DERECHOS·INTELECTUALES

Volumen 25

DI

Tomo II

Asociación Interamericana de la Propiedad Intelectual
Inter–American Association of Intellectual Property
Associação interamericana da Propriedade Intelectual

ISSN 2539-2344 / En línea

Trade dress, aproveitamento parasitário e concorrência –um difícil equilíbrio

Trade dress, free riding and competition –a difficult balance

*Anne Caroline Lapa de Holanda**

Introdução
I. A concorrência e a propriedade intelectual
II. Sobre os sinais distintivos, sua função e proteção
III. *Trade dress*
1. Distintividade
a) Risco de confusão ou Associação indevidas.
b) Não funcionalidade
IV. A liberdade como princípio norteador
V. Uma teoria da concorrência desleal
VI. Sobre o comportamento parasitário e sua repressão
VII. Aproveitamento parasitario do trade dress na visão do judiciário
Conclusão
Bibliografia

* **Anne Caroline Lapa de Holanda.** Lawyer and Partner Daniel Law (Rio de Janeiro, Brazil). Master's Degree in Intellectual Property and Innovation by the Academy of the National Institute of Industrial Property (INPI) in 2020, Specialization Degree in Civil Procedure by the University Candido Mendes in 2019. Mail: anne.holanda@daniel-ip.com.

Resumo

Este trabalho analisa a tênue linha entre a necessidade de proteção de direitos de propriedade intelectual, em especial dos sinais distintivos como elementos de diferenciação do mercado, na figura do *trade dress* e a concorrência. Tal análise é feita sob a perspectiva de que a restrição da concorrência, livre por natureza, deve ser feita apenas enquanto mecanismo de incentivo à atividade inovativa e o justo funcionamento do mercado. Conclui-se que, ainda que não exista uma previsão legal especifica no Brasil sobre os institutos do trade dress e do aproveitamento parasitário, sua aplicação prática pelo judiciário brasileiro, com base na legislação atual, é possível sem que haja violação à concorrência justa.

Palavras-chave: *trade dress*; *free riding*; concorrência desleal, concorrência; propriedade intelectual; aproveitamento parasitário; marcas.

Abstract

This paper analyzes the thin line between the need to protect intellectual property rights, especially distinctive signs as elements of market differentiation, in the figure of the trade dress and competition. Such analysis is made from the perspective that the restriction of competition, free by nature, must be made only as a mechanism to encourage innovative activity and the fair functioning of the market. It is concluded that, although there is no specific legal provision in Brazil on the institutes of trade dress and free riding, its practical application by the Brazilian courts is possible with the current legislation without violation of fair competition.

Keywords: *Trade dress; free riding; unfair competition, competition; intellectual property; parasitic behavior; trademarks*

Introdução

A globalização atingiu todos os segmentos e setores integrando os mercados e interligando as cadeias de produção ao redor do mundo. Como resultado, a competitividade e a necessidade de diferenciação diante do público consumidor vem crescendo exponencialmente, com todos querendo uma fatia cada vez maior do mercado, objetivando a atração e fidelização dos consumidores, diante da diversidade de opções e ofertas.

Perante tal cenário, os agentes econômicos são obrigados a cada vez mais buscar alternativas criativas para alavancarem e diferenciarem seus negócios, seja por meio de inovações em seus produtos e serviços, através do desenvolvimento de novas marcas, ou ainda por meio de *branding* para agregar ainda mais valor ao que já existe.

A concorrência é regida de forma geral de maneira livre e autorregulada, sem a necessidade de estímulos ou intervenções, sendo desejada pelo seu potencial de trazer benefícios ao consumidor como a diminuição e nivelamento dos preços bem como a melhoria na qualidade dos produtos e fornecimento de serviços. Contudo, a fim de evitar distorções no ambiente concorrencial, ocorre a intervenção do Estado em alguns aspectos da concorrência para garantir seu ideal funcionamento.

Dentre os diversos pontos de intervenção na concorrência, temos a intervenção por meio dos direitos de propriedade intelectual (DPI), que ajudam os agentes econômicos a diferenciar-se dos demais, a apropriarem-se do resultado de seus esforços inovativos e de seus efeitos econômicos (Mello, 2009)[1],bem como ajudam os consumidores a fazer uma escolha informada e a evitar abusos e distorções no mercado.

A propriedade intelectual se torna assim uma forma de garantia ao produtor e ao consumidor ao reduzir os custos transacionais, bem como ao assegurar que caso haja o descumprimento de um dever por um agente econômico, ou mesmo uma atuação de má-fé por uma das partes, que será possível a proteção coercitiva desse elemento diferenciador. (Carvalho, 2009)[2].

Marcas são sinais distintivos essenciais nesse processo de diferenciação, pilares do comercio e da concorrência mundial, tendo diversas funções como identificação de produtos, serviços e estabelecimentos, criando um *link* imediato sobre o que está sendo oferecido e o agente econômico titular dessa marca na mente do

1. Mello, Maria Tereza Leopardi (jul /dez 2009). *Propriedade Intelectual e Concorrência*. Revista Brasileira de Inovação, Rio de Janeiro (RJ), 8 (2), p.371-402,
2. Carvalho, Nuno Tomaz Pires de (2009). A estrutura dos sistemas de patentes e de marcas. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

consumidor, como também sendo uma forma de garantir a qualidade e obter certeza a respeito da origem do produto ou serviço que se está adquirindo.

No entanto, infelizmente, na legislação brasileira atual, nem todos os sinais distintivos estão passíveis de registro. Sinais igualmente distintivos como o *trade dress* e as marcas de posição carecem ainda de uma atenção legislativa específica.

O presente trabalho almeja assim analisar o difícil equilíbrio entre a concorrência e o binômio proteção-repressão existente nos direitos de propriedade industrial, focando para isso, na análise da necessidade proteção (ou não) do *trade dress* quando diante de atos de concorrência desleal e comportamento parasitário.

O tema merece especial atenção pelo fato de que o balanço entre proibir e permitir é muito delicado quando se está diante de um cenário concorrencial, onde qualquer interferência ou monopólio indevido, pode gerar prejuízos, por vezes, incalculáveis a uma das partes.

Logo, os DPI acabam sendo utilizados como uma ferramenta de regulação do mercado, a saber, como um mecanismo que ajuda a proteger os ativos de forma a evitar a eventual distorção do mercado gerado naturalmente pela livre concorrência. E, é nesse cenário que será analisada a teoria do aproveitamento parasitário em casos de infração de *trade dress*, em especial dos limites de repressão desses atos desleais, verificando-se casos concretos.

I. A concorrência e a propriedade intelectual

A concorrência e a propriedade intelectual são dois institutos intrinsicamente conectados. Contudo, para compreender essa conexão e sua importância é necessário em primeiro lugar entender o que é concorrência. Para Barbosa (p. 22, 2012)[3]:

> … A concorrência e a propriedade intelectual são dois institutos intrinsicamente conectados…

> 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.

Na realidade, definir concorrência, não é uma tarefa simples, mas de forma geral poder-se-ia dizer que concorrência é uma disputa entre agentes econômicos

3. Barbosa, Denis Borges (Jan/Fev 2012) *A Concorrência Desleal e sua Vertente Parasitária.* Revista da ABPI, nº 116.

que ofertam determinado produto ou serviço e que almejam atender o mesmo público alvo.

Não obstante parecer uma simples conceituação, devido a globalização e consequente expansão dos mercados, o público alvo dos concorrentes não está mais subordinado somente a um segmento especifico, sendo essa concorrência hoje em dia vista de maneira macro uma vez que, ao fim, todas empresas estão dentro do mesmo mercado concorrencial global. Em realidade, disputa global, por maiores lucros, acaba por criar uma rivalidade entre os agentes econômicos que os empurra a criar vantagens competitivas frente aos seus rivais tais quais preços melhores, qualidades únicas, um design novo ou mesmo uma marca diferenciadora.

Nesse cenário, a propriedade intelectual surge com uma importante função dentro da concorrência, de acordo com Carvalho (2009, p. 31) a função da propriedade intelectual é "priorizar a importância coletiva dada a certos ativos intangíveis diferenciadores, e em alocar os custos da geração desses ativos, bem como estabelecer como a renda da sua exploração será extraída, e por quem". Ainda nesse sentido, Mello (p.372, 2009) afirma que "a proteção legal à propriedade intelectual se torna um meio para se apropriar dos lucros decorrentes da inovação, o que pode ser visto como um incentivo à atividade inovativa e aos gastos privados em P&D".

De acordo com os ensinamentos de Mello (2009) e Carvalho (2009), pode-se concluir que os direitos de propriedade intelectual estão dentro do âmbito da concorrência devido à sua relevância econômica. Uma vez classificados como um direito de propriedade, apesar de imateriais, os direitos de propriedade intelectual são capazes de serem apropriados e transferidos tal qual um livro ou um carro, e podem assim ser utilizados pelos agentes econômicos do mercado para alocar custos, gerar diferenciação e incentivar a concorrência.

II. Sobre os sinais distintivos, sua função e proteção

No cenário concorrencial atual, os sinais distintivos surgem como elementos essenciais nas promoção e divulgação de produtos e serviços, mas o que são eles exatamente?

