

DESVIO DE CLIENTELA E VIOLAÇÃO DE SEGREDO*

MIGUEL REALE JÚNIOR

Professor Titular da Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo

1. A livre concorrência e a Constituição Federal. 2. A concorrência desleal e o processo de tipificação. 3. O meio fraudulento. 4. A hipótese trazida pela consulente. 5. Uso de segredo.

1. A livre concorrência e a Constituição Federal

A livre concorrência constitui um dos princípios basilares da ordem econômica consagrados na democrática Constituição Federal de 1988.

A livre iniciativa e o jogo de mercado, a sadia competição e a obtenção do lucro constituem molas propulsoras da atividade econômica, que encontra as naturais fronteiras na função social da propriedade e nos inafastáveis direitos do consumidor, além da valorização social do trabalho como condição de dignidade do homem.

A valorização do trabalho humano e a livre iniciativa são manifestações próprias da pessoa humana, pois o trabalho é uma expressão do homem a ser dignificado não só no aspecto econômico, mas no plano moral, e que cumpre ser mencionado antes da livre iniciativa, precedência essa valorizativa, mas também lógica, pois iniciativa quer dizer atividade, sendo que todo trabalho é atividade. "No trabalho está a liberdade" (Bagolini, *O trabalho na democracia*, trad. J. da Silva Passos, Brasília, 1981, p. 34).

A ordem econômica, arrancando da idéia de valorização social do trabalho

humano, sustenta-se sobre três alicerces bem estaqueados: a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa dos direitos do consumidor.

Miguel Reale com acuidade apontou ser o objetivo da Constituição na ordem econômica: "o equilíbrio dos princípios conjugados de livre iniciativa e livre concorrência com o de defesa dos direitos do consumidor, ao qual o art. 170 faz expressa referência, dando-lhe igual destaque" (*Temas de direito positivo*, Ed. RT, 1992, p. 251).

Embora complementares, acentua Miguel Reale a distinção entre os conceitos de livre concorrência e livre iniciativa.

Define Miguel Reale a livre iniciativa como sendo: "a projeção da liberdade individual no plano da produção, circulação e distribuição das riquezas, assegurando não apenas a livre escolha das profissões e das atividades econômicas, mas também a autônoma eleição dos processos ou meios julgados mais adequados à consecução dos fins visados" (op. cit., p. 251).

Já a livre concorrência comporta duas idéias essenciais. Primeira, a im-

*Parecer oferecido por solicitação de empresa de produtos alimentícios.

posição de limites à intervenção estatal, numa opção de um tipo de política econômica, de recorte liberal, em que a interseção do Estado na economia o será tão apenas para coibir abusos e preservar o livre jogo nos mercados.

A segunda idéia fundamental à concepção da livre concorrência é a honestidade na competição, obediência às leis de mercado e às normas jurídicas que a disciplinam.

A livre concorrência, assim, significa que a atividade econômica baseada na livre iniciativa deve seguir as leis de mercado, tendo por limites o estabelecido na Constituição e nas normas jurídicas, impedindo-se que a liberdade concorrencial transforme-se em deslealdade, falta de correção, em abuso de poder econômico (Nosso, *Direito penal aplicado*, Ed. RT, 1990, p. 121).

Segundo Roger le Moal. "Plus communément encore, la concurrence est une situation de rivalité, de lutte, de conflit e toujours d'antagonisme". (*Droit du concurrence, Introduction*, 1979, p. 2).

E essa rivalidade se estabelece precisamente porque sobre o mesmo mercado há oferta de bens e serviços semelhantes ou análogos da parte de vários operadores econômicos. (Cf. Francesco Ferrara, "Tutela de la libertà de la concorrenza nel diritto italiano", na coletânea *La libertà de concorrenza*, Milão, 1970, p. 17).

Há necessidade, por isso, do estabelecimento de regras claras e precisas de comportamento dos denominados operadores econômicos em sua atividade empresarial de conquista de mercado, até para que haja a adequada proteção do direito ao sadio e correto consumo.

