



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS

ISABELA FIGUEIREDO ANDRADE STOCHIERO

**INFRAÇÕES NO DIREITO DA MODA: plágio, contrafação e concorrência desleal
aplicados na prática**

**BRASÍLIA
2020**

ISABELA FIGUEIREDO ANDRADE STOCHIERO

INFRAÇÕES NO DIREITO DA MODA: plágio, contrafação e concorrência desleal aplicados na prática

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientador: Professor Leonardo Gomes de Aquino.

BRASÍLIA
2020

ISABELA FIGUEIREDO ANDRADE STOCHIERO

INFRAÇÕES NO DIREITO DA MODA: plágio, contrafação e concorrência desleal aplicados na prática

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientador: Professor Leonardo Gomes de Aquino.

BRASÍLIA, 05 DE NOVEMBRO DE 2020

BANCA AVALIADORA

Leonardo Gomes de Aquino

Professor Orientador

Ricardo Vicente Correa de Oliveira

Professor(a) Avaliador(a)

AGRADECIMENTOS

Gratidão por todos os momentos ao longo desses cinco anos de graduação que me mostraram o caminho que devo seguir. Minha trajetória durante o curso foi marcada por dúvidas e incertezas, mas, minha admiração pela profissão, em todas as suas áreas, sempre me despertou o estímulo necessário quando a dificuldade imperava.

Gratidão pelos professores que, com paciência e força de vontade, nos ensinam tudo o que aprenderam e nos fazem acreditar que somos sempre capazes. Mais que uma profissão, ensinar é um dom que poucas pessoas conseguem exercer com tamanha dedicação. Sem sombra de dúvidas, cada um, com sua individualidade, marcou minha trajetória até aqui e serão eternizados em minha história, agregando ensinamentos que vão muito além da sala de aula.

Agradeço à Deus que me deu forças nos momentos que pensei em desistir e me senti incapaz. Ele sempre acreditou em mim, foi e será meu guia em cada etapa que percorrer.

Agradeço aos meus pais, Décio e Rosane, pela oportunidade de cursar o curso de Direito, como também por todo apoio e dedicação ao meu futuro. Eles nunca mediram esforços para me ajudar. Sei que, independente da minha escolha, eles estarão torcendo por mim com todo fervor. Obrigada, meu pai, por me encorajar a concluir o curso com tanto louvor, driblando minhas inseguranças e me fazendo enxergar, muito antes, o prazer e satisfação pessoal que a graduação me gozaria. Hoje, me sinto feliz e com a sensação de dever cumprido.

Agradeço à minha irmã, Rafaela, por acompanhar e viver essa fase ao meu lado. Ela que é minha melhor amiga, futura colega de profissão e almeja sempre o meu sucesso. A todo momento me incentivou e motivou na busca do conhecimento. Tenho ela como minha maior admiração e exemplo de determinação, disciplina e responsabilidade.

Agradeço também aos meus familiares por toda torcida que depositam em mim e por serem minha base.

Agradeço aos meus amigos e colegas de curso por estarem sempre dispostos a me ajudar, pela troca de conhecimentos e vivências. Vocês tornaram essa jornada muito mais leve e feliz.

Agradeço ao meu orientador, Leonardo Gomes de Aquino, pelo apoio e auxílio para a execução da presente monografia, que iniciamos durante uma fase de crise tão crítica do mundo. Grata pela sua paciência e por “vestir a camisa” diante de um tema sugerido por mim com base nos meus gostos pessoais e aceito com tamanha benevolência.

A todos que direta ou indiretamente fizeram parte da minha formação, meu sentimento de gratidão e amor.

LISTA DE FIGURAS

Figura 1: fachada do posto de gasolina.

Figura 2: semelhanças das lojas Mr. Cat versus Mr. Foot.

Figura 3: reserva Inverno 2007 e Junya Watanabe Verão 2007.

Figura 4: comparação vestidos Helmut Lang e Reinaldo Lourenço.

Figura 5: comparação bolsa Hermes (à esquerda) e Village 284 (à direita).

Figura 6: bolsas "piratas" vendidas em rua de comércio popular.

RESUMO

A moda sempre foi um reflexo de valores sociais e culturais, por isso, sempre está em constante transformação. A sua relação com o Direito se estreita a partir do momento em que suas criações começam a ser copiadas e reproduzidas para auferir lucro, propositalmente, necessitando de devida proteção jurídica. Originário nos Estados Unidos, o instituto do *Fashion Law* chegou ao Brasil recentemente sendo tutelado no campo da Propriedade Intelectual. Sendo assim, as criações da moda, em âmbito nacional, são protegidas pelas leis de Direito Autoral (Lei n. 9.610/98) e Propriedade Industrial (Lei n. 9.279/96). Ainda que seja um tema pobre em pesquisas e de pouca relevância social e jurídica, o presente trabalho traz a abordagem penal no que tange ao *Fashion Law*. Comumente, é encontrado trabalhos que discorrem os institutos de proteção da moda, como marca, patente ou direitos do autor. Por outro lado, a partir da metodologia indutiva, o presente trabalho aborda algumas infrações que essas proteções buscam conter: plágio, contrafação e concorrência desleal. Sob esse olhar, com a intenção de ampliar esforços voltados a soluções aplicáveis em tais casos, busca-se debater esses comportamentos notórios do mercado consumerista e que, vistos de fora, não aparentam causar grande impacto. Para melhor visualização dessas práticas, o trabalho é elucidado com casos concretos reais e julgados pelo ordenamento pátrio a respeito de cada um.

Palavras-chave: *Fashion Law*. Direito Penal. Direito Civil. Propriedade Intelectual. Direito da Moda. Plágio. Contrafação. Concorrência Desleal. *Trade dress*.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 O DIREITO E A MODA	11
1.1 Conceitos de <i>Trade Dress</i> e comportamento parasitário	13
1.2 Noções de Propriedade Intelectual	20
2 DAS FALSIFICAÇÕES NO MUNDO DA MODA	26
2.1 Plágio	33
2.2 Contrafação	41
2.3 O Paradoxo da Pirataria	46
3 CONCORRÊNCIA DESLEAL	48
3.1 Da proteção ao <i>Trade Dress</i> através da repressão à concorrência desleal	52
CONSIDERAÇÕES FINAIS	58
REFERÊNCIAS	61

INTRODUÇÃO

A moda possui grande relevância para a sociedade contemporânea e o mercado que dela decorre vive em constante crescimento, estando entre os mais lucrativos e maiores geradores de emprego.

A indústria da moda movimentou na economia mais de R\$ 144 bilhões, segundo dados da Associação Brasileira da Indústria Têxtil e de Confecção (ABIT) de dezembro de 2019. Fato este que, em uma sociedade capitalista, motiva a criação de novos produtos, novas marcas, necessidades e novos profissionais dentro da área. Ou seja, a moda vive em constante mudança e evolução. É como uma via de mão dupla: a moda se faz pela necessidade humana e, à medida que novas necessidades surgem, a moda responde a elas.

O interessante é que sempre há espaço para criações. A moda é efêmera, sazonal. Varia em gostos, estilos, cores, formatos. Varia no tempo, na tendência, na economia e na cultura. Essa característica multifacetada da moda e a constante procura social por novidades, evidenciam sua tamanha importância na sociedade como um todo.

De forma que a moda não se compõe apenas de roupas e acessórios, mas do próprio significado deles decorrente, sua proteção se dá no âmbito do que se denomina, na legislação nacional, Propriedade Intelectual; subdividindo-se em Propriedade Industrial e Direitos Autorais. Para o mundo jurídico, a necessidade dessa proteção traduz a relevância da criação do instituto do *Fashion Law*.

Assim, pode-se dizer que o Direito da Moda protege as relações referentes a vestuários e ornamentos, desde a criação e *design* do produto até a chegada final ao consumidor. Essa ampla esfera de incidência que compreende a atuação desse instituto lhe garante uma abordagem interdisciplinar, passeando por contextos ligados a questões trabalhistas, tributárias, ambientais, penais, entre outros.

Feita essa consideração, o presente estudo foca em institutos de aplicação do Direito da Moda dentro do seu contexto Penal Econômico, dado que o cenário brasileiro atual da advocacia criminal vem se modificando sensivelmente devido ao surgimento de novos interesses a serem tutelados. Por óbvio, situações que carecem da proteção de bens jurídicos individuais permanecem, mas, o que se verifica é a crescente demanda de situações que lidam

também com o Direito Penal Econômico. Assim, muitos são os exemplos da aplicação do Direito Penal na indústria da moda, tais como os crimes ambientais presentes na indústria têxtil e em curtumes brasileiros, os crimes contra as relações de trabalho nas confecções clandestinas e os crimes de falsificação de obras, que é matéria da presente dissertação.

Feita essa consideração, será abordado três práticas que são apresentadas e vivenciadas pelo consumidor em situações do dia a dia. Por outro lado, juridicamente, são marcadas por sanções civis e/ou penais ao infrator e inúmeros efeitos sociais e financeiros à parte lesada. São elas: o plágio, a contrafação e a concorrência desleal.

Vale ressaltar que o trabalho não tem como foco o esgotamento dos temas, mas sim uma análise jurídica e de fácil compreensão desses fenômenos cotidianos que a sociedade, no papel de consumidor, está sujeita. Para tanto, será usada a metodologia indutiva de forma a observar essas situações, ilustrá-las com a prática e relacioná-las com a realidade. Basicamente o que se anseia é trazer esse olhar jurídico a essas situações tão comuns e que, muitas vezes, são postas de lado dada a complexidade desse universo de direitos do autor perante suas obras.

O primeiro capítulo é dedicado à demonstração da conexão do Direito e da Moda, tanto em âmbito internacional, quanto nacional. Nele é realizado um exame a respeito da relevância da moda na atualidade, estabelecendo o nexos entre seus primórdios e como seu papel se repercute na sociedade moderna. Superada a questão da relevância da moda dentro da sociedade contemporânea, trazendo-a para dentro do âmbito jurídico, sendo feito um breve estudo acerca do nascimento do *Fashion Law* e seus efeitos no amplo mundo do Direito.

Ainda nesse capítulo serão apresentados alguns conceitos indispensáveis para a compreensão do objeto de pesquisa: *trade dress*, como qualquer característica de produto ou serviço suficientemente distintiva, e comportamento parasitário, como uma modalidade genérica de concorrência entre concorrentes ou não. Bem como descrito o cerne da tese – o Direito do Autor, seus objetos, proteções, benefícios e dificuldades de adequação. Assim introduzidas, essas ideias serão aplicadas aos demais capítulos referentes a cada infração.

O capítulo subsequente discorrerá sobre o tema de objetivo principal dessa apresentação: os crimes de falsificação de obras que violam os direitos autorais como o plágio e a contrafação, respectivamente. Ainda tido por muitos como sinônimos, a diferenciação de conceitos como cópia e inspiração, usados no combate eficaz dos produtos conhecidos como

inspireds, serão de grande valia para a assimilação da temática e distinção de ambos os ilícitos. Aqui também será abordado sobre o interessante fenômeno global do Paradoxo da Pirataria.

O capítulo três, por sua vez, abordará a chamada concorrência desleal. Outra prática repreendida pelo Direito, para que mantenha harmonia entre os interesses dos empresários, consumidores e da sociedade em geral. Embora essa situação não é tipificada especificamente como falsificação de obra, é uma modalidade delitiva que decorre das anteriores. Trata-se, então, de uma modalidade genérica mas que, em um cenário prático, pode aparecer interligada a outros contextos, podendo ocorrer de forma concomitante em um mesmo fato.

Por fim, concluir-se-á o trabalho fomentando o debate acerca da conscientização do valor da autoria de determinado produto e as várias consequências que sua defraudação traz. Tendo demonstrado como a proteção do mundo *fashion* é legitimada pelo ordenamento brasileiro vigente, se faz fundamental a reflexão de debates a respeito do emprego de elementos protetores das criações intelectuais às singularidades do ramo da moda.

Vale ressaltar que, em que pese se tenha recorrido à doutrina e a conceitos estrangeiros a fim de explicar os entendimentos aplicáveis (visto que o *Fashion Law* é originalmente americano), o presente estudo não pretende fazer uma análise de direito comparado, mas sim trazer um panorama geral da relação entre o Direito Penal Econômico e a Moda, destacando principalmente casos, correntes e legislações nacionais.

1 O DIREITO E A MODA

A história da moda atravessa os séculos refletindo os costumes e os acontecimentos da sociedade. Os primeiros traços da relação entre Moda e Direito podem ser observados na Roma Antiga, período em que a própria legislação romana se ocupava em definir como os cidadãos deveriam se vestir. As vestimentas diferenciadas eram uma forma de estabelecer hierarquia entre a população, de modo que fosse possível discernir visualmente os cidadãos. Naquela época, o ato de trajar-se como um membro de uma classe distinta era tido como um delito grave.

Já na segunda metade do século XIX, o inglês Charles Worth protagonizou a criação e confecção de venda de roupas de acordo com os estilos de moda do período. Ele se destaca justamente por apresentar, para a época, um novo lado da moda. Suas criações exteriorizavam seu gosto e humor e eram apresentadas à sociedade pelos desfiles¹ de moda, oportunidade em que os clientes podiam comprar as peças.

Para Braga (2007, p. 64), “Worth exteriorizava seu gosto e suas vontades no processo de elaboração das roupas, dando aval e prestígio ao assinar a sua criação”. Precursor dos trabalhos autorais, a ideia se proliferou pelo mundo, especialmente em Paris, onde uma série de estilistas passaram a ser reconhecidos por suas obras.

Após a Primeira Guerra Mundial, com a evolução tecnológica, o estilista francês J. C. Weill criou o segmento que democratizou a moda e barateou os custos de produção, iniciando assim, uma nova fase: o *prêt-à-porter* (pronto para vestir). Esse conceito de moda é popular até os dias de hoje, pois possibilita o cliente a experimentar o produto na hora, em vez de mandar fazê-lo sob medida.

Destarte o processo evolutivo da moda, ela corresponde a um fenômeno social amplo que influencia padrões culturais, sociais e econômicos da sociedade. Em face da sua complexidade e por ter se tornado um dos grandes negócios do século XXI, esse mercado resultou em um crescimento substancial de controvérsias a ele relacionados. Contudo, vive em contínua e ativa expansão, gerando uma diversidade de relações em toda sua cadeia produtiva, criativa e consumidora, o que ocasiona a necessidade de devida e especializada atenção jurídica ao tema.

¹ Segundo Frédéric Monneyron (2007) esse é o contexto do surgimento da Alta Costura.

A medida que os anos passam, a sociedade se torna mais complexa e culturalmente fragmentada, dividida em grupos que se compõem na medida que apresentam gostos e estilos de vida semelhantes. A partir do momento que a moda começou a ser vista como elemento vinculado ao conceito de individualidade, subjetividade e estilo de vida, a sua importância e impacto na sociedade se faz eterna. Assim, a moda se faz presente diariamente na vida da sociedade. Infinitas relações jurídicas decorrem dela e, o Direito, é usado como instrumento mediador dos possíveis litígios resultantes dessa interação.

A crescente participação dessa indústria na economia impulsionou o desenvolvimento desse novo ramo mercadológico do Direito: o *Fashion Law*. Concorde a finalidade do Direito de resguardar as garantias de cada indivíduo, em todas as suas fases, esse novo campo visa proporcionar ao mercado o amparo legal devido em todas as criações de moda.

Dito isso, em 2006, nasceu o *Fashion Law*. Mais precisamente em Nova Iorque, na Universidade de Fordham, a Professora Susan Scafidi criou uma disciplina que objetivava o debate à falta de proteção (pelo *Copyright*)² das criações da indústria da moda no país. Como outros países também experimentam essa dificuldade, ainda que de forma distinta, o tema foi se internacionalizando ao longo dos anos e, em 2011, o Brasil foi um dos primeiros a adotá-lo.

O instituto não se traduz em um novo ramo do Direito, mas sim na aplicação dos institutos já existentes a temas peculiares da indústria *fashion*. Trata-se de uma linha multidisciplinar que envolve, entre outros, o Direito Civil, o Comercial, o Tributário, o Concorrencial, o do Comércio Internacional, o Trabalhista, o Ambiental, Penal e o Consumerista.

Em se tratando do Direito da Moda brasileiro, o qual inclui vestuários e acessórios, é ancorado por um contexto histórico de escassos estímulos ao desenvolvimento de atividades criativas. A cópia não é uma prática tão usual no Brasil por acaso. Desde o período colonial o Brasil é acostumado a valorizar e priorizar o que vinha do exterior, na época, o que vinha das caravelas portuguesas.

Isso se deve ao fato da escassez de mão de obra nas lavouras e minas e, assim, o encerramento massivo na produção de tecelagens e fiações. Por serem produtos de baixa

² Direito exclusivo do autor, compositor ou editor de imprimir, reproduzir ou vender obra literária, artística ou científica; direito autoral.

qualidade e valor, o pouco que era produzido era destinado aos escravos. Com esse *déficit* na produção de vestimentas o anseio das demais classes sociais passou a ser esperar por vestuários importados.

