

Tratando-se de marca apresentada na forma mista, merece o seu conjunto receber a proteção legal.

Desta forma, entendemos que não há que se falar em violação de marca, posto que a marca utilizada para distinguir os serviços prestados pelo Sebrae-SP é "Ligue-Licitação" e não "Disque-Licitação".

Em conclusão, a sentença recorrida é absolutamente inadequada à espécie. O raciocínio do MM. Juiz prolator da sentença de 1ª Instância é simplista: se as marcas se parecem, os *softwares* também se parecem!!!...

No caso vertente a recíproca é verdadeira: as marcas não se parecem, já que foram ambas registradas pelo INPI.

Logo (na conformidade do exaustivo laudo técnico do *expert judicial*) os programas (softwares) também não se parecem.

Esse o nosso parecer.

São Paulo, 27 de Agosto de 2004.

EDMIR NETTO DE ARAUJO
NEWTON SILVEIRA

Direito Autoral sobre Programa "Shop Tour"

10/10/2005

PARECER

CONCORRÊNCIA DESLEAL – PRETENSOS ATOS CONFUSÓRIOS – PROGRAMA TELEVISIVO DE VENDAS REGISTRADO NA BIBLIOTECA NACIONAL

Breve Histórico da Lide

Acha-se em curso, perante a 37ª Vara Cível desta Capital, ação ordinária em que contendem, de um lado, BOX 3 VÍDEO PUBLICIDADE E PRODUÇÕES LTDA. e LUIZ ANTÔNIO CURY GALEBE (autores) e, de outro, CANAL BRASILEIRO DA INFORMAÇÃO – CBI LTDA. (ré).

Alega a inicial que

“uma das obras de audiovisual pertencentes e veiculadas pela empresa requerente é a marca (*sic*) Shop Tour, desenvolvida pelo co-autor, e registrada, como obra intelectual, na Biblioteca Nacional do Ministério da Cultura, o que se pode constatar do Termo de Registro de Obras Intelectuais nº 67.540, datado de 20 de dezembro de 1990, no Livro do Tombo nº 78, folhas 277 (doc. nº 04)”.

E acrescenta:

“A obra transformou-se em um programa de vendas pela televisão, que já está no ar há mais de 18 (dezoito) anos e que, além de ser um sucesso absoluto, não para de crescer e desenvolver novos atrativos, aumentando o número de telespectadores e clientes”.

E, ainda, que:

“A Requerida, CANAL BRASILEIRO DE INFORMAÇÕES – CBI LTDA., foi parceira da Requerente, veiculando o programa Shop Tour por 22 (vinte e duas) horas diárias, nos Canal 16 UHF e simultaneamente pelo Canal 23 da NET (empresa de TV a cabo), sendo certo que o contrato verbal firmado entre as partes vigorou durante aproximadamente 11 (onze) anos!”

Em 20/12/2004, a ré (CBI) notificou a 1ª autora (BOX 3), nos seguintes termos:

“Em consonância com nossas tratativas anteriores e o que ficou entre nós avençado, vimos confirmar-lhes que estaremos transmitindo o programa “Shop-Tour”, tão-somente até o dia 31/03/2005”.

Aduz a inicial que,

“posteriormente, após o desligamento das duas empresas litigantes... a Requerida estava aliciando os clientes das Requerentes, propondo-lhes que divulgassem seus produtos no canal CBI (empresa Ré), no programa “MIX TV”, por esta “desenvolvido”... (item 19), ou seja, “o fornecedor mantém a exibição de seu produto no mesmo canal...” (item 20).

Mais adiante (item 34), os autores declaram ter executado uma gravação em vídeo,

“no período de 30/04/2005 a 04/05/2005, demonstrando a identidade entre o programa Shop-Tour e o programa apresentado pela Requerida, intitulado “Mix TV”. E, que “a gravação mostra uma comparação entre os dois, intercalando-os. Os fornecedores mostram seus produtos no programa da Requerida e posteriormente o mesmo cliente mostra seus produtos no Shop-Tour. É patente a contrafação: o estilo dos programas, a disposição das informações na tela, o estilo dos apresentadores ou até os mesmos apresentadores...”

E, no item 43 da inicial:

“Veja-se a situação: programa idêntico, mesmo canal, mesmos apresentadores, mesmos fornecedores! Esta prática não é favorável ao consumidor e também pouco saudável no exercício da concorrência de mercado!”

6. Ou, no item 52:

“Alguns clientes enviaram comunicação por escrito aos Requerentes informando que haviam recebido proposta mais vantajosa da empresa Requerida – CBI, mas, no entanto, não pretendiam deixar de anunciar no Shop Tour em virtude do bom relacionamento entre os Requerentes e seus clientes, também “sugerindo” que lhes fossem dados descontos.”

No item 55, os autores destacam as características essenciais do que denominam obra intelectual Shop Tour:

“a venda de produtos pela televisão, na forma de rápidas entrevistas de tipo jornalístico, através da qual a equipe do programa vai até o cliente, grava a exibição de um produto. Enquanto são mostradas as imagens e o fornecedor e/ou o apresentador do Shop Tour apresentam o produto, imagens embaixo da tela mostram o endereço do cliente, o telefone para contato, preços ou formas de pagamento... exatamente como procura fazer o programa da Requerida, “Mix TV”!”

Por isso, concluem os autores pela ocorrência de atos de concorrência desleal:

“A lei confere a liberdade comercial, mas, ao mesmo tempo, polícia os atos praticados para evitar que os consumidores sejam induzidos a erro e/ou confusão, bem como para proteger e regularizar a concorrência” (item 59).

