

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO

SAMUEL RODRIGUES MARTINS

Aspectos econômicos e jurídicos concorrenciais do Design: o caso das
garrafas de cerveja

Rio de Janeiro

2013

Samuel Rodrigues Martins

Aspectos econômicos e jurídicos concorrenciais do Design: o caso das
garrafas de cerveja

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-graduação em Políticas Públicas, Estratégicas e Desenvolvimento, Instituto de Economia da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como parte dos requisitos necessários à obtenção do título de Mestre em Políticas Públicas, Estratégicas e Desenvolvimento.

Rio de Janeiro

2013

FICHA CATALOGRÁFICA

M386 Martins, Samuel Rodrigues.

Aspectos econômicos e jurídicos concorrências do *design* : o caso das garrafas de cerveja / Samuel Rodrigues Martins. -- Rio de Janeiro, 2013.

119 f. ; 31 cm.

Orientador: Maria Tereza Leopardi de Mello.

Coorientador: Fabio de Silos Sá Earp.

Dissertação (mestrado) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Instituto de Economia, Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas, Estratégias e Desenvolvimento, 2013.

Bibliografia: f. 95-99.

1. Design estético-ornamental. 2. Vantagem competitiva. 3. Propriedade intelectual. I. Mello, Maria Tereza de. II. Earp, Fabio de Silos Sá. III. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Instituto de Economia. IV. Título.

Samuel Rodrigues Martins

Aspectos econômicos e jurídicos concorrenciais do Design: o caso das
garrafas de cerveja

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-graduação em Políticas Públicas, Estratégicas e Desenvolvimento, Instituto de Economia da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como parte dos requisitos necessários à obtenção do título de Mestre em Políticas Públicas, Estratégicas e Desenvolvimento.

Aprovada por

Prof. Dra. Maria Tereza Leopardi de Mello (Orientadora)

Prof. Dr. Fabio de Silos SáEarp (Co-orientador)

Prof. Dr. Luiz Carlos Tadeu Delorme Prado

Prof. Dra. Patrícia Pereira Peralta (Banca externa)

AGRADECIMENTOS

Agradeço a minha mãe, *Waterlan Alves Rodrigues Martins*, exemplo de fibra, dignidade e fé na vida, valores herdados dos pais, meus avós maternos. Todos gigantes.

Agradeço ao meu pai, *José Wagner Rodrigues Martins*, sem ele o milagre da vida não aconteceria e o prazer de viver não seria observado. Que Deus o tenha em luz.

Agradeço a Deus pela filha, *Thaissa Jakobi Martins* pela simples existência e idéia de futuro..

Agradeço à *Renata Lebre La Rovere*, que, desde o nosso primeiro encontro, me brinda com um sorriso inigualável, respeito e amor.

Agradeço à professora orientadora, *Dra. Maria Tereza Leopardi de Mello*, ao professor co-orientador, *Dr. Fabio de Silos Sá Earp*, e ao professor, *Dr. Luiz Carlos Delorme Prado*, pelas críticas extremamente pertinentes e orientações norteadoras. Cada um contribuindo do seu jeito de forma fundamental para a finalização do trabalho. Os tenho como amigos.

Agradeço à *Prof. Dra. Patrícia Pereira Peralta*, pela oportunidade de conhecer e criticar, contribuindo com a competente lapidação, valorização e evolução da dissertação apresentada.

Agradeço ao *Engenheiro Dr. Dante Grasso Junior*, Perito Judicial, pelas essenciais explicações técnicas disponíveis sobre desenho industrial e formas estéticas de embalagens de produtos líquidos. Um *expert* em competência e educação.

Agradeço a todos os professores que participaram do período de curso de pós-graduação do Instituto de Economia e Direito da UFRJ – PPEd, valorizando ao extremo meu caminho acadêmico.

Agradeço ao *Prof. Dr. Allan Rocha de Souza*, por ter sido o primeiro a chamar à atenção para a relevância e alcance do tema Direito Autoral.

Agradeço à equipe de funcionários da pós-graduação do IE - Instituto de Economia da UFRJ, pela gentil e prestativa assistência com este aluno.

Agradeço a CAPES, que forneceu bolsa de mestrado, possibilitando uma maior dedicação aos estudos e à construção da presente dissertação.

Agradeço, enfim, a todos aqueles que se superam a cada dia, que valorizam e respeitam o esforço de obtenção de conhecimento como essencial para o desenvolvimento e bem-estar do ser humano.

RESUMO

MARTINS, Samuel Rodrigues. Aspectos econômicos e jurídicos concorrenciais do Design: o caso das garrafas de cerveja. Rio de Janeiro, 2012. Dissertação (Mestrado em Políticas Públicas, Estratégicas e Desenvolvimento), Instituto de Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012.

Propõe-se o estudo de caso sobre a influência e o impacto econômico e jurídico do *Design* sobre produtos, destacando-se o seu papel na concorrência em mercados quando são valorizados os aspectos estético-ornamentais, o Estado da Arte e suas influências. Serão examinados definições e contextos, condições e impactos que estimulam o fomento e o uso do *Design* como diferencial competitivo, inovação incremental e vantagem econômica estratégica para as empresas. Será também analisado o Design enquanto instrumento para o desenvolvimento do processo capitalista de difusão de padrões e estímulo ao consumo. Para ilustrar a discussão serão apresentados dois casos, um *sub judice* e outro análogo, focando também nos aspectos jurídicos. A metodologia, além do estudo de caso, se utiliza também de jurisprudências recentes na Comunidade Européia e legislação vigente no Brasil sobre Direito Autoral.

Palavras-chave: *Design* estético-ornamental; Estado da Arte; Vantagem Competitiva.

ABSTRACT

MARTINS, Samuel Rodrigues. Aspectos econômicos e jurídicos concorrenciais do Design: o caso das garrafas de cerveja. Rio de Janeiro, 2012. Dissertação (Mestrado em Políticas Públicas, Estratégicas e Desenvolvimento), Instituto de Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012.

This MSc. Thesis proposes a case study on the influence and impact of the economic and legal Design of products, highlighting the important role of competition in a market when aesthetic values, primarily ornamental, the State of the Art and its influences are used by enterprises. It will examine definitions and contexts, conditions and impacts that stimulate the development and use of Design as a differential incremental innovation and economic strategic advantage for businesses. The Design is thus analyzed as a tool for the development of the capitalist process of diffusion of standards and stimulus to consumption. Two case studies will be discussed: one *sub judice* and one analog case focusing on legal aspects. The methodology is based on review of recent cases discussed by law and legislation in the European Union and in Brazil on Copyright and analysis of the case studies.

Keywords: Ornamental Design Aesthetic; State of the Art; Competitive Advantage.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
CAPITULO 1: A PROTEÇÃO LEGAL DO DESIGN.....	14
1.1 Principais Conceitos.....	14
1.1.1 Definição de desenho industrial, novo, original. Propriedade industrial.....	14
1.1.2 Definição de desenho. Lei de direito autoral.....	15
1.1.3 Novidade e Originalidade.....	16
1.2 O Estado da técnica e o Estado da Arte.....	19
1.3 O Acordo TRIPS.....	26
1.4 Meios de Proteção do Desenho.....	29
1.4.1 A proteção patentária.....	29
1.4.2 A proteção autoral.....	31
1.4.3 A proteção marcaria.....	33
1.4.4 A proteção contra a concorrência desleal.....	34
1.5 Os três sistemas de proteção legal.....	35
1.5.1 Sistema não-cumulativo.....	36
1.5.2 Sistema cumulativo.....	36
1.5.3 Sistema sui generis.....	36
1.6 Considerações Finais.....	39
CAPÍTULO 2: A ECONOMIA DO DESIGN.....	41
2.1 Definição geral de desenho e ambiente concorrencial.....	41
2.2 A estética como diferencial de padrões.....	45
2.2.1 Eficiência do padrão e concentração.....	53
2.2.2 Desenho como ferramenta de aferição de necessidades.....	54
2.2.3 O desenho estético como bem de experiência.....	56
2.3 <i>Catching-up</i> estratégico e o ponto de inflexão.....	64
2.4 Considerações Finais.....	71
CAPÍTULO 3: ESTUDO DE CASO.....	73
3.1 Elementos para análise da conduta concorrencial.....	75
3.1.1 A Garrafa Padrão x Garrafa AmBev 630.....	75
3.1.2 Mercado Relevante do Produto.....	77
3.1.3 A conduta denunciada: Fechamento de mercado, introdução da garrafa AmBev 630 ml.....	81
3.1.4 O caso análogo da Caninha 51.....	88
3.1.5 Considerações finais sobre o estudo de caso.....	91
CONCLUSÃO.....	92
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	95
ANEXO 1 - DECRETO-LEGGE 15 FEBBRAIO 2007 N 10.....	100
ANEXO 2 - GARRAFAS DE CACHAÇA 51 E AS DE PADRÃO COMUM.....	101
ANEXO 3 – CRONOLOGIA DE MOVIMENTOS DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DA GARRAFA AMBEV 630 ml.....	108

ÍNDICE DE TABELAS, FIGURAS E GRÁFICOS

Figura 1: Anel Puzzle.....	33
GRÁFICO 1 – O ponto de inflexão do catch-up produtivo.....	65
GRÁFICO 2 – O Ponto de Inflexão Estratégica.....	68
Figura 2: Garrafa tipo “A” e garrafa Sindicerv ou 635.....	76
Figura 3: Garrafa AmBev 630.....	76
Tabela 1. Estrutura de oferta de cervejas em vasilhames de 600 ml por canal de distribuição em 2007.....	80
Figura 4: Foto ilustrativa das garrafas da cachaça 51.....	88

*E aqueles que foram vistos dançando foram julgados
insanos por aqueles que não podiam escutar a música.*

Friedrich Nietzsche

O Design é a alma das criações humanas.

Steve Jobs

INTRODUÇÃO

A presente dissertação busca analisar conceitos, aspectos concorrenciais do *Design*, vinculando os aspectos econômicos e jurídicos e procurando destacar atualizações do tema de diferenciação de produtos como vantagem competitiva estratégica que se apresenta como objeto e ferramenta importante para a concorrência entre empresas.

O *Design*, como elemento concorrencial estratégico, possui direitos econômicos enquanto manifestação artística diferenciadora aplicada a produtos e necessita de uma proteção jurídica concorrencial mais atualizada considerando os reflexos econômicos imediatos que gera. Essa proteção deveria ser mais observada pelo Estado brasileiro ampliando o desempenho e finalidades dos desenhos nacionais estéticos e artísticos aplicados em produtos industrializados, o que vem ocorrendo em diversos países desenvolvidos quanto à ampliação e alcance de critérios de admissibilidade do registro com base nos conceitos de novidade, originalidade e distinguibilidade visual ao invés do amparo exclusivo dos conceitos de funcionalidade técnica de engenharia.

O método utilizado foi a revisão de literatura sobre *Design*, o estudo de caso da garrafa de cerveja de 630 ml propostos pela AMBEV e pesquisa de jurisprudência. A escolha do caso deveu-se ao fato de que este envolve os efeitos da forma estética sobre vasilhames, apesar do caso se encontrar em andamento e sob sigilo de Justiça envolvendo empresas cujo poder econômico é substancial. Foi utilizado também, a título complementar, o caso da cachaça Caninha 51, uma vez que alude ao mesmo aspecto e já decidido judicialmente.

No primeiro capítulo desta dissertação, serão apresentados conceitos e definições jurídicas gerais sobre o que vem a ser *Design* e as formas de proteção possíveis nesse ambiente concorrencial.

Destacam-se as formas de escolha e os meios e sistemas de proteção de apropriação do *Design*, apontando para a verificação prévia das pretensões da empresa e aplicação desses conceitos quanto à novidade e originalidade, enquanto Propriedade Industrial e por Direito Autoral.

Também é apresentada uma evolução legislativa e jurisprudencial, no âmbito da comunidade europeia, ampliando limites e efeitos de proteção legal do *Design* industrial de cunho artístico aplicado a produtos através do Direito de Autor como tema de fronteira.

O segundo capítulo apresenta o tema sob diversos aspectos, a saber: o enfoque da inovação incremental pela nova estética original; a diferenciação como fomento ao consumismo por padrões; a eficiência gerada pela aplicação dessa inovação e a concentração causada por essa eficiência; o desenho como ferramenta de aferição de necessidades mercadológicas; a importância do desenho estético sob o conceito econômico de bem de experiência e o momento de detecção (ponto de inflexão) para verificação de mudanças mercadológicas pela imposição de um novo padrão estético.

Destaca-se, no capítulo três, o caso das Garrafas AMBEV 630 ml, alguns momentos cronológicos ocorridos perante os órgãos de defesa da concorrência, na esfera administrativa, antes do início da utilização da via judicial, essa última sob segredo de justiça com base nos aspectos jurídicos e econômicos vinculados ao capítulo anterior utilizando o argumento de diferenciação, seja pela possibilidade de se dominar mercado ou pela legítima liberdade de criação artística na diferenciação de produto.

Posteriormente, são colocadas algumas considerações de provável evolução desse caso tomando por base o caso da Garrafa de Cachaça Pirassununga 51, em condições praticamente idênticas e seus aspectos e reflexos econômicos. Muito embora o caso se refira a uma bebida específica, por meio dos vasilhames esteticamente ornamentados, fundamentalmente, busca-se destacar os efeitos da busca da diferenciação de produtos sobre concorrentes.

Finalmente, a conclusão apresentará uma síntese dos resultados encontrados, fundamentalmente um tema complexo, mostrando que o design tem várias dimensões e não é redutível apenas a uma única legislação; serão também apresentadas sugestões para estudos futuros.

CAPITULO 1: A PROTEÇÃO LEGAL DO DESIGN

1.1 Principais Conceitos

1.1.1 Definição de desenho industrial, novo, original. Propriedade industrial.

A Lei nº 9.279¹, de 14 de maio de 1996, regulamenta os direitos e obrigações relativos à propriedade industrial e, no título II, os desenhos industriais.

Seguindo então o pragmatismo legal em vigor temos algumas definições importantes, a iniciar-se pela definição do que é desenho industrial. O artigo 95 do Código de Propriedade Industrial considera desenho industrial a forma plástica ornamental de um objeto ou o conjunto ornamental de linhas e cores que possa a ser aplicado a um produto, proporcionando resultado visual novo e original em sua configuração externa e que possa servir de tipo de fabricação industrial.

O artigo 96 define quanto ao requisito de novidade² que um desenho industrial é considerado novo quando não compreendido no estado da técnica. O estado da técnica é constituído por tudo aquilo tornado acessível ao público antes da data de depósito do pedido, no Brasil ou no exterior, por uso ou qualquer outro meio, ressalvado o disposto no Parágrafo 3º deste artigo e no art. 99.

Já o artigo 97 define que o desenho industrial é considerado original³ quando dele resulte uma configuração visual distintiva, em relação a outros objetos anteriores. O resultado visual original poderá ser decorrente da combinação de elementos conhecidos.

Dentre as considerações e conceitos fundamentais, o Art. 98 preceitua que não se considera desenho industrial qualquer obra de caráter puramente artístico.

¹ Lei da Propriedade Industrial – Fonte: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9279.htm acesso em 21/10/2011

² Novidade: O invento nunca ter sido acessível ao conhecimento público, de forma que um técnico que tenha conhecimento não pode reproduzi-la.

³ Original: O desenho não pode resultar da cópia de outros trabalhos existentes, nem lugar-comum e similar a outros, muito menos combinações de similaridades.

1.1.2 Definição de desenho. Lei de direito autoral.

A Lei de Direitos Autorais, Lei nº 9.610⁴, de 19 de fevereiro de 1998, em seu artigo 7º define que são obras intelectuais, portanto, propriedade intelectual protegida, as criações do espírito⁵, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, elencando, dentre outras:

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;

A Lei de Direito do Autoral, no artigo 7º, define desenho como obras de criações do intelecto desenho (bidimensional), as esculturas (tridimensional), projetos e esboços de obras plásticas concernentes a engenharia e ciência, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, portanto, obras a serem protegidas por Lei de Direitos autorais.

As correspondências entre as leis protegem o desenho, a proteção⁶ legal explícita⁷ equivalência não só no que tange à titularidade, mas também quanto à cessão e reprodução da obra do desenho viabilizando a industrialização de desenhos portadores de aspectos eminentemente artísticos ornamentais aplicados a produtos.

Assim, em sendo uma propriedade intelectual, os autores⁸, todos iguais perante a lei, podem usar, gozar, fruir e dispor⁹ dos direitos patrimoniais e morais inerentes a essa forma de propriedade.

⁴ Lei dos Direitos Autorais - http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9610.htm

⁵ “criação do espírito humano: leia-se intelecto.” Fonte: Fundação Biblioteca Nacional. http://www.bn.br/portal/?nu_pagina=32 acesso em 21/12/2012.

⁶ Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights – TRIPs. Art. 26 - 1 - O titular de um desenho industrial protegido terá o direito de impedir terceiros, sem sua autorização, de fazer, vender ou importar artigos que ostentem ou incorporem um desenho que constitua uma cópia, ou seja substancialmente uma cópia, do desenho protegido, quando esses atos sejam realizados com fins comerciais.

⁷ Lei de Direitos Autorais. Art. 9º: “À cópia de obra de arte plástica feita pelo próprio autor é assegurada a mesma proteção de que goza o original.”.

⁸ Constituição Federal do Brasil de 1988 - 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

Diversos então são os artigos entre as leis envolvidas que remetem o leitor a uma percepção de relação de correspondências ou equivalências sobre os valores de uso da propriedade intelectual, titularidade, reprodução e cessão, porém, mesmo assim, não é comum no Brasil o hábito de pedidos de registros de desenhos cumulativos considerando o valor da arte para fins de aplicação a produtos industrializados. Primeiro, porque os institutos envolvidos possuem essências de naturezas diferentes (estado da técnica funcional x estado da arte) e, segundo, porque o INPI - Instituto Nacional da Propriedade Industrial, órgão competente para registros e constituição de direitos - não tem competência funcional para avaliar e julgar o caráter artístico das obras como registro de arte aplicada.

1.1.3 Novidade e Originalidade.

Diante das similaridades legislativas, os requisitos e conceitos de novidade e originalidade não conseguem harmonizar cumulativamente os fins a que se destinam por aplicação de análises objetiva e subjetiva distintiva e não excludentes de arte aplicada.

A abordagem diferenciada entre os termos da propriedade industrial, onde a novidade do invento é considerada em relação ao estado da técnica existente e no caso dos direitos autorais os requisitos se submetem criação do espírito artístico, de qualquer modo ambas se exteriorizam no visual de aparência de produtos e obras.

A novidade industrial ¹⁰, por ter como referência do estado da técnica atual cria a possibilidade de que duas ou mais pessoas possam chegar à mesma solução quanto à função

igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: *XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar.*

⁹ Lei de Direitos Autorais. Art. 49. Os direitos de autor poderão ser total ou parcialmente transferidos a terceiros, por ele ou por seus sucessores, a título universal ou singular, pessoalmente ou por meio de representantes com poderes especiais, por meio de licenciamento, concessão, cessão ou por outros meios admitidos em Direito, obedecidas as seguintes limitações:

I - a transmissão total compreende todos os direitos de autor, salvo os de natureza moral e os expressamente excluídos por lei; II - somente se admitirá transmissão total e definitiva dos direitos mediante estipulação contratual escrita; V - a cessão só se operará para modalidades de utilização já existentes à data do contrato; VI - não havendo especificações quanto à modalidade de utilização, o contrato será interpretado restritivamente, entendendo-se como limitada apenas a uma que seja aquela indispensável ao cumprimento da finalidade do contrato.

Art. 50. A cessão total ou parcial dos direitos de autor, que se fará sempre por escrito, presume-se onerosa.

¹⁰ “Um Desenho ou Modelo Industrial é **novos** quando: * Não tenha sido divulgado dentro e fora do país, de modo a ser conhecido e explorado por peritos da especialidade; * Não tenha ainda sido objecto de registo anterior, mesmo que este tenha sido considerado inválido ou tenha já caducado; * Não tenha sido utilizado de modo notório ou por qualquer forma caída no domínio público. Contudo, não invalida a novidade: As comunicações perante sociedades científicas, associações

final de aplicação da inovação tecnológica objetivamente, tendo o interesse coletivo o fim social a que se destina, acima do interesse do autor da mesma.

No campo das criações artísticas, tal possibilidade de coincidência de novidade é praticamente inviável devido ao extremo subjetivismo no momento de criação, destacando a figura do autor como elemento fundamental.

SILVEIRA¹¹ aborda os requisitos de novidade e originalidade para a proteção do desenho industrial, como sendo nova a criação quando ainda desconhecida é uma situação de fato, em sentido *subjetivo* é a novidade apresentada por um novo conhecimento para o próprio criador e em sentido *objetivo* representa um novo conhecimento para toda a coletividade. Novo é aquilo que ainda não existia e subjetivamente novo é aquilo que era ignorado pelo autor no momento do ato criativo.

Quanto ao requisito de originalidade, no campo da propriedade industrial, como invenções, modelos de utilidade e desenhos industriais, essa é compreendida objetivamente, posto que desconhecida e, portanto, nova como situação real de evolução do estado da técnica perante a coletividade.

As obras protegidas por Direito do Autor se sustentam também pela novidade e originalidade^{12 13}, pela autoria e emanção natural da ideia criativa diferenciada, decorrente do próprio ato de criação.

técnicas profissionais, ou por motivo de concursos, exposições e feiras portuguesas ou internacionais, oficiais ou oficialmente reconhecidas e como tal declaradas no respectivo pedido e desde que este tenha sido efectuado em Portugal dentro do prazo de 6 meses. Porém, não podem ser protegidos como Desenhos ou Modelos Industriais: * Os desenhos ou modelos carecidos de novidade. * As obras de arte (de escultura, arquitectura, pintura, as gravuras, esmaltes, bordados, fotografias e quaisquer desenhos com carácter puramente artístico), a não ser que se trate de reproduções feitas com fim industrial, retirando-lhes assim a individualidade característica de uma obra de arte. * Os desenhos ou modelos sem realidade prática ou insusceptíveis de aplicação industrial. * Os desenhos ou modelos cuja utilização seja ilícita (contrária à lei, ou à ordem pública, ou ofensiva dos bons costumes)." Fonte: AEP - Associação Empresarial de Portugal. Câmara de Comércio e Industrial. <http://www.aeportugal.pt/Inicio.asp?Pagina=/Areas/Juridico/DesModIndustriais&Menu=MenuJuridico> acesso em 21/09/2012.

¹¹ SILVEIRA, Newton. **Propriedade intelectual: criações industriais, segredos de negócio e concorrência desleal**. JABUR, Wilson Pinheiro e SANTOS, Manuel J. Pereira dos. Cap. 5. São Paulo: Saraiva, 2007 (Série GVlaw). p. 285.

¹² "A originalidade é condição *sine qua non* para o reconhecimento da obra como produto da inteligência criadora. Só a criação permite produzir com originalidade. Não importa o tamanho, a extensão, a duração da obra. Poderá ser, indiferentemente, grande ou pequena; suas dimensões no tempo ou no espaço serão de nenhuma importância. A originalidade, porém, será sempre essencial, pois é nela que se consubstancia o esforço criador do autor, fundamento da obra e razão da proteção. Sem esforço do criador não há originalidade, não há obra, e, por conseguinte, não há proteção". Fonte: Fundação Biblioteca Nacional. http://www.bn.br/portal/?nu_pagina=32 acesso em 21/10/2012

O artigo 97 do Código de Propriedade Industrial de 1996 aponta para o entendimento de que um desenho é original quando dele resulte um produto materializado com visual distintivo numa relação comparativa direta com outros objetos conhecidos e similares.

“a originalidade é condição tanto para a proteção das invenções, quanto das obras artísticas, podendo-se dizer que nas obras de arte a originalidade se refere a forma considerada em si mesma (...)”¹⁴

LEWICKI¹⁵, acerca do requisito essencial de originalidade e disitintividade, destaca, com base em ASCENSÃO¹⁶, que: *a tutela extensa do direito do autor só é justificada pela criatividade, pelo que, se não houver uma base de criatividade, nenhuma proteção pode franquear os umbrais do Direito de autor.*

Valorizando os requisitos mencionados, não há qualquer impedimento legal claro e objetivo para a desconsideração de convivência da aplicação artística com a funcionalidade técnica, especialmente em modelos de utilidade, pelo uso da arte aplicável a produtos industriais cumulativamente, respeitando-se as definições legais e características doutrinárias.

Pode-se observar, de certo, confrontando as normas de desenho industrial com as de direito autoral, que a fronteira de proteção legal não necessariamente exclui a possibilidade de dupla proteção quando particulares características sobressaem sobre um mesmo *corpus mechanicum*, combinando ornamentação original e forma artística.

Entretanto, essa zona de fronteira, algumas vezes de difícil delimitação, leva o tema de cumulatividade entre os institutos a se tornar um dos mais difíceis no direito vigente, em definir até aonde vai um direito ou outro pela cumulatividade quando um desenho ou modelo possui características técnicas e suporta características originalmente artística.

¹³ Originalidade: Cabe salientar que a criação (*corpus misticum*) deve apresentar componentes individualizados, diferente e distintiva em traços, elementos, características e essência própria em relação a outras obras, para não fomentar confusão com outra preexistente, para ser considerada original, não obstante essa qualidade exigida por lei seja de caráter relativo, portanto, não absoluto, já que no campo da inovação o aproveitamento, até de forma inconsciente, pode ser base de uma criação inovativa incremental.

¹⁴ BARBOSA, Denis Borges. **Uma introdução à propriedade intelectual**. 2ª edição, Editora Lúmen Júris, Rio de Janeiro 2003. p. 579.

¹⁵ LEWICKI, Bruno. **Direito da Propriedade Intelectual: estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes**. In: ADOLFO, L.G.S. e WACHOWICZ, M. (coords.), **A historicidade do direito autoral**. 4ª edição. Curitiba:Juruá, 2009. p.291-293

¹⁶ “[a] expansão da cultura de consumo e os meios de comunicação de massa fizeram deslocar o centro de gravidade da criação literária e artística para obras de reduzido grau de criatividade.” ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito de autor e desenvolvimento tecnológico: controvérsias e estratégias**. Revista de direito Autoral, n.1, p.3.

“No regime brasileiro anterior (Lei n. 5.772/71 e Lei n. 5.998/73), entendia-se que a proteção pela patente de desenho industrial pode ser cumulativa, em certos aspectos, com a do direito autoral sobre a inserção estética que lhe dá origem.

No regime da Lei 9.610/98, porém, suscitam-se dúvidas quanto à dupla proteção, eis que sumprida da lista de obras protegidas do art. 7º da nova lei o que constava do art. 6º, inciso XI da Lei 9.610/98, que a precedeu: “obras de arte aplicada, desde que seu valor artístico possa dissociar-se do caráter industrial do objeto a que estiverem sobrepostas”. De outro lado, pode arguir que, sendo a lista explicativa, a supressão do dispositivo que tratava especificamente de obras de arte aplicada não as exclui do âmbito autoral (como sustenta José Carlos Costa Netto, Direito Autoral no Brasil, Ed. FTD, 1998, p.96.”¹⁷

1.2 O Estado da técnica e o Estado da Arte

Em decorrência das definições legais envolvidas, a admissão dos conceitos de novidade e originalidade são na prática o ponto comum entre as legislações. O estado dos desenhos possui propostas evolutivas de diferenciação, necessitam de formas obrigatoriamente singulares e distintivas visando ser passível de reprodução industrial sem obviedade e causem confusão.

Há dois tipos de diferenciação: uma para desenvolver produto que ninguém tem, outra para desenvolver produto que todo mundo tem. Em ambos os casos se evidenciam propostas de diferenças para imposição de padrão na busca de privilégios competitivos temporários e exclusivos frente a concorrência.

No Brasil, o sistema instituído para proteção do desenho é o de desenho industrial, marcas e modelos de utilidade¹⁸ com critérios baseados em soluções funcionais e utilitárias

¹⁷ CERQUEIRA, João da Gama. **Tratado da propriedade industrial. Vol. II. Tomo I. Parte II.** Dos privilégios de invenção, dos modelos de utilidade e dos desenhos e modelos industriais. (versão atualizada por Newton Silveira e Denis Borges Barbosa). 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 363.

¹⁸ “... via de regra, a aperfeiçoamentos ou melhoramentos em ferramentas, equipamentos ou peças, tais patentes menores protegem a criatividade do operário, do engenheiro na linha de produção, do pequeno inventor ou do artesão. Em tese, é a tutela dos aperfeiçoamentos resultando na maior eficácia ou comodidade num aparato físico qualquer. No dizer da Lei 9.279/96, modelo de utilidade é “o objeto de uso prático, ou parte deste, suscetível de aplicação industrial, que apresente nova forma ou disposição, envolvendo ato inventivo, que resulte em melhoria funcional no seu uso ou em sua fabricação.” **Proteção dos Modelos de Utilidade e dos Designs – BARBOSA, Denis Borges.** www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/propriedade/127.doc

privilegiando do estado da técnica, pautando-se pelo *princípio da neutralidade estética*¹⁹, distante dos conceitos e concepções artísticas.

O *estado da técnica*^{20 21} se define pelo somatório de todas as informações tornadas acessíveis ao público antes da data de depósito do pedido de , registro de desenho industrial²² ou divulgação da solução proposta, por descrição escritas ou oral, por uso ou qualquer outro meio.

Os pedidos de registro no estado da técnica, assim, privilegiam a evolução das soluções técnicas novas e funcionais, de estrutura objetiva quanto à engenhosidade apresentados ao - INPI – Instituto Nacional de Propriedade Industrial, possuem, quando do registro, natureza jurídica constitutiva²³ de direitos.

Já no *estado da arte*²⁴ os pedidos de registro consideram a natureza artística, de cunho subjetivo, adquirem direitos de autoria no imediato momento da criação^{25 26} sendo

¹⁹ LEWICKI, Bruno, 2004, op.cit.

²⁰ BARBOSA, Denis Borges. **Uma introdução a propriedade intelectual**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003: 368.

²¹ “Como exceção ao princípio da novidade, considera-se excluído do estado da técnica o desenho industrial cuja divulgação tenha ocorrido durante os cento e oitenta dias que precederem a data do depósito ou a da prioridade reivindicada, se promovida durante os doze meses que precederem a data de depósito ou a da prioridade do pedido de registro pelo criador do desenho; ou pelo Instituto Nacional da Propriedade Industrial - INPI, através de publicação oficial do pedido de registro sem o consentimento do inventor, baseado em informações deste obtidas ou em decorrência de atos por ele realizados; ou ainda por terceiros, com base em informações obtidas direta ou indiretamente do criador ou em decorrência de atos por este realizados.” Fonte: www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/apostilas/puc/desenhos.ppt

²² Até a Lei 9.279/96 os desenhos industriais eram tratados como uma modalidade de patente. A partir dela o desenho industrial passou a ser protegido como objeto de “registro” na categoria de desenho industrial, sem exame anterior de mérito a concessão de registro, para dar mais agilidade a sua utilização industrial, analisado posteriormente quanto ao mérito da contribuição, seja pelo depositante, consultando a suficiência ou não do objeto proposto perante aos parâmetros legais, ou por via judicial em pleito de anulação de registro, no caso de “oposição” ao direito pretendido. Ver **Cerqueira, João da Gama**. Tratado da propriedade industrial, Vol. II, Tomo I, Parte II, Dos privilégios de invenção, dos modelos de utilidade e dos desenhos e modelos industriais. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2.012. p. 355/364. (versão atualizada por Newton Silveira e Denis Borges Barbosa).

²³ Possui um título legal de caráter constitutivo de direito. Ou seja, é o fato jurídico que constitui o direito postulado pelo autor, que gera efeitos jurídicos frente a terceiros através do sistema normativo brasileiro evitando-se alguma falha de identificação do beneficiado.

²⁴ A utilização de componentes visuais ou táteis (desenho, pintura, escultura) para expressar o mundo real e o do imaginário é o que se denomina arte plástica e, naturalmente, aquilo que se ocupa um artista plástico, criar obras pictóricas e esculturais. Fonte: ABART – Associação Brasileira de Arte - http://www.abart.com.br/artes_plasticas.html acesso em 22/08/2012

²⁵ A Convenção de Berna outorga a proteção às obras intelectuais pelo simples fato de sua criação, sem a necessidade de cumprimento de nenhuma formalidade, de maneira que o registro da obra tem um caráter declaratório. O registro de obras intelectuais no Brasil é facultativo gerando apenas presunção de autoria. Trata-se de um registro declaratório e não constitutivo de direito, o que difere do sistema de propriedade industrial que, na concessão de patentes e marcas, exige esta formalidade. Apesar de não ser obrigatório, o Ministério da Cultura recomenda o registro da obra com o intuito de

aconselhável a apresentação ao órgão público mais indicado no tocante à especialização^{27 28}, obtendo-se um reconhecimento de natureza jurídica não constitutiva de direitos, somente declaratória²⁹ de direito, assim, a autoria e o requisito de originalidade dependerão de comprovação de anterioridade, se necessário.