Em que pese o consumidor brasileiro ser visto, até meados do século XX, como meros reprodutores de padrões estéticos europeus e norte-americanos, com a crise econômica ocasionada pelo Plano Collor, a moda nacional começou a ganhar reconhecimento e a descoberta da “vida criativa” do país passou a ser aceita no exterior aos poucos.

Finalmente, nos anos 2000, marcado pela evolução tecnológica e pela globalização, a moda lidera o ranking nacional como o mercado mais lucrativo e forte do país. Por conseguinte, marcas nacionais ganham cada vez mais destaque entre o público local e internacional, o que movimenta a busca por profissionais capacitados e consequentemente por cursos especializados na criação, produção e venda de produtos.

1.1 Conceitos de *Trade Dress* e comportamento parasitário

Conforme anteriormente dito, para compreender melhor os efeitos do *Fashion Law* e sua aplicabilidade, é fundamental entender dois conceitos: *trade dress* e comportamento parasitário.

O primeiro, de origem norte-americana, determina a individualidade do produto, o que o faz ser identificado entre seus concorrentes mesmo sem a presença da marca ou logo. Basicamente, o conjunto de elementos identificativos de uma marca. Podem ser, portanto, cores, formatos, frases, sons ou qualquer outro sinal distintivo.

No Brasil, a proteção ao *trade dress* em si não é prevista em legislação específica, preocupando-se os diplomas legais brasileiros exclusivamente com a proteção aos elementos individuais registráveis (nome, marca, desenho tridimensional, por exemplo) que compõem o conjunto-imagem como um todo. A jurisprudência, contudo, tem se encarregado de combater eventuais violações ao conjunto-imagem.

A referida proteção tem sido garantia fundamentada no artigo 5º, inciso XXIX, da Constituição Federal (BRASIL, 1988): “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”.

Além da perda de lucro, o uso indevido do *trade dress* alheio pode provocar um abalo da honra objetiva da marca, que em decorrência de tal ação, tem colocado em xeque a qualidade de seu produto perante sua clientela, o que pode lesionar sua boa reputação no mercado (BRASIL, 2009).

Em 2018, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo condenou em Apelação a empresa Depetrol Derivados de Petróleo LTDA. – apelado – pela prática de *trade dress* em relação à marca Shell. Na presente ação, tem-se como apelante a empresa Raízen Combustíveis S.A. que, juntamente com o apelado, detinham um contrato de exploração do posto de combustíveis da marca Shell, atualmente rescindido. Alega-se que o apelado continua utilizando as cores características da identidade visual da Shell, de forma que possa causar confusão aos consumidores por ser ainda associado à marca (BRASIL, 2018).

Figura 1: fachada do posto de gasolina.



Fonte: jota.info.

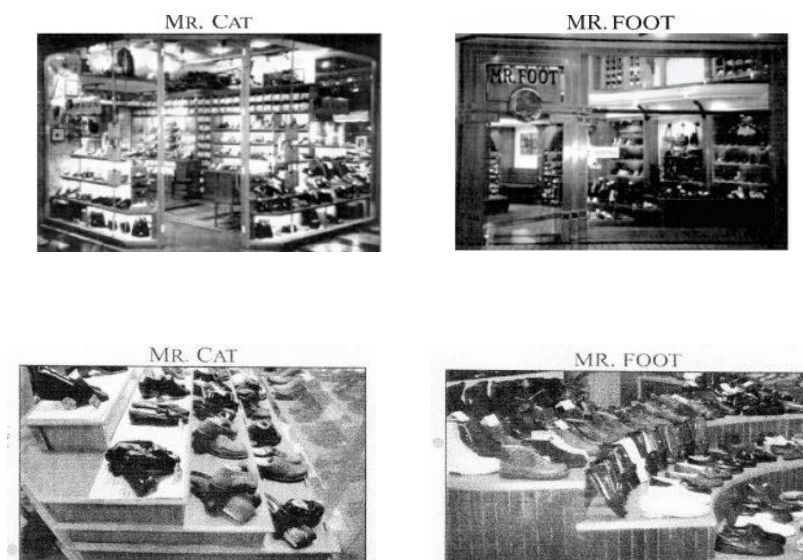
Em 1º grau, a ação foi julgada improcedente, facultando a um posto revendedor de combustíveis a utilização da combinação de cores características dos postos da rede Shell, quais sejam, vermelho e amarelo.

No Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o ministro relator Carlos Dias Motta reformou a decisão, destacando a proteção da marca dentro de um determinado segmento de mercado abrangendo os elementos visuais de cores e *trade dress*, bem como ordenando a descaracterização do posto de combustível condenado com a retirada de todos os elementos visuais Shell. Segue trecho do referido voto:

Como é cediço, a proteção da marca, dentro de um determinado segmento de mercado, abrange também os respectivos elementos visuais (cores e *trade dress*). Daí porque o uso das mesmas cores por outras marcas (como o Mc Donald's) é possível desde que não atuem no mesmo segmento de mercado (posto de combustíveis). Assim, conquanto a descaracterização do estabelecimento apelado tenha sido parcial, com alteração das cores da conveniência, ducha e óleo, a testeira do posto permanece ostentando as cores características da marca Shell, inclusive no que toca à disposição visual (tira branca fina no topo, tira amarela grossa no meio e tira vermelha fina abaixo). Assim, é desnecessário a utilização de todo o conjunto dos elementos visuais que identificam a autora, sendo suficiente somente a utilização indevida de alguns elementos, como cores corporativas, para caracterização da violação contratual, eis que existe obrigação expressa para que a parte não utilize qualquer sinalização (BRASIL, 2018).

Ainda, as empresas nacionais do ramo de calçados Mr. Cat e Mr. Foot também litigaram (BRASIL, 1997) no sentido da individualização das marcas. A primeira alega ter se sentido imitada pela segunda, desde o projeto arquitetônico e configuração visual das lojas até às embalagens dos produtos. A autora alega que teve copiado seus elementos caracterizadores, tais como utilização de caracteres de madeira e calçados colocados em compartimentos cobertos por sacolas de tecido (ANDRADE, 2014, p. 22). Entretanto, o judiciário entendeu pela inexistência de violação quanto às marcas, porém, considerou que a marca Mr. Foot violou o design interior das lojas da autora.

Figura 2: semelhanças das lojas Mr. Cat versus Mr. Foot.



Fonte: Soares, 2017.

Algumas decisões judiciais brasileiras, embora não apresentem a palavra “*trade dress*” levam consigo a ideia apresentada em torno do conceito e têm sido resolvidas com base na

proteção à propriedade industrial e no combate à prática da concorrência desleal (posteriormente tratada).

Ao comentar sobre o caso descrito acima, José Carlos Tinoco Soares (2017) afirma que, embora nem a sentença nem o acórdão tenha se utilizado do termo específico, não há dúvidas de que se trata de caso de violação do conjunto imagem da rede de calçados Mr. Cat. Isto posto, porque restou evidenciada a semelhança do conjunto imagem total do estabelecimento, englobando as vitrines, cores, marca, bancos, expositores de calçados, entre outros.

Cumprir trazer também o Recurso Especial n. 1.527.232/SP (BRASIL, 2018) que trata da competência acerca do órgão julgador dos processos que versem sobre esse conceito de *trade dress* (conjunto imagem como referido na ementa).

A segunda concepção que o *Fashion Law* traz é a chamada de comportamento parasitário. Essa definição compreende dois tipos de pensamento: aproveitamento parasitário e concorrência parasitária, aplicadas a depender do caso concreto.

Conceitualmente são expressões absolutamente distintas. Muito embora sejam classificações onde o personagem do parasita é um traço marcante e característico, elas não se confundem, apenas se tangenciam.

A figura do parasita se beneficia injustamente da criação, do esforço, dos investimentos e do *know-how* do outro.

O aproveitamento parasitário pode ser tido como a tentativa de uma empresa em tirar proveito da propriedade intangível da outra, como: elementos atrativos de clientes, trabalho, investimentos, marca ou reputação. Não há, necessariamente, a competição entre elas no mesmo ramo mercadológico.

Em linhas gerais, ocorre a partir do aproveitamento de marketing, da publicidade e das próprias campanhas promocionais de lançamento de produtos que podem ser, ou não, concorrentes.

Corroborando essa interpretação segue um trecho do estudo do advogado e mestre Rafael Neumayr:

O presente trabalho aborda o chamado aproveitamento parasitário, reconhecido como sendo a conduta desleal realizada por um empresário contra agente econômico que não é seu concorrente. O parasitismo é comportamento sutil, por vezes sofisticado, e consiste na obtenção de vantagens indevidas mediante utilização de bens integrantes do ativo imaterial de uma empresa com a qual o ‘parasita’ não dispute o mercado. A modalidade mais comum é aquela na qual o empresário faz uso de elementos de identificação – especialmente de marcas registradas e nomes empresariais famosos – de empresa não concorrente, para caracterizar os seus próprios negócios. Mas também tem lugar quando se imita a fachada de um estabelecimento, o design de uma embalagem, a marca não registrada, a insígnia, o título de estabelecimento ou o nome de domínio na Internet, de modo a ocasionar associação entre as empresas atuantes em ramos ou territórios distintos. O ponto crítico do instituto reside no fato de que ele se situa além dos limites de proteção conferidos às marcas e ao nome empresarial – territorial, temporal ou relacionado a uma área econômica –, ou se caracteriza pela utilização de elementos de identificação que não possuem regime especial de proteção conferido pela legislação. Por inexistir no ordenamento norma que impeça expressamente o aproveitamento realizado por empresa não concorrente, e igualmente por não haver desvio de clientela. O aproveitamento parasitário pode ser caracterizado como o exercício irregular de um direito que ocasione dano à reputação, ao prestígio da marca afamada num determinado seguimento de mercado e, de outro lado, representa permitir o enriquecimento sem causa por parte daqueles que se valem da boa fama e valor do signo conhecido. Nessa modalidade, o parasita se aproveita de um elemento atrativo da clientela de terceiro que, no mais das vezes não é seu concorrente direto, sem a intenção de prejudicar e desviar a clientela, porém se enriquecendo ilícitamente graças ao esforço e trabalho do empreendimento daquele (NEUMAYR, 2010, p. 7).

Já a concorrência parasitária, só ocorre entre concorrentes, mesmo porque, se assim não fosse, não haveria razão de denominá-la como “concorrência”. Aqui estamos diante de uma espécie do gênero concorrência desleal, a ser tratado posteriormente (opinião unânime entre a grande maioria dos doutrinadores).

É quando se utiliza de sinais distintivos alheios em produtos e serviços diversos, porém afins. Os produtos do parasita, que são lançados posterior aos produtos copiados, se apresentam de forma distinta, com sua própria marca, cores e distintivos, sem buscar se sobrepor ou fazer-se passar pelo concorrente. Consequentemente, são produtos com preços mais baixos e, geralmente, de qualidade inferior, gerando assim, ganhos indevidos e a perda da unicidade do sinal copiado, pela sua diluição.

Não há como negar, ao menos, a presença da concorrência parasitária, caracterizada pelo ato danoso e predatório de concorrência, na qual o infrator, atuando como verdadeiro parasita, procura aproveitar-se inescrupulosamente do esforço alheio, alavancando os seus negócios sem a contrapartida de labor e esforço próprios (SILVA, 2013, p. 85).

Na prática o que ocorre usualmente é o uso de links patrocinados: o uso, por terceiro sem autorização, de nome comercial ou insígnia – entenda-se também, marca –, a motivar a imputação de concorrência desleal.

Esse pensamento tem respaldo na decisão de 2011 da 5ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na Apelação Cível n. 9211621-47.2006.8.26.0000, sobre o conflito entre as marcas NAKOMBI e NAFUKA. A seguir, transcrevo um trecho do relatório da desembargadora Christine Santini que descreve de forma clara e sucinta a disputa envolvendo as marcas, tecnicamente classificada como “colidência ideológica”:

Narra o autor que, fundado em 1997, é um dos mais renomados e sofisticados restaurantes da culinária japonesa, reconhecido nacional e internacionalmente, servindo pratos em um veículo tipo Kombi dentro do próprio restaurante, daí o seu nome.

Sustenta cristalina a contrafação pela ré, em face da imitação da marca do autor do ponto de vista ideológico, na medida em que NAKOMBI e NAFUKA remetem a idêntico significado, consistente na associação da partícula “na” ao nome de veículos populares, resultando em palavra de três sílabas, cuja pronúncia lembra palavra de origem oriental ou sobrenome japonês, assim como da coincidência do elemento figurativo de cada uma das marcas correspondente à utilização de um modelo de veículo popular, estilizado com formas arredondadas, dentro de um círculo, com atribuição de olhos puxados e utilização de faixa preta.

Argui que a manifesta imitação de marca visa desviar a sua clientela, confundindo o consumidor a aproveitar-se parasitariamente do prestígio e reputação da sua marca. Sustenta que esta conduta se agrava com a intenção da ré de inaugurar uma nova unidade do seu restaurante na rua Ministro Jesuíno Cardoso, número 190, a três quarteirões do restaurante NAKOMBI da Vila Olímpia (BRASIL, 2011).

Vale salientar que, apesar de a autora ter alegado desvio de clientela e aproveitamento parasitário do prestígio e reputação de sua marca, a conduta da ré foi classificada pela referida desembargadora como “concorrência parasitária” por estarem situadas em locais distintos (NAKOMBI na zona oeste e NAFUKA na zona leste), o que não permitiria o desvio de clientela.

Ressalte-se que o fato das partes se encontrarem em endereços distintos (Nakombi na zona oeste e Nafuka na zona leste), dificultando, como observou MM. Juízo *a quo*, o alegado desvio de clientela, não é suficiente para afastar a clara tentativa de concorrência parasitária, mas tal fato deve ser considerado para o arbitramento dos danos morais na quantia de R\$ 10.000,00, considerada suficiente e não exagerada em face das circunstâncias do caso concreto (BRASIL, 2011).

De certo, tal análise só pode ser feita caso a caso, *erga alios*, pelo Judiciário, devendo assim ser levadas em conta as particularidades de cada concorrente frente ao outro. Se verificada a possibilidade de danos ao concorrente e de

desvio de clientela, o ato ilícito poderá ser classificado como concorrência desleal, inclusive como crime para os fins penais (art. 195, III, da Lei de Propriedade Industrial). Por outro lado, se verificada a inexistência de possibilidade de desvio de clientela entre concorrentes setoriais, a conduta deverá ser classificada como concorrência parasitária, uma espécie do gênero concorrência desleal, incurso no art. 209, da Lei de Propriedade Industrial, que regula a responsabilidade civil pela concorrência desonesta (PORTILHO, 2011, p. 97).

De certo é um tema um tanto quanto subjetivo, onde há espaço para uma densa e complexa discussão. Contudo, são conceitos intimamente ligados ao assunto que aqui será abordado. Para introduzir o tema principal é preciso essa contextualização e, para evitar uma possível confusão no leitor, cabe sugerir que a expressão “comportamento parasitário” seja usada como uma classificação que englobe os tipos supracitados: concorrência parasitária e aproveitamento parasitário.

A preferência por esse termo, inclusive, já havia sido manifestada por José Roberto D’Affonseca Gusmão, em seu estudo sobre o aproveitamento parasitário e, mais tarde, aderida pela advogada Deborah Portilho:

O fato de um comerciante ou industrial usar uma marca ou outro direito de propriedade industrial, sem se endereçar à mesma clientela, constitui ato de aproveitamento do renome alheio. Na ausência de uma relação de concorrência comercial, os autores e os tribunais de diferentes países se recusam a aplicar os princípios concernentes à concorrência desleal. Por esta razão, prefere o autor, do ponto de vista jurídico, designar o fenômeno como de “comportamento parasitário”, lembrando, no entanto, que são atos reprimíveis e sua condenação fundada juridicamente (GUSMÃO, 1993, p. 4). Assim, para evitar que a confusão de que se trata continue ocorrendo, cabe sugerir que a expressão “comportamento parasitário” seja usada como gênero das espécies onde ele pode ser verificado, quais sejam: a concorrência desleal, a concorrência parasitária e o aproveitamento parasitário (PORTILHO, 2012, p. 25).

Ainda de acordo com Neumayr (2010, p. 126), “são poucos os casos de aproveitamento parasitário propriamente dito julgados no Brasil”, o que demonstra, segundo ele, “que o entendimento do instituto do parasitismo ainda se encontra em estado de plena construção e sistematização”.

No Brasil, em virtude da pouca quantidade de casos levados ao Judiciário, percebe-se em geral uma grande confusão conceitual, salvo poucas exceções, com ausência de domínio das definições de aproveitamento parasitário, violação contra marcas registradas, concorrência parasitária, concorrência desleal, marca de alto renome e marca notoriamente conhecida. Por vezes o aproveitamento parasitário é citado como sinônimo de violação à propriedade de marca e concorrência desleal (NEUMAYR, 2010, p. 118).

