

Receitas gastronômicas e o Direito Autoral

Renata Soltanovitch

São Paulo – julho/2018

1ª edição

ESCLARECIMENTOS

Cozinhar é uma arte.

Cozinhar é errar... errar... acertar... nunca mais conseguir fazer aquela receita novamente sem tentar outras mil vezes.

Dizem que o clima, a temperatura do forno, o tipo de talher e até o tipo de vasilha que se usa para fazer determinado alimento interferem no resultado final.

Já ouvimos dizer que até o humor do *chef* e de sua equipe influenciam no preparo dos alimentos.

Diante de tantos detalhes para cozinhar e fazer deliciosos pratos, por que não pensar em proteção sobre as receitas gastronômicas?

PESQUISA

O tema aqui é polêmico.

Vamos fazer algumas construções doutrinárias, em que pese parte da jurisprudência – decisões dos Tribunais – entender que as receitas gastronômicas não estão protegidas por direitos autorais.

Pessoalmente, entendemos que as receitas gastronômicas têm sua proteção, até porque envolvem diversas questões valorativas, como será aqui apontado.

Vamos lá, boa leitura!

PROTEGENDO SUA CRIAÇÃO INTELECTUAL

A leitura básica sobre Direitos Autorais é a Lei n. 9.610/98, que “*Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências*” e que tem como objetivo regulamentar os direitos autorais de seus autores e seus direitos conexos.

Dispõe o artigo 7º, do Título II – Das obras intelectuais, no Capítulo I – das Obras Protegidas:

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

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

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

III - as obras dramáticas e dramático-musicais;

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

V - as composições musicais, tenham ou não letra;

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

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

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

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

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

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

XII - os programas de computador;

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

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

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

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

Já o artigo 8º da mesma lei indica o que NÃO está protegido por direitos autorais.

Importante notar o inciso VIII para nosso tema:

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

.....

VII - o aproveitamento industrial ou comercial das ideias contidas nas obras.

Estes são os dois pontos de partida para o início do nosso texto.

O LIVRO DE RECEITAS GASTRONÔMICAS

O livro, independentemente de seu conteúdo e desde que inédito, por si só, é considerado uma obra literária e, portanto, protegido pela lei de direitos autorais.

Conforme entendimento de Eliane Y. Abrão¹:

A publicação marca a etapa final do processo de criação, é o momento de a obra vir ao conhecimento de uma ou mais pessoas, com as mesmas características com que via ganhar o grande público. A partir daí, autor é um nome, porque a obra passa a ter vida própria.

Portanto, qualquer que seja o teor do livro, podendo ser receitas culinárias, fotos de pratos de comidas, incluindo o seu título, estão o texto e as fotografias protegidos por direitos autorais.

¹ *Direitos do Autor e Direitos Conexos*, p. 74

Mas observe que o que se está protegendo é o teor do livro, que não pode ser copiado, plagiado, e não a descrição de suas receitas, que pode ser inclusive objeto de comercialização por qualquer restaurante, padaria, etc., segundo a atual jurisprudência.

Observe uma decisão do ano de 2012 do Tribunal de Justiça de São Paulo, quando este tema começou a ser questionado:

AÇÃO INDENIZATÓRIA. Direitos Autorais. Receitas culinárias publicadas em fascículos de revista especializada. Participação da autora como “culinarista”. Pretensão de compensação pela violação do direito de imagem e de receber o equivalente a 5% sobre o preço de capa de cada exemplar da obra. Sentença de improcedência. Apela a autora sustentando que a receita é criação do espírito; que mesmo ser for considerada obra coletiva, merece proteção pela participação individual; defende o direito autoral pela tradução de receitas argentinas; afirma que receitas criadas pela autora foram traduzidas e publicadas na Argentina; assevera que não autorizou o uso de sua imagem nas revistas editadas pelas rés; argumenta que apesar da remuneração recebida, nada percebeu pela criação de todas as receitas formuladas. Descabimento. Receita culinária. Representação de uma fórmula, um método de preparo de alimentos, mediante a utilização de uma lista de ingredientes de uso comum. Inexistência de direito autoral. Inteligência do art. 8º, I, da lei 9.610/98. Apenas a sua compilação pode ser objeto de proteção em favor do organizador, pela forma específica de montagem de um todo. Inteligência do art. 7º, XIII, da lei 9.610/98. Ainda que assim não fosse, o trabalho foi de natureza coletiva, porque as receitas passavam pela análise e aprovação de nutricionistas do Incor, enquanto a coordenação culinária era da autora e de terceira pessoa. Despropositado o pedido de direitos autorais sobre o conjunto da obra, que cabe ao organizador. Inteligência do § 2º do art. 17 da lei 9.610/98. Incontroverso que a apelante foi remunerada por sua participação conforme valor ajustado entre as partes. Vinculação da imagem da apelante às receitas culinárias não gera obrigação de indenizar. Apelante não inovou o que já havia sido exposto nos autos e rebatido na sentença. Motivação da sentença adotada como fundamentação do julgamento em segundo grau. Adoção do art. 252 do RITJ. Sentença mantida. Recurso improvido. (TJ/SP Apelação n. 0211474-05-2005.8.26.0100 - Relator: James Siano - Data de Julgamento: 1/2/2012, 5ª Câmara de Direito Privado)