O direito de concorrência tem por objeto, portanto, a atividade econômica, regulando a ação dos atores da economia em usar o livre mercado e visa "maintenir este un consommateur qui achète et un producteur dont la raison d'être est de vendre, un état de fait

propre à sauvegarder la sécurité et les intérêts légitimes du premier, sans décourager l'esprit d'entreprise et le dynamisme du second" (Claude Lebel, *Pratiques restrictives de concurrence en droit français* Paris, 1972, p. 5).

Livre concorrência é concorrência realizada debaixo da obediência à lei e de observância estrita da ética da competição, numa atividade econômica pautada no respeito à livre iniciativa e aos direitos dos consumidores.

O bem jurídico livre concorrência foi consagrado na Lei Maior, constituindo-se o que Luiz Luisi denominou de indicação constitucional criminalizadora (*Princípios constitucionais penais*, Fabris, 1991, pp. 41 ss.).

O legislador constituinte, dada a gravidade e relevância do bem jurídico, consagra-o constitucionalmente, sinalizando a necessidade de sua tutela jurídica, que deverá ser feita pelo instrumental de maior coerção: o direito penal.

2. A concorrência desleal e o processo de tipificação

Na construção dos modelos jurídico-penais, o legislador parte do conceito de bem jurídico como merecedor da tutela penal.

A seguir, por meio do processo de abstração e generalização, recorta da realidade da conduta humana aqueles dados invariáveis constantes no comportamento violador da integridade ou da segurança do bem jurídico, posto em proteção.

Identificado o bem jurídico merecedor de tutela e determinados os meios e modos de comportamento humano que o afligem, constrói o legislador o modelo jurídico-penal, o denominado tipo penal, com a descrição da conduta proibida.

O crime de concorrência desleal visa à proteção da livre concorrência, ou seja, da honestidade da competição, para que a rivalidade desenvolva-se corretamente, lealmente, em favor dos

interesses dos concorrentes e dos próprios consumidores, de modo que a ordem econômica se desenvolva dentro das naturais expectativas de eficiência, qualidade e preço, (Cf, *Direito penal aplicado*, Ed. RT, 1990, p. 120). Estabelece-se no espírito dos que concorrem a expectativa de que cada qual saiba e respeite os limites que permitam a realização de uma disputa correta. Há, portanto, um direito de exigir o cumprimento do dever por parte do concorrente no sentido de uma ação de conquista de mercado regulada pela honestidade, isto é, sem buscar proveito em práticas desleais que levem o consumidor à confusão.

Essas expectativas com relação ao outro, que disputa o mercado, é claramente assinalada por Roberto Roveli. "La situazione giuridicamente protetta (contro i fatti lesivi, e, nella fattispecie in esame, contro i fatti idonei a produrre danno) non si riferisce cioè ad un diritto sulla propria clientela o sulla propria azienda, ma ad un diritto ad un determinato comportamento altrui; il soggetto passivo della concorrenza sleale è cioè tutelato in un suo diritto alla lealtà da parte dei concorrenti" (*La concorrenza sleale*, Torinese, 1967, p. 6).

A livre concorrência não é sinônimo de menor proteção dos concorrentes. Pelo contrário, significa sim efetivo controle para que a deslealdade não venha marcar o natural confronto entre produtores de uma mesma mercadoria.

Sem este controle e sem estes limites, a livre concorrência, princípio basilar da ordem econômica constitucional, deixa de ser exatamente livre para transformar-se em desleal, razão por que, para preservação do próprio princípio, deve haver rigor na defesa dos concorrentes e dos consumidores. Dessa maneira evita-se que a licença de concorrer se confunda com licenciosidade.

Dai assinalar Celso Delmanto ser o bem jurídico tutelado em todos os de-

litos de concorrência desleal a liberdade de competir, protegida da utilização de meios ou métodos desleais. (*Crimes de concorrência desleal*, Bushatsky, p. 19).

Para Lorenzo Biglia, "La disciplina della concorrenza sleale in realtà assicura semplicemente il rispetto delle regole della gara, contribuendo a eliminare i più grossi difetti della libera concorrenza, proprio nell'interesse del funzionamento del meccanismo concorrenziale". (*Diritti relativi e concorrenza sleale*, Giuffrè, 1983, p. 5).

