtores ali localizados e atuantes⁹.

O artigo 179 da LPI indica que a proteção se estende à representação gráfica ou figurativa da indicação geográfica, bem como à representação geográfica do local. Apesar de não estar expresso na lei, pode-se deduzir que o registro de IG pode ser feito na forma nominativa ou mista, aplicando-se de forma análoga os conceitos referentes às marcas nesse sentido. Considerando que tanto a indicação de procedência como a denominação de origem são constituídas por um nome geográfico¹⁰, fica claro que necessariamente haverá um componente nominativo no registro. Caso esse seja acompanhado por um elemento gráfico, haveria um registro misto¹¹.

Já o artigo 180 reforça a natureza da IG como sinal distintivo, ao vedar proteção ao nome geográfico que se tenha tornado de uso comum¹². Essa disposição tem o mesmo sentido do já apresentado artigo 124, VI da LPI, por faltar ao sinal a capacidade distintiva para identificação da origem, e, não poder ser objeto de exclusividade¹³.

⁸O artigo 129 da Lei 9.279/96 dispõe que a titularidade da marca configura um direito de propriedade e uma das prerrogativas cabíveis ao proprietário é a possibilidade de dispor desse seu direito, nos termos do artigo 1.228 do Código Civil:

Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

⁹Na DO, um produtor titular do direito à DO não pode alienar ou transferir o gozo deste direito para um terceiro. O que o titular deste direito pode fazer (supondo que para além de proprietário da DO é proprietário da exploração) é alienar ou locar (ou constituir em usufruto, etc.) o seu “*fonds agricole*” (a partir do momento que o proprietário vende, arrenda, dá em comodato, ou dá em usufruto, perde a propriedade da DO, mesmo nas hipóteses em que conserva o direito de propriedade sobre o referido “*fonds*” ou exploração). Contudo, a simples mudança de titularidade do “*fonds*” não implica que o direito à DO nasça imediatamente na esfera jurídica do adquirente, dado que o direito à DO não está meramente ligado ao “*fonds*”. Na verdade, nada garante que o novo proprietário ou locatário do “*fonds*” mantenha a afectação precedente ou simplesmente que sua produção mereça a DO. O que é certo é que a posse ou a detenção do “*fonds*” na área geográfica da DO, se não é suficiente é condição *sine qua non* da aquisição do direito à DO” (ALMEIDA, 1999, p. 118).

¹⁰O artigo 2, §3º da Instrução Normativa 95/18 do INPI admite ainda a possibilidade de o elemento nominativo da IG seja um gentílico.

¹¹Interessante notar que a legislação europeia sobre IGs não prevê a extensão da proteção aos sinais gráficos. A possibilidade de registro na forma mista, entretanto, pode ser interessante para reforçar a fixação da indicação geográfica aos olhos do público consumidor.

¹²“Para se considerar o nome geográfico degenerado e como descritivo de um produto ou serviço, três condições são necessárias: a primeira é que a denominação seja utilizada por empresários não estabelecidos na região ou localidade, para identificar seus produtos de uma maneira constante e prolongada; a segunda é que os produtores e prestadores de serviço não tenham feito valer-se do direito exclusivo do nome geográfico, ou por tolerar as usurpações do nome geográfico por terceiros por um prolongado tempo, ou pela fraca proteção a nível internacional; e por fim, a necessidade que o nome geográfico constitua a denominação única e necessária do produto de tal maneira que o público consumidor não consiga identificar o produto por outra designação que não essa. Reunindo-se estas condições considera-se o nome geográfico de domínio público” (GONÇALVES, 2007, p. 82).

¹³“Não se pode reconhecer a propriedade privada e exclusiva sobre alguma coisa – inclusive sobre expressões verbais - quando todo o povo tenha direito de usar em conjunto do mesmo objeto, como ocorre com as ruas e as praças (res communis omnium). Assim, o símbolo pretendido como marca tem de ser destacado em grau suficiente para separar-se eficazmente daquilo que está e deve permanecer no domínio comum” (BARBOSA *et al.*, 2006, p. 8).

Deve-se notar que a legislação brasileira é bastante sucinta em relação à indicação geográfica. A própria Lei 9.279/96 se limita a sete artigos específicos sobre o tema (artigos 176 a 182), acrescidos de poucos outros pontos que lhe fazem referência de alguma forma. A isso deve-se somar a IN 95/18 do INPI como base normativa sobre o assunto. Considerando também que se trata de instituto de aplicação ainda relativamente tímida no Brasil (apesar de um crescimento perceptível), esses fatores mostram um potencial de dúvidas e polêmicas que tendem a se ampliar na medida em que as IGs tenham seu uso intensificado no país. Isso se mostra especialmente sensível quando o tema é abordado a partir da perspectiva da Defesa da Concorrência.

3 DEFESA DA CONCORRÊNCIA

3.1 DEFESA DA CONCORRÊNCIA E REPRESSÃO À CONCORRÊNCIA DESLEAL

A livre concorrência está prevista no art. 170, IV da Constituição da República de 1988 como um princípio da ordem econômica. Trata-se de um direito de permanência conferido aos agentes econômicos, no sentido de que estes somente poderão ser excluídos do mercado caso sejam ineficientes e, em função disso, percam espaço para concorrentes mais capacitados¹⁴. Ao mesmo tempo, a livre concorrência impõe aos agentes um dever de efetivamente competir, sendo vedados acordos destinados a evitar a disputa entre eles, de modo a interferir negativamente no funcionamento do sistema econômico. É um princípio intimamente ligado ao da livre iniciativa, que estabelece uma liberdade de entrar e sair dos mercados e lá exercer alguma atividade econômica de produção de bens e serviços¹⁵. O exercício desse direito somente pode ser condicionado ao cumprimento de exigências se houver justificativa para tanto, sendo vedado ao Estado criar empecilhos arbitrários¹⁶.

¹⁴“As normas que regulam a concorrência econômica não proíbem a eliminação, ou o prejuízo, do concorrente se alcançados por meio de prestações previsíveis. O capitalismo pressupõe a ‘luta’ entre os concorrentes – ‘vencem’ no mercado os mais competentes – porém, desde que esta ‘luta’ não venha a por em risco sua própria estrutura (e, neste sentido, o capitalismo é um ‘jogo’, um conflito que tem como regra primordial a preservação dos adversários, pois, exterminados estes, desaparece a possibilidade de jogar). Por isso, é que são reprimidas aquelas vantagens sobre concorrentes alcançadas por meios contrários aos princípios de funcionamento do mercado. Deste modo, as normas sobre concorrência – as que se ocupam com a proteção da liberdade, isto é, as antitruste, bem como aquelas que têm por objeto a qualidade da concorrência, isto é, as de repressão à concorrência desleal – ao preservarem as estruturas do mercado funcionam como viabilizadoras do capitalismo” (GRAU-KUNTZ, 2016, p. 22).

¹⁵“Os princípios constitucionais da livre-iniciativa e livre-concorrência (art. 170, inciso IV, da CF) devem ser privilegiados como estrutura fundamental da ordem econômica brasileira, com vistas a assegurar aos particulares a excelência da produção e circulação dos seus bens e serviços. Nesse sentido, nosso ordenamento constitucional aprova e estimula a concorrência de mercado e a competição entre os entes privados” (CARVALHO, 2013, p. 38).

¹⁶“A liberdade de iniciativa ou de indústria representa um desdobramento do princípio da liberdade contido na Constituição da República de 1988 e protegido como uma garantia fundamental do cidadão. O próprio artigo 1º do texto constitucional a coloca nessa condição principiológica ao afirmar que a liberdade de iniciativa se constitui fundamento do Estado Democrático de Direito. Revestidas dessas condições, as liberdades, de modo genérico, constituem no plano jurídico-objetivo normas de competência negativa para o poder público, no sentido de impedir a prática de atos que contrariem tais fundamentos sem que exista motivação adequada para garantia da ordem social e econômica” (FERNANDES; SCHMIDT; MAYER, 2014, p. 5).

A livre concorrência se desdobra em dois aspectos: a repressão à concorrência desleal e a defesa da concorrência (ou da ordem econômica) propriamente dita. Apesar da semelhança dos termos, conceitualmente são situações distintas, cada qual com tratamento jurídico próprio.

A concorrência desleal é um comportamento fraudulento destinado a desviar ilicitamente a clientela alheia¹⁷. Tipicamente se caracteriza como uma trapaça, contrária às práticas leais de competição que todos os ofertantes devem observar no mercado¹⁸. A concorrência desleal se divide em específica e genérica. No primeiro caso, a legislação lista cada tipo de comportamento e os considera crimes. No segundo, não há tratamento penal, mas são atos passíveis de responsabilização patrimonial na esfera civil pelos prejuízos causados. Na Lei 9.279/96, as duas hipóteses são tratadas, respectivamente, nos artigos 195 e 209¹⁹.

¹⁷“Sob a denominação genérica de *concorrência desleal*, costumam os autores reunir uma grande variedade de atos contrários às boas normas da concorrência comercial, praticados, geralmente, com o intuito de desviar, de modo direto ou indireto, em proveito do agente, a clientela de um ou mais concorrentes, e suscetíveis de lhes causar prejuízos” (GAMA CERQUEIRA, 2010, p. 277).

¹⁸“Quando essa luta se desenvolve normalmente, empregando os concorrentes as suas próprias forças econômicas e os seus recursos e meios pessoais para formar a sua clientela, ainda que prejudiquem os negócios de seus competidores, a concorrência considera-se lícita, não havendo lugar para a intervenção da lei. Somente quando os concorrentes em luta se desviam desse terreno, lançando mão de meios irregulares e condenáveis, usando expedientes desleais ou desonestos, é que se torna necessária a intervenção legal para restabelecer o equilíbrio de interesses rompido pela ação reprovável do concorrente inescrupuloso” (GAMA CERQUEIRA, 2010, p. 278).