BITTAR³⁰ destaca que o enfoque diferenciador entre o estado da técnica e o estado da arte se dá observando a externalização revelada pelos atributos correspondentes em sua própria essência.

Diante de requisitos similares entre os estados da técnica e da arte podem ocorrer sobreposições de criações e concepções objetivas e subjetivas que, quando levados ao ambiente concorrencial onde as empresas buscam todo tipo de vantagens para obterem

garantir a proteção da Lei Autoral para fins de eventuais questionamentos judiciais ou para maior segurança do autor.
Fonte: <http://www.cultura.gov.br/site/2010/11/10/tira-duvidas/>

²⁶ Lei de Direitos Autorais, Lei nº 9.610 - Do Registro das Obras Intelectuais - **Art. 18. A proteção aos direitos de que trata esta Lei independe de registro. Art. 19. É facultado ao autor registrar a sua obra no órgão público definido no caput e no § 1º do art. 17 da Lei nº 5.988, de 14 de dezembro de 1973.** (Art. 17. *Para segurança de seus direitos, o autor da obra intelectual poderá registrá-la, conforme sua natureza, na Biblioteca Nacional, na Escola de Música, na Escola de Belas Artes da Universidade Federal do Rio de Janeiro, no Instituto Nacional do Cinema, ou no Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia. § 1º Se a obra for de natureza que comporte registro em mais de um desses órgãos, deverá ser registrada naquele com que tiver maior afinidade.*)

²⁷ Relação de instituições e o tipo de obras intelectuais que são protegidas pela lei autoral e registradas em cada uma delas: Escritório de Direitos Autorais da Fundação Biblioteca Nacional – EDA (As obras de desenho, pintura, gravura, escultura, litografia e arte cinética, os projetos, esboços e obras plásticas concernentes à geografia, engenharia, topografia, arquitetura, paisagismo, cenografia e ciência.); Escola de Belas Artes da UFRJ (As obras de desenho, pintura, gravura, escultura, litografia e arte cinética); Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia – CONFEA (Os projetos, esboços e obras plásticas concernentes à geografia, engenharia, topografia, arquitetura, paisagismo, cenografia e ciência.) e Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia – CONFEA (Os projetos, esboços e obras plásticas concernentes à geografia, engenharia, topografia, arquitetura, paisagismo, cenografia e ciência.) Fonte: Ministério da Cultura - <http://www.cultura.gov.br/site/2010/11/10/tira-duvidas/>

²⁸ ANCINE – Agência Nacional do Cinema é uma agência reguladora que tem como atribuições o fomento, a regulação e a fiscalização do mercado do cinema e do audiovisual no Brasil. É uma autarquia especial, vinculada desde 2003 ao Ministério da Cultura, com sede e foro no Distrito Federal e Escritório Central no Rio de Janeiro. A missão institucional da ANCINE é induzir condições isonômicas de competição nas relações dos agentes econômicos da atividade cinematográfica e videofonográfica no Brasil, proporcionando o desenvolvimento de uma indústria forte, competitiva e auto-sustentada. Fonte: <http://www.ancine.gov.br/ancine/apresentacao> acesso em 21/12/2012.

²⁹ Possui uma presunção legal declaratória de direito.

³⁰ “Não se cogita a origem (pode a obra nascer no seio de atividade empresarial, sem alterar-se a sua substância, como, por exemplo, ocorre com a obra publicitária), nem o uso efetivo (assim, a obra artística utilizada em fim industrial: reprodução pictórica em embalagem, ou em produto industrial), nem de sua destinação (se a criação foi reservada para esse ou aquele fim: uma canção produzida especificamente para jingle comercial, um desenho realizado para compor uma marca industrial, uma gravura para material escolar).” BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de Autor**. 4ª ed. – Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2004.

privilégios competitivos, geram conflitos e a necessidade de intervenção do Estado para solucioná-los de forma a permitir a defesa do ambiente concorrencial saudável.

Nos casos de conflitos judiciais o Estado é chamado para estabelecer a existência ou não de justa motivação em litigar, o grau de colidência entre interesses de direito e registros de propriedade intelectual envolvidos, os danos entre particulares e sociais e, ainda, os reflexos sobre a livre concorrência e relações de consumo.

Antes da Constituição Federal de 1988 o juiz de direito se pautava por não poder se elevar à condição de árbitro do *belo*, ou seja, estaria impedido, na hora da decisão, de observar o mérito de influência do ornamental artístico sobre o produto, estaria prejudicado na convicção pessoal do gosto quanto a indagação de novidade e originalidade de *obra*, submetendo o mérito do estado artístico dos requisitos ao mérito do estado da técnica de engenharia.

Hoje, sob a égide da nova constituição federal de 1988, é dever discricionário a identificação do juiz ao processo, passa a ter compromisso constitucional e obrigação legal com a liberdade de avaliar as provas existentes nos autos, tais como laudos periciais e pesquisa sobre aparência dos produtos entre pessoas comuns³¹, pode contar com a própria e livre convicção³² motivada pela cultura, pelo gosto, não só pelos dados legais e processuais, algumas vezes até dispensando formalismos³³, ajustando-os ao momento social podendo destacar a importância e influência do belo artístico sobre o produto tecnológico.

³¹ "O juiz não pode desprezar as regras de experiência comum ao proferir a sentença. Vale dizer, o juiz deve valorizar e apreciar as provas dos autos, mas ao fazê-lo pode e deve servir-se da sua experiência e do que comumente acontece." (JTA 121, 391) **Jurisprudência** dos Tribunais de Alçada Cível de São Paulo.

³² "O Brasil também adota o princípio da persuasão racional: o juiz não é desvinculado da prova e dos elementos existentes nos autos (*quod non est in actis non est in mundo*), mas a sua apreciação não depende de critérios legais determinados a priori. O juiz só decide com base nos elementos existentes no processo, mas os avalia segundo critérios críticos e racionais (Codigo de Processo Civil, art. 131, 335 e 436)." CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel, **Teoria Geral do Processo**, p. 68.

³³ "**APELAÇÃO MARCAS E PATENTES** – Alegada reprodução ilegal de produto **Concorrência desleal** - Sentença de procedência Parcial acolhimento do apelo Cerceamento de defesa afastado Cópia flagrante do tênis em questão Constatação por simples comparação Comprovada nos autos a semelhança dos produtos, a conduta da requerida se mostra ilícita, configurando concorrência desleal Manifesta intenção de influenciar consumidores Art. 252 do RITJSP Devida indenização pelos prejuízos materiais e morais causados Valor dos danos morais compatíveis com as funções reparadora e preventiva Sentença reparada parcialmente, apenas fixar a data do arbitramento como termo inicial da correção monetária da condenação por danos morais Súmula 362 do STJ- Litigância de má fé da apelante não configurada Exercício do direito de defesa **Recurso parcialmente provido.**" FONTE: **TRIBUNAL DE JUSTIÇA PODER JUDICIÁRIO** - São Paulo - Apelação nº 0107079-30.2008.8.26.0011 - São Paulo - VOTO Nº 2/9 - **3ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO** - Apelação nº **0107079-30.2008.8.26.0011** - Comarca: São Paulo - Apelante: Black Free Calçados Ltda. Apelada: Calçados Azaléia S/A - Juiz sentenciante: Carlos Alberto de Campos Mendes Pereira - VOTO Nº: 0091. "... desnecessária a perícia pretendida para a

Essa contribuição visa compensar qualquer falha de informação sanando e complementando dúvidas na forma que considerar a solução mais adequada – conforme seu convencimento por regras de experiência comum.

Nesse ambiente nebuloso de similaridades, conflitos de convivência, a arte aplicada a produtos depende de considerações econômicas para se estabelecer como ativo econômico e título de propriedade intelectual quando o assunto é registro e apropriação pelos agentes econômicos dos pedidos de desenhos.³⁴

Mais adiante, no estudo de caso, vamos observar que as similaridades dos requisitos legais de novidade e originalidade podem apresentar não só aspectos concorrenciais problemáticos, mas também civis e criminais decorrentes da contrafação de marcas nas garrafas de cerveja, pelo uso de rótulos aplicados sob vasilhame comum sem autorização³⁵.

O argumento de diferenciação estético-ornamental do vasilhame de cerveja, em tese, justificaria a aprovação de um visual disitintivo frente ao vasilhame comum. A diferenciação implicaria em custo elevado para a imitação não autorizada, a construção de uma nova fábrica de garrafas, mais empregos, mais impostos, evitaria a indução dos consumidores a erro, ofereceria ao inovador direito de exclusividade e geraria uma vantagem competitiva de marketing como um novo produto.

Entretanto, esse artifício legal também pode esconder consequências concorrenciais de forte impacto pois pode ser um viés legal de cunho monopolista pelo aproveitamento de uma brecha legal para impor um padrão.

confirmação de que o tênis fabricado e vendido pela requerida é visualmente semelhante àquele produzido pela requerente, justamente porque a similitude se percebe com uma simples comparação ...”

³⁴ “O Brasil é bastante vulnerável à prática de cópias ilegais de desenhos industriais. Além de as empresas nacionais não terem o hábito de registrar os designs criados, a imitação ilegal é tolerada no mercado interno, não há fiscalização efetiva das fraudes, a Justiça não tem estrutura para apurar processos, há muita burocracia nos registros e a lei é branda com quem a infringe, conforme análise de designers, técnicos em propriedade industrial, advogados e juíza federal. “Há uma falha na abordagem desses assuntos, para que a sociedade como um todo compreenda todo o complexo de situações que está por trás de um caso de pirataria industrial e como isso pode afetar o nosso dia a dia”, avalia Liliane Roriz de Almeida, desembargadora da 21ª Vara da Justiça Federal. Liliane de Almeida dirige a única vara federal especializada em litígios de propriedade industrial. Além de juízes, faltam peritos judiciais. “São raríssimos. Há menos de uma dezena em todo o país”, disse Susana Serrão, coordenadora geral de Indicações Geográficas e Registros do Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI).” Fonte: **Jornal da Ciência** - e-mail 4560, de 13 de Agosto de 2012. <http://www.jornaldaciencia.org.br/Detailhe.jsp?id=83679> acesso em 21/09/2012

³⁵ A Lei de Propriedade Industrial (Lei nº 9.279/96), que tem 27 artigos sobre desenho industrial, porém, possui penas muito suaves, variando de três meses a um ano entre as penas mínimas e máximas a serem aplicadas para o caso de infrações. No caso de cópias não autorizadas dos desenhos estéticos, as condenações indenizatórias, por serem pequenas, fazem com que o infrator não tenha inibição suficiente diante da pequena punição pela prática de contrafação e desrespeitem os autores da técnica e da arte aplicada.

O desenho de arte aplicada a produtos então navega de forma instável entre provas técnicas e variações de convicções e interpretações disponíveis de conceitos legais, e, no campo econômico, passa por aspectos concorrenciais entre o amadurecimento, estabilidade e esgotamento natural da técnica sobre os produtos de um lado, e, do outro, da extensão da sobrevida e dinamização da economia comercial de produtos sujeitos a novas formas incrementais propostas utilizando-se do estado da arte decorativa aplicada a produtos industrializados (rótulos, embalagens, etc.).

Nesse sentido o Art. 98 (LPI) preceitua que não se considera desenho industrial qualquer obra de caráter puramente artístico, entretanto, hoje, o que mais se vê no comércio são vários produtos industrializados gozando de alto grau de aplicações distintivas exclusivamente estéticas ornamentais artísticas não funcionais aplicadas a produtos.

Essa prática é evidentemente difundida pelos agentes econômicos como ferramenta de estímulo imediato ao consumo de forma contínua e crescente na busca de vantagens competitivas decorrentes dos direitos patrimonial³⁶ e moral³⁷ do desenho artístico aplicado a produtos³⁸, e nem por isso observamos a valoração econômica de registro de artes aplicadas a produtos, mesmo que os conceitos de novidade e originalidade não sejam respeitos rigidamente.

A velocidade de criação das inovações incrementais³⁹ é muito grande e o sistema disponível de registro não acompanha a separação de um registro do outro, ainda mais quando não bem definidas as essências dos requisitos de novidade e originalidade em suas intenções sobre o produto final e os reflexos econômicos especialmente se aplicados cumulativamente as duas intenções autônomas potencializando a utilização de desenhos como bens híbridos.

³⁶ "É a designação de caráter genérico dado a toda sorte de direito que assegure o prazo ou fruição de um bem patrimonial, ou seja, uma riqueza ou qualquer bem, apreciável monetariamente. Desse modo, o direito patrimonial, em regra, deve ter por objeto um bem, que esteja em comércio ou que possa ser apropriado ou alienado. Os direitos patrimoniais ou pecuniários do autor nascem no momento que ele divulga a obra, através da sua comunicação ao público; são móveis, cessíveis, divisíveis, transferíveis, temporários; contrários aos direitos morais, que são inalienáveis, imprescritíveis, enfim, perpétuos. Como se sabe, os direitos patrimoniais ou pecuniários do autor são transferíveis, não apenas por morte, mas igualmente em vida. A possibilidade de transferência desses direitos pode ser efetuado estando o autor do direito vivo, por meio da cessão de direitos, que é uma das modalidades das sucessões inter vivos." Fonte: Fundação Biblioteca Nacional. http://www.bn.br/portal/?nu_pagina=32 acesso em 19/12/2012

³⁷ Os direitos morais são regulados pelo capítulo II, artigo 24 da Lei de Direitos Autorais, nº 9.610/98.

³⁸ No caso das garrafas de cerveja (embalagens) e outras bebidas observamos uma infinidade de formas (Design de produtos) e rótulos decorativos (Design gráfico) como formas distintivas. Outros produtos também usam a arte aplicada desvinculada de qualquer essência funcional e técnica: Móveis, roupas, utensílios domésticos, carros, eletrodomésticos, objetos de decoração, vidros de perfumes, sapatos, etc.

³⁹ Definição de Inovações incrementais: "Melhoramentos e modificações cotidianas." **TIGRE, P.B.** Gestão da Inovação: a economia da tecnologia no Brasil. São Paulo: Elsevier Editora, 2006.

O que se problematiza, portanto, é o reflexo econômico da falta de clareza das leis mencionadas. Tal incerteza, diante do fato do crescente uso da arte aplicada a produtos, inibe e afeta os agentes econômicos no momento de definir investimentos e o uso dessas fontes de direito de uma forma mais vantajosa e eficiente sem que venham a encontrar obstáculos jurídicos que os inviabilizem.

“... a insuficiente conscientização dos segmentos empresariais quanto à importância do Design e sua proteção legal; a falta de compreensão do assunto ou sua conceituação distorcida; a insuficiência de padrões e normas técnicas para o setor.”⁴⁰

O conceito de desenho industrial já tem em si o reconhecimento da forma plástica ornamental de um objeto ou o conjunto ornamental de linhas e cores que possa a ser aplicado a um produto, proporcionando resultado visual novo e original em sua configuração estética ornamental externa e que possa servir de tipo de fabricação industrial (art. 98, LPI), ou seja, não nega a registrabilidade caso a obra artística seja passível de industrialização.

O título de propriedade temporário do desenho industrial, constitutivo de direitos, durante o prazo de vigência do registro dá ao titular tem o direito de excluir terceiros do uso, gozo, fruição e disposição do privilégio legal, sem sua prévia autorização, tais como fabricação, comercialização, importação, uso, venda, cessão, etc., e um período⁴¹ de exclusividade máxima de 25 anos.

Já no caso de proteção pela via do Direito autoral, os autores⁴² (CF/88, Art. 5, inc. XXVII) possuem, em tese, basicamente as mesmas pretensões patrimoniais^{43 44} para

⁴⁰ Fonte: Anais do Seminário Internacional. **Transferência de Tecnologia e Proteção Legal do Design**. São Paulo: Federação e Centro das Indústrias do Estado de São Paulo. 1996.

⁴¹ Propriedade Industrial - Art. 108. O registro vigorará pelo prazo de 10 (dez) anos contados da data do depósito prorrogável por 3 (três) períodos sucessivos de 5 (cinco) anos cada.

⁴² LDA - Art. 13. Considera-se autor da obra intelectual, não havendo prova em contrário, aquele que, por uma das modalidades de identificação referidas no artigo anterior, tiver, em conformidade com o uso, indicada ou anunciada essa qualidade na sua utilização.

⁴³ Direito autoral - Art. 49. Os direitos de autor poderão ser total ou parcialmente transferidos a terceiros, por ele ou por seus sucessores, a título universal ou singular, pessoalmente ou por meio de representantes com poderes especiais, por meio de licenciamento, concessão, cessão ou por outros meios admitidos em Direito, (...)

⁴⁴ Propriedade industrial - Art. 58. O pedido de patente ou a patente, ambos de conteúdo indivisível, poderão ser cedidos, total ou parcialmente.

negociação, além do direito moral sobre a obra a extensão dessa proteção legal por toda a vida⁴⁵ e o *plus* de 70 anos após a morte.

No âmbito econômico negocial em ambas as legislações observamos um alto grande grau de equivalência quando o assunto é transferência e cessão de direito para terceiros viabilizando a disponibilização dos aspectos econômicos. Entretanto, nos casos de cumulatividade de direitos, não há previsão legal ou recomendação para as obras híbridas, muito embora, na prática, isso já venha ocorrendo.

1.3 O Acordo TRIPS⁴⁶

Não há como negar a necessidade e utilidade dos tratados como ferramentas a serem utilizadas pela sociedade institucionalmente organizada. Essa necessidade mundial nos leva a observar a implementação de acordos internacionais com o objetivo de atualização das leis de estímulo ao comércio, e o desenho industrial está certamente privilegiado no caso do Acordo TRIPS.

Nesse acordo, quanto aos aspectos dos direitos de propriedade intelectual, seus membros objetivaram combinar facilitadores para reduzir distorções e obstáculos ao comércio internacional, resguardaram proteção eficaz adequada dos direitos de Propriedade Intelectual, por meio de medidas e procedimentos para que os direitos de propriedade não se tornassem obstáculos ao comércio legítimo organizado.

Os Desenhos Industriais foram enfocados no TRIPS, na Seção 4: Desenhos Industriais, em seu artigo 25, nos itens 1 e 2, onde os membros do acordo internacional apontam como requisitos para a proteção dos mesmos desenhos seus requisitos para a Proteção:

“1. Os Membros estabelecerão proteção para desenhos industriais criados independentemente, que sejam novos ou originais. Os Membros poderão estabelecer

⁴⁵ Art. 41. Os direitos patrimoniais do autor perduram por setenta anos contados de 1º de janeiro do ano subsequente ao de seu falecimento, obedecida a ordem sucessória da lei civil.

⁴⁶ O Acordo TRIPS (*Trade Related to International Intellectual Property*) é um tratado Internacional, integrante do conjunto de acordos assinados em 1994 que encerrou a Rodada Uruguai e criou a Organização Mundial do Comércio. Também chamado de *Acordo Relativo aos Aspectos do Direito da Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio* (ADPIC), tem o seu nome como resultado das iniciais em inglês do instrumento internacional. História. Estados Unidos (Braithwaite and Drahos, *chapter 7*, 2000).

que os desenhos não serão novos ou originais se estes não diferirem significativamente de desenhos conhecidos ou combinações de características de desenhos conhecidos. Os Membros poderão estabelecer que essa proteção não se estenderá a desenhos determinados essencialmente por considerações técnicas ou funcionais.

2. Cada Membro assegurará que os requisitos para garantir proteção a padrões de tecidos – particularmente no que se refere a qualquer custo, exame ou publicação – *não dificulte injustificavelmente a possibilidade de buscar e de obter essa proteção. Os Membros terão liberdade para cumprir com essa obrigação por meio de lei sobre desenhos industriais ou mediante lei de direito autoral.*”

Observa-se claramente em TRIPS a orientação que não só existem desenhos que são essencialmente técnicos ou funcionais, mas também outros que merecem proteção, recomendando que não sejam criadas dificuldades – *injustificáveis* – para possibilitar a proteção e, diante disso, é claro também que os membros do tratado terão a liberdade (soberania) de cumprir essa obrigação de fornecer proteção por meio de lei sobre desenho industrial ou mediante lei de direito autoral.

TRIPS sugere a apropriação do fruto dessa criação, objeto de pesquisa enquanto criação intelectual materializada em seu caráter ornamental, como passível de proteção legal à luz do direito do Autor, na qualidade de obra artística, resultado de uma atividade intelectual do autor quando objetivamente demonstre função estética.

Dessa estrutura conceitual a *obra de arte aplicada*⁴⁷, diferenciada⁴⁸ de um lado pelo caráter estético-ornamental e de outro o aspecto utilitário, conjugação com fins industriais tem como cunho principal atingir a sofisticação dos mercados desde que suas essências e características respeitem *os requisitos legais*⁴⁹.

Assim, o que se vislumbra é a definição das autonomias das origens inovativas mencionadas, muitos agentes econômicos dissociam o elemento artístico criativo ornamental do elemento de caráter industrial funcional para determinar políticas comerciais competitivas.

⁴⁷ “Híbrido legal da estrutura bipolar de proteção”. Reichman, J.H. **Legal hybrids between the patents and copyrights paradigms**. Colum.L. Rev. 2432, p. 6.

⁴⁸ “(...) assim, as obras que por si realizam finalidades estéticas é que se incluem no âmbito do Direito de Autor. Delas separam-se, desde logo, as de cunho utilitário (produtos para aplicação industrial ou comercial: modelos, desenhos, inventos ...” BITTAR, 2004.

⁴⁹ BITTAR 2004.

Por ser obra de arte aplicada, essa se integra no contexto de proteção à propriedade intelectual desde que idealizada, aplicada sobre determinado meio, externalizada e materializada como produto acabado pelo autor (*corpus mechanicum*) vindo a ser uma determinada expressão intelectual, em um mundo real e concreto.

Para BITTAR (op.cit). na possibilidade de aproveitamento do acervo cultural comum, basta a existência, pois, de contornos próprios, quanto à expressão e à composição, para que a forma literária, artística ou científica ingresse no circuito protetor do Direito de Autor.

Cabe alertar que, com o desenvolvimento de novas tecnologias, muitas obras de manifestação estética podem possuir várias motivações formas externas, ou seja, em uma mesma obra modos diferentes de manifestações criativas passam a conviver em seus modos intrínsecos pela combinação de um ou mais meios de expressão criativa, de um ou mais autores sob um mesmo corpo útil.

A proteção dessas criações advém de enunciado das obras protegidas na Convenção de Berna para a proteção das Obras Literárias e Artísticas, em lista apenas exemplificativa que abraça um espectro mais geral em razão da evolução tecnológica sempre crescente, permitindo, com isso, absorver novas formas de expressões decorrentes da criação intelectual, acordo promulgado no Brasil.

Nessa diretriz, o Brasil, quanto às obras intelectuais, assumiu também a postura exemplificativa em relação às obras protegidas, conforme fica claro no *caput* do artigo 7º, da Lei 9.610/1998.

A estética ornamental, portanto, deve ser item independente, de especial capacidade distintiva, privilegiando a novidade que diferencie o desenho industrial do modelo de utilidade, onde a nova forma é meramente ornamental, sem importância no que se refere à originalidade, privilegiando a forma utilitária.

A originalidade advém justamente dessa configuração visual distintiva em relação a outros objetos anteriores (artigo 97, da LPI). Pelo confronto visual entre produtos se perceber a ausência de novidade e originalidade na configuração visual e semelhança, em especial por poder ou não de gerar confusão no público consumidor.

Os requisitos são muitas vezes uma fronteira difícil de ser definida, muitos dos objetos são uma releitura, atualizados somente em forma estética simples, reproduzíveis industrialmente em escalas relativas em relação ao mercado e público-alvo, mas com

tecnologia já pertencente ao domínio público. As artes plásticas são um campo onde se concentram essas preocupações quanto ao aspecto patrimonial de disposição da obra em relação à apropriação de apresentação da forma.

Na União Europeia, uma pesquisa⁵⁰ realizada pela OHIM - Office for Harmonization in the Internal Market numa amostra representativa de 2531 empresas - visando entender a relação entre o desenho funcional e desenho de arte aplicado a produto - constatou que a principal preocupação e a razão pela qual as empresas registram o Design é para evitar cópia, que o critério para tomada dessa decisão se deve a um desenho inovativo e que existe uma tendência dos clientes na direção da decisão de promover o Design das empresas. A pesquisa constatou também que na opinião dos agentes se reconhece como elevado o fator Design como objeto de registro e verificou-se uma tendência de solicitação de registros no exterior para evitar a concorrência de produção e comercialização de cópias em outros mercados sem a devida autorização.

1.4 Meios de Proteção do Desenho

1.4.1 A proteção patentária.

Uma patente é um direito exclusivo sobre uma invenção nova de se fazer algo ou que ofereça uma solução técnica nova para um problema. Significa que uma invenção não pode ser produzida, utilizada, distribuída ou vendida comercialmente sem o consentimento do proprietário da patente, durante certo período de tempo, normalmente 20 anos.

O direito patentário possui fortes efeitos anticoncorrenciais, pois o sistema estabelece uma série de requisitos de rígidos de proteção: novidade, inventividade ou não obviedade e aplicabilidade industrial para conceder monopólio do inventor em decorrência do interesse públicos relevantes da criação. O interesse do Estado como política pública é estimular o desenvolvimento através da inovação e a livre concorrência.

⁵⁰ Fonte: PROSPECTIVE STUDY ABOUT THE DESIGN REGISTRATION DEMAND AT A EUROPEAN UNION LEVEL – OHIM - Office for Harmonization in the Internal Market, 2002. <http://oami.europa.eu/en/design/pdf/3830000.pdf> acesso em 10/10/2012.

Já o desenho estético ornamental é uma ferramenta destinada a atrair consumidores ao consumo, alavancar pelas vendas a produção em massa, geralmente não é uma inovação técnica pura ou uma invenção de produto industrial em si (posto que seria um modelo de utilidade), mas a aparência do produto por meio da forma nova e original ou combinação particular de linhas, cores com características distintas estende a vida das tecnologias à disposição e gera recursos para as empresas.

Confinado ao produto⁵¹ em si, o desenho para ter um fim na reprodução em escala concentra-se na aplicação industrial priorizando um fim funcional.

Entretanto, a arte do designer enfoca não só a criação de técnicas novas, mas as não óbvias de todos os tipos, inclusive intuitivas, sendo geralmente uma nova leitura estética de produtos antigos, com vistas a revigorar comercialmente produtos úteis. Essas características garantem que a maioria dos desenhos seja excluída de proteção patentária devido a incidência de similaridades criativas ou sob o argumento de obviedade.

Os ciclos de vida dos produtos tornaram-se muito curtos com o advento de novas tecnologias de produção. Assim, mesmo que os produtos se utilizem do desenho e passem pelos rígidos critérios dos requerimentos patentários, longos e caros, nesse percurso, pode o privilégio se diluir enquanto vantagem comercial estratégica, pois quando a patente for concedida o produto ou seu desenho já podem estar obsoletos.

Diante dessas combinações, proteger o desenho por meio do sistema de patentes é ineficiente. Assim, o Designer procura uma proteção mais fraca e submete os desenhos a um risco maior de concorrência parasitária.

ZHEN⁵² critica os paradigmas tradicionais legais dominantes decorrentes da bipolaridade e conflitos entre propriedade industrial e direito autoral como limitadores de

⁵¹ **Proteção patentária.** “A expressão do valor artístico de um produto de design industrial não ser considerada “na raiz” comprometida pelo caráter industrial do produto, desde que, nesta área, há uma possibilidade de que a obra de design possua características como a despertar uma valorização da estética prevalecerão sobre as características específicas do produto em excesso da contribuição normal que o designer traz para a aparência externa de linhas e formas particularmente agradável, requintado e elegante. (...) Nessa perspectiva torna-se mais significativa a qualidade artística de um trabalho de design ser amplamente reconhecido que a maioria das instituições culturais têm manifestado em favor de pertencer a uma área de expressão que está enraizado e que é uma expressão de tendências e influências de movimentos artísticos, além das intenções e da mesma consciência de seu autor, porque a obra de conteúdo artístico pode assumir valor de per si devido às capacidades de representação...” **Jurisprudência.** Tribunal Milão. Obra de engenho – Arte aplicada a indústria., 2006. Direito industrial – Desenho industrial.

⁵² Zhen, Wu. In **Propriedade Intelectual: novos paradigmas. Conflitos e desafios.** Rodrigues Jr., Edson Beas ; Polido, Fabrício (orgs.). – Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p.72.

inovação e incapazes de fornecer a proteção adequada a novas formas de explorações da propriedade intelectual diante da rapidez das novas tecnologias e necessidades comerciais mercadológicas.

O registro de desenho industrial vigora pelo prazo de 10 (dez) anos contados da data do seu respectivo depósito, prorrogável por mais três períodos sucessivos de cinco anos cada, resultando num prazo máximo de vinte e cinco anos.

1.4.2 A proteção autoral

Ao se criar uma obra artística nova e original o autor passa a deter direitos exclusivos imediatos sobre ela, definidos como reprodução, distribuição, disponibilização ao público, atos restritivos aos titulares de direitos autorais, econômicos e morais⁵³, posto que uma vez criada, pelo sistema de Berna, automaticamente está protegida, não havendo formalidades para tal proteção.

Pela Convenção de Berna de obras literárias e artísticas um Designer obtém proteção internacional imediata contra cópias não autorizadas sem qualquer custo ou formalidade, possuem um período de proteção comparativamente mais longo, consistindo no tempo de vida do autor mais 50/70 anos, contados da primeira publicação da obra.

Para desenhos com propósito industriais com a qualidade de arte aplicada a produtos, poucos produtos possuem tamanho ciclo de vida, em alguns anos, mais precisamente quando os clientes encontram um substituto melhor essa diferenciação desaparece em importância.

A partir desse ponto de vista, os direitos autorais forneceriam uma superproteção para desenhos e isso representaria efeitos adversos no livre mercado e exauririam as escolhas de diferenciação dos produtos e custos de negociação.

Entretanto, esses lapsos temporais podem se repetir em produtos de sucesso no passado em momento presente o que, do ponto de vista econômico autoriza a releitura pela diferenciação da forma permitindo um novo momento concorrencial pelo aproveitamento de informações anteriores como vantagem estratégica frente a outros produtos.

Pode-se observar que em consequência dessas diferenças de superproteção e apropriação declaratória, o direito autoral não possui uma zona de conforto para

⁵³ Ver: WACHOWICZ, Marcos. DIREITO AUTORAL. FONTE: <http://www.direitoautoral.ufsc.br/gedai/download/1/>. acesso em 12/12/2012

desenvolvimento como desenhos de arte aplicada^{54 55} a produtos que disponham dos conceitos de novidade, originalidade, diferente do estado da técnica de determinada tecnologia, porém, autônomo quanto a criatividade diferenciadora, é uma ferramenta de *marketing* motivadora de consumo como bem econômico e estratégico.

Um exemplo de cumulação de proteção da arte aplicada ao produto, no campo das joias, é o anel chamado Puzzle⁵⁶, do renomado designer Antonio Bernardo, que recebeu a proteção do direito autoral com o pedido de registro junto a Escola Nacional de Belas Artes e, também, a proteção de desenho industrial com o pedido de registro junto ao INPI, . portanto, em um mesmo objeto se obteve a dupla proteção, seja da Lei de Propriedade Industrial, seja da Lei dos Direitos Autorais.



Figura 1: Anel Puzzle

⁵⁴ **Proteção Autoral.** “Os produtos de design industrial são, por natureza, uma expressão da atividade empresarial na busca de valores estéticos e funcionais, muitas vezes inspirados nas tendências da moda e os mais bem sucedidos e foram caracterizados por definição da característica e recurso técnico-funcional da possibilidade de reprodução em série. Para efeitos da arte protegida o artigo 2 n. 10 LA(Lei autoral), sobre o caráter criativo, é prerrogativa geral de toda a propriedade intelectual poder ser protegida por direitos autorais, e definida como a contribuição individual do autor como manifestação subjetiva, e postulado o valor artístico, certamente envolvendo a repetição de outras qualidades de estética simples do objeto e seu destino transcendente o natural. **Jurisprudência.** TRIBUNAL DE MILÃO – Seção especializada em propriedade intelectual – Requisitos para tutela de desenho industrial – Caráter criativo e valor artístico. 2006.

⁵⁵ Definição: A obra de arte aplicada a produtos vem a ser uma criação com expressssão artística disitintiva incorporada a produtos úteis funcionais, percebidas através do sentido da visão, em traços, linhas e formas, bidimensionais ou tridimensionais, passível de ser produzida em escala industrial. Ver **PARILLI**, Ricardo Antequera. A arte aplicada à indústria. Revista de Propriedad intelectual ISSN: 1316 - 1164. MÉRIDA - VENEZUELA. AÑO 5. N. 8 y 9. P.75 EL ARTE APLICADO Y LOS DISEÑOS INDUSTRIALES Fonte: <http://www.saber.ula.ve/bitstream/123456789/28841/1/articulo3.pdf> acesso em 10/05/2013.

⁵⁶ OBJETOS de Desejo. **Anel puzzle.** 25 maio 2006. FONTE: <http://objetosdedesejo.com/anel-puzzle/> Acesso em: 10/02/2013.

