

O design como ferramenta de diferenciação: o caso das garrafas de cerveja no Brasil ¹

Resumo

A inovação é pré-requisito, sinônimo de desenvolvimento e diferencial em empresas e negócios de todo o mundo. Entre as diversas ferramentas de desenvolvimento de inovações, o Design se destaca na concorrência em mercados quando são valorizados os aspectos estético-ornamentais, o Estado da Arte e suas influências. Este artigo resume um estudo de caso sobre a influência e o impacto econômico e jurídico do *Design* sobre produtos, destacando-se o seu papel na gestão e comercialização de tecnologia. Serão examinadas 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 do mercado de bebidas no Brasil, um *sub judice* e outro análogo, focando também os aspectos jurídicos e econômicos. A metodologia, além do estudo de caso, envolve uma revisão da literatura, análise das jurisprudências e atualizações legislativas recentes na Comunidade Européia sobre o Design e a legislação vigente no Brasil sobre Direito Autoral.

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

Abstract

Innovation is considered a pre-requisite for development and business differentiation in businesses all over the world. Design is considered an important tool to develop innovation especially in markets that enhance aesthetic aspects. This paper summarizes a case study on economic and legal aspects of the use of Design in differentiation of products and its

¹ Eixo Temático: VIII. Gestão, transferência e comercialização de ciência e tecnologia - a capacitação das empresas. Temas: Fatores institucionais e políticos para a formação de políticas de ciência, tecnologia e inovação.

role in management and commercialization of technology. To do this we will briefly discuss how Design contributes to differentiation of products and to competitive advantage. Then we will discuss the contribution of Design to introduce standards. To illustrate the discussion we will present two cases of the Brazilian beverages Market, one sub judice and another equivalent, focusing on economic and legal aspects. Methodology, besides review of economic literature, and the case study, involved a review of recent legislation on protection of authors in Brazil and in the European Union.

Keywords : Aesthetic Design; competitive advantage

1. Introdução e objetivos

A inovação é pré-requisito, sinônimo de diferencial e sobrevivência no desenvolvimento de empresas e negócios em todo o mundo. Dentre as diversas ferramentas de desenvolvimento o Design se destaca na concorrência por mercados valorizando o aspecto estético-ornamental, o Estado da Arte e suas vantagens competitivas aplicadas a produtos.

O artigo resume um estudo de caso sobre a influência e o impacto econômico e jurídico destacando-se a importância de melhor conhecer o papel do *Design* como item importante de gestão e comercialização de produtos pelas empresas na busca permanente de criar as condições para melhor aproveitamento das oportunidades e posições privilegiadas ao longo do tempo. Serão também abordados as definições e contextos, condições e impactos que estimulam o fomento e o uso dessa ferramenta na busca por vantagem competitiva e estratégica para as empresas. O artigo enfocará a importância do *Design* para criar e destruir constantemente padrões e difundir motivos de estímulo ao consumo.

2. Metodologia

O método utilizado na discussão do artigo se compõe pela análise de dois casos do mercado de bebidas no Brasil: o caso das garrafas de cerveja da AMBEV e da Cachaça Caninha 51, focando também os aspectos econômicos e jurídicos.

A escolha do caso da AMBEV deveu-se ao fato de que este envolve os efeitos do Design na forma estética de vasilhames; apesar do caso se encontrar em andamento e sob sigilo de Justiça, envolve empresas cujo poder econômico é substancial a nível mundial. Foi utilizado também, a título complementar, o caso da cachaça Caninha 51, uma vez que alude ao mesmo aspecto e já foi decidido judicialmente.

A metodologia para analisar estes casos envolve, por um lado, a literatura econômica sobre a importância da inovação incremental estética, a diferenciação como fomento ao consumo e no estabelecimento de padrões e da importância do desenho estético como bem de experiência.

Por outro lado, o artigo envolve também uma análise jurídica, momento em que envolvem entendimentos gerais sobre o que vem a ser o Estado da Técnica, pelo desenho industrial, e o Estado da Arte, *a arte aplicada a produtos*², convencionado *Design*, e a importância de conhecimento e proteção, em especial no ambiente concorrencial, bem como recente jurisprudências e atualizações legislativas recentes na Comunidade Europeia privilegiando o Design em direção ao Direito Autoral e arte aplicada a produto industrializado.

