

O DESENHO INDUSTRIAL COMO INSTRUMENTO DE CONTROLE DO MERCADO: O CASO DAS GARRAFAS AMBEV

INDUSTRIAL DESIGN AS A TOOL FOR CONTROL THE MARKET: THE CASE OF AMBEV'S BOTTLES

MÜLLER, Juliana Martins de Sá¹
TRESSE, Vitor Schettino²

RESUMO

O presente trabalho tem como intuito analisar o instituto do Desenho Industrial, por meio de uma perspectiva crítica, pois se acredita que esse mecanismo da propriedade intelectual pode ter seu fim desvirtuado para ser utilizado como um instrumento de controle do mercado. Para tanto, propõe-se uma pesquisa qualitativa, valendo-se do método dedutivo de análise de conteúdo, a fim de se construir uma rede analítica de conceitos que permita explorar o que seja o mercado, aqui entendido como um fenômeno poliédrico, para, a partir dessa conformação teórica, se examinar como o desenho industrial se insere nesse sistema. Realiza-se, então, um estudo de caso por meio de um processo administrativo no âmbito do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, objetivando-se, com isso, a propositura de um entendimento mais consistente do desenho industrial com o contexto global da propriedade intelectual, sob a perspectiva da concorrência desleal.

Palavras-chave: Desenho industrial; Mercado; Concorrência desleal.

ABSTRACT

This paper aims at analyzing the institute of the Industrial Design through a critical perspective, for it is believed that this mechanism of intellectual property may have its purpose misrepresented in order to be a tool to control the market. Thus, we propose a qualitative research, using the deductive method of content analysis, in order to build an analytical network of concepts, which will allow us to explore what the market be, here understood as a polyhedral phenomenon, so that, from this theoretical conformation, examine

1 Mestranda em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro na linha de Empresa, Trabalho e Propriedade Intelectual. E-mail: julianamartinsmuller@gmail.com

2 Mestrando em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro na linha de Empresa, Trabalho e Propriedade Intelectual. E-mail: vitor_st7@hotmail.com

how industrial design is inserted into the system. It is carried out, then, a case study through an administrative process under the Administrative Council for Economic Defense, aiming to, with that, the bringing of a more consistent perspective over the Industrial Design with the global context of intellectual property and unfair competition.

Keywords: Industrial design. Market. Unfair competition

1 INTRODUÇÃO

No ano de 2008, a I Secretaria de Direito Econômico (SDE) decretou uma medida preventiva em desfavor da Companhia de Bebidas das Américas (AMBEV), discutida em um processo administrativo instaurado do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), no sentido que ela deveria retirar do mercado as embalagens de 630 ml (seiscentos e trinta mililitros) das garrafas de cerveja, porque isso configuraria uma medida anticoncorrencial.

Tendo em vista esse cenário, o presente trabalho tem como intuito analisar o instituto do Desenho Industrial, instituto responsável pela proteção jurídica do aspecto ornamental dos objetos, o que acaba por se revestir nas embalagens, por meio de uma perspectiva crítica. Isso porque, acredita-se que esse mecanismo da propriedade intelectual pode ter sua finalidade desvirtuada, sendo utilizado como instrumento de controle do mercado.

Objetiva-se, com isso, a propositura de um entendimento mais consistente do instituto do desenho industrial com o contexto global da propriedade intelectual, sob a perspectiva do sistema concorrencial, principalmente no que toca os aspectos da concorrência desleal. Para tanto, parte-se da conformação teórica que vê o mercado como decorrente de um fenômeno poliédrico, no qual se tem a empresa, e seus elementos, aí inserida como parte da ordem econômica.

Realiza-se uma pesquisa qualitativa, utilizando-se, para tanto, do método de análise de conteúdo, tendo em vista que, com base nos objetivos traçados, propõe-se o estudo de textos teóricos e legais. Desta feita, valendo-se de uma abordagem reconstrutiva do direito comercial, cria-se um sistema analítico de conceitos, o qual é estruturalmente imprescindível tanto para a análise de textos referentes ao instituto da propriedade intelectual, especificamente do desenho industrial, quanto para a interpretação da decisão do CADE aqui em voga e a exploração do campo concorrencial.

Observa-se ainda que a concepção de um arcabouço teórico, o qual proporciona a elaboração de um sistema analítico de conceitos que servem como instrumento para a investigação que se segue, a efetivar-se por meio de uma pesquisa de análise de conteúdo, só pode se dar pela técnica de documentação indireta. Ou seja, utiliza-se da revisão de literatura, empregada por meio de pesquisa bibliográfica e documental.