Cabe ressaltar que o que está protegendo é a obra literária, e não as receitas culinárias indicadas no livro.

Embora entendamos que, se as receitas tiverem o critério de originalidade e novidade e não se tratarem apenas de mistura de ingredientes, estarão também elas

protegidas de forma individualizada, independentemente da proteção da própria obra literária.

CRIAÇÃO CIENTÍFICA

Já constatamos que o livro de receita é protegido pela lei de direitos autorais, como qualquer outro livro. Porém, o entendimento predominante jurisprudencial é que as receitas ali contidas não estão protegidas na forma individual.

Entretanto, ao contrário de uma bula de medicamentos e manuais de instrução, que não são protegidos, muitas receitas são tão bem guardadas que somente alguns de seus criadores possuem os originais.

Embora a lei de direito autoral proteja como Direito Autoral uma obra científica, alguns poderiam imaginar que uma receita gastronômica pode ser protegida com fundamento na Lei de Propriedade industrial - Lei n. 9.279/96 -, ou seja, através da Patente, como ocorre com os medicamentos.

Para fomentar o assunto, faz-se remissão ao artigo 230 da Lei de Propriedade Industrial:

Art. 230. **Poderá ser depositado pedido de patente relativo** às substâncias, matérias ou produtos obtidos por meios ou processos químicos e as substâncias, matérias, misturas **ou produtos alimentícios**, químico-farmacêuticos e medicamentos de qualquer espécie, bem como os respectivos processos de obtenção ou modificação, por quem tenha proteção garantida em tratado ou convenção em vigor no Brasil, ficando assegurada a data do primeiro depósito no exterior, desde que seu objeto não tenha sido colocado em qualquer mercado, por iniciativa direta do titular ou por terceiro com seu consentimento, nem tenham sido realizados, por terceiros, no País, sérios e efetivos preparativos para a exploração do objeto do pedido ou da patente.
(grifos nossos)

Vale lembrar que apenas a fórmula de um ingrediente específico daquela receita gastronômica, ou seja, a invenção de um produto alimentício, exemplificando um princípio ativo poderia ser protegida pela lei da PATENTE, como acontece com

alguns medicamentos, por exemplo – guardadas as devidas proporções do exemplo, mas só para facilitar o entendimento do leitor sobre o tema.

Observe o que dispõem os artigos a seguir da Lei de Propriedade Industrial, que rege justamente sobre Patentes:

Art. 6º Ao autor de invenção ou modelo de utilidade será assegurado o direito de obter a patente que lhe garanta a propriedade, nas condições estabelecidas nesta Lei.

....

Art. 8º É patenteável a invenção que atenda aos requisitos de novidade, atividade inventiva e aplicação industrial.

....

Art. 13. A invenção é dotada de atividade inventiva sempre que, para um técnico no assunto, não decorra de maneira evidente ou óbvia do estado da técnica.

Conclui-se, pela leitura dos artigos acima, que a receita gastronômica, por mais criativa ou científica que possa parecer, não é passível de PATENTE, exceto se houver a descoberta de um ingrediente novo, uma invenção, um princípio ativo, mas não a receita em si.

Ressalta-se que os produtos alimentícios podem ter deferida sua patente, mas não necessariamente sua receita gastronômica.

PROTEGENDO AS RECEITAS GASTRONÔMICAS

Inicialmente parece bobagem registrar receitas, mas para aqueles que pensam em novos negócios, é uma questão de proteção.

Além de uma boa marca para o produto, este, por si só, deve ser de qualidade, bem-feito, cuidadoso.

Isso por si só, poderia ser fácil.

Mas, quando o indivíduo, sozinho, resolve criar uma receita gastronômica, sem estar protegido por qualquer marca ou até mesmo de algum estabelecimento comercial, pode não mais conseguir proteger sua criação gastronômica.