Segundo Moro[4] (2009. p.5) os sinais distintivos possibilitam a identificação de produtos, serviços bem como de estabelecimentos dentro do mercado concorrencial enquanto que, ao mesmo tempo, permitem a diferenciação entre os concorrentes e o reconhecimento desses sinais pelo público consumidor. Já Pontes de Miran-

4. Moro, Maitê Cecília Fabbri (2009) Marcas Tridimensionais: sua proteção e os aparentes conflitos com a proteção outorgada por outros institutos da propriedade intelectual – 1ª Edição – São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

da[5] (1983, p .3) afirma que "sinais distintivos ou individualizam o estabelecimento mesmo (título de estabelecimento ou insígnia), ou os produtos (marcas industriais e de comércio), ou classificam a esses, pela proveniência, ou apenas servem à propaganda".

A legislação brasileira adotou a distintividade como o critério essencial para a concessão de proteção para sinais no Brasil enquanto diferenciadores de produtos e serviços. No entanto, por opção do legislador brasileiro, na lei de propriedade industrial, somente os sinais visualmente perceptíveis estão protegidos como marca, sendo excluídos da proteção especifica diversos outros sinais igualmente distintivos como sinais auditivos, olfativos, marcas de posição e *trade dress*. Diferentemente, a Lei norte-americana[6] e a Diretiva da Comunidade Europeia[7] não incluem essa necessidade restritiva de percepção visual, mantendo como elemento essencial a distintividade.

Os sinais distintivos devido a sua importância, vem previstos mesmo na Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB (1988) por meio de seu art. 5º, inc. XXIX.

> Art. 5o – Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
>
> [...] XXIX – 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 do País **(grifado pela autora)**.

5. Pontes De Miranda, Francisco Cavalcanti (1983). Tratado de Direito Privado, Tomo XVII: Direito das Coisas: Propriedade Mobiliária (bens incorpóreos). Propriedade Industrial (Sinais Distintivos). 4ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.
6. Lanham Act §45 (15 U.S.C §1127)
   The term "trademark" includes any word, name, symbol, or device, or any combination thereof—
   (1) used by a person, or
   (2) which a person has a bona fide intention to use in commerce and applies to register on the principal register established by this chapter, to identify and distinguish his or her goods, including a unique product, from those manufactured or sold by others and to indicate the source of the goods, even if that source is unknown.
7. Diretiva no. 2015/2436 Artigo 3 – Podem constituir marcas todos os sinais, nomeadamente palavras, incluindo nomes de pessoas, ou desenhos, letras, números, cores, a forma ou da embalagem do produto ou sons, na condição de que tais sinais: a) sirvam para distinguir os produtos ou serviços de uma empresa dos de outras empresas; b) possam ser representados no registo de uma forma que permita às autoridades competentes e ao público determinar, de forma clara e precisa, o objeto claro e preciso da proteção conferida ao seu titular.

Interessante notar que na legislação anterior de propriedade industrial no Brasil, não havia a proibição do registro de sinais não visualmente perceptíveis[8]. Contudo, na atual legislação optou-se por incluir essa ressalva no art. 122 da Lei de Propriedade Industrial – LPI Nº 9.279 (1996), conforme permissão prevista no artigo 15.1 do Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio – TRIPS[9] aos seus países membros caso assim desejem, que entende que é possível o registro como marca dos sinais distintivos visualmente perceptíveis não compreendido nas proibições legais.

Dessa forma, são registráveis como marca no Brasil, todos os sinais visualmente perceptíveis que possuem distintividade e não estão incluídos nas proibições legais previstas no Art. 124 da LPI. Dentre as proibições destaca-se que o registro de cores, de marcas genéricas, de marcas notoriamente conhecidas, de expressões de propaganda, de indicações de origem, de formas necessárias de um produto não é permitido pela legislação brasileira. Contudo, isso não significa que as marcas, cuja registrabilidade não está prevista, estejam desguarnecidas, pois como se verá a seguir, existem outros mecanismos de proteção aplicáveis tal qual as previsões da concorrência desleal. Segundo Schmidt[10](p. 40):

> "São as marcas que tornam a concorrência possível, ao permitirem que o consumidor possa diferenciar as mercadorias e escolher a que deseja. A marca permite que a decisão de compra seja determinada pela experiência ou informações previas que o consumidor tiver acerca de determinado produto. Com isso, o consumo se dá num nível de maior confiança e eficiência".

As marcas no Brasil, são registráveis perante o Instituto Nacional da Propriedade Industrial - INPI estando divididas em classes e subordinadas ao princípio da especialidade conforme previsto no art. 123 da LPI, sendo utilizadas para distinguir produto ou serviço de outro idêntico, semelhante ou afim, de origem diversa.

Quando dentro de suas características previstas em lei, não há a necessidade de prova de uso dessa marca ou mesmo sua análise frente ao consumidor, isso significa dizer que mesmo uma marca nunca utilizada efetivamente no mercado pode ser concedida e, se vigente, sua existência ser utilizada para barrar a

8. Código de Propriedade Industrial. Lei No 5.772 de 71 Art. 64. São registráveis como marca os nomes, palavras, denominações, monogramas, emblemas, símbolos, figuras e quaisquer outros sinais distintivos que não apresentem anterioridades ou colidências com registros já existentes e que não estejam compreendidos nas proibições legais.
9. Ratificado pelo Brasil através do Decreto nº 1.355 de 30 de dezembro de 1994.
10. Schmidt, Lelio Denicoli (2013). *A distintividade das marcas: Secondary meaning, vulgarização e teoria da distância* São Paulo: Saraiva.

concessão de marcas semelhantes ou ao menos afins solicitadas por um titular diferente.

O racional por trás da utilização do princípio da especialidade para a análise de marcas, sejam elas registradas ou não, tem sua base na esfera concorrencial: se não existe o risco da coexistência de duas marcas idênticas, ou mesmo similares, levar os consumidores à associação indevida, erro ou confusão, não existe motivo pelo qual impedir que esse novo solicitante obtenha direito sobre sua marca, afinal ela estará prestando sua função social essencial que é distinguir.

Há de se ressaltar, que apesar das marcas estarem separadas em classes sua análise é feita na realidade com base na afinidade, ou seja, analisando-se o mercado relevante onde está inserida, ainda que fora das classes de registro.

… Como exceção ao princípio da especialidade e à análise de marcas conforme à afinidade, a lei de propriedade industrial traz as marcas de alto renome …

Como exceção ao princípio da especialidade e à análise de marcas conforme à afinidade, a lei de propriedade industrial traz as marcas de alto renome (Art. 125 da LPI), que após o seu reconhecimento por meio de um processo autônomo próprio, possuem proteção em todos os segmentos mercadológicos, independentemente de qualquer classe. Esse super direito de proteção se justifica, pois, uma marca de alto renome somente goza desse status após seu titular comprovar que os consumidores brasileiros reconhecem aquela marca como sendo de prestígio, de boa reputação e qualidade. Tal reconhecimento não surge de um dia para o outro, como a obtenção desse status depende de provas fáticas, é necessário o esforço em investimento e divulgação da marca ao longo dos anos para cativar os consumidores.

De maneira similar, novas marcas como o *trade dress* surgem extrapolando diversas vezes os limites de segmento de mercado onde estão inseridas, mesmo que não previsto em lei por meio de um modo específico. Essa extrapolação do segmento de mercado original, não decorre de simples vontade de seu titular, mas sim é resultado natural de investimentos no desenvolvimento de inovações, marcas e propaganda junto ao público consumidor.

III. *Trade dress*

Analisado o *ratio* por trás da proteção e defesa das marcas faz-se necessário compreender a expansão desse conceito e sua importância.

Os agentes econômicos em sua incessável busca pela diferenciação no mercado, acabaram gerando um interessante fenômeno: as marcas não mais são identificadas pelo público somente como um sinal visual composto por letras e/ou imagens mas sim por todo o significado que carregam, bem como pelos demais elementos que são usados na composição da identidade visual relacionada à essas marcas. A esse conjunto de elementos distintivos que compõem a identidade visual de produtos ou estabelecimentos, a doutrina brasileira e internacional tem dado o nome de *trade dress*.

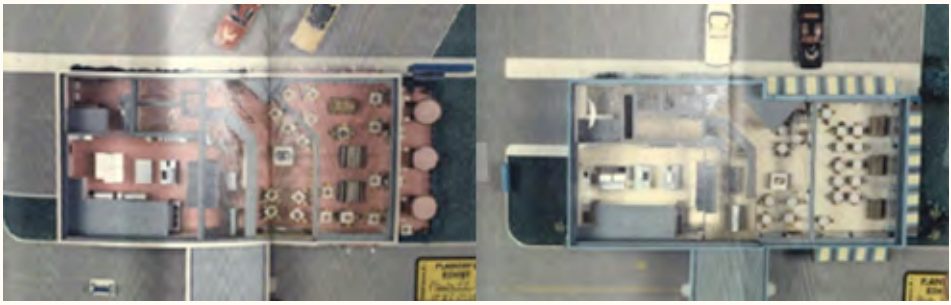
Para Cesário[11](2016. p.23), as novas marcas, dentre as quais se encontra o *trade dress* somente podem ser reconhecidas como sinais distintivos se, ao serem apostas em algum produto ou serviço, tiverem a capacidade de reconhecimento imediato no exercício de sua função identificadora frente à concorrência pelos consumidores.