1.4.3 A proteção marcaria

A proteção por marca se aproxima bem mais do Desenho Industrial por usar qualquer signo capaz de produzir distinção entre bens e serviços de um fornecedor como ferramenta mercadológica do que dos direitos autorais ou patentes.

A vantagem de uso da opção marcaria é o período de proteção ser infinito pela simples renovação do registro, sem as exigências e critérios rígidos do processo patentário, longo e caro e da liberdade extrema e universal do direito autoral.

Para o Desenho Industrial ser acolhido pela proteção de marca além de ultrapassar a função visual aplicada industrialmente terá que ter a capacidade de transmitir uma mensagem e apelo claros para quem consome o produto sobre quem é o fabricante de forma precisa e inequívoca, a origem comercial do produto.⁵⁷

O direito de marca pode proteger a forma de um produto, por exemplo, protegendo marcas tridimensionais. Tal proteção, no entanto, é raramente concedida porque o público geral não consegue perceber na forma de um produto a fonte de identificação de origem, diferentemente do que ocorre com as palavras.

A marca deve ser registrada em respeito a certas classes de bens ou serviços, o que é uma condição limitadora, salvo se o titular da marca detiver uma marca de alto renome, os titulares do direito basicamente não poderão impedir que outros utilizem a mesma marca ou marca similar em relação a outros bens ou serviços, desde que sejam distintos em classes e serviços e ainda não causem confusão ao público consumidor.

No direito de marcas a proteção se estreita para o desenho aplicado a produtos industriais, até mesmo a forma tridimensional⁵⁸, mais difícil de adequar aos requisitos de vinculação a forma comprometida com a origem, pode também impedir terceiros não autorizados a usarem, isso porque a marca comercial reivindicada junto ao visual e fica aprisionada a determinadas classes de bens e serviços.

⁵⁷ Por exemplo: as canetas Mont Blanc possuem numa extremidade um visual estético distintivo (lembra um cone nevado em uma extremidade) suficiente para definir a marca e simultaneamente a origem inequívoca do fabricante como produto de alta qualidade.

⁵⁸ **Proteção marcaria tridimensional.** "...a extensão do princípio da cumulação de proteção para gravação e que, por direitos de autor no âmbito dos modelos tridimensionais, não pode subestimar as emoções que a propriedade intelectual, mesmo se aplicada à indústria, são capazes de causar a reconhecer seus valores artísticos (Em aplicação deste princípio, o tribunal deu proteção aos direitos de autor, incluindo a do direito moral, a três jóias cujo projeto se volta para as obras de Picasso, Modigliani e objetivos)." **Jurisprudência.** Tribunal de Veneza. Dir. industrial. Direito do Autor. 2005

O registro de marcas então também em suas limitações não atende as pretensões das demais formas, vigora pelo prazo de 10 anos, contados da data da concessão do registro, prorrogáveis ilimitadamente por períodos iguais e sucessivos.

1.4.4 A proteção contra a concorrência desleal

A Convenção de Paris regulou a proteção contra quaisquer atos de concorrência, seja em questões industriais ou comerciais, contrários a atos não honestos, privilegiando as práticas justas de mercado com regras específicas e regras de apoio de caráter indenizatório civil.

O enfoque maior é evitar que competidores façam uso de atos que provoquem confusão, desacreditem negócio alheio, danifiquem reputação, revelem ou se apropriem de segredos de comércio no curso dos negócios, pois o ato de concorrência desleal prejudica a estabilidade do sistema de livre concorrência, podendo ser utilizada como forma complementar de proteção aos desenhos.

Assim, no caso das garrafas, o modelo padrão, de certa forma, como de uso comum, estaria gerando confusão entre marcas de fabricantes diversos, pela similaridade, pois, devido ao custo baixo das gráficas, só a aplicação de rótulos facilita e estimulando a contrafação.

Os Tribunais, entretanto, relutam em utilizar leis de concorrência desleal para a proteção de direitos da Propriedade Intelectual, pois entendem que o uso delas deveria ser suprido pelos meios conhecidos e disponíveis do sistema de proteção de Propriedade Intelectual.

No caso das garrafas 630 ml da AMBEV, pequenos concorrentes impugnam⁵⁹ o desenho industrial argumentando que a estética e ornamentos quanto à distintividade dos requisitos de novidade e originalidade não foi respeitada. Os argumentos foram que o setor de cerveja havia pactuado o uso de uma garrafa padrão que favorecia a todos e que a imposição da garrafa de 630 ml ao mercado era abuso de poder econômico por parte da empresa por esta ter posição dominante de mercado (70%). Assim os pequenos produtores impediram a comercialização da bebida com essa garrafa pois entendem que esta causa danos à concorrência e não possui condições de manter o setor saudavelmente competitivo.

⁵⁹ Uma espécie de “guerrilha” jurídica, estratégia engendrada para gerar elevados ônus de defesa, paralisação da iniciativa e atividade criativas, perda do momento comercial e outros danos para o inovador, prejuízos algumas vezes de caráter irreparável ou de difícil reparação, mesmo depois de detectados.

Qualquer hipótese de combinações entre desenhos de garrafa interferiria no delicado equilíbrio entre as leis de propriedade intelectual e as leis concorrenciais, podendo resultar em uma proteção anticoncorrencial da Propriedade Intelectual. Apenas as matérias que não são protegidas por nenhum outro direito de propriedade intelectual seriam cobertas pelo manto de proteção da lei de concorrência desleal.

O uso das leis de concorrência desleal como proteção legal para os produtos de desenho estético-ornamental se torna uma desvantagem no sentido em que é um remédio posterior à agressão do direito. Como tal, dependerá do judiciário para a análise de situações que envolvem a lei de responsabilidade civil e ainda imporá ao titular do *Design* uma posição de desvantagem pela obrigação de suportar o ônus da prova e o nexos causal a ela relacionada interrompendo a concorrência naquele item específico e impondo, algumas vezes, gastos elevados na defesa dos interesses que dependerão da capacidade e resistência financeira de cada envolvido em suportá-los.

Os tribunais, nesses conflitos, não objetivam indenizar os danos totais do Designer ou do detentor do direito agredido, mas tão somente restaurar o *status quo* à situação concorrential justa, pela cessação da imitação, ou seja, pela eliminação da confusão.

A Lei de Concorrência Desleal tem o fim específico de manter um ambiente concorrential em funcionamento razoável, porém, no caso de proteção do *Design*, muito embora possa protegê-lo, isso somente ocorrerá se o mesmo não tiver sido abraçado em primeiro lugar por qualquer dos direitos de Propriedade Intelectuais anteriormente mencionados.

1.5 Os três sistemas de proteção legal

Depois de abordar de forma geral os tipos de proteção, devido à natureza híbrida do desenho, a escolha do meio pelo qual se pretende proteger o ativo em estudo em muitos países passa por um sistema próprio de proteção, em alguns casos o sistema não-cumulativo de direitos - tradicional (bipolaridade), o sistema de proteção de forma cumulativa, o sistema mais utilizado e, em outros, de forma de proteção *sui generis*.

1.5.1 Sistema não-cumulativo

Alguns países seguem o estabelecido pelas grandes convenções internacionais e se utilizam de forma estanque dos dois sistemas tidos como tradicionais da Propriedade Intelectual, se o desenho tiver cunho *industrial* se aplica a Lei de Propriedade Industrial, se o desenho é de cunho artístico a Lei de Direito Autoral será aplicada.

Ou seja, cada proteção será aplicada mediante as características distintivas do objeto a ser tutelado e separadamente, não havendo dualidade da arte. Esse sistema se denomina proteção não cumulativa de direitos.

1.5.2 Sistema cumulativo

Alguns sistemas nacionais entendem que desenhos ornamentais de produtos úteis e funcionais devem receber proteção também como obras artísticas, não obstante o caráter do desenho ser eminentemente industrial, não importando o destino do produto, se a aplicação final é para a indústria de massa ou apreciação estética.

A base dessa sobreposição está na *teoria da unidade da arte* que entende não poder haver discriminação na proteção das formas distintivas de criatividade estética, que todas as criações são essencialmente arte e que essas estão subordinadas à proteção da lei autoral. Esse sistema se denomina proteção cumulativa⁶⁰.

1.5.3 Sistema *sui generis*

Outros sistemas nacionais permitem a proteção cumulativa por meio do direito autoral e de direitos *sui generis* relacionados ao desenho, mas a concessão dessa proteção fica sujeita ao preenchimento de certas condições especiais, baseadas no julgamento do alto nível de esforço criativo ou na avaliação dos aspectos artísticos da obra que definirá os limites se o desenho se sujeitará a proteção autoral ou a proteção de Desenho Industrial. Este sistema de proteção é também denominado intermediário.

⁶⁰ Sobre a proteção cumulativa, seguindo referencia 17, sobreposição de direitos, vide: MORO, Maitê Cecilia Fabbri, Cumulação de regimes protetivos para as criações técnicas, in Manoel J.Pereira dos Santos, Wilson Jabour.(Org.). Criações Industriais. São Paulo: Saraiva, 2009, no prelo, p. 299 e seg.; e MOFFAT, Viva. Mutant Copyrights and Backdoor Patents: The Problem of Overlapping Intellectual Property Protection. Berkley Technology Law Jornal, vol. 19, 2004; U Denver Legal Studies research Paper Series. Disponível em :<http://ssrn.com/abstrat=972358>. Acessado em 10 de janeiro de 2009, p. 3.

Na França⁶¹, em 1998, o setor industrial reafirma a proteção para criação de formas e técnicas que muitas vezes misturaram e combinam aos objetos estéticos e funcionais.

Ademais, a arte aplicada tem como objetivo dar aos mais variados objetos úteis uma forma agradável aos olhos dos consumidores de produtos franceses, assim, as possibilidades de criação podem ser protegidas em suas formas de combinações praticamente infinitas.

O Design como criação também pode ser protegido por direitos autorais, e esta dupla proteção foi reafirmada durante a lei de harmonização francesa com a Diretiva⁶² de 1998⁶³:

"Eventos considerados como obras do espírito, na acepção deste código: [...]. ° 10 – As obras de arte aplicadas"⁶⁴.

A proteção de desenhos e modelos pelo direito do autor foi conduzida pela Teoria da unidade da arte. Esta teoria traz várias consequências:

- O requerente pode invocar as duas leis em conjunto ou separadamente sujeito aos termos de proteção de cada uma dessas leis que estão reunidas e serão cumpridas;
- A duração da proteção é prorrogada como por direitos de autor (70 anos depois a morte do autor).

Por exemplo, os tribunais franceses têm considerado que são direitos de autor: um modelo de garrafa, um modelo de bolsa, um modelo de caneta⁶⁵ ou ainda um modelo de mala ou um modelo de cadeira, dentre outros. Assim, para o sistema de proteção francês um desenho simples é digno de proteção.

⁶¹ DREYFUS, Nathalie ET THOMAS, Béatrice. **Marques, dessins & modeles**. Protection. Défense. Valorisation. 2ª Ed. Paris: DALLOZ, 2007.

⁶² "Na Directiva n. 98/71/CE, de 13 de outubro de 1998, o Parlamento e do Conselho Europeu, visou harmonizar varias legislações dos Estados-membros da União Europeia sobre desenhos e modelos. Nesta directiva se encontram regras precisas sobre: a – Definição de modelos e desenhos; **b – requisitos de proteção em geral e em especial para as partes componentes de produtos complexos**; c – âmbito e conteúdo da proteção; d – período de proteção; limites aos direitos conferidos pelo registro; **e – as relações com outras formas de proteção em geral , e, em especial, com o direito de autor.**" **OLAVO, Carlos**. Desenhos e modelos: evolução legislativa. In: Ascensão, José de Oliveira. Direito Industrial – vol. III. 629 – 665 Lisboa: Editora Almedina, 2003.

⁶³ Código de Propriedade Intelectual Francês. Artigo de lei 513 – 2. Diretiva: 13 de outubro de 1998, artigo 17.

⁶⁴ CPI. França. – art. L. 112-2.

⁶⁵ Corte de Apelação de Versailles, 15 de fevereiro de 2001, WATERMAN.

Na Itália, em 2007, o decreto-Lei n. 10⁶⁶, emana as seguintes modificações diretas no sentido de aproximar o desenho industrial ao direito de autor:

“Art. 4: **Norma de adequação à decisão comunitária em matéria de publicidade e de patrocínio dos produtos do tabaco, acesso as redes de comunicação eletrônica, serviços pós-contabilidade e de proteção do direito do autor às obras de desenho industrial.**

Ao decreto legislativo de 10 de fevereiro de 2005, n. 30, foram acrescentadas as seguintes modificações:

a. **No artigo 44, inciso 1, a palavra : «vigésimo quinto» é substituída pela seguinte «septuagésimo»;**

b. O artigo 239 é substituído pelo seguinte: «Art. 239 (Limita a proteção acordada para o direito do autor).”

Diante dos conceitos legais, requisitos, formas de proteção da propriedade intelectual, sistemas de proteção e jurisprudenciais recentes, se observa um evidente movimento das políticas públicas de países desenvolvidos da Comunidade Europeia na direção do uso do sistema cumulativo de valores pela adequação da proteção de desenho industrial ao direito de cunho autoral, ampliando o campo de proteção dos desenhos para o estado da arte como propriedade intelectual.

O fato é que os movimentos em países como França e Itália demonstram que a proteção patentária está se tornando impraticavelmente rigorosa e lenta para a maior parte dos desenhos industriais quanto à constante utilização de arte aplicada a produtos.

A proteção pelo direito autoral é um tanto excessiva quanto ao prazo de proteção e fraca quanto à natureza declaratória, carecendo de ajustes locais; já a proteção marcária é limitada a classes e serviços e a concorrência não previne a agressão, entretanto, ela pode ser usada tanto para efetivamente regular a concorrência quanto como um instrumento para estrangulá-la.

Nesse cenário de forças, ampliar as oportunidades das empresas por meio de desenhos exclusivamente estético-ornamentais, alimentados e fundidos por combinações complexas dos conceitos gerais já expostos, entre economia e direito autoral, trazendo para o âmbito

⁶⁶ Suprema Corte de Cassação Italiana. Diário Oficial número 38 de 15 de fevereiro de 2007.

concorrencial uma opção, outros privilégios, novas ferramentas de verificação dos espaços, falhas de mercado, sob a égide da Economia Criativa⁶⁷.

1.6 Considerações Finais

Muitos especialistas em propriedade intelectual têm opinião de que as regras de propriedade intelectual deveriam ser unificadas em um código próprio, que condense toda a legislação relativa e conexa à patente, marca, desenho industrial, concorrência desleal, franquia, transferência de tecnologia e ainda apresente uma parte criminal clara, com especial cuidado com a falta de conexão com o desenho estético-criativo decorrente do direito autoral e a relação de todos eles com o consumidor final dos produtos.

Esse contexto amplo certamente não ocorre hoje. Os campos econômico e jurídico se mantêm numa zona de fronteira algumas vezes nebulosa, não precisa em limites, contígua, porém estanque e complexas especialmente quando a fronteira se dá quando da junção entre desenho técnico e desenho artístico aplicado a produtos. Aí se tornam mais conflituosas as relações entre agentes econômicos na forma de proceder a avaliações para tomadas de decisões, com isso atrasando a evolução da economia e gerando perdas de oportunidades para as empresas.

OTERO LASTRES (2008)⁶⁸ afirma peremptoriamente que “*Creo que no exagero nada si afirmo que el diseño es el derecho de propiedad industrial más complejo de todos.*”, e cita como exemplo a garrafa criada por Salvador Dalí para a marca “Conde de Osborne”:

“Nadie discute que se trata de una obra de arte aplicado a la industria, pero también es indiscutible que pude originar um diseño industrial y hasta una marca tridimensional. Lo cual obliga al intérprete a delimitar las notas conceptuales de cada una de las figuras jurídicas a que puede dar lugar esa única y misma creación de forma. La naturaleza híbrida Del diseño, que está situado entre la propiedad industrial y El derecho de autor, exige La difícil tarea de prefiar no solo los rasgos específicos de cada una las figuras a que puede dar lugar una única y misma creación de forma, sino también las zonas comunes que pueden llegar a compartir.”

⁶⁷ As indústrias criativas segundo a UNCTAD. (Creative Economy – Report 2008)

Fonte: http://www.unctad.org/en/docs/ditc20082cer_en.pdf

⁶⁸ OTERO LASTRES, José Manuel. **Anuário Facultad de Derecho** – Universidad de Alcalá (2008) p. 217-235

No próximo capítulo serão feitas considerações de caráter econômico. Em particular, serão tratados o ambiente concorrencial e a importância da diferenciação de produtos para o oligopólio diferenciado. Também será analisado de que forma a estética pode constituir um diferencial de padrões levando à obsolescência artificial. O desenho como ferramenta de aferição de necessidades e o desenho estético como bem de experiência, aspectos necessários para avaliação do ambiente concorrencial e movimentos dos agentes econômicos, também serão analisados.

CAPÍTULO 2: A ECONOMIA DO DESIGN

2.1 - Definição geral de desenho e ambiente concorrencial

Para entender os elementos que envolvem o objeto do presente trabalho, em um primeiro momento, olhando para o passado, intui-se naturalmente o desenho como elemento humano, quase divino, onde a capacidade de desenhar, a manifestação humana registrada em cavernas, bem antes da existência da escrita, foi a forma engenhosa de comunicação com atributos e valores, não só informativos, como também artísticos, culturais, regionais e de caráter criativo.

Em um segundo momento, atualmente, a busca por outras origens e fontes é inevitável, começa pela etimologia da palavra desenho aplicada em vários segmentos das atividades humanas, bem com aproveitamentos e reflexos econômicos, como, por exemplo, transmitir informações de aspectos diversos das necessidades humanas que não se limitem tão somente ao Estado da Técnica.

O que se pretende é adotar um ponto de integração maior, privilegiar reflexos de relevância econômica e jurídica, optando-se pelo *Design* como sendo *projeto*, posto que necessariamente tem origem em uma pré-concepção inicial de contraposição de dados que constroem uma ideia criativa, seja técnica ou artística, individualiza e combina múltiplas disciplinas e competências, atende a todos os conceitos e setores econômicos criativos, além de não excluir qualquer das motivações que a fomenta, por mais especializadas e intrínsecas que sejam.

“...por design entende-se toda criação bidimensional (gráfica) e tridimensional (volumétrica) concebida segundo um plano para a realização de um projeto previamente elaborado e com uma finalidade específica. Por exemplo, uma construção arquitetônica, um impresso ou um objeto de uso utilitário.”⁶⁹

Essa definição abrangente é também assumida por BROWN⁷⁰, para além do âmbito exclusivo de desenvolvimento de novos produtos, para disseminar o *pensar projetual* (*Design*

⁶⁹ KUNZ, Gilberto. *Design: a evolução técnica*. Vitória, ES: EDUFES, 2002. p. 35

⁷⁰ BROWN, Tim. *Change by design: how design thinking transforms organizations and inspire innovation*. New York: HarperCollins, 2009.

thinking), estratégia usada na administração das organizações, conforme ratifica ZURLO⁷¹ ⁷², como abordagem decisória estratégica na propositura de um desenho pela busca de um diferencial que leve as empresas a ganhos de privilégios e recursos. A proposta estética se torna elemento determinante que viabiliza, entre os agentes envolvidos, um diálogo entre valores e *outputs* visuais, cenários e conceitos projetuais, conforme observa FRANZATO⁷³.

As empresas, então, utilizam o desenho em seus projetos buscando criar diferenças entre si e seus produtos concorrentes por meio de aspectos não somente técnicos, mas também especialmente estéticos e ornamentais, através da *arte aplicada* a produtos. Porém, em ambos os casos, os aspectos de capacitação e habilidades atuam em conjunto, coordenadas ou separadamente no fluxo de aplicação dessas informações na busca de um objetivo maior: criar oportunidades por meio da diferenciação estética de produtos.

A importância do fluxo concentrado dessas informações tem implicação econômica, não só no âmbito patrimonial, mas principalmente como diferencial concorrencial, que pode ser observado pelo uso constante do desenho diferenciador de produtos, provocando influências que potencializam a rivalidade entre empresas, pela distinção de produtos e valores agregados, decorrentes das informações alocadas no fluxo dos recursos, interesses e vida competitiva dos agentes econômicos envolvidos.

A diferenciação de produtos por meio do *Design* acirra a competição no mercado e, segundo BARBIERI⁷⁴, intensifica exponencialmente a rivalidade entre empresários para oferecer constantes alternativas aos consumidores, motivados pela existência de oportunidades de lucro econômico, por ser tratar de um recurso em constante evolução.

O presente estudo se utiliza do *Design*, destacando-o como elemento concorrencial estratégico e real, por diferenciação, a partir do exemplo do caso: variações estéticas ornamentais entre vasilhames de bebidas de cerveja, que destaca o desenho em seus reflexos concorrenciais entre empresas competidoras do setor, de grande repercussão econômica.

⁷¹ ZURLO, Francesco. (2004, 2010)

⁷² ZURLO, Francesco. (2004, 2010)

⁷³ FRANZATO, Carlo. **O processo de inovação dirigida pelo design: um modelo teórico.** Revista REDIGE, v. 2, N. 1, 2011. Fonte: <http://www.cetiqt.senai.br/redige> acesso em 26/05/2011.

⁷⁴ BARBIERI, Fábio. **O ressurgimento da Escola Austríaca e a Teoria de processo de Mercado.** Revista Econômica. V.10, n.2, p. 215-235. Rio de Janeiro: 7 Letras, dezembro, 2008.

A diferenciação visual das garrafas por meio do *Design* gera novas oportunidades na obtenção de lucro, gera instabilidade mercadológica intencional, pelo movimento constante de variações de desenhos dentro do ambiente de concentração setorial de oligopólio diferenciado.

As garrafas de cerveja, até bem pouco tempo, se limitavam a vasilhames de formato-padrão comum, de uso *obrigatório*, e todos os fabricantes da bebida privilegiavam a produção em larga escala, com difusão focada exclusivamente na bebida cerveja, minimizando o custo desse insumo (embalagem) em relação ao produto envasado.

Esse momento de estabilidade caracteriza o ambiente de oligopólio concentrado, por meio de garrafas comuns a todos os envasadores. Entretanto, também evoluiu para um ambiente de oligopólio diferenciado mais sofisticado quando, inicialmente, da introdução de rótulos e, posteriormente, de embalagens diferenciadas.

A concorrência do setor de cerveja, então, buscou, na diferenciação entre vasilhames de bebidas, caminhos que levaram à personalização visual de seus produtos, atrelando essas características estéticas às marcas que possuem por meio do desenho diferenciado das formas das garrafas.

Os vasilhames, inicialmente, se apresentavam como resultado de produtos típicos de *oligopólio concentrado*, onde fornecedores se limitam praticamente a duas empresas⁷⁵ atuando como holding⁷⁶ que dominam o setor de vidraria dessas embalagens no mundo.

⁷⁵ “A Owens Illinois é a maior empresa fabricante de embalagens de vidro do mundo. De cada dois recipientes de vidro feitos no mundo possivelmente um será fabricado pela O-I, por suas subsidiárias e por seus licenciados. A empresa é o principal fabricante de embalagens de vidro em 19 dos 22 países onde compete no segmento e o único fabricante dos recipientes de vidro em 8 destes países.”

Fonte: http://www.securities.com/Public/company-profile/BR/Owens_Illinois_do_Brasil_pt_2616756.html

“O Grupo Saint-Gobain é líder mundial nas suas atividades. Em embalagem de vidro é a Nº 1 na Europa e a Nº 2 no Mundo. Hoje, SAINT-GOBAIN é um grupo multinacional, fabricante de materiais tecnológicos. Diversificado e líder nas suas diversas atividades, transforma materiais conhecidos de longa data, tais como o vidro. No Brasil: 1987 - Constituição de duas importantes joint-ventures pela Santa Marina com a Cisper: a RIMISA (Vidraria Rio Minas) e a SUBRASA (Vidraria Sul Brasil)”.

Fonte: <http://www.saint-gobain.com.br/versao2006/portugues/noMundo.aspx>

“O Grupo Cornélio Brennand (GCB) vendeu a Companhia Industrial de Vidros (CIV) para a maior produtora de embalagem de vidros do mundo, a norte-americana Owens-Illinois (O-I), que no Brasil atua com o nome de Cisper.” Fonte: <http://www.vidros.inf.br/mercado-a-negocios/cornelio-brennand-vende-a-civ-e-anuncia-criacao-de-nova-fabrica.php>

“Cisper é uma indústria de vidro com fábricas em São Paulo, Rio de Janeiro e Manaus. A indústria foi fundada pelo Grupo Monteiro Aranha. 80% do capital pertencem a O-I (Owens Illinois Inc / máquina de envase inventada por Michael J. Owens), a Cisper possui 20% do capital. (...) Atividade: Produzir garrafas em série. A empresa O-I Inc. está presente em mais de 20 países é responsável por 50% das embalagens de vidro produzidas no mundo.” Fonte: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Cisper>

As empresas fornecedoras desse insumo, portanto, dado o uso de garrafa comum para empresas de cerveja, gozam do conforto de suas posições privilegiadas (preço e forma) e de eficiência⁷⁷ produtiva extrema em escala desse insumo comum; dessa forma, naturalmente, estimulavam essa tendência e o fornecimento massivo de um único padrão de garrafas de cerveja para todo o setor.

Com a evolução da acirrada concorrência entre envasadoras de cerveja, a relação, hoje, é outra. A disputa por privilégios, vantagens e espaços, na busca por recursos, passou a exigir não só preços limitados do líquido da bebida cerveja, como também, fundamentalmente, interligar outros valores agregados que levaram à introdução de novos elementos diferenciadores competitivos e estratégicos ao mercado.

Nesse momento, os vasilhames diferenciados passaram então a ser um *outdoor* da imagem das empresas, uma área a ser explorada em propaganda, marketing e informações do produto envasado, inicialmente por meio dos rótulos decorativos (desenho bidimensional) e, em evolução natural, pelo uso da forma estética visual das garrafas (desenho tridimensional) como nova fronteira a ser explorada.

O que pretendem os envasadores é o destaque de novidade e originalidade como forma de atrair mais consumidores, fidelizar, abrir novos mercados e ainda provocar instabilidades, barreiras e distinções entre produtos concorrentes, na melhor estratégia do ambiente concorrencial de oligopólio diferenciado.

⁷⁶ A holding é uma sociedade ou empresa que possui ações de outras empresas formando um conglomerado, uma combinação de duas ou mais empresas envolvidas em negócios gerida por uma empresa-mãe que possui ações suficientes de voto em outras empresas para controlar o gerenciamento e operações, influenciando ou elegendo o conselho de administração de todas as empresas filiadas.

⁷⁷ CHIAVENATO, Idalberto. **Recursos humanos na empresa**: pessoas, organizações e sistemas. 3 ed. São Paulo: Atlas, 1994. p. 67-76. "(...) A **eficiência** é uma relação entre custos e benefícios. Assim, a eficiência está voltada para a melhor maneira pela qual as coisas devem ser feitas ou executadas (métodos), a fim de que os recursos sejam aplicados da forma mais racional possível. (...) À medida que o administrador se preocupa em fazer corretamente as coisas, ele está se voltando para a eficiência (melhor utilização dos recursos disponíveis). Porém, quando ele utiliza estes instrumentos fornecidos por aqueles que executam para avaliar o alcance dos resultados, isto é, para verificar se as coisas bem feitas são as que realmente deveriam ser feitas, então ele está se voltando para a **eficácia** (alcance dos objetivos através dos recursos disponíveis)."

2.2 A estética como diferencial de padrões

A diferenciação estética ornamental aplicada a vasilhames de cerveja destaca o significado do que vem a ser estética e sua contribuição ao tema, entendimento de cunho racional e menos intuitivo, como forma de análise do uso dessa informação em relação à escolha de produtos por parte das empresas na busca por valores de reflexos econômicos.

Para ROSENFELD⁷⁸, estética significa mais do que mera sensação, investiga a integração das atividades cognitivas físicas e mentais do homem, determina relações entre o conhecimento, a razão e a ética sobre produções (artísticas ou não), gira em torno do gosto, ou seja, de juízos de valor e preferências quanto às coisas sujeitas a convenções e normas impostas por grupos de indivíduos.

O gosto é um elemento racional, capacidade autônoma de perceber e julgar, conforme a autonomia da experiência mencionada por KANT⁷⁹. O juízo de gosto subordina a experiência sensível à cognitiva, racional e ética. Em um primeiro momento, se dá a contribuição da imaginação para as atividades cognitivas, porém, em um segundo momento, a capacidade de imaginação seleciona conjuntos de dados da experiência sensível, oferece à avaliação cognitiva uma faculdade autônoma não empírica, não determinada pela sensibilidade.

Como consequência dessas experiências, compradores, produtores, engarrafadores e consumidores, prestadores de diversos serviços fomentam a qualidade na difusão de inovação e divulgação do bem singular.

É então a racionalidade que seleciona e processa conjuntos de dados da experiência, oferecendo avaliações cognitivas, não empíricas e não determinadas apenas pela sensibilidade autônoma, possibilitando aos agentes econômicos e consumidores definirem produtos e preferências entre padrões de produtos por meio de dados racionais.

Essa percepção cria novas realidades e ambientes concorrenciais pelas combinações de informações e busca de espaços, fomenta resultados de forma que coordenados desestabilizam e atacam posições privilegiadas entre produtos concorrentes na disputa de novas oportunidades e recursos disponíveis no setor.

⁷⁸ ROSENFELD, Kathrin Holzermayr. **Estética**. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2009. p. 7/8.

⁷⁹ KANT, Immanuel. **Crítica da Faculdade do juízo**. 2. ed. Forense Universitária, 2005.

Dessa ininterrupta busca pela sobrevivência e sustentabilidade no mercado de cerveja, a diferenciação visual estética entre vasilhames aparece como ferramenta estratégica e técnica de aferição das importantes informações de movimentos dos recursos no mercado quanto a: posições, tendências, análises de preços-prêmio ideais, melhor alocação de recursos escassos e fins alternativos, localização eficiente dessas novas alternativas complexas e possíveis nichos, além de criar barreiras, de entrada ou permanência, e auxiliar a estratégia de planejamento e gestão das empresas nas expectativas sobre futuros movimentos de capital.

PORTER⁸⁰ destaca que o componente final da estratégia de diferenciação é a sustentabilidade, afirmando que a diferenciação não resultará em um preço-prêmio em longo prazo, a menos que suas fontes permaneçam valiosas para o comprador e não possam ser imitadas pelos concorrentes. Por isso, a empresa deve encontrar fontes duradouras de se apropriar dessa singularidade.

O desenho estético singular, então, se presta a tal fim, não só estimula serviços produtivos com base na criatividade ornamental, mas verifica, localiza e ajuda a avaliar lacunas e imperfeições de mercados, orienta propostas de projetos (P&D) e gera respostas econômicas para (*feedback*) as firmas em relação a produtos com características diferenciadas aos similares, além de estenderem a vida útil das tecnologias como inovação incremental.

PENROSE⁸¹ encontra na diferenciação uma ferramenta empresarial eficiente usada para verificar importantes informações complexas recolhidas pelas respostas do mercado, seja pela reação da concorrência, seja pela aceitação dos consumidores por meio do desempenho das vendas, oriunda da introdução dessa nova forma como informação.

Grandes firmas adotam laboratórios de pesquisas industriais em Design com o objetivo de atribuir velocidade à criação de novos produtos, processo schumpeteriano de *destruição criativa* que as força serem cada vez mais *criativas*. Esse processo desenvolveu um tipo de *concorrência criativa* e tornou-se a motivação dominante de concorrência em muitos ramos onde consumidores e produtores encontram-se numa obsessão compulsiva na busca pelo *novo*.

⁸⁰ PORTER, Michael E. **Vantagem Competitiva: Criando e sustentando um desempenho superior**. Rio de Janeiro: Elsevier, 1989. p. 141.

⁸¹ PENROSE, Edith. **A Teoria do crescimento da firma**. Campinas, SP: Editora Unicamp, 2006. P. 171.

As empresas remodelam seus produtos criando produtos *novos e melhorados*, seja no que se refere ao desempenho técnico ou à aparência. Muitas vezes, esses produtos nem ao menos são superiores em desempenho, são apenas novos e diferentes. A motivação se dá por estabelecer a convicção do *novo*, desenvolver um processo circular no qual os consumidores precisam ter um novo modelo a cada ano e os produtores, conseqüentemente, devem poder estimular o consumo para produzi-los e manter o padrão de crescimento da firma.

Esse processo, observado por MACIEL⁸² ao analisar a cadeia produtiva das empresas quando os produtos são submetidos e recebem mudanças estéticas em série, chama-se análise de dados de *desgaste do produto* junto ao mercado final e junto ao consumidor final, processando informações e motivos objetivos e subjetivos.

Na análise desses resultados de pesquisas, os projetistas constataam uma oportunidade de adequação de um produto por uma melhor correspondência a sua finalidade. Nessa ótica, se processa uma obsolescência objetiva. Muitas vezes o desgaste é *programado*, como incentivo ao descarte provocado pelo aparato do marketing e da publicidade, configurando um consumo desproporcional à necessidade, o que se denomina *obsolescência artificial*.