3. Resultados e Discussão

3.1 O design como elemento de diferenciação

O desenho pode ser decomposto em funcional, decorrente de um projeto para solução técnica, e estético-ornamental, decorrente de projeto artístico estético. A convivência de ambos em um mesmo produto não impede o reconhecimento de cada característica específica distintiva como difusora de sua essência, através da arte aplicada a produtos industrializáveis.

² “Híbrido legal da estrutura bipolar de proteção”, cf. REICHMAN, J.H. **Legal hybrids between the patents and copyrights paradigms**. Colum.L. Rev. 2432, p. 6.

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 beleza e estética.

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

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 mercado³ e, segundo BARBIERI (2008), intensifica exponencialmente a rivalidade entre empresários para oferecer constantes alternativas aos consumidores, motivados pela existência de oportunidades de lucro econômico por se tratar de um recurso em constante evolução.

No caso estudado, a AMBEV buscou se destacar das concorrentes, usou a diferenciação visual das garrafas por meio do *Design* para gerar novas oportunidades na obtenção de lucro. Esta busca gerou instabilidade mercadológica intencional, pela constante variação de desenhos dentro de um 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

³ 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) Fonte: <http://www.sindicerv.com.br/#>

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 a todos os envasadores, pelas garrafas comuns. Entretanto, também evoluiu para um ambiente de oligopólio diferenciado mais sofisticado quando, inicialmente, da introdução de rótulos e, posteriormente, de garrafas diferenciadas.

A concorrência do setor de cerveja, então, buscou a diferenciação ainda maior entre vasilhames de bebidas, caminhos que levaram à personalização visual de seus produtos, atrelando essas características estéticas às marcas (marketing) por meio do desenho diferenciado das formas e decorações das garrafas.

Os vasilhames, inicialmente, se apresentavam como resultado de produtos típicos de *oligopólio concentrado*, onde fornecedores se limitam praticamente a duas empresas – Owens Illinois e Saint-Gobain - atuando em holdings dominam o setor de vidraria dessas embalagens no mundo.

As empresas fornecedoras desse insumo gozam do conforto de suas posições privilegiadas (preço e forma) e de eficiência 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.

3.2 O Papel do Design na definição 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.

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.

PORTER (1989) 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, 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.

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*)⁴.

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.

O setor de cerveja, em virtude da própria característica estrutural de concorrência se as empresas utilizam então a diferenciação visual estética de vasilhames personalizados como ferramenta para medir e marcar o mercado de – consumidores; com isso, aliadas a 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.

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

⁴ Ver a este respeito LIEBER, M.V.; MONTGOMERY, D.B *First Mover Advantages*. Boston: Stanford Business School (Research Paper No. 969), October 1987

Assim, a dinâmica concorrencial afeta a dinâmica decisória gerencial na proposta de novo padrão ao mercado, num contexto de imperfeições de informações envolvidas. 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.

3.3 O estudo de caso

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 Sindicato das Empresas Fabricantes de Cerveja (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.

À época, existiam cerca de um milhão de pontos de venda de cerveja no Brasil, canais que na maioria são *bares e tradicionais*, 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.

Em vista da logística e dos custos envolvidos, nos canais bar e em parte do canal 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.

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).

A conduta denunciada pelos concorrentes do mercado de cerveja que usam vasilhames de vidro padrão, como se pode constatar, é que a AMBEV, 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 da garrafa diferenciado, em decorrência do poder econômico que exerce sobre o mercado e demais concorrentes e consumidores, excluindo os demais usuários das garrafas de uso comum.

Estrutura de oferta de cervejas em vasilhames de 600 ml por canal de distribuição em 2007						
Empresa	Canais de consumo					
	Autosserviço		Bar		Tradicional	
	% Vol.	% Valor	% Vol.	% Valor	% Vol.	% 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%

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

Fonte: Nielsen.

Essa iniciativa da AMBEV afeta não só as garrafas de cerveja como também as 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.