Trata-se de, enfim, de uma pesquisa teórica (DEMO, 1995), uma vez que se destaca o seu caráter conceitual, no sentido de revisão de conceitos tradicionalmente trabalhados, principalmente, como pode ser visto na ideia de mercado inserida como elemento subjacente ao direito de empresa.

Essa interpretação crítica do instituto do desenho industrial, a partir da sua inserção numa noção de ordem econômica, constitui-se, como exposto, por meio de um sistema analítico de conceitos basilar para a análise do ordenamento jurídico e sua estruturação econômica, com fins concorrenciais, obtendo-se, a partir daí, os conceitos passíveis de serem aplicados a uma interpretação reflexiva do posicionamento do CADE em relação aos agentes econômicos.

Nesse sentido, faz-se uso do caso concreto da medida preventiva trazida pela SDE em face da AMBEV como estratégia argumentativa para fundamentar a hipótese levantada, observando que, para isso, estudou-se o processo administrativo que decorreu dessa representação.

Esse trabalho comprova sua relevância pela importância do assunto abordado para o desenvolvimento da propriedade intelectual no Brasil, tendo em vista que uma das unidades de investigação é um caso concreto, evidenciando que teoria e prática jurídicas não estão dissociadas. Além disso, o estudo destaca-se também por se utilizar de uma ótica arrojada de aproximação do direito comercial ao direito econômico. Destaca-se, destarte, a pertinência temática do presente trabalho dentro do âmbito de estudos do Grupo de Trabalhos de Propriedade Intelectual do XXII Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito.

Enfim, com o objetivo de abordar com clareza todo o exposto, o presente trabalho será dividido em três partes. Num primeiro momento, dedica-se à exploração do marco teórico, a fim de construir o sistema analítico de conceitos a nortear todo o estudo, revelando o cenário no qual a discussão acerca do desenho industrial é tratada. Em seguida, busca-se entender e contextualizar o instituto da propriedade intelectual, conformado na ótica do sistema concorrencial. Por fim, a análise de conteúdo continua com a abordagem do caso utilizado como estratégia argumentativa, seguido pela conclusão do trabalho.

2 O MERCADO COMO FENÔMENO POLIÉDRICO: POR UMA NOVA VISÃO DO DIREITO COMERCIAL

Paula Andrea Forgioni (2012) se propõe, em seu livro “A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado”, a analisar o instituto da empresa não mais como um ente estanque, fechado em sua própria lógica interna, mas dentro de todas as relações que estabelece no contexto do mercado. Para tanto, a autora busca traçar um panorama do direito comercial, estruturando sua teoria em uma linha de progressividade dos elementos ato, atividade e mercado.

A autora apresenta a evolução do direito comercial – no Brasil e na doutrina estrangeira – para comprovar que no atual momento de desenvolvimento desse ramo do direito não basta que ele se valha apenas da organização interna da empresa, esta deve ser estudada como uma das protagonistas nas relações estabelecidas dentro do mercado. Destaca-se aqui a superação da visão individualista do direito comercial, que passa a ser concebido em integração com o direito econômico. Isso demonstra que a empresa, com suas estruturas e elementos, não só está inserida no mercado, como faz parte de uma ordem econômica e é nesse sentido que deve ser analisada.

O direito mercantil surge no século XII, com as corporações de ofício, pela necessidade de um regramento mais célere para os mercadores. Tem-se, então um período subjetivo, pois a matéria do direito comercial é determinada a partir do sujeito, qual seja, o membro da corporação. (FORGIONI, 2012).

Com o advento da Revolução Francesa, destaca-se o ideal burguês de igualdade (formal), o que acabou por extinguir as corporações de ofício. Inicia-se a evolução do direito mercantil, então, a partir do chamado Período dos Atos de Comércio, no qual se destaca a influência do liberalismo, em todos os seus vieses, político, econômico e jurídico. Nessa fase, era considerada atividade comercial apenas aquela que se enquadrasse em certos atos (sendo estes, atos de comércio), tratando-se, portanto, de uma fase objetiva.

Os movimentos corporativista e fascista do século XX, como ensina Forgioni (2012), também influenciaram o direito comercial, o conceito de empresa e o complexo de suas relações internas, deslocando o eixo do direito comercial dos atos de comércio para a empresa, a qual passa a ser vista como uma instituição. Nesse contexto, há que se fazer a crítica de que ela não é situada como centro do sistema jurídico em consagração da liberdade econômica, mas como um instrumento do dirigismo estatal.

Observando-se, como propõe Forgioni (2012), as modificações fáticas,

principalmente a partir de meados dos anos 1980, em que se vê a despulverização de empresas; os novos contratos de cooperação; novas regulamentações para externalidades antigas; o desmantelamento do Estado e a criação das agências reguladoras; o combate ao abuso de poder econômico e da concorrência desleal, entre outros, percebe-se um novo impulso no direito comercial, vinculando-o ao econômico. Tem-se nesse momento insuficiência da teoria da empresa, a qual ignora que esta não existe sozinha, para explicar o significado da empresa no atual contexto histórico.