Afirmam os autores que

“foram aproximadamente 11 (onze) anos de relacionamento entre as empresas aqui litigantes. Tempo mais do que suficiente para a Requerida conhecer inúmeros detalhes do programa Shop Tour exibido em sua emissora, bem como os clientes, as técnicas, as estratégias!” (item 63 – grifos nossos).

E, assim, acusam a ré de empregar meio fraudulento para desviar clientela de outrem (Art. 195, III, da Lei de Propriedade Industrial – item 69 da inicial) e de usar idéia alheia (item 85). E, ainda, que

“a concorrência desleal tem ainda outros desdobramentos. Gera no mercado a dúvida do anunciante sobre o resultado do anúncio e para o consumidor a confusão, vedada pelo Código de Defesa do Consumidor” (item 87). Mais: “Numa situação normal seus clientes migrariam consigo para o canal 46. Só não o fizeram porque a ré, tanto quanto já se disse, captou a clientela, numa evidente prática de concorrência desleal” (item 89).

Talvez insatisfeitos com o argumento da concorrência desleal, os autores retornam, no item 92, ao tema do direito autoral. E, nessa senda, buscam outras figuras jurídicas:

“A Requerida se apoderou da identidade dos Requerentes e do programa Shop Tour! A CBI se transformou em Shop Tour e defraudou o fundo de comércio dos Autores...” (item 110). Ou a proteção às marcas (item 119)...

Ao final, requereram os autores, a par da antecipação de tutela, ser condenada a ré “a se abster, em caráter definitivo, da exibição do programa “Mix TV”, ou qualquer outro que implique contrafação do programa Shop Tour”, bem como ao pagamento de danos materiais, lucros cessantes e danos morais.

A fls. 49 dos autos encontra-se o mencionado certificado de direitos autorais nº 67.570, emitido pela Fundação Biblioteca Nacional, da “obra” Shop Tour, mencionando ter a mesma 7 páginas e ter sido cedida pelo autor à empresa SHOP TOUR INTERNATIONAL CORPORATION, com a observação “foi apresentado o contrato comprobatório de cessão de direitos patrimoniais de autor”.

A fls. 85 acha-se a notificação datada de 20/12/04 (dirigida pela CBI à Shop-Tour TV Ltda.) e a resposta desta, a qual assim inicia:

“Nos termos de sua missiva datada de 20 de dezembro de 2004 valemo-nos da presente para reiterar nossa concordância com a data do prazo de 31 de Março próximo futuro como aquele em cujo qual (*sic*) cessará em definitivo nosso vínculo comercial...”

A fls. 174 e segs. foi juntado aos autos parecer subscrito pela advogada Lilian de Melo Silveira. Dito parecer analisa o litígio exclusivamente pelo ângulo da concorrência desleal. No item I (Dos Fatos) afirma a parecerista que

“o programa Shop Tour de sua titularidade (BOX 3), consiste na prestação de serviços em que um determinado comerciante é apresentado ao público, informando sua localização, divulgando seus produtos, preços e promoções, na tentativa de estimular o seu consumo.” (grifos nossos)

Prossegue, nesse mesmo item, a parecerista:

“Após a saída do programa Shop Tour de sua programação, o canal CBI passou a exibir o programa MIX TV, em que seus apresentadores vão aos estabelecimentos dos seus clientes, os quais anunciam seus produtos ao público consumidor.” (grifos nossos)

Ao final do item I, esclarece a ilustre parecerista:

“Estuda-se aqui se a CBI vem cometendo atos de concorrência desleal ao ter criado o programa MIX TV após o programa Shop Tour ter mudado para outro canal, e ter também contratado para a apresentação de tal programa a Sra. Jane Matil Baruque Marques, ex-apresentadora do programa Shop Tour”. (grifos nossos). Acrescenta que a CBI estaria assediando os clientes do Grupo Shop Tour e oferecendo preços muito abaixo do mercado.

No item II (Do Direito) a ilustre parecerista elenca a legislação, doutrina e jurisprudência que julgou aplicáveis ao caso. No item III (Dos documentos entregues), a parecerista menciona documentos que enfatizam a participação da apresentadora Jane Matil nos programas Shop Tour e Mix TV e de anunciantes de ambos os programas.

Finalmente, no item IV (Dos quesitos), a parecerista apresenta suas conclusões, entre as quais se destacam:

- “... para amealhar a clientela do grupo Shop Tour, a CBI criou um programa no mesmo formato do Programa Shop Tour para ser transmitido na emissora de TV em que a requerente apresentou seu programa... Além disso, também contratou como apresentadora a Sra. Jane Matil Baruque Marques... Tal conduta poderá induzir o consumidor em erro quanto à origem da prestação de serviços...” (quesito 2);

- “... a ex-funcionária do Programa Shop Tour... pôde repassar à requerida todas as informações de que tinha conhecimento sobre o formato do programa e sua dinâmica... a CBI teve acesso à carteira de clientes do Grupo Shop Tour...” (quesito 3).

O signatário deixa de compor o presente relato com a concessão de medida cautelar, o correspondente agravo da ré e dos documentos que o instruíram, eis que veio a ser dado provimento ao mencionado agravo, devolvendo tudo ao *status quo ante*. Dessa forma, comporão o presente relato a contestação e, em seguida, os termos do acórdão proferido naquele agravo.

Veio a contestação a fls. 470 e segs. Descreve a resposta da ré que a ação se baseia em “alegada concorrência desleal, com aceno à violação de supostos direitos autorais relacionados ao Roteiro Audiovisual do programa Shop Tour, que decorreria da exibição, pelo CANAL BRASILEIRO DA INFORMAÇÃO – CBI, do programa MIX TV”.