Faz-se mister citar o Projeto de Lei do Senado n. 308 (BRASIL, 2006) como um divisor de águas no que diz respeito a incorporação da expressão “aproveitamento parasitário” no ordenamento brasileiro, embora comumente ainda cause interpretações distintas e, não raras as vezes, essas expressões são usadas como sinônimos, tanto na doutrina, quanto na jurisprudência:

Marca BIC x Marca BICO

Apelação – Propriedade Industrial – Colidência entre marcas – Expressão amplamente conhecida Recurso e remessa improvidas.

I – Agravo retido improvido por não se visualizar necessidade de realização de prova pericial requerida.

II – No mérito, ainda que se admita que os vocábulos “Bic” e “Bico” não se confundem, o fato é que o primeiro ganhou (ao longo dos anos) tamanha distinção no mercado, que a simples menção de seus termos – independente do segmento – remete o público consumidor a uma linha específica de artigos para papelaria e escritório liderados por uma caneta esferográfica mundialmente conhecida.

III – Assim sendo, forçoso confirmar a sentença, não se visualizando, no caso, nenhuma possibilidade de coexistência entre os signos, face ao propósito nítido de aproveitamento parasitário de fama e prestígios alheios.

IV – Apelação e remessa necessária improvidas (BRASIL, 2010).

Ao analisar os produtos que a marca BICO³ visa assinalar, percebe-se que esta atua no mesmo mercado que a famosa marca BIC. E se são concorrentes, configura-se caso de concorrência parasitária e não de aproveitamento parasitário.

Diante do exposto, verifica-se que em caso de uso de prestígio, fama, renome ou criações de terceiro para promoção própria, a custo daquele, ainda que não haja situação de concorrência ou intenção de prejudicar – caracteriza-se o aproveitamento parasitário. Este, não deve ser confundido com “concorrência parasitária”, pois não estabelece relação entre o titular da marca e aquele que se utiliza da fama desta.

1.2 Noções de Propriedade Intelectual

Dentre as matérias abarcadas pelo Fashion Law está a propriedade intelectual.

Cumprе ressaltar que, ao falar-se em indústria da moda, está-se referindo a um contexto global que abarca todas as etapas, processos, origens e materiais que resultam num produto final. Outrossim, engloba o processo de produção de matéria prima, de novas

³ Em pesquisa ao banco de dados do INPI conclui-se que os registros da referida marca compreendem a mesma classe mercadológica da marca BIC (ramo de papelaria).

tecnologias, confecções, disposições criativas e originais, até as formas de apresentação ao público.

A Propriedade Intelectual, como gênero, divide-se em duas abrangentes áreas: a Propriedade Industrial (Lei n. 9.279, de 14/05/1996 – Lei da Propriedade Industrial), que engloba as patentes, marcas, desenho industrial, indicações geográficas, e abrangendo questões sobre concorrência desleal; e o Direito Autoral (Lei n. 9.610, de 19/02/1998 – Lei dos Direitos Autorais), relativo às obras literárias e artísticas, programas de computador, domínios na Internet e cultura imaterial, sendo que os programas de computador (softwares) possuem legislação própria (Lei n. 9.609, de 19/02/1998 – Dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no País, e dá outras providências).

As obras que possuem valor intelectual são protegidas pelo direito autoral, uma vez que são a materialização da criatividade expressada pelo autor. Estão aqui incluídas as obras de todos os âmbitos produzidas pelo intelecto humano, sejam elas literárias, artísticas, científicas, entre outras. Além disso, estão incluídos também os projetos e desenhos dos estilistas que não tenham sido objeto de registro como desenho industrial ou marca, ou qualquer outra forma possível prevista na Lei de Propriedade Industrial.

A partir do conjunto destas, temos, juridicamente, a chamada propriedade intelectual.

A criatividade do homem se exerce ora do campo da técnica, ora no campo da estética. Em consequência, a proteção jurídica ao fruto dessa criatividade também se dividiu em duas áreas: a criação estética é objeto do direito do autor; a invenção técnica, da Propriedade Industrial (SILVEIRA, 2012, p. 63).

Contudo, não é qualquer obra intelectual que está amparada pela LDA (Lei de Direitos Autorais – Lei n. 9.610/98). Em seus artigos 7º e 8º, elencam, respectivamente, as obras que podem ser protegidas e as que não podem.

Art. 7º São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como:

I - os textos de obras literárias, artísticas ou científicas;

II - as conferências, alocações, sermões e outras obras da mesma natureza;

III - as obras dramáticas e dramático-musicais;

IV - as obras coreográficas e pantomímicas, cuja execução cênica se fixe por escrito ou por outra qualquer forma;

V - as composições musicais, tenham ou não letra;

VI - as obras audiovisuais, sonorizadas ou não, inclusive as cinematográficas;

VII - as obras fotográficas e as produzidas por qualquer processo análogo ao da fotografia;

VIII - as obras de desenho, pintura, gravura, escultura, litografia e arte cinética;

IX - as ilustrações, cartas geográficas e outras obras da mesma natureza;

X - os projetos, esboços e obras plásticas concernentes à geografia, engenharia, topografia, arquitetura, paisagismo, cenografia e ciência;

XI - as adaptações, traduções e outras transformações de obras originais, apresentadas como criação intelectual nova;

XII - os programas de computador;

XIII - as coletâneas ou compilações, antologias, enciclopédias, dicionários, bases de dados e outras obras, que, por sua seleção, organização ou disposição de seu conteúdo, constituam uma criação intelectual.

§ 1º Os programas de computador são objeto de legislação específica, observadas as disposições desta Lei que lhes sejam aplicáveis.

§ 2º A proteção concedida no inciso XIII não abarca os dados ou materiais em si mesmos e se entende sem prejuízo de quaisquer direitos autorais que subsistam a respeito dos dados ou materiais contidos nas obras.

§ 3º No domínio das ciências, a proteção recairá sobre a forma literária ou artística, não abrangendo o seu conteúdo científico ou técnico, sem prejuízo dos direitos que protegem os demais campos da propriedade imaterial (BRASIL, 1998).

Art. 8º Não são objeto de proteção como direitos autorais de que trata esta Lei:

I - as ideias, procedimentos normativos, sistemas, métodos, projetos ou conceitos matemáticos como tais;

II - os esquemas, planos ou regras para realizar atos mentais, jogos ou negócios;

III - os formulários em branco para serem preenchidos por qualquer tipo de informação, científica ou não, e suas instruções;

IV - os textos de tratados ou convenções, leis, decretos, regulamentos, decisões judiciais e demais atos oficiais;

V - as informações de uso comum tais como calendários, agendas, cadastros ou legendas;

VI - os nomes e títulos isolados;

VII - o aproveitamento industrial ou comercial das ideias contidas nas obras (BRASIL, 1998). (Grifo do autor)

Ao passo que o artigo 7º tenha rol exemplificativo, o artigo 8º não teve pacificado pela doutrina sua possível taxatividade, o que representa uma margem de criações que possivelmente se enquadram em tais requisitos, como por exemplo o design de joias.

O setor joalheiro não está incluso no rol do artigo 7º, no entanto, o judiciário brasileiro interpreta essas peças artísticas como passíveis desse tipo de proteção.

Além disso, o direito autoral brasileiro também é regido por diversos acordos e Convenções entre Estados, como por exemplo, Convenção de Berna (revista em Paris em 24.07.71 – Decreto n. 75.699, de 06.05.75), Convenção Universal sobre o Direito de Autor (Decreto n. 76.905/1975), a Convenção Interamericana sobre os direitos de autor em obras

literárias, científicas e artísticas, também conhecida como Convenção de Washington (Decreto n. 26.675/1949) e a Convenção que instituiu a OMPI - Organização Mundial da Propriedade Intelectual – (Decreto n. 75.541 de 31.03.1975. Todas estas Convenções corroboram a proteção prevista na legislação pátria.

Por outro lado, a propriedade industrial veio a complementar o direito do autor. Conforme expresso em legislação própria (LPI), é também um meio protetivo eficaz, indispensável de registro.

Art. 95. Considera-se desenho industrial a forma plástica ornamental de um objeto ou o conjunto ornamental de linhas e cores que possa ser aplicado a um produto, proporcionando resultado visual novo e original na sua configuração externa e que possa servir de tipo de fabricação industrial (BRASIL, 1998).

A obtenção do registro de desenho industrial confere aos titulares “privilégio temporário, que lhes assegura o direito de usar, gozar, e dispor de sua obra, bem como o de explorá-la, comercial e industrialmente, de modo exclusivo” (CERQUEIRA, 2012, p. 197).

Assim, objetos ornamentais bidimensionais ou tridimensionais de caráter estético, que conferem ao produto um design original e novo⁴ em sua forma, são regidos pelo desenho industrial.

Em que pese exista uma gama de produtos que podem ser protegidos por tal instituto, a lei estabelece expressamente aqueles que não podem: qualquer obra de caráter puramente artístico (art. 98 da LPI) – visto que é imprescindível a aplicação industrial –, qualquer obra contrária à moral e aos bons costumes (art. 100, I, da LPI) e a forma necessária comum ou vulgar ou, ainda, a forma essencialmente técnica ou funcional (art. 100, II, da LPI).

Na prática há uma certa dificuldade de aplicação desse instituto. Como expressamente definido por lei, as obras que carecem de tal proteção são as obras de caráter puramente artístico, as formas necessárias ou comuns do objeto ou as formas essencialmente técnicas ou funcionais. No entanto, raramente um produto oriundo da indústria da moda detém caráter puramente artístico, haja vista sua inafastável faceta utilitária. Além disto, no que concerne à forma, partem quase todos de formas comuns e funcionais.

⁴ Requisitos observados a partir da aplicação da forma do produto, podendo a mesma já ser conhecida, desde que disposta de maneira inovadora.

Dessarte, urge a polêmica de possibilidade de proteção dupla aos produtos da indústria da moda: uma parte da doutrina acredita ser possível a proteção por desenho industrial ser cumulada a proteção por direito autoral em um mesmo bem. Aos que defendem essa impossibilidade, o já citado art. 98 serve de alicerce.

Desta forma, conclui-se que, para que se delimite a forma de proteção mais adequada, é necessário avaliar se o objeto que se pretende proteger e a função que se pretende abarcar. Em se tratando de matéria-prima ou processo de produção inovadores, adequada será a proteção através de patente.

Em caso de produto final de caráter artístico, criativo e original, a proteção poderá se dar por direito autoral, considerando-se que o aspecto utilitário não constitui uma vedação à essa proteção. Assim, quando o ativo em questão se tratar de criação que possa ser entendida como uma obra de arte, será passível de proteção por direito autoral.

O desenho industrial, por sua vez, será aplicável ao contexto quando a intenção for proteger o aspecto ornamental original e novo do produto, ou seja, a disposição física do ornamento conferido ao item, respeitadas as vedações ao aspecto puramente funcional.

No entanto, esse posicionamento não é unânime. Jabur e Santos (2014, p. 221) afirmam que “as obras utilitárias também podem ser protegidas pelo direito de autor, pois a lei não veda a finalidade utilitária da obra, somente exige que exista uma finalidade também estética”⁵. Por sua vez, Bittar (2015, p. 45), ao diferenciar obras de finalidade estética de obras utilitárias, faz uma ressalva em relação à “obra de arte aplicada”, a qual ensejaria proteção tanto por direito autoral quanto pelos métodos relativos à propriedade industrial, em especial o desenho industrial.

A fim de amenizar tal debate, a Comissão Especial de Propriedade Imaterial da Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional de São Paulo, se posicionou no sentido de que a criação será passível de proteção por direito autoral somente quando demonstrar valor artístico, ao passo que, se houver somente uma espécie de variação da forma comum que seja original, o item será protegido por desenho industrial.

⁵ Conforme Carlos Alberto Bittar (2015, p. 27), a estética da obra é elemento fundamental cujo não se pode prescindir cuidados.

Não obstante, o fato de haver produção em larga escala praticada por diversas empresas do setor, não retiram da peça seu caráter artístico, conforme destacado por Pedrozo (2015, p. 21): “o fato de haver a reprodução de obras não as exclui de serem obras artísticas, pois as mais conhecidas e mais protegidas são as que possuem em sua própria espécie a fabricação em série, como os livros, discos, filmes, etc.”

Ora, se a moda, tendo em vista sua compreensão de que designs têxteis e de vestuários e demais utilitários também são criações estéticas, e estes, são o resultado material de alguma ideia, por que não carecerem da mesma proteção?

2 DAS FALSIFICAÇÕES NO MUNDO DA MODA

As empresas de moda estão cercadas por informalidades das mais diferentes modalidades. Há quem descumpra obrigação trabalhista, tributária, desrespeite direitos e liberdades fundamentais em ambientes de trabalho, ignore planos de negócios e mapas de riscos e até viole direitos alheios. Dessa forma, é cediço que muitos são os exemplos da aplicação do Direito Penal nessa indústria.

No cenário brasileiro atual, a advocacia criminal vem se modificando sensivelmente devido ao surgimento de novos interesses a serem tutelados. Por óbvio, situações que carecem da proteção de bens jurídicos individuais permanecem, mas, o que se verifica é a crescente demanda de situações que lidam também com o Direito Penal Econômico.

Como uma especialidade do Direito Penal, o bem jurídico aqui tutelados é a ordem pública econômica e, uma vez transgredida, reflete no funcionamento regular do processo econômico de produção, circulação ou consumo de riquezas de quem o detém (BETTI, 2000). Ou seja, ocorre crime econômico nas situações em que fins de lucro, prestígio ou progresso são procurados por meios ilegítimos.

Portanto, estamos diante de um direito interdisciplinar de grande atualidade na ciência penal e empresarial, tutelado pela propriedade intelectual, visto que nessas situações é dado ao legislador a dupla competência de definir, com relativa autonomia, quais são os interesses dignos de tutela e quais as penas que irão desempenhar tal proteção.

Como por definição a indústria da moda é baseada em tendências é comum designers serem influenciados uns pelos outros. O processo criativo envolve a busca por referências de mercado, situação essa que é ainda mais notória devido a ampla divulgação de tendências nas mídias. Esse cenário ainda se agrava quando um autor for especialmente bem-sucedido com um determinado item ou produto, aumentando o leque de concorrentes que, possivelmente, irá tentar imitá-lo.

Todo aquele tempo que a empresa investiu criando, pesquisando, escolhendo material é inversamente proporcional ao tempo da produção de suas cópias. No mundo de hoje, copiar o produto é garantia de venda e, além disso, é garantia de produção rápida com custo baixo.

Inclusive, existem empresas que são especializadas em cópias e agem de tal maneira que é até difícil descobrir se um produto consiste em um original ou cópia.

Assim, surgem práticas que representam violação da propriedade intelectual da empresa ou do criador em causa e ainda, por muitas vezes, são apresentadas e vivenciadas pelo consumidor sem aparentar qualquer ilegalidade. Por outro lado, juridicamente, são marcadas por sanções civis e penais, pois visualiza-se, claramente, a ilicitude da conduta.

Doutrinariamente, essa violação do direito autoral é classificada como crime comum de mera conduta, ou seja, pouco importa a produção do resultado para a existência do delito. Em geral são crimes instantâneos, se consumando em um só momento e de natureza penal de iniciativa privada.

Esse tipo de prática é o que se denomina como crime de falsificação de obras, abrangendo diferentes tipos e modalidades. Aqui retrataremos sobre duas delas: o plágio e a contrafação, ambas encontram respaldo em duas leis específicas: a Lei de Direitos Autorais (Lei n. 9.610/98) e a Lei da Propriedade Industrial (Lei n. 9.279/96), a depender de suas singularidades.

Nesse âmbito, pressupõe-se que, para a ocorrência destas, exista um produto original, uma criação anterior e que, a partir dela, origina-se uma cópia. Para essa situação, onde o criador tem copiada sua criação e, conseqüentemente, violado seu direito de autor perante ela, a Constituição Federal em seu artigo 5º, XXVII e XXVIII ostenta devida proteção:

XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;

XXVIII - são assegurados, nos termos da lei:

- a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;
- b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas (BRASIL, 1988).