Os contornos originais do conceito de *trade dress*, sugiram nos EUA[12] e foram se consolidar no famoso julgado *Cabana, Inc. vs. Two Pesos, Inc*[13] que discutia haver ou não semelhança entre a apresentação visual dos estabelecimentos Cabana e Two Pesos. Ao fim, reconheceu-se que a Taco Cabana, uma empresa de *fast-food*, poderia de utilizar de maneira exclusiva a apresentação visual que compunha os estabelecimentos de sua rede de restaurantes. Sendo a assim considerou-se que a Two Pesos, que também atuava no segmento alimentício deveria cessar a utilização dos elementos semelhantes.

ASIPI

11. Cesário, Kone Prieto Furtunato. (2016) As novas marcas visuais à luz dos princípios do direito comericial. Tese (Doutorado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, Brasil
12. Apesar de ser notoriamente conhecido dentro da doutrina o caso de trade dress da Cabana vs Two `Pesos de 1992, existem decisões proferidas ao longo dos anos pelas corte norte americanas sobre o tema, antes mesmo do surgimento do Lanham Act de 1946 (E sua posterior alteração em 1988) por meio do artigo §43 (a) . Ainda em 1900, reconheceu-se que a cópia de uma garrafa e rótulo de cerveja por um fabricante de cerveja tinha o objetivo de se fazer passar pelos produtos vendidos por outro fabricante. Charles E. Hires Co. v. Consumers' Co., 100 F. 809 (7th Cir. 1900),
13. Two Pesos v. Cabana. Cornell University Law School Social Science and Law. Recuperado em 05 de julho de 2020 https://courses2.cit.cornell.edu/sociallaw/student_projects/Tradedresspage2.html.

Layout externo – Taco Cabana(esquerda) vs Two Pesos (direita)



A origem do termo trade dress surgiu da necessidade um agente econômico de impedir que outro *"dress up"* (em português "vestir-se") produtos e estabelecimentos comerciais de maneira semelhante, para evitar: (i) uma associação indevida entre os agentes econômicos pelos consumidores; (ii) os consumidores fossem levados a erro e acabassem por adquirir produtos da origem errada e, (iii) para evitar a perda do *goodwill* do investimento em determinado negócio.

… A origem do termo trade dress surgiu da necessidade um agente econômico de impedir que outro "dress up" (em português "vestir-se") produtos e estabelecimentos comerciais de maneira semelhante, para evitar: (i) uma associação indevida entre os agentes econômicos pelos consumidores; (ii) os consumidores fossem levados a erro e acabassem por adquirir produtos da origem errada e, (iii) para evitar a perda do goodwill do investimento em determinado negócio…

Como não poderia deixar de ser, a questão do risco de confusão entre *trade dress* de agentes econômicos não ficou restrito aos Estados Unidos, sendo levan-

tado e inclusive legislado em diversos outros países do mundo. Apesar de no Brasil não haver uma legislação especifica sobre o assunto, é pacifico o reconhecimento da proteção do *trade dress*.

Contudo, por não haver uma definição legal especifica sobre esse instituto do direito coube à doutrina e a jurisprudência delinear os contornos desse direito.

Para Denis Borges Barbosa *trade dress* poderia ser entendido como o "conjunto de cores, a forma estética, os elementos que compõem a aparência externa, como o formato ou apresentação de um produto, estabelecimento ou serviço, suscetível de criar a imagem-de-marca de um produto em seu aspecto sensível" (Barbosa, 2011, p.09)[14]. Já Camelier[15] (2013, pp.149/150) entende que *trade dress* pode ser entendido como a combinação de elementos de identificação visual como forma, conformação de uma embalagem, traços e cores de um rótulo, grafismos, interior e exterior de estabelecimentos que quando combinados formam um conjunto único diferente de tudo que existe na concorrência, podendo assim, através do uso e do tempo, serem considerados sinais distintivos.

Por sua vez, Xavier[16] (2015) analisando o *trade dress* sob a perspectiva do marketing afirma que ele poderia ser considerado como a identidade visual corporativa de uma empresa, a saber, através de um *trade dress* bem desenvolvido, uma empresa teria a capacidade de representar sua imagem para o mercado.

Apesar do *trade dress* ter sido tratado inicialmente apenas como a "vestimenta" do comércio, como uma tradução literal do termo do inglês para português, hoje já houve uma grande evolução do tema na doutrina e jurisprudência sendo esse instituto entendido como um "conjunto-imagem" ou "identidade visual" de produtos e estabelecimentos, sendo utilizado, por exemplo, como justificativa na proteção contra reprodução ou imitação indevida de etiqueta de produtos, embalagens de produtos, da combinação especifica de cores em um totem de vendas, da imitação de linhas de arquitetura, de uma linha de roupas, em *websites* etc.

A análise em casos de um alegado conflito de *trade dress* deve ser feita através de uma apreciação extremamente criteriosa, pois é preciso traçar limites precisos entre a concorrência legítima e a fraudulenta, bem como de que forma a interferência do judiciário pode influenciar nos direitos dos consumidores. Tal resguardo reside no fato que não se deve conceder ou reconhecer direitos exclusivos

14. Barbosa, Daniel Borges (2011). Do trade dress e suas relações com a significação secundária. Recuperado em 20 de junho de 2020 de http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/propriedade/trade_dress.pdf.
15. Camelier da Silva, Alberto Luís (2013) Concorrência Desleal: atos de confusão. São Paulo: Saraiva.
16. Xavier, Vinicius de Almeida (2015). As possibilidades de proteção ao trade dress. Direito & Justiça, [s.l.], v. 41, n. 2, p. 248-263, EDIPUCRS. Recuperado em 15 de julho de 2020 http://dx.doi.org/10.15448/1984-7718.2015.2.13642.

sobre um sinal distintivo que tenha propósitos meramente anticompetitivos, desfavorecendo e restringindo assim a concorrência, sem que haja uma razoável justificativa para fazê-lo.

Apesar do conceito não ser preciso tendo em vista tantas definições feitas pela doutrina e judiciário através dos anos, é importante notar que os requisitos necessários para que se verifique se há infração ou não do *trade dress* são unânimes, podendo se resumir a três: a distintividade, a verificação do risco de confusão e associação indevidas e a não-funcionalidade.

1. Distintividade

Esse é o requisito basilar para se alegar a infração de qualquer sinal alegadamente distintivo, seja ele uma marca propriamente dita ou um *trade dress*. Na ausência de tal característica, a diferenciação de produto, serviço ou estabelecimento de um determinado agente econômico daqueles oferecidos pelos demais agentes econômicos no mercado seria impossível.

Ou seja, sinais são distintivos quando, ao em vez de simplesmente informar algo, identificam um produto ou serviço. E, o *trade dress*, pode exercer essa função, tal qual uma marca tradicional, por meio da combinação de elementos visuais em uma embalagem por exemplo. Através do *trade dress* é possível fornecer informações, representar uma marca, atrair consumidores, e mesmo tornar um produto mais atraente, ou seja, é possível utilizar-se diversos elementos não tradicionais que lhe conferem distintividade.

Portanto, serão dignas de um escopo de proteção bem maior aquelas identidades visuais únicas e absolutamente distintivas, por sua vez os *trade dress* com pouca distintividade terão um poder de exclusão contra terceiros muito menor. Assim, o que terminará por influenciar o exercício de direitos exclusivos em face de terceiros será o grau de distintividade de um *trade dress*[17](Andrade, 2011, p. 11).

É possível aferir se há ou não distintividade de um sinal como o *trade dress*, tal qual uma marca tradicional, de acordo com doutrina, de duas maneiras: de forma intrínseca ou, ainda, com base na situação fática, através da distintividade adquirida através do tempo, na mente do consumidor, por meio de *secondary meaning*.

Ora, na distintividade intrínseca um indivíduo, ao se deparar com um *trade dress*, imediatamente associa aquela imagem intrínseca, inseparável e essencial-

17. Andrade. Gustavo Piva de. (mai/jun 2011) O *trade dress* e a proteção da identidade visual de produtos e serviços. Revista da ABPI No. 112.

mente (Tinoco, 2004, p. 2016)[18] a determinada empresa, nesse caso a distintividade do *trade dress* nasce juntamente com seu surgimento. Mais uma vez, partindo da semelhança de tratamento entre as marcas tradicionais e o *trade dress* tendo em vista suas características em comum, as cortes norte-americana e brasileira já entenderam ser possível tomar proveito do teste do *"Espectro de Distintividade"* para a análise de marcas que surgiu no julgamento da *Abercrombie & Fitch v. Hunting World*[19], de 1976, nos Estados Unidos.

Por meio do teste do "Espectro de Distintividade", diferenças na distintividade entre marcas geram diferentes níveis de proteção, sendo analisadas da menos para a mais distintiva, a saber, genéricas, descritivas, evocativas/sugestivas, arbitrárias e fantasiosas. Quanto a primeira, ou seja, quanto aos sinais genéricos não caberia nenhum tipo de proteção enquanto para as marcas fantasiosas caberia a mais forte proteção contra o uso por terceiros.

