
Justiça deve alertar para firma que quer fechar concorrente

Muito tem se falado acerca do instituto do *trade dress*, também conhecido como “conjunto-imagem” no Brasil. O conceito de *trade dress* é o de um conjunto de elementos que, sozinhos, são comuns e geralmente funcionais, mas, combinados, formam um conceito completo, distintivo, ou seja, uma marca “veja e sinta” (*look and feel trademark*). Um exemplo disso seria uma rede de perfumaria cuja característica principal seja a disposição peculiar na arrumação das prateleiras (elemento arquitetônico) e o odor de baunilha que exala quando entramos nas lojas (olfativo).

Importante ressaltar que a proteção para o *trade dress* não está tipificada na legislação brasileira, em que pese a doutrina pátria o venha estudando com afinco. Para se perseguir a proteção ao *trade dress* nos tribunais nacionais, é necessário fundamentar a ação na concorrência desleal, comprovando um dos ilícitos previstos no artigo 195 da Lei de Propriedade Intelectual. Neste artigo, estudaremos o exemplo do desvio fraudulento de clientela.

A hipótese, portanto, é de ação ordinária com pedido de antecipação de tutela, para que a concorrente se abstenha de importar/fabricar/comercializar/distribuir seu produto. Muitas vezes, é pedida diligência prévia de busca e apreensão na fábrica ou estabelecimento para contagem do estoque e obtenção de cópias dos documentos relacionados à comercialização/distribuição do referido produto.

Isso tudo com fundamento no fato de estar havendo concorrência desleal por desvio fraudulento de clientela.

Cabe aqui uma ressalva importante. No mundo em que vivemos, o desvio de clientela por esforço próprio e sem desvio de conduta é absolutamente normal. Cada nova empresa que entra no mercado busca ganhar sua própria clientela e isso não tem nada de ilícito. Portanto, é fundamental que para o sucesso da ação reste comprovado que houve ato ilícito (fraude, uso indevido da marca, etc.).

A linha que divide o desvio leal do desvio desleal de clientela é tênue, e os tribunais já perceberam isso. Como saber se determinado consumidor foi realmente induzido a erro ao adquirir determinado produto ou se, naquele momento, ele simplesmente optou por experimentar um similar mais em conta?

A verdade é que mais de 15 anos se passaram desde a entrada em vigor do nosso Código de Defesa do Consumidor e o que percebemos é que o consumidor brasileiro já não é mais tão incauto como era quando da promulgação do código, em 1990. Salvo raras exceções, ele hoje conhece seus direitos, sabe onde buscá-los caso se sinta lesado e até recebe gordas indenizações por isso.

Enquanto vivíamos a época de inflação galopante, até era possível imaginar que o consumidor se confundisse com o preço dos produtos. O mesmo vale para quando tínhamos barreiras para produtos importados na era pré-Fernando Collor de Mello. Aquele consumidor era menos informado e poderia comprar a réplica em lugar do original, por engano. Mas, hoje, o perfil do consumidor é outro. Mesmo o consumidor comum, donas-de-casa e até adolescentes já possuem elementos e parâmetros suficientes para distinguir preço e qualidade de produtos expostos em prateleiras. Podem até ser induzidos a erro em um caso ou outro, mas isso será a exceção e não a regra geral!

O consumidor de hoje conhece os produtos que compra. Pesquisa preços pela internet. Busca as oportunidades de negócio que as diversas lojas e fabricantes lhe oferecem diariamente. E busca o melhor para si, de acordo com suas necessidades.

A delicada questão que fica para os tribunais decidirem é: se o consumidor não é parte nesta ação específica, como aferir se ele foi induzido ao erro ou se quis por livre e espontânea vontade experimentar um outro produto, uma nova oportunidade de negócio?

Evidentemente, cada caso merece um estudo específico quanto às características do mercado consumidor daquele produto (nível sócio-econômico, acesso a informações, etc). O próprio STJ, acompanhado dos Tribunais de Justiça de diversos estados, já percebeu isso e vem decidindo pela necessidade de um estudo acurado acerca do mercado consumidor relativo àquele produto específico.

Por isso, quando tratamos de concorrência desleal, imprescindível observar cautelosamente quais são as ações judiciais que efetivamente buscam a proteção do mercado e, por conseguinte, do consumidor; e quais buscam meramente obter tutelas jurisdicionais antecipadas que visem cerrar as portas do concorrente antes mesmo que este possa vir ao Judiciário se defender. Esta, sim, acaba sendo uma medida muito mais desleal do que qualquer outra. A uma, porque seus efeitos quase sempre são devastadores para a concorrente que tem suas portas cerradas. A duas, porque tal medida representa a movimentação indevida da já assoberbada máquina do Judiciário para fins imorais e oportunistas.

Date Created

30/08/2006