Ainda, no Código Penal Brasileiro, o artigo 184 prevê as devidas sanções para o infrator (BRASIL, 1940):

Violação de direito autoral

Art. 184. Violar direitos de autor e os que lhe são conexos: (Redação dada pela Lei n. 10.695, de 1.7.2003)

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa. (Redação dada pela Lei n. 10.695, de 1.7.2003)

§ 1º Se a violação consistir em reprodução total ou parcial, com intuito de lucro direto ou indireto, por qualquer meio ou processo, de obra intelectual, interpretação, execução ou fonograma, sem autorização expressa do autor, do artista intérprete ou executante, do produtor, conforme o caso, ou de quem os represente: (Redação dada pela Lei n. 10.695, de 1.7.2003)

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa. (Redação dada pela Lei n. 10.695, de 1.7.2003)

§ 2º Na mesma pena do § 1º incorre quem, com o intuito de lucro direto ou indireto, distribui, vende, expõe à venda, aluga, introduz no País, adquire, oculta, tem em depósito, original ou cópia de obra intelectual ou fonograma reproduzido com violação do direito de autor, do direito de artista intérprete ou executante ou do direito do produtor de fonograma, ou, ainda, aluga original ou cópia de obra intelectual ou fonograma, sem a expressa autorização dos titulares dos direitos ou de quem os represente. (Redação dada pela Lei n. 10.695, de 1.7.2003)

§ 3º Se a violação consistir no oferecimento ao público, mediante cabo, fibra ótica, satélite, ondas ou qualquer outro sistema que permita ao usuário realizar a seleção da obra ou produção para recebê-la em um tempo e lugar previamente determinados por quem formula a demanda, com intuito de lucro, direto ou indireto, sem autorização expressa, conforme o caso, do autor, do artista intérprete ou executante, do produtor de fonograma, ou de quem os represente: (Redação dada pela Lei n. 10.695, de 1.7.2003)

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa. (Incluído pela Lei n. 10.695, de 1.7.2003)

§ 4º O disposto nos §§ 1º, 2º e 3º não se aplica quando se tratar de exceção ou limitação ao direito de autor ou os que lhe são conexos, em conformidade com o previsto na Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, nem a cópia de obra intelectual ou fonograma, em um só exemplar, para uso privado do copista, sem intuito de lucro direto ou indireto (BRASIL, 1940).

Sendo assim, o direito autoral é aplicado ao ramo da moda considerando a relatividade do requisito da originalidade e anterioridade, bem como a viabilidade de proteger itens de caráter artístico. Assim, são passíveis de proteção por esse método, por exemplo, as estampas desenhadas pelos estilistas, bem como itens particulares que adquiram faceta artística, criativa e original, e se diferenciem do padrão até então vigente.

Em suma, para ser objeto passível de proteção é pré-requisito a originalidade da obra (que não se confunde com “novidade”). A originalidade está intimamente ligada ao labor intelectual do autor de um certo trabalho, indicando autoria, criação. Também ressaltado por Henrique Gandelman (2007, p. 91) e para a surpresa de muitos, o termo “originalidade” não advém de uma novidade, e sim de um sentimento subjetivo e pessoal (do autor do trabalho, no caso).

Por outro lado, a novidade é encarada como a anterioridade, ou seja, a preexistência do que se caracteriza como seu, não existir no mundo industrial. Nesse caso, é dever do autor

comprovar ser o criador do trabalho e tê-lo feito anteriormente. Caso contrário, não há que se falar de medidas reparatórias fundadas em práticas de falsificação.

Como dito anteriormente, tais práticas se fazem tão presente no universo da moda, onde há recorrentemente o aproveitamento de referências e inspirações, sejam elas marcantes ou não, de épocas e períodos diversos, dentro ou fora do ambiente artístico e cultural. Esse aproveitamento objetiva fazer uma reinterpretação ou dar uma nova visão à estética das produções atuais, transformando-as em tendências modernizadas, com um intuito de consolidação comercial ou conceitual.

O embate surge quando essas referências e inspirações são utilizadas erroneamente, de forma proposital e com o claro interesse de auferir vantagens indevidas, ultrapassando os limites da legalidade e violando questões relativas ao direito autoral da obra plagiada.

Esse tipo de conduta de reprodução⁶ existe devido ao mercado de consumo ser em escala mundial e, com a produção em massa, o valor da roupa se torna diretamente ligado à marca a qual ela pertence: as etiquetas passam a não se restringir mais à parte interna da roupa, sendo exibidas externamente, como sinal de status. Então, quando uma peça de luxo vira desejo, nem sempre é possível ao consumidor adquiri-la devido seu alto valor ou pelo difícil acesso ao bem. O que faz, por muitas vezes, a cópia ser precisa, usando-se do mesmo material, mesmo tecido, mesmas cores, mesmo formato, mesmas medidas, mesmo nome, mesma logo ou qualquer artifício possível para se fazer passar por um produto almejado.

Em contrapartida, quando se tem um produto que muito se assemelha a outro, seguindo os mesmos padrões estéticos, mas que seguem sua própria marca e detém seu próprio nome, dá-se o nome de produtos “*inspireds*”⁷. Como o próprio nome revela, tratam-se de produtos decorrentes de inspirações, sendo releituras dos produtos originais, já que mudam-se alguns de seus aspectos.

A “onda *inspired*” se desenvolveu pela classe média por meio da Revolução Industrial e foi tomando forma até adentrar no conceito de moda, pós anos 2000, quando se começou a ter a percepção de mercado de que não era necessário fazer uma cópia fiel dos produtos. Mas,

⁶ Toda reprodução é uma cópia, e cópia sem autorização do titular dos direitos autorais e/ou do detentor dos direitos de reprodução ou fora das demais estipulações legais constitui contrafação, um ato ilícito civil e criminal.

⁷ Entende-se que a inspiração verdadeira não é uma cópia, no entanto os produtos *inspired* são aqueles que mesmo que se utilizem traços diferentes do produto original permanece a mesma estrutura (CARDOSO, 2016, p. 36).

seguindo uma tendência, a probabilidade de dar certo era bem alta, uma vez que logo a peça cai em desuso. Afinal, para a maioria dos consumidores, não existe possibilidade financeira de comprar produtos tão caros, de forma que recorrem a similares, sendo *fakes* ou *inspireds*. Outros consumidores nem sabem que existe um produto que seja o “original” e somente compram essas cópias por sua aparência estética.

Porém, o conceito *inspired* vem sendo utilizado de forma equivocada, pois grande parte dos designers tem na realidade se valido da falsificação, utilizando apenas a denominação “*inspired*” a fim de aumentar seus próprios lucros, não pensando nos prejuízos que estão causando aos verdadeiros fundadores daquele produto.

A verdade é que a transitoriedade desse setor impulsiona práticas desse tipo, ao passo que todas as etapas são idealizadas para alcançar um ponto principal comum: a venda do produto. Quando uma moda está no pico de popularidade, a demanda por ela pode ser tal, que mais fabricantes a copiem ou produzam adaptações em diferentes faixas de preços. O volume de produção exige a aceitação em massa. E, como todo ciclo, se encerra quando aquele produto que era desejado passa ser obsoleto e busca-se um novo produto. É o que chamamos de fenômeno de obsolescência do consumo, o qual produtos surgem e desaparecem em um curto lapso temporal, cabendo aos fabricantes e profissionais da moda acompanhá-los.

Fenômeno muito bem retratado por Frings:

A quantidade de cópias produzidas em massa é tanta que, em algum momento, as pessoas mais ‘atenadas’ se cansam do estilo e começam a procurar algo novo. Os consumidores ainda usam as roupas daquele estilo, mas não estão mais dispostos a comprá-las em seus preços médios (FRINGS, 2012, p. 63).

Tendo em vista a necessidade de conquistar o mercado, acompanhando suas mudanças e a evolução tecnológica, opta-se por inspirar-se em algo já existente e, assim, muitas vezes o limite aceitável de inspiração é ultrapassado, caracterizando então as cópias.

Thais Vieira e Gisela Monteiro (2010, p. 29) de forma brilhante, relacionam a inspiração como uma evolução de ideias ao longo do tempo (chamado por ele de diacronia). Já a cópia, literal ou não, ganha um maior destaque quando eclode o fenômeno da moda, isto é, no momento em que todos querem usar o que “está na moda” – a tendência do momento (denominado de sincronia).

De modo a ilustrar essa relação de diacronia e sincronia, foram retirados exemplos de uma matéria do Jornal Folha de São Paulo, intitulada como Acusações de plágio entre grifes reacende debate sobre o que é referência e cópia de Pedro Diniz (2013).

Um dos casos mais famosos de cópia na moda brasileira, o blazer da coleção de verão 2007 do estilista japonês Junya Watanabe foi apresentado em 2006, em Paris, e copiado pela Reserva seis meses depois. À época, o dono da grife carioca, Rony Meisler, assumiu o plágio e se desculpou pelo erro.

Figura 3: Reserva Inverno 2007 e Junya Watanabe Verão 2007.



Fonte: Google 2020.

O estilista austríaco Helmut Lang criou um maiô preto com formato de gato nos anos 1980. Já o estilista Reinaldo Lourenço, um vestido e um macacão com busto e cor semelhantes para a sua coleção de verão 2012. Segundo Lourenço, não há cópia, já que sua inspiração teria sido a mesma de Lang: uma foto do livro “Les Annés 50”, de Anne Bony. “O primeiro livro de moda que comprei”, diz o estilista.

Figura 4: comparação vestidos Helmut Lang e Reinaldo Lourenço.



Fonte: blog CPFW.

Enfim, como demonstrado, é patente a linha tênue de limite entre cópia, tendência e inspiração no cenário da moda, sendo muitas vezes de difícil averiguação. Posto que o elemento de diferenciação a ser utilizado é a possibilidade de confusão que a inspiração pode trazer ao consumidor. Se ela estiver caracterizada, o ato deve ser repreendido e o produto retirado de circulação do mercado, a fim de que não prejudiquem o consumidor e o próprio inventor do produto.

Além de tudo, o embate entre autor e mercado vem se acirrando pela velocidade das reproduções e semelhanças que dificultam a identificação de sua origem, sobretudo no atual contexto do *fast fashion*.⁸

Considerando que a moda trabalha com o conceito de “inspiração”, até onde vai a inspiração e começa a cópia? Até onde pode inspirar-se em algo ou alguém e a partir de que momento se passa a infringir o direito de propriedade intelectual de terceiro?

⁸ *Fast Fashion* é o consumo rápido de peças, acompanhando as diversas coleções postas pelas lojas de varejo à disposição dos consumidores.

Em um mercado capitalista consumerista tão veloz aquilo que tem alto valor agregado passa a sofrer questionamentos. Comumente vemos reflexões como “Será que vale a pena pagar R\$ 5.000 por esse modelo, se a outra que é tão parecida custa R\$ 2.000?”

Ainda, relevante é destacar que no caso de imitação ou reprodução de peças de grife, dificilmente há migração de clientela. O nicho de consumidores dos produtos originais decerto não trocará uma peça de qualidade e/ou o prazer fútil de se ver detentor de um produto legítimo, por uma peça similar - ainda que muito mais barata. Da mesma forma, aqueles que consomem as imitações pouco provavelmente se tornariam o público alvo da peça original se indisponível o produto imitado.

Essas são questões são casuísticas, difíceis de se resolver. O que se busca, sobretudo, é que haja uma concorrência mais leal, saudável, para que economicamente se tenha mais equilíbrio entre os concorrentes do mercado. Daí a precisão de regulamentação e fiscalização, mediar conflitos cada vez mais comuns devido ao *boom* de investimentos diretos e indiretos no mercado de luxo e varejo do país. É um mercado que não pode ser ignorado, conquanto as altas cargas tributárias da legislação vigente, as grifes internacionais estão cada vez mais presentes atendendo a todas as classes sociais do país. O Direito deve estabelecer esses limites, por essa razão destaque-se a importância da aplicação desses direitos no ramo da moda, tanto no contexto dos direitos autorais, quanto nos direitos de propriedade industrial.

2.1 Plágio

A Propriedade Intelectual, bem como já foi definida, engloba qualquer produção do intelecto, ou seja, as invenções em todos os domínios da atividade humana, tanto no âmbito científico e industrial, quanto no artístico ou literário. Posto isso abrange desde as obras literárias, artísticas e científicas, às interpretações e execuções dos artistas, as descobertas científicas, desenhos e modelos industriais, marcas comerciais, industriais e de serviço, bem como as firmas e denominações comerciais, e ainda a proteção contra a concorrência desleal e todos os demais direitos inerentes à atividade intelectual.

Dentro do âmbito do direito do autor a relação jurídica se baseia, como sugere a própria nomenclatura, na autoria da criação. Sua violação, embora não apresente expressão literal no texto penal e em legislação específica (Lei n. 9.610/98), é comumente denominada como plágio, vulgarmente conhecida como cópia.

De fato, o plágio se configura como uma cópia “disfarçada” de algum trabalho alheio alegado ser de sua própria autoria. Não precisa ser, necessariamente, uma cópia fiel, mas sim, conter traços característicos da obra original, com algumas modificações, ou se apropriando de elementos característicos da original, ou sem atribuir qualquer aspecto que o inove, “é o ato de oferecer e apresentar como própria, em sua totalidade ou em parte, a obra de outra pessoa, em uma forma ou contexto mais ou menos alterado”⁹ (PONTES NETO, 2008, p. 133).

O ponto forte da prática é a busca de se fazer crer ser a obra de sua autoria ou propriedade, quando não o é. Daí surge a sutil diferença entre o plágio e a contrafação (tema a ser abordado no próximo capítulo). Brevemente, tem-se que, na contrafação, há um intuito de obtenção de vantagem econômica. Já no plágio, a motivação é social, advinda do reconhecimento pela capacidade e prestígio auferido àquele que se intitula autor da obra, e não o lucro. Muito embora ambos os cenários usurpam, dolosamente, o direito do autor de uma obra, na contrafação, pouco importa o “título de paternidade”.

Antônio Chaves verifica que:

O plágio é, ao mesmo tempo, ao mais e algo menos do que a contrafação. Porque mais? Porque o plagiário dá como seu aquilo que, na realidade, não provem dele. Retira de outrem o mérito de sua criação. O contrafator, ao contrário (fazendo-se abstração da hipótese em que ele é ao mesmo tempo um plagiário, porque pode-se ser ao mesmo uma outra coisa), limita-se a reproduzir a obra alheia, ela não a assina. Ele não frustra o autor senão de um benéfico pecuniário (CHAVES, 1982, p. 62).

Daí a importância de estabelecer critérios no que tange a proteção da materialização da criatividade humana. Voltamos aos pressupostos do binômio anterioridade e originalidade como pressuposto de preexistência da obra quanto a uma possível clonagem.

A originalidade segundo Denis Borges Barbosa:

O regime do direito autoral não exige a novidade objetiva como requisito de proteção, mas tão somente a originalidade - conceito que tem acepção muito peculiar neste contexto. De um lado, nem tudo que é subjetivamente original é protegido - como nota a Lei do Software ao absolver de plágio a criação que se aproxima a outra porque as formas alternativas de expressão são limitadas. Se as características do hardware impõem uma e só uma solução de software, não há direito autoral sobre esta, ainda que tenha havido criação original. De outro lado, a recriação independente de uma obra objetivamente já existente faz jus à proteção autoral. Assim, não é a comparação objetiva entre uma obra anterior e uma posterior que poderá ferir a originalidade da segunda; somente

⁹ Conceito trazido pelo Glossário da Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI).

uma análise minuciosa do processo criativo poderá chegar a tal conclusão. Além disto, mesmo quando original, uma obra pode ser dependente de outra que lhe é anterior - como ocorre nas traduções. Quando isto ocorre, há uma obra original, mas derivada da anterior; e tal noção é muito relevante porque obra derivada, na nossa lei autoral, só pode ser explorada com a permissão do titular da obra originária - a da qual se deriva a segunda obra original. Esta originalidade, chamada relativa, pode existir seja quanto à expressão da obra (outra vez: como na tradução), seja quanto a sua composição (a forma interna: a ordenação e disposição da obra), mas inexistir quanto ao outro elemento. Para se apurar se há originalidade absoluta ou relativa, assim, é preciso analisar em cada caso se o segundo criador baseou-se nas ideias em geral, que são de domínio público; ou na análise formal-matemática do problema tecnológico a ser resolvido pelo programa de computador, igualmente em domínio público; ou na formulação lógico-matemática de tal análise, o chamado algoritmo, ainda de domínio comum; ou se já nas ordenações e disposições do programa que, não sendo de carácter necessário, representem uma escolha entre alternativas possíveis, assim uma parte da forma interna da obra - sua composição. É tarefa difícil (BARBOSA, 2003, p. 65).

Sendo assim, a originalidade deve ser entendida dentro de um senso relativo e subjetivo, compreendido no sentido objetivo da obra, pois, com efeito, que o trabalho apresentado traga consigo um aspecto desconhecido à massa de produções já existentes.

Ainda dentro do tema é possível encontrar diversos tipos de plágio, como por exemplo o plágio material que consiste na cópia servil, segundo Henrique Gandelman (2005, p. 42) ou o plágio ideológico, sendo este derivado do labor intelectual do autor, o que o faz ser um pouco mais complexo.

Já para outros autores como Marcelo Krokosz (2012, p. 39), o plágio pode ser direto, indireto, de fontes, com consentimento e até o autoplágio. Sendo o primeiro, uma cópia integral de uma obra e o segundo, reproduções reescritas de diferentes formas. Na terceira modalidade ele exemplifica com o uso de citações e textos e, na quarta acredita ter o consentimento gratuito ou oneroso por parte do criador, estabelecendo com o plagiador uma espécie de colaboração. A última modalidade citada por ele, o autoplágio, é o caso do autor ser o próprio plagiador, quando ele entrega o mesmo trabalho a duas pessoas distintas modificando apenas o título da obra.