… Contudo, o do teste do "Espectro de Distintividade", por vezes se mostrou incapaz de ser aplicado em um conflito envolvendo *trade dress*…

Contudo, o do teste do "Espectro de Distintividade", por vezes se mostrou incapaz de ser aplicado em um conflito envolvendo trade dress, pois foi originalmente desenvolvido para a análise de marcas nominativas sendo, por consequência, de difícil aplicação em um conflito envolvendo a combinação de diversos elementos formas, design e imagens.

Dessa forma, observou-se que em casos de *trade dress*, por ser necessária uma análise mais aprofundada da relação de distintividade em relação ao consumidor a fim de se avaliar em concreto o risco de confusão, a doutrina tem adotado como analise padrão a distintividade por meio do *secondary meaning*, conhecido como significação secundária, que ocorre quando a distintividade de um sinal não é imediata e sim secundária, adquirida através do tempo, por meio do uso. Segundo Barbosa (2011, p.1):

> a significação secundária presume a prática simbólica num mercado determinado, que, pelos processos de criação de uma percepção junto ao público

18. Soares, José Carlos Tinoco (2004). "Concorrência desleal" vs. "*trade dress*" e/ou conjunto imagem. São Paulo: Editora Tinoco Soares.
19. Abercrombie & Fitch Company V. Hunting World, Incorporated 537 F.2d 4 (2d Cir. 1976) . Recuperado em 18 de agosto de 2020 https://cyber.harvard.edu/people/tfisher/IP/1976_Abercrombie_Abridged.pdf.

> de que o signo já não designa um elemento do domínio comum, mas assinala uma origem específica para um produto ou serviço.

Nesse sentido, a Suprema Corte dos EUA entendeu através do julgado da *Wal-Mart* vs Samara Brothers[20], que não seria possível a proteção de um *trade dress* referente a um produto como inerente, tal qual no caso Two Pesos, Inc. v. Taco Cabana, Inc. que tratava do *trade dress* de estabelecimentos, sendo necessário, portanto, a análise da distintividade sob o viés do *secondary meaning*. Até então, somente era reconhecido que a proteção sobre o *trade dress* poderia incidir sobre a embalagem ou aparência de um produto ou sobre a apresentação visual de um comércio, partindo do pressuposto do *trade dress* ser inerentemente distintivo (ou não). Contudo, nesse caso, o judiciário norte-americano, por fim, entendeu que uma forma jamais poderia ser inerentemente distintiva, sendo necessária a comprovação de que houve aquisição de distintividade através do uso por meio do *secondary meaning*. Ao analisar esse julgado, Schmidt (2013 p. 181) destaca que:

> Foi com o caso Wal-Mart vs Samara Brothers, julgado em 2000, que a Suprema corte dos Estados Unidos precisou sua orientação quanto à imprescindibilidade da prova de *seconday meaning* para a proteção das marcas tridimensionais. Ao restringir o alcance do acórdão proferido no caso Two Pesos, a Suprema Corte observou que a possibilidade do *trade dress* ser intrinsicamente distintiva não significa necessariamente que a mesma conclusão possa ser generalizada e aplicada à forma tridimensional de um produto (Schmidt 2004, p 181).

Para se verificar que se há ou não significação secundária em um caso de *trade dress*, ou seja, na determinação da distintividade da apresentação visual de produto ou estabelecimento comercial existem alguns critérios que podem ser levados em consideração (Teixeira, 2019 p.12)[21] como exclusividade, duração e modo de uso, publicidade do produto, testemunho de consumidores, pesquisa de opinião, quantidade de vendas, reportagens e demais meios de propaganda.

20. A Samara Brothers era uma empresa que projetava e fabricava roupas para crianças sendo um de seus principais produtos era uma linha de roupas decoradas com apliques de corações, flores, frutas vermelhas e similares, da coleção primavera/verão. Tal linha de roupas era revendida por diversas lojas sob contrato de distribuição. Contudo, a Samara Brothers descobriu que a *Wal-Mart*, ao contratar a empresa Judy-Philippine, Inc. (J-P) para produzir uma linha de roupas, também para coleção primavera/verão, enviou fotos da linha de roupas produzida pela Samara Brothers e passou a comercializar essa linha similar em suas lojas.
21. Teixeira, Cassiano Ricardo Golos. Concorrência Desleal: *Trade Dress.* Revista Eletrônica do IBPI. Recuperado em 01 de agosto de 2020 em: https://ibpieuropa.org/?media_dl=248 .

No entanto, ainda que um *trade dress* passe pelo teste da distintividade, caso ele tenha um caráter puramente funcional ou se não houver risco de confusão real não haverá infração de *trade dress*.

a) Risco de confusão ou associação indevidas

Para se aferir se a coexistência entre dois *trade dress* é capaz de levar os consumidores à confusão, erro ou mesmo à associação indevida é preciso verificar se é provável que os consumidores irão confundir o *trade dress* supostamente infringido com outro infrator devido as suas semelhanças.

Ora, se a coexistência entre dois sinais distintivos não provoca risco de causar qualquer confusão ou associação indevida não poderá ser dito que há uma infração de *trade dress.* Ainda que esse *trade dress* seja considerado como detentor de distintividade.

Barbosa (2011) defende que os atos confusórios são aqueles que geram confusão entre os sinais que distinguem os produtos, serviços ou estabelecimentos, gerando uma falsa identificação. Por exemplo, um indivíduo utiliza marca registrada de outro, a fim de se aproveitar da reputação alheia, induzindo os consumidores ao erro.

Portanto, é preciso, em especial, verificar se o *trade dress* que se alega estar sendo infringido não se encaixa dentro de um código de categoria[22]. Mas o que seria isso? Código de categoria é como se chama o conjunto de características comuns a todos os concorrentes existentes em determinada categoria, por exemplo, o formato utilizado na embalagem, a combinação de cores, letras e demais elementos visuais que não necessariamente tem uma relação direta com o produto ou serviço oferecido por determinada empresa ou mesmo uma forma necessária por exercer uma função específica, mas que todos utilizam.

Por exemplo, as embalagens vermelhas para ketchup, embalagens predominantemente brancas para açúcar, garrafas de 2 litros para refrigerantes cor azul para produtos de limpeza, etc.

22. Código de Categoria – o surgimento de um código de categoria pode inclusive ser decorrente da perda da distintividade de determinado *Trade Dress* que apesar de inicialmente ter sido considerado distintivo, devido a ausência de proteção contra a entrada de terceiros semelhantes no mercado, na pratica do uso no âmbito concorrencial sofreu um processo de enfraquecimento, semelhante ao de degenerecência, que acontece com as marcas tradicionais, permitindo a coexistência com semelhantes.

Para que a distintividade adquirida se mantenha forte, através do tempo, é necessário que uma empresa ao desenvolver o projeto para a embalagem de um produto ou para a identidade visual de um estabelecimento observe – e tente evitar – o padrão da categoria onde está se inserindo a fim de evitar que o todo o investimento seja perdido pelo fato de o consumidor não conseguir diferenciá-lo dos demais dentro da mesma categoria ao ser levado a confusão. Mas deve-se adotar tal postura por um outro motivo muito importante, evitar infringir os direitos de propriedade intelectual de um terceiro que não faz parte de nenhum padrão de categoria e tenha um *trade dress* distintivo, pois poderá acabar o sendo acionado judicialmente.

A fim de verificar se há ou não risco de confusão e associação indevidas, considerando o *trade dress* como um símbolo distintivo, é possível tomar emprestada a *Teoria da Distância* presente na análise de conflito entre marcas tradicionais. Segundo Schmidt (2004.p.263)

> (...) Desenvolvida na Alemanha, a teoria da distância também se vale da ideia de marcas imersas em campos de proteção com magnetismo variado. Seu postulado consiste no princípio segundo o qual a análise de colidência entre duas marcas deve levar em consideração o maior ou menor grau de distintividade que elas possuem, quando comparadas com as demais marcas já existentes em seu segmento. A possibilidade ou não de confusão é estabelecida não só com base no nível de semelhança que as marcas tidas como semelhantes observam entre si, mas também na similaridade que têm com as demais marcas de seu ramo de atividade.

A teoria da distância preleciona que quando duas ou mais marcas similares já coexistem, uma terceira marca tão similar quanto, ou menos similar que as primeiras, não pode ser indeferida face às anteriores sendo necessário que suportem a coexistência desde que existam elementos mínimos que as diferenciem. Da

mesma forma, se dois ou mais *trade dress* com elementos visuais semelhantes já coexistem, não há razão ou força para impedir um novo de entrar no mesmo segmento.