Pode ser um *chef* de cozinha famoso ou até uma talentosa cozinheira. Não importa.

Entendemos, porém, que uma nova receita criada pode ser passível de proteção, mas desde que observados alguns outros critérios.

Porém, onde registrar? Poderia se fazer uso da Biblioteca Nacional ou se tentaria a patente através do Instituto Nacional de Propriedade Intelectual - INPI?

Quando há diversas receitas, a melhor alternativa, neste momento, é escrever um livro, deixar ali consignado que as receitas são fruto de criação do autor e registrar na Biblioteca Nacional antes de publicar.

Pois bem. Necessário ressaltar que se exige, para proteção de direito autoral, a criação inédita.

A receita gastronômica não pode ser uma mistura de ingredientes simplesmente. Tem que ser mais do que isso.

Sobre o assunto, observa João da Gama Cerqueira² que, para que

a invenção possa ser objeto de proteção jurídica, é necessário que satisfaça a certas condições exigidas pela lei, condições que consistem na novidade, no caráter industrial e no caráter lícito da invenção.

Explica Fabio Ulhoa Coelho³ que, por este requisito, a invenção, para ser patenteável,

“além de não compreendida no estado da técnica (novidade), não pode derivar de forma simples dos conhecimentos nele reunidos. É necessário que a invenção resulte de um verdadeiro engenho, de um ato de criação intelectual especialmente arguto”.

² *Tratado da Propriedade Industrial, 2a Ed., São Paulo, RT, 1982, p 496*

³ *Curso de Direito Comercial, 11ª ed., Saraiva, 2007, p. 152*

Se estamos descartando, a princípio, para receitas gastronômicas, a PATENTE, vamos voltar à questão dos direitos autorais.

Alguns grandes doutrinadores da literatura jurídica entendem sobre a definição de direitos autorais compilados no livro de Eliane Y. Abrão⁴ na página 38 e seguintes:

5.O Direito Autoral visto pela Doutrina

Há autores que definem, sinteticamente, os direitos autorais:

Clovis Bevilacqua afirma que “direito autoral é o que tem o autor de obra literária, científica ou artística, de ligar o seu nome às produções de seu espírito e de reproduzi-las ou transmiti-las. Na primeira relação, é manifestação da personalidade do autor, na segunda, é de natureza real, econômica.

....

José de Oliveira Ascensão: após discorrer sobre as diferentes correntes doutrinárias, é conclusivo: “O direito de autor pode assim ser nuclearmente caracterizado como um exclusivo temporário de exploração econômica da obra”.

...

Antonio Chaves comenta que: “o direito autoral deve ser considerado como um domínio tendo por objeto um bem intelectual e que devido à dupla natureza pessoal e patrimonial, abrange no seu conteúdo faculdades de ordem pessoal e faculdades de ordem patrimonial”.

Carlos Alberto Bittar afirma que: “Diferentes teorias têm procurado explicar a natureza desse direito (...), com reflexos que sua própria denominação, que, no entanto, inclina-se para a fixação em “direito de autor” ou “direito autoral” (...). Ainda não se estabeleceu, em definitivo, a sua conceituação, mas, pela evolução das ideias e da técnica, cristaliza-se a sua posição como direito *sui generis* (...), como categoria especial da classificação dos direitos, que ao pensamento jurídico caberá assentar de vez. Permanece, no entanto, vinculado à noção de propriedade no direito anglo norte-americano, em razão de peculiaridade do sistema (...)”

....

Pontes de Miranda assevera que “A expressão ‘direito autoral’ ou ‘direito de autor’ tem os inconvenientes que derivam de no conceito ora (A) se porem sob tal expressão a) o direito de identificação da obra, como direito autoral de personalidade, b) o direito de ligar o nome à obra e c) o direito de reprodução, ora (B) somente a) e b) ou (C) somente. É chocante chamar-se direito de autor o que adquire o outorgado de direito de edição. Daí a necessidade de se tratarem separadamente tais direitos, com os seus nomes científicos (....) Quando se diz que o direito de personalidade é parte integrante do direito autoral, a direito autoral dá-se sentido (A) ou (B). Assim, estaria de tal modo extrapolado o conceito que abrangeria o direito de personalidade, o direito autoral imprecluível de nominação e, em (A), o direito real precluível.

A tutela do direito autoral justifica-se

[...] pela criatividade, pelo que, se não houver uma base de criatividade, nenhuma produção pode franquear os umbrais do Direito de Autor⁵.