Por hora essas classificações não entram em xeque, uma vez que abarcam a infinidade de possibilidades de danos causados a cada tipo de obra plagiada.

Para nós, no caso do direito da moda, considera-se uma réplica de pior qualidade feita por um concorrente, os danos decorrem de perdas patrimoniais, devido a comercialização do produto, e até moral, pela violação de sua criação. Especialmente em relação à produção em

larga escala praticadas por diversas empresas do setor: como uma prática bastante recorrente, é mister a proteção do autor diante de sua criação. Conforme aborda Skibinski:

Um ponto muito relevante dos direitos autorais está no fato de que por meio deles o prejudicado pode recorrer aos seus direitos morais e econômicos para que as suas perdas tenham menos impacto, posto que as obras protegidas pelos direitos autorais abrangem tanto direitos de personalidade como direitos patrimoniais (SKIBINSKI, 2017, p. 56).

Um dos conflitos judiciais mais famosos relacionados ao direito autoral no âmbito do direito da moda foi travado entre a luxuosa grife francesa Hermes Internacional e a empresa brasileira Village 284. Em 1984, de forma inovadora e singular, o empresário lançou um modelo de bolsa chamado Birkin bag – sendo até hoje objeto de desejo cobiçado por celebridades e mulheres do mundo inteiro (seu preço custa, em média, R\$ 30.000,00).

Ocorre que, em 2010, a grife paulista Village 284 lançou uma coleção de produtos intitulada “*I’m not the original*” (“eu não sou a original”, em português) com um modelo de bolsa cujo design era exatamente o mesmo da grife francesa, porém, confeccionada em tecido de moletom (diferentemente da original, em couro) e, evidentemente, com um preço bem inferior (média de R\$500,00).

Figura 5: comparação bolsa Hermes (à esquerda) e Village 284 (à direita).



Fonte: mulher.uol.

Devido a isso, a Hermes encaminhou notificação extrajudicial à rede de Fast Fashion, com a intenção de que a produção e comercialização das réplicas do referido produto cessassem. Após o recebimento da notificação, a autora intentou com a referida ação judicial objetivando

a declaração de inexistência de violação de Direitos Autorais e/ou concorrência desleal, sob a alegação de estar no exercício de suas atividades sociais e de ser evidente que seus produtos eram uma “homenagem” à famosa grife, uma vez que era objeto de domínio público, conforme declarado na ação.

Em sede de sentença, o juiz do caso decidiu que era cabível a proteção por direito autoral, já que (i) o empresário criou a bolsa nos exercícios de suas funções, (ii) a Birkin bag detém valor por sua natureza artística, sendo uma verdadeira obra de arte, de maneira que seu aspecto funcional figura em segundo plano, e (iii) observou-se cópia servil do produto com o fito de confundir a clientela. Assim, foi reconhecida a proteção do produto por direito autoral e determinada a cessação da produção e comercialização da bolsa da Village 284, tendo sido a sentença mantida em segundo grau:

A 9ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo decidiu que as bolsas da companhia francesa Hermes são criações artísticas originais e, portanto, protegidas pela Lei de Direitos Autorais, independente da propriedade industrial. A determinação resolve litígio entre a empresa estrangeira – que alega que uma de suas linhas foi plagiada – e uma fabricante brasileira que afirma que a francesa não possui registro industrial válido da bolsa em questão. Foi mantida a decisão de primeira instância que condenou a apelante a se abster de produzir, importar, exportar, manter em depósito e/ou comercializar produtos que violem os direitos autorais da Hermes, sob pena de multa diária de R\$ 10 mil. A sentença determinou ainda a obrigação de informar e comprovar contabilmente a quantidade total de produtos contrafeitos produzidos e comercializados, para apuração dos danos materiais, no prazo de trinta dias, sob pena de busca e apreensão – o dano material decorrente da contrafação e dá prática de concorrência desleal será apurado em liquidação por arbitramento e terá acréscimo de vinte por cento, a título de indenização punitiva. A empresa brasileira terá que indenizar também por danos morais decorrentes da sua conduta, no montante de 50% do valor que vier a ser apurado a título de indenização pelos danos materiais, além de divulgar, em jornal de grande circulação da Capital, a prática de seus atos e o crédito ao autor da obra original, sob pena de multa de R\$ 50 mil. Por fim, nos termos do artigo 106 da Lei 9.610/98, foi determinada a destruição de todos os exemplares ilícitos. “O diferencial criativo de sua forma de expressão encontra-se, fundamentalmente, na comunhão de traçados e cores que conferem as bolsas (obra final) características ímpares, que as transformaram em objeto de desejo no mercado da moda”, escreveu o relator do recurso, desembargador José Carlos Costa Netto. “Nesse contexto, os artigos e acessórios de moda, uma vez originais em sua forma de expressão, são considerados criações artísticas no mundo industrial e globalizado. Assim, ao contrário do alegado pela apelante, é inegável que as bolsas Hermes são criações artísticas originais, de cunho estético, incluindo-se no âmbito da proteção jurídica do Direito do Autoral”, concluiu o magistrado (BRASIL, 2010).

E não apenas o enriquecimento sem causa deve ser vedado pelo direito. Há na hipótese possibilidade de efetiva lesão à ré reconvinte. A existência no mercado de sua prestigiada bolsa, comercializada pela autora reconvinda,

diferenciada apenas pelo material de confecção empregado, por certo poderá trazer danos à ré reconvinde, causando confusão entre os produtos postos no comércio e prejudicando a reputação desta. Ao copiar um design criativo distintivo e fazer referências à bolsa “Birkin” Original, beneficia-se a autora reconvinde do design e dos investimentos feitos pela ré reconvinde na divulgação da bolsa, e prejudica-se a reputação da ré reconvinde de fornecer um produto exclusivo, voltado para um segmento de mercado altamente especializado. A diluição da imagem do produto da ré reconvinde por certo lhe causa danos, pois quem o adquire o faz não somente pela beleza, mas também pela exclusividade (BRASIL, 2010).

Cabe frisar que um dos pontos de alegação da ré para a não incidência da proteção do direito do autor foi o fato de haver produção em larga escala, de maneira industrial, afastando o caráter intelectual e artístico da bolsa.

Ora, conforme dito anteriormente, as criações advindas da moda são obras intelectuais voltadas para o campo da estética, sendo vistas como criações do espírito. E assim coaduna a sentença:

A prova documental trazida aos autos não deixa dúvida que a coleção lançada pela autora/reconvinde, que leva o nome “*I am not the original*” (em bom português: Eu não sou o original), deixa claro o propósito de imitação servil dos produtos da autora/reconvinde, em evidente prejuízo as ré/reconvintes. As inúmeras fotografias reproduzidas nas várias peças que compõe estes autos deixam patente a imitação dos elementos essenciais que, considerados em conjunto, fazem com que os objetos sejam não apenas uma bolsa de natureza utilitária, mas uma verdadeira obra de arte. Vê-se que as bolsas produzidas pelas ré/reconvintes tem valor por sua natureza artística, servindo muito mais como objeto de adorno e ostentação, permanecendo seu aspecto funcional e utilitário em segundo plano. Trata-se de obra primigênia dotada de originalidade e esteticidade, que goza de proteção pela lei de direito autoral e pelas convenções internacionais que disciplinam a matéria, das quais o Brasil é signatário. O fato das bolsas serem produzidas em maior escala pelas ré/reconvintes não lhes retira a natureza de obra de arte, sabido que qualquer obra de arte pode ser produzida em larga escala pelo detentor do direito de autor sob a autorização, a exemplo do que ocorre com a edição de livros, discos e filmes (BRASIL, 2010).

Portanto, nota-se admitido em juízo o caráter estético apresentado pelas bolsas Hermes, sobressaindo em relação ao aspecto funcional que uma bolsa venha a apresentar, e desse modo, a proteção pelo instituto dos Direitos Autorais é possibilitada.

Fica evidente que a brasileira não tentou confundir o consumidor, se passando pela renomada grife, até adotando outro tipo de material e pelo próprio nome da coleção, um tanto quanto sugestivo, na minha opinião. Porém, restou caracterizado um aproveitamento dos investimentos da grife francesa, prejudicando sua reputação construída ao longo de tantos anos

de atuação no mercado de luxo, sendo encontrado produto semelhante em uma rede popular e de tão fácil acesso. Mais uma vez vemos em cenário prático a ocorrência de aproveitamento parasitário de uma marca, em relação a outra.

Como os casos aqui mostrados e os tantos outros que correm em juízo, notamos a caracterização dos produtos tidos como *inspireds*. Eles se assemelham à obra plagiada, uma vez que não há intenção de mascarar a reprodução, eles não se vendem como se originais fossem. E, na realidade, não são uma nova criação, são apenas a modificação de fatores que resultam em um novo produto; é se usar do conceito geral de um, ou ser inspirado por ele, para gerar outro. Logo, mais uma forma de plagiar, ainda que “camuflada”.

Ao mesmo tempo, a inspiração vem sendo usada como tática de defesa para excludente de plágio, ao passo que a obra mais recente evoque apenas algumas ideias retiradas da primeira, que servira de base. Mas, para Newton Silveira, continua se configurando plágio, e, ainda por cima, total, pois a mudança de um fator não altera o resultado do produto final:

Imitação servil, a qual, por este ângulo, somente incidiria sobre a forma externa do produto. Nessa hipótese, mesmo que um desenho tenha sido objeto de registro, cujo prazo de vigência já se tenha encerrado, **não será lícita a cópia servil que enseje confusão, visto terem os concorrentes uma obrigação de diferenciação. A fim de evitar a confusão, devem os concorrentes, ao fabricar desenho de domínio público, introduzir pequenas modificações**, desde que estas não impliquem a diminuição da utilidade do produto (SILVEIRA, 2012, p. 120). (Grifo do autor)

Não obstante, continua:

A imitação, nessa hipótese, cria um desequilíbrio na concorrência, ficando **o imitador em posição vantajosa em relação ao imitado**, já que o imitador, **tirando proveito do investimento** em pesquisas do imitado, pode opor a este um **produto idêntico de menor custo** (SILVEIRA, 2012, p. 121). (Grifo do autor)

Resultante de tudo isso, a usurpação gera dois problemas principais para uma empresa. O primeiro é a perda de receita direta, a marca passa a vender menos pois existe outro vendedor no mercado com uma cópia do seu produto, com valores mais baixos e tendo-se investido pouco ou nada em pesquisa e/ou confecção do objeto ora criado.

O segundo é a diluição de marca, interferindo principalmente naquelas que agregam elevado valor a seus produtos, que passam a sofrer questionamento, ainda que grandes marcas possuem seu próprio nicho econômico-social. Esse sintoma nem sempre acontece, mas, em

marcas que conquistam clientes (aqui não são mais meros consumidores, pois estabeleceu-se uma ligação de fidelidade) suas características que, até então, a faziam especial, vão sendo dissipadas. É o que chamamos de cair em domínio público, quando surge inconscientemente uma desvalorização coletiva do bem original.

Sobre a diluição da marca Júlio Guidi esclarece:

A diluição marcária é percebida quando, após o registro de uma marca, esta expressão ou parte dela passa a ser utilizada de forma corriqueira num determinado ramo de mercado.

Os concorrentes passam a utilizar este termo de forma acessória a suas próprias marcas ou, então, a denominar uma certa característica do produto ou serviço comercializado. Ou seja, **apesar de não ter se tornado um termo genérico ou dicionarizado, tal termo ou expressão torna-se útil ou, às vezes, necessária para a divulgação dos produtos e serviços dos concorrentes** (ROCHA, 2011, p. 105).

E então, o produto *inspired*, enquanto cópia, fere direitos de propriedade intelectual? Com o estudo verificou-se que esses tipos de produtos infringem não somente os direitos autorais, mais os de propriedade industrial ao criarem concorrência desleal entre as empresas de um mesmo mercado.

Extrai-se novamente a importância na adoção de uma estratégia jurídica adequada, a fim de evitar litígios, tanto em relação aos criadores, quanto em relação aos produtores que utilizam o conceito *inspired*.

Conclui-se, a partir da análise dos casos supracitados que, em respeito à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, só foi reconhecida a incidência de direito autoral nos casos em que demonstrada irrefutavelmente a originalidade e anterioridade na confecção do produto discutido, gerando uma obra inegavelmente artística – mesmo com caráter utilitário. Não se nega, também, que a averiguação prática quanto a originalidade seja consideravelmente difícil, porém denota-se que não há qualquer vedação legal expressa que impeça a proteção desses itens cuja faceta artística se apresente por direito autoral.

Assim, tem-se que, em relação aos produtos da indústria da moda, a busca por tal proteção se adequa ao tratar de criação única, com potencial visivelmente artístico, diferenciada e que não se enquadre em qualquer padrão vigente até o momento de sua confecção.

2.2 Contrafação

A denominada prática da contrafação pura e simples diz respeito à reprodução de uma obra não autorizada pelo detentor dos seus direitos autorais para auferir vantagem econômica, comercialização ilegal ou uso pessoal.

Baldini (2006) reforça que, até então, o mercado na Moda dos cem anos se caracterizava por uma divisão entre a alta-costura e a confecção. Com a Moda aberta, toma lugar a revolução do *prêt-à-porter*, favorecendo a banalização das marcas, ocasionando o momento que ele menciona ser o “nascimento da contrafação”.

Essa outra relação de condutas lesivas aos direitos autorais está elencada no artigo 5º, inciso VII, 104 e 107 da Lei n. 9.610/1998. Além disso, o Código Penal o trata, em seu artigo 184 como um dos crimes contra propriedade imaterial do autor composto por seus direitos morais e patrimoniais nascidos com a obra:

Art. 184. Violar direitos de autor e os que lhe são conexos: Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa. §1º Se a violação consistir em **reprodução total ou parcial, com intuito de lucro direto ou indireto, por qualquer meio ou processo**, de obra intelectual, interpretação, execução ou fonograma, sem autorização expressa do autor, do artista intérprete ou executante, do produtor, conforme o caso, ou de quem os represente: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa. §2º **Na mesma pena do §1º incorre quem, com o intuito de lucro direto ou indireto, distribui, vende, expõe à venda, aluga, introduz no País, adquire, oculta, tem em depósito, original ou cópia de obra intelectual ou fonograma reproduzido com violação do direito de autor**, do direito de artista intérprete ou executante ou do direito do produtor de fonograma, ou, ainda, aluga original ou cópia de obra intelectual ou fonograma, **sem a expressa autorização dos titulares dos direitos ou de quem os represente** (BRASIL, 1940). (Grifo do autor)

De forma mais técnica, juridicamente falando no que tange às marcas, o nome genérico de contrafação se dá àqueles atos praticados por terceiros que importem em violação do uso exclusivo da marca mas sem interesse de violação do direito de paternidade, somente com o intuito de aproveitamento econômico. Ou seja, ocorre quando o contrafator não só reproduz e distribui a mercadoria fraudada, mas ainda tenta fazer crer que o seu produto é uma mercadoria de procedência legítima, produzida pelo verdadeiro fabricante para aferição de proventos econômicos da obra, relacionado tal modalidade diretamente aos aspectos patrimoniais.

O conteúdo de tal violação está no dispositivo penal da Lei n. 9.279, de 14/05/1996 – Lei da Propriedade Industrial como violação da marca registrada:

Art. 189. Comete crime contra registro de marca quem:

I - reproduz, sem autorização do titular, no todo ou em parte, marca registrada, ou imita-a de modo que **possa induzir confusão**;

Art. 190. Comete crime contra registro de marca quem importa, exporta, vende, oferece ou expõe à venda, oculta ou tem em estoque:

I - produto assinalado com marca ilicitamente reproduzida ou imitada, de outrem, no todo ou em parte (BRASIL, 1996).

A esse tipo de infração a característica preponderante é acerca de sua cópia de qualidade duvidosa e pressuposta falta de consentimento do autor diante da obra copiada. Tem-se, basicamente, a reprodução não autorizada e, para sua configuração, é necessário que o registro tenha sido concedido e esteja em vigor, pois tal elemento integra o tipo penal descrito no caput de tais normas.

Nesse sentido, vale transcrever trecho do relatório da apelação movida pela Cartier International contra a Timex Amazônia e Suntime Relógios, em que o desembargador descreve sua visão de pirataria:

Aliás, como bem anotou a apelante, ela deve ter séria preocupação com aqueles produtos denominados “piratas”, que são cópias de péssima qualidade de seus produtos (BRASIL, 2010).

Segundo a OMC – Organização Mundial do Comércio, ela consiste na representação não autorizada de uma marca registrada, em produtos idênticos ou similares a produtos para os quais a marca está registrada, com a finalidade de enganar e fazer quem está comprando acreditar que se trata do produto original.