E segundo Vito Mangini, "la finalità principale delle norme repressive della concorrenza sleale si resolve nel garantire il funzionamento di um certo schema economico e il rinvio legislativo alla correttezza professionale è intenso, consequentemente, sotto il medesimo profilo funzionale di assicurare il funzionamento della forma economica del mercato concorrenziale" (*Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico ell'economia*, v. 5º).

Identificado o objeto de tutela jurídica, surge clara a dupla proteção penal: livre e honesta liberdade de competir, e o direito ao correto consumo.

Como já assinalamos em trabalho anterior, a prática da concorrência desleal causa obviamente dano ou perigo de dano patrimonial ao concorrente, mas também, igualmente há uma desvirtuação da livre iniciativa que lesa o interesse difuso dos consumidores ("Concorrência desleal e interesse difuso no direito brasileiro", in *Revista de Direito Penal e Criminologia*, Ed. Forense, 33/164, 1982).

Trata-se de delito pluriofensivo, com dois objetos de tutela: diretamente a livre e honesta competição para conquista de mercado em benefício dos concorrentes, e secundariamente os consumidores, quanto à correta e adequada escolha, para consumo, de bens e serviços.

3. O meio fraudulento

O engodo, a *mise-en-scene*, a simulação e a dissimulação constituem a modalidade especial da ação que caracteriza a prática dessa infração penal.

A concorrência estabelece-se, e por isso, é desleal, com a utilização de artimanhas fraudulentas que têm por objetivo aproveitar todo o esforço feito pelo concorrente na abertura e conquista de mercado, bem como no expediente de trazer confusão de nome comercial, de marca distintiva de produto ou serviço, de sinais figurativos que induzam a clientela ou o consumidor a ter por original produto do concorrente mal intencionado.

A fraude, segundo Cortese, “é o processo psíquico de dissimulações adotado como meio para alcançar um fim que é o erro de outrem” (*La struttura della truffa*, Nápoles, 1968, p. 22).

Como assinala Magalhães Noronha, “O meio interdito é o fraudulento, expressão ampla que abrange os diversos expedientes ilícitos de que a imaginação ou o engenho humano é capaz” (Verbete “concorrência desleal”, in *Enciclopédia Saraiva do Direito*, 17/217).

Não é necessário que o meio fraudulento logre o efetivo engano, mas suficiente que tenha a potencialidade de causar erro, sendo “apta a enganar e o surpreender a boa-fé de outrem” (Cf. Mancini *La truffa*, Turim, 1930, p. 75).

No delito de concorrência desleal fratura-se o direito do concorrente a uma limpa disputa de mercado com o reconhecimento e prêmios próprios da eficiência do industrial ou do comerciante. A fraude do inescrupuloso vai dirigir-se aos consumidores procurando fruir destes, pelo consumo equivocado, o esforço alheio.

Na tutela da concorrência, ao se coibir a fraude, não há uma limitação propriamente da concorrência, mas um seu necessário complemento. Lembra

Ghidini, citando Ascarelli, que: “La disciplina della concorrenza sleale non costituisce pertanto una limitazione della concorrenza ma il suo necessario complemento, chè se, ad esempio, fossero leciti atti di confusione, la concorrenza svolta tra più imprenditori finirebbe per no avere più senso, inquanto l’attività dell’uno potrebbe essere attribuita all’altro e perciò il premio (e cioè la maggiore richiesta di prodotti) spettante all’uno potrebbe andare all’altro. Verrebbe allora tradita quella tutela del consumatore con la quale si coordina il principio della libera concorrenza, perchè, leciti che fossero gli atti di confusione, il consumatore finirebbe per essere indotto a comprare il prodotto B..., attirato dall’eccellenza della qualità del prodotto A; tradito il diritto di ogni imprenditore di ricevere quel premio della propria attività che la libera concorrenza vuole assicurargli”. (verbete “Monopolio e concorrenza”, in *Enciclopédia del diritto*, vol. XXVI/818, nota de rodapé n. 217, Giuffrè).