E continua o autor:

De fato, a criação de espírito não pode permanecer no foro íntimo. Tem de se exteriorizar ou manifestar por meio que seja captável pelos sentidos. Esta exteriorização pode realizar-se das mais diversas maneiras, e os avanços técnicos permitem cada dia descobrir novos processos de expressões de criações do espírito. A ideia, para se comunicar, tem pois de descer da sua imaterialidade para encarnar numa determinada maneira de expressão. Essa maneira de expressão pode ser designada a forma, utilizando o sentido jurídico precípua segundo o qual por forma se entende sempre um modo de manifestação. Recordemos que, nos atos jurídicos, a forma é o modo de manifestação da vontade.

Uma receita gastronômica com simples mistura de ingredientes e sabores, por si só, se não é uma criação da mente humana, do espírito, não pode ser considerada protegida por direitos autorais. Deve ser algo mais elaborado.

Como precedente jurisprudencial de possível proteção autoral de receita gastronômica, vale a pena a leitura, na íntegra, do Acórdão da lavra do Desembargador Jorge Henrique Valle dos Santos, do Tribunal de Justiça do Espírito Santo, APL 00153824620118080035, publicado em 24/7/2017.

Embora a ementa do v. acórdão afaste a proteção autoral das receitas indicadas em determinado cardápio, posto que, no caso concreto, os ingredientes eram facilmente reconhecidos e, ainda, estava ausente o caráter criativo. Tratava-se, naquele caso, de junção de ingredientes comuns, que não se trata de verdadeira criação de espírito.

A Ementa teve a seguinte redação:

APELAÇÃO CÍVEL. INOCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO DE DIREITOS AUTORAIS. AUSÊNCIA DE CARÁTER CRIATIVO DAS RECEITAS GASTRONÔMICAS QUESTIONADAS. APLICAÇÃO DE MÉTODO DE ESCOLHA E ORGANIZAÇÃO DE INGREDIENTES COMUNS. 1. A Autora propôs ação ordinária a fim de obter tutela jurídica, alegando violação dos seus direitos autorais, tendo em vista que a Ré, supostamente, teria

⁴ *Direitos de Autor e Direitos Conexos, Editora do Brasil.*

⁵ *José de Oliveira Ascensão, in Direito autoral. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 5.*

copiado 3 (três) saladas do seu cardápio, quais sejam, Salada de Tilápia, Rosbife ao Pesto e Salmão. 2. A sentença proferida pelo Juízo a quo foi de parcial procedência, a fim de condenar a Ré-Apelante ao pagamento de indenização a título de danos morais, além de determinar a retirada das 3 (três) saladas do cardápio da Ré, proibindo, para tanto, que estas fossem comercializadas em seu estabelecimento. 3. A referida pretensão não merece prosperar, pois as saladas controvertidas não podem ser consideradas obras gastronômicas intelectuais, passíveis da tutela dos direitos do autor. 4. Compreende-se que uma obra intelectual gastronômica é assim conceituada por representar a exteriorização da criatividade, captável através dos sentidos. Portanto, quando a ideia toma a sua forma, ou seja, quando materializa-se numa receita ou prato, tem-se uma verdadeira obra gastronômica. 5. Convém observar que para que prato ou uma receita culinária sejam conceituados como obra gastronômica, devem conseguir exprimir as vontades e subjetividades do seu autor, revelando-se legítimas formas de expressão cultural e humana, assim como é a pintura, fotografia, obra dramática, audiovisual, dentre outras expressões artísticas. 6. As saladas postas em questão representam a união de ingredientes comumente utilizados em diversas outras receitas deste gênero que podem, inclusive, ser encontradas em receitas de internet e livros. Representam, portanto, um método de escolha e organização de ingredientes comuns, não podendo ser consideradas produtos de uma expressão artística autêntica. 7. Frente à ausência do caráter criativo das receitas questionadas compreende-se que o direito autoral, regulamentado pela Lei nº 9.610/1998, não pode prestar-se a protegê-las, pois não se revelam verdadeiras criações de espírito. 8. Recurso conhecido e provido. ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Desembargadores da Primeira Câmara Cível, por unanimidade, CONHECER e DAR provimento ao apelo, nos termos do voto do Relator. Vitória/ES, de de 2017. PRESIDENTE RELATOR. (TJ/ES - APL 00153824620118080035, Relator: Jorge Henrique Valle dos Santos, Data de Julgamento: 18/07/2017, Primeira Câmara Cível, Data de Publicação: 24/7/2017).

Embora a legislação brasileira não aborde expressamente as obras gastronômicas como passíveis de receber a tutela dos direitos autorais e a jurisprudência ainda não vem acolhendo referida tese, entendemos que tal situação compreende-se como verdadeiras criações de espírito e deve sim, portanto, ser protegida.