Configura-se a contrafação quando se verifica que os elementos caracterizadores de um produto de determinada fabricante, encontram total semelhança com um produto de outra, que detém precedente direito ao uso. O fato de haver características distintivas, não é suficiente para afastar o reconhecimento da contrafação. A imitação entre marcas não se verifica pelos elementos díspares, e sim pelos semelhantes e pela forma de combinação e distribuição deles no produto ou símbolo. A utilização conjunta de vários elementos coincidentes, que ao final formam a apresentação do produto, é que faz caracterizar a imitação e o intuito de confundir o consumidor, ensejando o reconhecimento da concorrência desleal. Ainda, ao se verificar a existência ou não de contrafação, há que levar em conta a natureza do produto e o tipo de consumidor a que ele se destina. Na hipótese, no exame visual das embalagens utilizadas pelas empresas, chama a atenção a similitude entre elas, sendo inafastável a possibilidade de confusão do consumidor, sendo imperativo que se iniba a contrafação (BRASIL, 2017).

Para que se configure a imitação, não é necessário que seja feita uma cópia fiel ou muito parecida, bastando a capacidade de o produto gerar confusão ao consumidor médio, induzindo-o a erro, face à forte identidade entre as características e qualidade do produto e da marca contrafator.

Os delitos de contrafação de marcas registradas lesam forçosamente o patrimônio do seu possuidor, constituindo uma das formas mais perigosas da concorrência desleal, tanto que as leis, em todos os países, destacam-na como delito específico. Frequentemente, porém, verifica-se que, não obstante a contrafação, os lucros do titular da marca não diminuem, mantendo-se no mesmo nível ou na mesma progressão, não sendo raros os casos em que se verifica o aumento. Não se deve concluir, entretanto, só por esse fato, que a contrafação não tenha causado prejuízos, porque estes não se revelam, necessariamente, na diminuição dos lucros ou na sua estabilização em determinado nível. O que o bom senso indica é que o dono da marca realizaria lucros ainda maiores, se não sofresse a concorrência criminosa do contrafator. É preciso ter em vista que, reproduzindo ou imitando a marca legítima, o contrafator, graças à confusão criada para iludir o consumidor, consegue vender os seus produtos, o que leva à presunção de que as vendas por ele realizadas teriam desfalcado o montante das vendas do dono da marca (CERQUEIRA, 2010).

Importante precedente do STJ acerca da definição analítica do tema:

A contrafação é verdadeira usurpação de parte da identidade do fabricante. O contrafator cria confusão de produtos e, nesse passo, se faz passar pelo legítimo fabricante de bens que circulam no mercado. Essa separação e interrelação entre marca e identidade não passou despercebida pelo legislador. Na clara dicção do art. 209 da Lei n. 9.279/96, ressalva-se “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”. Isto é, o prejudicado, além da violação à marca, pode buscar ressarcimento pela diluição de sua identidade junto ao público consumidor. A identidade é deturpada quando o causador do dano consegue criar na mente dos consumidores confusão sobre quem são os diversos competidores do mercado, duplicando os fornecedores de um produto que deveria ser colocado em circulação apenas por aquele que é titular de sua marca. Nessa linha de raciocínio, a usurpação de marca alheia pode ser vista como a violação a esse essencial direito de personalidade, qual seja, o direito à identidade (BRASIL, 2008).

Seguindo a ideia demonstrativa do capítulo anterior, suponha o cenário na Rua 25 de Março, onde um vendedor venda o tal modelo de sapatênis. Neste caso, há a apropriação da marca como um todo, isso é, todo o valor que a marca agrega ao produto é copiado. Aqui o tipo penal predominante é a contrafação, o vendedor se beneficia economicamente “pirateando” o produto, mas não se passando pelo criador deste, muito embora se confunda. A confusão é entre o certificado de registro do autor com o uso material do produto contrastado.

Ao passo que, seguindo o modelo exemplificativo do sapatênis, se vendido por diferentes lojas de um shopping, como retratado anteriormente, não há de se falar em contrafação. Uma vez que a concorrência direta não apresenta o produto exatamente igual como

se dá outra marca fosse, inclusive usa-se outros materiais. Além de que, aqui, é apurado a confusão entre dois produtos de mercado.

O termo define ideia de falsificação não só aos crimes contra propriedade intelectual, mas também a outros crimes que englobam até a pirataria (protegida por direitos autorais pela lei especial como crime organizado análogo à contrafação).

Desta feita, esse conceito é vulgarmente conhecido como “pirataria” mas, embora pareçam sinônimos, a contrafação é mais ampla do que a pirataria. De acordo com o artigo 61 do Acordo TRIP's (*Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights - Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio*), ela além de abranger a reprodução não autorizada, portanto ilegal, parcial ou total de obras autorais, alcança também as marcas. Já a pirataria, refere-se apenas às obras autorais.

Pimentel e Ascensão esclarecem o termo:

A expressão “pirataria” é como ficou conhecida a contrafação, a reprodução não autorizada da obra com fins econômicos, nos termos do artigo. 5º, inciso VII, da Lei n. 9.610/1998, que em seus artigos 104 e 107 define também uma relação de condutas lesivas aos direitos autorais. O Código Penal trata dos Crimes contra a Propriedade Imaterial, nos artigos 184 a 196, e são penalizadas as condutas que visam o lucro, que caracterizam a pirataria em escala comercial. Dessa forma, toda utilização não autorizada de uma obra, que não esteja prevista nas limitações citadas anteriormente, já caracteriza uma violação aos direitos autorais. Um exemplo seria a utilização de uma foto na embalagem ou propaganda de um produto, sem autorização do fotógrafo. Porém, nem todas as utilizações indevidas são consideradas crimes, devendo a conduta estar listada entre aquelas descritas pelo Código Penal (PIMENTEL, 2012, p. 276).

Em sua acepção comum, conforme dicionarizada em língua portuguesa, o vocábulo contrafação está associado à reprodução e à imitação fraudulenta de bens. Por essa razão, parte da doutrina brasileira entende que a contrafação é uma das modalidades de violação dos direitos de autor que, pela frequência, fez com que seu conceito passasse a abranger as demais. Não obstante, outra parcela considera que ‘a violação do direito de autor de obra literária científica ou artística denomina-se contrafação (ASCENSÃO, 2014, p. 164).

Seguindo como ponto de partida o conceito adotado pela jurisprudência brasileira no que tange a contrafação, esta pode ocorrer de modo a copiar o item como um todo ou então apenas parte dele e, sua caracterização é atribuída ao conceito popular de pirataria pois ela toma para si não apenas o design, mas também o valor intrínseco representado pela marca, carregando para si não somente a infração estética, mas de tudo que a marca representa.

Sendo assim, os atos de contrafação podem aparecer em três diferentes modalidades: reprodução da marca, imitação da marca ou utilização/usurpação da marca na composição de determinadas denominações.

Em suma, produtos contrafeitos são caracterizados por meio de plágio, cópia, inspiração ou qualquer meio que cause confusão no consumidor entre o produto original e o ilegal, a fim de aproveitar seu sucesso para conquista de lucro.

Como já fora dito, a linha é tênue entre os diferentes tipos de cópia e, aparentemente, todas parecem significar a mesma coisa. Mas a relação da presente modalidade ora apresentada – contrafação – com a pirataria, pelo senso comum, se deve muito pela sua alta lucratividade e alto grau de retorno, apesar do baixo grau de investimento.

Mas não só coloquialmente o termo pirataria é usado como sinônimo desse tipo de falsificação da indústria, o trecho do voto do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, da Terceira Turma do STJ relativo ao Recurso Especial n. 466.761- RJ, envolvendo a marca LOUIS VUITTON, elucida o uso dos dois termos como termos semelhantes dentro de um texto jurídico:

O que parece claro do Acórdão recorrido é a identificação de comportamento reprovável das rés, que utilizaram, e não negaram, a marca "Louis Vuitton". Existe, portanto, essa carga evidentemente declaratória, quer dizer, há a contrafação. O fato é que existe uma pirataria desenfreada no País; falsifica-se tudo, de relógios "Mont Blanc" a "Patek Phillipe", encontrados em qualquer esquina das cidades do Rio de Janeiro ou de São Paulo, por exemplo. A pirataria no caso dos autos foi identificada em loja comercial, portanto, bem tipificada, como uma pirataria de alto nível. Uma vez presente a falsificação, temos a outra parte do pedido, a parte condenatória (BRASIL, 2003).

Ademais, há toda uma “pressão social” para o indivíduo pertencer à moda ou mesmo seguir determinada tendência, isso, muitas vezes, o faz optar pelo caminho menos oneroso para adquirir algum item “da moda”.

O mercado ainda vem se especializado. É um fenômeno em pleno crescimento de empresas multinacionais. Há quem diga que trabalhadores chineses trabalham durante o dia para marcas de luxo e de noite para a de contrafação, de modo que haja uma perfeição muito maior no produto replicado.

Alguns funcionários dessas empresas de falsificação viajam pelo mundo para comprar roupas, calçados, bolsas e acessórios, então levam para a empresa para que sejam criadas as cópias. A peça é desmontada, linha por linha, botão por botão até se ter cada parte da peça em separado. Desse ponto em diante levam à fábrica para serem reproduzidas, desde a linha até a estampa e tecido. Assim, as peças compradas servem então de molde para que as reproduções dela sejam realizadas.

Assim, é cediço a dificuldade de verificação de atos de contrafação, pois devido à transitoriedade da moda, as cópias e as tendências se confundem, restando cada vez mais complexa a diferenciação de produtos cópias e produtos *inspireds*.

Figura 6 - bolsas "piratas" vendidas em rua de comércio popular.



Fonte: google.com.

2.3 O Paradoxo da Pirataria

A contrafação é um fenômeno avassalador. Ao perceber isso, estudiosos da Califórnia e de Nova York aprofundaram seus estudos – a qual deram o nome de “*The Piracy Paradox: Innovation and Intellectual Property in Fashion Design*” (UCLA, 2006) – acerca de como a pirataria¹⁰ fomenta a moda, cria tendências e propaga a marca.

De forma traduzida o Paradoxo da Pirataria também se aplica na realidade brasileira. Ele se apresenta em dois conceitos: obsolescência induzida (*induced obsolescence*) e do

¹⁰ Aqui a pirataria é usada de maneira abrangente, de modo geral como na contrafação.

ancoramento (*anchoring*). O primeiro deles traz a ideia de que a moda é estruturada por uma pirâmide onde o topo é tomado pelas criações de alta costura, com grupo de consumidores limitados e, à medida que desce a estrutura piramidal a níveis mais baixos, o caráter de exclusividade se perde, trazendo por consequência, a necessidade de renovação da pirâmide. Já o segundo conceito traz a ideia de que a cópia gera aumento da visibilidade do design por meio da sua divulgação, o que também gera a necessidade de inovação (UCLA, 2006).

Dito isso, viu-se que a cópia catalisa o mercado da moda e acelera a necessidade de inovação e consumo dentro do mercado. Ela é tida como fundamental para estratégias de estímulo ao consumo, fazendo assim crescer as grandes redes de *Fast Fashion* que lucram ao difundir o desejo pelo produto original lançado pelas grifes exclusivas.

Assim, o crescimento desse alto faturamento na indústria da moda justifica os baixos sistemas de proteção à propriedade intelectual que possibilita a cópia e contribui para o surgimento de novas tendências que, posteriormente, se extinguem e cede lugar às próximas.

Diante desse cenário, no contexto econômico, a pirataria garante o aquecimento das vendas com uma relação de custo benefício bastante favorável aos consumidores. E a problemática disso tudo surge nesse consumo desenfreado para geração de lucro como um grave efeito colateral: a produção exploratória de peças de baixo custo por meio da força de trabalho barata.

Ainda, para além da problemática econômica, o custo da cópia atinge o desrespeito à dignidade da pessoa humana, da proteção ao autor e suas criações e da exploração de mão de obra. Todos esses abalos sociais e ambientais são promovidos pelo estímulo ao consumismo exacerbado para a obtenção de status pelas pessoas e, por conseguinte, lucro indevido pelos infratores.

3 CONCORRÊNCIA DESLEAL

A concorrência move o mercado consumerista. É um fator primordial para o desenvolvimento da ordem econômica e um processo natural no sistema capitalista.

O estudo desta compreende duas vertentes: pública e a privada. A primeira, ocupada pelo direito da concorrência, visa tutelar a coletividade (e o mercado) contra abuso do poder econômico, especialmente atos de empresas que impeçam, suprimam ou que venham a dificultar a livre concorrência, sob o comando da Lei Antitruste, Lei n. 12.509/2011.

A vertente privada, por sua vez, é a vertente que abarca o objeto desse estudo. É constituída pelas normas repressoras da deslealdade empresarial como veremos a seguir.

De tal modo, a livre concorrência é um dos fundamentos constitucionais da ordem econômica e está previsto pela nossa Constituição:

Art. 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:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei (BRASIL, 1988).

Nesse contexto, para evitar monopólio do mercado, o desvio¹¹ de clientela é permitido e até desejável. Por outro lado, a concorrência desleal caracteriza falta de lisura na prática das atividades empresariais, sendo um dos principais problemas da defesa da concorrência.

¹¹ A advogada Deborah Portilho (2012, p. 21) ressalta a conotação pejorativa da referida palavra e sugere o uso da palavra “conquistada”, uma vez que essa concorrência seja de forma leal e lícita. Ou seja, a clientela é conquistada por mérito da empresa seja por maior eficiência, qualidade ou preço. Se, no entanto, a empresa venceu a disputa pela clientela empregando táticas com objetivo de enganar ou confundir o consumidor, não se

Dennis Borges Barbosa assim define concorrência:

Há concorrência quando distintos agentes econômicos disputam a entrada, manutenção ou predomínio num mercado, definido por serviços ou produtos que sejam iguais ou – do ponto de vista do consumidor – substituíveis entre si; definido ainda pela efetividade dessa disputa num espaço geográfico e temporal determinado.

Mas nada justifica a confusão na concorrência, que faça o consumidor ou terceiro tomar os produtos de uma pessoa pelos produtos de outra. Já disse a Suprema Corte dos EUA que – se não existe patente ou outro direito exclusivo – o réu pode copiar os bens do autor até o mínimo detalhe – mas não pode criar confusão na percepção quanto à origem dos bens (BARBOSA, 2010, p. 453).

Ainda, em seu livro, o autor transcreve jurisprudência acerca da caracterização do tema:

Supremo Tribunal Federal – A livre concorrência, com toda liberdade, não é irrestrita, o seu direito encontra limites nos preceitos dos outros concorrentes pressupondo um exercício legal e honesto do direito próprio, expresso da probidade profissional. Excedidos esses limites, surge a CONCORRÊNCIA DESLEAL... Procura-se no âmbito da concorrência desleal os atos de concorrência fraudulentos ou desonestos, que atendam contra o que se tem como correto ou normal no mundo dos negócios, ainda que não infrinjam diretamente PATENTES ou SINAIS DISTINTIVOS REGISTRADOS (BARBOSA, 2010, p. 481).

Esse é o caso de caracterização de crime de concorrência desleal pelo legislador brasileiro em sede da Lei de Propriedade Industrial (Lei n. 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

aplica a expressão “conquista de clientela”, mas sim, o desvio de modo fraudulento, que, *in casu*, constitui crime de concorrência desleal.

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.

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.

§ 1º Poderá o juiz, nos autos da própria ação, para evitar dano irreparável ou de difícil reparação, determinar liminarmente a sustação da violação ou de ato que a enseje, antes da citação do réu, mediante, caso julgue necessário, caução em dinheiro ou garantia fidejussória.

§ 2º Nos casos de reprodução ou de imitação flagrante de marca registrada, o juiz poderá determinar a apreensão de todas as mercadorias, produtos, objetos, embalagens, etiquetas e outros que contenham a marca falsificada ou imitada (BRASIL, 1996).

Ademais, o rol não é taxativo, posto que a LPI, apesar de exemplificar alguns dos atos capazes de caracterizá-la, nesse último artigo, ressalva 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 (BRASIL, 1996).

Os atos de concorrência desleal específica (artigo 195) podem sofrer cumulativamente sanções penais e cíveis entretanto, aqueles de concorrência desleal genérica (artigo 209) somente podem ser objeto de sanção na seara do direito civil.

Na mesma legislação a prática é objeto de repressão em vista da proteção dos direitos relativos à propriedade industrial:

Art. 2º A proteção dos direitos relativos à propriedade industrial, considerado o seu interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País, efetua-se mediante:
V - repressão à concorrência desleal (BRASIL, 1996).

Além de legislação específica, a Convenção de Paris, primeiro acordo internacional para a proteção da Propriedade Industrial, do qual o Brasil é signatário, e consoante o Decreto n. 11.385/1914, em seu art. 10¹² define tal ato como qualquer que contrarie ao uso honesto em matéria industrial ou comercial. O texto denota que as práticas da concorrência desleal são amplas, restando, somente, como uma forma de hermenêutica.

Com o intuito de alcançar uma melhor caracterização para esse tipo de ato, o advogado Mauricio Lopes de Oliveira (2004) defende a ocorrência de dois pressupostos para ocorrer o desvio fraudulento de clientela: a existência de uma, por parte da vítima do ato, e a situação de concorrência entre as partes.