Conclui-se assim que, se já existe um padrão de mercado de determinado produto ou serviço, a empresa entrante em nesse mercado tem duas opções. Por um lado ela pode, adotar uma identidade visual semelhante à existente como padrão da categoria, de forma a diminuir os custos de entrada no mercado e atingir de imediato o nicho de consumidores que deseja alcançar, sem grandes investimentos em marketing e introdução do mercado, já que os consumidores que já tem o costume de lidar com embalagens, rótulos ou estabelecimentos com elementos de diferenciação semelhantes acreditarão se tratar de mais um item do mesmo. A segunda, é adotar um padrão visual completamente novo, por exemplo, embalagens rosas para vender açúcar, uma vez que o padrão é feito por embalagens brancas. Tal diferenciação, um primeiro momento, irá dificultar a entrada no mercado mas, após investimentos em divulgação, propaganda e marketing, irão criar um nicho exclusivo dentro daquele mercado capaz de ser protegido contra imitações por terceiros.

b) Não funcionalidade

A funcionalidade, ou melhor a não-funcionalidade é o terceiro dos elementos a ser analisado para verificação de uma potencial infração de *trade dress*.

Ainda que um *trade dress* se mostre distintivo aos olhos do público, ainda que esses mesmos consumidores não sejam capazes se serem levados a confusão ou associação indevida quando comparados, se o *trade dress* que se alega infração possui funcionalidade, o pleito de infração deverá ser negado pelo judiciário.

A lei de marcas brasileira expressamente proíbe o registro como marca de sinais que busquem proteger uma forma necessária, comum ou vulgar de um produto ou de seu acondicionamento, bem como aquela forma que não pode ser dissociada do efeito técnico, conforme previsto no art. 124 XIX da LPI.

Portanto, utilizando para o *trade dress* o mesmo racional por trás da proteção das marcas tradicionais, não se pode permitir que um agente econômico tenha direito de exclusivo sobre uma forma ou efeito técnico por meio do *trade dress*, pois o elemento de propriedade intelectual correto para esse tipo de proteção é uma patente.

Nesse sentido, é possível seguir também no Brasil o entendimento da suprema corte Norte-Americana ao afirmar que "o aspecto de um produto é funcional se

ele é essencial ao uso ou propósito do produto ou se ele afeta o custo ou a qualidade desse produto"[23].

O caso paradigma nos Estados Unidos que estabeleceu critérios até hoje levados em consideração para a análise da funcionalidade em casos de *trade dress* foi o Caso *Morton-Norwich*, onde listou-se quatro fatores que deveriam ser verificados em conflitos de *trade dress*, pelo julgador em casos que se especule que o *trade dress* tenha na realidade um caráter funcional: (1) a existência de uma patente pública que divulgue as vantagens utilitárias do *trade dress* que se almeja proteger; (2) publicidade do requerente que divulgue as vantagens utilitárias do *trade dress;* (3) disponibilidade de trade dress alternativos; e (4) saber se o *trade dress* torna o produto mais fácil ou mais barato de fabricar.

Posteriormente a questão foi revisitada, no caso *TrafFix Devices, Inc. v. Marketing Displays, Inc (MDI)* onde verificou-se que não era necessária a análise doa quatro critérios necessariamente. Nesse caso, entendeu-se que caso o *trade dress* seja "essencial para uso ou finalidade", não há necessidade de considerar designs e *trade dress* alternativos, devendo o pleito ser negado pela funcionalidade.

Ora, um *trade dress* não pode ser funcional e ao mesmo tempo ter o poder de excluir terceiros de utilizá-lo pois assim o judiciário ao conceder o pleito de infração estaria transformando um direito naturalmente limitado temporalmente como um Desenho Industrial ou uma Patente em um direito eterno. Como dito anteriormente, no Brasil não há registro especifico para *trade dress* e consequentemente um tempo pré-definido de um direito de exclusivo, nesse sentido, não seria justo permitir um direito que ultrapassasse as restrições e monopólios previstos na lei de propriedade industrial.

IV. A liberdade como princípio norteador

Há de se notar que a economia e a concorrência são em sua natureza livres sendo inclusive a livre iniciativa um dos fundamentos da ordem econômica liberalista que se baseia em uma economia de mercado de intervenção mínima. Ou seja, sob o dogma liberalista, há uma limitação da intervenção do Estado no domínio econômico para somente manter as forças do mercado em condições concorrenciais justas.

Gama Cerqueira (2010)[24] ao tratar da livre concorrência no campo das atividades econômicas afirma que esse é um fenômeno que ocorre de maneira natural,

23. USPTO. Trademark Manual of Examining Procedure. 1202.02(a)(v) Evidence and Considerations Regarding Functionality Determinations . Recuperado em 05 de julho de 2020 https://tmep.uspto.gov/RDMS/TMEP/print?version=Jan2017&href=TMEP-1200d1e1063.html.
24. Gama Cerqueira, João da (2010), Tratado da Propriedade Industrial, vol. I, p. XVI, 3ª. Rio de Janeiro: Ed., Lumen Juris.

tendo como resultado o bem-estar, bem como o progresso da sociedade como um todo. Contudo, na opinião do autor, para estar nesse estado de equilíbrio a sociedade precisa manter-se dentro de certos limites caso contrário poderia haver abuso de direito e esbulho da esfera jurídica alheia.

> A livre concorrência encontra, assim, os seus limites, primeiro, nos direitos alheios, depois, nos deveres do indivíduo para com a sociedade em que vive, e, finalmente, nos deveres da caridade. Ora, se os indivíduos observassem, espontaneamente, a regra moral que lhes deve pautar a atividade econômica, é evidente que não se tornariam necessárias as leis reguladoras da concorrência comercial e industrial, ou da concorrência econômica. Não é isso, porém, o que se verifica, mas justamente o contrário, tendendo a livre concorrência para o abuso desse direito, o que exige a intervenção do Estado nos seus domínios, a fim de contê-la dentro de certas regras impostas pela lealdade, pela boa-fé e pelo interesse social. Os princípios em que se funda a teoria da repressão da concorrência desleal dominam todos os institutos da propriedade industrial, como o reverso moral da lei positiva, revelando-se, assim, sob mais este aspecto, a unidade desse ramo do direito.

Sob esse racional, entende-se que a cópia ou mesmo a imitação estariam livres e até mesmo seriam encaradas como algo bom, que incentiva a concorrência e a inovação. Contudo, verificou-se ser necessário criar regras para garantir o bom funcionamento do mercado. Nesse sentido, surge o Estado como garantidor dos direitos constitucionais à livre iniciativa, à boa-fé e a concorrência leal. É ainda essa mesma necessidade que cria os limites de proteção da propriedade industrial, uma vez que o natural é que as criações fossem de domínio público.

A livre-iniciativa e livre concorrência estão previstas na legislação brasileira como direito fundamental protegido constitucionalmente ao serem elencados nos art. 1º, IV, 5ºXIII e 170, IV da CRFB[25].

25. Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
(...)
IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa
(...)
Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
(...)
XIII – é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;
(...)

Em especial, o artigo 170 da CRFB trata dos princípios da atividade econômica a serem aplicados à realidade brasileira dentre os quais podemos destacar a proteção não somente a proteção à livre concorrência, mas também à propriedade privada, à livre iniciativa e à defesa do consumidor como uma forma de justiça e equilíbrio social.

O art. 173 §4º da CRFB ao afirmar que a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise a dominação de mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros demonstra que a livre concorrência pode ser considerada como um desdobramento da livre iniciativa, estando regulamentada ainda através da legislação infraconstitucional, por meio da Lei 12.529 (2011) que versa sobre o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, em seus artigos 1º e 36[26].

A regra é a liberdade do mercado, ou seja, qualquer um que tente entrar no mercado e queira participar do jogo da concorrência pode fazê-lo. Contudo, mesmo na liberdade existem regras que devem ser cumpridas para que o jogo dos negócios ocorra de maneira lícita e de boa-fé. Dessa maneira, quando os agentes econômicos que disputam o mercado ultrapassam os limites da boa-fé, lealdade e ignoram os limites naturais do mercado e artificiais do Estado – tal qual a concessão de um monopólio temporário de patente, por exemplo – poder-se ia dizer que tal agente econômico adentrou no campo da concorrência desleal.

Nesse sentido Camelier (2013, p.36) entende que o concorrente pode estudar e seguir as práticas comerciais do agente econômico considerado líder de mercado e de seu *benchmark*, através de investimento para alcançá-lo ou mesmo superá-lo. Contudo essa superação não pode ocorrer através de artifícios sem escrúpulos de forma a desviar, seja para si ou para terceiro a clientela alheia. No mesmo entendimento, o Supremo Tribunal Federal – STF do Brasil se posicionou na análise do Recuso Extraordinário no. 5232 ao afirmar que:

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:
(...)
IV - livre concorrência;

26. Art. 1 Esta Lei estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.
(...)
Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:
I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;.
(...)

> **livre concorrência**, com toda liberdade, **não é irrestrita**; o seu exercício encontra **limites nos preceitos legais** que a regulam e nos **direitos dos outros** concorrentes, pressupondo um exercício leal e honesto do direito próprio, expressivo da probidade profissional; **excedidos esses limites, surge a concorrência desleal**, que nenhum preceito legal define e nem poderia fazê-lo, tal a variedade de atos que podem constituí-los" (RT n. 184, p. 914). (ênfase própria).

V. Uma teoria da concorrência desleal

Há previsão tanto na legislação brasileira quanto nos tratados internacionais que o Brasil faz parte sobre a concorrência desleal. Em todos os casos, a deslealdade é um comportamento considerado impróprio que deverá ser combatido.