Desde logo, adverte a ré que a ação dos autores,

“na prática, buscando impedir a livre concorrência, quer estabelecer verdadeiro monopólio sobre um simples formato de programa de vendas televisivo, que não se encontra ao abrigo da lei de regência, descabendo falar-se em contrafação ou em concorrência desleal”.

Cita, em abono de sua posição, acórdão proferido na Apelação Cível nº 224.654-1, proferido em outra ação que também se fundava em alegada contrafação do roteiro do Shop Tour, registrado sob nº 67.570/90 na Biblioteca Nacional.

Referido acórdão concluiu que:

“a apresentação do programa, o modo de se ofertar o produto, a exteriorização publicitária não são apropriáveis juridicamente... A concepção de um tipo de programa, especificamente para detalhar mercadorias e incentivar sua comercialização, nada tem de original, tratando-se de assunto abordável a todos que se dedicam a esse tipo de atividade...”

Esse acórdão foi confirmado pelo STJ no REsp nº 112.280-SP, do qual se destaca que:

“O único fato que reconheceu foi a similitude no assunto (método de venda)”.

Mais adiante, alega a ré ser a originalidade

“requisito indispensável para a concessão da proteção autoral” (item 41), a qual inexistiria no presente caso, conforme parecer a fls. 350/351.

Além disso, menciona o art. 8º da Lei de Direitos Autorais, que estabelece que não são objeto de proteção simples idéias, métodos, esquemas, planos ou regras para realizar negócios”.

Acrescentando que, conforme o parecer mencionado:

“O programa Shop Tour não passa de um conjunto de métodos ou regras de comercialização...”

Traz, ainda, à colação, diversas deliberações do CNDA – Conselho Nacional de Direito Autoral no sentido de que as idéias, invenções, sistemas ou métodos não são objeto de tutela legal e que:

“projetos que se limitam a estabelecer as características básicas de uma idéia, sem constituírem, por si, textos literários ou científicos, participam da mesma natureza dos sistemas, métodos e outros desenvolvimentos de idéias” (item 55).

Cita, entre outros, acórdão do TJSP (RT 798/135), cujo eminente Relator, Des. Marcus Vinicius dos Santos Andrade, ali afirmou:

“Ora, o assunto ou argumento literário corresponde a uma expressão intelectual, a materialização de uma criação do espírito, e não se reduz a um mero formato ou a métodos operacionais dirigidos a um fim. Não há um conteúdo nos formatos, que, como deriva do próprio nome, são meras formas a serem preenchidas”.

Esse acórdão foi confirmado pelo STJ no julgamento do AgRg no REsp nº 425.276-SP (item 63).

A propósito dos acórdãos mencionados, afirma a ré:

“Ademais, o Shop Tour – além de desprovido de conteúdo artístico, científico ou literário – sequer tem roteiro ou conteúdo definido” (item 70).

Acerca da alegada concorrência desleal, assim se manifesta a ré no item 79 da contestação:

“É evidente que a veiculação do programa MIX TV não tem o propósito de enganar os consumidores, fazendo supor que o produto é de outrem, no caso o Shop Tour dos Autores”.

E, ainda, no item 84:

“A verdade é que os telespectadores sabem os canais onde estão sendo veiculados o Shop Tour, o MIX TV, e outros tantos programas análogos... cabendo aos mesmos o sagrado direito da livre escolha”.

Finalmente, no item 93 nega existir aproveitamento parasitário da clientela

“porque os dados dos anunciantes, antes da MIX TV entrar no ar, já eram públicos, tendo sido amplamente divulgados”.

A RÉPLICA dos autores veio a fls. 720 e segs. Além de refutar as preliminares argüidas, os autores insistem na tese de que sua “obra” tem o caráter de obra intelectual protegida por estar

“registrada na Biblioteca Nacional há quase 15 (quinze) anos!” (item 32).

Nos itens 38 e 39, dizem:

“38. Ora Excelência, a própria Biblioteca Nacional dispõe dos rígidos termos e condições para registro de obra intelectual. E foi a própria Biblioteca Nacional que deferiu e expediu o registro da obra intelectual Shop Tour, como roteiro de programa televisivo, sua originalidade, autoria e anterioridade, recaindo sobre a mesma, a partir de então, todas as obrigações e direitos assegurados pela legislação pertinente, como a Lei dos Direitos Autorais, Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998.

O registro da obra na Biblioteca Nacional do Ministério da Cultura se deu pelo Termo de Registro de Obras Intelectuais nº 67.570, datado de 20 de dezembro de 1990, no Livro do Tombo nº 78, folhas 277 (documento acostado às fls. 48/50 dos autos)."

E no item 42:

"42. É incontroverso e não passível de desconsideração que o órgão competente para atestar esta originalidade e determinar o registro da obra é a Biblioteca Nacional, que não expede documento de tal magnitude sem minuciosa análise do conteúdo da obra que se pretende levar a registro." (grifos nossos)

Finalmente, por petição datada de 10/08/05, a ré CBI requereu prova pericial e oral,

"com o objetivo de apurar: (a) se o programa televisivo "SHOP TOUR" traduz ou não obra suscetível de proteção autoral, e (b) as diversidades existentes entre os programas "MIX TV" e o "SHOP TOUR".

Pela mesma petição informou a ré que a E. OITAVA CÂMARA DE DIREITO PRIVADO do E. TRIBUNAL DE JUSTIÇA, por votação unânime, deu provimento ao AGRAVO DE INSTRUMENTO nº 396.675-4, reformando as rr. decisões de fls. 232/238 e 241, para o fim de revogar a liminar concedida em favor dos autores que proíbe a veiculação, pelo CBI, do programa "MIX TV".