Entretanto, enquanto não houver uma legislação protegendo a receita gastronômica, embora haja possibilidade de patentear o produto alimentício desde que com caráter de invenção, algumas iguarias serão escondidas pelos grandes *chef's*, que apenas conseguirão a proteção através de subterfúgios envolvendo a marca de um produto.

E já que vamos falar em marca, antes vale a pena mencionar a questão envolvendo o TRADE DRESS.

TRADE DRESS

Segundo doutrina de José Carlos Tinoco Soares⁶:

O trade dress é a combinação de elementos ou figuras que são ou se tornam associadas exclusivamente com uma existência particular que permitem funcionar como sendo um indicador de origem do produto; o 'trade dress' compreende uma única seleção de elementos que imediatamente estabelecem que o produto se distancia dos outros por isso que se torna inconfundível.

Essa combinação de figuras pode deixar a receita gastronômica com aparência única, já que “comemos com os olhos”, o que pode fazer uma grande diferença quando da escolha de um prato culinário pelo outro.

E isso tem relação quando há concorrência entre restaurantes e os pratos descritos em seus cardápios.

Vale anotar algumas decisões envolvendo a semelhança entre embalagens de produtos, o que pode ser facilmente pensado quando se trata de um prato culinário.

Entendemos que as premissas podem ser as mesmas:

Abstenção de uso de marca - Trade dress - Semelhança entre embalagens dos produtos que pode acarretar confusão ao consumidor. Sentença de procedência. Apelo da ré. Semelhança entre as embalagens dos produtos da autora e da ré corretamente reconhecida. Possibilidade de confusão ao consumidor que autoriza a proteção do conjunto-imagem.

Desnecessidade de registro. Proteção contra concorrência desleal prevista no artigo 2º, V, da Lei de Propriedade Industrial. Sentença mantida. Recurso improvido."

TJSP - Ap 374.951.4/8 - (0002705574) - Araçatuba - 9ª CDPriv. - Relª Graciella Salzman - DJe 16.12.2009.

⁶ *Concorrência desleal vs. Trade dress e/ou Conjunto imagem: visual do objeto, do produto, de sua exteriorização e do estabelecimento. São Paulo: Ed. do Autor, 2004. p. 213.*

Ação de abstenção de uso de conjunto-imagem cumulada com Indenização – Ré que, indevidamente, utilizou "trade dress" muito semelhante ao da autora nas embalagens de seus produtos (fraldas descartáveis) – Prática de concorrência desleal da requerida que, por meio da similitude de embalagens, promove desvio de clientela – Concorrência parasitária configurada pela exploração indevida do prestígio alheio na promoção dos próprios produtos – Vedação ao enriquecimento sem causa também torna ilícita a conduta da requerida – Ocorrência de danos materiais, apuráveis em liquidação – Recurso improvido

TJ-SP - Apelação Nº 1055302-37.2013.8.26.0100, Relator: Francisco Loureiro, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, DJe: 11/12/2015.

“PROPRIEDADE INDUSTRIAL –Trade dress – Imitação de serrote fabricado pela autora – Prescindibilidade de prova pericial – Imitação perceptível por leigos – Livre concorrência limitada pelos direitos de terceiros – Inobservância pela ré no caso concreto – Irrelevância de não caracterização das condutas criminosas do art. 195 da LPI – Concorrência desleal genérica configurada – Inibitória procedente – Apelação improvida - RESPONSABILIDADE CIVIL – Lucros cessantes – Trade dress – Concorrência desleal configurada – Confissão da comercialização de produtos importados e declarados contrafeitos - Apuração do quantum debeat na fase de liquidação da sentença, mediante exame dos livros contábeis e notas fiscais da ré (LPI, art. 210, II) –Violação do contraditório inocorrente – Indenizatória procedente –Apelação da ré improvida - DANO MORAL – Trade dress – Concorrência desleal configurada – Simples fato da violação da propriedade industrial apto para abalar a imagem, identidade e credibilidade da demandante – Prejuízo extrapatrimonial presumido – Pedido de indenização por dano moral procedente.”