Coloca a autora que

temos um novo *período de evolução do direito comercial*, em que se supera a visão estática de empresa para encará-la, também em sua *dinâmica*. De um direito medieval de classe, ligado à pessoa do mercador, passamos ao critério objetivo e liberal dos atos de comércio e, finalmente, à atividade de empresa. Urge estudá-la a partir do pressuposto de que sua atividade somente encontra função econômica, razão de ser, no mercado (FORGIONI, 2012, p.82).

É nesse sentido que se faz mister a análise do mercado e, mais ainda, a sua compreensão. Afirma Forgioni (2012, p.155) que o mercado é um “fenômeno poliédrico”. Uno em sua existência, não pode ser compreendido senão quando encarado por uma de suas faces, *todas interdependentes entre si*”, isso porque, assim como um cubo não se mantém com apenas cinco faces, o mercado também depende de todos os seus perfis para ser entendido corretamente.

Nesse contexto a autora elenca quatro dimensões indispensáveis ao fenômeno do mercado, quais sejam: econômica, política, social e jurídica.

A face econômica diz respeito, inicialmente, ao local onde as trocas comerciais eram feitas, evoluindo para a própria ideia de relações comerciais. Essa dimensão, portanto, trata do mercado como um *locus*, físico ou artificial, que proporciona o encontro (regular) entre comprador e vendedor de uma determinada economia.

O perfil político dispõe sobre o modo de alocação dos recursos na sociedade, ou seja, a política como elemento determinante de qual papel o mercado desempenha na alocação de recursos. Há que se observar que o mercado não é o único meio de organização dos recursos na sociedade, há várias correntes liberais e utilitárias que buscam a legitimidade desse sistema por uma lógica de eficiência. Entretanto, o direito, como instrumento de implementação de políticas públicas, também desempenha o seu papel na alocação de recursos, aliando-se ao mercado e legitimando-o.

Tratando do perfil social, a autora analisa a importância da função social do mercado, qual seja derivada das normas constitucionais, para que haja verdadeiro desenvolvimento de toda a sociedade. As dimensões política e econômica do mercado se dão nos limites trazidos

pela dimensão social; uma vez que o mercado já é concebido dentro dessas fronteiras, ele somente pode se desenvolver dentro do seu perfil social, o qual reserva ao direito uma outra função além da já explicitada preservação do sistema de produção, a de implementação de políticas públicas com o escopo de dar concreção aos objetivos sociais constitucionalmente fixados, de onde se denota o controle sobre a força persuasiva do mercado.

Nesse sentido, Forgioni (2012) apresenta a dimensão jurídica como a face responsável pela regulação das relações entre os agentes, de modo a trazer mais segurança e previsibilidade a elas. Trata-se do conjunto de regras e princípios que pautam o comportamento dos agentes econômicos, sem se deixar de destacar a importância dos usos e costumes na relação empresarial. O perfil jurídico do mercado é o que funde suas quatro facetas, solidificando os demais perfis.

Assim, são os institutos jurídicos que produzem efeitos econômicos, sendo ambos expressões da ordem jurídica. Dessa forma, salienta Forgioni (2012, p.186) que

o mercado necessita de normas que o legitimem e o regulem: entre mercado e direito, não existe um antes e um depois, mas uma inseparabilidade lógica e histórica. O mercado é, por definição, uma instituição econômica e jurídica ao mesmo tempo, representado pelo seu estatuto jurídico, como tal caracterizado por escolhas políticas.

O mercado, então, é uma ordem, porque se embasa em comportamentos calculáveis. Assim, é possível que se preveja o comportamento dos agentes inseridos nessa ordem, o que traz segurança jurídica, que, por sua vez, se reverte em um menor custo transacional. Essa ideia de ordem, ainda, leva ao entendimento do mercado como instituição, no sentido de um modelo de comportamento bastante complexo e com alto nível de adesão social (FORGIONI, 2012). Admite-se dessa forma o mercado como uma instituição social, reconhecendo-se que ele condiciona o comportamento das pessoas e seus modelos de relação. Nesse contexto, a ordem jurídica do mercado, no que aqui interessa, é resultado de uma dinâmica que comporta sua unidade na junção das normas endógenas e exógenas ao referido sistema. Ou seja, ela se compõe numa estrutura de normas que emergem do comportamento dos agentes econômicos em junção com as leis, o que casa a prática mercantil, o direito estatal e a atividade jurisprudencial no direito comercial.