Tanto mais formidável a fraude, produtora do engano, quanto os consumidores se encontram em desvantagem, “tornando-se aconselhável que os poderes públicos tomem medidas para um maior equilíbrio entre as posições da procura e da oferta no mercado de bens de consumo”. (Carlos Ferreira de Almeida, *Os direitos dos consumidores*, Almedina, 1982, p. 223).

Adverte Ferreira de Almeida que todos os consumidores, inclusive as pessoas jurídicas, são consideradas *contraentes débeis*. (Cf. op. cit., p. 226).

Na época moderna o consumidor é bem mais suscetível ao engano e à fraude.

O consumo em geral é determinado por premências artificialmente criadas pelos meios de comunicação, de satisfação necessariamente imediata, segundo os modelos e procedência de bens

figurados pela mídia. Na sociedade de consumo, o homem torna-se frenético e irrefletido consumidor, com critérios de eleição de bens ditados pelos meios de comunicação, segundo o esforço publicitário do *emprenditore*. O consumo se torna ato que não passa necessariamente pelos canais da consciência, mas determinados muita vez pelo inconsciente, pelas imagens figurativas, pelas idéias anteriores do produto.

Como observa Brito Filomeno, “o homem consumidor torna-se o protótipo do indivíduo-autômato condenado a viver numa sociedade opressora, voltada exclusivamente para a produção e distribuição de todos os valores com que lhe acena a sociedade produtora-consumista e eis que fundada na inexorável e mecânica aquisição pelo consenso posto, de molde a até criar, muitas vezes, necessidades artificiais”. (*Manual de direitos do consumidor*, Atlas, 1991, p. 25).

Dessa maneira, o consumidor sucumbe às solicitações da publicidade aliciante, estando sempre de acordo, “a fim de que não se rompa o próprio consenso imposto, bem como alienar-se ante a apologia da sociedade de consumo” (op. cit., loc. cit.). Não é por outra razão, senão pelo engano a que o consumidor pode ser levado ao atender às solicitações de consumo, que Casanova distingue os atos de concorrência desleal: “sendo che conducano ad alterare illegittimamente gli elementi di scelta e di giudizio del publico sulle imprese in concorrenza (es.: concorrenza per confusione concorrenza per denigrazione, réclame menzognera, ecc)”. (*Novissimo digesto italiano*, UTET, t. III, p. 996, verbete “Concorrenza”)

Especialmente com referência a produtos do mesmo gênero, destinados ao mesmo público, é da maior relevância o alerta deixado por François Besse,

segundo quem: “Lorsque le dernier acquéreur est le public, on ne peut attendre de celui-ci qu’il prête une attention particulière à la différence existant entre les deux marques; c’est pourquoi l’appréhension du risque de confusion se fere d’après les ressemblances et non d’après les différences. Pour déterminer l’impression d’ensemble de la marque, il convient de tenir compte non seulement des éléments protégés, mais également des éléments livres; toutefois, si l’analogie n’est due qu’à ces derniers, on ne peut retenir de risque de confusion. Ces principes s’appliquent tant aux marques verbales qu’aux marques figuratives”. (*La répression pénale de la contrefaçon en droit suisse*, Droz, 1990, p. 156).

A jurisprudência italiana é firme na proteção da concorrência segundo modelo de lisura e transparência, incriminando toda conduta que maliciosamente induza a erro o consumidor, pela confusão de nome, marca ou insígnia.

Assim, o Tribunal de Milão decidiu que: “può esservi confondibilità solo se il marchio viene usato per prodotti affini a quelli che il titolare tratta, o che comunque il pubblico potrebbe erroneamente attribuirgli”. (Trib. Milano, 8.2.79, Giur. Ann. Dir. Ind. 1979, n. 1165, cit. por Ghidini e Hassan no *Diritto industriale*, IPSOA, 1984, p. 451).

A conduta delituosa do delito de concorrência desleal, conforme posto pela Corte de Cassação Italiana, é “un’azione a carattere personale, tendente a reprimere gli atti de scorrettezza professionale idonei a creare confusione con i prodotti o con l’attività di un concorrente”. (Cass. 29.7.63, n. 2130, *Giust. Civ* 1963, I, 2004, in op. cit., p. 452).