TJ/SP, Apelação nº 0041257-51.2013.8.26.0001, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Rel. Des. Ricardo Negrão, j. em 31.11.2016

“MARCAS E PATENTES - AUTORAS PROPRIETÁRIAS DA MARCA “RED BULL” - RÉ QUE PÕE NO MERCADO O PRODUTO “RED NIGHT” E SE UTILIZA DE CONJUNTO DE CARACTERES UTILIZADOS PELAS AUTORAS NAS EMBALAGENS (TRADE DRESS) - IMITAÇÃO DAS CARACTERÍSTICAS EXTERNAS DO PRODUTO DAS REQUERIDAS - FATO QUE FAZ APENAS CONFUNDIR E, DE CERTO MODO, CAUSAR ILUSÃO, CAPTANDO INDEVIDAMENTE EVENTUAIS CLIENTES DAS RECORRIDAS-CRISTALINO NOS AUTOS A INTENÇÃO DA RÉ DE SE LOCUPLETAR DO PRESTIGIOE DA FAMA DA MARCA DAS AUTORAS, QUE É LÍDER DE MERCADO, PARA ALAVANCAR A VENDA DE SEUS PRODUTOS – CONCORRÊNCIA DESLEAL PARASITÁRIA CONFIGURADA–DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO (ART. 209, DA LEI 9.279/96).”

TJ/SP, Apelação nº 0103422-07.2008.8.26.0100, 2ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Neves Amorim, j. em 26.03.2013

A importância de se mencionarem as jurisprudências acima é pelo fato da possibilidade de se reconhecer, no tema envolvendo a gastronomia, o quanto esses

elementos são relevantes para se acolher a possibilidade de a própria receita, por si só, ser inclusive passível de direitos autorais.

CONCORRÊNCIA DESLEAL

Todas as argumentações acima podem levar à tese da concorrência desleal, levando o consumidor a erro e acarretando o desvio de clientela e o aproveitamento parasitário.

Em linhas gerais, a concorrência desleal ocorre quando o empresário se utiliza de meios ilícitos para desviar de seu concorrente o lucro e principalmente a clientela.

Isso pode se dar por diversas maneiras, seja através de utilização similar da marca do concorrente, uma embalagem parecida ou plagiando seus produtos.

Um prato gastronômico que faz sucesso em um restaurante e que pode ser copiado por outro, com o objetivo de desviar clientela ou aparentar que são franquias uma da outra.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, igualmente se decidiu que

a reparação não está condicionada à prova efetiva do dano, pois os atos de concorrência desleal e o conseqüente desvio de clientela provocam, por si sós, perda patrimonial à vítima... o citado art. 209 da Lei 9.279/96, não apresenta nenhuma condicionante da reparação do dano material à prova do efetivo prejuízo. O ato de concorrência desleal, reitera-se, por si só, provoca substancial redução no faturamento da empresa que dele é vítima. O prejuízo, portanto, é presumido, autorizando-se, em conseqüência, a reparação.”

(REsp 978.200/PR, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 19/11/2009, DJe 02/12/2009).

O nome da empresa, a marca a ser utilizada e a embalagem em que o produto é oferecido ou a forma pela qual o prato culinário é exibido, são elementos significativos para atrair o cliente e desenvolver o negócio.

Observe que a criação dos elementos acima citados nada mais é do que fruto de criação intelectual, ainda que sua violação possa ensejar, como abordado neste capítulo, a concorrência desleal.

Nota-se que a livre concorrência é uma garantia constitucional (artigo 170, IV, da CF), como princípios gerais da atividade econômica. No entanto, ela possui regras que devem ser seguidas, entre elas, as indicadas neste capítulo, referente a propriedade intelectual e industrial, como a proteção da marca.

Como estamos limitando este texto a questões envolvendo as receitas gastronômicas e seus direitos autorais, há de se focar a disputa pelos consumidores não só no prato gastronômico oferecido (leia-se receita), mas também em todos os aspectos que a envolvem, inclusive a forma pela qual é exibido àquele que vai degustar daquela iguaria (*trade dress*).

Lembrando que a clientela (por meio da qual vem o lucro do proprietário do estabelecimento) nada mais é do que um dos patrimônios da empresa.

Sem cliente não há lucro.

A deslealdade no negócio também pode advir do segredo que o envolve, daí por que é um outro tópico a ser abordado futuramente, mas que não pode ser deixado de lado, já que pode gerar a concorrência desleal.

Também não podemos deixar de abordar a concorrência parasitária.

Ela decorre do aproveitamento do sucesso alheio, copiando os produtos de seu concorrente, mas normalmente com preços inferiores e nem sempre com a boa qualidade do produto. Seria uma espécie de plágio.

O concorrente parasitário não pretende destruir seu concorrente, mas sim copiar tudo que ele faz, aproveitando-se de seu sucesso.

Veja uma decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo a respeito do assunto:

A autora detém a titularidade da renomada marca de sorvete KIBON e FRUTTARE. Argumenta que a ré, de forma indisfarçável, procedeu à imitação daquelas marcas nas embalagens das suas lingoeries -linha Candy, em flagrante violação marcária, infração ao direito autoral e prática de aproveitamento parasitário.