Dennis Barbosa (2010), por sua vez, analisa da seguinte maneira:

O primeiro elemento a se considerar, ao pesar uma hipótese de concorrência é se ela existe. No caso específico da repressão à concorrência desleal, a existência é um *prius* inafastável: não há lesão possível aos parâmetros adequados da concorrência se nem a competição existe. Mais ainda: esta competição tem de estar sendo efetivamente exercida para ser relevante. Dois competidores nominais que não se agredem não podem alegar deslealdade na concorrência.

Por unanimidade de votos, negaram provimento. Recurso crime em sentido estrito. Rejeição de crime. Concorrência Desleal. O delito necessita, para ser caracterizado, da condição de concorrente entre os sujeitos ativo e passivo, além de prova de efetiva confusão entre os consumidores. Recurso não provido (BARBOSA, 2010, p. 459).

Conforme anteriormente dito, criar confusão entre produtos e serviços são práticas características da concorrência desleal. Existem diversos atos que geram esse tipo de confusão no consumidor: o uso de nome igual entre estabelecimentos comerciais ou industriais, a semelhança das disposições externas (vitrines e fachadas) quando tais elementos são capazes de distinguir a empresa e também a imitação de catálogos ou qualquer meio de divulgação de

¹² Item 2: "constitui ato de concorrência desleal qualquer ato de concorrência contrário aos usos honestos em matéria industrial ou comercial".

produtos. Bem como aqueles que causem prejuízos ao concorrente, seja por desvio de clientela, denegrição do concorrente, segredos da empresa, desrespeito a cláusula contratual de não-reestabelecimento ou concorrência parasitária.

Embora existam diversos tipos de atos confusórios, cada um com suas peculiaridades, pode-se perceber que todos eles contam com a desonestidade por parte do agente e por isso são considerados atos de concorrência desleal e reprimidos pelas normas que regem tal matéria.

EMENTA: COMINATÓRIA C/C INDENIZAÇÃO. VENDA DE PRODUTOS CONTRAFEITOS. PRÁTICA ILÍCITA QUE DEVE SER OBSTADA. CONCORRÊNCIA DESLEAL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS DEVIDA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. DANO MORAL INEXISTENTE. O ato contrário aos usos honestos em matéria industrial ou comercial constitui ato de concorrência desleal, sendo que a simples utilização de denominação, cor e design semelhantes à de outrem, de modo a confundir o consumidor, levando-o a pensar que ambos provêm do mesmo fabricante, de marca conhecida, é suficiente para gerar prejuízos à proprietária da marca. Os lucros cessantes serão determinados pelos critérios do art. 210, da Lei 9.279/96, observadas as circunstâncias do caso concreto. Para que se caracterize o dano moral na pessoa jurídica, é imprescindível que o fato ensejador seja apto a causar efetivo abalo à sua honra objetiva (BRASIL, 2015).

3.1 Da proteção ao *Trade Dress* através da repressão à concorrência desleal

Conforme introduzido o assunto no primeiro capítulo dessa pesquisa, a proteção do conjunto-imagem não encontra referência expressa na nossa legislação, sendo assim, perceptível a subjetividade que engloba a temática.

Na prática dos tribunais nacionais, essa proteção advém da repressão à concorrência desleal pela reprodução e/ou imitação desautorizada dessas características tidas como distintivas. E, para fins deste, usaremos tais critérios objetivos para a configuração de tal modalidade: (i) necessidade de distintividade do conjunto e (ii) possibilidade de confusão ou associação indevida.

Ao analisar, conclui-se que não há necessidade de ocorrência efetiva de lesão ao concorrente, mas que haja similitude entre os *trade dresses* das marcas analisadas. Essa violação pode aparecer pela propaganda, aparência individualizada, forma, cor, invólucro, recipiente, etiqueta, nome, sinal, símbolo, figura ou outras características de identificação próprias.

Uma vez considerado prejudicado pelo concorrente desleal, deve-se comprovar seu uso anterior, bem como a distintividade do *trade dress*, ou seja, aquela característica particular do artigo imitado que realmente o individualize e o torne distinto entre seus similares.

Em 2019 a 1ª Câmara de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo condenou a empresa Bioforzan por copiar elementos do *trade dress* da marca Biotônico Fontoura (BRASIL, 2019). Abaixo transcrevo parte do voto do desembargador relator Alexandre Lazzarini e a ementa:

Quanto aos requisitos básicos a serem observados para a **proteção jurídica do *trade dress***, destaca o julgado do Superior Tribunal de Justiça os seguintes: que o referido **conjunto-imagem** tenha por finalidade justamente a **diferenciação do bem no mercado** (e não por exigências inerentes à técnica ou funcionalidade própria), e que seja distintivo perante o público consumidor. **AÇÃO COMINATÓRIA C/C INDENIZATÓRIA. VIOLAÇÃO DE TRADE DRESS. BIOTÔNICO FOUNTOURA. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. CONDENAÇÃO DA RÉ NA OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER E INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. REFORMA SOMENTE QUANTO À BASE DE CÁLCULO DOS DANOS MATERIAIS. APELAÇÃO DA RÉ PARCIALMENTE PROVIDA.** 1. Preliminares de nulidade da sentença por vício de fundamentação e extrapolação dos pedidos afastadas. 2. Impugnação ao laudo pericial rejeitada. Análise objetiva da suposta violação de *trade dress*. Ausência de parcialidade. 3. Hipótese concreta em que resta configurada a violação do *trade dress* do produto da autora ("Biotônico Fontoura"), pelo produto da ré ("Bioforzan"). **Concorrência desleal. Captação indevida de clientela.** 4. Condenação da ré na obrigação de não fazer que deve ser mantida. **Abstenção de imitar o *trade dress* do produto da autora**, no prazo de 15 dias, sob pena de busca e apreensão, tornando definitiva a tutela antecipada. 5. Danos materiais configurados. Todavia, inexistentes documentos que amparem a base de cálculo postulada pela autora (25% do faturamento bruto da ré com o produto "Bioforzam"), a r. sentença deve ser parcialmente reformada, para determinar que os danos materiais sejam apurados em sede de liquidação, com base no art. 210, da Lei n. 9.279/96. 6. Danos morais in re ipsa. Quantum indenizatório arbitrado em R\$ 20.000,00. Manutenção. Ausência de recurso da autora. 7. Apelação da ré parcialmente provida (BRASIL, 2019).

Neste cenário, o relator destacou a **extrema semelhança do conjunto-imagem** do produto da ré com o Biotônico Fontoura. Lazzarini também citou um laudo pericial que constatou as semelhanças entre os produtos. Ele afirmou ainda que o princípio da livre concorrência estabelecido na Constituição Federal (artigo 170, IV) não é absoluto, “encontrando limites nos postulados da ética, lealdade, boa-fé e nos direitos dos demais concorrentes.

Daí porque, deve ser coibido o aproveitamento indevido de conjunto-imagem alheio pela adoção de práticas parasitárias e que causem confusão no público consumidor, em prejuízo do titular dos direitos, completou. Para Lazzarini, ficou demonstrada a concorrência desleal. Ele também afirmou que o **Biotônico Fontoura é conhecido no mercado há anos, e que o produto da ré possui a mesma finalidade e é destinado ao mesmo público, de maneira que, no caso concreto, há evidente risco de confusão dos consumidores** (BRASIL, 2019).

Por unanimidade, o TJ-SP determinou que a empresa ré se abstenha de copiar elementos do *trade dress* do Biotônico Fontoura, além de pagar indenização por danos morais de R\$ 20 mil. A parte da sentença de primeiro grau que trata da reparação por danos materiais foi reformada pelos desembargadores e o valor, agora, será calculado em sede de liquidação de sentença, conforme o artigo 210, da Lei n. 9.279/96 (BRASIL, 2019).

Vale ressaltar que, considerando ainda a diversidade dos elementos abrangidos em um mesmo produto, deve ser levado em consideração o conjunto como um todo, não cada elemento em separado. E, como esse conjunto afeta o nível de atenção e discernimento do consumidor para a caracterização do desvio de clientela, o qual visa denegrir o concorrente e seus produtos e serviços em proveito próprio.

Luciana Minada (2014, p. 93), conta ser comum, nos litígios, a estratégia da defesa tentar dissociar os elementos que compõem o produto, de forma que sejam analisados isoladamente e torná-los sem distintividade, afastando a ocorrência da concorrência desonesta. Por essa razão se faz imperiosa a análise do conjunto total dos elementos, e não fragmentando sua identidade visual para ser despercebido e ignorado pelo consumidor.

A autora ainda traz outro aspecto relevante quanto a determinação se houve ou não a possibilidade de confusão relativos ao nível de atenção desviada dos consumidores. Assim estabelecido pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento envolvendo embalagens de sabão em pedra:

A possibilidade de confusão ou associação indevida do *trade dress* deve ser analisada com base no consumidor médio, que na maioria das vezes não se apega às minúcias e aos detalhes, seja por uma limitação social (ausência de oportunidades e acesso satisfatório à informação), ou mesmo por um simples hábito cotidiano. Ademais, a forma de exposição dos produtos, a localização ou mesmo a finalidade do estabelecimento também podem contribuir para essa percepção global do consumidor. Nesse sentido, as gôndolas dos grandes mercados são abarrotadas de produtos das mais diversas marcas; os postos de gasolina são procurados pelo consumidor enquanto estes se encontram no trânsito, sem que possam se atentar a detalhes como a marca estampada na testeira do posto. Para a Lei, basta que os produtos sejam parecidos a ponto de gerar confusão. Naturalmente, uma pessoa atenta percebe a diferença entre duas marcas, ainda que sejam quase idênticas. Entretanto, é necessário que se tenha em mente que não se trata de um 'jogo de sete erros'. A Lei se destina, não ao consumidor atento, mas justamente ao consumidor que, por qualquer motivo, não se encontra em condições de diferenciar os produtos similares. Não se pode descuidar o fato de que, muitas vezes, o consumidor não pode ler a embalagem de um produto ou, ao menos, tem dificuldade de fazê-lo, seja por seu grau de instrução, por problemas de saúde ocular ou mesmo por

pressa. Nesses casos, tudo o que o consumidor distinguirá será a forma da embalagem, as características gerais do produto, as cores apresentadas e assim por diante. Ora, ao observar as fotografias dos produtos com a marca 'Brilhante' e dos produtos com a marca 'BioBrilho' que constam do processo, é nítida a possibilidade de confusão. Num olhar rápido, as embalagens são muito parecidas (BRASIL, 2007).

Essa questão de confusão também é um conceito controverso. Tal comparação não ocorre observando-se as semelhanças entre os trade dresses, e sim as diferenças, reduzindo o poder de discernimento das características de cada produto. Não sendo fiel a um em específico, o consumidor escolherá o original ou o concorrente de maneira aleatória, desde que de mesmo valor monetário; já em sendo fiel ao original, será movido pela curiosidade do novo "sem riscos", já que impregnado pela memória afetiva da sua preferência.

Pois bem, a confusão deve ser analisada sob a ótica do consumidor médio, que se entende pela maioria das pessoas. Nesse sentido, entende-se que um consumidor atento perceberia a diferença, uma vez que a grande massa adquire produtos com base na lembrança que possui da marca, seu visual. O consumidor, quando vai ao shopping, tem a possibilidade de escolher o que lhe mais agrada diante do valor, marca e disponibilidade de compra.

Assim sendo, o desvio de clientela se dá também por uma associação indevida.

A título de exemplo – o sapatênis da Osklen – produto mais vendido da marca, é copiado por outras inúmeras lojas de sapato e vendidos no mesmo shopping. Logo, em escolhendo um modelo que não seja da referida marca, cujo se assemelha e possui um preço mais acessível, estamos diante da concorrência desleal. Aqui há a grande probabilidade de perda de receita e diluição da marca Osklen, na medida que, grande parte dos consumidores tendem a escolher a opção mais barata e que ainda lhe atenda materialmente como se da Osklen fosse. Gerando assim um conflito de marcas, o uso não autorizado de um produto marcado, que, no presente caso, é a venda do sapatênis cuja ideia original foi da marca carioca.

Confira-se trechos de precedente a seguir com fulcro na possibilidade de confusão dos consumidores e desvio de clientela aplicados o art. 209 da LIP:

APELAÇÕES CÍVEIS. DIREITO EMPRESARIAL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER CUMULADA COM INDENIZATÓRIA. VIOLAÇÃO DO CONJUNTO-IMAGEM "TRADE DRESS". DANOS MATERIAL E MORAL CARACTERIZADOS. 1) Caso típico de violação ao "trade dress". Semelhança gritante entre os produtos comercializados pela primeira demandada e os produtos Osklen, com potencial de induzir o

consumidor a erro. 2) Proteção do conjunto-imagem à luz do Direito de Propriedade Industrial, porquanto o aspecto visual de um produto também pode ser usado para fidelizar clientes e captar clientela. 3) Proteção que tem por escopo reprimir a concorrência desleal. 4) Marca figurativa representada pela "sequência de ilhoses" devidamente registrada no INPI. Pedido de registro para as marcas tridimensionais compostas pelos desenhos dos tênis Osklen e tênis elásticos Osklen. Proteção que tem início com o depósito do pedido de registro. 5) Conduta ilícita evidenciada. Concorrência desleal praticada por meio da violação do direito de uso exclusivo do "*trade dress*". Art. 195, inciso III, da Lei 9.279/96. 6) Conduta ilícita praticada também pela segunda demandada, a qual, de forma consciente, não impediu a participação da primeira ré nos eventos que realiza, mas pelo contrário, auferiu lucros diretos em decorrência da contrafação. Incidência do art. 186 do CC. 7) Prática da conduta que deve ser reprimida. Condenação da primeira demandada na obrigação de não fabricar, encomendar, manter em estoque, expor à venda, divulgar, anunciar e comercializar os produtos em referência. 8) Vulgarização do produto e exposição comercial do produto falsificado que são suficientes para gerar a perda patrimonial. Dano material caracterizado. 9) Dano moral que exsurge como imperativo lógico em casos de violação de propriedade. 10) Valor a que foi condenada a primeira recorrente - R\$ 10.000,00 - que não se encontra desarrazoado frente aos patamares estabelecidos por este Tribunal para situações semelhantes. 11) Responsabilidade pelo pagamento das despesas com a liquidação da sentença que deve ser atribuída às rés. Tese fixada em Recurso Especial Representativo de Controvérsia. REsp 1274466/SC. 12) Primeiro recurso ao qual se nega provimento. Segundo recurso ao qual se dá provimento.

O caso em exame retrata típico caso de violação ao "*trade dress*", uma vez que, do exame das imagens existentes nos autos se extrai que a semelhança entre os produtos comercializados pela primeira demandada (S. Piltawer Lewis Vestuário ME) e os produtos Osklen é gritante, não apenas no concernente à utilização dos ilhoses na parte da frente do tênis, mas também no que toca ao formato do solado, do sapato e na disposição das tiras laterais e cadarço (fls. 07/20 – indexador), sendo certo que a apresentação, praticamente idêntica, dos produtos aqui questionados, têm o potencial de induzir o consumidor a erro.

Evidenciada tal conduta ilícita, caracterizada como ato de concorrência desleal praticado através da violação do direito de uso exclusivo do "*trade dress*", impõe-se a sua repressão, sendo certo, também, que os prejuízos dela decorrentes devem ser indenizados. Com efeito, segundo a Lei 9.279/96, "comete crime de concorrência desleal quem emprega meio fraudulento, para desviar, em proveito próprio ou alheio, clientela de outrem" (art. 195, inciso III).

Assim, outro não pode ser o entendimento senão aquele no sentido do acerto da decisão, a qual determinou que a primeira ré (S. Piltawer Lewis Vestuário ME) se abstenha de fabricar, encomendar, manter em estoque, expor à venda, divulgar, anunciar e comercializar os produtos de titularidade das autoras, notadamente a marca de sequência de ilhoses e a marca tridimensional de tênis Osklen e tênis elástico Osklen e/ou violem o conjunto de imagem e, com fundamento no art. 209 da Lei 9.279/96, condenou as demandadas (S. Piltawer Lewis Vestuário ME e Capua & Capua S/S LTDA) ao pagamento de indenização a título de dano material, a ser apurado em liquidação de sentença, e dano moral, no valor de R\$ 30.000,00 para a primeira ré (S. Piltawer Lewis Vestuário ME) e de R\$ 10.000,00 para a segunda ré (Capua & Capua S/S LTDA), forte no entendimento de que a prática descrita nos autos, além de caracterizar a concorrência parasitária, é capaz de ferir a imagem das autoras

no mercado, porquanto induz a erro os consumidores que adquirem seus produtos acreditando serem de fabricação de outra (BRASIL, 2015).

Tendo isso, voltamos ao conceito de comportamento parasitário, trazido nas considerações iniciais do trabalho. Esse instituto, seja caracterizado como concorrência parasitária ou como aproveitamento parasitário, é tutelado por meio das regras que regem a concorrência desleal.