Vê-se que a análise da empresa como um conceito dinâmico dentro de um contexto mercadológico, além de superar a teoria tradicional da empresa, que a tem de forma estanque, apresenta sua relação com a ordem econômica e as escolhas políticas que a balizam. É a partir desse cenário, de mercado como ordem jurídica advinda de um fenômeno poliédrico, que se passa a analisar a estrutura da propriedade intelectual, um instrumento de desenvolvimento

econômico das empresas, e o sistema de direito concorrencial em que se inserem.

3. O FENÔMENO DA CONCORRÊNCIA E A INSERÇÃO DA PROPRIEDADE INTELECTUAL NA ORDEM ECONÔMICA

O Estado moderno nasce sob a vocação de operar no campo econômico, atuando, inicialmente, de modo a constituir e preservar o modelo capitalista e, posteriormente, substituir e compensar o mercado. Estas são atividades típicas do capitalismo organizado e dizem respeito ao processo de acumulação. Além disso, a complementação do mercado também é uma categoria da atividade estatal, a qual se relaciona à adequação do sistema jurídico às novas formas de organização empresarial, concorrência e financiamento (GRAU, 2010).

Deve-se observar, para tanto, que “o Estado, no exercício de função de acumulação, sempre se voltou à promoção da renovação do capitalismo” (GRAU, 2010, p. 27) e que este reclama a estatização da economia, “tendo em vista a sua própria integração e renovação” (GRAU, 2010, p. 27). Complementa-se essa ideia com a de que a sociedade capitalista é essencialmente jurídica e nela o direito atua como mediação específica e necessária das relações de produção que lhes são próprias, tendo em vista que estas não se poderiam estabelecer nem se reproduzir senão por meio do direito positivo, o qual surge para disciplinar os mercados e domesticar os determinismos econômicos.

Ainda nesse sentido e em conformidade com a ideia já trazida de que o mercado e o direito são interdependentes, determina Eros Grau (2010, p. 30) que “sem a calculabilidade e a previsibilidade instaladas pelo direito moderno o mercado não poderia existir”. É nesse sentido de constituição pelo direito posto, sem se deixar de observar que o mercado é uma ordem jurídica que se dá com a conformação de uma realidade poliédrica, que o fenômeno da concorrência deve ser analisado.

Antes de se tratar do direito concorrencial positivado, há que se observar que existe concorrência quando diferentes agentes econômicos disputam entre si o espaço num mercado, que abrange serviços ou produtos que sejam iguais ou – do ponto de vista do consumidor - substituíveis entre si; observando-se ainda a efetividade dessa disputa num espaço geográfico e temporal determinado. A tutela da concorrência desleal, nesses termos, protege a expectativa razoável de um padrão de competição (BARBOSA, 2011).

Sendo o mercado uma ordem, uma instituição econômica e jurídica, que conforma

em si o local de trocas, o meio de alocação dos recursos, a concreção dos objetivos sociais e a regulação da conduta dos agentes econômicos, ele se vincula ao Estado, como ente promotor de política pública, agente econômico e regulador da economia e detentor do monopólio legislativo, o qual passa a ser responsável pela modernização do mercado, que se dá conforme o desenvolvimento do direito para seguir as inovações. Assim, há que se destacar que o Estado brasileiro fez a opção de fomento à inovação atrelada ao desenvolvimento social, como se vê na Constituição, no inciso XXIX do artigo 5º, o qual diz que será assegurada a proteção à propriedade industrial, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do país (BRASIL, 1988).

A promoção da inovação é uma das principais justificativas para a existência de uma política de defesa da concorrência. A estrutura jurídica proporciona que as organizações produtivas se desenvolvam por meio da competição no mercado. Isso, porque, na economia de mercado competitiva, a busca pelo lucro, viabilizado por inovações bem-sucedidas, reverte-se em incentivo à inovação, podendo-se dizer que promover competição e promover inovação são duas faces de uma mesma moeda. Inovação e concorrência se relacionam na medida em que a promoção desta estimula comportamentos inovadores que visam à geração de vantagens comparativas e ao lucro, que servem de recompensa aos mais bem-sucedidos (SCHUARTZ, 2009).

Ressalta-se que, ao se falar de inovação no setor econômico, o faz no sentido de Cooter (2009, p. 31) que diz que ela “ocorre quando alguém descobre um melhor caminho para fazer coisas ou coisas melhores para fazer”.

Dentro desse panorama traçado, tem-se ainda que a constituição, tratando da ordem econômica³, considera, como base da atividade econômica, a livre concorrência. Desta feita, há que se entender que a proteção contra a concorrência desleal encontra abrigo constitucional nesse princípio.