¹⁹ Lei 9.279/96

Art. 195. Comete crime de concorrência desleal quem:

- I - publica, por qualquer meio, falsa afirmação, em detrimento de concorrente, com o fim de obter vantagem;
- II - presta ou divulga, acerca de concorrente, falsa informação, com o fim de obter vantagem;
- III - emprega meio fraudulento, para desviar, em proveito próprio ou alheio, clientela de outrem;
- IV - usa expressão ou sinal de propaganda alheios, ou os imita, de modo a criar confusão entre os produtos ou estabelecimentos;
- V - usa, indevidamente, nome comercial, título de estabelecimento ou insígnia alheios ou vende, expõe ou oferece à venda ou tem em estoque produto com essas referências;
- VI - substitui, pelo seu próprio nome ou razão social, em produto de outrem, o nome ou razão social deste, sem o seu consentimento;
- VII - atribui-se, como meio de propaganda, recompensa ou distinção que não obteve;
- VIII - vende ou expõe ou oferece à venda, em recipiente ou invólucro de outrem, produto adulterado ou falsificado, ou dele se utiliza para negociar com produto da mesma espécie, embora não adulterado ou falsificado, se o fato não constituir crime mais grave;
- IX - dá ou promete dinheiro ou outra utilidade a empregado de concorrente, para que o empregado, faltando ao dever do emprego, lhe proporcione vantagem;
- X - recebe dinheiro ou outra utilidade, ou aceita promessa de paga ou recompensa, para, faltando ao dever de empregado, proporcionar vantagem a concorrente do empregador;
- XI - divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de conhecimentos, informações ou dados confidenciais, utilizáveis na indústria, comércio ou prestação de serviços, excluídos aqueles que sejam de conhecimento público ou que sejam evidentes para um técnico no assunto, a que teve acesso mediante relação contratual ou empregatícia, mesmo após o término do contrato;
- XII - divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de conhecimentos ou informações a que se refere o inciso anterior, obtidos por meios ilícitos ou a que teve acesso mediante fraude; ou
- XIII - vende, expõe ou oferece à venda produto, declarando ser objeto de patente depositada, ou concedida, ou de desenho industrial registrado, que não o seja, ou menciona-o, em anúncio ou papel comercial, como depositado ou patenteado, ou registrado, sem o ser;
- XIV - divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de resultados de testes ou outros dados não divulgados, cuja elaboração envolva esforço considerável e que tenham sido apresentados a entidades governamentais como condição para aprovar a comercialização de produtos.

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

[...]

A repressão à concorrência desleal tem como objetivo direto o respeito a um padrão leal de competição como forma de proteção ao *concorrente*, na medida em que busca resguardá-lo em relação à manutenção de sua clientela²⁰⁻²¹. Eventuais adversários podem até captar tais consumidores, desde que por meios leais e em função de maior eficiência na oferta²². Mas não podem atraí-los com base em trapaças, como já indicado, sendo tal comportamento considerado fora do padrão esperado no mercado²³.

Já na defesa da concorrência propriamente dita, a perspectiva é mais abrangente. Enquanto as normas de repressão à concorrência desleal focam especialmente no interesse individual do concorrente cuja clientela é objeto do desvio²⁴, a defesa da concorrência se estrutura em uma abordagem mais ampla. Neste caso, o que se protege não é o direito à clientela ou a um padrão esperado de competição leal, mas sim uma preservação de uma dinâmica geral de concorrência enquanto instrumento relevante para o bom funcionamento da economia²⁵. O fundamento para essa tutela é a percepção que a existência de concorrência é importante para que agentes de mercado busquem reduzir seus preços, melhorar a qualidade da sua oferta e tentem gerar inovações, na medida em que esses elementos tenham peso na disputa para ganhar a preferência do demandante²⁶. Não se trata, portanto, de proteção do concorrente, mas sim da

Art. 209. Fica ressalvado ao prejudicado o direito de haver perdas e danos em ressarcimento de prejuízos causados por atos de violação de direitos de propriedade industrial e atos de concorrência desleal não previstos nesta Lei, tendentes a prejudicar a reputação ou os negócios alheios, a criar confusão entre estabelecimentos comerciais, industriais ou prestadores de serviço, ou entre os produtos e serviços postos no comércio.

²⁰“Nas economias de mercado, para fomentar a geração de riquezas, a liberdade de competição permite às empresas criar e manter um adequado processo de comunicação, com vistas a melhor divulgar os bens e serviços que oferecem, de forma a tornarem-se conhecidas do público consumidor e, fundamentalmente, distinguirem-se na concorrência. Para tanto, a empresa depende da aquisição e da manutenção de uma clientela e da apropriação de fluxos que tornem estáveis ou crescentes o consumo de produtos ou serviços que expõe à venda” (MOTTA, 2018, p. 266).

²¹Não se pode ignorar, entretanto, que certas formas de concorrência desleal também implicam em desrespeito aos direitos do consumidor, sobretudo quando o concorrente engana os consumidores para atingir seu intuito. Nesse sentido, o artigo 4º, VI do Código de Defesa do Consumidor indica expressamente que os atos de concorrência desleal que possam causar prejuízos aos consumidores devem ser reprimidos, sendo este um princípio da Política Nacional das Relações de Consumo. Logo, é possível, no caso concreto, que as medidas de repressão à concorrência desleal também se prestem a proteger os consumidores.

²²“Isso porque a base da licitude da concorrência é a erosão dos interesses alheios através da eficiência própria. Assim, o dano causado no concorrente, voluntariamente, é um *dolus bonus*, que aproveita a sociedade. Que vença o melhor, mesmo perdendo, e perecendo, os ineficientes” (BARBOSA, 2012, p. 25).

²³“Os termos da concorrência – mais aguerrida, cavalheiresca, colaborativa, brutal – são fatores essenciais para definição da escolha do campo de investimento. Cada competidor, ao escolher vender vestuário – e não defensivos agrícolas – desenvolve uma expectativa razoável de receita futura levando em conta não só a demanda e os preços, mas também o padrão de comportamento que seus concorrentes vêm praticando usualmente. [...] O parâmetro legal, assim, é a expectativa objetiva de um *standard* de competição num mercado determinado, o qual fixa o risco esperado de fricção concorrencial” (BARBOSA, 2012, p. 22 e 26).

²⁴Feita a ressalva de eventual proteção também aos consumidores dependendo do caso concreto, como já apontado.

²⁵“As imperfeições do liberalismo, expressas nos comportamentos desleais e na criação de monopólios que punham em risco a própria existência da concorrência, nas crises econômicas e na incapacidade de autorregulamentação dos mercados, obrigaram o Estado a interferir na ordem econômica criando regras que garantissem a própria existência da concorrência. Em outras palavras: criando regras que garantissem a própria existência do mercado capitalista. As regras que regulam a concorrência despontam, neste momento, com a finalidade precípua de organização do mercado; são, assim, um instrumento de garantia do mercado capitalista” (GRAU-KUNTZ, 2016, p. 18).

²⁶“A concorrência tem como pressuposto básico a competição agressiva, mas leal, entre os concorrentes, ou seja, aquele que cria uma tecnologia superior, um produto com melhor qualidade e menor preço que seja capaz de alijar o outro do mercado, o deve fazer obedecendo aos regulamentos concorrenciais. Em outras palavras, a concorrência é livre até o momento em que suas práticas não ponham em cheque a sua própria estrutura” (CESÁRIO, TAVARES e CORREIA, 2014, p. 52).

concorrência enquanto mecanismo de funcionamento do mercado²⁷. A preocupação é assegurar o bom funcionamento do sistema econômico, direito esse de toda a coletividade. Logicamente, isso transcende o mero interesse individual de um concorrente e foca um tipo de proteção de ordem macro jurídica.

Nesse sentido, nota-se que essa vertente da livre concorrência possui forte relação com o artigo 173, § 4º da CR/88, que prevê a repressão ao abuso de poder econômico destinado à eliminação da concorrência, aumento arbitrário dos lucros e domínio do mercado, uma vez que tal dispositivo também busca a preservação do bom funcionamento da economia. Os atos que possam atrapalhar essa dinâmica serão coibidos pela autoridade de defesa da concorrência, como será explicado mais adiante.

Apesar da distinção entre repressão à concorrência desleal e defesa da concorrência, vale destacar que tais institutos não são antagônicos, inclusive no que diz respeito aos interesses protegidos. É possível considerar que a defesa da concorrência tutele indiretamente o concorrente em certos casos, desde que a proteção deste seja um meio necessário para assegurar o bom funcionamento do sistema econômico. Essa hipótese poderia ser ilustrada com a proibição legal de abuso de posição dominante por parte de um agente no mercado, quando tenta valer-se exclusivamente de sua estrutura e poderio financeiro para excluir os adversários mais fracos. Nesse sentido, os agentes de menor porte serão protegidos para que a dinâmica de concorrência não seja aniquilada. O objetivo principal é assegurar que haja competição, mas é inegável que, nesse exemplo, a medida atende também a interesses dos concorrentes mais frágeis.

Na mesma linha, se determinado ato de concorrência desleal for capaz de gerar efeitos concretos ou potenciais que afetem o funcionamento do mercado, transcendendo o interesse de determinado competidor que tem sua clientela ameaçada, essa situação estará também sujeita às normas de defesa da concorrência. Isso reforça a percepção que os dois institutos – repressão à concorrência desleal e defesa da concorrência – podem interagir, apesar de não se confundirem²⁸.