Destaca o mencionado acórdão:

"Não resta dúvida que os pedidos formulados exigem exame minucioso e discussão ampla sobre os fatos alegados, inclusive necessitando de elaboração de perícia especializada, não podendo ter como verdadeiro e correto o posicionamento dos agravados e permitir desde logo que sejam tomadas as providências almejadas, mormente porque a demanda implica em apuração da alegada imitação e contrafação de obra audiovisual de vendas, e até mesmo comprovação da existência de direitos autorais, com exclusividade sobre o estilo de programa de vendas pela televisão".

A Consulta

Isso posto, consulta-nos o ilustre advogado RUBENS FERRAZ DE OLIVEIRA LIMA, em representação da ré CBI, acerca das acusações contra esta formuladas de concorrência desleal e violação de direitos autorais, em face dos ele-

mentos constantes dos quatro volumes do Proc. nº 000.05.051334-6, em curso perante a 37ª Vara Cível do Foro Central da Comarca da Capital.

PARECER

O Princípio Constitucional da Livre Concorrência

Ninguém melhor que o ilustre constitucionalista MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO para manifestar-se sobre o tema da liberdade de concorrência consagrada na Carta Magna de 1988. Tomo, assim, a liberdade de transcrever sua erudita manifestação a respeito (in parecer ainda não publicado):

"A economia de mercado e a livre concorrência.

É sabido que a Carta de 1988 consagra a economia social de mercado.¹ Segue nisto os passos de outras, como a Constituição Espanhola de 1978 que é explícita na caracterização (art. 37). Ou mais longinquamente a Constituição Alemã de 1949 que consagrou o modelo.² Na verdade, a Constituição vigente difere, na inspiração, das anteriores, seja a de 1946, seja a de 1967 (com a Emenda nº 1/69), porque enfatiza o elemento liberal, enquanto estas sublinhavam o intervencionismo. Basta lembrar para demonstrá-lo que a Lei Magna em vigor, por um lado, aponta como princípio da Ordem Econômica a "livre concorrência", o que nenhuma outra havia feito entre nós; por outro, não menciona o intervencionismo, não tendo no seu texto regra equivalente ao art. 148 da Carta de 1946. Está aí, sem dúvida, um reflexo do tão falado "neoliberalismo". Como economia de mercado – explicita-se – baseia-se na liberdade, tanto na liberdade de iniciativa, quanto na liberdade de concorrência, há pouco mencionada.

Basta para demonstrá-lo apontar que a "livre iniciativa" é um dos fundamentos da República, segundo enuncia expressamente o art. 1º, IV da Lei Maior. É, além disso – enfatiza o caput do art. 170 – uma das bases da Ordem Econômica. E – mais – pela primeira vez na história constitucional pátria, a "livre concorrência" é apontada como um dos princípios reitores da mencionada Ordem Econômica (art. 170, IV). Claro está que não se exclui a atuação do Estado como "agente normativo e regulador da atividade econômica", com as funções de fiscalização, incentivo e planejamento"; de acordo com o caput do art. 174. Numa economia de mercado – insista-se no óbvio – a con-

1 V. sobre todo este assunto, meu livro *Direito Constitucional Econômico*, Saraiva, São Paulo, 1990, particularmente p. 3 a 16.

2 Cf. MULLER-GROELING, Hubertus, "La Economía Social de Mercado en Alemania", Corporación de Estudios Liberales, Santiago do Chile, 1989.

corrência entre empresas é instrumento fundamental. Desta livre concorrência – o mais livre que possa ser ela – espera-se o desenvolvimento das forças produtivas e conseqüentemente a prosperidade geral. A defesa da concorrência é assim essencial para esse tipo de economia. Bem se vê isto do comando contido no art. 173, § 4º da Constituição: “A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”. Decorre da ênfase na “livre concorrência” a invalidade de normas, e mesmo de acordos entre empresas, que visem às “reservas de mercado”.

Ou seja, a inconstitucionalidade das normas contrárias à concorrência – as quais, se anterior a regra à nova Carta, importa em revogação, ou, se posterior, a nulidade absoluta das mesmas. Mesmo no campo da liberdade contratual, essa ênfase leva necessariamente a uma interpretação restritiva de toda cláusula de restrição, se explícita. Sim, porque não se pode concebê-la, sequer, como implícita, pois contrária ao espírito do sistema jurídico nacional, defluente da Lei Magna de 1988.

A disciplina da concorrência

Atendendo ao mandamento do art. 173, 4º da Constituição, está em vigor a Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994. Desta Lei decorre a disciplina da concorrência no País; é ela, e nenhuma outra, que hoje regula a concorrência, estabelecendo o limite entre o que é lícito ou ilícito, legal ou ilegal, permitido ou proibido, porque abusivo ou desleal, nessa matéria. Vale destacar que esta Lei configura como “infração de ordem econômica”, independentemente de culpa, “limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre-iniciativa” (art. 20, I). Mais explicitamente, no art. 21, considera “infração da ordem econômica”, também: “V – criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços”; (sublinhei).

Note-se bem o que está nesse texto. Como a “livre iniciativa” e a “livre concorrência” são peças fundamentais do sistema econômico que prefere a Constituição, é infração criar simples dificuldades para a constituição e o funcionamento de empresa que venha a competir no mercado. Registre-se, por outro lado, a ênfase no mercado – ou seja, ao plano “macro” da concorrência que sobreleva ao plano “micro” da disputa de clientela. Como está no art. 20, § 1º da Lei: “A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II” (“dominar mercado relevante de bens e serviços”). Com efeito, numa economia moderna, a competição se trava entre empresas e dela resulta o bem geral, se for ela vencida pela mais eficiente, capaz de produzir mais e melhor, a preços que mais favo-

reçam o consumidor. É a esta competição evidentemente que se referem as normas da Lei nº 8.884/94”.