Em antecipação de tutela, foi concedida a tutela específica para o fim de que a ré se abstinhasse de fabricar, comercializar, divulgar e/ou utilizar, a qualquer título, as calcinhas da linha Candy nos sabores coco e abacaxi, em sua forma atual de apresentação, por qualquer outro sinal ou identidade visual que se assemelhe às marcas e embalagens do sorvete de notória marca de titularidade da autora, cuja decisão fora confirmada por este tribunal (...).

O juiz da causa, confirmando a antecipação de tutela, julgou procedente em parte a ação para condenar a ré ao pagamento de indenização de danos materiais, correspondentes ao valor da concessão do direito de uso da marca violada até o momento da concessão da liminar, contra o que se voltam os presentes recursos.

A marca é o sinal ou expressão destinada a individualizar e identificar produtos ou serviços de uma empresa, a fim de que o consumidor possa diferenciá-lo de outros semelhantes, evitando-se, assim, risco de possível confusão. O artigo 2º da Lei nº 9.279/96 assegura a proteção dos direitos relativos à propriedade industrial, considerado o seu interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País.

Isso significa que a marca registrada junto ao Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI) dá ao titular o direito de uso e gozo exclusivo em todo o território nacional em seu ramo de atividade econômica, permitindo-lhe a defesa perante o uso indevido de terceiros. Este relator permanece com o mesmo entendimento da época do julgamento do referido agravo, ou seja, de que é nítida a intenção da ré promover alusão aos sorvetes da marca de titularidade da autora..

Tanto é que, conforme demonstrado pela autora (fls. 447) e fundamentado na sentença recorrida, a ré não só utilizou a imagem dos picolés da autora, como também das outras tantas famosas, tais como Bubbalo, Halls e Trident.(...) Brincadeira ou não, a ré não pode se valer da imagem da marca da autora, sem a devida autorização.

Assim, muito bem confirmada, na sentença recorrida, a antecipação de tutela, para compelir a ré à abstenção do uso da marca da autora, sem a sua autorização.”

(TJSP. Apelação nº 0348851-85.2009.8.26.0000, 1ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Paulo Eduardo Razuk, J. em 29.11.2011)

Na literatura jurídica, João da Gama Cerqueira comenta⁷:

sob a denominação genérica de concorrência desleal costumam os autores reunir uma grande variedade de atos contrários às boas normas da concorrência comercial, praticados, geralmente, com o intuito de desviar, de modo direto ou indireto, em proveito do agente, a clientela de um ou mais concorrentes, e suscetíveis de causar-lhes prejuízos.

⁷ *Tratado de Propriedade Industrial, 2a Ed., São Paulo, RT, 1982, p. 1266*

Anota-se, pela pertinência, trecho do voto do Des. Ênio Zuliani (TJSP, Apelação Com Revisão 2813834200) sobre o tema:

a segurança de um aparato diferenciador de produtos não está baseada somente na necessidade de proteger pessoas incultas e ignorantes, mas, sim, na regulamentação da atividade construtiva, evitando que cópias e plágios fiquem imunes diante dos prejuízos das marcas notórias e vencedoras. Embora a ética do comércio permita abrandar conceitos, para que o rigor no exame das iniciativas produtivas não emperre a máquina de investimentos fundamental para a circulação da riqueza, não pode ser tolerada a deslealdade que, em algumas vezes, é exteriorizada pela cópia de produtos estigmatizados pela atividade da empresa concorrente

A literatura sobre o tema fala hoje em “ilícitos lucrativos”, aqueles que valem a pena ser praticados. Sobre o assunto, observa Rodolphe Mesaque⁸

no contexto dos comportamentos antijurídicos, a teoria do ilícito lucrativo leva o agente a estimar as perdas inerentes à sua condenação, confrontando-as com os benefícios previsíveis que a concretização da atividade ilícita pode gerar; e somente se a receita ilícita for maior do que o montante da sanção que o sujeito agirá, decidindo, em total conhecimento de causa e no âmbito de uma preocupação de racionalidade econômica, transgredir a regra de direito

SEU NOME, SUA MARCA, SEU NEGÓCIO.

CHEF e seu DIREITO de PERSONALIDADE

DANO MORAL

A princípio, terá o *chef* que assina o cardápio, a proteção de seu nome, podendo ser protegida através de marca própria, através do registro no INPI ou por seu direito de personalidade, ao se utilizar de nome pessoal.