Ainda em relação à defesa da concorrência, é preciso ter ciência que tal proteção não pode ser tratada em termos absolutos. Conforme a situação, é possível observar que

²⁷No caso *Brown Shoe*, julgado pela Suprema Corte norte-americana em 1962, há a referência expressa à frase “It is competition, not competitors, which the Act protects”. No Brasil, é possível destacar o trecho do voto da conselheira Lúcia Helena Salgado e Silva, no Ato de Concentração 83/96 (Antártica Paulista Indústria de Bebidas e Conexos e Anheuser-Bush Internacional Inc): “Não há porque se iludir. **Da perspectiva privada, do agente econômico atuante no mercado, a concorrência é uma fonte de aborrecimento e pressão.** O sonho de toda empresa é tornar-se monopolista e conquistar uma vida tranquila e não seria racional se não fosse dessa maneira. **O motor do capitalismo é a inovação, que nada mais é que a obstinação em levar ao mercado algo novo, exclusivo, vale dizer, ter seu monopólio, ao menos por algum tempo. É justamente o empenho de se tornar monopolista - auferir lucro econômico ou supranormal - o que sustenta a dinâmica concorrencial.** A concorrência é um valor, um bem, da perspectiva pública, da sociedade, não da perspectiva privada. Por isso a necessidade de uma política de Estado de defesa da concorrência”. (grifos nossos)

²⁸“A concorrência desleal envolve apenas os interesses entre os entes particulares concorrentes sendo que as consequências e as lesões produzidas por este ato ilícito prejudicam apenas o concorrente que é vítima desta prática indevida, não afetando as estruturas da economia e do mercado. [...] A concorrência ilícita por infração à ordem econômica compromete as estruturas do livre mercado, afetando as empresas concorrentes, e prejudicando todo o mercado consumidor de determinado produto ou serviço; esta prática ilícita é reprimida administrativamente pelo Conselho Administrativo de Direito Econômico – CADE” (CARVALHO, 2013, p.40 e 46).

determinadas restrições concorrenciais podem gerar um saldo positivo, considerando eventuais eficiências promovidas inclusive por meio da redução da competição.

Isso posto, cabe agora verificar como a legislação brasileira trata a matéria, destacando especialmente as competências do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE nesse âmbito.

3.2 CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE

O CADE existe desde a década de 1960, criado como um órgão do Ministério da Justiça. Porém, a Lei 8.884/94 alterou sua natureza jurídica, que passou a ser de autarquia²⁹, visando dar-lhe atuação mais efetiva e autonomia. Isso ocorreu especialmente em função do tratamento dado pela Constituição da República de 1988 às questões econômicas. O Poder Público, até então com grande atuação empresarial direta, passou a ter um novo papel no mercado. Em função do próprio texto constitucional, deixa de atuar como empresário em diversos campos e passa a agir preponderantemente por meio de intervenções indiretas, sobretudo como agente regulador e normativo da economia, conforme artigo 174 da CR/88³⁰. Esse novo contexto demandou a existência de uma entidade de defesa da concorrência mais estruturada e atuante, motivando a edição da Lei 8.884/94, que foi posteriormente substituída pela Lei 12.529/11.

O principal órgão do CADE é o Tribunal Administrativo, composto por sete membros de notório saber jurídico ou econômico e reputação ilibada. A aplicação da Lei 12.529/11 sobre fatos eminentemente econômicos justifica a existência dessa estrutura mista em relação aos conhecimentos dos seus integrantes. A função do Tribunal³¹ é primordialmente fazer o julgamento dos casos analisados pelo CADE.

Outros órgãos relevantes do Conselho são a Superintendência-Geral e o Departamento de Estudos Econômicos. Ao primeiro cabe sobretudo o trabalho de investigação e instrução dos processos administrativos, enquanto ao segundo incumbe a elaboração de estudos e pareceres econômicos.

Em relação à matéria a ser analisada pelo CADE, a Lei 12.529/11 define duas vertentes de atuação: preventiva e repressiva. No primeiro caso, o foco é nas estruturas de mercado, cabendo ao Conselho impedir a ocorrência de concentrações empresariais que criem ou

²⁹“A Lei 8.884/94 transformou o CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) em autarquia, com a finalidade de lhe conferir maior autonomia. Conforme prevê expressamente em seu art. 1º, visa não apenas a repressão às infrações contra a Ordem Econômica, como também a prevenção, estabelecendo dessa forma uma garantia mais ampla à liberdade de concorrência. E o parágrafo único define a titularidade dos bens jurídicos definidos pela lei. A coletividade é a titular desses bens jurídicos protegidos pela lei, prestigiando, assim, todos os integrantes do mercado” (SOUSA, 2008, p. 120).

³⁰O artigo 173 da CR/88 estabelece inclusive que o Estado somente poderá exercer diretamente atividade econômica de produção de bens e serviços em caráter excepcional, em casos necessários ao atendimento de imperativos de segurança nacional ou de relevante interesse coletivo, além de situações concretas listadas na própria Constituição. Nas demais hipóteses, cabe somente ao particular o exercício de atividade econômica.

³¹Apesar do nome, o órgão não faz parte do Poder Judiciário, mas sim do Poder Executivo Federal.

intensifiquem um poder econômico, eliminem parte substancial da concorrência ou que possam resultar na dominação de mercado³².

Logo, o caráter de atuação é preventivo para evitar operações que possam aumentar as chances de comportamentos lesivos ao funcionamento do mercado, dada a força econômica que pode surgir desses atos. Já a vertente repressiva se dedica a analisar comportamentos dos agentes, punindo condutas que possam, elas mesmas, gerar efeitos lesivos à ordem econômica. Na Lei 12.529/11, tais formas de atuação são denominadas respectivamente de atos de concentração e infrações contra a ordem econômica.

As condutas ou infrações contra a ordem econômica são entendidas como práticas que afetam o bom funcionamento do mercado, podendo gerar danos potenciais ou concretos a este³³. Ao reprimir tais condutas, o Direito busca tutelar toda a coletividade³⁴, considerando que todos têm direito ao funcionamento adequado da economia, de modo a gerar resultados benéficos para a sociedade. A atuação estatal na defesa da concorrência aqui é focada no comportamento dos agentes, e não na alteração nas estruturas de mercados.

O artigo 36 da Lei 12.529/11 aponta quais efeitos uma conduta deve gerar (ou ter o potencial de gerar) para ser considerada ilícita do ponto de vista concorrencial³⁵⁻³⁶. Deve-se

³²A Lei 12.529/11 determina que devem ser submetidos à aprovação prévia do CADE as operações que envolvam ao menos um agente com faturamento igual ou superior a R\$750.000.000,00 e também outro que tenha ao menos R\$75.000.000,00, valores definidos em 2012 por portaria conjunta dos Ministros da Fazenda e da Justiça.

³³“Já as condutas anticompetitivas podem ser divididas em condutas anticompetitivas horizontais e verticais. As condutas anticompetitivas horizontais incluem a fixação de preços predatórios; os cartéis para determinação de preços, quotas de produção e/ou divisão territorial; e outros acordos entre empresas, principalmente voltados para esforços conjuntos temporários para aumento da eficiência produtiva ou tecnológica. No caso do licenciamento de patentes, algumas cláusulas podem ajudar na divisão de mercado e territórios, além de que, certos tipos de licenciamento, como é o caso do licenciamento cruzado, podem significar tentativas de cartelização. [...] Já as condutas anticompetitivas verticais são aquelas que afetam os mercados à montante ou à jusante da cadeia. Nesses casos, as firmas detentoras de poder de mercado tentam impor às demais firmas da cadeia ou ao usuário final, determinadas restrições sobre o funcionamento do mercado, que podem prejudicar a concorrência, tais como a elevação de barreiras à entrada, aumento de custos, ou aumento de poder de mercado de fornecedores, ofertantes ou distribuidores (MUELLER, 1996). Algumas condutas anticompetitivas verticais são: (i) a fixação do preço de revenda (“*resale price maintenance*”), no qual uma firma produtora estabelece os preços a serem praticados na venda final pelos distribuidores ou revendedores de seus produtos; (ii) Restrições de áreas de atuação, que ocorre quando uma firma limita a área de atuação geográfica ou a carteira de clientes dos seus revendedores e distribuidores; (iii) Acordos de exclusividade, pelos quais duas empresas, em uma relação vertical, acordam contratualmente a realizar suas transações de forma exclusiva; (iv) Venda casada (“*tying*”), quando uma empresa vende a outra firma ou ao consumidor final um conjunto de produtos ou serviços sem que seja possível sua comercialização de forma separada; (v) Recusa de Negociação (“*refusal to deal*”), quando uma empresa se recusa a vender ou comprar um produto ou serviço de outra empresa em condições normais de mercado; e (vi) Discriminação de preços, que consiste na cobrança de preços diferentes para clientes diferentes” (PINTO, 2009, p. 66 e 67).

³⁴ Lei 12.529/11

Art. 1º Esta Lei estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.

Parágrafo único. A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei.

³⁵ O *caput* dessa norma tem redação idêntica ao antigo artigo 20 da Lei 8.884/94.

³⁶ Lei 12.529/11

Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:
I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

destacar que não é exigida a ocorrência cumulada de todos esses efeitos, bastando apenas um deles para configuração da infração. No âmbito do CADE, esse tipo de prática ilícita pode acarretar na aplicação de sanções administrativas, sendo a mais comum a imposição de multa de 0,1% a 20% do faturamento do infrator no ramo de atividade econômica afetada. A intenção do agente não é levada em conta para configuração da conduta, mas tem peso na definição das penalidades, conforme artigo 45 da Lei 12.529/11.