Entretanto, a conformação do instituto da concorrência desleal se encontra na chamada Lei do CADE, a lei número 12.529 de 30 de novembro de 2011, que, dentre outras providências, estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, conciliada com a Lei de Propriedade Industrial (LPI), lei número 9.279 de 14 de maio de 1996, que regula os direitos e obrigações relativos à propriedade industrial.

3 Artigo 170: A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: IV - livre concorrência (BRASIL, 1988).

Na lei do CADE, no Título V, que trata das infrações da ordem econômica, o artigo 36⁴ traz o que seriam essas infrações, como se vê em seu *caput*:

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;

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros; e

IV - exercer de forma abusiva posição dominante (grifo nosso).

Destaca-se que “posição dominante”, conforme o parágrafo segundo do mesmo artigo, é algo aferido tecnicamente, averiguando-se a capacidade de alteração das condições do mercado, por parte de um agente econômico unilateral ou coordenadamente.

Além disso, são também práticas de infração à ordem econômicas as listadas no parágrafo terceiro⁵ do mesmo artigo 36, onde se vê, dentre outras determinações de ilegalidades, a criação de dificuldades para o desenvolvimento de empresa concorrente, o exercício ou exploração abusiva de direitos de propriedade industrial e o impedimento ao

4 O artigo 36 da lei do CADE reproduz o disposto no artigo 20 da antiga lei do CADE, lei número 8.884 de 11 de junho de 1994.

5§ 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica: I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma: a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente; b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços; c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos; d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública; II - promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes; III - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado; IV - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços; V - impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição; VI - exigir ou conceder exclusividade para divulgação de publicidade nos meios de comunicação de massa; VII - utilizar meios enganosos para provocar a oscilação de preços de terceiros; VIII - regular mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços, ou para dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição; IX - impor, no comércio de bens ou serviços, a distribuidores, varejistas e representantes preços de revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas, margem de lucro ou quaisquer outras condições de comercialização relativos a negócios destes com terceiros; X - discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços; XI - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais; XII - dificultar ou romper a continuidade ou desenvolvimento de relações comerciais de prazo indeterminado em razão de recusa da outra parte em submeter-se a cláusulas e condições comerciais injustificáveis ou anticoncorrenciais; XIII - destruir, inutilizar ou açambarcar matérias-primas, produtos intermediários ou acabados, assim como destruir, inutilizar ou dificultar a operação de equipamentos destinados a produzi-los, distribuí-los ou transportá-los; XIV - açambarcar ou impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia; XV - vender mercadoria ou prestar serviços injustificadamente abaixo do preço de custo; XVI - reter bens de produção ou de consumo, exceto para garantir a cobertura dos custos de produção; XVII - cessar parcial ou totalmente as atividades da empresa sem justa causa comprovada; XVIII - subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem; e XIX - exercer ou explorar abusivamente direitos de propriedade industrial, intelectual, tecnologia ou marca (BRASIL, 2011).

acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição (BRASIL, 2011).

A LPI complementa a legislação concorrencial e, não obstante não se tenha expressamente na lei a definição do que seja a concorrência desleal, o artigo 195⁶ regulamenta as condutas reprováveis como tal.

Vê-se que a promoção da inovação requer a promoção da defesa da concorrência tanto na forma da prevenção quanto da repressão de condutas de agentes com poder de mercado. Condutas, estas, que incluem a introdução de inovações na estrutura mercadológica.

É a partir dessas considerações que se passa a análise do caso das garrafas AMBEV, uma vez que este coloca em embate os institutos em questão, a propriedade intelectual e o direito da concorrência.

4. O CASO DAS GARRAFAS AMBEV: O PAPEL DO DESENHO INDUSTRIAL NO MERCADO POLIÉDRICO

4.1. O PROCESSO ADMINISTRATIVO

Em outubro de 2007, em Porto Alegre, valendo-se da Bohemia, e em março de 2008,

⁶ 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 constitui 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 (BRASIL, 1996).

por meio da cerveja Skol, no Rio de Janeiro, a AMBEV colocou no mercado cervejas envasadas em garrafas de 630 ml, diferenciando-as das garrafas anteriormente utilizadas, de 600 ml, padrão do Sindicato Nacional da Indústria de Cerveja (SINDICERV). Essa providência fez com que a Associação dos Fabricantes de Refrigerantes do Brasil (AFREBRAS), a Cervejaria Imperial, a Associação Brasileira de Bebidas (ABRABE) e a Cervejaria Kaiser Brasil S/A, se unissem como representantes nos autos do Processo Administrativo número 08012.002474/2008-24, o qual deu ensejo à Medida Preventiva decretada pela SDE em face da AMBEV, que visava a abstenção do envasamento de cervejas em “garrafas AMBEV 630 ml” e a retirada dessas garrafas do mercado. Tal situação levou ao Recurso Voluntário número 08700.002874/2008-81, interposto pela AMBEV e recebido pelo CADE dia 30 de maio de 2008.