Muitos produtos nascem de projetos configurados a um tempo de vida curtíssimo, programados para sofrerem transformações formais (aparência), ajustados ao modismo e ao marketing para criar novas necessidades e desejos por parte dos consumidores, levando-os ao que FRANZATO⁸³ denomina *espiral sem fim do consumismo*.

Em vista disso, a mudança periódica de aparência de uma mercadoria reduz o tempo de permanência da mesma na esfera do consumo, técnica conhecida como *inovação estética* destacada por HAUG⁸⁴, na subordinação dos valores ligados às marcas na busca pela *vitória da mercadoria monopolista*. De certa forma, determinada marca tende a implantar uma proposta de monopólio próprio para sua mercadoria através da imposição de um padrão.

HAUG (op.cit, p. 55) sinaliza a convivência da inovação estética por parte dos consumidores como um fim inevitável. Ressalta que o deslocamento das mercadorias é notado

⁸² MACIEL *apud* ARGAN, Giulio Carlo. **Revista Sinais Sociais**. Ed. Sesc. Rio de Janeiro, 2009. v.3 n 9. P. 178-179.

⁸³ FRANZATO, Carlo. **O processo de inovação dirigida pelo design: um modelo teórico**. Revista REDIGE, v. 2, N. 1, 2011. Fonte: <http://www.cetiqt.senai.br/redige> acesso em 26/05/2011.

⁸⁴ HAUG, Wolfgang Fritz. **Crítica da estética da mercadoria**. São Paulo: Ed. UNESP, 1997. p. 54-55

pela substituição sem fim das gerações de mercadorias diferenciadas esteticamente, como uma estação à outra.

Essa oferta constante de novas formas de produtos decorrente da luta pela sobrevivência da empresa em um ambiente competitivo, estimula a expansão de unidades produtivas para melhor aproveitamento de oportunidades criadas pela nova forma, como defesa de manutenção da posição privilegiada, e assume riscos e custos da proteção organizacional e intelectual dessa inovação como reserva exclusiva legal para recuperação dos investimentos financeiros, econômicos, técnicos e estéticos de criação.

É da vantagem pela diferenciação de padrão do produto que surgirá o lucro a ser maximizado durante a proteção temporária legal correspondente, que acarreta o ganho embutido como preço-prêmio pelo pioneirismo e inovação, estímulo distante da limitação do padrão único.

Para HAUG (op.cit) o *Design* de produtos é a materialização do fenômeno mercadológico do consumismo, pois projeta uma imagem para determinado produto, estabelece novos padrões⁸⁵ e estimula a necessidade de substituição, fazendo com que isso se torne ato constante entre compradores e consumidores:

“A atividade competitiva de rivalidade empresarial é necessária para que se descubram novos meios de atingir certos fins. O conhecimento sobre novos usos ou fontes de recursos, novas tecnologias, novas formas de atender as necessidades através de outros produtos não são dados, mas é fruto do processo competitivo.”

Em verdade, o que realmente interessa e satisfaz a empresa é tão somente localizar oportunidades que mereçam ser aproveitadas e disputadas. No caso das propostas de formas exclusivamente estéticas de produtos, pela imposição de constantes propostas de padrões, transformar oportunidades para as empresas em *carências* por novos produtos aos consumidores, maximizando a captação dos recursos então dispersos, momento em que se vai concentrar temporariamente nas mãos da firma inovadora as vantagens e vai desestabilizar os demais concorrentes de forma contundente. Ou seja, para HAUG, se verifica que: “o impulso deles, a inovação estética é essencialmente caducidade estética; o novo como tal não lhes interessa.”

⁸⁵ HAUG, Wolfgang Fritz. *Crítica da estética da mercadoria*. São Paulo: Ed. UNESP, 1997. p. 54-55

É interessante destacar que essa visão de caducidade estética também preocupava agentes econômicos históricos que defendiam um produto único e ideal, com base na técnica e economia de escala.

Henry Ford⁸⁶, em autobiografia, entendia que não havia alterações no plano construtivo de um artigo (produto), ele acreditava em um produto *ideal* único tecnologicamente, atitude considerada uma boa gestão empresarial à época, assim, seriam muito raras as diferenciações, já que o produto seria perfeito funcionalmente. Entretanto, era consciente de que seus sócios não estavam absolutamente convencidos de que teria sido possível limitar os automóveis a um único modelo.

“Orgulho-me de cada peça, cada artigo que produzo esteja bem trabalhado, e que seja robusto, e que ninguém se veja na necessidade de ter de o substituir, qualquer bom automóvel deveria durar tanto quanto um bom relógio (p. 38) (...) Todos os dias, no passado, acarinhava a ideia de um modelo universal” (p. 46).

A concorrência mudou essa realidade inicial. Hoje, na mesma indústria automobilística onde Ford reinava, cada produtor apresenta todos os anos novos modelos, na maioria das vezes diferentes apenas esteticamente aos anteriores e mesmo dentro da mesma categoria, de forma que quem possua modelo anterior deseje trocá-lo por um novo, essa forma prática é considerada “*boa gestão empresarial*”.

A opinião e a postura de Ford não resistiram ao processo evolutivo do capitalismo, como se constatou após a crise de 1929. Essa posição de modelo único ideal imposto de dentro para fora da empresa foi subvertida, como vem ocorrendo na indústria de vasilhames.

Com a necessidade de retomada do crescimento econômico após 1929, as empresas perceberam a necessidade de adaptar a técnica dos produtores aos gostos dos consumidores, por meio de produtos diferenciados, modelos personalizados, exclusivos, com valores especiais que superam a técnica, embalados pela estética ornamental, de carros, relógios, móveis, luminárias, óculos e até mesmo garrafas de cerveja.

O carro único e ideal do padrão de Ford não resistiu aos apelos consumistas por novidades, originalidade e distinguibilidade. A visão limitada apenas ao padrão funcional dos carros sucumbiu não só perante a diversidade como também à constante diferenciação de padrões estéticos propostos por diversas montadoras concorrentes.

⁸⁶ FORD, Henry. *My life and work*. Garden City, Nova Iorque: 1922. Today and tomorrow, S.1., Nova Iorque 1926.

A inovação de caráter incremental, estético e criativo entre produtos exemplifica muito bem o conceito schumpeteriano de *destruição criativa*, decorre da dinâmica da concorrência capitalista que provoca a caducidade constante dos produtos, cria e destrói nichos de mercado, mantém desestabilizada a concorrência, estimula processos criativos que passam a ser protegidos de várias formas pelas empresas (desenho industrial, direito autoral, direito de marca tridimensional), consagra ícones industriais que se sustentam pelo visual.

Quanto maior for a atração e satisfação dos consumidores pelo desenho estético, maior será a vantagem concorrencial do autor inovador e possuidor dos direitos econômicos do *Design* protegido pela atribuição de direitos de exclusividade envolvidos na relação com os demais concorrentes.

Isso vem ocorrendo cada vez mais em diversos setores da economia, quanto mais se valoriza o desenho estético como elemento distintivo, maior será a amplitude do preço-prêmio pela iniciativa pioneira proposta (*first mover advantage*)⁸⁷.

Como resultado, o novo bem-padrão da empresa passa não só a ter um caráter material, mas também imaterial, passa a constituir um ativo econômico complexo, valorizado pelos reflexos do conjunto multidisciplinar da inovação, sujeitando-se a tratamentos também diferenciados, seja do ponto de vista jurídico como comercial. Além de valorizar o autor da obra singular.

A apropriabilidade dos direitos legais e econômicos envolvidos, então, passa a compor o quadro de vantagens auferidas pela distinguibilidade e o alcance da influência^{88 89} que se pretende destacar pelo *Design*, valoriza pelo tempo da exclusividade os direitos sobre a forma

⁸⁷ Ver a este respeito LIEBER, M.V.; MONTGOMERY, D.B *First Mover Advantages*. Boston: Stanford Business School (Research Paper No. 969), October 1987

⁸⁸ CONTI, Giovanni Maria. *Fashion, innovation, identity: cross fertilization from design to service*. Revista de Design, Inovação e Gestão Estratégica. Edição especial de lançamento. V.1, N.1, 2010.

⁸⁹ “Não é, porém, toda e qualquer criação intelectual que se encontra sob o amparo do direito autoral. Além dos requisitos de exteriorização (ou seja, forma de expressão), originalidade e criatividade, impõem-se analisar o tipo de obra intelectual objetivada, uma vez que produções existentes que se enquadram no âmbito da propriedade industrial e não do direito autoral. Casos há que surgem problemas de se delimitar o campo de uma e de outra esfera de proteção legal, porquanto obras intelectuais podem ter finalidades basicamente industriais ou comerciais e não obstante apresentarem um caráter estético. É o que ocorre com as obras de arte aplicada, cuja proteção pelo direito autoral é permitida em nosso direito positivo quando seu valor artístico pode dissociar-se do caráter industrial do objeto a que estiver sobreposta. Fonte: www.cultura.gov.br/site/wp-content/uploads/.../Delibera43-1983-1Cam.pdf

projetual nova e original de um produto como vantagem competitiva estratégica frente aos concorrentes.

“In Design driven innovation the dimension of sense thus prevails on that of function, not so much from an objective point of view as from a subjective one, linked to the motivations and the objectives.” (ZURLO, 2002, p. 13)⁹⁰

Nos ambientes concorrenciais decorrentes do oligopólio diferenciado, compradores empresariais, investidores e consumidores finais, são estimulados pela imposição de frequentes novos padrões estéticos a também novos ajustes de preços e ao consumo ininterrupto.

No setor de cerveja, em virtude da própria característica estrutural de concorrência, as empresas utilizam então a diferenciação visual estética de vasilhames personalizados como ferramenta para medir e marcar o mercado consumidor. Com isso, utilizando ferramentas de marketing e publicidade, buscam incessantemente aumentar suas participações em mercados específicos e relevantes, dos quais ou já fazem parte visando fidelizar ainda mais os consumidores tradicionais, como também atrair novos consumidores em volta do mercado principal.

O setor cervejeiro tem limites de padrões tecnológicos e tendência de estabilização extrema do processo. Os concorrentes convivem praticamente dentro de um mesmo momento e paradigma tecnológico (Estado da técnica). A reação concorrencial então passa pela busca de novos privilégios temporários, como ocorre com a diferenciação dos vasilhames de cerveja, que visam mudar estratégias complementares e buscam oportunidades, pois, caso contrário, correm o risco de sucumbir diante de surpresas inovadoras.

Na concorrência oligopolista a visão clássica de ambiente estático é um alerta vermelho já que não há equilíbrio possível em ambiente concorrencial. Os carros de Ford só existem em museus. A dinâmica se dá pela concorrência, na variação constante de padrões com base na destruição do padrão anterior, tudo de forma racional, o que faz do momento de quase estabilidade temporária do ambiente o ponto a ser alvejado pela concorrência mantendo a dinâmica.

Essa dinâmica leva à expansão de empresas mais informadas e ativas, portanto, mais competitivas, que invadem espaços comuns a outras que muitas vezes não resistem e são obrigadas à mudança de adaptação ou sucumbem, como destaca ROBINSON⁹¹.

⁹⁰ “Em inovação de design a dimensão é orientada pelo sentido, portanto, prevalece sobre a de função, não tanto de um ponto de vista objetivo, a partir de uma dimensão subjetiva, ligada às motivações e os objetivos.” Tradução livre.

ANDREOLLI⁹², observando Schumpeter, quanto a indústrias oligopolizadas, destaca que os economistas dão mais atenção ao comportamento e à amplitude dos preços (motivadores de interesses) do que a restrições de produção e organização industrial, entretanto, esses elementos de análise, muito embora importantes, são também condicionados pela introdução da diferenciação incremental de produtos como importante elemento gerador de inovação e recursos em relação à concorrência potencial.

Mercados e concorrência não se encontram, portanto, em situação de equilíbrio, mesmo porque as condições e os movimentos individuais dos agentes econômicos (internos e externos) não são absolutamente estáticos, são diferenciados culturalmente dentro de cada empresa, se re combinam a cada momento, reagem diferentemente de dentro para fora de cada empresa e vice-versa, sem que uma empresa ou grupo saiba previamente qual a exata reação das demais.

As decisões sobre atividades inovativas vão diferindo sistematicamente e cada modificação torna os cenários ainda mais imprevisíveis, passando por processamentos diferentes das novas informações geradas de acordo com a cultura de cada empresa. Elas são mais ou menos agressivas, em especial no plano das propostas a projetos diferenciadores pela estética, portanto, desse contexto conturbado de racionalidade limitada não poderia de forma alguma sobressair uma situação estática com reflexos constantes, mas sim de incerteza constante.

É desse ambiente de incertezas que a atividade inovativa se nutre; ROSENBERG⁹³ destaca que o processo inovativo busca os resultados que não são conhecidos *ex-ante*, assim, as decisões de inovação e investimento, orientadas em relação ao futuro, envolverão inevitavelmente um relativo grau de incerteza.

Nessas situações de maior ou menor movimento as formas estéticas incrementais se submetem a reavaliações frente a necessidades considerando valores culturais, internos e externos da empresa, decorrentes de experiências relacionais, competências técnicas e

⁹¹ ROBINSON, Joan. **Economia de La competência imperfeita**. Barcelona. Martinez, 1973. p. 202.

⁹² ANDREOLLI, Marcio. **A Estrutura Oligopolista de Mercado: A Indústria de Cerveja como Oligopólio Diferenciado. Dissertação** (Mestrado em Economia). PUC São Paulo, 1999. p. 18.

⁹³ ROSENBERG, Natan. **The direction of technological change**. Inducement mechanisms and focusing devices. *Economic Development and Cultural Change*, v.18, n.1, p.1-24, October, 1969.

artísticas resultantes do histórico de gestão da empresa e das reações e resultados com as demais concorrentes.

Assim, a dinâmica concorrencial afeta a dinâmica decisória gerencial na proposta de novo padrão ao mercado, num contexto de imperfeições de informações envolvidas e não tendo nunca o total conhecimento da preferência dos consumidores pela estética ideal do produto, da reação dos concorrentes e outros agentes envolvidos, resta destruída a hipótese de perfeição do modelo único das informações estáticas ao desenho padrão, inibindo possibilidades de inovações.

2.2.1 Eficiência do padrão e concentração

ANDREOLLI op.cit. destaca que a diferenciação de produtos de cerveja, pela preferência de *certos consumidores para com os produtos de determinadas empresas*, tende a levar a um processo de concentração do capital *nas mãos de um indivíduo*. Conseqüentemente, o acúmulo por eficiência, com base na imposição de um padrão de vasilhames, tende a levar à superação da concorrência, condição que leva a certo *grau de monopólio*, tendência intrínseca do modo de produção capitalista em decorrência da busca constante do maior lucro⁹⁴, mesmo que temporário.

No oligopólio concentrado, os recursos são maximizados pela atração de vantagens derivadas do aproveitamento das oportunidades criadas, gerando maior segurança para investidores e elevando a taxa de lucro, ou seja, quanto mais concentrada está a estrutura mais concentrada ela fica. Como consequência, há reinvestimentos ainda mais concentrados e tudo se repete em um ciclo vicioso, otimizando vantagens de forma exponencial (ex: obtenção de empréstimos com juros mais baixos, poder de compra de insumos a preços mais baixos, imposição ou manutenção do preço-prêmio, maior evidência na mídia, etc.).

A concentração no oligopólio diferenciado tem como consequência um cenário exatamente contrário. A limitação ou diminuição do lucro ocorre em decorrência das múltiplas disputas envolvidas, a taxa de risco para investimentos se torna maior, provoca o enfraquecimento de um ambiente *saudável* de concorrência pela elevação dos custos de reação entre diferentes empresas competidoras, como no caso da introdução de vasilhames de

⁹⁴ HILFERDING, Rudolf. **El capitalismo financeiro**. Madri: Editora Tecnos, 1973.

cervejas diferenciados no Brasil. Assim, no oligopólio diferenciado, a descontinuidade de produtos pela introdução de embalagens diferenciadas provoca o desequilíbrio setorial.

2.2.2 Desenho como ferramenta de aferição de necessidades

As empresas, portanto, diante do ambiente complexo de incerteza exposto, passam a verificar as tendências mercadológicas para, de forma racional, criar oportunidades econômicas de mercado, e a tomar iniciativas pela imposição constante de novos padrões visuais diferenciados aos consumidores até que se perceba a necessidade de destruição do padrão anterior; além disso, estarem atentas para reagir a provocações, além de provocarem a desestabilização de concorrentes diretos ou potenciais.

Esse estado de vigilância se dá pelo fomento constante do consumo⁹⁵ por meio de propostas constantes de novidades criativas originais; as empresas obter vantagem estratégica, recursos extraordinários por meio de preço-prêmio, estabelecer novas posições ainda mais privilegiadas frente às demais empresas concorrentes potenciais.

Essas *novas necessidades*⁹⁶ são oriundas de projetos, pela detecção de pontos limites da racionalidade⁹⁷ limitada. Esses pontos são obtidos por meio de dados comparativos de venda (aceitação) junto a consumidores, detectam oportunidades decorrentes da própria natureza mutável do capitalismo concorrencial, da constante fricção competitiva no setor e das diferentes relações internas e externas das firmas na busca por vantagens.

O aproveitamento dessas novas necessidades é transitório e provocado, o que explica a importância do uso de diversas ferramentas, como propostas de projetos de diversificação e diferenciação dos produtos como instrumentos de verificação das imperfeições de mercado.

⁹⁵ O Brasil está entre os vinte maiores consumidores da bebida no mundo, aponta uma pesquisa feita pela empresa alemã Bath-Haas Group. No levantamento feito com 40 países, o Brasil ocupa a 17ª posição, um dos únicos da América Latina entre esses vinte. A pesquisa apontou ainda que o consumo da bebida por habitante é de 62 litros por ano. Fonte: <http://www.bebidasdobrasil.com.br/noticias/editorias/id/10/cervejas> acesso em 21/09/2012.

⁹⁶ "A distinção entre os termos *necessidades* e *vontade* é uma forma tradicional de descrever a diferença entre o que é realmente necessário às atividades de uma pessoa (*necessidade*) *versus* o que a pessoa quer (*vontade*). As necessidades são determinadas pela tarefa. Um balde é necessário para carregar água; [...] As vontades são determinadas pela cultura, pela publicidade, pela maneira como a pessoa vê a si mesma e sua auto-imagem. [...] Satisfazer as verdadeiras necessidades das pessoas, inclusive a exigências de diferentes culturas, faixas etárias, exigências sociais e nacionais, é difícil. Agora acrescente a necessidade de atender as muitas vontades – caprichos, opiniões, preconceitos – de pessoas que concretamente compram produtos, e a tarefa se torna um grande desafio." NORMAN, Donald A. **Design emocional**: por que adoramos (ou detestamos) os objetos do dia a dia, Rio de Janeiro: Rocco, 2008. p. 62.

⁹⁷ Para definição de ponto limite da racionalidade limitada, ver: MACIEL, Maria Lucia e ALBAGLI, Sarita (orgs.). **Informação, conhecimento e poder**: mudança tecnológica e inovação social. Rio de Janeiro: Garamond, 2011. p. 257.

A verificação dos dados de mercado, pelas vendas, localiza de forma clara esses pontos sobre os quais incidirão a análise de relação entre custo e investimentos para aproveitamento dessas novas oportunidades⁹⁸, auxilia a gestão das empresas frente ao novo potencial de consumo proposto ao ambiente do mercado cervejeiro:

“(…) as novas oportunidades vinculam-se não apenas a mudanças nos preços, gostos e outras condições de mercado, mas também aos tipos especiais de serviços produtivos e de conhecimentos desenvolvidos no interior de uma empresa.”

Essas lacunas e imperfeições são oportunidades-prêmio para empresas empreendedoras, privilegiam o pioneiro que propõe formas singulares aos produtos, recebe respostas de vendas com informações de acertos e erros, conforme mencionado por PORTER (op,cit, p.117), a empresa pioneira assume posição, riscos e custos desse investimento inovador ao executar o projeto – concorrendo a diversos privilégios: *“Sendo a primeira a adotar uma imagem do produto, por exemplo, uma empresa pode evitar que outros façam isto, tornando-se singular”*.

A partir da forma proposta, o novo produto diferenciado surge na cadeia de valores da empresa como novos compromissos econômicos, financeiros e concorrenciais decorrentes da implementação do projeto, e um novo padrão estético-ornamental adotado se evidencia.

Nesse contexto singular e complexo, criado intencionalmente, a empresa usa sua experiência histórica e evolutiva interna e externa de apoio: financiamentos, marketing, distribuição e logística, dentre outras atividades, para auxiliar e alavancar a atividade primária tecnológica, a da bebida, fomentando um novo negócio incrementado pelo Design para elevar o desempenho de fornecedores e compradores, internos e externos, justificando o pagamento de um preço-prêmio pela diferenciação e vantagem competitiva amparada pela proposta.

A diferenciação estética ornamental, portanto, não advém do nada e muito menos decorre da ingênua criatividade artística de espírito; entretanto, sem esta última, aproveitada em sua preconcepção artística de forma competente (arte aplicada ao produto), motivada e ajustada, não se adquire o *plus* diferenciador como ferramenta importante para se chegar a uma vantagem competitiva estratégica e patrimonial que a empresa possa dispor em relações de trocas e cooperações.

⁹⁸ PENROSE, Edith. **A Teoria do crescimento da firma**. Campinas, SP: Editora Unicamp, 2006. P. 171.

A influência criativa estética distintiva para novos padrões diferenciados de garrafas de cerveja, então, passa a ter extrema importância no potencial comercial da cadeia produtiva das empresas e afeta os ganhos desde a concepção até o consumo final, evidenciando os valores técnicos entre as bebidas pelo destaque artístico agregado aos produtos, oferecendo alguma *coisa*, uma informação valiosa a mais (oportunidade, experiências, *status*) para compradores e consumidores, além de simples preço baixo de escala como bebida comum.

Assim, em um ambiente concorrencial, a empresa persegue maior lealdade dos consumidores a marcas e formas, valorizando aspectos de maior distinguibilidade criativa, buscando descobrir novas necessidades, mudanças e reflexos econômicos concorrenciais.

Da mesma forma que PENROSE, PORTER (op.cit, p.122) destaca que novas oportunidades vinculam-se não apenas a mudanças nos preços, gostos e outras condições de mercado, mas também aos tipos especiais de serviços produtivos e de conhecimentos desenvolvidos no interior de uma empresa, para a necessidade da empresa ser capaz de criar, numa forma singular, vantagem competitiva para seu comprador e seus consumidores:

“A diferenciação resulta em desempenho superior se o preço-prêmio alcançado ultrapassar qualquer custo adicionado do fato de ser singular. A diferenciação de uma empresa pode agradar a um grupo amplo de compradores em uma indústria ou a apenas um subgrupo de compradores com necessidades particulares.”

2.2.3 O desenho estético como bem de experiência.

Para MACIEL (op.cit, p.240), a escolha de um produto, as informações de mercado também passam como de bens de experiência (*experience goods*). Bens de experiência são aqueles cujo valor só é percebido pelo consumidor após experimentar⁹⁹.

A diferenciação exige da empresa uma forma singular de vantagem competitiva para vender, e não só por um preço mais baixo. O importante é atingir a melhor combinação distintiva estética de componentes, assim, por meio da melhor combinação desses componentes, pelo melhor *Design*, o feedback positivo, ou seja, o forte fica cada vez mais forte gerando a um círculo virtuoso pelas condições de êxito na obtenção de recursos que possibilita a empresa bem sucedida a alcançar e aproveitar um preço mais alto que o menor possível.

⁹⁹ Ver por exemplo SHAPIRO E VARIAN, Carl. **A economia da informação**: como os princípios econômicos se aplicam a era da internet. Rio de Janeiro: Campus, 1999. P. 37

Essa situação de privilégio leva a reações de mercado, como acontece no caso dos padrões¹⁰⁰ das garrafas diferenciadas de cerveja. A tentativa do líder do setor (AMBEV) de capturar fatias de mercado dos participantes menores pela imposição de novo padrão estético disparou uma reação geral dos participantes menores procurando evitar que a capacidade de utilização das garrafas de desenho padrão antigo caísse.

Essas reações competitivas, sejam administrativas e/ou judiciais¹⁰¹, sobrecarregam a empresa líder em altos custos na luta para obter a melhor posição de domínio, retardam o momento ideal de colocação do produto no mercado, diminuem o aproveitamento dos recursos da inovação, ou seja, geram um feedback negativo, impedindo que se aumente a distância entre os concorrentes e até, algumas vezes, destruindo o momento da vantagem competitiva. Como o observado por Shapiro e Varian: “O afastamento do processo de fixação de padrões pode deixá-lo em uma posição fraca de mercado no futuro.”¹⁰²

Para compradores empresariais, o custo de um produto inclui não só os custos financeiros, mas também custos de conveniência e tempo. O custo de tempo para o consumidor reflete o custo de oportunidade de sua utilização imediata, bem como o custo implícito de frustração, aborrecimento ou esforço. O valor para o comprador resulta da redução de qualquer um desses custos.

Diante dessa constatação, PORTER elenca critérios para se observar sinais de oportunidades: (1º) reputação e imagem; (2º) publicidade cumulativa; (3º) peso ou aparência externa do produto; (4º) embalagem e rótulos¹⁰³, critérios e sinais que também são relevantes no mercado de cervejas.

A forma singular estética diferenciada passa então a ser identificada pelos consumidores, se transforma em sinais e estimula o consumo, valorizando as criações

¹⁰⁰ “Os padrões mudam a concorrência pelo mercado para a concorrência dentro do mercado.” SHAPIRO e VARIAN 1999. Op.cit. p. 31

¹⁰¹ “Obstáculos legais. O segundo tipo de obstáculo que você encontrará quando formar um caminho de migração (de produtos) será de ordem legal e contratual: você tem de ter ou conseguir o direito legal de vender produtos com a base instalada de produtos existentes. As vezes isso não constitui problema: não há barreiras legais... Mas há vezes em que esse tipo de barreira pode ser intransponível. Os titulares com direitos de propriedade intelectual sobre antigas gerações de tecnologia podem ter a capacidade de bloquear de maneira unilateral um caminho de migração. A utilização dessa capacidade para confinar os rivais nos trilhos deles ou apenas para extrair receitas de licenciamento é uma escolha estratégica básica desses detentores de direitos.” SHAPIRO e VARIAN. 1999. Op.cit, p.22

¹⁰² SHAPIRO e VARIAN, 1999. Op.cit, p. 31.

¹⁰³ PORTER, 1989. Op.cit. p.111

envolvidas nos frequentes lançamentos de coleções, criando um ambiente de privilégios a ser explorado pela empresa, como fonte de percepção de oportunidades em um ambiente de constante competição entre os concorrentes.

Por correspondência direta, essa diferenciação se dá nas envasadoras, concorrentes que são no setor de bebidas de cervejas, que buscam serem diferenciadas umas das outras e se destacarem entre si frente aos consumidores, em especial pelas embalagens, estimulando a sensação de ganho de valores decorrentes da fixação de um novo padrão, provocando um sistema complexo de estímulos e informações incompletas que afetam a racionalidade do mercado de forma constante.

A produção de cerveja, além das informações de caráter tecnológico do líquido original, está cada vez mais ligada a diversas assimetrias de mercado, influenciada por projetos de diferenciação do visual das garrafas. Informações com propostas de distintividade entre compradores empresariais, produtores, envasadores e consumidores formam um processo de codificações complexas e embalagens sofisticadas afetadas por técnicas de marketing e publicidade, mídias e distribuição especializada que se torna o campo final de contato e de informações junto ao mercado.

Assim como o setor de cervejas, o setor de vinho também passou pela imposição de diferenciação de bebidas por meio dos vasilhames. HILGER, RAFERT e VILLAS-BOAS¹⁰⁴ estudando o impacto da opinião de especialistas em vinhos, detectam como os envasadores de vinho se utilizaram das ilustrações dos rótulos (desenho gráfico estético-ornamental bidimensional) para atraírem fundamentalmente a atenção dos compradores e, após, transmitir informações diferenciadoras atribuídas aos vinhos enquanto bebidas, ou seja, os rótulos viraram verdadeiros *outdoors* em neon chamando atenção para as características dos produtos como bens de experiência.

No estudo de HILGER, RAFERT e VILLAS-BOAS (op.cit, p.312-313), os autores encontraram uma média significativa de respostas positivas entre vendas x compras após compradores e consumidores serem influenciados pelas avaliações das experiências de especialistas, depois de atraídos principalmente pelo *Design* chamativo dos rótulos (desenho bidimensional) dos vinhos;

¹⁰⁴ HILGER, J. RAFERT, G. VILLAS-BOAS, S. *Expert Opinion and the Demand for Experience Goods: An Experimental Approach in the Retail Wine Market*. Disponível em: http://are.berkeley.edu/SGDC/Hilgert_Rafert_Villas-Boas_2010.pdf

“Os consumidores estão constantemente fazendo escolhas entre os produtos, as consequências dessas escolhas para eles são apenas uma vaga consciência. Não só os consumidores não têm informações completas sobre os preços dos bens, mas a sua informação é provavelmente ainda mais pobre sobre a variação da qualidade dos produtos, simplesmente porque a última informação é mais difícil de obter.” (...) Os consumidores podem preferir informações por meio da experiência e não por meio de pesquisa, mesmo quando a experiência é cara. A busca através de pesquisas pode ser ainda mais cara. Na compra a maioria dos aparelhos, os consumidores são confrontados com este problema. Determinar por inspeção do fluxo de tempo de serviços de marcas alternativas de um aparelho é uma tarefa extremamente difícil. Assim, a experiência pode muito bem ser empregada como o procedimento mais barato de informação. (...) o consumidor deve adquirir informações por meio de experiência até que o custo marginal da informação torne-se maior do que o seu retorno marginal. No nosso caso, da experiência, a informação só pode ser adquirida através da compra de uma marca diferente e, assim, aprender o que marca é melhor para um conjunto maior de marcas. Este melhor e maior conjunto tenderá a ter uma maior utilidade no consumo de futuro.” [...] Conclusão: “O efeito da opinião de especialistas sobre a demanda por bens de experiência é difícil de quantificar, como a relação entre as compras e comentários que poderão ser conduzidos por qualidade do produto. Além disso, não é claro se um efeito da procura de revisão/verificação baseada é devido ao fornecimento qualidade ou informações existentes. Utilizando um experimento de campo de varejo para superar estes obstáculos, encontramos uma resposta do consumidor positiva e significativa pela média de opiniões de especialistas dos rótulos de vinho. Demanda diminui para os vinhos de pontuação baixa e aumenta a demanda por vinhos pontuação média ou superior. Os resultados indicam que os rótulos das opiniões dos especialistas transmitem informação de qualidade, em oposição à visibilidade apenas na prateleira.”

São os rótulos então que, pela atratividade¹⁰⁵ da decoração, transmitem através da capacidade de combinação de motivos estéticos e cores, antes mesmo das informações dos *experts*, a distinção entre concorrentes, chamam a atenção dos consumidores à distância, por meio de diagramações de desenhos das artes gráficas (Design bidimensional), funcionam como verdadeiros *outdoors* iluminando padrões de fácil identificação¹⁰⁶, fato que ocorre antes

¹⁰⁵ "a essência é dar ordem às informações, formas às idéias, expressões e sentimentos a artefatos que documentam a experiência humana". MEGGS, Philip B., '**A history of graphic design**'. New York: Van Nostrand Reinhold, 1983.

¹⁰⁶ Exemplo: As cervejas Heineken são facilmente localizadas em gôndolas de supermercados pela forma combinada a cor.

mesmo da leitura de conteúdos induzindo o consumidor ao estado de consumo e à confusão entre produtos.

Posteriormente, como evolução natural, estabilizada a fase de implantação dos rótulos, as empresas passaram a explorar o aspecto da forma volumétrica dos vasilhames (desenho tridimensional), um espaço muito maior para se distinguirem uns dos outros pela originalidade e novidades estéticas e ornamentais aplicadas à forma das embalagens, informações ainda mais distintivas e estimuladoras de consumo e captadoras de informações de padrões de consumo, dos gostos das experiências únicas dos consumidores¹⁰⁷.

Assim, os vasilhames únicos tenderam ao limite da técnica e ao cenário quase estático das relações entre concorrentes (se não fossem os rótulos - artes gráficas aplicadas ao produto) caracterizando um estado estabilizado de inovações.

Veio então a necessidade de se incrementar os vasilhames, em especial pelo desenho estético-ornamental, mais especificamente no caso das embalagens, somando-se as informações de rótulo a forma criativa, a concorrência passou a ser mais dinâmica, a personalizar e distinguir produtos finais pela novidade e originalidade uns dos outros através da beleza das embalagens.

A reação mais ágil entre concorrentes é a inovação incremental, que, entretanto, gerou mais área de fricção no setor de cerveja. Os concorrentes adotam comportamentos agressivos a projetos de desenhos que proponham outros padrões alternativos, algumas vezes procuram impedir proposta pioneira por questionamentos jurídicos ou mesmo copiar sem autorização, induzindo a erro o consumidor. O resultado não poderia ser outro a não ser mais atrito entre interesses.