Da Alegada Concorrência Desleal que Estaria sendo Praticada pela Ré contra a 1ª Autora

Estabelecida a premissa maior no capítulo I *supra*, passemos ao seu detalhamento como abaixo.

Perpassando os diversos itens pertinentes do histórico acima, podem-se extrair as acusações formuladas pelos autores:

Item 4 *supra* – procura de clientes da SHOP TOUR para divulgarem seus produtos no programa MIX TV no mesmo canal;

Item 5 *supra* (in fine) – programa idêntico, mesmo canal, mesmos apresentadores, mesmos fornecedores;

Item 8 *supra* – induzimento a erro ou confusão;

Item 9 *supra* – conhecimento de detalhes do programa SHOP TOUR, clientes, técnicas, estratégias;

Item 10 *supra* – emprego de meio fraudulento para desviar clientela de outrem; confusão do consumidor;

Item 16 *supra* – no programa MIX TV, os seus apresentadores vão aos estabelecimentos dos seus clientes, os quais anunciam seus produtos ao público consumidor;

Item 17 *supra* – a contratação da apresentadora Jane Matil, ex-apresentadora do programa SHOP TOUR; oferecimento de preços abaixo do mercado;

Item 19 *supra* – “tal conduta poderá induzir o consumidor em erro quanto à origem da prestação de serviços”.

Em contrapartida:

Item 25 *supra* – a ré alega que o MIX TV “não tem o propósito de enganar os consumidores, fazendo supor que o produto é de outrem, no caso o SHOP TOUR dos Autores”; “os telespectadores sabem os canais onde estão sendo veiculados o SHOP TOUR, o MIX TV, e outros tantos programas análogos...”; e, ainda, que “os dados dos anunciantes, antes da MIX TV entrar no ar, já eram públicos, tendo sido amplamente divulgados”.

Em suma, entendem os autores que a ré, praticando os atos acima enumerados, estaria incidindo na tipificação do Art. 195 III da Lei de Propriedade Industrial nº 9279, de 1996 (meio fraudulento para desvio de clientela).

Os fatos que induziriam o consumidor a engano seriam (*vide* acima): o mesmo canal, os mesmos apresentadores, o fato de os apresentadores irem aos estabelecimentos de seus clientes, etc., conduta que poderá induzir o consumidor em erro quanto à origem da prestação de serviços, nas palavras dos autores (item 19 do histórico).

Antes de mais nada, é preciso entender quem são os consumidores.

Há dois níveis de pessoas que podem ser chamados de consumidores no contexto da presente lide: a) os anunciantes, que contratam ora o SHOP TOUR, ora o MIX TV, ora qualquer das dezenas de programas concorrentes que anunciam produtos através da televisão; b) os telespectadores que adquirem os produtos dos anunciantes.

Ora, acha-se fartamente demonstrado pela documentação juntada aos autos (e, mesmo, pelos próprios autores na documentação acostada à inicial) que os anunciantes sabem muito bem distinguir o MIX TV do SHOP TOUR e, até, fazer barganha de preços com esses veículos.

Se esses anunciantes não confundem um programa com o outro, onde a confusão? Onde o meio fraudulento para induzimento a erro ou confusão?

Se, no entanto, ao usar o termo consumidor os autores estão se referindo aos telespectadores que adquirirão mercadorias dos anunciantes, são esses telespectadores clientes dos próprios anunciantes, e não dos veículos que lhes vendem espaço. Não são eles clientes dos veículos.

Assim, se um telespectador vai adquirir um carro FIAT na revendedora X ou uma confecção da loja Y, esse telespectador é, ou será, cliente de X ou Y, e não do veículo de comunicação. Como falar-se em desvio de clientela se esses telespectadores estarão adquirindo produtos de X ou de Y mormente quando esses anunciantes estão presentes em ambas as transmissoras, ou mesmo em outras, terceiras?

A clientela de quem está sendo “*desviada*”? Dos anunciantes, ou dos veículos?

Haveria desvio de clientela se esse telespectador, em lugar de adquirir um FIAT, adquirisse um carro GM, ou se, em lugar de comprar roupas no Julien Marcuir, passasse a adquiri-las na DASLÚ.

Mas isso não é erro ou confusão. É concorrência de mercado (veja-se a citação de Manuel Gonçalves Ferreira Filho).

O fato de determinada apresentadora ter migrado de um programa para outro também não é causa de confusão nem entre os anunciantes, nem entre os telespectadores (que são clientes dos anunciantes). O fato de a apresentadora Ana Paula Padrão ter migrado do Jornal da Globo para o SBT não levará o telespectador a confundir a Globo com o SBT. Trata-se da liberdade de trabalho e da liberdade de escolha do telespectador. Tudo segundo as regras de mercado. Não há fraude...

Outra acusação, tenuamente formulada pelos autores, é a de violação de segredo de negócio (item 9 *supra*). Se os clientes são os anunciantes, nada mais público que um programa de televisão, cujas técnicas e estratégias são despudoradamente exibidas a todos. O que é público não é secreto, obviamente.

Acenaram, também, os autores à violação de marca registrada. Assim na inicial (v. item 1 do histórico), onde se menciona a marca SHOP TOUR, que estaria registrada na Biblioteca Nacional! Bem assim no item 119 da inicial (item 11 do histórico), onde os autores insistem na proteção às marcas...