A decisão da SDE de instaurar o processo administrativo e adotar a referida Medida Preventiva se fundou em duas premissas fáticas: a de que as garrafas de 630 ml eram pouco diferenciadas das garrafas de 600 ml comumente utilizadas e a de que a inserção dessas garrafas no mercado prejudicaria o intercâmbio de garrafas, uma vez que os vasilhames de 630 ml deveriam ser separados dos demais, gerando alto custo aos concorrentes.

A AMBEV se defendeu argumentando que lançou a garrafa como uma medida de inovação, evitando falsificações, ao diferenciar seu produto. Materialmente; alegou que ninguém poderia ser obrigado a participar do sistema de intercâmbio de garrafas e que a SDE invadiu a competência do Instituto Nacional da Propriedade Intelectual (INPI) ao dizer que a garrafa de 630 ml era “pouco diferente” da adotada pelo SINDICERV, avaliando seu desenho industrial. A AMBEV contrapôs-se também às questões processuais e requereu a revogação da Medida.

O Recurso foi julgado no dia 23 de julho de 2008 e publicado o acórdão no dia 31 subsequente. O Conselheiro Relator foi Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo e a decisão se deu, após uma análise empírica do mercado, por unanimidade, no sentido de dar provimento parcial ao recurso, determinando que a AMBEV somente engarrafasse em 630 ml as cervejas Bohemia, no Rio Grande do Sul, e Skol, no Rio de Janeiro, observando-se que essas cervejas não poderiam ser comercializadas senão em seus respectivos estados; além de a companhia ter que disponibilizar o sistema de trocas das garrafas.

Essa foi a determinação e o feito somente foi arquivado em 21 de setembro de 2012.

4.2. AS CONSIDERAÇÕES

Esclarece-se, inicialmente, por questões metodológicas, que se entendeu como verdadeiros os laudos trazidos no bojo do processo administrativo em pauta, os quais analisaram às condições do mercado de cerveja e, determinando o mercado relevante, firmaram a posição dominante da AMBEV.

Viu-se que o Recurso fundou-se em dois pontos principais para a análise desse trabalho: a discussão do desenho industrial da garrafa de 630 ml e os impactos de sua inserção no mercado na concorrência. Esses dois pontos serão agora examinados com base no sistema analítico de conceitos anteriormente desenvolvido.

Quanto ao desenho industrial cabe dizer que o instituto está regulamentado no Título II da LPI. Ele enseja um título de propriedade, quando registrado, sobre uma nova forma ou adornos dados a objetos ou produtos. Trata-se da proteção do design desses objetos ou produtos industriais. Essa proteção, entretanto, depende da observância das características de novidade e originalidade, aferidas nos moldes dos artigos 96⁷ e 97⁸ da LPI, respectivamente.

O desenho industrial é um mecanismo de destaque ao se tratar de concorrência, pois é relevante para que o produto se torne esteticamente apelativo e atraente em relação aos outros que lhe fazem frente, o que representa um acréscimo ao seu valor comercial e facilita e sua comercialização, visto a possibilidade de estratégias de marketing diferenciada. Ele deve ser protegido para que seu criador tenha o direito, perante terceiros, de impedir cópia ou imitação as quais não tenha autorizado.

Ressalta-se ainda que o desenho industrial não protege nenhum aspecto técnico ou funcional inerente ao produto registrado, bem como as dimensões, os processos de fabricação ou os materiais de que sejam feitos.

Enfim, cabe ao INPI a análise dos pedidos de desenho industrial e a concessão do registro, como expõe a própria LPI, ao afirmar no *caput* do seu artigo 101, que os elementos

7 Art. 96. O desenho industrial é considerado novo quando não compreendido no estado da técnica. § 1º O estado da técnica é constituído por tudo aquilo tornado acessível ao público antes da data de depósito do pedido, no Brasil ou no exterior, por uso ou qualquer outro meio, ressalvado o disposto no § 3º deste artigo e no art. 99. § 2º Para aferição unicamente da novidade, o conteúdo completo de pedido de patente ou de registro depositado no Brasil, e ainda não publicado, será considerado como incluído no estado da técnica a partir da data de depósito, ou da prioridade reivindicada, desde que venha a ser publicado, mesmo que subsequentemente. § 3º Não será considerado como incluído no estado da técnica o desenho industrial cuja divulgação tenha ocorrido durante os 180 (cento e oitenta) dias que precederem a data do depósito ou a da prioridade reivindicada, se promovida nas situações previstas nos incisos I a III do art. 12 (BRASIL, 1996).