O movimento de reação mercadológica dos concorrentes com fortes reflexos econômicos e jurídicos é complexo e envolve várias estratégias: investimentos em patentes, desenhos industriais, direitos de autor, contrafação, gastos de vendas, marketing, distribuição,

¹⁰⁷ LEVINE, Dan e CHAN, Edwin. **Apple licenciou patentes para Microsoft, declara executivo**. Reuters Brasil – 16/08/2012-SAN JOSE, 13 Ago (Reuters) - **A Apple licenciou à Microsoft patentes premiadas de design, mas com acordo anticlonagem para evitar imitação do iPhone e do iPad**, afirmou nesta segunda-feira um executivo da Apple. O diretor de Licenciamento de Patentes da Apple, Boris Tekler, deu essa declaração em um dos mais importantes julgamentos sobre tecnologia em anos, em que a companhia norte-americana acusa a Samsung de plagiar o iPhone e o iPad. [...] Tekler afirmou que a Apple ofereceu o licenciamento de uma série de patentes, embora tivesse uma categoria de patentes altamente protegidas, relacionadas ao que ele chamou de "experiência única de usuário". Fonte: <http://reuters-brasil.jusbrasil.com.br/noticias/100028264/apple-licenciou-patentes-para-microsoft-declara-executivo>

custos financeiros, custos judiciais de defesa de posições e até mesmo a construção de uma fábrica própria para produção de garrafas pessoais.

Esse ambiente retrata uma verdadeira guerra entre as organizações empresariais no setor cervejeiro, em especial frente a maior representante com posição dominante, a AMBEV.

POSSAS¹⁰⁸ destaca que a diferenciação dos produtos não se dá apenas nos limites físicos, e, no caso, é a condição da ferramenta competitiva, dada pela inovação estética que ornamenta os vasilhames de vidro das garrafas de cerveja, que traduz o motivo de se buscar destacar um concorrente dos outros ao se transmitir diversas outras informações visuais.

No caso da garrafa, sua introdução no mercado de consumo agrega diversos novos valores: marketing, publicidade, logística, custos financeiros, propriedade intelectual, dentre outros. Essa combinação atribui ao produto final um *plus*, o poder sedutor nada inocente e dinâmico como ferramenta competitiva sofisticada de obtenção e verificação de mais informações, oportunidades, privilégios e, fundamentalmente, busca uma margem de lucro maior.

O cenário de custos altos para os 30% do mercado de cerveja de vasilhames de 600 ml, com a implantação de um vasilhame diferenciado de 630 ml, gerou uma barreira de sustentação e permanência para os concorrentes do setor. Impôs um custo de competição desproporcional aos competidores menores, o que afeta a normalidade da competição.

No entanto, também podemos considerar que impedir, restringir ou inibir a inovação incremental gera custos, além do processo evolutivo do mercado se sujeitar a ficar aprisionado a um modelo único de garrafa.

Para a AMBEV, mais que uma mera diferenciação visual, um novo *Design* é uma barreira de entrada para invasores e barreira de permanência para os concorrentes menos eficientes, interfere internamente no setor de cerveja na capacidade de reação, migração e possibilidade de expansão frente ao novo padrão, além de ser um remédio à contrafação, em tese um movimento saudável para o sistema concorrencial.

A introdução de nova informação no mercado, por meio do Design estético e ornamental distintivo, também ocorreu entre engarrafadores de aguardentes. Um grande

¹⁰⁸ POSSAS, Sílvia. **Concorrência e competitividade**. Notas sobre estratégia e dinâmica seletiva na economia capitalista. São Paulo: Editora Hucitec, 1999. P. 35.

produtor de aguardentes, para obter recursos¹⁰⁹, da mesma forma que a AMBEV, introduziu no mercado um vasilhame de vidro de formato modificado, para uso exclusivo, pela inserção em alto relevo de aspectos estéticos ornamentais, agregando distintividade de marca. Ou seja, impôs aos concorrentes custos adicionais de reação, criando, pelo novo cenário proposto, privilégio obtido pela diferenciação, pela notoriedade pública da proposta e distinguibilidade comercial na busca de vantagem.

Essa situação incremental inovativa, criada estrategicamente, sempre provoca novos questionamentos e novas incertezas no setor, novas informações desestabilizam comportamentos entre concorrentes, fornecedores e consumidores, até então *acomodados*. Literalmente, as novas embalagens geraram novas oportunidades, entretanto, também geraram uma gama de reações e reacomodações e, com elas, impacto econômico por meio da valorização da diferença estética ornamental das garrafas de cerveja, assim como aconteceu com os envasadores de aguardentes.

O elemento estético criativo de diferenciação que ornamenta o vasilhame de vidro de cerveja, então, foi e é capaz de influenciar movimentos de capital no processo concorrencial, atuando como ferramenta estratégica capaz de inibir e dificultar entradas, ou mesmo provocar exclusões de outros concorrentes do mesmo gênero de produto, pela imposição de padrão novo sobre o original. Essa nova posição, portanto, buscando efetiva vantagem estratégica, produz uma reação competitiva concorrencial econômica e jurídica em relação ao ambiente, gerando questionamentos aos demais concorrentes devido ao valor agregado a produtos e marcas.

Decerto que, como barreiras, interna e externa, radicais ou incrementais, tecnológicas ou por diferenciação estética, os efeitos do Design se sobrepõem às imperfeições das informações que circulam no mercado envolvido, submetem os concorrentes a reagirem de forma rápida e eficiente às barreiras de implantação do novo elemento distintivo de produto sob pena se sucumbirem ao novo padrão.

Ao impor esses obstáculos restritivos concorrenciais as concorrentes necessitam de investimentos em grandes proporções, para responderem a volume alto de vendas, recuperação de posição de mercado e outros impactos. LABINI *op.cit* alerta que tal empenho deve ser considerado na extensão do mercado a que se pretenda manter.

¹⁰⁹ LABINI, Paolo Sylos. **Oligopólio e Progresso Técnico**. São Paulo: Nova Cultural, 1980. P. 103.

A estrutura oligopolista diversificada comporta diversas empresas nos nichos de mercado, e, no caso da cerveja, a estrutura de mercado tem alto grau de concentração dada pela maior cervejaria AMBEV (70% da participação do mercado) e as diversas concorrentes restantes buscam uma diferenciação restrita à bebida e à marca, já que não possuem recursos para suportarem a migração e manutenção de estoque da produção do vasilhame de vidro comum de 600 ml.

Entretanto, dentro desse mercado oligopolista, existem diversas subestruturas (POSSAS, op.cit), vários graus de concentração e diferenciação de produtos de bebida dentro do mesmo mercado, impondo a cada um dos concorrentes suas barreiras à entrada destacando-se os privilégios que os protegem.

Para analisar os aspectos da estrutura de mercado, quanto às características de organização que influenciam na concorrência e nos preços, observada a relação entre participantes, ou seja, entre agentes vendedores (empresas) e compradores (outras empresas e consumidores), o importante é avaliar o poder das empresas quanto ao grau de concentração dos *vendedores* e em que medida o grau das barreiras decorrentes dessa posição limita, favorece e até mesmo impede a concorrência, além do grau de reação a novos elementos concorrenciais.

A análise da diferenciação de produtos, numa estrutura de oligopólio diferenciado de bens não duráveis, como no caso do mercado de cerveja, quanto aos aspectos criativos estéticos que as personalizam, se torna essencial como produto de marketing para que a empresa obtenha maior desempenho de vendas, fidelize um crescente número de consumidores, residindo no visual e na ornamentalidade criativa a alta relevância econômica com efeitos econômicos, jurídicos e sociais. Esse conjunto traduz o produto singular.

A diferenciação pelo *Design*, pela eficiência de imposição do padrão, é, então, um elemento estratégico de suma importância para manutenção da estrutura de mercado, segundo BAIN¹¹⁰. A diferenciação estabelece vantagem competitiva e barreiras à entrada, assegura vantagens de preços-prêmios maiores para a empresa ao se destacar dos demais concorrentes já estabelecidos, permite alcançar uma taxa de lucro superior ao nível competitivo sobre os demais concorrentes.

¹¹⁰ BAIN, J. *Barriers to new competition*. Cambridge, MA: Harvard University Press. 1956

2.3 *Catching-up* estratégico e o ponto de inflexão.

“Todo aquele que observar o desenvolvimento da produção capitalista, de 1930 para adiante, poderá verificar que o fordismo não foi uma carta vencedora. Bem pelo contrário. Onde foi acabar, por exemplo, a filosofia fordiana do produto, isto é, a ideia do produto como objeto tão bem estudado e construído que ninguém se visse na necessidade de ter de substituí-lo? Onde está a sua recusa à caducidade anual dos modelos? Onde está a importância atribuída aos fatores técnico-econômicos, técnico-construtivos, técnico-produtivos? Onde está a sua defesa da utilidade e da função, contra o crescente decorativismo? Onde está o seu sonho de um modelo universal?”¹¹¹

MALDONADO (op.cit) constata que tais questionamentos servem como um reforço e não um enfraquecimento à abordagem antifordista com o advento do que se chamou de Styling, “(...) modalidade de Design industrial que procura tornar o produto superficialmente atraente, em detrimento, muitas vezes, da sua qualidade e conveniência; que procura o seu envelhecimento artificial, em vez de prolongar a sua fruição e utilização,” o desenho se constitui em uma ferramenta para gerar aumento das vendas, assumindo o papel de *centro nervoso* após as modificações necessárias aplicadas sobre o ponto de inflexão¹¹².

Já em 1920, se registra uma tendência para a inflexão nas vendas do modelo T da Ford, incapaz de confirmar a sua supremacia, frente aos modelos da General Motors, mais atraentes, embora mais dispendiosos. Essa tendência das vendas vai confirmar-se nos anos seguintes, arrastando também todos aqueles que, como Ford, insistiam na busca de uma maior produtividade, e que não conseguiam resistir ao ritmo imposto pela concorrência, especialmente quando os seus produtos já não correspondiam ao gosto do público.

Faz-se necessário observar também o ambiente propício para o desenvolvimento das condições do oligopólio diferenciado evoluir, a análise de desempenho comercial do portfólio dos produtos dá aos agentes econômicos a percepção da necessidade de ajustes de melhoria das condições de inovação radical e incremental que o setor precisa. A diferenciação estética de produtos é, portanto, ferramenta de obtenção dessas informações para avaliação do justo momento e grau de vantagens competitivas a serem perseguidas.

Diante do ambiente concorrencial, a busca de recursos e de qualquer vantagem estratégica passa a ser frenética, as empresas buscam posições de vantagens competitivas,

¹¹¹ MALDONADO, Thomás. *Disegno Industriale: um riesame*. Giangiacomo Feltrini Editore: Roma, 1991. p. 45

¹¹² MALDONADO, 1991. Op.cit. 46.

entretanto, em decorrência da limitação do *catch-up* produtivo, na busca dessas vantagens temporais, se evidencia a existência de um ponto estratégico, onde alguma decisão será tomada com o intuito de manter a vantagem ou ajustá-la.

O antigo cenário, até então estratégico, com base exclusiva na tecnologia e nos processos produtivos, se torna naturalmente diluído em sua importância, sofre com comportamentos similares ou cópias dos concorrentes, tende a se estabilizar ou mesmo a ser ultrapassado, dá lugar a um novo cenário, a novas combinações que permitem assim que o(s) negócio(s) da firma alcance(m) novos patamares e, conseqüentemente, passe(m) a um novo período de vantagem temporária de forças, necessitando se submeter a uma nova ordem concorrencial e a uma adaptação e reestruturação.

Esse ponto é chamado de ponto de inflexão, que se dá em certo momento de evolução do *catch-up* produtivo pela percepção de limitações e necessidades de se evoluir na direção do *catch-up* estratégico¹¹³, que acontece em decorrência da difusão e padronização tecnológica de alta escala, inicialmente vantagem competitiva, que vai se diluindo como relevância estratégica com o tempo em relação aos demais concorrentes, que vão buscando constante superação à inovação antecessora.

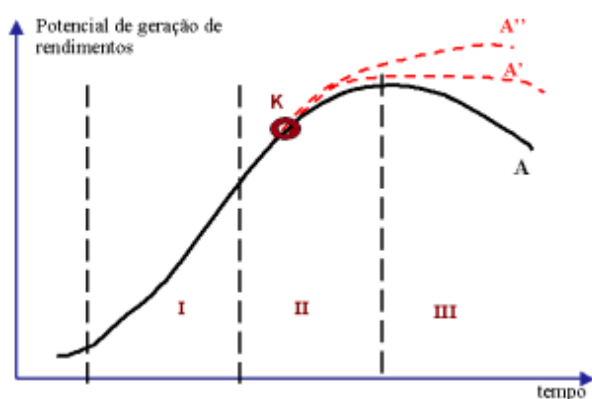


GRÁFICO 1 – O ponto de inflexão do catch-up produtivo

Fonte: CASTRO e PROENÇA (2001, op.cit.)

A partir dessa situação e momento crítico, se dá o ponto de inflexão da valoração estratégica pela busca da inovação incremental, com base na originalidade e novidade do produto. A atualização de processos produtivos busca a condição de excelência entre as

¹¹³ CASTRO, Antonio Barros de e PROENÇA, Adriano. **Novas estratégias industriais: sobrevida ou inflexão?** XIII Fórum Nacional – Rio de Janeiro, maio de 2001 – Estudos e pesquisas N. 9 Instituto Nacional de Altos Estudos – INEA. ([HTTP://forumnacional.org.br](http://forumnacional.org.br))

empresas, leva as indústrias a plantas industriais produtivas tecnologicamente quase padronizadas, tendência que faz com que as vantagens tecnológicas se diluam entre concorrentes. Esse ponto de uniformização técnica acirra uma dinâmica competitiva que reflete na da vida comercial dos produtos, levando-os a serem cada vez mais fáceis de serem imitados a nível global.

Essa acessibilidade global frente à diminuição de inovações radicais, ao estoque de novas tecnologias, nivelou padrões, no entanto, também consagrou a força da vontade contestatória do consumidor à obrigação de absorver o produto único na relação de consumo, situação que rompeu a relação de subordinação. Passou a se exigir não só a qualidade técnica, mas também de produtos exclusivos, personalizados e diferenciados.

CASTRO e PROENÇA (2001, op.cit), ao analisar propostas de soluções para além das possibilidades de limitação oferecidas pelo *catch-up* produtivo, após apontar condições de preços, o custo Brasil e esforços para se chegar à eficiência, conclui que a originalidade do produto é parte importante da estratégia empresarial: “A rigor, as três alternativas apontadas não enfrentam os problemas anteriores detectados – e não permitem efetivamente escapar da hiper-competição a que estão sujeitos os produtores desprovidos de originalidade.”

No caso das garrafas de cerveja, a diferenciação de vasilhames significou conquistar mercados comprimidos e hiperconcorridos pela distinguibilidade da forma singular (novidade e originalidade). A forma distintiva passa então a ter fundamental valor estratégico na obtenção de ganhos e recursos extraordinários, valorizada pelo *Design* como um *plus*, passível da produção em escala, ajustada a mercados diversificados, superando os limites das garrafas comuns.

Ou seja, o papel do *Design* é superar o limite de esgotamento técnico-produtivo do conteúdo líquido das garrafas padrão, agregar novas possibilidades comerciais ao produto, gera um processo sofisticado de negócio com base no reconhecimento do gosto do consumidor e, ao mesmo tempo, criar barreiras de entrada e permanência a concorrentes, pelos direitos exclusivos gerados, e dificultar, pelo custo, as variações constantes à possibilidade de contrafação.

“Trata-se de uma ruptura com o passado, cuja essência consiste na renúncia à cópia ou reprodução de propostas de valor apresentadas pelos concorrentes. É claro que, na busca desse objetivo, a empresa pode recorrer não apenas a insumos e equipamentos utilizados pelos demais, como, inclusive, reproduzir processos de

negócio (em marketing, finanças, **Design**, operações, etc.) de seus competidores”.

114

A singularidade estética ornamental leva as empresas a considerarem a *Design experience*¹¹⁵, fundada na busca de conhecimento da experiência do consumidor pelo uso, envolvendo o ambiente concorrencial confrontando diversos projetos, ou seja, a busca por uma vantagem mercadológica não apenas produtiva, mas fundamentalmente estratégica: denominando *catch-up* estratégico.

Os processos produtivos passam a ser desenvolvidos a partir do ponto da concepção de novas combinações de valores, ultrapassando o esgotamento das tecnologias por padrões únicos.

“Ilustrando: em setores tradicionais como confecções e calçados, se trataria de levar ao mercado novos conceitos de produto, usando para tais funções como Design, marketing e gerenciamento de marca – pouco acionadas durante o *catch-up* produtivo. Já no caso de indústrias de médio conteúdo tecnológico, se trataria de conceber e propor ao mercado produtos dotados de atributos exclusivos, em parte resultado de P&D, em parte derivados do desenho das operações de produção e entrega. O rendimento de mudanças deste tipo teria ainda possivelmente muito a ganhar com um decisivo reforço das atividades de marketing.”¹¹⁶

Observa-se que, a partir do ponto de inflexão estratégica¹¹⁷, associada ao *catch-up* estratégico, em decorrência de novos padrões da conduta gerencial, a trajetória de sobrevivência dos produtos retoma uma tendência ascendente na geração e recuperação de rendimentos, apontando uma tendência pelo ingresso nesta nova curva, em decorrência da introdução de uma nova informação: um novo *Design*, por exemplo.

¹¹⁴ CASTRO. 2001. Op. cit. p.8.

¹¹⁵ Design Experience, Electrolux Design Lab 2012, Fonte: <http://www.electroluxdesignlab.com/the-2010-competition/brief/> Acesso em junho, 2012.

¹¹⁶ CASTRO. 2001. Ob. cit. p.9

¹¹⁷ GROOVE, Andrew S. ex-presidente da INTEL, lançou em 1996 o livro Only the Paranoid Survive (Só os Paranóicos Sobrevivem). <http://gestao10.blogspot.com/2009/04/inflexao-estrategica.html>

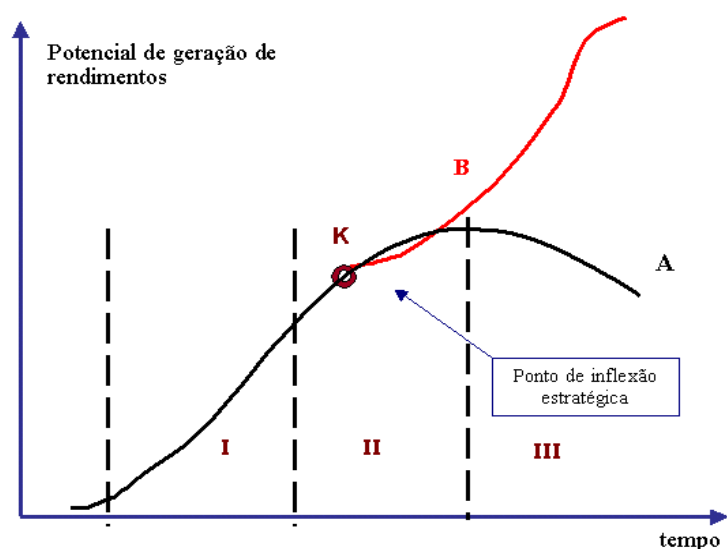


GRÁFICO 2 – O Ponto de Inflexão Estratégica

Fonte: CASTRO e PROENÇA (2001, op.cit.)

O *catch-up* estratégico, a partir de certo ponto de inflexão, não significa em absoluto a desconsideração total do passado, criado pelo *catch-up* produtivo, mas um aproveitamento *genético evolutivo* entre as combinações de ativos tangíveis e intangíveis acumulados, decorrentes desse processo evolutivo constante.

Os resultados decorrem do processo de governança, desse modo, passam por tomadas de decisões com base na cultura das empresas e dos agentes envolvidos, pela capacidade de visualizar previamente sinais de inflexões, prever influência no aproveitamento desses possíveis cenários, oportunidades para obtenção de recursos, na melhor posição no mercado. Estas decisões alicerçam a decisão de política que distingue as empresas competidoras em produtos que fomentam novos pontos de inflexões e inovações incrementais ininterruptamente.

O aspecto estético-ornamental, portanto, é considerado um elemento do *catch-up estratégico* por diferenciação no processo de inovação das empresas, com capacidade de se reverter em recursos financeiros (*innovation-to-cash*), ultrapassando os níveis meramente técnico-operacionais relacionados apenas a produtos padrões, atingindo um patamar de política na busca incessante de vantagem estratégica frente à posição dos demais concorrentes.

Esses pontos de inflexão se representam no momento e contexto em que a decisão tomada tende a, em tese, buscar manter, recuperar ou ascender à posição estratégica de

prestígio no mercado¹¹⁸, especialmente quando a abordagem econômica de tomar o Design como imposição de padrão quanto ao aspecto cultural visual de um determinado setor.

A busca pela diferenciação não se limita apenas à distinção entre produtos por qualidade e técnica, mas também a diferenciação comercial pelo marketing visual entre produtores, visando promover a obtenção de vantagem de um sobre os demais produtores competidores de mercado.

POSSAS¹¹⁹ destaca os mecanismos estratégicos da concorrência e aponta para a literatura econômica geral, para classificar procedimentos de obtenção de lucros pelos agentes produtivos na busca da diferença como traço constitutivo importante da concorrência capitalista, de modo que a diferenciação atua na determinação dos preços e na entrada e saída de concorrentes do mercado.

A autora¹²⁰ indica a classificação de BAIN¹²¹ a respeito de fontes de barreiras à entrada, alocando o Design como *vantagens de diferenciação de produto – que associadas ao produto, como por exemplo: Design, etc.*, mencionando o prisma principal de análise – o *Design* – como comportamento concorrencial e barreira à entrada, pois permitem associar as margens de lucro acima do normal, extraordinário, e vantagens competitivas em que se apoiam as características dos produtos e do processo produtivo.

“Em certos mercados, as firmas procurarão ganhar espaço diferenciando seu produto, ganhando nichos de mercado ou fortalecendo uma imagem favorável. Em outros mercados, tal esforço seria em vão. Ali, as firmas buscam outros tipos de vantagens competitivas, como expansão da escala, redução de custos, etc.”

O impacto do *Design* estético-ornamental no desempenho das empresas passa a ser então um interesse entre as empresas que buscam quantificar essa vantagem competitiva¹²² concorrencial, um potencial econômico com objetivo de fornecer recursos às bases

¹¹⁸ LAMPEL, Joseph, LANT, Theresa e SHAMSIE, Jamal. **Equilíbrio em cena: o que aprender com as práticas culturais**. São Paulo: RAE, 2009 n. 1 v. 49. ISSN 0034-7590

¹¹⁹ POSSAS, Sílvia. **Concorrência e competitividade**. Notas sobre estratégia e dinâmica seletiva na economia capitalista. São Paulo: Editora Hucitec. 1999.

¹²⁰ POSSAS, Sílvia. Ob. Cit. p. 37.

¹²¹ BAIN, J. **Barriers to new competition**. Cambridge, Mass.: Harvard U.P., 1956.

¹²² POSSAS, Sílvia. Ob. Cit. p. 57:

patrimoniais mais sólidas, a fim de dispor desses monopólios temporários legais, de importância estratégica de competitividade, no mercado interno e externo.

“(...) embora a mobilidade possa conduzir tanto à diferenciação quanto à anulação, o surgimento de vantagens competitivas significa a instauração de *privilégios* ou monopólios, por assim dizer, mesmo que temporários. Alguns desses privilégios são logo desfeitos pela reação dos concorrentes, para eliminar as vantagens dos demais e instaurar novas. (...) Não se deve deitar nos louros de conquistas passadas, pois a disputa pelo mercado não tem fim. A busca por monopólio temporário, vantagens que permitam maior lucro, torna-se compulsória, pois quem não luta constantemente para ganhar terreno, corre o risco de perdê-lo.”

No caso do *Design*, podemos entender que a diferenciação não permite a entrada imediata de novos competidores, fazendo com que a empresa inovadora tenha os privilégios da vantagem competitiva de ganhos extraordinários pelo poder de monopólio temporário, por ter se preparado em primeiro lugar para ofertar ao mercado produtos diferenciados e obter do mesmo resposta para reinvestir os recursos de forma mais eficaz.

Contextualizando o tema *Design ornamental como ferramenta de diferenciação de produtos*, podemos inserir a conclusão de KUPFER¹²³:

“A competição pela diferenciação acaba atuando de três formas: aumenta as vendas de uma empresa em particular; atua sobre a demanda de mercado como um todo, incorporando novos consumidores; e garante a sobrevivência da empresa no mercado. Neste sentido, a diferenciação é, ao mesmo tempo, uma arma agressiva, na medida em que a empresa está buscando garantir uma demanda maior para seus produtos, e defensiva, porque é uma forma de garantir sua posição no mercado em que atua.”

A virtual unanimidade entre os economistas industriais de que a diferenciação de produto é uma forte barreira à entrada na indústria é reconhecida em KUPFER (op.cit., p.123). O motivo para isso é o fato de que são amplas as possibilidades de criação de vantagens da primeira empresa a se mover, baseadas nas preferências do gosto dos consumidores.

GLYNN¹²⁴ examina a questão de diferenciação entre estética ornamental e negócio, quando cada agente envolvido busca valorizar valores desassociando os aspectos técnicos dos

¹²³ KUPFER, D. Barreiras Estruturais à Entrada. In: KUPFER, David e HASENCLEVER, Lia. **Economia Industrial: Fundamentos teóricos e praticas no Brasil**. Rio de Janeiro: Campus 2002.p.123.

¹²⁴ GLYNN, M. **When cymbals become symbols: conflict over organizational identity within a symphony orchestra**. Organization Science, v. 11, n. 3, p. 285-298, 2000.

estéticos, conclui: *Em última instância, nenhum deles pode prevalecer sem destruir a identidade da organização. A coexistência é a única opção.* No mesmo sentido, só que no setor de teatro, sem fins lucrativos, VOSS e outros ¹²⁵ concluíram que a tensão entre arte e negócio: *há valores que competem entre si como valores que se sobrepõem.*

FURTADO¹²⁶, ao analisar as mudanças de perspectiva evolucionária no processo de difusão tecnológica, destaca Nathan Rosenberg quanto ao fato de que maior atenção aos aspectos econômicos da *atividade inventiva*, como é o caso complementar do Design ornamental, a difusão consiste em um processo constante adaptação de inovação incremental com fim atrativo progressivo de outras:

“O processo de difusão depende de uma corrente de melhoramentos nas características de rendimento de uma inovação, sua modificação e adaptação progressiva para acomodar-se às necessidades especializadas de distantes submercados e de disponibilidade e introdução de outras inovações complementares, que afetam de forma decisiva a atratividade econômica da inovação original (Rosenberg 1979, p. 88, apud Furtado 2006, p.181)”

2.4 Considerações Finais

Somando as partes destacadas pelo primeiro capítulo, *A proteção legal*, sob o prisma do segundo capítulo, *A economia do Design*, entende-se que o desenho pode ser decomposto em funcional, decorrente de um projeto para solução técnica, e estético-ornamental, decorrente de projeto artístico estético, e que a convivência de ambos em um mesmo produto não impede o reconhecimento de cada característica específica distintivamente como difusores de suas essências, através da arte aplicada a produtos industrializáveis.

Essa combinação privilegia a empresa, pelo gosto e experiências dos consumidores na busca do produto ícone, original, novo, diferenciado, que dê satisfação técnica com status de arte, beleza e estética. O produto temporariamente ideal.

A forma decorativa ornamental é uma contribuição cumulativa entre os valores envolvidos, promove distintivamente a máxima difusão do Estado da técnica pelo Estado da

¹²⁵ VOSS, G. e outros. *Linking organizational values to relationships with external constituents: a study of nonprofit professional theatres.* Organization Science, v. 11, n. 3, p. 330-347, 2000.

¹²⁶ FURTADO, André. *Difusão Tecnológica: um Debate Superado?* In: PELAEZ, V. e SZMERECSANYI. T. *Economia da Inovação Tecnológica.* São Paulo: Hucitec. Capítulo 7. p. 168/192.

Arte nas lacunas e falhas de mercado gerando acesso a recursos econômicos (relações de trabalho, prestação de serviços, impostos, *royalties*, etc) e sociais ampliando as fronteiras técnicas dos bens finais em múltiplas combinações estéticas.

Os capítulos iniciais não ocorrem separadamente, os conceitos envolvidos estão em constantes recombinações e constante efervescência conflitual com consequências econômicas e judiciais múltiplas e incertas nos mais importantes ambientes concorrenciais, cada vez mais complexos no que diz respeito à sobrevivência das firmas pela obtenção de recursos e posições de privilégios.

CAPÍTULO 3: ESTUDO DE CASO

A inovação envolve a administração de um crescente número de conhecimentos, incluindo-se nesse rol desde como a firma se organiza a conhecimentos das oportunidades de mercado que são complementados por conhecimento científicos e tecnológicos. O objetivo da inovação, portanto, é a construção de vantagens competitivas¹²⁷, entretanto, a competição também provoca a inovação, os dois fenômenos são inseparáveis, se fomentam entre si como num ciclo constante, segundo METCALFE¹²⁸.

A inovação, no sentido schumpeteriano, envolve toda e qualquer criação de novos espaços econômicos: novas formas de organização da produção e dos mercados, novas fontes de matérias-primas, novos processos, novos mercados e, em especial, novos produtos. A concorrência, segundo SCHUMPETER¹²⁹, passa por essa dinâmica evolucionária do funcionamento da economia capitalista onde a inovação a ela associada tem um papel central e renovador.

Essa concepção exerce efeitos fundamentais sobre a análise das propriedades da economia na medida em que é centrada no processo inovativo na busca constante de posição privilegiada e lucros extraordinários. Os agentes econômicos envolvidos no processo competitivo procuram se diferenciar nas mais variadas dimensões e formas, sejam em organizações, processos tecnológicos, mercados e produtos para obterem uma posição de vantagens competitivas frente aos demais concorrentes.

A distinção entre inovação radical e inovação incremental (FREEMAN^{130, 131}) cria uma nova conformação de forças onde as inovações ocorrem, rompem paradigmas da

¹²⁷ Entende-se vantagem competitiva a criação de valor que pode ser vista através de três formas distintas: 1) o valor é criado por condições favoráveis de comércio nos mercados do produto, ou seja, quando as vendas, em valores monetários, forem superiores aos custos; 2) o valor revelado por retornos internos acima do normal; 3) o valor é revelado através do desempenho da empresa no mercado de ações.

¹²⁸ METCALFE, J. Stanley. **Policy for innovation**. IN: HANUSCH and PYKA (eds.). **Elgar Companion to Neo-Schumpeterian Economics**. Edgard Elgar Publishing Limited, 2007.

¹²⁹ SCHUMPETER, Joseph. A. **Teoria do Desenvolvimento Econômico**. Theorie der Wirtschaftlichen Entwicklung Dunker & Humblot, Berlim, Alemanha, 1964. Tradução: Maria Sílvia Possas, São Paulo: Editora Nova Cultura, 1997.

¹³⁰ FREEMAN, Chirstopher. **The economics of innovation**. IEE Proceedings 132 p. 213-221, 1985.

estrutura econômica existente, alteram a economia com mudanças de crescimento das empresas com efeitos imprevisíveis.

Mais especificamente no tocante a inovações incrementais, vinculadas à difusão das inovações básicas tecnológicas do setor de cervejas, a difusão de novas variantes geram recombinações que interferem na economia desse setor, transbordam e atingem outras empresas concorrentes podendo criar divergências e dúvidas sobre vantagens competitivas entre as empresas.

Algumas vezes as propostas são novas e originais visando vantagens estratégicas competitivas entre concorrentes, outras vezes, são meras similaridades oportunistas entre produtos, o que força uma certa convergência de posição concorrencial que afeta a inovação (FAGERBERG & VERSPAGEN, 2001, p. 6).¹³²

DOSI¹³³ destaca que o processo de inovação está envolvido em um conjunto de incertezas das informações envolvidas no fato gerador. Essa incerteza advém da *“existência de problemas técnico-econômicos, cujas formas de resolução são desconhecidas e da impossibilidade de traçar de forma precisa as consequências das ações adotadas”*.

Assim, os conhecimentos da atividade inovativa envolvidos, em especial no caso das inovações incrementais, como na introdução de um novo vasilhame de 630 ml de cerveja, por parte da AMBEV, devem ser definidos de forma clara e legal quanto às condições que possibilitem aos agentes econômicos estabelecer uma correta proteção, de forma precisa. As consequências dessa ação aplicada ao produto desenvolvido possibilitam aproveitar o máximo do monopólio temporário da forma mais vantajosa através da propriedade intelectual.

¹³¹ FREEMAN, Chirstopher. **Induced innovation**, diffusion of innovations and business cycles. Technology and Social Process, Ed. B. Elliot, p. 84-110. Edinburgh University Press, Edinburgh, 1988.