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 tributos somente após a venda do produto final pronto, não terá desembolso inicial na produção de cerveja e despesas com impostos (ICMS, PIS e Cofins) 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 Secretaria de Defesa Econômica 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 passariam a destacar Design ornamental da AMBEV em alto relevo nas garrafas, em detrimento do nome dos demais concorrentes fabricantes de cerveja. O cenário se retrata então pelo somatório dessa situação tributária, somada à restrição física estética pelo design somando-se à propaganda imposta como – *abuso de um “fato”, de uma posição*.

Os concorrentes pretendem que a AMBEV seja impedida de inovar, de 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 Associação Brasileira de Bebidas - ABRABE 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 AFREBRAS 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/design 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*.

Os problemas dessa imposição de novo design 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. Os custos 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 dita 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*. 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. Ou seja, poderia levar ao uso do design como uma barreira de entrada a novos concorrentes e de permanência a concorrentes gerando um aumento do custo aos rivais em função da diferenciação de arte personalizada aplicada aos vasilhames, visual que dificulta a 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 decorrentes dos custos impostos aos pontos de venda na separação. 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, vai definir o resultado, definindo novidade e originalidade diferenciadora entre a garrafa padrão e a proposta pela AMBEV.

Os atritos entre concorrentes que, em tese, 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.

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.

A “Caninha 51”, como é 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.

A ação que tramitou na justiça neste caso foi quanto ao direito da empresa fabricante da “Caninha 51” registrar o seu novo vasilhame, envolvendo o INPI de um lado e a empresa de outro. Em sentença proferida em 14 de julho de 2008, o juiz federal Guilherme Bollorini Pereira⁵ julgou que o registro da nova garrafa em alto relevo deveria ser feito, pois:

(...) 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.** (...)

4. Conclusões

⁵ 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

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.

O fato é que, ao se limitar a preservar constantes condições de concorrência no mercado, em detrimento da via incremental, abre-se mão da realidade e momento onde agentes econômicos não imobilistas⁶ de países desenvolvidos valorizam a via de diferenciação utilizando a arte aplicada a produtos industrializados.

A globalização vem interferindo nos processos de gestão de tecnologia e inovação de várias formas. Considerando que o conhecimento codificado é hoje transferido a baixo custo, há uma tendência de se padronizar processos tecnológicos, o que aproxima produtos finais entre concorrentes. Para fugir dessa uniformização e impor outro padrão, cada competidor depende de competências internas para inovar pela diferenciação e atribuir valores agregados aos produtos finais na busca de uma posição privilegiada.

Por outro lado, as formas de conhecimento tácito, em especial a arte aplicada a produtos, têm a proteção facultada por direitos autorais⁷, pois são menos transferíveis e requerem importantes processos de interação criativa já que a capacidade de inovação das empresas depende cada vez menos de processos de produção padronizados. Conseqüentemente a vantagem concorrencial perseguida, sobretudo quando se depende da geração constante de novas ideias, faz com que os gestores empresariais dependam de uma forma constante e crescente de proteção por direitos de propriedade intelectual.

A forma dos produtos passa então, num primeiro momento, a ser uma ferramenta de diferenciação sujeita à padronização do desenho industrial, mas nos diversos momentos posteriores (publicidade e marketing) agrega um forte conteúdo tácito que supera a funcionalidade e acessa o gosto dos consumidores.

O desenvolvimento de inovações incrementais no processo de geração e adaptações dos produtos, bem mais rápido que as radicais, promovem ajustes a variações e tendências de

⁶ “Aqueles que não aceitam o imobilismo contínuo, então, a trabalhar em aproximações da realidade e em planos, que expressem o que esperamos que venha acontecer.” BETHLEM, Agrícola de Souza. **Estratégia empresarial: conceitos, processos e administração estratégica**. São Paulo: Atlas, 1998.

⁷ Um exemplo de cumulação de proteção da arte aplicada ao produto, no campo das joias, é o anel chamado Puzzle, do 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, um mesmo objeto passível de proteção da Lei de Propriedade Industrial e da Lei dos Direitos Autorais. FONTE: OBJETOS de Desejo. **Anel puzzle**. 25 maio 2006. FONTE: <http://objetosdedesejo.com/anel-puzzle/> Acesso em: 10/02/2013.

mercados lapidando o visual ideal na busca pela posição econômica com vantagens e privilégios e pressiona a concorrência.