8 Art. 97. O desenho industrial é considerado original quando dele resulte uma configuração visual distintiva, em relação a outros objetos anteriores. Parágrafo único. O resultado visual original poderá ser decorrente da combinação de elementos conhecidos (BRASIL, 1996).

constantes do pedido de registro tem suas condições estabelecidas pelo INPI (BRASIL, 1996). O processamento, portanto, se dá conforme o disposto no Ato Normativo número 161 de 2002.

Dito isto, assegura-se que a SDE não é órgão competente para análise dos requisitos de conferência do desenho industrial decorrente do desing das garrafas, assim não cabe à Secretaria determinar se a garrafa de 630 ml é suficientemente diferenciada das demais ou não, para que seja protegida pelo direito da propriedade industrial.

Entretanto, há que se averiguar, agora, se a utilização desse desenho industrial consiste em uma prática ilegal de domínio do mercado ou não. Para o presente trabalho, é importante constar que a concessão do desenho industrial não leva necessariamente ao domínio de um mercado relevante, como se trata o caso em estudo. Tal análise deve ser mais complexa, devendo o CADE buscar os impactos e conformações do desenho industrial concedido na atuação empresarial, ou seja, buscando a atividade da empresa em sua forma poliédrica e não fechada a sua própria lógica de organização.

A concessão de um direito exclusivo de exploração de um bem imaterial, considerado aqui no uso privativo das garrafas de 630 ml pela AMBEV, não significa que o titular desse direito não sofrerá qualquer concorrência no mercado, pelo contrário. Atenta-se para o fato de que o objetivo da proteção dos desenhos industriais deve ser a concessão dos direitos exclusivos sobre a aparência de um produto e não um monopólio relativo do produto em si.

A normatização anteriormente exposta, tanto de sede constitucional quanto infraconstitucional, que denota que o Estado não quis garantir proteção à propriedade industrial como um valor em si mesmo, mas antes em função dos fins que cumpre, nomeadamente fomentar a concorrência, conforma a ideia de que as embalagens das cervejas devem propiciar a concorrência e não prejudica-la.

Nesse sentido, argumenta a AMBEV (CADE, 2008) que sua garrafa de 630 ml é um ato de inovação empresarial, que por definição é pro-competitivo. Contudo, tal determinação não deve ser previamente aceita, necessita-se da avaliação na perspectiva do mercado. Assim, deve-se analisar a questão concorrencial não sob a ótica da manutenção do mercado de garrafas retornáveis, mas sob o enfoque dos efeitos negativos da concorrência, observando se se a AMBEV, que tem elevado poder de mercado, é capaz de manter um sistema de troca de vasilhames que exclua os concorrentes.

Trata-se do mercado de cerveja em garrafas retornáveis, que, na dimensão geográfica, consiste em um mercado regional. Com a introdução das garrafas AMBEV 630 ml

houve uma quebra do padrão na utilização de garrafas de uso SINDICERV, o que gera custos de separação e troca de garrafas. Não há nenhuma razão concorrencial para que esse mercado funcione com um sistema exclusivo de garrafas retornáveis, havendo que se examinar, portanto, se o aumento de custos acarreta uma prática anticoncorrencial, nos moldes do já exposto artigo 36 da lei do CADE.

Pode-se considerar que há a criação de dificuldades ao desenvolvimento dos concorrentes, uma vez que se vê o aumento dos custos para todos inserido no mercado, devido à separação das garrafas pelos estabelecimentos comerciais, que geraria um custo diluído entre estes.

Como visto que o mercado é uma ordem, assim ele deve se manter. Dessa forma, a prática anticoncorrencial da AMBEV deve ser mensurada nos vieses econômico, político, social e jurídico para se configure.

De acordo com o perfil jurídico do mercado, observando-se o conjunto de regras e princípios que pautam o comportamento dos agentes econômicos, tem-se que não há configuração do crime de concorrência desleal, nos moldes do artigo 195 da LPI, mas sim uma infração à ordem econômica, como se vê no artigo 36 da lei do CADE.

Tendo em vista a dimensão social do mercado, como esta se reverte em observância aos princípios de desenvolvimento social, observa-se que a AMBEV, agindo em desconformidade com a ordem econômica, apenas por essa conduta já a afronta.

Pela dimensão política do mercado analisa-se a alocação dos recursos, ou seja, a opção normativa de vedação ao exercício abusivo de uma posição dominante no mercado, o que denota irregularidade na conduta da referida companhia.