¹³² FAGERBERG, Jan. VERSPAGEN, Bart. **Technology-Gaps, innovation-diffusion and transformation: an Evolutionary interpretation**. Research Policy. v.31 (8-9), 2002, p.1291-1304.

¹³³ DOSI, Giovanni. **The nature of the innovative process**. IN: DOSI Giovanni. et al. (eds.). Technical Change and Economic Theory. Pinter Publishers. London, 1988. P. 221-238.

3.1 Elementos para análise da conduta concorrencial

A SDE – Secretaria de Direito Econômico, antes de analisar a conduta sob a ótica concorrencial, procurou definir os mercados afetados pela conduta da AMBEV em razão da alegação de abuso.

A investigação observou efeitos horizontais (afetando diretamente os concorrentes), verticais (afetando diretamente os pontos de venda e, indiretamente, os concorrentes), para definir o mercado relevante horizontal e vertical (jusante) e verificar a existência de poder de mercado. Posteriormente, foi analisada a introdução ao sistema de compartilhamento de vasilhames.

Encontram-se em anexo alguns movimentos do procedimento administrativo junto à SDE - Secretaria de direito Econômico e ao CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica dando ênfase aos movimentos até a decisão de suspensão de uso da garrafa da AMBEV de 630 ml.

Registra-se, ainda, que a discussão sobre a garrafa da AMBEV de 630 ml se encontra no judiciário e em segredo de justiça.

3.1.1 A Garrafa Padrão x Garrafa AmBev 630

No Brasil, cerveja é predominantemente vendida em bares em garrafas padronizadas, retornáveis, de 600 ml, conforme definição da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT). Nos termos da NBR n. 7842/1983, que padronizou os formatos, dimensões e cores que devem ser aplicados na fabricação de garrafas retornáveis de uso comum para cervejas e outras bebidas, a Garrafa Tipo ‘A’, vasilhame de vidro na cor âmbar com capacidade de 600 ml e com conteúdo para 600 ml, com o formato, peso e espessura das paredes definidos pela norma.

Não apenas as associadas ao Sindicerv adquirem das vidrarias apenas a nova garrafa, como também as fabricantes de cerveja Schincariol e Petrópolis foram autorizadas a tanto. Estima-se que a Garrafa Sindicerv responda por cerca de 80% do total das garrafas de 600 ml retornáveis e comercializadas no mercado de cerveja.

Garrafa Tipo "A"



← Lisa,
capacidade
600 ml

Garrafa "Sindicerv" ou Garrafa "635"



← "Cerveja"
em alto-
relevo,
capacidade
635 ml

Figura 2: Garrafa tipo "A" e garrafa Sindicerv ou 635



← Padrão ornamental e
inscrição "AmBev" em
alto-relevo

← Inscrição "Qualidade
AmBev" em alto-
relevo

Figura 3: Garrafa AmBev 630

3.1.2 Mercado Relevante do Produto¹³⁴

Do ponto de vista da ótica horizontal, o mercado relevante do produto compreende todos os produtos/serviços considerados substituíveis entre si pelo consumidor devido às suas características, preços e utilização. Um mercado relevante do produto pode eventualmente ser composto por certo número de produtos/serviços que apresentam características físicas, técnicas ou de comercialização que recomendem o agrupamento.

Mercados regionais de cerveja¹³⁵

Um mercado relevante regional¹³⁶ é geográfico, compreende a área em que as empresas ofertam e procuram produtos/serviços em condições de concorrência suficientemente homogêneas em termos de preços, preferências dos consumidores, características dos produtos/serviços.

A definição de um mercado relevante geográfico exige também a identificação dos obstáculos à entrada de produtos ofertados por firmas situadas fora dessa área.

As firmas capazes de iniciar a oferta de produtos/serviços na área considerada após uma pequena, mas substanciais elevações dos preços praticados fazem parte do mercado relevante geográfico. Nesse mesmo sentido, fazem parte de um mercado relevante geográfico, de um modo geral, todas as firmas levadas em conta por ofertantes e demandantes nas negociações para a fixação dos preços e demais condições comerciais na área considerada.

Mercados a jusante

Para a definição do mercado a jusante, adotou-se os seguintes canais:

Venda de cerveja nos canais de consumo *bar e tradicional*.

¹³⁴ Fonte: Resolução nº 15, de 19 de agosto de 1998 (Diário Oficial da União de 28.8.98) - Disciplina as formalidades e os procedimentos no CADE, relativos aos atos de que trata o artigo 54 da Lei 8.884, de 11 de junho de 1994: item 1.6.1. OBS. Do ponto de vista da ótica horizontal, o mercado relevante do produto foi preliminarmente definido como o de produção e distribuição de cerveja, em linha com a jurisprudência do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

¹³⁵ Fonte: Resolução nº 15, de 19 de agosto de 1998 (Diário Oficial da União de 28.8.98) - Disciplina as formalidades e os procedimentos no CADE, relativos aos atos de que trata o artigo 54 da Lei 8.884, de 11 de junho de 1994 – item 1.6.2. OBS. Do ponto de vista geográfico, adota-se a definição regional, nos termos do parecer da SDE do PA nº 08012.003805/2004-10.

¹³⁶ Mercado 1: RS, SC e PR; Mercado 2: SP, RJ, MG, ES, GO e DF; Mercado 3: MT e MS; Mercado 4: BA, SE, AL, PE, PB, RN, CE, PI, MA, AC, PA, TO e AP; Mercado 5: AM, AC, RO e RR. Fonte: Definições do PA nº 08012.003805/2004-10 e no PA nº 08012.002474/2008-24.

O canal autosserviço¹³⁷, pelas características do negócio, por oferecer maior variedade de marcas de cervejas em um único estabelecimento e pela predominância de latas, não foi considerado, mas sim os que comercializam predominantemente embalagens de vidro retornáveis (garrafas de 600 ml) e menor número de marcas de cerveja, em função de restrições de espaço físico e armazenamento.

Quanto ao mercado relevante geográfico, a jusante, considerou-se as restrições de locomoção dos consumidores finais a *bares* e *tradicional*, sendo definido como local que responde por 90% do total de cervejas comercializadas em garrafas retornáveis de 600 ml no país.

Definidos os mercados relevantes, coube analisar as características do padrão de concorrência vigente no mercado.

Barreiras à entrada

A indução e fixação da preferência de marca ao consumidor¹³⁸, com base na diferenciação estética visual dos vasilhames, objetivando ganhos maiores, necessitam de uma ampla e eficiente rede de distribuição, notadamente os canais de consumo¹³⁹.

À época, existiam cerca de um milhão de pontos de venda de cerveja no Brasil, canais que na maioria são *bares* e *tradicionalis*, bastante pulverizados, com características que os fazem depender da presença quase que diária de distribuidores, devido à baixa capacidade de estoque, ao reduzido capital de giro, às compras periódicas em pequenos volumes, à necessidade de prestação de serviços complementares por parte dos distribuidores e à dominância das embalagens retornáveis, o que aumenta a complexidade de assistência à distribuição.

¹³⁷ A cerveja é comercializada em três canais de consumo: autosserviço, tradicional e bar: O canal “autosserviço” caracteriza-se pela presença de caixas registradoras (*check outs*) e pelo fato de que o consumidor “se serve” sem a presença de revendedores. Os supermercados são o exemplo típico de estabelecimento comercial pertencente ao canal autosserviço. O canal “bar” caracteriza-se pelo consumo no estabelecimento comercial e em geral “a frio”. Compõem esse canal: bares, lanchonetes, restaurantes, casas noturnas. Por sua vez, o canal “tradicional” é um híbrido que se caracteriza pela possibilidade do consumo local e a presença do vendedor para auxiliar na compra. Os exemplos típicos são as padarias e mercearias, mas há também adegas e depósitos. Fonte: Ministério da Justiça – SDE – Departamento de Proteção e Defesa Econômica - Procedimento Administrativo nº 08012.006439/2009-65.

¹³⁸ Encarte publicitário da Skol, às fls. 467, Fonte: Procedimento Administrativo nº 08012.002474/2008-24. A

¹³⁹ As fabricantes de cervejas fazem vendas diretas para o canal autosserviço e contratam distribuidores para abastecer os canais “bar” e “tradicional”. Isso ocorre em função das diferenças de dinâmica desses canais de consumo. Um estabelecimento comercial do canal autosserviço adquire, em média, grandes quantidades de cervejas. Por sua vez, os canais “bar” e “tradicional” são bastante pulverizados com pontos de vendas que adquirem pequenas quantidades do produto.

Em vista da logística e dos custos envolvidos, nos canais bar e parte do tradicional, há um incentivo à concentração das compras em um único fornecedor de cerveja: muitas vezes, esse fornecedor único é a AmBev, por sua posição de mercado.

Posição Dominante^{140 141}

A AMBEV possui reconhecidamente posição dominante no mercado de cervejas de vasilhames de vidro retornáveis, líder de vendas, seja em volume como em faturamento, em todos os mercados geográficos, possui as marcas de melhor percepção e colocação no mercado, com alta fidelização pelo consumidor, contando com sofisticado sistema de distribuição. Isto faz com que a AmBev responda por 67% do total de volume de vendas de cerveja no país, com reflexo dessa posição nos mercados regionais e nos mercados a jusante (ver tabela 1).

Conclui-se, portanto, que a Representada detém poder de mercado nos mercados relevantes afetados pela conduta.

¹⁴⁰ A Suprema Corte americana definiu o poder de mercado como sendo “*the Power to force a purchaser to do something that He would not do in a competitive market*” e também como “*the ability of a single seller to raise price and restrict output*” (Eastman Kodak Co. v. Image Tech.Svcs. – 504 U.S. 451 (1992), ou seja, “o poder de controle dos preços ou de exclusão da concorrência”. (...) “a posição dominante resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito...” (...) “posição dominante é em decorrência e, ao mesmo tempo, se identifica com o poder detido, pelo agente, no mercado que lhe assegura a possibilidade de atuar um comportamento independente e indiferente em relação a outros agentes, impermeável às leis de mercado.” (...) “**O poder econômico não é um direito, mas sim um fato, uma situação (fática) que proporciona ao agente econômico indiferença e independência em relação aos outros agentes, às leis de mercado. Assim, o “abuso do poder econômico” não trataria do abuso de um direito, mas sim do abuso de um “fato”, de uma posição (e não de um poder derivado de um direito, assegurado pelo ordenamento jurídico). Em outras palavras, quando se diz que há abuso do direito de propriedade, identifica-se o mal uso de um direito que é atribuído ao sujeito pelo ordenamento jurídico (o direito de propriedade. Ao invés, quando falamos de “abuso do poder econômico”, não há um direito a que possamos nos referir (O mesmo se diga em relação à posição dominante: trata-se de um fato e não de um direito.) No máximo, o poder econômico deriva da utilização de uma liberdade econômica (liberdade de concorrência), mas não é por essa instituído.**” (grifo meu) Fonte: FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do antitruste. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. 272/277.

¹⁴¹ Posição Dominante detida pela AmBev - “A combinação de fortes marcas e sofisticado sistema de distribuição faz com que a AmBev responda por 67% do total de volume de vendas de cerveja no país, com reflexo dessa posição nos mercados regionais e nos mercados a jusante (canais bar e tradicional, foco da presente análise). Além disso, há que se dizer que, conforme o IBOPE, cerca de 30% dos canais bar e tradicionais comercializa apenas marcas de cerveja da AmBev. Conclui-se, portanto, que a Representada detém poder de mercado nos mercados relevantes afetados pela conduta.” Fonte: Procedimento Administrativo nº 08012.006439/2009-65 e parecer da SDE do PA nº 08012.003805/2004-10.

Tabela 1. Estrutura de oferta de cervejas em vasilhames de 600 ml por canal de distribuição em 2007

Empresa	Canais de Consumo					
	Autosserviço (%)		Bar(%)		Tradicional (%)	
	Volume	Valor	Volume	Valor	Volume	Valor
AMBEV	61	67	73	77	64	68
Schincariol	12	11	13	11	15	14
Kaiser	12	11	4	4	7	6
Outros	14	11	10	8	14	12
Total	100	100	100	100	100	100

Fonte: Nielsen

Sistema de Compartilhamento de Vasilhames

A SDE se manifestou no sentido de entender que cada agente econômico, a princípio, tem poder de decisão quanto à participação no sistema de compartilhamento de vasilhames existente, ainda que sua participação torne o sistema mais vantajoso¹⁴² para os demais participantes.

O Processo Administrativo no. 08012.002474/2008-24 destaca que não se pode admitir que, com o pretexto de introdução de uma garrafa retornável com características próprias e de uso exclusivo, haja a geração de custos¹⁴³ não razoáveis para os concorrentes.

¹⁴² *Essential facility* – “Note-se que já na nota técnica de instauração do PA nº 08012.002474/2008-24, esta SDE se manifestou no sentido de que o sistema de vasilhames compartilhados não constitui uma *essential facility*, uma vez que, a princípio, é prerrogativa de cada agente econômico decidir se vai participar de um sistema compartilhado ou não. Não há dúvidas de que o fato de o agente com maior participação de mercado integrar um sistema compartilhado beneficia os seus concorrentes, uma vez que diminui custos de entrada e possibilita a existência de um grande número de garrafas comuns. Porém, pode bem ser que um agente decida, por estratégia comercial legítima, **deixar de comercializar seus produtos em embalagens retornáveis, o que geraria sua saída do sistema compartilhado e a consequente redução do número de garrafas de uso comum disponível e nem por isso haveria, por si só, indícios de prática anticompetitiva. Além disso, pode ser que a agente queira continuar fazendo uso de garrafas retornáveis, mas queira diferenciar verdadeiramente seu produto, sem que isso, da mesma forma, constitua, por si só, indícios de prática anticompetitiva. Nesse sentido, não se deve confundir o dever dos agentes de mercado de não “aumentar indevidamente o custo dos rivais” com o direito de cada agente de mercado de não ser obrigado a “aliviar os custos dos rivais”**. Fonte: Procedimento Administrativo nº 08012.002474/2008-24 (destaque)

¹⁴³ Na medida em que um varejista não poderá mais intercambiar garrafas entre diferentes produtores, não será possível atender imediatamente o eventual aumento da demanda por uma cerveja em particular, pois será necessário adquirir novos vasilhames. As cervejarias concorrentes deverão manter estoques extras de garrafas para atender de imediato essas eventualidades de aumentos de consumo e participação de mercado. Como consequências incorrerão em aumento de custos/extra. Haveria uma imobilização favorecendo a participação privilegiada de mercado da AmBev na medida em que (1º) o ponto de venda poderia não possuir estoque de vasilhames de uso comum para imediatamente atender o aumento dessas compras de outras cervejas; e (2º) o consumidor, em posse da *Garrafa AmBev 630*, estaria submetido – fidelizado - à aquisição de marcas da AmBev. Fonte: Procedimento Administrativo CADE nº 08012.002474/2008-24.

3.1.3 A conduta denunciada: Fechamento de mercado, introdução da garrafa AmBev 630 ml

A conduta denunciada pelos concorrentes do mercado de cerveja que usam vasilhames de vidro padrão, como se pode constatar, é que a AMBEV¹⁴⁴, para dar maior dinâmica comercial a seus produtos Skol, Brahma e Antarctica, investiu em uma fábrica de garrafas de vidro para solidificar a posição dominante de mercado gerando possíveis consequências pelo fato de poder impor, sozinha, um padrão estético pontual em decorrência do poder econômico que exerce sobre o mercado e demais concorrentes e consumidores, excluindo os demais usuários das garrafas de uso comum.

“O poder econômico da representada [AmBev] elimina a concorrência no setor de refrigerantes regionais por via oblíqua, pois os regionais dependem das garrafas de vidro âmbar para manter-se no mercado, dada sua maior rentabilidade e divulgação perante o público consumidor.”¹⁴⁵

Essa iniciativa da AMBEV mexe não só com as garrafas de cerveja como também de cachaças e refrigerantes, o que levou a Associação Brasileira de Bebidas – Abrabe, a Associação dos Fabricantes de Refrigerantes do Brasil – Afrebras – e a Indústria e Comércio de Bebidas Imperial a pedirem à SDE, o início do processo de investigação por eventual abuso de concorrência nos mercados de cervejas e de refrigerantes.

Segundo as duas associações, a AMBEV, com a nova fábrica dos novos vasilhames diferenciados ornamentados com o nome AmBev, não só vai ampliar sua eficiência com vantagens de escala e competitivas sobre os concorrentes, como também concentrará ainda mais o mercado em decorrência da maior eficiência pelo aproveitamento das vantagens tributárias que essa posição gera.

¹⁴⁴ A Companhia foi criada em 01.07.1999, como resultado da fusão entre a Companhia Cervejaria Brahma e Companhia Antarctica Paulista Indústria Brasileira. Após a aliança global firmada com a Interbrew em 2004, a Companhia passou a ter operações na América do Norte ao incorporar a Labatt canadense, tornando-se a Cervejaria das Américas, com presença em 14 países. Em 2008, a Companhia registrou um lucro líquido de R\$ 3.059 milhões, sendo o maior valor registrado entre os anos de 2003 a 2008. Segundo dados constantes no sítio eletrônico da Companhia, a Representada é líder no mercado brasileiro de cervejas: “Detentora do maior portfólio do país no setor de bebidas, AmBev vem consolidando a participação de suas marcas no mercado brasileiro de cervejas. O market share da companhia é de 69,3 segundo a AC Nielsen - Dez/06”. De acordo com o Relatório Anual 2008 da AmBev, a Companhia atende a aproximadamente um milhão de pontos de venda no Brasil, sendo proprietária de mais de 20 marcas de cerveja: Skol, Brahma, Antarctica, Bohemia, Original, Serramalte, Polar Export, Kronebier, Liber, Caracu, Quilmes, Stella Artois, Patrícia, Pilsen, Paceaña, Norteña, Labatt Blue, Budweiser, Kokanee, Alexander Keith’s e Lakeport.

¹⁴⁵ FERNANDES, Fátima e ROLLI, Claudia. **Concorrentes vão à SDE contra garrafa da AmBev**. Fonte: Jornal Folha de São Paulo de 04/04/2008.

A AMBEV montou uma fábrica própria de vasilhames e não vai mais precisar comprar garrafas, com isso vai ficar mais eficiente financeiramente, só vai pagar tributos¹⁴⁶ somente após a venda do produto final pronto, não terá desembolso inicial na produção de cerveja e despesas com impostos (ICMS, PIS¹⁴⁷ e ¹⁴⁸Cofins) na compra desse insumo.

Já o oposto acontecerá com os demais concorrentes gerando um custo inicial alto, terão que desembolsar o valor das garrafas e os tributos mencionados, antes de realizar as vendas, e somente serão ressarcidos dos tributos pagos após a venda.

Além disso, os 70% das garrafas de modelo padrão, que não seriam utilizadas pela AMBEV, seriam um *estoque* imobilizado com custo de manutenção a ser suportado pelos concorrentes remanescentes aprisionados ao padrão comum.

Diante dessa situação tributária, somada à restrição física estética e à propaganda imposta – *abuso de um “fato”, de uma posição* – pretenderam os concorrentes que a AMBEV seja impedida de inovar e personalizar as garrafas.

Os concorrentes recorreram à SDE apontando como principal problema do segmento a introdução da garrafa AMBEV 630 ml, e a manutenção e uso da garrafa padrão de vidro retornável de 600 ml, já compartilhada pelos fabricantes de cervejas e refrigerantes.

O impacto dessa introdução estética atinge cerca de 12 bilhões de garrafas de 600 ml de cerveja e refrigerante, circulando no país onde 70% delas passarão a destacar o nome ornamental da AMBEV em alto relevo nas garrafas, em detrimento do nome dos demais concorrentes fabricantes de cerveja.

¹⁴⁶ Sindicato Nacional da Indústria de Cerveja. “O Brasil está entre os quatro maiores fabricantes de cerveja do mundo, com um volume anual de cerca de 10,34 bilhões de litros (Dados referentes ao ano de 2007). As companhias produtoras, responsáveis por um faturamento de aproximadamente R\$ 25,8 bilhões em 2007, têm o Sindicerv como aliado no estudo da legislação tributária para a elaboração de propostas que possibilite a redução da carga de tributos, responsável pela oneração da produção brasileira. Além disso, a entidade atua também, no âmbito jurídico e político como opositora a quaisquer restrições de caráter institucional que possam afetar, direta ou indiretamente, o setor, e na promoção de campanhas direcionadas ao público objetivando sempre melhor informar o consumidor. Fonte: <http://www.sindicerv.com.br/#>

¹⁴⁷ Clóvis Panzarini, consultor tributário: “No caso das embalagens retornáveis, os fabricantes de refrigerantes e cervejas que não produzem as garrafas vão sair perdendo só no ICMS. Isso porque a embalagem retornável, considerada bens de uso e consumo, não dá direito a crédito de ICMS.”
Fonte: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u388913.shtml>

¹⁴⁸ Lucien Belmonte, superintendente da Abividro: “O PIS e a Cofins para a garrafa retornável, segundo ele, equivalem a 130% do preço da garrafa. “Se a AmBev verticaliza a produção, não tem que recolher os tributos na compra de garrafas. Isso é resultado de distorção na legislação de PIS e Cofins, que beneficia a AmBev”.
Fonte: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u388913.shtml>

O cenário se retrata então pelo somatório dessa situação tributária, somada à restrição física estética e à propaganda imposta – *abuso de um “fato”, de uma posição*.

Os concorrentes pretendem que a AMBEV seja impedida de inovar e personalizar as garrafas e protestam pela manutenção e uso da garrafa padrão de vidro retornável de 600 ml, já compartilhada inclusive pelos fabricantes de cervejas e refrigerantes.

A ABRABE¹⁴⁹ pretende preservar o mercado com o sistema de uso comum das embalagens retornáveis, entendendo que o modelo favorece as indústrias, os pontos-de-venda e os consumidores, e a AFREBRAS¹⁵⁰ aponta o uso restritivo imposto pela AMBEV de abuso do poder de mercado para quem utiliza garrafas de 600 ml da AMBEV, pois o setor sofrerá uma padronização de 70% e só vai poder trocar garrafas com a AMBEV.

Outra questão apresentada pelos concorrentes da AMBEV é a introdução no mercado de uma garrafa com desenho personalizado, retornável, de vidro, de cor âmbar, com a silhueta um pouco diferenciada, com a inscrição em altorrelevo *AmBev*, na parte superior, e *Qualidade AmBev*, na parte inferior, e com capacidade útil de 630 ml.

A concorrência reclamou que a *Garrafa AmBev 630* aumenta os custos dos concorrentes em vista da dificuldade de separação da *Garrafa AmBev 630* nos pontos de venda, com os distribuidores e nas linhas de produção, comparada a de uso comum Sindicerv.

A SDE, em pesquisa de campo junto a pontos de venda de cerveja na cidade do Rio de Janeiro, registrou que 78% afirmaram que a introdução da *Garrafa AmBev 630* alterou a rotina dos estabelecimentos com o aumento do tempo para realizar a separação, levando a um aumento no tempo de permanência do distribuidor no ponto de venda e gerando perda da eficiência de todo o sistema de distribuição.

¹⁴⁹ A ABRABE alega que: “... esta utilização otimizada das garrafas permite, além de uma logística mais eficiente, a produção de efeitos positivos ao consumidor, o qual terá a sua disposição um produto mais barato e mais acessível por conta da possibilidade de uso da mesma garrafa por fabricantes diferentes. O sistema compartilhado teria como efeito, ainda, o estímulo à contínua inovação na medida em que propicia redução dos investimentos necessários à distribuição da cerveja.” (...) “Pequenos fabricantes passam a ter seu negócio viabilizado o que resultaria na existência de novos agentes de mercado, maior diversidade de produtos e maior concorrência, estimulando assim o surgimento da inovação.” A ABRABE contextualiza que, uma vez que a AmBev detém condições de, com certa facilidade, manter seu próprio sistema de distribuição, a introdução da garrafa exclusiva acarretará no impedimento de que outras empresas possam utilizar deste “turbilhão de vasilhames” em movimento. Tal conduta implicará, por sua vez, no fato de que cada cervejaria seja obrigada a colocar no mercado tantas garrafas quanto necessárias para a permanência do nível atual de eficiência do sistema de distribuição. Associação Brasileira de Bebidas. Fonte: <http://www.abrabe.org.br>

¹⁵⁰ A AFREBRAS – Associação dos Fabricantes de Refrigerantes do Brasil, é a entidade que representa e defende os interesses das pequenas empresas regionais de bebidas frias do Brasil. Atualmente, a entidade reúne cerca de 150 associadas, localizadas em todas as regiões do país – de Roraima ao Rio Grande do Sul. Tal atuação credencia a AFREBRAS como a maior entidade do setor de bebidas do país. Fonte: <http://www.afrebras.org.br/o-setor>

Os problemas dessa imposição são muitos. Por maior que seja o esforço dos pontos de venda e dos distribuidores para separar a *Garrafa AmBev 630* da garrafa de uso comum Sindicerv, *Garrafas AmBev 630* têm chegado às fábricas de cervejarias concorrentes devido à sua grande semelhança física, especialmente se colocadas no contexto do giro diário de milhares de garrafas.

A *Garrafa AmBev 630* e a garrafa de uso comum, do Sindicerv, chegam à fábrica de concorrente com a mesma cor (âmbar), formato parecido, base de diâmetro que permite a colocação da garrafa nas garrafeiras dos concorrentes e diferença de altura de apenas 0,8 cm, o que não impede seu trânsito nas linhas de produção das concorrentes.

Os custos¹⁵¹ dessa situação: (i) custos de separação das garrafas na fábrica; (ii) perda de produtividade; (iii) custos de armazenagem e devolução das *Garrafas AmBev 630*; além de (iv) exposição jurídica criminal por potencial configuração de crime contra o consumo e crime de contrafação.

Há o risco de que a cerveja dos concorrentes seja engarrafada na *Garrafa AmBev 630*. A AMBEV chegou a notificar a Kaiser por ter encontrado no mercado a cerveja da Kaiser envasada na *Garrafa AmBev 630*, tendo informações de que até mesmo a AMBEV já engarrafou cervejas Brahma e Antartica na *Garrafa AmBev 630*, o que evidencia que a separação das garrafas não é tarefa fácil.

Entretanto, mesmo diante dessa confusão visual, para a AMBEV, não há ônus em se engarrafar qualquer de suas marcas no vasilhame *Garrafa AmBev 630*, uma vez que será um produto identificado com a marca *AmBev*.

Faz-se importante apontar que se o concorrente praticar tal ato estará sujeito aos seguintes ônus:

- i. Responsabilização por **crime contra o consumo**, por vender produto em embalagem que não corresponda ao conteúdo;

¹⁵¹ **Custo de separação, armazenagem e devolução e logística.** A cervejaria apresentou as restrições técnicas relacionadas à separação das garrafas por meio de um leitor ótico instalado na linha de produção capaz de separar as Garrafas AmBev 630 ml daquelas do padrão de mercado. Se o índice de rejeição superar 10%, haverá considerável perda de produtividade na linha de produção. Além disso, mencionou os custos relativos à armazenagem e devolução dessas Garrafas AmBev 630 ao mercado. Estima-se que os custos de logística de cada garrafa de cerveja, descontados os impostos, sejam da ordem de 15 a 20%. Foi alegado que esse custo, quando se trata da Garrafa AmBev 630 levada até a fábrica da Petrópolis, atinge o patamar de 30%. Foi ressaltado que os distribuidores Petrópolis foram orientados a separar as garrafas quando de sua visita ao ponto de venda, o que aumentou a duração de suas visitas em 50%, reduzindo a produtividade, e não evitando totalmente a chegada de Garrafas AmBev 630 nas fábricas da Petrópolis. Para comprovar o alegado, a Petrópolis sugeriu à SDE que, sem aviso prévio, um de seus técnicos dirija-se à fábrica da Petrópolis. Fonte: Procedimento Administrativo nº 08012.002474/2008-24

ii. Responsabilização por **crime de contrafação de desenho industrial**, por se utilizar de embalagem de outrem protegida por desenho industrial;

iii. Responsabilização por **crime contra a marca**, por comercializar produto em vasilhame que contém a marca da AmBev;

iv. **Prejuízo à imagem e consolidação da marca**: não é de interesse do concorrente vender seu produto na *Garrafa AmBev 630*, em um mercado em que a concorrência se dá essencialmente pela construção da imagem e diferenciação da marca.

v. Além da hipótese de **uso indevido de Design ornamental** e **violação de Direito Autoral**.

A comercialização do vasilhame da AMBEV, portanto, causaria confusão na percepção do consumidor e possível rejeição da marca, distorcendo um dos principais vetores da concorrência nesse mercado, ainda mais se a AMBEV estendesse o uso da Garrafa AmBev 630 para as suas outras marcas de cerveja, o que levaria a conduta de fechamento de mercado junto aos pontos de venda.

A influência do *Design* diferenciador aplicado ao produto, no caso, está na grande semelhança da Garrafa AmBev 630 com a garrafa de uso comum Sindicerv, impondo custos significativos na separação das garrafas, recaindo sobre os pontos de venda. Tal situação poderia levar ao desestímulo para se comercializar as marcas de cervejas concorrentes, pelo aumento do custo dos rivais em função da diferenciação, pela dificuldade gerada na separação das demais garrafas similares nos pontos de vendas, pelos distribuidores e na linha de produção, gerando perda de eficiência do sistema de distribuição.

Assim, o argumento não poderia deixar de ser o fechamento de mercado junto aos pontos de venda decorrente dos custos impostos aos pontos de venda na separação.

Definidos, em caráter preliminar, os mercados relevantes, cabe analisar suas características para entender o padrão de competição vigente no mercado.

O fechamento do mercado se daria então pelo somatório de todos esses enfoques e seus impactos no caso de autorizado o uso do padrão pouco diferenciado esteticamente das garrafas AMBEV 630 ml, pois:

(i) o ponto de venda não possuiria vasilhames de uso comum para imediatamente aumentar suas compras de outras cervejas; e

(ii) o consumidor, em posse da Garrafa AmBev 630, estaria subordinado à aquisição de marcas da AMBEV, ou seja, o novo padrão imposto da garrafa esteticamente – pouco diferenciada – faria o mesmo efeito que a implantação de Programa de Fidelização de Pontos de Venda analisado e condenado pela SDE.

O que se pode concluir é que, não obstante a AMBEV ter o direito de inovar de forma incremental seus produtos, de poder apresentar ao mercado um vasilhame esteticamente diferenciado, a forma de introdução no mercado de cerveja da Garrafa Ambev 603 ml não foi perfeitamente estudada previamente em todos os seus impactos econômicos, mercadológicos e jurídicos concorrenciais podendo então caracterizar indício de infração à ordem econômica.

A Garrafa AmBev 630 ml, apesar da inclusão de alto relevo estético-ornamental diferenciado, ao menos aos *olhos* dos concorrentes, limitando-se exclusivamente à percepção comparativa visual entre produtos, apresenta características que a tornam inicialmente de difícil diferenciação da primeira em relação às demais garrafas padrão Sindicerv.

Entretanto, na discussão provocada pela proposta de introdução de padrão inovador exclusivamente estético, nenhum dos interessados, seja administrativamente ou judicialmente, argumenta que se a garrafa diferenciada não causasse confusão aos consumidores e pontos de distribuição, a proposta poderia ser utilizada.

A discussão passou pelo impacto econômico de diversos gêneros para inviabilizar a difusão da inovação incremental, com isso saiu da esfera administrativa e foi parar na esfera judicial, hoje em segredo de justiça, recaindo sobre uma análise concorrencial.

Entretanto, a distintividade que causa a confusão na cadeia produtiva e de consumo, em decorrência do desenho exclusivamente estético, em seus conceitos e avaliação pericial é que, em tese, vão definir o resultado, definindo novidade e originalidade diferenciadora entre a garrafa padrão e a proposta pela AMBEV.

Os atritos entre concorrentes, em tese, que são decorrentes da existência de colidência total entre as formas estéticas ornamentais das garrafas de cervejas, foram parar então na Justiça do Estado de São Paulo, em 05/05/2008, sob o número **2008.61.00.010461-9**, perante

o juízo da 24ª Vara cível, tendo como autora a Cervejarias Kaiser Brasil S/A, com pedido de concessão de liminar, correndo em segredo de justiça e ainda não alcançou decisão definitiva.

O pedido da prestação jurisdicional é de nulidade de desenho industrial com pedido de antecipação de tutela contra o INPI e a AmBev, dos objetos: desenhos industriais da AmBev DI 66002462-5 F, registrado em 31.10.2006, DI 6602652-0 F, registrado em 14.11.2006 e o DI 6602461-7 F, registrado em 31.10.2007.

Todos os registros da AMBEV DI 6602652-0 F e DI 6602461-7 F já estavam sob registro e guarda do INPI há algum tempo, juntamente com o modelo “A” de garrafa da Norma NBR 7842 da ABNT e a garrafa Sindcerv DI 5201047-3, e provavelmente já deveriam ter passado por exame de mérito, por dados comparativos (documentos e DIs) com outros pré-existentes, justificando a manutenção dos registros. (ver figuras no Anexo 2)

Essa disponibilidade de informações deveria ter levado os pedidos de registro ao exame de mérito, para se observar que haveria colidência, parcial, quando se for capaz de se distinguir entre produtos algumas características comparativas, originais, configurativas de identificação e diferenciação, o que leva à manutenção do registro, seja por colidência parcial¹⁵² ou total¹⁵³, quando não se observar qualquer diferença (fusão) entre os produtos, não sendo, portanto, novo e original, privilégio que se presta à anulação.