O legislador, nos delitos de concorrência desleal, dado o meio fraudulento empregado, potencialmente dirigido ao resultado delituoso, antecipa a tutela jurídica para momento anterior ao do

efetivo dano. O modelo jurídico da concorrência desleal vem construído na forma de delito de perigo, em que suficiente a conduta descrita no tipo para que o crime se aperfeiçoe.

No direito suíço, por exemplo, como assinala Besse, não é necessário o efetivo engano ou o prejuízo: "Comme nous l'avons déjà laissé entendre, il n'est pas nécessaire que la tromperie se soit effectivement produite. Un simple risque suffit" (op. cit., p. 155).

Na doutrina brasileira, Nelson Hungria ensina que: "O crime se consuma com o emprego do meio fraudulento, ocorra, ou não, efetivamente, o desvio da clientela (posto que idôneo o meio empregado). O dolo especifica-se pelo "animus lucri faciendi" (fim de proveito próprio ou de outrem)". (*Comentários ao Código Penal*, VII/383, Ed. Forense, 1980, p. 383).

O mesmo ensinamento se colhe de Magalhães Noronha, para quem "verifica-se não ser necessário que o desvio se realize ou efetive. A lei antecipa-se: pune o emprego do ardil ou do enlço para desviar clientela de terceiro. Com a manobra fraudulenta, que visa a proveito próprio ou de outrem, o crime se completa". (op. cit., loc. cit.).

Houve no caso em tela a utilização de meio fraudulento, como adiante será frisado, com a capacidade de cooptar a clientela da consulente.

4. A hipótese trazida pela consulente

Trata-se a consulente de antiga produtora de sucos em grânulos sólidos, para dissolução em água, sendo pioneira nesse ramo industrial e comercial.

Sua atividade no mercado específico de suco vem, desde longa data, ganhando a confiança e apreciação do público consumidor vista a excelência de seus produtos, os preços interessantes e acessíveis, e a imagem que imprimiu no

mercado mercê de um envolvente e sério trabalho de *marketing*.

O desenvolvimento do produto, a escolha do formato, tamanho, cor, desenho, apresentação da embalagem, a forma e a alocação de dizeres, a imagem figurativa como um todo são resultado de um esforço mercadológico que levou em consideração a identificação e particularidade do produto e a peculiaridade do público consumidor, em geral crianças e pessoas de menor poder aquisitivo.

A interação produto-consumidor é extremamente importante no exame e avaliação da confundibilidade, pois a potencialidade de confusão deverá ser examinada no caso concreto, ao efetivo destinatário do produto: crianças e pessoas de menor renda, dado o preço acessível.

Essa a reflexão operada tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência. Na doutrina, Rovelli acentua que a confundibilidade deve ser analisada numa visão compreensiva do conjunto do produto "avuto riguardo al normale pubblico di acquirenti di quel prodotto" (op. cit., p. 58).

Por outro lado, as pessoas de menor renda são bem mais suscetíveis de serem vítimas da confusão. Por isso mesmo o direito do consumidor consagra o inafastável direito à informação, para proteção daqueles hipossuficientes, de menor formação e informação, de menor poder de reflexão e crítica no momento de consumo. Daí ressaltar Carlos Ferreira de Almeida inexistir uma homogeneidade de consumidores, pois: "os votos de compra não são iguais para todos, chegando-se ao paradoxo de serem as pessoas de menor rendimento aquelas que estão tendencialmente sujeitas a pagar preços mais elevados por idênticos bens ou serviços" (op. cit., p. 205).

Da rica jurisprudência italiana, colhe-se rememorando, esta decisão do Tribunal de Milão, no sentido de que "la confondibilità dipende dalla maggiore ou minore competenza del pubblico cui

i prodotti sono destinati" (Ghidini, *Diritto industriale*, cit., p. 451).

A aproximação do público consumidor dos produtos a serem consumidos está condicionada, portanto, pelo conjunto de impressões visuais, que, de forma imediata, faz a ligação com o conteúdo gustativo e satisfativo do suco.