Por fim, analisa-se a conduta da AMBEV tendo em face o perfil econômico do mercado. É nesse sentido que se pode fazer uma ressalva à conduta chamada anticoncorrencial, pois como esse perfil se refere ao local de troca, ele permite o entendimento de que o mercado regional tem grande destaque. Desta feita, a AMBEV somente age em desconformidade com o desenvolvimento da ordem econômica, cometendo uma infração, quando atua fora de seu mercado relevante regional. Ou seja, a inserção de cervejas envasadas em garrafas de 630 ml apenas é reprovável quando isso se dá com outras cervejas que não a Skol, no Rio de Janeiro, e a Bohemia, no Rio Grande do Sul.

Entende-se, por fim, que a decisão do CADE foi acertada, pois não se limitou à mera análise da reprovabilidade do uso de um desenho industrial, averiguando a complexidade do mercado e, conseqüentemente, do direito, na sociedade moderna.

5. CONCLUSÃO

A sociedade moderna é extremamente complexa, o que afeta o direito e o mercado, atrelado a ele. Isso porque o mercado se dá conforme uma ordem jurídica, ou seja, ele se apoia na previsibilidade de ações e conforma em si as dimensões econômica, política, social e propriamente jurídica. É a partir desse cenário que se avalia como os agentes econômicos se valem das práticas inovativas, especificamente, do desenho industrial.

Analisou-se, então, o caso das garrafas de 630 ml da AMBEV, colocadas no mercado como meio de diferenciação das demais garrafas de cerveja atreladas ao SINDICERV. A inserção desse produto influencia os outros agentes do mercado, que, sem poderem se utilizar da tecnologia protegida, tem que arcar com os custos advindos desta, uma vez que existe um sistema de intercâmbios de garrafas, o qual será afetado pela separação, por parte dos estabelecimentos comerciais, das garrafas diferenciadas da AMBEV.

Por meio de análise de conteúdo, criou-se um sistema analítico de conceitos que permitiu que se explorasse a legislação atinente ao assunto e constatou-se que AMBEV cometeu uma infração à ordem econômica, violando a lei do CADE e ferindo, assim o perfil jurídico do mercado. Foi nesse sentido, também, que se percebeu que os perfis político e social foram afetados. Enfim, quanto ao perfil econômico, este ressaltou a conduta da AMBEV, mostrando que ela não é prejudicial em âmbito local.

Dada essa análise, concluiu-se, após a exposição do processo administrativo do CADE, percebeu-se que a decisão do Conselho foi acertada, reconhecendo a prática de inovação não deve ser avaliada por si só, mas sim em conformidade com o mercado no qual se insere.

Encerra-se esse trabalho com a perspectiva de que as questões mercadológicas dão concreção ao direito e vice e versa. Dessa maneira, as decisões administrativas, principalmente aqui, as que julgam direitos de propriedade (intelectual) e concorrência devem atentar-se para isso, levando à decisões de maior acertabilidade fática.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Denis Borges. **A concorrência desleal, e sua vertente parasitária**. 2011.

Disponível em:

<http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/novidades/concorrenca_desleal.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2013.

_____. **Da nossa proposta de mudança das normas brasileiras relativas aos desenhos industriais**. 2010. Disponível em:

<http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/propriedade/proposta_mudanca_normas_br_asileiras_di.pdf>. Acesso em 17 jul. 2013.

BRASIL. Constituição da República 5 de outubro de 1988. **Site do Planalto**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em:

09 set. 2013.

_____. Lei 9279 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. **Site do Planalto**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19279.htm>. Acesso em 09 set. 2013.

_____. Lei 12.529 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; e dá outras providências. **Site do Planalto**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm#art127>.

Acesso em 09 set. 2013.

COOTER, Robert. Direito e desenvolvimento: inovação, informação e a pobreza das nações.

In. **Propriedade intelectual, antitruste e desenvolvimento: o caso da transferência de tecnologia e do software**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009.

DEMO, Pedro. **Metodologia científica em ciências sociais**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 1995.

FORGIONI, Paula Andrea. **A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 14ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

GUSTIN, Miracy B. S. DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)Pensando a Pesquisa Jurídica**. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

INPI. Ato Normativo 161/2002. Dispõe sobre a aplicação da Lei de Propriedade Industrial em relação aos registros de desenho industrial. Disponível em:

<http://www.inpi.gov.br/images/stories/pdf/Ato_Normativo_161_Itens_revogados.pdf>.

Acesso em 09 set. 2013.

SCHUARTZ, Luis Fernando. Inovações e defesa da concorrência: em busca de uma política que minimize os custos de decisões equivocadas. In. **Propriedade intelectual, antitruste e desenvolvimento: o caso da transferência de tecnologia e do software**. Rio de Janeiro:

Editora FGV, 2009.

CADE. Processo Administrativo 08700.002874/2008-81. 2008. Disponível em <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?e15cb044c84cdd37c95ea276bc56d673c6>>. Acesso em 29 ago. 2013.