A concorrência desleal acima demonstrada, advém do aproveitamento parasitário, a partir do momento que um primeiro agente se vale das criações utilizadas do concorrente, ou tira proveito do seu fundo de comércio, mas sem buscar se sobrepor ou fazer-se passar pelo concorrente. A grosso modo, a marca “se parasita” diante do sucesso da outra.

Todavia, a abrangência de questões relacionadas à concorrência desleal é bastante grande e vem tomando uma dimensão cada vez maior no nosso país, à medida que o desenvolvimento das indústrias, inclusive a da moda, vive em constante processo de mudança e comparação. Ainda há a pressão por dificuldades advindas de um ambiente hostil, alto custo de financiamento e às vezes descontinuado, levando, porventura, a um reduzido crescimento.

Daí denota-se a urgência no recaimento de um direito real sobre o *trade dress*, com vistas a garantir segurança jurídica aos atores do mercado e proteger de forma adequada suas criações e a distintividade de seus signos – tendo em vista que o aproveitamento parasitário é bastante incipiente no país.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se, primordialmente, a necessidade de defender a proteção das criações da moda, refutando a possibilidade de livre apropriação.

Como visto no primeiro capítulo, tratar a moda com superficialidade desqualifica os valores trazidos pela sociedade. Assim como o descaso a qualquer acontecimento dentro da junção desses dois mundos caracteriza por si só uma infração aos direitos socioculturais que regem a nossa formação, por isso reforça-se a necessidade de continuar investigando outros casos de infrações em suas variadas esferas dentro da moda.

Conjuntamente, a partir dos conceitos básicos e cruciais da Propriedade Intelectual trazidos pelo tópico, sejam eles relativos ao Direito do Autor ou da Propriedade Industrial, surgem inúmeros outros a eles conexos. Por isso, é fundamental assegurar a garantia de proteção individual e exclusiva a determinada invenção, vez que ela não apenas protege a atividade criativa em si, mas também todos os investimentos feitos até chegar ao mercado.

Como se verifica, essa exclusividade conceituada pela qualidade de *trade dress* de determinado produto muitas vezes é falha, botando a criação em uma situação de concorrência desleal gerada pelo comportamento parasitário de terceiros diante do sucesso de sua criação original.

Da análise feita, pôde-se concluir pelo segundo capítulo que até hoje o uso dos conceitos relacionados às modalidades de infração pela jurisprudência brasileira ainda é, por vezes, impreciso. Isso gera, naturalmente, confusão mental no resto da população. Por esse motivo e, para informar eventuais leitores e interessados no tema, foi priorizada essa necessidade de diferenciação conceitual utilizando exemplos específicos da Moda.

Não obstante essas práticas preocupantes, a situação é agravada pois os consumidores de produtos oriundos do comércio ilegal, apesar de saberem e reconhecerem as desvantagens da compra de baixa qualidade, menor vida útil, procedência desconhecida e caráter ilegal, destacam como benefícios o preço baixo, acesso fácil, poder de barganha e a flexibilidade de negociação. Outrossim, a maioria dos referidos consumidores que compram regularmente tais produtos falsificados, contrabandeados, fabricados fora das normas técnicas e exigências legais e sem qualquer tipo de controle de qualidade, mesmo tendo ciência que o consumo deles pode

apresentar riscos à saúde, não pretendem alterar seus hábitos de consumo. É o fenômeno descrito pelo Paradoxo da Pirataria.

Por ser o mundo *fashion* extremamente disseminado em sociedade e essencialmente ligado à identidade pessoal e à estética, não é de se espantar que consumidores adquiram as imitações de maneira voluntária, com o fito de possuir objeto semelhante ao de desejo. Isso porque as peças de moda, ao contrário das mercadorias de outros segmentos, jamais são expostas à venda lado a lado das imitações (como ocorre nas gôndolas de supermercados e farmácias), tendo ainda preços bastante diversos do original.

Tais impasses, por vezes, são solucionados analogicamente, diante das omissões legais, o que, no campo da moda, torna-se praticamente inviável, tendo em vista que requisitos como originalidade e exclusividade são mitigados em função das referências, tendências e inspirações de épocas e períodos diversos, propiciando uma releitura da visão estética já existente, com fins comerciais ou conceituais.

Adicionalmente, havendo a possibilidade de confusão e desvio de clientela gerados pela cópia do *trade dress* do produto original, entra-se o caso de ocorrência do crime de concorrência desleal como tratado no terceiro capítulo deste, a depender de suas distintas modalidades.

Todos os exemplos aqui trazidos tratam-se, sem dúvida, de produtos da criatividade humana que deveriam gozar de proteção jurídica, dada absoluta originalidade, e também pelo poder que a imitação gera de falsa associação ao consumidor e principalmente a auferição de lucros indevidos pelo violador. Assim, tem-se que os criadores lutam não só contra os contrafatores e imitadores, mas também com o próprio mercado de consumo, que legitima tais práticas quando estas lhes convém.

Apesar disso e por causa disso, almeja-se que este tema aqui exposto motive de alguma maneira amantes do *Fashion Law* a incorporação de debates sobre o tema. Aos demais leitores e curiosos aprendizes no assunto, espera-se que, com esse enfoque na diferenciação entre os três tipos penais dissertados e como seus efeitos são repercutidos dentro da sociedade como um todo, urja o reconhecimento da patente necessidade de mudança comportamental na forma de enxergar essa omissão e indireta condescendência com tais condutas.

Por fim, tudo converge a um bem comum com vistas a evitar tais eventos danosos, enriquecimento ilícito dos imitadores e principalmente honrar o esforço criativo de uma empresa ou estilista de maneira a torná-lo uma propriedade intelectual oponível erga omnes.

REFERÊNCIAS

ASCENSÃO, José de Oliveira Ascensão; JABUR; Wilson Pinheiro; SANTOS, Manoel J. Pereira dos. **Propriedade intelectual: direito autoral**. São Paulo: Saraiva, 2014.

BARBOSA, Denis Borges. **Uma Introdução à Propriedade Intelectual**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003.

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: 21 set. 2020.

BARBOSA, Denis Borges. **Tratado da Propriedade Intelectual**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.

BARBOSA, Denis Borges. **Propriedade intelectual: normas deontológicas relativas a textos de doutrina jurídica. Vedação do plágio, mediante ocultação de quem é o originador de ideias e expressões alheias**. 2012. Disponível em:

http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/propriedade/plagio_autoral_e_academico.pdf. Acesso em: 28 maio 2020.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de Autor**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 25 mar. 2020.

BRASIL. **Convenção da União de Paris para Proteção da Propriedade Industrial, de 20 de março de 1883**. Promulgada no Brasil pela DAI – Divisão de Atos Internacionais. Decreto n. 75.572, de 8 de Abril de 1975. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and1263-94.pdf. Acesso em: 21 mai. 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Institui o Código Penal.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 02 abr. 2020.

BRASIL. **Lei n. 9.279, de 14 de maio de 1996**. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Brasília, 1996. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19279.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%209.279%2C%20DE%2014,obriga%C3%A7%C3%B5es%20relativos%20%C3%A0%20propriedade%20industrial.&text=Art.%201%C2%BA%20Esta%20Lei%20regula,obriga%C3%A7%C3%B5es%20relativos%20%C3%A0%20propriedade%20industrial.&text=V%20D%20repress%C3%A3o%20%C3%A0%20concorr%C3%Aancia%20desleal.. Acesso em: 20 jul. 2020.

BRASIL. **Lei n. 9.610, de 19 de fevereiro de 1998**. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Brasília, 1998. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm. Acesso em: 20 jul. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (3. Turma). **Recurso Especial n. 949.514/RJ**. Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros, 22 de outubro de 2007. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9213/recurso-especial-esp-949514-rj-2007-0103181-2/inteiro-teor-100018551>. Acesso em: 20 mar. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (2 Seção). **Recurso Especial n. 1.527.232/SP**. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, 13 de dezembro de 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/>. Acesso em: 20 maio 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (3. Turma). **Recurso Especial n. 1032014/RS**. Relator: Ministra Nancy Andrighi, 26 de maio de 2009. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4298847/recurso-especial-esp-1032014-rs-2008-0033686-0/inteiro-teor-12207682>. Acesso em: 20 mar. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (3. Turma). **Recurso Especial n. 466761/RJ**. Relator: Ministra Nancy Andrighi, 03 de abril de 2003. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/234524/recurso-especial-esp-466761-rj-2002-0104945-0/inteiro-teor-100195413>. Acesso em: 20 mar. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (3. Turma). **Recurso Especial n. 698855/RJ**. Relator: Ministra Nancy Andrighi, 25 de setembro de 2007. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9593/recurso-especial-esp-698855-rj-2004-0158354-9/inteiro-teor-100018930>. Acesso em: 20 set. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. (5. Câmara de Direito Privado). **Apelação Cível n. 9211621-47.2006.8.26.0000/SP**. Relator: Christine Santini, 06 de julho de 2011. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20037005/apelacao-apl-9211621472006826-sp-9211621-4720068260000/inteiro-teor-104781173>. Acesso em: 20 set. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. (1. Câmara Reservada de Direito Empresarial). **Apelação Cível n. 1013011-85.2014.8.26.0003/SP**. Relator: Carlos Dias Motta, 21 de novembro de 2018. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/650959677/apelacao-apl-10130118520148260003-sp-1013011-8520148260003/inteiro-teor-650959696>. Acesso em: 20 mar. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. (1. Câmara Reservada de Direito Empresarial). **Apelação Cível n. 10255747220188260100/SP**. Relator: Alexandre Lazzarini, 9 de outubro de 2019. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/768229698/apelacao-civel-ac-10255747220188260100-sp-1025574-7220188260100>. Acesso em: 11 set. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. (5. Câmara de Direito Privado). **Embargos de Declaração n. 348.366-480/SP**. Relator: Desembargador Silvério Ribeiro, 13 de outubro de 2008. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20037005/apelacao-apl-9211621472006826-sp-9211621-4720068260000/inteiro-teor-104781173>. Acesso em: 20 set. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. (24. Vara Cível). **Procedimento sumário n. 0187707-59.2010.8.26.0100**. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=2SZX8TARF0000&processo>.

foro=100&dadosConsulta.localPesquisa.cdLocal=-1&cbPesquisa=NMPARTE&dadosConsulta.tipoNuProcesso=UNIFICADO&dadosConsulta.valorConsulta=VIllage+284&paginaConsulta=1. Acesso em: 21 maio 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível n. 70020290136/RS**. Relator: Marilene Bonzanini Bernardi, 25 de janeiro de 2012. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21142934/apelacao-civel-ac-70045853678-rs-tjrs/inteiro-teor-21142935>. Acesso em: 20 mar. 2020.

CARDOSO, Gisele Ghanem. **Direito da moda: uma análise dos produtos inspireds**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2016.

CERQUEIRA, João da Gama. **Tratado da Propriedade Industrial: da propriedade industrial e do objeto dos direitos**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2012.

CHAVES, Antônio. **Plágio**. São Paulo: Saraiva, 1981.

DANNEMANN, Gert Egon. **A Repressão à Concorrência Desleal Conforme a Lei de Propriedade Industrial do Brasil (LPI)**. 2010. Disponível em: http://www.ids.org.br/idsnew/manager.aspx?id_menu=8&id_layout=14&id_pagina=3&Id_Notcia=556&data=26/04/10. Acesso em: 25 jul. 2020.

GUSMÃO, Jose Roberto D' Affonseca. **Do aproveitamento parasitário da fama de signo distintivo alheio no exame dos pedidos de registro de marcas no Brasil: parecer**. Rio de Janeiro: INPI, 1993.

DENIS Borges Barbosa **O orientador de tese é co-autor?** 2003. Disponível em: <http://denisbarbosa.addr.com/orientador.doc>. Acesso em: 28 maio 2020.

DINIZ, P. **Acusações de plágio entre grifes reacende debate sobre o que é referência e cópia**. 2013. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/2013/12/1378471-acusacoes-de-plagio-entre-grifes-reacende-debate-sobre-o-que-e-referencia-e-copia.shtml>. Acesso em: 21 maio 2020.

FRINGS, Gini Stephens. **Moda do conceito ao consumidor**. 9. ed. Porto Alegre: Bookman, 2012.

HERMÈS processa fast-fashion brasileira 284 por plágio de bolsa. Disponível em: <http://mulher.uol.com.br/moda/noticias/redacao/2011/01/21/hermes-processa-fast-fashion-brasileira-284-por-plagio-de-bolsa.htm>. Acesso em: 21 maio 2020.

KROKOSCZ, Marcelo. **Autoria e Plágio: um guia para estudantes, professores, pesquisadores e editores**. São Paulo: Atlas, 2012.

MAZZOLA, Marcelo Leite da Silva. As Entrelinhas da Indenização nos Casos de Parasitismo. **Revista da ABPI**, Rio de Janeiro, n. 71, 2004. Disponível em: <https://abpi.org.br/revistas-da-abpi/>. Acesso em: 20 mar. 2020.

MINADA, Luciana Yumi Hiane. O instituto do trade dress no Brasil: a eficácia da repressão à concorrência desleal enquanto mecanismo da proteção. **Revista Eletrônica do IBPI**, n. 9, 2014. Disponível em: <https://ibpieuropa.org/book/revista-eletronica-do-ibpi-edicao-especial-anais-do-nedac>. Acesso em: 20 mar. 2020.

- MONTEIRO, Gisela C. Pinheiro, SUDSILOWSKY, Sérgio, VIEIRA, Thais L. Pinto. **Autoria e cópia de roupas no ensino do Design de Moda**. 2017. Disponível em: https://www.academia.edu/34681152/Autoria_e_cópia_de_roupas_no_ensino_do_Design_de_Moda. Acesso em: 21 maio 2020.
- MORO, Maitê Cecília Fabbri. **Direito de Marcas: abordagem das marcas notórias na Lei 9.279/1996 e nos acordos internacionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- NEUMAYR, Rafael. **Aproveitamento parasitário dos elementos de identificação da empresa: deslealdade entre não concorrentes**. Tese de Mestrado. (Dissertação de Mestrado). Faculdade de Direito Milton Campos, 2010. Disponível em: <http://www.mcampos.br/posgraduacao/mestrado/dissertacoes/rafaelneumayraproveitamentoparasit%C3%A1riodoselementosdeidentificacaodaempresa.pdf>. Acesso em: 21 set. 2020.
- OLIVEIRA, Mauricio Lopes de. **Direito de Marcas**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004.
- PEDROZO, Danise Abdalla Freire. Direito autoral na moda: visão jurisprudencial. **Revista da ABPI**, Rio de Janeiro, n. 71, 2015. Disponível em: <https://abpi.org.br/revistas-da-abpi/>. Acesso em: 20 mar. 2020.
- PEREIRA, Marco Antônio Marcondes. **Concorrência Desleal por meio da Publicidade**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.
- PIMENTEL, Luiz Otávio. **Curso de propriedade intelectual e inovação no agronegócio**. 3. ed. Florianópolis: Mapa, 2012.
- PONTES NETO, Hildebrando. **Aspectos sobre o Plágio**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.
- PORTILHO, Deborah. O Projeto de Lei do Senado para Coibir a Concorrência Parasitária – Ou Será o Aproveitamento Parasitário? **Revista Científica Virtual da Escola Superior de Advocacia da OAB-SP**, ano 4, n. 9, 2012. Disponível em: <https://esaoabsp.edu.br/Revistas>. Acesso em: 20 jul. 2020.
- RAUSTIALA, Kal; SPRINGMAN, Christopher. The Piracy Paradox: Innovation and Intellectual Property in Fashion Design. **Virginia Law Review**, v. 92, n. 8, 2006. Disponível em: <https://www.virginialawreview.org/>. Acesso em: 20 set. 2020.
- ROCHA, Julio Guidini Lima da. A perda da distintividade das marcas e sua implicação legal. **Revista SJRJ**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 30, 2011. Disponível em: <https://www.jfrj.jus.br/grupo/revista-sjrj>. Acesso em: 20 set. 2020.
- SANTOS, Manoel J. Pereira dos; JABUR, Wilson Pinheiro. **Direito Autoral**. São Paulo: Saraiva, 2014.
- SILVA, Alberto Luís Camelier da. **Modalidades da Concorrência**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009.
- SILVA, Alberto Luís Camelier. **Concorrência Desleal atos de confusão**. São Paulo: Saraiva, 2013.
- SILVEIRA, Newton. **Direito de Autor no Design**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SOARES, José Carlos Tinoco. **Concorrencial Desleal vs trade dress e/ou conjunto-imagem**: visual do objeto, do produto, de sua exteriorização e do estabelecimento. São Paulo: Editora do Autor, 2004.

SOUZA, Ricardo Borges Oliveira de. Aspectos Atuais e Relevantes do Parasitismo na Propriedade Industrial. **Revista da ABPI**, Rio de Janeiro, n. 71, 2010. Disponível em: <https://abpi.org.br/revistas-da-abpi/>. Acesso em: 20 mar. 2020.

VIEIRA, T.; MONTEIRO, G. **Linguagem do produto**. Rio de Janeiro: SENAI CETIQT. 2010.