Definir o que seria concorrência desleal não é uma tarefa fácil, pois perpassa por noções que podem variar de pessoa para pessoa como "desleal", "honesto", "moral" e "boa-fé". Tal dificuldade é refletida tanto no artigo no 10-bis da Convenção da União de Paris – CUP que fala em "usos honestos" como no TRIPS, art. 39 que trata de "práticas comerciais honestas". Hermano Durval (1976 p.123.)[27] apresenta bem essa dificuldade ao afirmar que:

> todos sentem o fenômeno da concorrência desleal, mas ainda está para surgir quem lhe dê uma definição satisfatória. Assim, o que uma pessoa pode considerar como um ato desonesto, para outra pode parecer uma atitude correta variando o grau de intepretação de acordo com a sociedade onde está inserida, por exemplo, mais liberalista ou mais socialista.

No Brasil, não há na lei uma definição única sobre concorrência desleal, contudo existe um rol no art. 195 da LPI de práticas enquadradas como crimes de concorrência desleal que podem ser repreendidos criminalmente, sendo permitida ainda a repreensão desses e outros atos desleais não listados como um ilícito civil.

Há de se ressaltar que Código Penal - CP, Decreto-Lei No 2.848 (1940) somente permite punição em casos especificamente previstos em lei[28], contudo, caso uma atitude de pratica desleal praticada por um agente econômico não esteja especificamente prevista nesse rol, é sempre possível buscar uma reparação ou cessação do ato com base no Código Civil – CC Lei No. 10.406 (2002).

As hipóteses de concorrência desleal que podem ser combatidas penalmente vêm previstas no art. 195 da LPI e podem ser agrupadas em (a) atos capazes de

27. Durval, Hermano(1976) Concorrência Desleal. São Paulo: Saraiva.
28. CP, Art. 1º - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.

criar confusão entre produtos/ estabelecimentos; (b) atos que denigrem o concorrente, (c) atos que desrespeitam clausula contratual e (d) concorrência parasitária.

VI. Sobre o comportamento parasitário e sua repressão

O termo parasita surge em seu aspecto biológico, ou seja, parasita é aquele que vive de e em outro organismo, dele obtendo alimento e não raro causando-lhe dano. Ao logo dos anos outras definições foram se aglutinando a essa semântica inicial, biológica, e passou-se a entender que o termo parasita também poderia ser utilizado em outro sentido semântico, a saber, para se referir àquele indivíduo que se aproveita de outro e vive se aproveitando do outro sem em nada lhe beneficiar.

> … Parasitismo ou comportamento parasitário, é também identificado pela doutrina como *Free Riding* ou Efeito Carona…

Parasitismo ou comportamento parasitário, é também identificado pela doutrina como *Free Riding* ou Efeito Carona. De acordo com Salomão Filho[29] (2006, p. 14.) seria o "aproveitamento por parte daquele que não investiu na pesquisa dos resultados dela advindos". Para o referido autor, a repressão ao *free riding* acaba por estimular a pesquisa e o desenvolvimento dos agentes econômicos tendo dessa forma um fundamento concorrencial.

Já na propriedade intelectual, a intenção do parasita ou *free-rider* não é necessariamente prejudicar a imagem do seu "hospedeiro", ou seja, do agente econômico que está parasitando, mas apenas de economizar tempo e investimento em pesquisa e desenvolvimento de produtos e do mercado e obter uma vantagem competitiva frente aos demais agentes econômicos que atuam efetivamente em seu segmento de mercado.

> … No aproveitamento parasitário não existe uma relação direta de concorrência entre os agentes econômicos…

No aproveitamento parasitário não existe uma relação direta de concorrência entre os agentes econômicos, pois não estão inseridos dentro do mesmo segmento de mercado. Eis o motivo pelo qual normalmente, questiona-se se é possível a repressão do parasitismo com base na concorrência desleal, pois se não há uma

29. Salomão Filho, Calixto (out./dez. 2006.) Direito industrial, Direito Concorrencial e Interesse Público. Brasília: Revista CEJ, , n. 35, p. 12-19

concorrência direta entre os agentes econômicos, qual seria o prejuízo nessa imitação?

Assim, de forma geral, em hipóteses de aproveitamento parasitário o art. 195 da LPI mencionado anteriormente não fornece subsídios suficientes para a proteção do agente econômico que está sendo parasitado, devido a *"ausência de concorrência"*. Isso não significa que o agente econômico que se sente lesado não possui mecanismos para defender seu estabelecimento ou seus produtos. Mesmo na ausência da aplicabilidade do art. 195 da LPI, há previsibilidade de proteção e repressão à atos desleais não pré-estabelecidos ainda dentro da LPI com base no art. 209 que afirma in verbis:

> 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. (ênfase própria)

Além disso, a repressão ao aproveitamento indevido também pode se dar por meio da aplicação dos institutos do direito civil, previstos no CC de 2002 como Ato Ilícito (art. 186, CC), abuso de direito (art. 187, CC) e enriquecimento sem causa (art. 884, CC).

Ato ilícito ou antijurídico é todo ato não permitido em lei, podendo ser o ilícito civil ou de natureza penal. Contudo, art. 186, CC estabelece o que são os atos ilícitos propriamente ditos, a saber, aqueles praticados por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, que violem direito e causem dano a outrem, ainda que exclusivamente moral.

Logo, no aproveitamento parasitário para que haja um ato ilícito propriamente ditos é necessária a ocorrente de três fatores simultaneamente:: (a) culpa, a saber, um ato voluntário do agente agindo ou deixando de agir de determinada maneira; (b) dano causado a um terceiro e; (c) nexo causal entre o ato voluntario do agente e o dano causado à esse terceiro.

Contudo, por vezes, não é possível a utilização do ato ilícito do art. 186, por faltarem dois elementos estruturantes direito subjetivo violado e dano.

Já no abuso de direito, previsto no art. 187 CC, o exercício do direito de um se torna tão excessivo que passa a prejudicar o outro. Nader30 (2004, pp. 554-556)

30. Nader, Paulo (2004). Curso de Direito Civil. Parte Geral – vol. 1. Rio de Janeiro: Forense

elenca em especial cinco critérios a serem observados para se verificar a ocorrência ou não do abuso do direito, que podem ser aplicados à casos de infração do *trade dress:* (a) Titularidade do Direito, (b) Exercício Irregular do Direito, (c)Rompimento dos limites impostos, (d) Violação do direito alheio, (e) Elemento subjetivo da conduta. e (f) Nexo de Causalidade

Diferentemente do ato ilícito previsto no *art.* 186, no abuso de direito não é preciso de se comprovar dano subjetivo ao direito alheio, culpa ou mesmo nexo causal, uma vez que é uma antijuricidade objetiva. O abuso de direito pode ser caracterizado em todas as situações onde indivíduo ultrapassa o limite do direito que lhe foi concedido e impõe seu direito impondo frente a um terceiro além do que lhe cabe, ignorando a boa-fé e ainda não cumprindo seu fim econômico. Sendo, por tanto, uma cláusula aberta deixada pelo legislador para casos não originalmente previstos, mas que podem surgir na sociedade com o passar dos anos, sendo um verdadeiro *standard* de análise e princípio de valor a ser seguido pelo ordenamento e aplicados de forma sistemática.

Por fim, tem-se o no Artigo 884 do CC que "aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários", sendo portanto utilizado em conjugação com o abuso de direito para justificar uma indenização, em especial em casos de parasitismo, pela ausência de necessidade de demonstração de prejuízo pelo agente econômico parasitado.

Para sua aplicação é preciso que três pressupostos sejam encontrados segundo Neumayr[31] (2010, pp.137/138): (i) o parasita de ter obtido um ganho financeiro pelo aproveitamento não autorizado de elementos de propriedade intelectual de um agente econômico, (ii) deve ser possível comprovar que o enriquecimento se deu devido a utilização de um direito alheio não autorizado e (iii) não pode existir causa legitima para o enriquecimento:

A repressão aos atos de parasitismo no âmbito das marcas, em especial, em sinais distintivos não registráveis como o *trade dress*, deve ocorrer sob determinados parâmetros. Ora, qual seria a justificativa para a restrição de um direito de um terceiro pertencente a um segmento de mercado distinto se não houver prejuízo para o agente econômico parasitado, por exemplo, meio de desvio de clientela? O esperado seria a permissão de coexistência com base no princípio da afinidade mencionado anteriormente.

31. Neumayr, Rafael (2010.) Aproveitamento parasitário dos elementos de identificação da empresa: deslealdade entre não concorrentes. Nova Lima: Faculdade de direito Milton Campos (Brasil).

Logo, na repressão do parasitismo de marcas, e de outros sinais distintivos como o *trade dress*, é preciso verificar se a empresa parasitada teria direito a coibir o parasita não diretamente concorrente a parar de agir e se tal ato do parasita seria efetivamente contrário ao direito.

Em primeiro lugar, é preciso entender o contexto de significação real onde esse sinal distintivo está inserido, com relação aos consumidores e ao mercado, para se verificar se ele é famoso e extrapola o seu segmento de mercado original.