Nesse sentido, deve-se destacar que o legislador nacional não adotou uma tipicidade estrita quanto à análise das condutas em espécie previstas na Lei 12.529/11, no sentido de ser considerado ilícito apenas o comportamento expressamente descrito na norma ou que certa situação seja sempre tida como ilegal, independente do poder econômico de quem a praticou e do contexto do ato³⁷. Como indicado, está explícito na legislação que será considerada infração apenas aquilo que implicar nos efeitos vedados, de forma potencial ou concreta, mesmo nos casos de condutas mencionadas expressamente na Lei 12.529/11³⁸. Dessa forma, fica claro que o CADE deve analisar o contexto e os mercados envolvidos para julgar se uma conduta é ilícita ou não, tendo em vista os efeitos previstos nos incisos do artigo 36.

O primeiro inciso refere-se a “limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa”. Tendo em vista a regra da razão, pode-se concluir que a conduta será ilícita, nesse caso, se a restrição for efetivada de forma desarrazoada. Caso a limitação à concorrência seja oriunda de uma vantagem competitiva legítima detida pelo agente, não haverá ilícito algum³⁹.

Em relação ao inciso II, “dominar mercado relevante de bens ou serviços”, devemos destacar o conteúdo do §1º desse mesmo artigo: a conquista resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza esse ilícito.

Já o inciso III do artigo 36 fala em “aumentar arbitrariamente os lucros”. Trata-se de um dispositivo de difícil aplicação isolado dos outros efeitos, considerando especialmente que a CR/88 estabeleceu que a liberdade de iniciativa e concorrência são as regras no mercado, devendo os preços serem formados pela dinâmica de competição entre os agentes. Logo, qualquer intervenção estatal nesse âmbito deve ser vista como exceção. Porém, se via de regra os preços são estabelecidos de forma livre (devendo o agente arcar com as consequências econômicas de sua decisão nesse sentido), não há um parâmetro do que seria um lucro “justo”, inclusive porque os custos de cada ofertante podem variar. Sem a referência do que seria adequado, por consequência torna-se inviável avaliar o que seria indevido nesse campo. Assim, em tese, esse dispositivo se aplicaria somente em mercados sujeitos a controle de preço,

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros; e

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

³⁷“O direito da concorrência, por exemplo, apresenta soluções casuísticas: uma cláusula de exclusividade ou de não concorrência pode ser absolutamente lícita em determinado mercado relevante e em desconformidade com o direito em outra” (FALCONE, 2010, p. 10).

³⁸Nesse sentido, o § 3º do artigo 36 da Lei 12.529/11 apresenta uma lista de condutas, mas faz ressalva expressa no sentido que somente serão consideradas infrações “na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos”, fazendo aqui referência à previsão dos efeitos concretos ou potenciais.

³⁹“Assim, qualquer ato praticado por um agente econômico, individualmente, ainda que não seja detentor de posição dominante no mercado, poderá ser considerado ilícito se, de algum modo, prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa em prática dissociada de sua vantagem competitiva” (FORGIONI, 2005, p. 275).

situações essas excepcionais no Brasil. Não sendo esse o caso, o aumento arbitrário de lucros, quando observado, tipicamente se apresenta junto com algum dos outros efeitos previstos no artigo 36.

Por fim, o inciso IV indica como efeito proibido “exercer de forma abusiva posição dominante”. Essa norma deixa claro que a legislação nacional não proíbe a existência de posição dominante em absoluto, mas sim seu abuso⁴⁰⁻⁴¹. Entretanto, a definição e a configuração desse abuso no caso concreto não são tarefas necessariamente simples⁴².

A etimologia da palavra, considerada sua origem no Latim, remete à noção de “desvio de uso”⁴³. Assim sendo, o abuso seria, a princípio, uma situação na qual o uso regular que se espera daquele direito é desviado pelo titular para outra direção⁴⁴. Uma referência que poderia ser utilizada para definir qual seria esse “uso regular” reside na finalidade econômica ou social do direito⁴⁵.

No caso dos sinais distintivos, tais finalidades parecem estar indicadas no artigo 5º, XXIX da Constituição. Os direitos seriam conferidos na busca do desenvolvimento econômico e tecnológico do país, para atender ao interesse social. Logo, o exercício daquele tipo de direito, de modo a desviar desses objetivos, configuraria o abuso.

Deve-se ressaltar, entretanto, que o artigo 36, IV da Lei 12.529/11 não fala apenas em “abuso”, mas sim “abuso de posição dominante”. Assim, para que a lei de defesa da concorrência possa agir sobre uma situação que envolva um direito de Propriedade Intelectual, este deve conceder ao seu titular um real poder econômico, capaz de influenciar no preço e na

⁴⁰“A Constituição Federal vigente estabelece a diretriz de que ‘a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação de mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros’. Vê-se, portanto, que o poder econômico é tido como um dado estrutural da própria ordem econômica, a qual incrimina somente o abuso, deixando espaço para o exercício de tal poder de forma regular, desde que observados os ditames dessa mesma ordem econômica” (BRUNA, 2001, p. 129).

⁴¹“Se, entre nós, a posição dominante não é vedada em si, como coloca o §1º do art. 20, por óbvio, nem todo o ato praticado por uma empresa em posição dominante será considerado ilícito pela Lei Antitruste. Entretanto, a linha que separa o abuso de posição dominante de seu exercício normal é muito tênue, e não há notícias na lei de seu traço, podendo ser vivificada somente se considerados os efeitos anticoncorrenciais da prática analisada. O parâmetro que devemos colocar, então, toca ao ditame constitucional da proteção à livre iniciativa e à livre concorrência. Todo abuso de posição dominante implica restrição à livre iniciativa e à livre concorrência, salvo o caso de aumento arbitrário de lucros. Em resumo: só podemos dizer que um agente econômico abusou da posição dominante que detinha se prejudicou a livre concorrência ou a livre iniciativa ou aumentou arbitrariamente seus lucros. Caso contrário, trata-se de um ato que não há de ser sancionado pela Lei Antitruste” (FORGIONI, 2005, p. 276 a 277).

⁴²Sobre a configuração desse tipo de abuso, ver: MELO, 2011.

⁴³“O verbo abusar deriva do latim *abutere*, cujo sentido é o de ‘gastar com o uso; usar até o fim’ e bem ainda o de ‘fazer mau uso de; desviar do uso que deveria fazer-se’. No idioma português, naquilo que concerne à matéria em estudo, o sentido do termo não diverge: abusar significa ‘usar mal de (alguma coisa); exorbitar’ e também ‘causar dano’” (BRUNA, 2001, p. 170 e 171).

⁴⁴ Denis Borges Barbosa aponta que a prática dos direitos com excesso de poder também configuraria um abuso: “Abusa de um direito quem o usa, para começar, além dos limites do poder jurídico. Se a patente dá exclusividade para um número de atos e o titular tenta, ao abrigo do direito, impor a terceiros restrições a que não faz jus, tem-se o exemplo primário do direito. Em resumo, o titular que desempenha uma atividade que ostensivamente envolve uma patente, mas fora do escopo da concessão, está em abuso de patente” (BARBOSA, 2003, p. 507).

⁴⁵O art. 187 do Código Civil inclusive indica que “comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

oferta, e não um monopólio meramente jurídico⁴⁶. Caso contrário, não haveria posição dominante de que se pudesse abusar.

Detalhada a forma de configuração dos ilícitos concorrenciais, deve-se ressaltar que a Propriedade Intelectual não se encontra imune ao cumprimento das regras de proteção à concorrência⁴⁷⁻⁴⁸⁻⁴⁹. Não é diferente em relação às IGs, já havendo inclusive reconhecimento expresso nesse sentido em normativas europeias⁵⁰⁻⁵¹. Portanto, cabe agora avaliar se a

⁴⁶Aqui a questão da substituíbilidade é especialmente relevante. Considerando que a legislação de Propriedade Intelectual não protege ideias em abstrato, mas sim as formas e expressões que são efetivamente manifestadas pelo trabalho criativo, é perfeitamente possível haver produtos e serviços distintos que visem solucionar o mesmo tipo de demanda, ainda que por caminhos diversos. Nesse sentido, mesmo protegidos por algum direito de exclusividade, podem estar sujeitos a algum grau de concorrência face aos seus substitutos econômicos. Assim, não é possível presumir que qualquer direito de Propriedade Intelectual, seja ele qual for, automaticamente gera poder de mercado ao seu titular. É preciso analisar o caso concreto. O que há, em todas as situações envolvendo o tema, é um monopólio jurídico ou instrumental, em função da existência de uma exclusividade conferida por lei. Se ela implicará ou não em poder de mercado, dependerá das condições fáticas, especialmente o nível de substituíbilidade a que estiver sujeito.

⁴⁷“O Caso *Granding v. Consten* marca o primeiro entendimento relevante que o TJCE teve sobre o tema propriedade industrial. Neste caso específico, esboçava-se a distinção entre a existência e o exercício do direito de propriedade industrial. Segundo esta sentença, embora o direito comunitário não possa interferir na atribuição do direito de propriedade industrial, relacionando a sua existência, ele poderá controlar, com base nas normas de concorrência, o exercício desse direito, com o objetivo de impedir o abuso de direito por parte dos respectivos titulares, sem afetar o uso normal do direito” (BRUCH, 2008, p. 196).

