



Tribunais relutam em reconhecer concorrência desleal

O conceito de *trade dress* é bem conhecido no Brasil. Entretanto, não existe uma definição legal e a maioria das decisões judiciais refere-se ao *trade dress*, utilizando a palavra “embalagem”, que literalmente significa a vestimenta ou a própria embalagem do produto, e não *trade dress* no seu sentido mais amplo. Apenas recentemente a expressão foi utilizada em algumas decisões judiciais como “conjunto-imagem”.

O que vem a ser conjunto-imagem ou *trade dress*? Consiste num conjunto de características, que podem incluir, entre outras, uma cor ou esquema de cores, forma, embalagem, configuração do produto, sinais, frases, disposição, estilização e tamanho de letras, gráficos, desenhos, emblemas, brasões, texturas e enfeites ou ornamentos em geral, capazes de identificar determinado produto e diferenciá-lo dos demais.

Estratégias novas, criativas e agressivas são constantemente arquitetadas para infringir os direitos de propriedade intelectual, dentre elas, a imitação do conjunto-imagem. A inadequação das medidas disponíveis para impedir tais imitações contribui para aumentar este tipo de violação.

A proteção do conjunto-imagem no Brasil é normalmente considerada uma área nebulosa, principalmente por não haver qualquer referência expressa e direta a tal na atual Lei da Propriedade Industrial brasileira (LPI), Lei 9.279/96. Se o próprio conjunto-imagem não estiver registrado como marca e for imitado, a resposta legal mais adequada será a proposta de uma ação fundamentada em concorrência desleal. Entretanto, na maioria dos casos, quando essa questão é analisada em juízo, torna-se subjetiva. A lei estabelece que um crime de concorrência desleal é cometido sempre que o infrator utilizar de meios fraudulentos para desviar a clientela de outrem, em seu próprio benefício ou em benefício de terceiros.

A primeira e maior preocupação da maioria das empresas, sobretudo farmacêuticas, é registrar a marca de sua escolha na forma nominativa; quaisquer outros elementos que compõem o conjunto-imagem são freqüentemente deixados de lado. A LPI prevê que as cores isoladamente não são registráveis como marcas e o sistema brasileiro não reconhece o conceito da distintividade adquirida pelo uso, chamado nos Estados Unidos por *secondary meaning* ou significado secundário.

Ações judiciais envolvendo conjunto-imagem tornaram-se freqüentes no Brasil e estão aumentando. A maioria delas está relacionada a uma suposta infração dos direitos do conjunto-imagem de produtos farmacêuticos, seguidos por cosméticos e de bebidas.

Entre os casos que tramitam na Justiça de violação do conjunto-imagem, três valem ser mencionados como exemplos. As empresas Procter & Gamble, Boehringer Ingelheim e Bayer S/A moveram ações distintas contra a EMS S/A pela violação do conjunto-imagem dos produtos Xarope 44E Vick, Buscopan Composto e Aspirina, respectivamente. Em todos os casos, as autoras ingressaram com uma ação judicial ordinária contra a EMS, requerendo a antecipação dos efeitos da tutela de mérito. Todas as liminares foram concedidas, porque o juízo entendeu que existiam “provas inequívocas” da violação dos direitos das autoras. Os casos ainda estão pendentes de decisão final da Justiça.



De um modo geral, as decisões levam em consideração a classe do consumidor para o qual o produto é direcionado. Certa vez, o juiz declarou que houve infração porque o conjunto-imagem era semelhante e o produto em questão era voltado para consumidores de uma classe econômica inferior e tais consumidores são normalmente desatentos!

Já que o conceito de conjunto-imagem como direito de propriedade não existe, é difícil convencer os tribunais brasileiros de que um ato de concorrência desleal está ocorrendo. A questão pode se tornar subjetiva e os tribunais, por vezes, encontram dificuldades para proferir decisões afirmando que existe risco de erro, dúvida ou confusão, resultantes deste tipo de conflito.

Em muitos casos, os tribunais têm relutado em confirmar liminares, algumas das quais foram originalmente concedidas, aparentemente devido às implicações políticas que tais decisões possam trazer. Em outros casos, os tribunais rejeitaram os argumentos apresentados pelos autores, baseados em certas technicalidades e na falta de provas suficientes de que realmente houve concorrência desleal. Sem dúvida, a propriedade intelectual no que diz respeito aos casos envolvendo conjuntos-imagem tem sido uma nebulosa área de proteção.

Date Created

27/03/2007