Certamente não vem a pelo falar em marcas no presente contexto, já que MIX TV é absolutamente diversa de SHOP TOUR. Aliás, tanto nos programas da ré quanto nos dos autores, essas marcas aparecem em destaque em cada quadro, evitando, portanto, qualquer erro ou confusão do consumidor “*quanto à origem da prestação de serviços*”.

Assim, o que se nota é um desmesurado, e desmotivado, esforço dos autores de eliminar, ou dificultar, a atuação de mais um concorrente que se habilita a divulgar produtos através da televisão. E isso em prejuízo da ordem econômica, constitucionalmente garantida!

Veja-se, a propósito, a transcrição no item 20 do histórico *supra*:

“Na prática, buscando impedir a livre concorrência, quer estabelecer verdadeiro monopólio sobre um simples formato de programa de vendas televisivo, que não se encontra ao abrigo da lei de regência, descabendo falar-se em contrafação ou em concorrência desleal”.

Em conclusão, descabe falar em concorrência desleal no presente caso. A acusação de contrafação será objeto do próximo capítulo.

Da “Obra Intelectual” Registrada na Biblioteca Nacional

No capítulo anterior examinou-se a matéria regulada na Lei de Propriedade Industrial – as marcas e a concorrência desleal.

A outra vertente da propriedade intelectual se encontra na Lei de Direitos Autorais nº 9.610, de 1998.

Vamos a ela.

O fulcro da lide se baseia no roteiro televisivo registrado perante a Biblioteca Nacional do Ministério da Cultura sob nº 67.540, de 1990 (doc. 4 da inicial – item 1 do histórico *supra*), obra que se transformou em um programa de vendas pela televisão, nas palavras dos autores.

O mencionado certificado de direitos autorais nº 67.570 indica ter a “obra” 7 páginas. No entanto, a “obra” em 7 páginas não foi juntada aos autos, impossi-

bilitando sua comparação com o programa MIX TV através de regular perícia. Trata-se de documento essencial, cuja ausência prejudica a inicial e o desenvolvimento da ação (ver item 13 do histórico *supra*).

Além do mais, mencionado certificado indica ter sido a obra cedida pelo autor, Galebe, à SHOP TOUR INTERNACIONAL CORPORATION, conforme contrato comprobatório de cessão de direitos patrimoniais de autor, apresentado junto ao Registro de Direitos Autorais nº 67.570.

Esse fato implica ilegitimidade de parte dos autores da ação, em face do disposto no art. 6º do CPC!

Na sua RÉPLICA os autores extrapolam (veja-se o item 26 do histórico *supra*, que transcreve os itens 38, 39 e 42 da réplica). Não é verdade que a “*Biblioteca Nacional dispõe dos rígidos termos e condições para registro de obra intelectual*”. Trata-se de simples registro, que não atribui direitos. Tal registro não reconhece originalidade, autoria e anterioridade, nem atesta qualquer originalidade à obra registrada.

Não é verdade que a Biblioteca Nacional “*não expede documento de tal magnitude sem a minuciosa análise do conteúdo da obra que se pretende registrar*”. O registro é facultativo, não há exame da obra e não é atributivo de direitos.

Trata-se de fantasia dos autores que não encontra amparo na Lei nem na prática da Biblioteca Nacional.

Em suma, não se sabe o que tal registro contém. Sabe-se que não pertence aos autores da ação...

O Direito Autoral não Protege o Conteúdo (Assunto) das Obras, mas tão-somente a Forma de Expressão

Efetivamente, o § 3º do Art. 7º da Lei de Direitos Autorais nº 9.610, de 1998, estabelece que “no domínio das ciências, a proteção recairá sobre a forma literária ou artística, não abrangendo o seu conteúdo científico ou técnico, sem prejuízo dos direitos que protegem os demais campos da propriedade imaterial”. Isso em obediência ao *caput*, que dispõe que “são obras protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte...”

Onde a forma de expressão da “obra” dos autores? No doc. 4 da inicial não está!

Veja-se, a respeito, o Acórdão do STJ no REsp nº 112.280-SP (item 21 do histórico):

“O único fato que reconheceu foi a similitude no assunto (método de venda).”

Veja-se, ainda, a manifestação do CNDA – Conselho Nacional de Direito Autoral (item 23 do histórico):

“projetos que se limitam a estabelecer as características básicas de uma idéia, sem constituírem, por si, textos literários ou científicos, participam da mesma natureza dos sistemas, métodos e outros desenvolvimentos de idéias”.

E, mais, o trecho do acórdão do TJSP (in RT 798/135), transcrito no item 24 do histórico:

“Ora, o assunto ou argumento literário corresponde a uma expressão intelectual, a materialização de uma criação do espírito, e não se reduz a um mero formato ou a métodos operacionais dirigidos a um fim. Não há um conteúdo nos formatos, que, como deriva do próprio nome, são meras formas a serem preenchidas”.

Esse acórdão foi confirmado pelo STJ no julgamento do AgAg no REsp nº 425.276-SP.

Estamos, portanto, no terreno das meras idéias, objeto do capítulo seguinte.

Last but not least, o ilustre autoralista Henrique Gandelman, in O que é Plágio (Revista da ABPI, nº 75, Mar/Abr 2005, pp. 36 e segs.), faz as seguintes citações:

“O direito autoral, como sabemos, se refere à proteção da forma, e não de idéias. Portanto, não há violação de copyright se as simples idéias de uma obra são usadas em outra... se o enredo de uma novela ou peça teatral for usado em outra obra e, se diferentes palavras forem utilizadas, não haverá uma violação de direitos autorais” (Michael F. Flint – *A user’s guide to Copyright*, Butterworths, 1979, p. 42).