É certo que a proteção legal à marca tem por escopo reprimir a concorrência desleal, evitar a possibilidade de confusão ou dúvida sobre determinado produto, bem como o locupletamento com esforço e labor alheio. Ora, a marca "KI", nunca foi utilizada sozinha, para designar um produto, série ou o que quer que seja de sorvetes da apelada. A marca KI Delícia de Sabor, muito embora traga a conotação de ser algo gostoso, como, aliás, também o é a marca Ki Bom, não tem o poder de causar confusão ao consumidor, notadamente por ser esta marca de alto renome,

⁸ cf. *Les feuteslucratives em droit privé, citado por Daniel de Andrade Levy, Responsabilidade Civil de um direito de danos a um direito de condutas lesivas, Atlas, p. 108*

de fácil diferenciação com qualquer outro concorrente. (TJSP, AP. nº 199.367.4/7-0, j. 21/8/2009, Rel. Des. Graciella Salzman)

PROPRIEDADE INDUSTRIAL- Embalagens das calcinhas fabricadas pela ré foram criadas à semelhança das embalagens dos picolés da renomada marca da autora (Kibon e Fruttare) - Marca registrada junto ao INPI dá ao titular o direito de uso e gozo exclusivo em todo o território nacional em seu ramo de atividade econômica, permitindo-lhe a defesa perante o uso indevido de terceiros. É nítida a intenção da ré promover alusão aos sorvetes da marca de titularidade da autora, o que é inviável sem a devida autorização - Bem confirmada a antecipação de tutela que determinou a abstenção do uso daquelas embalagens pela ré, sob pena de multa diária. Indenização por danos materiais, correspondentes à remuneração que a ré pagaria à autora pela concessão de uma licença que lhe permitisse legalmente explorar a marca (art. 210, III, da LPI) - Critério adotado razoável às condições do caso em questão. Não verificada a prática de concorrência desleal. Sentença reformada apenas para que o valor da indenização corresponda ao período em que a ré indevidamente utilizou a marca da autora, sem autorização. Ação ordinária de preceito cominatório c.c. reparação de danos procedente em parte - recurso da autora provido em parte, improvido o da ré
TJSP - Apelação: 0348851-85.2009.8.26.0000 - 1ª Câmara de Direito Privado - Des. Relator Paulo Eduardo Razuk - j. 29.11.11)

Só para deixar consignado, a Associação Brasileira de Bares e Restaurantes - Abrasel criou, no ano de 2014, um setor de registro de receitas. Porém, isso não tem o condão, segundo a jurisprudência brasileira, de ser considerado como proteção autoral, até porque, a Associação é uma entidade privada.

Quando muito, ela poderia estabelecer, em seu Código de Ética, que a violação de uma receita registrada ou comprovadamente criada por um *chef* ou uma empresa, ensejaria a aplicação de uma infração disciplinar.

Até porque, o registro de uma receita - e de qualquer obra, - diga-se de passagem, não é condição para comprovar sua originalidade e sua criação intelectual.

No entanto, para a aplicação de qualquer medida neste sentido, seria necessário uma série de fatores, entre eles, a obrigatoriedade de todo e qualquer *chef* ser associado à referida associação, por determinação legal, o que poderia beirar a inconstitucionalidade, exceto se a profissão fosse regulamentada por lei federal.

Um *chef* de cozinha vale pelo seu nome e/ou por sua marca.

Pelo entendimento atual da jurisprudência de que a receita gastronômica não tem proteção autoral, o *chef* e autor daquela receita não terá seu nome ligado a obra e, portanto, não terá direito ao crédito sobre aquela receita não sendo indenizado por danos morais e ou por eventual concorrência desleal, caso sua receita, ainda que inédita, seja objeto de venda em um restaurante concorrente, ou até mesmo em um programa culinário.

Também não violará direitos autorais, caso uma empresa que utilize sua receita – e não seu nome, obviamente – o faça em grande escala e venda como produtos alimentícios.

CONCLUSÃO

Como já foi dito aqui, entendemos que a receita gastronômica, desde que inédita, tem sua proteção.

Enquanto isso, há outras formas de proteger a marca e/ou o nome do *chef*.

De qualquer sorte, muito há de ser debatido sobre o assunto, daí porque estamos ainda na primeira edição deste e-book sobre o tema.

Se você, leitor, tem algo interessante a ser acrescentado sobre o assunto, ainda que uma abordagem diversa ou totalmente contrária a nossa opinião, por favor, não se acanhe e nos envie seus comentários para o e-mail soltan.vieira@terra.com.br

O debate é sempre valioso!!!!