

Trade dress e legislação marcária – Remando para o mesmo lado ou em direções opostas?

OTÁVIO SARAIVA PADILHA VELASCO
DO SOERENSEN GARCIA ADVOGADOS ASSOCIADOS

Por incrível que pareça, determinados comerciantes têm utilizado de forma distorcida parte da legislação específica de marcas como escudo para práticas de concorrência desleal ou, no mínimo, antiética.

Embora encontremos decisões brilhantes sobre trade dress, ainda é preocupante a constatação de que parte do Judiciário tem efetivamente acreditado em alguns contos de fadas e caído em armadilhas. Daí a necessidade de se esclarecerem alguns aspectos sobre a proteção que a legislação concede ao trade dress, cujo termo em português pode ser traduzido como vestimenta ou roupa comercial (também denominado no meio jurídico como conjunto-imagem) de determinado produto ou serviço, pois é a forma como eles se apresentam ao mercado.

Do ponto de vista técnico, o trade dress faz parte do conjunto de direitos de propriedade intelectual protegidos em nossa Constituição Federal como "sinais distintivos", podendo ou não ser registrado como marca. Vale lembrar que, mesmo sem o registro, sua proteção é cabível em função das regras de concorrência e direitos autorais. Enquanto as regras de concorrência vedam o emprego de meios fraudulentos para desviar a atenção do consumidor, os direitos autorais resguardam as criações visuais, entre outras.

Os casos de imitação de trade dress têm aumentado e, reiteradamente, a defesa dos infratores tem sido baseada nos seguintes argumentos: (i). alguns elementos que, em conjunto, formam o trade dress são comuns ao ramo comercial e, portanto, não podem ser de uso exclusivo de um empresário (art. 124, VI da Lei de Propriedade Industrial - LPI); (ii). cores isoladas não são registráveis como marca (124, VIII - LPI) e (iii). a parte nominativa das marcas seria o bastante para evitar confusão ao consumidor (questão subjetiva).

Parece estar havendo um uso invertido do sistema legislativo relativo à propriedade intelectual. Enquanto o objetivo é estimular que cada comerciante invista (e ganhe proteção do Estado) na criação de sua própria identidade no mercado, concorrentes menos éticos

têm se aproveitado da própria lei para se aproximarem de produtos/serviços já reconhecidos, violando direitos de propriedade intelectual de terceiros.

Investimentos escorrem pelo ralo quando empresários éticos vêem a apresentação visual de seus produtos/serviços diluídos no mercado. De outro lado, o consumidor, ao contrário do que a legislação prega, enfrenta dificuldades desnecessárias para encontrar suas preferências, pois navega em um mar de produtos e serviços cada vez mais parecidos visualmente.

Como costuma dizer Bill Gates, um dos segredos para se manter entre os líderes de mercado é competir consigo mesmo. Na trilha desse conceito, empresas líderes de mercado investem maciçamente em novas tecnologias, mudanças visuais, design de embalagens, estratégias de marketing. Parece simples, mas para se chegar a um produto ou serviço final, um longo caminho é percorrido. É necessário estudar o comportamento do

Investimentos escorrem pelo ralo quando empresários éticos vêem a apresentação visual de seus produtos/serviços diluídos no mercado

consumidor, movimentação do mercado, oportunidades, concorrência, pontos de venda, preço, estratégias de comunicação, e outras armas conhecidas do marketing.

Sendo a marca normalmente classificada como o nome do produto ou do serviço, um dos objetivos de todo esse investimento é criar uma identidade, uma personalidade própria, como se criasse uma alma à marca. Todos esses fatores aumentam a simbiose existente entre o consumidor e o produto. Cada criação é cuidadosamente planejada, pois tem o objetivo de atingir em cheio algum sentido do consumidor, gerando um estímulo que o deixe marcado.

Embora a lei não autorize direitos exclusivos sobre elementos comuns a determinado ramo de mercado ou sobre cores isoladas, empresários que fazem uso desses argumentos para imitar a fisionomia de determinado produto ou serviço estão, na verdade, praticando

abuso de direito nos termos do artigo 187 do Código Civil. Esses argumentos somente têm procedência quando o uso dos elementos e cores é feito de forma clara, sem artifícios que possam levar o consumidor a associar produtos, e sem invadir direitos autorais e industriais dos criadores.

Em outras palavras, ter o direito de utilizar determinada cor ou figura não significa que toda (ou quase toda) uma apresentação visual possa ser imitada. Os mesmos elementos, combinados de forma diferente, já mudam a fisionomia do produto. Então, não há motivos para que determinados empresários aproximem suas características visuais de produtos/serviços anteriores.

Apenas como ressalva, embora a lei brasileira, ao contrário de alguns países, proíba o registro de uma cor isolada como marca, é possível o registro de combinações cromáticas.

Também não pode prosperar o argumento de que a marca nominativa basta para diferenciar os produtos, pois, se assim for, caminharemos em direção a um futuro confuso onde todos os produtos serão praticamente idênticos em sua forma visual. Por mais que a marca tenha função importantíssima, o aspecto visual também estimula e conquista o consumidor. Imitar a fisionomia de um produto famoso e apenas alterar o nome, já basta para chamar a atenção do consumidor de forma desleal.

A lei é clara ao determinar que empresários têm o direito de zelar por seus investimentos, sinais distintivos, bem como pune aqueles que empregam meios fraudulentos para desviar atenção em proveito próprio, isso sem entrar na seara da proteção conferida pelo direito autoral. Portanto, é necessário que comércio e Judiciário zelem para que o objetivo da lei seja respeitado e alcançado.

Sabemos também dos preceitos da livre concorrência. No entanto, é fundamental que seja esclarecido que zelar para que cada empresário busque uma identidade própria no mercado não é limitar a concorrência, mas estimular que ela seja feita de uma forma legal, sadia e ética, respeitando a proteção dos direitos de propriedade intelectual, bem como os direitos do consumidor.