⁴⁸“O setor talvez mais afetado pelo reconhecimento do caráter precipuamente concorrencial das regras sobre marcas e patentes é o da definição de ilícitos. Como a prática demonstra, o raciocínio concorrencial abre um enorme leque de configurações jurídicas que devem ser exploradas” (SALOMÃO FILHO, 2018, p. 466).

⁴⁹“A propriedade intelectual é expressão da liberdade econômica. Por isso não deveria ser surpresa que ela, quando corretamente estabelecida, protegida e utilizada, seja a essência das economias competitivas. A diferenciação é o alimento e a expressão da liberdade individual do ser humano. E é a propriedade intelectual que garante a expressão comercial dessa liberdade. Não há, portanto, um conflito inerente entre a propriedade intelectual e a livre-concorrência. Pelo contrário: esta não existe sem aquela” (CARVALHO, 2016, p. 286).

⁵⁰ Regulamento UE 1151/2012

(57) O papel dos agrupamentos deverá ser esclarecido e reconhecido. Os agrupamentos desempenham um papel essencial no processo de pedido de registo de denominações relativas a denominações de origem e indicações geográficas e a especialidades tradicionais garantidas, bem como na alteração dos cadernos de especificações e nos pedidos de cancelamento. Os agrupamentos podem igualmente desenvolver atividades relacionadas com a fiscalização da proteção efetiva das denominações registadas, atividades relacionadas com a conformidade da produção com o caderno de especificações dos produtos, atividades relacionadas com a informação e promoção das denominações registadas e, em geral, qualquer atividade destinada a melhorar o valor dessas denominações e a eficácia dos regimes de qualidade. Cumpre-lhes, além disso, proceder ao acompanhamento da posição dos produtos no mercado. **Não obstante, importa que estas atividades não facilitem nem provoquem situações anticoncorrenciais incompatíveis com os artigos 101 e 102. o do Tratado.** (grifos nossos). Regulamento EU 1308/2013.

(175) Sem prejuízo da regulação da oferta de alguns produtos, como queijo e presunto com uma denominação de origem protegida ou uma indicação geográfica protegida, ou vinho, que é regido por um conjunto específico de regras, deverá ser seguida uma abordagem especial no que respeita a determinadas atividades das organizações interprofissionais **desde que não possam dar origem a uma compartimentação dos mercados, prejudicar o bom funcionamento da OCM, distorcer ou eliminar a concorrência, conduzir à fixação de preços ou de quotas ou criar discriminações.** (grifos nossos)

⁵¹“Independently of its legal personality, public or private, the GI Boards are called to respect antitrust law. For instance, quality plans may not cover production or commercialization quotas or capacity of the Board to fix prices. To be useful for consumers and users, the legal treatment should be similar to the one granted to collective trademarks or certification trademarks” (CARRAU, 2012, p. 39). Tradução livre: “Independentemente de sua personalidade jurídica, pública ou privada, os Conselhos de IG devem respeitar a lei antitruste. Por exemplo, os planos de qualidade não podem cobrir cotas de produção ou comercialização ou capacidade do Conselho para

regulamentação do uso das indicações geográficas no Brasil poderia, de alguma forma, implicar ou favorecer a ocorrência de alguma infração dessa natureza.

4 EXIGÊNCIAS AOS PRODUTORES LOCAIS PARA USO DA IG E RESTRIÇÕES À CONCORRÊNCIA

Para análise desse ponto, inicialmente é interessante notar a existência de precedentes de intervenção das autoridades de defesa da concorrência em casos envolvendo IGs na Europa:

In fact, antitrust authorities have intervened with regard to a number of prominent GI products: the Italian Parma ham and San Daniele ham, the Italian Grana Padano, Parmigiano-Reggiano and Gorgonzola cheeses, and the French Cantal cheese (OECD, 2000). The anticompetitive behavior that was investigated concerned attempts by producer associations to control their supply through imposition of individual production quotas to their membership and through market share agreements between consortia (OECD, 2000). In all cases, after the antitrust intervention, production quota and market share agreements were abandoned, and competitive conditions were restored (MOSCHINI *et al.*, 2008, p. 798)⁵².

De fato, há inclusive estudo da União Europeia (CARRAU, 2012) que destaca uma série de ilícitos concorrenciais envolvendo entidades gestoras de indicações geográficas. Uma infração comum é a prática de definir cotas, limitar ou reduzir a oferta dos produtores locais para manter preços elevados artificialmente, observado junto às associações italianas dos presuntos de Parma e San Daniele, dos queijos Parmigiano-Reggiano, Grana Padano e Gorgonzola, além dos franceses responsáveis pelo queijo Cantal e espanhóis produtores de vinho Jerez. De um modo geral, as autoridades de defesa da concorrência consideram ilícitas medidas de limitação de produção se elas não se justificarem efetivamente pela melhoria da qualidade⁵³.

fixar preços. Para ser útil para consumidores e usuários, o tratamento legal deve ser semelhante ao concedido às marcas coletivas ou marcas registradas de certificação”.

⁵² Tradução livre: “De fato, as autoridades antitruste intervieram em relação a vários produtos importantes com IG: o presunto italiano Parma e o presunto San Daniele, os queijos italianos Grana Padano, Parmigiano-Reggiano e Gorgonzola e o queijo francês Cantal (OCDE, 2000). O comportamento anticoncorrencial investigado dizia respeito às tentativas das associações de produtores de controlar sua oferta por meio da imposição de cotas de produção individuais aos seus membros e de acordos de participação de mercado entre consórcios (OCDE, 2000). Em todos os casos, após a intervenção antitruste, os acordos de cota de produção e participação de mercado foram abandonados e as condições competitivas foram restauradas”.

⁵³ “In France, the Competition Authority has not validated the production plan of Cantal Cheese GI Board because the annual limit of production or the methods of allocation of offers were measures not needed to improve product quality. In a similar sense, concerning an agreement of the Conté Cheese GI Board that set a maximum of cuves per associate, the French Competition Authority decided that it was not compatible with competition law. In addition, the French Competition Authority has revised the “barème de séchage du maïs”, which was created by an Interbranch association and the production plan of Poultry Label limiting the access to the Label for newcomers by the way of stating non objective requirements to join the certification label” (CARRAU, 2012, p. 39). Tradução livre: “Na França, a Autoridade da Concorrência não validou o plano de produção do Conselho da IG do Queijo Cantal porque o limite anual de produção ou os métodos de alocação de ofertas não eram medidas necessárias para melhorar a qualidade do produto. Do mesmo modo, no que se refere a um acordo do Conselho da IG do Queijo Conti que estabeleceu um máximo de tanques por associado, a Autoridade Francesa da Concorrência decidiu que não era compatível com o direito da concorrência. Além disso, a Autoridade Francesa

No caso específico dos ofertantes do queijo Gorgonzola, além da redução de produção ainda havia discriminação de produtor não associado à entidade gestora da IG, que sofria a cobrança de taxas mais altas. Isso evidencia a existência de outras práticas anticompetitivas, o que pode ser também ilustrado pelos casos do azeite espanhol Garrigues (no qual a associação gestora da IG determinava a fixação de preços dos produtores), da carne da Irlanda (pagamentos a produtores para que se retirassem do mercado e se comprometessem a condições de não-concorrência dali em diante) e do vinho francês Cahors (imposição de preço mínimo).

Apesar de não haver, até o momento (meados de 2019), identificação concreta de problemas concorrenciais desse tipo envolvendo indicações geográficas no Brasil, há ao menos um julgado do CADE que possui certas similaridades com essa discussão. Trata-se da condenação sofrida pelo Escritório Central de Arrecadação e Distribuição de Direitos Autorais – ECAD⁵⁴. Embora não envolva IGs, a estruturação e funcionamento do ECAD foi objeto de questionamentos do ponto de vista concorrencial que poderiam, em tese, ocorrer em discussões envolvendo indicações geográficas.

O ECAD é uma associação sem fins lucrativos cujos membros são entidades representativas de titulares de direitos autorais musicais. O Escritório detém, em decorrência da Lei 9.610/98, poderes para realizar a cobrança e distribuição entre seus membros dos valores devidos pelas pessoas que realizam execuções públicas musicais:

Art. 68. Sem prévia e expressa autorização do autor ou titular, não poderão ser utilizadas obras teatrais, composições musicais ou lítero-musicais e fonogramas, em representações e execuções públicas.

[...]

§ 2º Considera-se execução pública a utilização de composições musicais ou lítero-musicais, mediante a participação de artistas, remunerados ou não, ou a utilização de fonogramas e obras audiovisuais, em locais de frequência coletiva, por quaisquer processos, inclusive a radiodifusão ou transmissão por qualquer modalidade, e a exibição cinematográfica.

§ 3º Consideram-se locais de frequência coletiva os teatros, cinemas, salões de baile ou concertos, boates, bares, clubes ou associações de qualquer natureza, lojas, estabelecimentos comerciais e industriais, estádios, circos, feiras, restaurantes, hotéis, motéis, clínicas, hospitais, órgãos públicos da administração direta ou indireta, fundacionais e estatais, meios de transporte de passageiros terrestre, marítimo, fluvial ou aéreo, ou onde quer que se representem, executem ou transmitam obras literárias, artísticas ou científicas.

§ 4º Previamente à realização da execução pública, o empresário deverá apresentar ao escritório central, previsto no art. 99, a comprovação dos recolhimentos relativos aos direitos autorais.

§ 5º Quando a remuneração depender da frequência do público, poderá o empresário, por convênio com o escritório central, pagar o preço após a realização da execução pública.

[...]