Muitas vezes esse exame necessita ser orientado por peritos e julgadores com excelência em diversas ciências exclusivamente técnicas: fotografia, medidores de *pixels* (existem diferenças entre a imagem obtida pelo desenho e a imagem), matemática pura e aplicada, física, engenharia reversa, além de equipamentos altamente precisos como escâner tridimensional, projetores de precisão e computadores sofisticados.

Independentemente da questão que envolve os vasilhames, o INPI, considerando alguns precedentes, quanto a marcas de cerveja, em especial os brasões de alto relevo utilizados, entende que copos de tulipa de cerveja e ramos de cevada são elementos de uso comum e, portanto, se encontram diluídos em importância no segmento de bebidas,

¹⁵² “...quando apenas algumas características configurativas apresentam identificação entre si. Entretanto, se, ainda sim, o aspecto geral do objeto em exames for considerado próprio e capaz de distinguir o produto, realizando uma combinação original, tal consideração determina uma decisão favorável à manutenção do registro.” FONTE: **CUNHA, Frederico Carlos**. A proteção legal do desenh: propriedade industrial. 2ª Ed. Rio de Janeiro:Lucena, 2003. Pg. 70.

¹⁵³ “...O exame comparativo das características configurativas entre dois objetos considerados totalmente colidentes constata uma identificação total entre eles, o que caracteriza uma clonagem. Portanto, nesse exame não são observadas quaisquer diferenças. Nesse caso, não sendo considerado novo, o privilégio deve ser anulado.” FONTE: **CUNHA, Frederico Carlos**. A proteção legal do desenh: propriedade industrial. 2ª Ed. Rio de Janeiro:Lucena, 2003. Pg. 70

entretanto, no caso entre a Kaiser e a AMBEV, as marcas são distintas, não possibilitando confusão ao consumidor.

Dentro desse contexto hipotético, a ação de nulidade deve ter tomado por base a falta de originalidade e novidade dos desenhos industriais DI 66002462-5 F, título *Padrão ornamental aplicado em embalagens*; DI 6602461-7 F, título *Configuração aplicada em garrafa* (garrafa com impressão em alto relevo do registro n. DI 66002462-5 F); e DI 6602652-0 F, título *Configuração aplicada em garrafa* (garrafa com impressão em alto relevo) do registro n. DI 66002462-5 F, requerendo, por consequência lógica serem declarados nulos, por não atenderem aos artigos 96 e 97 da LPI para registro de desenho industrial.

3.1.4 O caso análogo da Caninha 51

É interessante registrar caso similar, decorrente da proposta de uso de desenho estético-ornamental em alto relevo distintivo, que foi decidido judicialmente, da garrafa de cachaça “51”, com a mesma origem e argumentos extremamente similares de grande impacto, levando a contrapontos em argumentos jurídicos quando existem conflitos de interesses decorrentes de atritos concorrenciais.



Figura 4: Foto ilustrativa das garrafas da cachaça 51

Fonte: <http://www.cachaca51.com.br/historia.php>

A ação de procedimento ordinário que tramitou perante o juízo da 35ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado de São Paulo, de número 2003.51.01.500834-3, tendo como partes CIA. MULLER DE BEBIDAS¹⁵⁴, em face de Instituto Nacional da Propriedade Industrial – INPI – e OUTROS.

Destacadas as considerações iniciais do Laudo pericial, apontando os limites dos questionamentos e as respostas técnicas propostas, com o objetivo de determinar se o desenho industrial de número DI5500790-2, intitulado *Embalagem para produtos líquidos*, possui todos os requisitos para o seu registro conforme a Lei nº. 9.279 de 14 de maio de 1996 – Lei da Propriedade Industrial.

Destacamos, então, os quesitos que, em tese, afetam o envase de bebidas e fluxos de produção das empresas, que formaram a convicção do juiz em caso análogo, quando determinada a perícia técnica relativa aos produtos, exatamente observar o possível entrave diante das alterações estéticas introduzidas pelo fabricante da Pirassununga.

A caninha “51”, mais conhecida, produto da maior produtora de cachaça do Brasil, ornamentou em alto relevo distintivo seu vasilhame dando exclusividade, exatamente na mesma relação de equivalência de posição dominante da AMBEV frente aos demais concorrentes do setor específico de cerveja e sob os mesmos argumentos de dificuldades, custos e fechamento de mercado pelo abuso do poder econômico decorrente de posição dominante.

Portanto, apesar de não existir total identidade visual, a garrafa protegida pelo desenho industrial DI5500790-2 e aquela protegida pelo MI5300313 apresentam alto grau de similaridade em suas características visuais, existindo a possibilidade da ocorrência de confusão entre estes produtos.

Deve-se ressaltar ainda que o fato das garrafas serem confeccionadas em material transparente, também aumenta a possibilidade da existência de confusão entre elas, visto que, neste caso, diminui a percepção das características visuais em relevo por elas apresentadas.

Por esses motivos, o DI5500790-2 atende ao requisito da novidade, mas não atende ao requisito da originalidade exigido pela Lei da Propriedade Industrial, sendo que, dessa forma, a garrafa apresentada no DI5500790-2 não é passível de registro de patente de desenho industrial.

Assim, a sentença proferida em 14 de julho de 2008, com determinação de publicação, registro e intimação aos interessados em 01 de setembro de 2008, após análise minuciosa em relatório, destacou-se parte fundamentada a decisão onde se observa em seu dispositivo final que:

SENTENÇA¹⁵⁵:

“Dessa forma, não há como fugir à conclusão do Perito, tendo em vista que, em relação unicamente à forma da garrafa objeto do registro em tela, **novidade não há**; e, quanto ao conjunto ornamental de linhas e cores aplicado sobre o produto, **é certo que ele não resulta em uma configuração visual disitintiva em relação ao objeto anteriormente existente.** (...)”

É preciso demonstrar, portanto, o cumprimento dessas condições, mas sempre prevalecendo o parâmetro estabelecido por lei e denominado *estado da técnica*, ou seja, aquilo que já se tornou acessível ao público. **Depositado o desenho industrial para registro, sua originalidade é imprescindível, pois sua configuração deverá distinguir-se de outros objetos anteriores.** (...)”

Assim, a manutenção do referido registro, inicialmente concedido pelo INPI e posteriormente por ele cancelado, autorizaria o domínio indevido de mercado, e a conseqüente eliminação da concorrência, perpetuando abuso do poder econômico com todas as nefastas conseqüências daí advindas.

Desta forma, por tudo que foi analisado e discutido neste processo, infere-se que o INPI praticou ato legal ao anular o registro DI 5500790-2, eis que não foi preenchido o requisito de originalidade, previsto no artigo 97 da lei n. 9279/96.

Ante o exposto, **JULGO IMPROCEDENTE** o pedido de nulidade do ato administrativo do INPI, que cancelou o registro de desenho industrial DI 55—790-2, o qual não merce reforma.”

A decisão judicial corrobora a observação de KOTLER¹⁵⁶, que entendia que diferenciação é *o ato de desenvolver um conjunto de diferenças significativas para distinguir a oferta da empresa de seus concorrentes.*

O conceito anterior se complementa ao de PORTER¹⁵⁷, para quem *a totalidade de características que afetam a aparência e as funções de um produto em termos das exigências dos consumidores*, entendendo que muitas empresas são diferentes mas não diferenciadas: *uma empresa diferencia-se da concorrência se puder ser singular em alguma coisa valiosa para os compradores.*

A Lei da Propriedade Industrial verifica que o registro de Desenho Industrial é um título de propriedade temporária sobre um desenho industrial, outorgado pelo Estado aos autores ou outras pessoas físicas ou jurídicas detentoras de direitos sobre a criação.

¹⁵⁵ Fonte: Processo judicial n. 2003.51.01.5000834-3. 35ª Vara federal – Seção judiciária do Rio de Janeiro. Cia. Muller de bebidas x INPI e outros. Juiz Federal: Guilherme Bollorini Pereira

¹⁵⁶ KOTLER, Philip. **Administração de Marketing**: análise, planejamento, implementação e controle. 5ª edição. Tradução de Ailton Bonfim Brandão. São Paulo: Atlas, 1998. P. 254.

¹⁵⁷ PORTER, Michel E. **Vantagem competitiva**: criando e sustentando um desempenho superior. 27ª edição. Tradução de Elisabeth Maria de Pinho Braga. Rio de Janeiro: Campus, 1988

Durante o prazo de vigência do registro, o titular tem o direito de excluir terceiros, sem sua prévia autorização, de atos relativos à matéria protegida, tais como fabricação, comercialização, importação, uso, venda, etc.

É importante lembrar que, durante o exame de seu pedido de registro, não foi verificada a existência de algum outro pedido anterior, portanto, o envasador da cachaça poderá obter a concessão de um registro, mesmo já existindo outro pedido anterior de terceiros, não obstante correr o risco de tal registro sofrer procedimento de nulidade, posteriormente.

3.1.5 Considerações finais sobre o estudo de caso

O caso relatado parece indicar que a proteção ao Design no Brasil valoriza os aspectos de funcionalidade e de preservação de condições de concorrência no mercado, em detrimento da proteção à estética.

Como o caso relatado encontra-se em segredo de justiça, não há prazo para a decisão final a respeito. Contudo, cabe ressaltar que no caso semelhante, que não está em segredo de justiça, a maior produtora de cachaça da América Latina introduziu uma garrafa diferenciada que, esteticamente, porém, não afetava a funcionalidade. Os produtores menores usaram argumentos semelhantes ao caso AMBEV para questionar judicialmente a introdução da nova garrafa, mas não conseguiram impedir que a nova garrafa fosse adotada.

CONCLUSÃO

“Aspectos econômicos e jurídicos concorrenciais do Design” teve como objetivo analisar as condições básicas, conceitos, atos e reflexos econômicos e jurídicos em um ambiente concorrencial quando um dos agentes econômicos tenta romper o padrão estético estabelecido, como no caso da garrafa-padrão de cervejas, por outro, estética e ornamentalmente diferenciado.

No primeiro capítulo destacou-se a visão jurídica do *Design* de produtos de forma geral, quando valorizados nos aspectos estético-ornamentais enquanto Estado da Arte, apresentando as formas de proteção legais disponíveis no Brasil e os sistemas possíveis no mundo. Buscou-se também apontar as tendências legislativa e jurisprudencial do uso desses dispositivos e os sistemas de proteção observando a evolução de dois grandes centros econômicos, tecnológicos e de Design na União Europeia (França e Itália) fomentando a combinação entre os Estados da Técnica e o Estado da Arte.

No segundo capítulo buscou-se examinar as motivações, conceitos e efeitos econômicos inovadores e um ambiente concorrencial quando da tentativa de introdução de um novo padrão estético examinando os impactos e estímulos para o uso do *Design* como diferencial competitivo, inovação incremental e vantagem econômica estratégica para as empresas.

No terceiro capítulo, em estudo de caso, a pretensão foi ilustrar os dois capítulos iniciais com casos reais. Apresentou-se dois casos, um ainda *sub judice*, o caso das garrafas de cerveja, e outro, já definido, o caso das garrafas de cachaça, extremamente similares, focados na proposta de rompimento (ou imposição) de padrões estabelecidos por outros novos padrões estéticos de produtos.

A dinâmica da inovação incremental através do design no desempenho das empresas é hoje um elemento indispensável na gestão¹⁵⁸ da empresa estimulando a concorrência e vice-versa é a tônica entre as empresas na busca frenética da obtenção da vantagem estratégica, mesmo que temporária.

¹⁵⁸ Pesquisa sobre Impacto do Design no Desempenho das Empresas - *Estratégia / design*. Organizada por: ADP - Associação dos Designers de Produto, MDIC – Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, através do PBD – Programa Brasileiro de Design. <http://revistapegn.globo.com/Revista/Pegn/download/0,,5723-1,00.pdf> acesso em 21/09/2012

As decisões judiciais referentes à inovação no caso das garrafas podem se desenvolver em dois cenários:

Cenário 01: Ao se admitir a introdução do novo padrão de desenho diferenciado aplicado a garrafas (ou a outros produtos) estará se estimulando novas oportunidades e ciclos inovativos para vasilhames (embalagens) e bebidas, novos serviços, necessidades e empregos serão criados, novas receitas serão esperadas, novos impostos serão recolhidos, novas tecnologias serão desenvolvidas e a concorrência se manterá a dinâmica. Os custos iriam baixar para a empresa dominante e a margem de lucro seria premiada.

Entretanto, a falta de vasilhames padrão de uso comum para abastecer as empresas concorrentes fará ampliar a posição da empresa dominante em decorrência da eficiência que se seguirá. O crescimento da empresa dominante então só poderá acontecer se direcionado sobre a fatia restante do mercado onde os concorrentes estarão gradativamente mais enfraquecidos, forçando a saída dos concorrentes remanescentes. Os concorrentes da empresa dominante ficariam responsáveis sozinhos pelo custo de todo o ciclo de produção e manutenção da compra de garrafas do padrão antigo, o que seria mortal já que mais que dobraria o empenho financeiro destes concorrentes.

Cenário 02: Com a não admissão da introdução do novo padrão a concorrência se estabilizará nos limites da bebida já que o vasilhame padrão antigo não sofreria outros investimentos. Com isso, o número de empregos se manteria praticamente estável, os custos seriam conhecidos, as receitas e impostos razoavelmente proporcionais.

A conclusão que se chega, salvo melhor juízo, é de que, embora existam várias formas de apropriação do Desenho ornamental e estético como propriedade intelectual, não há uma propensão para se rediscutir a política nacional no tocante a uma legislação que contemple claramente o aproveitamento da oportunidade e vantagem competitiva gerada pela arte aplicada a produtos industrializados.

A Lei 9.279/96 tratou de regular a proteção dos desenhos industriais, portanto, a previsão legal se limita a contemplar as possibilidades das criações exclusivamente no campo da indústria, não entrando no mérito técnico funcional do produto, muito menos artístico, caso em que, seria necessária a proteção da Lei 9.610/98 do Direito do Autor.

Nesse ponto se inicia a polêmica de possibilidade de dupla cumulação da proteção legal dos desenhos industriais pela lei de propriedade industrial (estado da técnica) com a do direito do autor (estado da arte) aplicáveis sobre a inserção estética ornamental criativa que lhe dá origem.

Uns defendem que não há possibilidade de dupla proteção sobre o objeto, limitando-se ao fato de não haver expressa previsão legal; outros defendem o direito à dupla proteção, uma vez que a Lei de Propriedade Industrial é meramente exemplificativa, além do que as criações possuem pressupostos e fins autônomos diferentes não existindo nenhuma previsão que proíba tal cumulação.

No Brasil, embora saibamos da existência deste ponto legal, observamos que países desenvolvidos reforçam de forma crescente a cumulação como vantagem competitiva na forma de arte aplicada a produtos industriais como forma de proteção e aproveitamento eficiente dos produtos diferenciados pelo desenho estético em um momento onde o mundo combina variáveis e informações cada vez mais velozes para aproveitamento das oportunidades e obtenção de recursos escassos

Dispomos das ferramentas legais para definirmos se os objetos possuem proteção por Desenho Industrial, por Direito do Autor ou por ambos, nos limites de suas competências, entretantão nos definimos claramente pela possibilidade de proteção da arte aplicada a produtos industriais.

A velocidade das mudanças impostas pelo sistema comercial, por conseguinte, aquelas se tornam incertas quanto aos resultados quando submetidas aos interesses dos agentes econômicos na busca por recursos.

Nesse contexto, nosso sistema jurídico e econômico necessitam se harmonizar com o evidente movimento evolutivo de outros países na busca da melhor adequação às necessidades da concorrência sem prejuízo da atividade inovadora que embasa a diferenciação de produtos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDREOLLI, Marcio. **A Estrutura Oligopolista de Mercado: A Indústria de Cerveja como Oligopólio Diferenciado**. Dissertação (Mestrado em Economia). PUC São Paulo, 1999. p. 18.

ASCENSÃO, José de oliveira. **Direito de autor e desenvolvimento tecnológico: controvérsias e estratégias**. Revista de direito Autoral, n.1, p.3.

BAIN, J. *Barriers to new competition*. Cambridge, MA: Harvard University Press. 1956

BARBIERI, Fábio. **O ressurgimento da Escola Austríaca e a Teoria de processo de Mercado**. Revista Econômica. v.10, n.2, p. 215-235. Rio de janeiro: 7Letras, dezembro, 2008.

BARBIERI, Jean-Jacques ob. Cit. p. 219.

BARBOSA, Denis Borges. **Uma introdução à propriedade intelectual**. 2ª edição, Editora Lúmen Júris, Rio de Janeiro 2003. p. 579.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de Autor**. 4ª ed. – Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2004. p. 32.

BROWN, Tim. *Change by Design: how Design thinking transforms organizations and inspire innovation*. New York: HarperCollins, 2009.

CASTRO, Antonio Barros de e PROENÇA, Adriano. **Novas estratégias industriais: sobrevida ou inflexão?** XIII Fórum Nacional – Rio de janeiro, maio de 2001 – Estudos e pesquisas N. 9 Instituto Nacional de Altos Estudos – INEA.

CERQUEIRA, João da Gama. **Tratado da propriedade industrial, Vol. II, Tomo I, Parte II, Dos privilégios de invenção, dos modelos de utilidade e dos desenhos e modelos industriais**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2.012. p. 355/364. (versão atualizada por Newton Silveira e Denis Borges Barbosa).

CHIAVENATO, Idalberto. **Recursos humanos na empresa: pessoas, organizações e sistemas**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 1994. p. 67-76.

CONTI, Giovanni Maria. *Fashion, innovation, identity: cross fertilization from Design to service*. Revista de Design, Inovação e Gestão Estratégica. Edição especial de lançamento. V.1, N.1, 2010.

CUNHA, Frederico Carlos. **A proteção legal do desidn: propriedade industrial**. 2ª Ed. Rio de janeiro:Lucena, 2003.

Design Experience. Electrolux Design Lab 2012, <http://www.electroluxDesignlab.com/the-2010-competition/brief/> Acesso em junho, 2012.

FERNANDES, Fátima e ROLLI, Claudia. **Concorrentes vão à SDE contra garrafa da AmBev**. Fonte: Folha de São Paulo de 04/04/2008.

FORD, Henry. *My life and work*. Garden City, Nova Iorque 1922. Today and tomorrow, S.1., Nova Iorque 1926.

FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. 272/277.

FRANZATO, Carlo. **O processo de inovação dirigida pelo Design: um modelo teórico**. Revista REDIGE, v. 2, N. 1, 2011.

FRANZATO, Carlo. **O processo de inovação dirigida pelo Design: um modelo teórico**. Revista REDIGE, v. 2, N. 1, 2011. Fonte: <http://www.cetiqt.senai.br/redige> acesso em [26/05/2011](http://www.cetiqt.senai.br/redige).

GLYNN, M. *When cymbals become symbols: conflict over organizational identity within a symphony orchestra*. Organization Science, v. 11, n. 3, p. 285-298, 2000.

GROOVE, Andrew S. *Only the Paranoid Survive* (Só os Paranóicos Sobrevivem). Ex-presidente da INTEL, 1996.

GROOVE, Andrew S., ex-presidente da INTEL, lançou em 1996 o livro *Only the Paranoid Survive* (Só os Paranóicos Sobrevivem).

HAUG, Wolfgang Fritz. **Crítica da estética da mercadoria**. São Paulo: Ed. UNESP, 1997. p. 54-55

HILFERDING, Rudolf. *El capitalismo financeiro*. Madri: Editora Tecnos, 1973.

HILGER, James; RAFERT, Greg; VILLAS-BOAS, Sofia. 05/08/2010 – *Expert Opinion and the Demand for Experience Goods: An Experimental Approach in the Retail Wine Market* (Opinião de especialistas e da Demanda de Experiência – Mercadorias: uma abordagem experimental no Varejo – Mercado do Vinho), Tradução livre: p.311

KANT, Immanuel. **Crítica da Faculdade do juízo**. 2. ed. Forense Universitária, 1790.

KUNZ, Gilberto. **Design: a evolução técnica**. Vitória, ES: EDUFES, 2002. p. 36

KUPFER, D. **Economia Industrial**. Capítulo 6. Barreiras Estruturais à entrada. p. 123.

KUPFER, David. **Economia Industrial**. p. 113

Labini (1980). P. 103.

LAMPEL, Joseph, LANT, Theresa e SHAMSIE, Jamal. **Equilíbrio em cena: o que aprender com as práticas culturais**. São Paulo: RAE, 2009 n. 1 v. 49. ISSN 0034-7590

LEVINE, Dan e CHAN, Edwin. **Apple licenciou patentes para Microsoft, declara executivo**. Reuters Brasil – 16/08/2012.

LEWICKI, Bruno. **Em Direito da propriedade intelectual:** estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes. A historicidade do direito autoral. Adolfo, Luiz Gonzaga Silva e Wachowicz, Marcos (coords.), 4ª edição. Curitiba: Juruá, 2009. p. 291/293.

MACIEL *apud* ARGAN, Giulio Carlo. Revista Sinais Sociais. Ed. Sesc. Rio de Janeiro, 2009. v.3 n 9. P. 178-179.

MACIEL, Maria Lucia e ALBAGLI, Sarita (orgs.). **Informação, conhecimento e poder:** mudança tecnológica e inovação social. Rio de Janeiro: Garamond, 2011. p. 257.

MALDONADO, Thomás. *Disegno Industriale: um riesame*. Giangiacomo Feltrinì Editore: Roma, 1991. p. 45

NORMAN, Donald A. **Design emocional:** por que adoramos (ou detestamos) os objetos do dia a dia, Rio de Janeiro: Rocco, 2008. p. 62.

OTERO LASTRES, José Manuel. **Anuário Facultad de Derecho** – Universidad de Alcalá (2008) p. 217-235

PARILLI, Ricardo Antequera. **A arte aplicada à indústria.** Revista de Propriedad intelectual ISSN: 1316- 1164. MÉRIDA-VENEZUELA. AÑO 5. N. 8 y 9. p.75 EL ARTE APLICADO Y LOS DISEÑOS INDUSTRIALES Fonte: <http://www.saber.ula.ve/bitstream/123456789/28841/1/articulo3.pdf>

PENROSE, Edith. **A Teoria do crescimento da firma.** Campinas, SP: Editora Unicamp, 2006. P. 171.

PORTER, Michael E. **Vantagem Competitiva:** Criando e sustentando um desempenho superior. Rio de Janeiro: Elsevier, 1989. p. 141.

POSSAS, Silvia. **Concorrência e competitividade.** Notas sobre estratégia e dinâmica seletiva na economia capitalista. São Paulo: Editora Hucitec, 1999. P. 35.

POSSAS, Silvia. **Concorrência e competitividade.** Notas sobre estratégia e dinâmica seletiva na economia capitalista. São Paulo: Editora Hucitec. 1999.

ROBINSON, Joan. *Economia de La competencia imperfecta*. Barcelona. Martinez, 1973. p. 202.

ROSENBERG, Natan. *The direction of technological change*. Inducement mechanisms and focusing devices. *Economic Development and Cultural Change*, v.18, n.1, p.1-24, October, 1969.

ROSENFELD, Kathrin Holzermayr. **Estética**. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2009. p. 7/8.

SHAPIRO, Carl. **A economia da informação:** como os princípios econômicos se aplicam a era da internet. Rio de Janeiro: Campus, 1999. P. 37

TIGRE, P.B. **Gestão da Inovação: a economia da tecnologia no Brasil**. São Paulo: Elsevier Editora, 2006.

VOSS, G. e outros. *Linking organizational values to relationships with external constituents*: a study of nonprofit professional theatres. *Organization Science*, v. 11, n. 3, p. 330-347, 2000.

WACHOWICZ, Marcos. **DIREITO AUTORAL**.

Fonte: <http://www.direitoautoral.ufsc.br/gedai/download/1/>. acesso em 12/12/2012

ZHEN, Wu. In **Propriedade Intelectual**: novos paradigmas. Conflitos e desafios / Edson Beas Rodrigues Jr., Fabrício Polido (org.). – Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

ZURLO, Francesco. *Della relazione tra strategia e Design: note critiche*. In: BERTOLA, Paola; MANZINI, Ezio (org.). *Design Multiverso: appunti di fenomenologia del Design*. Milão: Edizioni POLI.Design, 2004. p. 89-98.

ZURLO, Francesco. *Design strategico*. In: XXI Secolo. Roma: Enciclopedia Treccani, v. 4, Gli spazi e le arti. 2010

Sites e links consultados:

[http://www.securities.com/Public/companyprofile/BR/Owens Illinois do Brasil pt 261675 6.html](http://www.securities.com/Public/companyprofile/BR/Owens%20Illinois%20do%20Brasil%20pt%202616756.html)

<http://www.saint-gobain.com.br/versao2006/portugues/noMundo.aspx>

<http://www.vidros.inf.br/mercado-a-negocios/cornelio-brennand-vende-a-civ-e-anuncia-criacao-de-nova-fabrica.php>

<http://pt.wikipedia.org/wiki/Cisper>

<http://mundodomarketing.com.br/reportagens/comportamentodoconsumidor/20359/marcas-e-Design-retro-ganham-popularidade-entre-os-consumidores.html>

www.cultura.gov.br/site/wp-content/uploads/.../Delibera43-1983-1Cam.pdf

<http://www.bebidasdobrasil.com.br/noticias/editorias/id/10/cervejas>

<http://mundodomarketing.com.br/reportagens/pesquisa/24015/sony-quadruplicapesquisas-e-muda-apos-conhecer-melhor-o-consumidor.html>

[http://www.securities.com/Public/companyprofile/BR/Owens Illinois do Brasil pt 261675 6.html](http://www.securities.com/Public/companyprofile/BR/Owens%20Illinois%20do%20Brasil%20pt%202616756.html)

<http://www.saint-gobain.com.br/versao2006/portugues/noMundo.aspx>

<http://www.vidros.inf.br/mercado-a-negocios/cornelio-brennand-vende-a-civ-e-anuncia-criacao-de-nova-fabrica.php>

<http://pt.wikipedia.org/wiki/Cisper>

<http://www.abrabe.org.br/>

<http://www.cade.gov.br/temp/t74201220453714.PDF>

<http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u388913.shtml>

<http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u388913.shtml>

<http://www.cachaca51.com.br/historia.php>

[http://www.direitoautoral.ufsc.br/gedai/download/1/.](http://www.direitoautoral.ufsc.br/gedai/download/1/)

ANEXO 1

DECRETO-LEGGE 15 febbraio 2007 n 10.

DISPOSIZIONI VOLTE A DARE ATTUAZIONE AD OBBLIGHI COMUNITARI ED INTERNAZIONALI

Il Presidente della Repubblica

Visti gli [articoli 77 e 87 della Costituzione](#);

Ritenuta la straordinaria necessità ed urgenza di emanare disposizioni al fine di adempiere ad obblighi comunitari derivanti da sentenze della Corte di giustizia delle Comunità europee e da procedure di infrazione pendenti nei confronti dello Stato italiano, nonché di ottemperare ad impegni assunti in ambito internazionale in merito alla candidatura della città di Milano per l'Esposizione universale 2015; Vista la deliberazione del Consiglio dei Ministri, adottata nella riunione del 7 febbraio 2007; Sulla proposta del Presidente del Consiglio dei Ministri, del Ministro per le politiche europee e del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con i Ministri della salute, delle comunicazioni, della solidarietà sociale, dello sviluppo economico, dell'interno, degli affari esteri e della giustizia;

Emana il seguente decreto-legge:

Art. 4. Norme di adeguamento a decisioni comunitarie in materia di pubblicità e di sponsorizzazione dei prodotti del tabacco, accesso alle reti di comunicazione elettronica, servizi post-contatore e **di protezione del diritto d'autore delle opere del disegno industriale.**

Procedure d'infrazione n. 2006/2022, n. 2005/2083, n. 2005/4604 e n. 2005/4088.

1. All'articolo 4 del [decreto legislativo 16 dicembre 2004, n. 300](#), il comma 3 é abrogato.
2. All'articolo 50, comma 1, del [decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259](#), le parole: « e degli investimenti per lo sviluppo di reti e servizi innovativi» sono soppresse.
3. Il comma 34 dell'articolo 1 della [legge 23 agosto 2004, n. 239](#), é abrogato.
4. Al [decreto legislativo 10 febbraio 2005, n. 30](#), sono apportate le seguenti modificazioni:
 - a. **all'articolo 44, comma 1, la parola: «venticinquesimo» é sostituita dalla seguente: «settantesimo»;**
 - b. **l'articolo 239 é sostituito dal seguente:**

«Art. 239 (Limiti alla protezione accordata dal diritto d'autore).

1. La protezione accordata ai disegni e modelli industriali ai sensi dell'articolo 2, primo comma, numero 10, della [legge 22 aprile 1941, n. 633](#), e successive modificazioni, non opera in relazione ai prodotti realizzati in conformità ai disegni o modelli che, anteriormente alla data di entrata in vigore del [decreto legislativo 2 febbraio 2001, n. 95](#), erano oppure erano divenuti di pubblico dominio.».

ANEXO 2

Garrafas de cachaça 51 e as de padrão comum.¹⁵⁹

PARTE DO LAUDO PERICIAL:

Segue:

3. ANÁLISE DOS DESENHOS DI5500790-2 e MI5300313

A seguir, serão apresentadas análises dos desenhos DI5500790-2, objeto deste litígio e MI5300313, apresentado como sua anterioridade.

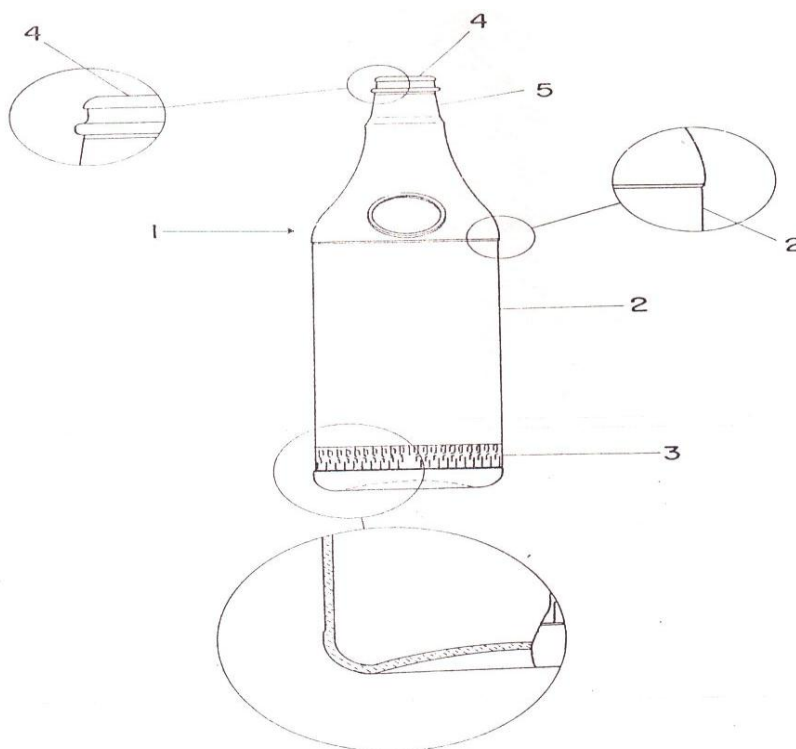
3.1 DESENHO INDUSTRIAL DI5500790-2 (fls. 90 a 94 dos autos)

Número do depósito: DI5500790-2

Data do depósito: 22/05/1995 - Data de Expedição do Registro: 05/08/1997

Título: EMBALAGEM PARA PRODUTOS LÍQUIDOS

Figura constante deste Desenho Industrial DI5500790-2



⁵⁵ Fonte: Processo judicial n. 2003.51.01.5000834-3. 35ª Vara federal – Seção judiciária do Rio de Janeiro. Cia. Muller de bebidas x INPI e outros. Juiz Federal: Guilherme Bollorini Pereira

Conforme seu relatório descritivo e figura, a garrafa mostrada no Desenho Industrial DI5500790-2 apresenta as seguintes características visuais:

É constituída por corpo oco cilíndrico (1);

Referido corpo apresenta largo rebaixo envolvente e de pouca profundidade (2), para acomodação de rótulo;

A lateral da área próxima da base possui estreita faixa envolvente e com pluralidade de saliências verticais decorativas (3);

A base se apresena lisa e possui uma reentrância abaulada;

Superiormente a garrafa possui afunilamento arredondado que termina em bocal (4);

Referido afunilamento apresenta rebaixo (5) para travamento de selo plástico de garantia do conteúdo;

A garrafa incorpora um elemento circular em relêvo posicionado acima da faixa envolvente (2);

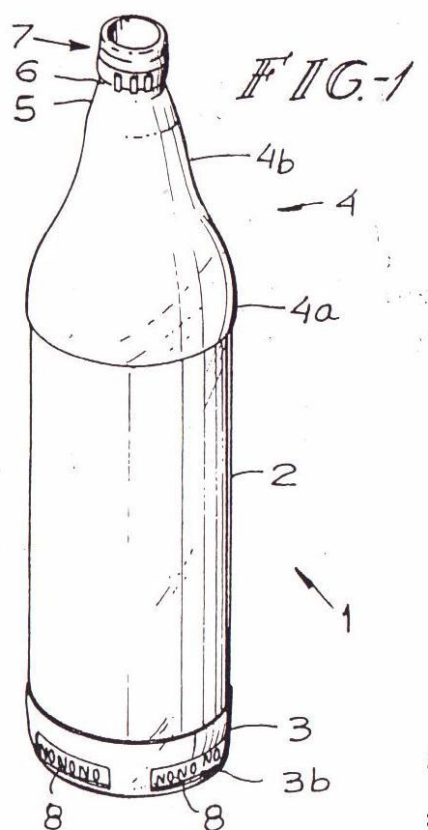
A região do bocal para a fixação da tampa é lisa, sem apresentar frisos.