“Geralmente, somente a forma verbal exata é totalmente protegida: um autor é livre para utilizar o mesmo gênero, técnica, estilo e até – em determinada extensão, mas não ilimitadamente – o enredo e personagens de outro autor” (Richard A Posner – *Law and Literature*, Harvard University Press, Cambridge, USA, 1988, p. 340).

“Ação Cautelar. Direito autoral. Programa de televisão denominado “Você Decide”, que se pretende seja plágio de outro, registrado na Biblioteca Nacional, sob o título de “O Povo é o Juiz”. O direito autoral não protege idéias simples, comuns, mas sim a sua exteriorização concreta, original, artística e perceptível aos sentidos do homem. Ausência dos requisitos que legitimam a concessão de liminar, ela foi indeferida. Sentença monocrática antecipada, de improcedência do pedido. Apelação da autora, com prelimi-

nar de cerceio de defesa. Rejeição da preliminar. Desprovimento do recurso” (Apelação Cível nº 1995.001.05731-6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, julgado em 17/04/1996-relator Des. Itamar Barbalho).

Sistemas e Métodos não são Tutelados nem pelo Direito Autoral nem pela Propriedade Industrial

Em meu A PROPRIEDADE INTELECTUAL E AS NOVAS LEIS AUTORAIS (Ed. Saraiva, 2ª Ed., 1998), editado logo após a promulgação da Lei nº 9.610/98, escrevi:

“O art. 8º exclui da tutela legal:

I – as idéias, procedimentos normativos, sistemas, métodos, projetos ou conceitos matemáticos como tais;

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

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

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

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

VI – os nomes e títulos isolados;

VII – o aproveitamento industrial ou comercial das idéias contidas nas obras. Essas exclusões eram absolutamente necessárias em face daqueles que abusavam do sistema de registro de direitos autorais para reclamar pretensos direitos perante terceiros” (p. 65).

Igualmente, a Lei de Propriedade Industrial, nº 9279, de 1996, não considera invenção os “esquemas, planos, princípios ou métodos comerciais, contábeis, financeiros, educativos, publicitários, de sorteio e de fiscalização” (art. 10, inc. 3 – ver p. 40 da mesma obra).

Compare-se com os incisos II e VII do art. 8º da lei autoral, acima transcrito.

Essa dupla exclusão (da lei de propriedade industrial e da lei de direitos autorais) significa que sistemas e métodos de negócios e de publicidade acham-se excluídos da tutela da propriedade intelectual como um todo. Não são apropriáveis. São livremente desfrutáveis por todos.

O sistema de vendas do SHOP TOUR acha-se descrito pelos autores no item 55 da inicial (ver item 7 do histórico *supra*):

“a venda de produtos pela televisão, na forma de rápidas entrevistas de tipo jornalístico, através da qual a equipe do programa vai até o cliente, grava a exibição de um produto. Enquanto são mostradas as imagens e o fornecedor e/ou o apresentador do Shop Tour apresentam o produto, imagens embaixo da tela mostram o endereço do cliente, o telefone para contato, preços ou formas de pagamento...”

Veja-se, também, o teor dos itens 15 e 16 do histórico:

15. “o programa Shop Tour de sua titularidade (BOX 3), consiste na prestação de serviços em que um determinado comerciante é apresentado ao público, informando sua localização, divulgando seus produtos, preços e promoções, na tentativa de estimular o seu consumo”.

16. “Após a saída do programa Shop Tour de sua programação, o canal CBI passou a exibir o programa MIX TV, em que seus apresentadores vão aos estabelecimentos dos seus clientes, os quais anunciam seus produtos ao público consumidor”.

Vide, ainda, o teor dos itens 21 e 22:

21. “a apresentação do programa, o modo de se ofertar o produto, a exteriorização publicitária não são apropriáveis juridicamente... A concepção de um tipo de programa, especificamente para detalhar mercadorias e incentivar sua comercialização, nada tem de original, tratando-se de assunto abordável a todos que se dedicam a esse tipo de atividade...”

“O programa Shop Tour não passa de um conjunto de métodos ou regras de comercialização...”

Os métodos comerciais e de publicidade são expressamente excluídos da lei de direitos autorais por não terem objetivo cultural (literário, científico ou artístico). São meios para se atingir um fim.

Essa exclusão se coaduna com o disposto no Novo Código Civil, que divide as atividades em empresariais (art. 966 – caput) e não empresariais (parágrafo único do art. 966).

Manifestando-se a respeito de atividades empresariais e não empresariais, VINICIUS JOSÉ MARQUES GONTIJO, Doutor em Direito Empresarial pela Universidade Federal de Minas Gerais, escreveu:

“De fato, somente estaria contemplada na exceção (= interpretação restritiva) a pessoa que exercesse a atividade intelectual como um fim em si mesma. Neste caso, como as cooperativas, a sociedade teria objeto simples, podendo

se revestir dos tipos prescritos pelo art. 983 do Código Civil, inclusive o próprio tipo simples.

Veja-se a título de exemplo e para que sejamos mais claros, se um cientista pesquisa na universidade a cura para a AIDS ou para o câncer, ele faz isso como um fim em si mesmo, da mesma maneira que a entidade: universidade. Ele visa eminentemente ao retorno pessoal: reconhecimento acadêmico e de seus pares, ser agraciado com o Prêmio Nobel, ser citado em obras técnicas, ou, ainda, que a doença tenha o seu próprio nome (tais como: mal de Hansen, mal de Parkinson, mal de Alzheimer, mal de Chagas etc.), em suma: ele busca a imortalidade, o reconhecimento público. Não se trata de um elemento de empresa, da mesma maneira que a arte desenvolvida pelos membros do Grupo Corpo ou do Grupo Gira-mundo ou mesmo do Grupo Balcão. Não é diversa a situação da universidade, que procura ter em seu quadro de profissionais intelectuais, posto que sua atividade é intelectual como um fim em si mesma.