Art. 99. As associações manterão um único escritório central para a arrecadação e distribuição, em comum, dos direitos relativos à execução pública das obras musicais e lítero-musicais e de fonogramas, inclusive por meio da radiodifusão e transmissão por qualquer modalidade, e da exibição de obras audiovisuais.

§ 1º O escritório central organizado na forma prevista neste artigo não terá finalidade de lucro e será dirigido e administrado pelas associações que o integrem.

da Concorrência revisou o “barème de séchage du maïs”, criado por uma associação intermarcas e o plano de produção do gestor do selo para criação de aves, que limita o acesso ao rótulo para os novatos pela maneira de estabelecer requisitos não objetivos de adesão à etiqueta de certificação”.

⁵⁴ Processo Administrativo nº 08012.003745/2010-83.

§ 2º O escritório central e as associações a que se refere este Título atuarão em juízo e fora dele em seus próprios nomes como substitutos processuais dos titulares a eles vinculados.

§ 3º O recolhimento de quaisquer valores pelo escritório central somente se fará por depósito bancário.

§ 4º O escritório central poderá manter fiscais, aos quais é vedado receber do empresário numerário a qualquer título.

§ 5º A inobservância da norma do parágrafo anterior tornará o faltoso inabilitado à função de fiscal, sem prejuízo das sanções civis e penais cabíveis⁵⁵.

Contudo, a atuação do ECAD foi questionada junto ao CADE por diversas razões, tais como:

- a) Havia diferenciação de poder entre as associações filiadas ao ECAD, de modo que apenas algumas detinham poder de deliberação efetiva. Os critérios para que um membro do escritório pudesse exercer seu direito de voto nesse sentido eram atrelados a percentuais e valores mínimos de arrecadação que a associação obtivesse. Caso não alcançasse tais números, não teria direito de opinar sobre os critérios de arrecadação e distribuição, tendo seus interesses administrados pelo ECAD sem qualquer ingerência sobre isso. O CADE entendeu que essas disposições configuravam infração contra a livre iniciativa, na medida em que criavam barreiras à entrada que desestimulavam a criação de novas entidades de titulares de direitos autorais musicais (já que eventuais novas associações dificilmente alcançariam os critérios mínimos para ter direito a voto ou mesmo à filiação ao ECAD; assim, os titulares de direitos autorais tenderiam simplesmente a se filiar às instituições mais antigas e com poder de deliberação consolidado, mantendo a hegemonia destas dentro do ECAD).
- b) Em que pese a legislação conferir ao ECAD poder de cobrança e arrecadação, não havia previsão legal que autorizasse o tabelamento de preços. Porém, o ECAD e as associações com direito a voto deliberavam critérios uniformes de cobrança pelo uso das músicas em execuções públicas. O CADE considerou tal situação como formação de cartel.

Em função desses fatos, em março de 2013, o ECAD e as associações envolvidas sofreram multas aplicadas pelo CADE no valor total aproximado de R\$38.000.000,00 (trinta e oito milhões de reais). Pouco depois, em agosto, foi promulgada a Lei 12.853/13, que alterou sensivelmente as condições de funcionamento das entidades coletivas de direitos autorais e reduzindo drasticamente sua capacidade de autorregulação no exercício do seu poder de cobrança.

Interessante notar que os questionamentos que motivaram a condenação poderiam perfeitamente se aplicar a uma hipotética situação envolvendo uma IG, observadas as devidas adaptações ao caso concreto. Isso parece ressaltar a percepção de que, em tese, a concessão e exercício das indicações geográficas não estão imunes a problemas concorrenciais, tal qual ocorreu no caso da cobrança de direitos autorais musicais em execução pública e nos precedentes europeus. A partir disso, será útil para o desenvolvimento do tema a análise dos

⁵⁵ Redação do artigo 99 da Lei 9.610/98 vigente à época da atuação do ECAD que veio a ser questionada pelo CADE. O texto foi alterado posteriormente pela Lei 12.853/13, que modificou diversos pontos em sentido semelhante ao entendimento do julgamento do CADE.

estatutos das associações gestoras das indicações geográficas brasileiras, visando identificar eventuais cláusulas que possam se assemelhar aos casos relatados ou facilitar algum ilícito concorrencial. A leitura dos cadernos de especificações técnicas (antigos regulamentos de uso) dessas IGs aponta algumas questões relevantes nesse sentido.

4.1 OBRIGATORIEDADE DE FILIAÇÃO

A análise dos cadernos de especificações técnicas/regulamentos de uso das IGs registradas no Brasil mostra que boa parte desses documentos exige que o produtor seja obrigatoriamente filiado à entidade que promoveu o registro da IG junto ao INPI como condição necessária para uso do sinal⁵⁶.

Sobre isso, deve-se destacar que a pessoa jurídica responsável pelo registro o faz na qualidade de substituto processual⁵⁷. Isso significa que não tem o direito sobre o sinal distintivo, sendo apenas um representante da coletividade de produtores localizados na região vinculada à IG, que são os reais titulares da indicação geográfica. Logo, não pode tratá-la como se fosse um direito exclusivo apenas dos seus membros⁵⁸.

Ademais, a Constituição da República de 1988, nos incisos XVII e XX do seu artigo 5º, prevê expressamente a liberdade associativa como um direito fundamental, o que engloba a proibição de associação compulsória para qualquer fim⁵⁹. Nesse sentido, a imposição de filiação dessa natureza ou similar como condição para uso de um direito de essência coletiva, não apenas contraria o próprio conceito de indicação geográfica⁶⁰ como também configura prática inconstitucional.

⁵⁶ Vide MELO, 2019.

⁵⁷“Faz-se pertinente referir, aqui, que a substituição processual é a possibilidade de se pleitear, em nome próprio, direito alheio. Denota-se, a partir desta definição, que não obstante o INPI tenha concedido a legitimidade para solicitar o registro a associações, institutos ou pessoas jurídicas, a titularidade do direito continua sendo dos produtores ou prestadores estabelecidos no local. Neste sentido, infere-se que o direito dos titulares à indicação geográfica, independente do vínculo com a referida associação, deve ser respeitado, desde que preenchidos os requisitos legais” (LOCATELLI, 2008, p. 238).

⁵⁸Interessante notar que, em vários casos, o regulamento de uso indica que a pessoa jurídica que fez o registro é a “titular” da indicação geográfica. Alguns desses documentos chegam a fazer referência expressa ao sinal como se fosse uma “marca” de propriedade da entidade. Tais exemplos parecem evidenciar uma confusão conceitual em relação à real titularidade da indicação geográfica.

⁵⁹ CR/88

Art. 5º

XVII - é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar;

XX - ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado;

⁶⁰“Mas surge uma indagação: essa titularidade pertenceria a todos os membros da coletividade – todos os produtores e prestadores de serviço localizados dentro da região ou localidade – ou apenas àqueles que fazem parte da entidade representativa? No caso da IP, seria mais simples declarar que esta pertence a todos que se encontram estabelecidos na região delimitada, posto que se trata de um produto que se tornou conhecido sem qualquer outra exigência legal. Por outro lado, no caso da DO, a própria lei exige que se atenda requisitos de qualidade. Isso poderia se dar mediante um controle instituído a todos os residentes da região delimitada por meio da entidade representativa da coletividade ou, ainda, por uma certificação de terceira parte. O que parece não ser possível é privar alguém de um bem coletivo se esse atender a todas as exigências legais e regulamentares exigidas. Conclui-se que a titularidade da IG deve ser coletiva, ou seja, é um direito extensivo a todos os

Na jurisprudência nacional, o caso de maior repercussão referente à liberdade associativa diz respeito às associações de moradores que eram reconhecidas como condomínios de fato. Essa figura jurídica é bastante comum no Brasil, usada para regulamentar questões comuns a proprietários de lotes que, apesar de próximos e compartilharem serviços e estruturas, não são configurados legalmente como condomínios. Porém, historicamente, na prática atuam como se assim fossem, sobretudo em função da cobrança de rateio das despesas comuns.

Durante muito tempo, a jurisprudência considerou tal situação lícita, devendo todos os moradores, associados ou não, realizarem o pagamento dessas taxas. Porém, em 2011, o Superior Tribunal de Justiça mudou esse entendimento, no julgamento dos Recursos Especiais 1.280.871 e 1.439.163, ao entender que a cobrança estabelecida por uma associação somente poderia ser imposta àqueles que fossem a ela filiados⁶¹. Vale destacar a colocação do ministro Marco Buzzi nesse julgamento, ao afirmar que “há somente duas fontes de obrigações: a lei ou o contrato; e, no caso, permissa venia, não atuam qualquer dessas fontes”. No mesmo sentido, a exigência de filiação compulsória para uso da indicação geográfica não encontra previsão em alguma lei e não há, entre associação e pessoas que a ela não são filiadas, qualquer relação contratual ou similar que pudesse embasar a exigência. Na verdade, a Lei 9.279/96 aponta em sentido contrário, na medida em que o artigo 182 dessa norma indica expressamente que o uso da indicação geográfica cabe aos produtores e prestadores de serviço estabelecidos no local, não sendo feita qualquer referência a eventual necessidade de se filiar a qualquer entidade.

Na medida em que se entenda a IG como um instrumento potencialmente capaz de agregar valor aos produtores e favorecê-los em termos competitivos, a exclusão de produtores pelo critério de não filiação pode ser ainda questionada do ponto de vista concorrencial. Se tal situação for entendida como um dano injusto à reputação do ofertante impedido de usar a indicação geográfica, isso seria um ato de concorrência desleal, nos termos do artigo 209 da Lei 9.279/96. Caso essa limitação impacte a competição ao ponto de reduzir ou limitar a oferta geral, seria enquadrada como infração contra a ordem econômica, conforme Lei 12.529/11. Deve-se destacar que, em tese, nada impede que as duas hipóteses ocorram ao mesmo tempo, dependendo especialmente das consequências que a situação concreta possa gerar.