3.2 MODELO INDUSTRIAL MI5300313 (fls. 96 a 99 dos autos)

Número do depósito: MI5300313

Data do depósito: 12/04/1993

Título: DISPOSIÇÃO ESTÉTICA EM GARRAFA
FIGURAS CONSTANTES DESTE DESENHO INDUSTRIAL:



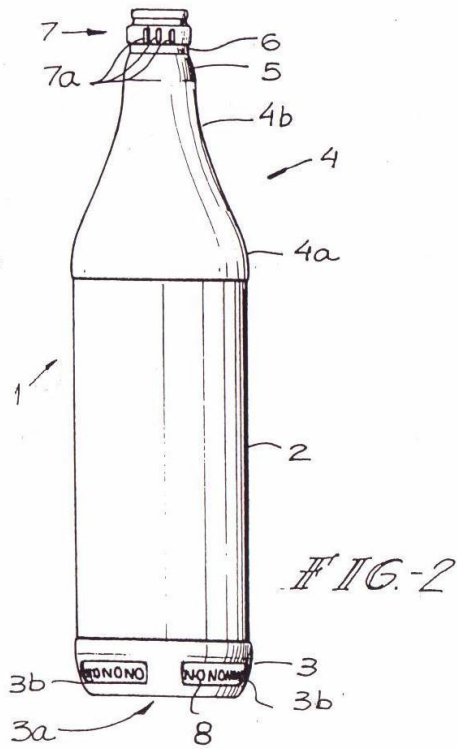


Figura 1 do MI5300313

Figura 2 do MI5300313

Conforme seu relatório descritivo e figuras, a garrafa mostrada no modelo industrial MI5300313 apresenta as seguintes características visuais:

Caracteriza-se por compreender uma peça monobloco 1 preferivelmente obtida em vidro transparente ou material similar;

A peça monobloco 1 apresenta setor cilíndrico 2;

A garrafa possui borda inferior 3 centralmente provida de um rebaixo 3a;

Superiormente o dito setor cilíndrico 2 desenvolve-se em um gargalo 4 formado pela concordância de dois raios de curvatura, sendo um 4a e outro 4b;

O ponto mais extremo do raio de curvatura 4b do gargalo 4 sofre um afinilamento 5 substancialmente troncônico e em cujo ponto de menor diâmetro encontra-se um pequeno setor anelar 6 encimado pelo extremo receptor 7 da tampa de fechamento;

O setor cilíndrico 2 apresenta um diâmetro médio levemente inferior ao diâmetro da borda inferior 3 e extremo inferior do gargalo 4, criando assim, na presente garrafa, uma divisão estética bem definida dessas três partes;

O extremo receptor 7 conta com uma série de frisos antirrotação 7a paralelos entre si e verticalmente alinhados em relação ao eixo da peça monobloco 1 que compreende a garrafa como um todo;

A periferia 3a' do dito rebaixo 3a conta com uma pluralidade de nervuras em relevo 3a'' que atuam como face de contato da presente garrafa com qualquer superfície sobre a qual a mesma seja colocada;

Sobre a sua superfície contornante da borda inferior 3 são produzidos rebaiços retangulares 3b no interior dos quais é gravado em relevo a marca 8 do produto a ser envasado.

4. ANÁLISES COMPARATIVAS ENTRE O DI5500790-2 E O MI5300313

Será apresentado, a seguir, quadro comparativo das características visuais da garrafa protegida pelos DI5500790-2 relativamente àquelas apresentadas pelo MI5500313, visando determinar se existe ou não identidade visual entre elas. Para a análise comparativa, foram adotados os seguintes grupos de características visuais:

- **Características visuais com importância Alta:** características visuais predominantes;
- **Características visuais com importância Média:** características visuais muito evidentes, que exigem pouca atenção para o reconhecimento;
- **Características visuais com importância Baixa:** características visuais pouco evidentes, que exigem grande atenção para seu reconhecimento.

Para determinar se existe similaridade que possa induzir em erro ou confusão, primeiramente é analisado o percentual global de identidades verificado. Caso esse número não seja conclusivo (exemplo: valores entre 50% e 69%), também se faz necessário considerar os percentuais referentes aos grupos de características. São exemplos de algumas condições que se constituem de similaridade que pode induzir em erro ou confusão:

Valores globais a partir de 70% de colidências nas características visuais consideradas ou;

Valores a partir de 70% de coincidências nas características visuais com importância alta, 50% de coincidências nas características visuais com importância média e 50% de coincidências nas características visuais com importância baixa ou;

Valores a partir de 50% de coincidências nas características visuais com importância alta, 80% de coincidências nas características visuais com importância média e 80% de coincidências nas características visuais com importância baixa.

Assim, o comparativo das características visuais das garrafas em tela resulta no seguinte quadro:

QUADRO COMPARATIVO DE CARACTERÍSTICAS VISUAIS DA GARRAFA DO DI5500790-2 COM AQUELAS APRESENTADAS PELA GARRAFA DO MI5300313

	Característica visual da garrafa do DI5500790-2	Importância no conjunto visual	Está presente no MI5500313?	Observações	Figura comparativa
1	É constituída por corpo oco cilíndrico.	Alta	Sim	Ambas as garrafas possuem formato predominantemente cilíndrico.	1
2	Referido corpo apresenta largo rebaixo envolvente e de pouca profundidade para acomodação de rótulo.	Alta	Sim	Ambas as garrafas apresentam no setor médio de seu corpo cilíndrico um rebaixo.	1
3	A lateral da área próxima da base possui estreita faixa envolvente e com pluralidade de saliências verticais decorativas.	Alta	Não	A garrafa do MI550031 apresenta nessa região rebaiços retangulares	1
4	A base possui uma reentrância abaulada.	Baixa	Sim	A garrafa do MI550031 também apresenta essa característica.	2

5	A base se apresenta lisa, sem nervuras	Baixa	Não	A garrafa do MI550031 apresenta nervuras na base.	2
6	Superiormente a garrafa possui afunilamento arredondado que termina em bocal.	Alta	Sim	Ambas as garrafas apresentam o mesmo afunilamento arredondado na parte superior	1
7	Referido afunilamento superior apresenta rebaixo para travamento de selo plástico de garantia do conteúdo.	Média	Sim	Ambas as garrafas apresentam esse rebaixamento	1
8	A garrafa incorpora em sua porção superior um elemento circular em relevo.	Alta	Não	A garrafa do MI550031 não apresenta esse elemento	1
9	Bocal para colocação da tampa apresentando-se liso, sem frisos.	Média	Não	A garrafa do MI550031 apresenta frisos na região da tampa	1

Temos então:

- Total de características visuais consideradas: 9
- Total geral de coincidências: 5 (55,5%)
- Total de características visuais com importância alta consideradas: 5
- Total de características coincidentes: 3 (60%)
- Total de características visuais com importância média consideradas: 2
- Total de características coincidentes: 1 (50%)
- Total de características visuais com importância baixa consideradas: 2
- Total de características coincidentes: 1 (50%)

5. CONCLUSÕES

Foram realizadas comparações entre as características visuais da garrafa protegida pelo DI5500790-2 e aquela protegida pelo MI5300313, sendo obtidos os seguintes resultados:

- Total de características visuais consideradas: 9
- Total geral de coincidências: 5 (55,5%)
- Total de características visuais com importância alta considerada: 5
- Total de características coincidentes: 3 (60%)
- Total de características visuais com importância média considerada: 2
- Total de características coincidentes: 1 (50%)
- Total de características visuais com importância baixa considerada: 2
- Total de características coincidentes: 1 (50%)

ANEXO 3 – CRONOLOGIA DE MOVIMENTOS DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DA GARRAFA AMBEV 630 ml.

09.10.1997

O Ministério Público Federal editou a Portaria n. 01/97, tornou público o compromisso firmado entre o Poder Público e os fabricantes de vasilhames de vidro e fabricantes de cerveja, entre outros, o que se chamou de *Código de Auto-Regulamentação para produção, engarrafamento, circulação, estocagem e comercialização de bebidas carbonatadas* (cervejas e refrigerantes) *em vasilhames de vidro*.

28.05.2001

Foi firmado o Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) de número 34, entre o Ministério Público do Estado de São Paulo, o Sindicato Nacional da Indústria da Cerveja (SINDICERV), a AmBev e a Cervejaria Kaiser.

Segundo o termo, “*o SINDICERV obriga-se a orientar as suas filiadas a proceder à substituição das garrafas comuns, do tipo “A”, que cada uma delas distribuiu no mercado de consumo no prazo de sete anos, contados a partir de sua respectiva colocação*”.

Por sua vez, a AmBev e a Kaiser “*obrigam-se a proceder à substituição das garrafas comuns, do tipo “A”, que colocaram no mercado de consumo no prazo de sete anos, contados a partir da sua respectiva colocação*”.

O Referido TAC possibilitou que as garrafas tipo “A”: (i) fossem substituídas por garrafas mais seguras, com menor risco de explosão e quebra; e (ii) de uso exclusivo das cervejarias, uma vez que contêm a palavra *Cerveja* em altorrelevo, na parte superior. As novas garrafas, que passaram a ser o padrão do mercado de cerveja, são conhecidas como Garrafa Sindicerv ou Garrafa ‘635’.

Fins de 2007

Em fins de 2007, a AMBEV realizou o lançamento da Garrafa AmBev 630, inicialmente restrita ao Estado do Rio Grande do Sul, para a venda de Bohemia, provocando receio dos concorrentes sobre o impacto da nova garrafa ornamentalmente diferenciada no mercado de cerveja.

29.02.2008

A AmBev declarou ao Valor Econômico que as novas garrafas seriam utilizadas pela marca Bohemia no Rio Grande do Sul, e, posteriormente, possivelmente seriam utilizadas em outra praça. As concorrentes, entretanto, rezearam o declarado e a utilização da Garrafa AmBev 630 ml nos demais pontos de venda em todo o Brasil, que tal iniciativa fosse a introdução dos novos vasilhames nos pontos de venda utilizados em outras marcas da AmBev, culminando no fechamento do mercado de distribuição de cervejas por meio das embalagens retornáveis.

Devido ao descumprimento do afirmado inicialmente pela AMBEV, houve a introdução da cerveja Skol, no Rio de Janeiro, com o novo vasilhame diferenciado – Garrafa AmBev 630 – com características estético-ornamentais personalizadas, podendo ser utilizadas pela representada para outras marcas dessa companhia. Com isso, criou-se para as concorrentes o risco de efetivo fechamento do mercado de distribuição de cervejas aos vasilhames retornáveis de 600 ml, pois não contavam com os vasilhames com a diferenciação ornamental acrescida pela AmBev.

12/03/2008

Depois de lançar o vasilhame, inicialmente limitado ao Rio Grande do Sul, a AmBev lança no Rio de Janeiro o mesmo vasilhame com a marca Skol.

REPRODUÇÃO DAS INSTRUÇÕES DA AMBEV AOS PONTOS DE VENDA PARA A TROCA DE GARRAFAS, CF. ENCARTE PUBLICITÁRIO SKOL	
Regras Gerais	A partir de 12/3, você só receberá Skol em garrafas de 630 ml. A AmBev trocará as garrafas de 600 ml por garrafas novas de 630 ml sem mudança de preço. Assim, não há necessidade de repasse de preço ao consumidor.
Período 1 - Troca das Garrafas: 12.03.2008 a 27.03.2008 (duas semanas)	Você poderá retornar a garrafa atual de 600 ml e a garrafa nova de 630 ml nos engradados de Skol. Os engradados de Antarctica e Brahma podem receber apenas as garrafas atuais de 600 ml. Essa separação é essencial para garantir que o processo de compra e venda continue ocorrendo normalmente. Trocaremos apenas seu volume habitual de Skol, pois você precisará de garrafas de 600 ml para cobrir seu giro de outras marcas.
Período de Reajuste: (uma semana)	Se você quiser, poderá trocar garrafas de 630 ml em excesso por garrafas de 600 ml.
Período 2 - Regime Normal de Operação	O engradado de Skol não poderá receber mais garrafas de 600 ml. Serão recebidas apenas garrafas de 630 ml. Os engradados de

	Antarctica e Brahma continuarão recebendo apenas garrafas de 600 ml. Continuaremos a ter dias determinados nos quais você poderá trocar as garrafas de 630 ml por garrafas de 600 ml.
--	---

03/04/2008

A Associação dos Fabricantes de Refrigerantes – AFEBRAS, em conjunto com a Indústria e Comércio de Bebidas Imperial S/A (Cerveja Imperial) e a Associação Brasileira de Bebidas – ABRABE – apresentam perante a Secretaria de Direito Econômico – SDE, Departamento de Proteção de Defesa Econômica, Procedimento Administrativo investigativo de número 08012.002474/2008-24, em face da Companhia de Bebidas da América – AMBEV.

Em resumo, as representações insurgem-se face à conduta da Representada (AMBEV) consistente na introdução no mercado de cervejas de uma garrafa de vidro retornável diferenciada esteticamente, com capacidade de 630 ml, de cor âmbar, com a inscrição ornamental em altorrelevo *AmBev* na parte superior da garrafa e *Qualidade AmBev*, na parte inferior, imprimido um padrão ornamental na parte superior da garrafa (doravante Garrafa AmBev 630).

Segundo as Representantes, as garrafas retornáveis são de uso comum, utilizadas há mais de cem anos pelo sistema de distribuição de cervejas, pela troca de garrafas vazias por cheias, independentemente de sua marca, pró-competitivas, eficiente quanto à logística de escoamento da produção e distribuição, dando maior agilidade e menores custos aos agentes econômicos.

Além do argumentado, destacam as representantes que a Ambev, para comercializar seu produto, pode continuar utilizando tanto as garrafas comuns quanto as personalizadas, e os seus concorrentes só podem utilizar as garrafas de uso comum, motivo pelo qual geraria aumento nos custos de produção e distribuição de cervejas apenas aos concorrentes.

As empresas Representantes apontaram os custos impostos pela introdução da garrafa diferenciada:

- Necessidade de reposição das garrafas drenadas;
- Custo de separação dos vasilhames;
- Custo de devolução dos vasilhames da AmBev eventualmente recolhidos, e,

- Incremento de tempo médio para a completude do ciclo de produção/distribuição, devido ao aumento de tempo de escoamento da produção e dos gastos com logística.

Ponto importante, quanto ao aspecto concorrencial, é o receio para as recorrentes de uso pela recorrida da estratégia de simples controle de reposição das garrafas de 600 ml aos pontos de venda. Tal gerência gera controle dos vasilhames de uso comum do mercado pelo tempo que essa achar necessário, priorizando a introdução dos vasilhames diferenciados, o que dificultaria a expansão das vendas dos rivais no curto prazo.

Alegam que tal conduta é anticoncorrencial e constitui abuso de posição dominante prevista pela Lei n. 8.884/94, pois altera a dinâmica do mercado de forma a diminuir a possibilidade de concorrentes ganharem participação de mercado, busca fidelização do ponto de venda, aumenta os custos extras aos concorrentes e causa possível prejuízo aos consumidores.

04.04.2008

A SDE oficializa a AmBev para que se manifeste sobre as representações, que apresente dados de mercado: participação, frequência média de visitas do distribuidor aos pontos de venda e quantidade produzida da Garrafa Ambev 630, na própria fábrica da empresa, desde o início da produção.

28.04.2008

A AMBEV Representada apresentou manifestação, alegando a improcedência das representações, requerendo o arquivamento do procedimento administrativo (fls. 550/614).

A manifestação é estruturada em torno de três pontos:

Primeiro, a Legitimidade e racionalidade da conduta para:

- a) Combater a onda de falsificações de cervejas da Skol no Rio de Janeiro,
- b) Atribuir maior diferenciação ao produto, e
- c) Garantir maior segurança ao consumidor.

Segundo, a Impossibilidade de enxugamento das garrafas de 600 ml do mercado;

Terceiro, a Inexistência de prática anticoncorrencial:

- a) O vasilhame de cerveja não seria uma *essential facility*;

- b) Não haveria aumento no custo ou na criação de dificuldades para os concorrentes:

09.05.2008

A SDE requisitou da Representada o número de fábricas de cerveja da empresa e a área de abastecimento de cada fábrica. Resposta confidencial.

15.05.2008

A Cervejaria Petrópolis S.A. apresentou os custos extraordinários decorrentes da introdução da *Garrafa AmBev 630* no mercado.

16.05.2008

Atendendo a sugestão da Cervejaria Petrópolis, servidores da SDE visitam fábrica da Cervejaria Petrópolis, no Estado do Rio de Janeiro, com vistas a verificar as alegações de que a introdução da *Garrafa AmBev 630* traria custos adicionais na linha de produção e na rede de distribuição das cervejarias concorrentes.

Neste mesmo dia, servidores da SDE visitaram 32 pontos de venda de cervejas na cidade do Rio de Janeiro (entre bares, restaurantes e adegas), questionando-os sobre a mudança na dinâmica de troca de vasilhames e nas suas vendas em decorrência da introdução da *Garrafa AmBev 630*.

O relatório destacou que em 78% dos pontos de venda entrevistados informaram que a operação diária de troca de vasilhames de cerveja passou a demandar mais tempo e/ou trabalho em função da necessidade de separação das garrafas.

Perguntados sobre *o que aconteceria se todas as outras marcas de cerveja da AmBev passassem a ser vendidas na nova garrafa AmBev 630 ml*, 28,1% responderam que teriam menos trabalho na separação das garrafas, 9,3% afirmaram que o PDV só compraria AmBev para ter menos trabalho, não precisando separar as garrafas, 22% afirmaram que faltaria vasilhames para os concorrentes da AmBev, 37,5% disseram que a situação não mudaria para o ponto de venda e 3% não souberam responder.

20.05.2008

A Kaiser apresenta cópia de decisão judicial, datada de 08.05.2008, onde se deferiu a tutela antecipatória para suspender os efeitos dos registros de desenho industrial relativos à

Garrafa AmBev 630, concedidos à AmBev junto ao Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI.

Em síntese, destacou-se que as diferenças entre a nova garrafa da AmBev e a garrafa padrão são muito sutis e que (...) *todas as concorrentes da AmBev, em razão da dificuldade de distinção entre as garrafas nas máquinas inspetoras, estarão reiteradamente sujeitas à prática de crime de contrafação de desenho industrial (...).*

A decisão foi proferida pelo Exmo. Juiz Federal Victorio Giuzio Neto:

O exame dos elementos informativos constantes nos autos, notadamente os desenhos industriais, objeto de registro, revelam, como não poderia deixar de ser, uma extraordinária semelhança entre as garrafas adotadas pelo mercado (...).

Fosse a embalagem original, a permitir ictu oculi a sua diferenciação, ou ainda, que exibisse dimensões tais que viessem a impedir seu trânsito pelos mecanismos automáticos das esteiras de abastecimento, não se relutaria em afirmar como improcedentes as alegações da KAISER (...).

Nas circunstâncias, são as sutilezas da diferenciação da embalagem, combinadas com a concreta ameaça constante no item 7 da notificação encaminhada pela AmBev à Cervejaria Kaiser, que recomenda a suspensão dos efeitos dos registros dos desenhos industriais (...)

Fosse, nas circunstâncias, um desenho que se apresentasse com características inovadoras, como as que se observam em determinados frascos de perfumes (para permanecerem no campo das embalagens) que graças à forma, cor e dimensões revelam-se como verdadeiras obras de arte a distinguir-se dos demais, a solução poderia ser outra.

Da mesma forma se o emprego da embalagem fosse para uso promocional, sem retorno.

Maio de 2008

Graças à semelhança existente entre a Garrafa Ambev 630 e as garrafas de uso comum Sindicerv, a dificuldade gerada na diferenciação e nas alegações de custos aos concorrentes rivais de separação nos pontos de vendas, distribuição e linhas de produção, a SDE instaurou o Processo Administrativo nº 08012.002474/2008-24 com vistas a apurar a possibilidade de ocorrência de infração à ordem econômica.

Por cautela, privilegiando a devida averiguação, em vista do risco de dano irreparável e iminente ao mercado, a SDE adotou medida preventiva para restabelecer a concorrência, a qual foi posteriormente reformulada pelo CADE no sentido de determinar à AmBev que:

- Abstenha-se de engarrafar qualquer outra marca de cerveja que não Bohemia, no Estado do Rio Grande do Sul, e Skol, no Estado do Rio de Janeiro, nas garrafas proprietárias de 630 ml;
- Abstenha-se de distribuir as cervejas Bohemia envasadas nas garrafas proprietárias 630 ml em outros Estados além do Rio Grande do Sul;
- Abstenha-se de distribuir cervejas Skol envasadas nas garrafas proprietárias 630 ml em outros Estados além do Rio de Janeiro;
- Disponibilize o sistema de troca de garrafas, além de outras cominações.

As empresas Representantes, após concluírem que a conduta da Representada constituía abuso de posição dominante, apontando à Secretaria de Direito Econômico o fato de a AmBev estar alterando a dinâmica de mercado, ameaça que afetaria a possibilidade dos concorrentes de ganharem participação no mercado, pela imposição de aumento de custos a esses, com a garrafa personalizada buscar fidelizar os pontos de venda, junto à representação anexaram os seguintes documentos de caráter probatório, destacando-se:

(i) Análise econômica sobre os impactos da conduta da AmBev no mercado de refrigerantes regionais (AFREBRAS);

(ii) fotos dos vasilhames de vidro nos tipos liso, cerveja (com essa palavra em altorrelevo) e personalizado AmBev (AFREBRAS);

(iii) filme em DVD demonstrando a rapidez com que opera a linha de produção e a impossibilidade de separação das garrafas por tipo (ABRABE);

Reportagem do Valor Econômico de 29.02.2008, no qual consta declaração da AmBev de que utilizaria a garrafa diferenciada apenas no Estado do Rio Grande do Sul (ABRABE);

Folder da campanha da AmBev (ABRABE);

Reclamações dos pontos de venda sobre a imposição de troca da garrafa padrão pela Garrafa AmBev 630 (ABRABE);

Fotos que comprovariam a utilização da Garrafa AmBev 630 em outras marcas da AmBev e não apenas na Skol (ABRABE).

Assim, por entender a ABRABE que toda garrafa retornável posta em circulação, também, qualquer que seja o seu tamanho, deve se prestar à utilização do sistema comum de distribuição, não podendo ser de uso exclusivo. Por essas alegações, seria incontestável, portanto, que a AmBev estaria praticando infração à ordem econômica, nos termos do art. 20 e art. 21, incisos IV, V, VI, IX, X, XV, XXIII e XXIV da Lei nº 8.884/94, alegando como:

O *fumus boni iuris* protesta a representante pela adoção da medida preventiva, no caso do litrão, do lançamento de garrafa de um litro ornamentada pela AmBev, não significa a exploração de um novo *nicho de mercado*, mas indução ao aprisionamento do consumidor e contribuição para a destruição da intercambialidade entre as garrafas padrão.

Seriam potenciais danos à ordem econômica pelo esvaziamento da plataforma de distribuição compartilhada há anos, comprometendo a concorrência saudável em todo o território nacional, caso essa introdução fosse estendida às demais regiões do país.

O *periculum in mora* precaver danos de difícil reparação e reversão pela perda da participação de mercado pelos concorrentes é a cautela que se espera, especialmente no período de verão que se avizinhava, pela impossibilidade de troca de vasilhames infungíveis e diferentes em circulação, levando ao aprisionamento dos consumidores e varejistas às marcas da AmBev.

Em sendo assim, requereu a Representante:

- a) Que a AmBev se abstenha imediatamente de introduzir no mercado ou de se valer de garrafas retornáveis que não sejam passíveis de utilização pelas demais cervejarias;
- b) Que retire de circulação todas as garrafas exclusivas que não sejam passíveis de utilização por outras cervejarias e que, por ventura, já estejam nos pontos de venda ou em posse dos consumidores, substituindo-as por garrafas de uso compartilhado, ainda que na mesma pretendida capacidade volumétrica inovadora, revertendo à situação anterior.

15/06/2008

Recurso Voluntário

EMENTA: Recurso Voluntário. Medida preventiva imposta pela SDE. Investigação de conduta no art. 20, incisos I, II e IV c/c o art.21, incisos IV, V e VI da lei 8884/94. Mercado relevante regional de cerveja. Introdução de garrafas de cervejas retornáveis proprietárias – Garrafas AmBev 630 ml. Parecer do ProCADE pelo provimento parcial para reforma da medida preventiva. Preliminares de ofensa ao contraditório e à ampla defesa afastada. Presença de *fumus boni iuris*, Aumento de custos dos rivais. Fechamento de mercado, presença de *periculum in mora*. Presença de *periculum in mora reverso* da decisão da SDE. Custos altos de recolhimento das garrafas 630 ml, estocagem de garrafas e danos à marca. Ampliação do uso da garrafa em outros Estados tornaria a conduta irreversível por impossibilidade de se recolher as garrafas 630 ml se, na decisão final do processo, esta conduta for considerada ilícita. Provimento parcial. Reforma da medida preventiva. Manutenção das garrafas AmBev 630 ml somente na marca Skol com distribuição no Estado do Rio de Janeiro e na marca Bohemia no Estado do Rio Grande do Sul. Imposição de mecanismo de trocas de garrafas.

25.06.2008

Despacho do Conselheiro no Recurso Voluntário nº 08700.002874/2008-8, referente à Medida Preventiva, Recorrente: Companhia de Bebidas das Américas – AMBEV, na forma do artigo 122 do Regimento Interno deste Conselho: *Determino que os interessados no Recurso Voluntário nº 08700.002874/2008-81, referente à Medida Preventiva decretada no Processo Administrativo 08012.002474/2008-24, (...) manifestem-se no prazo de 10 (dez) dias, contados a partir da publicação deste despacho, para ingressarem na lide como litisconsortes passivos necessários. Publique-se no Diário Oficial da União. Procurador.*

Ao introduzir no mercado uma garrafa personalizada, retornável, âmbar, a Garrafa AmBev 630, com a silhueta dita pouco diferenciada com relação à garrafa de 600 ml, de uso comum, com a inscrição em alto relevo decorativo *AmBev* na parte superior e *Qualidade AmBev* na parte inferior, e com capacidade de 630 ml.

Tendo em vista a grande semelhança existente entre a Garrafa AmBev 630 e as garrafas de uso comum Sindicerv e a consequente dificuldade gerada na diferenciação e separação de garrafas nos pontos de vendas, distribuidores e linhas de produção (a garrafa

privativa AmBev 630 cabe nas garrafeiras (transportadoras plásticas) padrão 600 ml e na linha de produção dos concorrentes).

Em vista do risco de dano irreparável e iminente ao mercado, a SDE também adotou medida preventiva para restabelecer a concorrência, a qual foi posteriormente reformulada pelo CADE no sentido de determinar à AmBev que:

Abstenha-se de engarrafar qualquer outra marca de cerveja que não Bohemia, no Estado do Rio Grande do Sul, e Skol, no Estado do Rio de Janeiro, nas garrafas proprietárias de 630 ml;

Abstenha-se de distribuir as cervejas Bohemia envasadas nas garrafas proprietárias 630 ml em outros Estados além do Rio Grande do Sul;

Abstenha-se de distribuir cervejas Skol envasadas nas garrafas proprietárias 630 ml em outros Estados além do Rio de Janeiro;

Disponibilize o sistema de troca de garrafas; além de outras cominações, nos termos do voto do Relator do Recurso Voluntário nº 08700.002874/2008-81.

23 e 24 de julho de 2008

Na 426ª Sessão Ordinária se destaca o Recurso Voluntário nº 08700.002874/2008-81 interposto pela Companhia de Bebidas das Américas – AmBev – contra a decisão da Secretaria de Direito Econômico – SDE, que impôs Medida Preventiva nos autos do Processo Administrativo nº 08012.002474/2008-24, o qual investiga os possíveis danos à concorrência, causados pela adoção de um novo modelo de garrafas de cerveja pela AMBEV.

O Conselho julgou, por maioria, conheceu o recurso, dando-lhe provimento parcial, reformando a medida preventiva imposta pela SDE. Segundo os termos do voto do relator, o Conselheiro Luiz Carlos Prado, a AmBev deve abster-se de engarrafar qualquer outra marca de cerveja que não Bohemia, no Estado do Rio Grande do Sul, e Skol, no Estado do Rio de Janeiro, nas garrafas proprietárias de 630 ml.

Assim, a empresa não poderá utilizar as novas garrafas em outras unidades da Federação nem para outras marcas. A AmBev deve ainda disponibilizar um sistema de troca das garrafas de 630 ml que em poder de empresas concorrentes, conforme modelo descrito no voto do relator.

Ressalte-se que esta decisão refere-se apenas ao Recurso Voluntário da AmBev. Assim, o Processo Administrativo continua em curso na SDE e, ao final da instrução, será encaminhado ao CADE para o julgamento definitivo da questão.

28.09.2009

Embargos de Declaração. Objetivo de sanar obscuridades, contradições e omissões.

Apontada contradição na decisão que, embora tenha reconhecido a presença dos requisitos legais para decretação da medida preventiva, reconhecendo custos aos rivais da AmBev, ainda assim autorizava a distribuição e o engarrafamento nas garrafas de 630 ml, no Rio de Janeiro e no Rio Grande do Sul, com os custos da troca dos vasilhames divididos entre concorrentes.

Existindo tais requisitos, a medida preventiva devesse resguardar o funcionamento do mercado pela possibilidade de resultado eficaz do processo administrativo, qual seja evitar distribuir custos entre concorrentes, apontados os prejuízos irreversíveis que poderão acontecer no mercado concorrencial em tal decisão contraditória em si mesma, posto que lesiva ao consumidor e enseja prática anticoncorrencial.

Diante da contradição, resolveu o Ministério Público Federal opinar pelo conhecimento e provimento aos Embargos Declaratórios para não autorizar distribuição e engarrafamento.

18/03/2010

Foi apresentada ao CADE proposta de Termo de Compromisso de Cessação – TCC, formulada pela AmBev, com base no pedido de Investigação apresentado a SDE, quanto da apuração à ocorrência de infrações de ordem econômica pela introdução das garrafas AmBev 630 ml no mercado de cervejas, gerando custos adicionais aos concorrentes, todos participantes de um sistema de compartilhamento de vasilhames de 600 ml.

15/04/2010

Apresentada proposta de TCC pela requerente da Investigação, cópias enviadas a SDE por meio de despacho (n. 13/CERJ/2010) à Comissão de Negociação, que teve vida útil até 25 de agosto de 2010, quando encerrado o procedimento, por despacho n. 25/CERJ/2010, e a procuradoria do CADE – ProCADE – e ao Ministério Público Federal – MPF – para apreciação e pareceres da versão final do TCC.

Os argumentos destacados pelas empresas representantes no TCC:

A AmBev se abster de colocar no mercado novas garrafas de 630 ml, e

A AmBev ser obrigada a retirar de circulação a totalidade de garrafas 630 ml presentes no mercado, por meio de sua substituição por garrafas comuns.

Os argumentos da representada AmBev no TCC:

A garrafa de 630 ml seria uma inovação empresarial, com ganho de bem-estar aos consumidores, ao inibir a pirataria;

A AmBev não avançaria no parque de garrafas comuns pertencentes as suas concorrentes;

Vasilhames de cerveja não são *essential facilities*;

A introdução da garrafa não aumentaria os custos de seus rivais ou representaria uma criação de dificuldades artificiais para a sobrevivência deles, alegando ausência de requisitos para a concessão de medida preventiva.

20/10/2010

A SDE apresenta o TCC – Requerimento n. 08700.001238/2010-57 – tendo como requerente a AmBev.

No temo da Ementa se destaca a intenção de cessação de suposta elevação artificial de custos dos concorrentes e fechamento de mercado de cervejas por meio do envase de garrafa AmBev 630 ml, pugnando pela suspensão do Processo administrativo n. 08012.002474/2008-24 e do Recurso Voluntário n. 08700.002874/2008-81 com relação ao compromissário (Ambev), tendo a negociação se encaminhado pela via confidencial.