Contudo, se o mesmo cientista faz a mesma pesquisa trabalhando para uma indústria farmacêutica, a sociedade apenas explora seu trabalho como a qualquer outro elemento da empresa (verbi gratia: o capital), ela não busca interesses pessoais, ela está voltada ao conteúdo econômico decorrente de eventual descoberta como um fim em si mesmo, pouco interessando os louros que pudessem ser colhidos pelo cientista. Para que esta sociedade não pudesse, posteriormente, alegar não ser empresária, posto que tem “trabalho intelectual”, foi que o legislador afastou da exclusão prescrita pelo parágrafo único do art. 966 do Código Civil o exercício da profissão intelectual como elemento de empresa.

Da mesma maneira poderíamos dizer, ainda, por exemplo, de eventual editora. Naturalmente, ela tem nos seus quadros pessoas que exercem atividade intelectual, mas como elemento de empresa.

Bem diversa seria a situação “profissionais” liberais, que, a despeito de “visarem ao lucro”, “produzem serviços”, e muitas vezes de maneira “organizada”, não são considerados empresários, posto que exercem atividade intelectual, não como meio, mas, sim, como fim.

Assim, todas as vezes que o trabalho intelectual está inserido na linha de produção empresarial, aquele que explora a atividade será empresário, pessoa natural ou jurídica, se também tiver os demais atributos prescritos pelo caput do art. 966 do Código Civil brasileiro.”

Obviamente, estamos no campo do direito empresarial, e não no dos direitos autorais (não empresariais).

Observem-se, no breve histórico *supra*, os itens 2, 11 e 17:

“A Requerida, CANAL BRASILEIRO DE INFORMAÇÕES – CBI LTDA., foi parceira da Requerente, veiculando o programa Shop Tour por 22 (vinte e duas) horas diárias, nos Canal 16 UHF e simultaneamente pelo Canal 23 da NET (empresa de TV a cabo), sendo certo que o contrato verbal firmado entre as partes vigorou durante aproximadamente 11 (onze) anos!”

11. “A Requerida se apoderou da identidade dos Requerentes e do programa Shop Tour! A CBI se transformou em Shop Tour e defraudou o fundo de comércio dos Autores...”

17. “Estuda-se aqui se a CBI vem cometendo atos de concorrência desleal ao ter criado o programa MIX TV após o programa Shop Tour ter mudado para outro canal, e ter também contratado para a apresentação de tal programa a Sra. Jane Matil Baruque Marques, ex-apresentadora do programa Shop Tour”.

Ao falarem em fundo de comércio os autores parecem acenar ao ponto de negócio (virtual) criado no canal da ré, pretendendo ressarcir-se dos telespectadores que lá ficaram (porque quiseram). Mas nem a tanto foi a velha Lei de Luvas, editada pelo Governo Getúlio Vargas, inaplicável à hipótese.

A par de ser um contra-senso falar-se em ponto de negócio virtual para se referir a um canal de televisão, mesmo assim não teria cabimento o argumento dos autores, que, como destacado no início deste parecer, pretendem monopolizar para si a clientela que pertence ao canal de televisão da ré.

Nada melhor, como fecho deste, transcrever abaixo outro trecho do mencionado parecer de Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

“A doutrina comercialista nacional, especialmente a que escreveu no início do século passado, muito discutiu acerca da concorrência “*desleal*”. Fazia-o sempre em torno de casos que concerniam à reserva de clientela ou a “*ponto*” comercial. Encarava assim a questão numa perspectiva microeconômica, a única a que alcançavam na época dado o estágio incipiente da economia capitalista no Brasil.

É, todavia, despropositado pretender, numa economia moderna, de mercado, estender à grande empresa capitalista a reserva de clientela que no passado se erigiu em favor do pequeno “*épiciér*” ou barbeiro.

Isto seria dar a tal empresa um mercado cativo, que dominaria, podendo abusar de sua posição, até aumentando arbitrariamente os seus lucros.

Exatamente o que não quer a Constituição (art. 173, § 4º) e proíbe a Lei (art. 20).

São assim os velhos conceitos doutrinários, referentes à concorrência ilegal absolutamente inaplicáveis ao quadro de competição entre empresas, de grande porte, numa economia de mercado. Pior levariam à falência deste tipo de economia.

De fato, o cerceamento à concorrência fere de morte o mecanismo essencial da economia de mercado que é a livre competição entre os agentes econômicos.

Por isto, neste tipo de economia, toda reserva de clientela – ou seja, o controle sobre esta, na linguagem técnica do moderno direito econômico – configura um cerceamento à competição, consiste em “*infração econômica*”. Claríssimo é o art. 20 da Lei nº 8.884/94, ao condenar o exercício abusivo de “*posição dominante*”, caracterizada pelo controle de “*parcela substancial do mercado relevante*” (art. cit., § 2º).

Conclusão

Por todo o exposto, forçoso concluir:

Não há se falar em concorrência desleal;

O formato do programa SHOP TOUR é inapropriável e inoponível a todos quantos se proponham a anunciar produtos pela televisão;

O registro de direito autoral (doc. 4 da inicial) não pertence aos autores e seu conteúdo é ignorado, não podendo ser tomado em conta para qualquer fim.

Esse o meu parecer, s.m.j.

São Paulo, 10 de Outubro de 2005.

NEWTON SILVEIRA