A IN 25/13 era omissa sobre o tema, mas a IN 95/18 trouxe disposição expressa no sentido de que o produtor não é obrigado a se vincular à entidade requerente da indicação geográfica para usar esse sinal distintivo⁶². Interessante notar que, mesmo antes da edição

produtores ou prestadores de serviço que estejam na área demarcada e que explorem o produto ou serviço objeto da indicação” (BRUCH e VIEIRA, 2018, p. 300).

⁶¹A questão ainda será julgada pelo Supremo Tribunal Federal, por meio da análise do Recurso Extraordinário 695911 e o tema de repercussão geral 492. Até agosto de 2019, não foi realizado o referido julgamento no STF. Nesse meio tempo, foi promulgada a Lei 13.465/17, que reconheceu que as atividades desenvolvidas pelas associações de proprietários de imóveis, titulares de direitos ou moradores em loteamentos ou empreendimentos assemelhados vinculam-se à atividade de administração de imóveis, sendo cabível o rateio de despesas entre todos os titulares dos imóveis, independente de filiação à pessoa jurídica. Considerando o conteúdo do julgamento do STJ, tal norma parece ser uma inovação no sentido de criar uma lei em sentido estrito que possa embasar esse tipo de cobrança.

⁶² IN 95/18

Art. 6º Poderão usar a Indicação Geográfica os produtores e prestadores de serviços estabelecidos no local, desde que cumpram as disposições do caderno de especificações técnicas e estejam sujeitos ao controle definido.

Parágrafo único. A ausência de vínculo do produtor ou do prestador de serviço com o substituto processual não configura óbice ao uso da Indicação Geográfica.

dessa norma, o INPI já havia passado a incorporar essa posição nas análises de registro de IGs. Isso pode ser percebido, por exemplo, em despacho feito nos autos do pedido BR402014000010-7 (Cacau de Tomé-Açu/PA), publicado na Revista de Propriedade Industrial 2480, de 17/07/2018:

Desta forma, constatamos que alguns dispositivos do mais recente Regulamento de Uso apresentado tem o potencial de infringir o disposto no *caput* do art. 182 da LPI, o qual estabelece que o “*uso da indicação geográfica é restrito aos produtores e prestadores de serviço estabelecidos no local*”, independente de serem filiados ou não à associação, não podendo, via de consequência, ser criado qualquer embaraço ou condição que possa ser impeditiva ao uso da IG por estes produtores, conforme preceitua a LPI.

É bastante relevante o reconhecimento expresso, por parte do INPI, que o uso da IG cabe a todos os produtores da região (respeitadas exigências de qualidade no caso das denominações de origem, conforme artigos 178 e 182 da Lei 9.279/96), independente de filiação. É fundamental que tal informação seja objeto de disseminação entre as entidades representativas locais, especialmente as que obtiveram registro de IG antes da IN 95/18, para que não haja manutenção de regras para uso da indicação geográfica que possam ser objeto de questionamento judicial.

4.2 REGULAÇÃO DA PRODUÇÃO EM FUNÇÃO DA DEMANDA

Outro ponto razoavelmente recorrente nos regulamentos de uso é a prerrogativa dada a um Conselho Gestor (ou órgão similar) para estabelecer normas destinadas a “regular a produção de forma harmônica com a demanda de mercado”. Como demonstrado especialmente pelos precedentes julgados na União Europeia, eventual limitação de produção por razões de qualidade não é considerado um problema concorrencial em si. Isso se fundamenta sobretudo pela aplicação da doutrina da regra da razão⁶³, que admite a existência de restrições concorrenciais mediante uma justificativa econômica. Um possível exemplo de situação aceita refere-se a regras usualmente adotadas em regiões produtoras de uvas ou vinhos. É bastante comum que regulamentos de uso referentes a esses casos determinem uma limitação referente à quantidade máxima de uvas que pode ser extraída por hectare. Isso pode ser observado no caso de localidades europeias (como Champagne e a região dos Vinhos Verdes, que estão registradas no Brasil) e também em relação a IGs brasileiras relacionadas com uvas ou vinho⁶⁴.

Nesses casos, é importante notar que, normalmente, os critérios de limitação são objetivos e não guardam relação direta com a demanda pelo produto, no sentido quantitativo. A questão é estabelecer uma regra fundamentada em aspectos de qualidade. Porém, eventual regulação da produção visando limitá-la em função da demanda, de modo a reduzir a oferta

⁶³“Pela regra da razão, somente são consideradas ilegais as práticas que restringem a concorrência *de forma não razoável* (que se subsumiram, por via de consequência, à regra da proibição *per se*). A *contrario sensu*, por óbvio, são permitidas as práticas que não impliquem restrição desarrazoada ao livre comércio” (FORGIONI, 2005, p. 207 a 208; grifos no original).

⁶⁴São exemplos nesse sentido os regulamentos de uso da Uva de Marialva – PR, Vale da Uva Goethe – SC, Vinho de Monte Belo – RS, Vinho do Vale dos Vinhedos - RS (DO), Vinho do Vale dos Vinhedos - RS (IP), Vinhos de Farroupilha – RS e Vinhos dos Altos Montes – RS, , conforme texto vigente em meados de 2018.

para forçar um preço mais alto, pode ser considerado um ilícito concorrencial. Aqui, vale reiterar mais uma vez a jurisprudência europeia, que aplicou penalidades a associações gestoras de indicações geográficas que se valeram de cotas ou outras medidas para limitar ou reduzir a oferta dos produtores locais para manter preços elevados artificialmente. Se a competência do Conselho Gestor for exercida nesse sentido, tal ato poderá ser questionado do ponto de vista legal.

4.3 COBRANÇA PELO USO DA IG OU PELOS PROCEDIMENTOS DE CERTIFICAÇÃO

Há um terceiro tema razoavelmente comum nos cadernos de especificações técnicas/regulamentos de uso, referente à cobrança pela autorização de uso da IG pelos produtores locais que passem por um processo de certificação. A exigência de pagamento nesse sentido é determinada para realização da auditoria sobre a produção ou para entrega de selos que contêm a IG e são colocados nas embalagens, por exemplo.

A princípio, esse tipo de cobrança, desde que diretamente relacionada à estruturação e funcionamento da indicação geográfica, não parece configurar qualquer infração do ponto de vista concorrencial. Isso porque uma das funções econômicas primordiais dos sinais distintivos é reduzir custos de procura dos consumidores. Para que isso ocorra, é preciso que este consiga identificar, por meio do sinal, o que esperar daquele produto. Nesse sentido, a definição de critérios relativos à qualidade da produção se mostra importante para que esse objetivo seja alcançado. Caso contrário, eventual heterogeneidade dos produtos apresentados sob o mesmo sinal impediria a economia dos custos de procura, uma vez que prejudicaria o aproveitamento das experiências anteriores pelo consumidor.

Além disso, se não houver processos de auditoria e instrumentos para sinalizar ao mercado a aprovação do produtor, aumentam os custos potenciais de monitoramento e as chances de ocorrência do carona (*free rider*). Isso poderia desestimular investimentos na medida em que esse produtor se aproveitaria gratuitamente de medidas custeadas pelos demais.

Tais questões justificam então a existência de processos de certificação e mecanismos de identificação para o público consumidor (como um selo). Porém, isso terá um custo, que alguém deve suportar⁶⁵. Logo, esses elementos, que são relevantes para a IG (especialmente a denominação de origem), precisam ser custeados de alguma forma, o que fundamenta essas cobranças do ponto de vista legal.

Porém, tais taxas não podem ter caráter excludente ou discriminatório. Se forem estabelecidas em patamares muito altos, apenas para dificultar a certificação de novos produtores, isso pode ser considerado uma restrição concorrencial indevida. No mesmo sentido, definir valores distintos para associados e não-associados também seria ilícito, sobretudo

⁶⁵Aqui vale lembrar a frase popularizada por Milton Friedman (1977), ganhador do Prêmio Nobel de Economia: “não há almoço grátis”. A fala significa que, para alguém conseguir algum bem econômico gratuitamente, outra pessoa deverá arcar com os custos para que isso ocorra.

porque, como já demonstrado, não é possível condicionar o uso da IG a uma filiação obrigatória à pessoa jurídica, de forma direta ou indireta.

Novamente, o despacho no pedido de registro do Cacau de Tomé-Açu/PA é ilustrativo quanto à incorporação dessas premissas nas análises do INPI:

A previsão de cobrança de taxas deve ser excluída ou substituída por referência quanto a custeio da execução dos controles da indicação de procedência, referentes a sua unidade de produção; [...] Ainda que seja lícito cobrar dos produtores avaliados para fins do uso da indicação de procedência os custos do respectivo controle, o estabelecimento de uma “taxa de utilização” genérica pode figurar como embaraço ao uso da IG, nos termos da parte inicial do art. 182 da LPI, em especial por ser definida pelo Conselho Regulador (órgão composto exclusivamente por associados à ACTA, caput do art. 9º do Regulamento) e não em uma assembleia de produtores (associados ou não) que fossem potenciais detentores do direito de uso da IG.