… Logo, na repressão do parasitismo de marcas, e de outros sinais distintivos como o *trade dress*, é preciso verificar se a empresa parasitada teria direito a coibir o parasita não diretamente concorrente a parar de agir e se tal ato do parasita seria efetivamente contrário ao direito…

Portanto, para se entender da fama e relevância de um sinal, para se verificar se há ou não um *free ride* de um agente econômico sobre o outro é necessário um aprofundamento sobre as questões fáticas, a saber, é preciso compreender a possibilidade real de confusão ou associação, se houve aumento artificial e efetivo efeito de prestígio pelo parasita, bem como definir exatamente que tipo prestígio que o agente parasitado possui dentro do mercado, a saber, se esse prestígio é capaz de elevar o valor de agentes econômicos mesmo em segmentos distintos.

Schmidt (2012, p.88/89) argumenta que a repressão ao aproveitamento parasitário se justifica para preservar a função publicitária das marcas famosas, sua força junto ao público e para evitar a depreciação dessas marcas. Sendo o *trade dress* uma marca em sua essência, pode-se aplicar a mesma interpretação de Schmidt para o campo de repressão ao aproveitamento parasitário do *trade dress*.

Portanto, se não ocorrer beneficiamento, ainda que potencial para o parasita e nem depreciação do *trade dress* copiado, não haveria motivo para a repressão.

Seguindo o entendimento de que é necessário uma análise da situação de fato, o Superior Tribunal de Justiça - STJ do Brasil no julgamento do Resp. 1.353.451/MG, estabeleceu que em situações que envolvem o julgamento de conflitos de elementos de distintividade, tal qual o *trade dress*, faz-se necessário o exame técnico, a saber, prova pericial, para se verificar a possibilidade ou não de confusão ou de erro pelos consumidores. Nesse sentido

> PROPRIEDADE INDUSTRIAL. RECURSO ESPECIAL. CONJUNTO-IMAGEM (TRADE DRESS). COMERCIALIZAÇÃO DE PRODUTO AFIM. EMBALAGENS ASSEMELHADAS.

> CONCORRÊNCIA DESLEAL. ART. 209 DA LEI N. 9.279/1996 (LPI). PERÍCIA TÉCNICA REQUERIDA. DISPENSA INJUSTIFICADA. CERCEAMENTO DE DEFESA CONFIGURADO. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO.
> (...)
> **5. A confusão que caracteriza concorrência desleal é questão fática, sujeita a exame técnico, a fim de averiguar o mercado em que inserido o bem e serviço e o resultado da entrada de novo produto na competição, de modo a se alcançar a imprevisibilidade da conduta anticompetitiva aos olhos do mercado. (ênfase própria)**

A não atuação em casos de parasitismo pode causar danos, por vezes, irreversíveis ao agente econômico parasitado tal qual o risco de diluição. No mesmo sentido Cabral (p.25 2002)[32] afirma que a diluição é uma ofensa à integridade de um sinal distintivo devido a atuação de um agente econômico, sem a ambos estarem necessariamente dentro do mesmo segmento de mercado. O autor defende que um efeito dessa diluição é a redução do poder de venda do sinal distintivo por dois motivos, a saber, perda de unicidade ou ofensa a reputação.

Ou seja, a lesão à um sinal distintivo parasitado pode ocorrer por meio de duas vertentes: (a) diluição por perda de unicidade ou distintividade (*blurring*) e (b) diluição por depreciação (*tarnishment*). A previsão de coibição de atos de diluição está reconhecido e previsto em diversas legislações pelo mundo como a Trademark Act de 1946 dos Estados Unidos que no seu artigo 43 especificamente trata dos riscos aos detentores de sinais distintivos por diluição. Camelier (pp. 127/128) aborda esse fato em sua obra:

> Como sói acontecer, o congresso norte-americano aprovou uma lei cujo objetivo dar uma resposta rápida a muitos problemas vividos por empresas que tinham suas marcas e sinais distintivos diluídos na sua integridade material e moral, pelos concorrentes.
> (...)
> prevendo remédios legais para combater infratores que atentam contra marcas, *trade dress* ou conjunto-imagem que se tornaram famosos, provocando **diluição por denegrir** ou macular a reputação desses sinais (dilution by tarnishment) e **diluição por perda de unicidade ou distintividade** (dilution by blurring), punindo o infrator, independentemente da presença ou da ausência de possibilidade de confusão efetiva, de concorrência ou da existência de perdas e danos. (ênfase própria)

32. Cabral, Filipe Fonteles (Mai/jun 2002). Diluição de Marca: Uma Teoria Defensiva ou Ofensiva? Revista da ABPI nº 58 .

Há de se ressalar que a diluição de um sinal distintivo por ofuscação não se confunde com degenerescência. Enquanto diluição por perda de distintividade implica em um enfraquecimento de um sinal distintivo quanto ao seu poder de diferenciação frente a segmentos diversos do seu a degenerescência de um sinal distintivo implica na perda de distintividade e do *enforcement* frente aos competidores diretos. Um excelente exemplo de degeneração de um sinal distintivo advém do campo das marcas tradicionais, quando ao invés das pessoas se referirem a goma de mascar elas se referem a marca referência no produto, a saber, CHICLETE ou ao invés de pedirem fita adesiva pedem DUREX.

… Há de se ressaltar que a diluição de um sinal distintivo por ofuscação não se confunde com degenerescência…

Já a diluição por depreciação ocorre quando um agente econômico adota um sinal distintivo característico de outrem sem autorização e adota uma postura que denigre a imagem e reputação construída ao redor do sinal distintivo original. Esse tipo de diluição, não leva o consumidor necessariamente a confusão ou associação indevidas, ao invés, ele altera a forma de valoração de um signo distintivo por determinado consumidor. Destaca-se que a alteração na valoração em regra há de ser negativa para que se constate a infração, ou seja, é necessário prejudicar a imagem, diminuição de prestígio e do valor do sinal distintivo, bem como a forma de percepção do sinal pelo consumidor.

Um excelente exemplo da diluição por depreciação, ocorreu no caso CANDY LAND, onde empresa HASBRO que comercializa um jogo intitulado CANDY LAND, desde 1949, focado no público infantil, com o uso de cores vivas e imagens saudáveis, teve a imagem de sua marca e diminuída e sua integridade ofendida ao descobrir que estava em funcionamento um site denominado *candyland.com* adquirido pela empresa Internet Entertainment Group (IEG) para a transmissão de um conteúdo sexual explícito[33].

Nesse caso, a HASBRO ingressou com uma ação perante os tribunais norte-americanos, buscando a cessação imediata da utilização do site bem como indenização pela depreciação de sua marca onde saiu vitoriosa. Como resultado, a IEG foi obrigada a transferir o domínio *candyland.com* para HASBRO e teve de encarar um grande prejuízo pois havia investido milhares de dólares para comprar e desenvolver o site de conteúdo adulto.

33. Hasbro, Inc. v. Internet Entertainment Group, Ltd. Disponível em < https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp2/66/117/2489238/> Recuperado em 15 de julho de 2020

Apesar de obviamente não existir risco de confusão entre um site de entretenimento adulto com um jogo de tabuleiro para crianças, diante dos pontos apresentados, a coexistência do site com o jogo sem dúvida seria capaz de ferir a reputação do jogo adquirida através dos anos bem como de diminuir seu valor de mercado.

> … é possível afirmar que a teoria da diluição encontra um adequado abrigo na teoria do aproveitamento parasitário…

Dessa maneira, é possível afirmar que a teoria da diluição encontra um adequado abrigo na teoria do aproveitamento parasitário e lhe confere bases teóricas para entender e justificar a repressão do aproveitamento parasitário

VII. Aproveitamento parasitario do *trade dress* na visão do judiciário

Observados os critérios para se reconhecer o direito de exclusividade sobre um *trade dress*, em casos de infração e ainda após se verificar que existe todo um arcabouço jurídico e concorrencial que justificam a proteção de direitos de propriedade industrial, mesmo aqueles cujo registro especifico não é previsto na legislação brasileira, é preciso, por fim, entender a dificuldade de se encontrar o balanço entre a proteção e a não proteção do *trade dress* no Brasil, em especial na possibilidade de repressão à atos de deslealdade, mesmo quando os agentes econômicos não estão exatamente no mesmo segmento. Para isso, é preciso ver como o assunto tem sido tratado pelo judiciário brasileiro.

Apesar de ser pacifico que é possível a repressão do uso desleal de um trade dress criado e desenvolvido por um agente econômico por meio do sistema judiciário brasileiro, a realidade é que não existem certezas sobre os limites de sua aplicação, sendo essa uma grande área cinzenta.

Quando se reconhece a existência de um *trade dress* e que se está ocorrendo uma infração da identidade visual de um produto ou estabelecimento por reprodução indevida de outro agente econômico dentro do mesmo segmento de mercado, o judiciário tem aplicado sistematicamente a provisões do art. 195, da LPI para se conceder o pleito, sem muitas discussões acerca de ausência de previsão legal especifica para o *trade dress* no Brasil.