As empresas exercem então um papel fundamental no processo de gestão desses cenários e conhecimentos através do lançamento de novos produtos. Assim sendo, o conhecimento tecnológico, somado ao tácito, se torna ainda mais complexo. Não obstante, a existência de fontes diversas entre as funções do Estado da Técnica e o Estado da Arte não impede a complementaridade entre estas funções, o que pode determinar o aumento da vida útil de um produto no limite da tecnologia o mantendo em nível competitivo por mais tempo possível.

Vale ressaltar que as políticas públicas do Estado não podem ser estáticas e reduzidas à burocracia pública e aos organismos estatais que as concebem, as programam e as implementam. As políticas públicas são responsabilidade do Estado, dependem de um processo dinâmico de tomada de decisões que envolva órgãos públicos, diferentes organismos e agentes da sociedade relacionados à política implementada. Neste sentido, políticas públicas não podem permanecer estáveis e reduzidas, devem sim ser revistas e atualizadas de tempos em tempos de acordo com os novos movimentos e contextos globais.

A complexidade do aspecto diferenciação entre as competências de conhecimento codificado e tácito, bases necessárias ao sucesso empresarial, são dependentes de estratégias de concepção de novos produtos e devem ser constantemente ajustadas em relação ao processo decisório e política de gestão.

A relação de associação entre função e estética se evidencia de forma crescente e não basta considerar investimentos apenas quanto a evolução de tecnologias e compra de equipamento mas na dinâmica de geração de valores agregando conhecimentos para além daquele incorporado em tecnologia e máquinas, deve também privilegiar a tendência à complementaridade, pelos conhecimentos tácitos decorrentes da economia criativa⁸.

O caso das garrafas de cerveja esteticamente diferenciadas 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 esteticamente, porém, não afetava a

⁸ As indústrias criativas segundo a UNCTAD. (Creative Economy – Report 2008)
Fonte: http://www.unctad.org/en/docs/ditc20082cer_en.pdf acesso em 21/09/2012.

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 pelo mercado.

A dinâmica da inovação incremental estimulando a concorrência e vice-versa é a tônica entre as empresas, estratégia⁹ usada na administração das organizações na busca frenética da obtenção da vantagem estratégica, mesmo que temporária.

Das decisões judiciais referentes à inovação no caso das garrafas podemos desenvolver dois cenários:

Cenário 01: Ao se admitir a introdução do novo padrão de desenho diferenciado de garrafas estará se estimulando novos ciclos inovativos para vasilhames 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 estético, 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 Design ornamental e estético, como propriedade intelectual, no Brasil, embora saibamos da existência e vantagens comerciais da arte aplicada a produtos industriais, ainda não definimos a melhor forma de protegê-la para aproveitar de forma

⁹ ZURLO, Francesco. *Design strategico*. In: XXI Secolo. Roma: Enciclopedia Treccani, v. 4, Gli spazi e le arti. 2010

mais eficiente o produto diferenciado pelo design em um mundo onde as variáveis de informações se modificam de forma cada vez mais veloz, em especial nessa direção^{10 11 12}.

Dispomos das ferramentas legais, mas não as adequamos 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, nossos sistemas jurídico e econômico necessitam se harmonizar com o 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.

5. Referências Bibliográficas

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.

BETHLEM, Agrícola de Souza. **Estratégia empresarial: conceitos, processos e administração estratégica**. São Paulo: Atlas, 1998.

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.

REICHMAN, J.H. **Legal hybrids between the patents and copyrights paradigms**. Colum.L. Rev. 2432, p. 6.

¹⁰ **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.

¹¹ Itália. Decreto-Lei n. 10. - Suprema Corte de Cassação Italiana. Diário Oficial. numero 38 / 15 de fevereiro de 2007.

¹² França. - Corte de Apelação de Versailles, 15 de fevereiro de 2001, WATERMAN.

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

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

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.

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