Contudo, deve-se destacar que esse posicionamento não exclui eventual questionamento em relação à exigência de procedimentos de controle de qualidade no caso de indicações de procedência, usualmente incorporados nos processos de certificação para uso da IG. Isso conflita com o conceito legal de IP, que não contém nenhuma exigência de ordem qualitativa na Lei 9.279/96. Logo, os fundamentos econômicos para a existência dos procedimentos de certificação parecem-nos muito relevantes para avaliar a sua licitude do ponto de vista da legislação concorrencial, mas não se pode ignorar que a exigência dos mecanismos de controle para indicações de procedência não está de acordo com a Lei de Propriedade Industrial⁶⁶.

4.4 CONFUSÃO EM RELAÇÃO À ESSÊNCIA DO DIREITO DE IG

Nota-se uma confusão conceitual por parte de algumas das entidades representativas em relação à essência da IG. Em vários casos, o regulamento de uso não deixa claro que o sinal pertence à toda a coletividade de produtores e não ao seu requerente. Há situações em que isso se mostra de forma explícita, como entidades que se dizem expressamente “titulares da IG” ou fazem referência a ela como se fosse uma marca⁶⁷.

Essa é uma questão potencialmente problemática. Na medida em que o requerente se posiciona expressamente como proprietário do sinal, tende a ter maior dificuldade em perceber as limitações legais aplicáveis na definição das regras de uso da IG, como a liberdade ou não de o produtor se associar e as demais questões concorrenciais. Isso parece indicar a importância de maior disseminação desse aspecto coletivo da indicação geográfica, o que pode ser feito não apenas pelo INPI, mas também pelas entidades que têm se mostrado relevantes na capacitação e articulação dos produtores, como o SEBRAE, o MAPA, a Empresa Brasileira de Pesquisa

⁶⁶A necessidade de revisão da Lei 9.279/96 nesse ponto já foi apontada em: MELO, 2019.

⁶⁷São exemplos nesse sentido os regulamentos de uso do Café do Pinhal – SP, Café do Cerrado - MG (DO), Camarão da Costa Negra – CE, Pedra Carijó – RJ, Pedra Cinza – RJ, Pedra Madeira – RJ e Vale da Uva Goethe – SC, conforme texto vigente em meados de 2018.

Agropecuária (EMBRAPA), o Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN), diversas Universidades, entre outros⁶⁸.

5 CONCLUSÕES

Na medida em que a indicação geográfica seja utilizada para identificar a origem de um produto/serviço, relacionando-o a uma região demarcada que tenha características determinantes para sua qualidade ou que seja famosa por ofertá-lo, esse sinal distintivo mostra-se altamente relevante, pois pode agregar valor aos produtores situados nessa localidade, que detém o direito exclusivo de uso da IG e se vinculam a essa qualidade/fama. Porém, apesar de ser um instrumento importante e vantajoso para os produtores da localidade identificada com a IG, o uso de tal mecanismo pelos brasileiros é ainda incipiente. Enquanto há milhares de indicações geográficas na União Europeia, em meados de 2019 o Brasil conta com apenas algumas dezenas de registros, o que é claramente incompatível com o potencial de uso desse sinal distintivo no país.

Além do desconhecimento a respeito da legislação e possibilidade de uso da IG pelos produtores, parece ser ainda menos clara a sua relação com a Defesa da Concorrência e que certos tipos de conduta podem ser considerados ilícitas nesse âmbito. Logo, o trabalho de disseminação das indicações geográficas deve ser acompanhado de uma conscientização sobre as questões concorrenciais, buscando uma postura preventiva em relação aos pontos potencialmente problemáticos aqui apontados.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Alberto Francisco Ribeiro de. **Denominação de origem e marca**. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Questões problemáticas em sede de indicações geográficas e denominações de origem no direito português. **Revista da ABPI**, São Paulo, n. 81, p. 59-68, 2006.

BARBOSA, Denis Borges. **Uma introdução à propriedade intelectual**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.

⁶⁸ “[O] cenário de desconhecimento e de ideias erradas na opinião pública é comum à Indicação Geográfica, às patentes, às marcas e a todos os outros direitos de Propriedade Industrial. Por isso, a pesquisa sobre divulgação destes temas pelos meios de comunicação poderia focar cada um destes outros direitos, verificando se os resultados são convergentes ou não com o que foi observado no caso desta pesquisa de Doutorado sobre a Indicação Geográfica no contexto brasileiro” (CHIMENTO, 2015, p. 146).

_____; PORTO, Patrícia Carvalho da Rocha e PRADO, Elaine Ribeiro do. **Generificação e marcas registradas**. 2006. Disponível em <<http://denisbarbosa.addr.com/generifica.pdf>> Acesso em: 04 dez. 2014.

_____. A concorrência desleal e sua vertente parasitária. **Revista da ABPI**, São Paulo, n. 116, p. 19-34, 2012.

BRUCH, Kelly Lissandra. As Indicações Geográficas no Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias. In: ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; MORAES, Rodrigo (coord.). **Propriedade Intelectual em Perspectiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 190-215.

_____; VIEIRA, Adriana Carvalho Pinto. O Sistema de Indicações Geográficas na Lei de Propriedade Industrial Brasileira. In: BAIOCCHI, Enzo e SICHEL, Ricardo Luiz (org.). **20 Anos da Lei de Propriedade Industrial (Lei n. 9.279/1996): estudos em homenagem ao Professor Denis Borges Barbosa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 290-308.

BRUNA, Sérgio Varella. **O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

CARRAU, Javier Guillem. **EU competition framework policy and agricultural agreements: collation and comparative analysis of significant decisions at national level**. Bruxelas (Bélgica): União Europeia, 2012. Disponível em <[www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/note/join/2012/474547/IPOL-AGRI_NT\(2012\)474547_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/note/join/2012/474547/IPOL-AGRI_NT(2012)474547_EN.pdf)>. Acesso em: 08 jul. 2018.

CARVALHO, Carlos Eduardo Neves de. Uma breve análise sobre a interface entre propriedade intelectual e direito da concorrência. **Revista da ABPI**, São Paulo, n. 124, p. 37-49, 2013.

CARVALHO, Nuno Pires de. A propriedade intelectual como fator de diferenciação e o papel fundamental que desempenha para assegurar a livre-concorrência. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 105, n. 968, p. 277-295, 2016.

CESÁRIO, Kone Prieto Fortunato, TAVARES, Laura Filgueiras e CORREIA, Livia de Souza. O aparente conflito entre a propriedade intelectual e a concorrência. **Revista da ABPI**, São Paulo, n. 133, p. 50-62, 2014.

CHIMENTO, Marcelo Rutowitsch. **Indicação geográfica na imprensa: cenário e desafios**. 2015. Tese (Doutorado em Propriedade Intelectual e Inovação). Academia de Propriedade Intelectual, Inovação e Desenvolvimento do Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI). Rio de Janeiro, 2015.

FALCONE, Bruno. O Direito da propriedade industrial e a economia à luz da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. **Revista da ABPI**, São Paulo, n. 108, p. 9-19, 2010.

FERNANDES, Almir Garcia; SCHMIDT, Lélío Denicoli; MAYER, Rogério. Marcas de alto renome e marcas notoriamente conhecidas à luz do princípio da livre concorrência. **Revista da ABPI**, São Paulo, n. 133, p. 5-14, 2014.

FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FRIEDMAN, Milton. **There's no such thing as a free lunch**. Chicago: Open Court Publishing Company, 1977.

GAMA CERQUEIRA, João da. **Tratado da propriedade industrial**. Vol. II, tomo II. Atualizado por Newton Silveira e Denis Borges Barbosa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GONÇALVES, Marcos Fabrício Welge. **Propriedade industrial e proteção dos nomes geográficos**. Curitiba: Juruá, 2007.

GRAU-KUNTZ, Karin. Da defesa da concorrência. **Revista da ABPI**, São Paulo, n. 145, p. 16-31, 2016.

INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL. **Relação dos cadernos de especificações de Indicações Geográficas**. Disponível em: <<http://www.inpi.gov.br/menu-servicos/indicacao-geografica/regulamento-de-uso-das-indicacoes-geograficas>>. Acesso em: 08 jul. 2018.

MELO, Renato Dolabella. **Patentes e desenhos industriais: instrumentos legais para coibir os abusos**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011.

_____. **Indicações geográficas e o direito da regulação e da concorrência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

MOSCHINI, Giancarlo, MENAPACE, Luisa e PICK, Daniel. Geographical indications and the competitive provision of quality in agricultural markets. **American Journal of Agricultural Economics**, Oxford, v. 90, n. 3, p. 794–812, 2008.

MOTTA, Fernando Previdi. **Da função distintiva do nome comercial**. 2018. Tese (Doutorado em Propriedade Intelectual e Inovação). Academia de Propriedade Intelectual, Inovação e Desenvolvimento do Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI). Rio de Janeiro, 2018.

PINTO, Kátia Regina do Valle Freitas. **Integração entre propriedade intelectual e defesa da concorrência: o licenciamento de patentes no Brasil**. 2009. Tese (Doutorado em Economia) – Instituto de Economia da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Rio de Janeiro, 2009.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito industrial, direito concorrencial e interesse público. *In*: BAIOCCHI, Enzo; SICHEL, Ricardo Luiz (org.). **20 Anos da Lei de Propriedade Industrial (Lei n. 9.279/1996): estudos em homenagem ao Professor Denis Borges Barbosa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 452-466.

SOUSA, Simone Letícia Severo e. **Regime jurídico da concorrência: as diferenças entre concorrência desleal e infração à ordem econômica**. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2008.

WIPO. **International Symposium on Geographical Indications**. Beijing: WIPO/State Administration for Industry and Commerce of the People's Republic of China, 2007.