Temos com um bom exemplo, o conflito entre os medicamentos POS DRINK e ENGOV, as marcas são claramente distintas quando pronunciadas, mas as embalagens quando comparadas lado a lado claramente demonstram que a intenção da empresa responsável pelo produto POS DRINK foi aproveitar-se da fama adquirida ao longo dos anos pelo ENGOV:

Ora, nesse sentido, na decisão do REsp nº 1843339 / SP (2019/0309317-8) a Ministra Relatora Nancy Andrighi afirmou que:

> A despeito da ausência de expressa previsão no ordenamento jurídico pátrio acerca da proteção ao *trade dress*, é inegável que o arcabouço legal brasileiro confere amparo ao conjunto-imagem, sobretudo porque sua usurpação encontra **óbice na repressão da concorrência desleal.**
>
> (...) a embalagem do medicamento fabricado pela recorrente (POSDRINK) viola o conjunto-imagem daquele produzido pela recorrida (ENGOV). **Os produtos competem no mesmo segmento específico de mercado**, a

> comercialização do fármaco da recorrida é anterior ao momento em que o recorrente passou a fazer uso da embalagem impugnada e a forma de sua apresentação é bastante reconhecida pelo público consumidor. **Os elementos que imitam a embalagem da recorrida não estão dispostos em virtude de exigências relacionadas à técnica ou à funcionalidade** do produto fabricado pela parte adversa. (ênfase própria)

Contudo, a situação fica um pouco mais complicada quando o ato supostamente de deslealdade ocorre em seguimentos de mercado não diretamente conflitantes, que não estão cobertos pelo art. 195 da LPI. No entanto, saindo do terreno do *"e se"* para realidade, o judiciário brasileiro já está enfrentando conflitos envolvendo *trade dress* sob o argumento de aproveitamento parasitário e *free-riding* em especial devido à uma tendência de "gourmetização" de produtos alimentícios pela indústria de cosméticos.

O caso mais relevante no Brasil a respeito do tema, já finalizado e com ampla repercussão, foi o conflito entre as empresas Muriel Cosméticos (GFG COSMÉTICOS LTDA) e a empresa UNILEVER BRASIL LTDA a respeito dos os produtos ALISENA e MAIZENA, enquanto ALISENA tinha como foco o segmento de cosméticos, os produtos MAIZENA e seu *trade dress* ao longo dos anos este sempre associado à produtos alimentícios, em especial para designar amido de milho.

Após muitas idas e vindas no processo, a 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), processo No. nº 1093251-56.2017.8.26.0100, reconheceu os direitos da UNILEVER sobre o conjunto dos elementos que compõem as embalagens dos produtos MAIZENA, e entendeu haver

sim infração de seus direitos pelo uso nas embalagens ALISENA de diversos elementos que remetiam os consumidores ainda que indiretamente aos *trade dress* de MAIZENA.

O Tribunal reconheceu que o parasitismo nesse caso se manifestou de duas maneiras que se relacionam com os critérios anteriormente estabelecidos para comprovação de existência do *trade dress*, bem como da analise necessária para verificar se houve ou não um ato de deslealdade passível de reprovação a saber: (i) a possibilidade de indevida associação entre os produtos; e (ii) a apropriação indevida da empresa demandada sobre o investimento da empresa mais tradicional na construção de sua marca.

Em especial, o TJSP em sua decisão ressaltou que para a análise de questões de *trade dress* no Brasil, pouco importa se existe algum registro dos elementos de propriedade industrial que o compõe o *trade dress* como uma marca –MAIZENA é marca de alto renome– ou desenho industrial, sendo o ponto chave a questão do consumidor e do risco de confusão para o público alvo.

> Conforme vem compreendendo esta Corte, a questão relativa ao *trade dress* de um produto deve ser ponderada com foco na caracterização e inibição do aproveitamento parasitário e confusão gerada em relação ao público-alvo do produto, em juízo que antecede qualquer discussão acerca de registros marcários e exclusividade de exploração. Tutela-se, portanto, o resguardo ao consumidor e a coibição de ações entre os agentes que atuam na ordem econômica e que tendam a desvirtuá-la com a prática de concorrência desleal, seja ela ostensiva, pela cópia integral de um padrão já consolidado, seja ela situada no campo da indução pela repetição de padrões, formatos, cores e demais elementos que possam remeter o adquirente do produto novo a um item já existente e bem estabelecido no mercado.

Contudo, apesar de amplamente tratar da questão do parasitismo e *trade dress*, o Tribunal, se absteve de comentar sobre o fato que os elementos de *trade dress* da marca MAIZENA já se encontram diluídos dentro do seu próprio segmento. Ora, se dentro do próprio segmento de amido de milho, os elementos de *trade dress* de MAIZENA não possuem unicidade, qual a razão para que possa impedir um terceiro de utiliza os mesmos elementos em um segmento distinto?

Além do caso ALISENA vs MAIZENA, é possível elencar diversos outros exemplos desse fenômeno de "*gourmetização*" de produtos capilares, mostrando que o caso ALISENA vs MAIZENA não é único, sendo na realidade parte de um fenômeno que por muitas vezes passa desapercebido, pois são, por diversas vezes, resolvidos através de acordos e negociações fora dos tribunais. Entre os exemplos podemos elencar:

– MOËT HENNESSY DO BRASIL – VINHOS E DESTILADOS LTDA vs DE SIRUS COSMÉTICOS LTDA. – EPP. Proc. No. 1104243-18.2013.8.26.0100 do 32ª Vara Cível do Foro Central Cível do TJ SP. Esse caso foi finalizado através de um acordo entre as partes, homologado pelos tribunais, onde a empresa DE SIRUS reconheceu os direitos de propriedade industrial de VEUVE CLICQUOT parou de comercializar os produtos capilares CLERICOT.

– Intercontinental Great Brands LLC/ Mondelez Brasil Ltda. vs Fine Cosméticos Ltda/ Portier Cosméticos Ltda/ Light Hair Indústria e Comércio de Cosméticos Ltda. ME – Proc. No. 1007561-88.2019.8.26.0100 na 2ª vara empresarial e conflitos de arbitragem – Foro Central Cível do TJSP. Este processo encontra-se atualmente em grau de recurso após a sentença de primeira instância ter reconhecido haver aproveitamento parasitário dos produtos do "fermento capitar" ao se assemelhar aos elementos que compõem os produtos ROYAL da Intercontinental, condenando as rés a cessar a infração bem como ao pagamento de indenização.

– Heinz Brasil S/A vs Portier Cosméticos Ltda. Proc. No. 1007719–45.2019.8.26.0068 da 3ª Vara Cível – Foro de Barueri do TJSP – A empresa HEINZ ingressou perante o TJSP solicitando a abstenção de uso da das embalagens da linha de produtos capilares "gourmet" da empresa Portier, sob a alegação que imita o *trade dress* de sua linha de produtos tradicionais do segmento alimentício. Em sede de agravo de instrumento perante o Tribunal do TJSP conseguiu ter seu pedido de liminar provido. Contudo, segue pendente a decisão em primeira instância sobre o pleito.

Os exemplos apresentados, traduzem bem o entendimento atual do judiciário brasileiro que entende ser sim possível a repressão de atos de deslealdade envolvendo o *trade dress*, mesmo quando os agentes envolvidos na disputa não estão inseridos exatamente no mesmo segmento de mercado. Contudo, apesar desse reconhecimento é preciso que o judiciário sempre analise o caso a caso, para evitar uma distorção na concorrência e o reconhecimento de um direito de exclusão e repressão além do necessário para fazer a concorrência continuar a rodar.

Conclusão

Ao comportamento de pegar carona ou *"free ride"* na fama e prestígio alheios de maneira sutil, sem autorização, para alavancar seus próprios negócios, a doutrina vem adotando o nome de comportamento parasitário que quando contrário a boa-fé, à lealdade comercial e à livre concorrência, tem-se chamado aproveitamento parasitário, sendo seu requisito essencial que o parasitismo se dê entre agentes econômicos de segmentos de mercado distintos.

O artigo 195 da LPI elenca um rol taxativo de condutas caracterizadas como concorrência desleal passíveis de repreensão criminal, dentre essas condutas o item III, normalmente utilizado para decisão de conflitos de *trade dress* afirma que comete crime de concorrência desleal quem "emprega meio fraudulento, para desviar, em proveito próprio ou alheio, clientela de outrem". Ora, se há a necessidade de desvio de clientela, não é possível a inclusão do aproveitamento parasitário do *trade dress* no rol dos crimes do art. 195, sendo somente possível sua repreensão no campo cível tendo como base o art. 209 da LPI, que permite que o prejudicado por um ato desleal não previsto em lei possa requerer perdas e danos pelos prejuízos sofridos na esfera cível

O balanço entre o proibir e permitir não é simples, em especial, em casos de aproveitamento parasitário de *trade dress*, conclui-se que se a ação do imitador resultar em de atos de confusão capazes de levar o consumidor uma associação indevida ou ainda à diluição desse *trade dress*, comprovadamente distintivo e não funcional, seja por perda de distintividade ou por depreciação de sua reputação, essa imitação, esse aproveitamento parasitário deve sim ser reprimido a fim de se manter o incentivo a inovação e criação, bem como com o objetivo de se manter a confiança no Estado na proteção dos direitos de propriedade intelectual, e em especial dos sinais distintivos como elemento central dos negócios e empresas.