Prepondera, portanto, a imagem figurativa do produto, que a ele se fixa indissolivelmente.

Nesse sentido, alertando para a confusão que mais facilmente se estabelece pela imagem figurativa até mesmo sobre a verbal, Besse assinala que: "une marque présente les deux caractères à la foi, ce sont généralement les éléments figuratifs que son prépondérants: les mots restent souvent moins bien dans la mémoire de l'acheteur moyen que les figures" (op. cit., p. 156).

A empresa entendeu de entrar no mercado de sucos, precisamente depois de enriquecida em 1990 em seus quadros por ex-funcionário da consulente, pessoa altamente qualificada que ocupava sua gerência de *marketing* e que acompanhou todo o processo de criação e desenvolvimento do produto e sua apresentação.

Preferiu justamente o segmento dos sucos em pó, reservando ao ex-funcionário da consulente o sugestivo cargo de Diretor Comercial e de Marketing.

Lançou imediatamente no mercado o suco em pó, nos exatos sabores explorados pela consulente. Utilizou-se de embalagens semelhantes pelo formato, tamanho e principalmente pela tonalidade específica de cor correspondente aos diversos sabores. Valeu-se de imagens semelhantes de identificação, destacando-se uma garrafa de suco idêntica na cor e reflexos, com conteúdo do produto acrescido de gelo, que faz o continente suar, e que se destaca pelo tamanho, pois ocupa mais de metade da frente da embalagem. Reproduziu servilmente os dizeres no rótulo de envelope, alocando-

os de forma muito idêntica no corpo do invólucro, na frente e no verso. Empregou elementos lúdicos tanto na frente quanto no verso das embalagens, dispostos de forma absolutamente semelhantes, como forma chamativa do público consumidor específico, sabidamente as crianças.

O nome escolhido para o produto desleal insere-se na engenhosa malícia de lançamento e cooptação de mercado, mediante o expediente da confusão.

"Brin-Q", com o "Q" destacado do nome do produto, semelhante ao da consulente, forma uma composição idêntica ao nome do produto questionado. Note-se que o nominativo "Brin-Q" liga-se a especificação com destaque de "Refresco" colocada logo abaixo. De tal sorte que a leitura rápida e induzida do produto será "Brin-Q Refresco", o que confirma a intencional confusão que se pretende instalar no consumidor.

A confundibilidade, portanto, brota evidente como ressaltaram os peritos no exame de corpo de delito: "Pelo exame dos produtos objeto da presente medida, entendem os peritos que as embalagens foram imitadas por parte da requerida da fabricada pela autoria, no seu aspecto geral, tais como, disposição gráfica, cores, tamanho, formato, desenhos e especificações".

Por essa razão que ao responder ao 5º quesito concluíram os peritos poder ser gerada confusão nos consumidores, alertando, na linha de ensinamento de Celso Delmanto, que se deve ter em mira a impressão geral que o produto dá ao adquirente e, com base nela, aferir-se a probabilidade de confusão de fato entre os produtos, olhando-se o aspecto geral de conjunto e não suas particularidades separadas, menosprezando os elementos secundários desprovidos de caráter individualizante.

Por isso, a jurisprudência italiana já citada, e que vale a pena repetir, afirma que a concorrência e a fraude devem ser avaliadas "attraverso un esame

sintetico del segno, essendo irrilevanti le sua componenti secondarie”.

A identidade de produtos há de ser avaliada não propriamente em face de diferenças menores existentes, mas diante das semelhanças. Bem adverte Besse que: “Il appréciation du risque de confusion se fera d’après les ressemblances et non d’après les différences” (op. cit., p. 156).

Esse o cuidado do laudo de exame de corpo de delito, que confirmou a materialidade da infração criminal após o exame técnico: “Pelo exame pode-se notar que as embalagens têm aspectos idênticos entre si como, tamanho, formato e maneira de apresentação. Examinando-se os produtos, um ao lado do outro, atentamente, com espírito prevenido, é evidente que diferenças são notadas. Entretanto, é fora de dúvida que sendo olhados isoladamente, desprevenidamente, as distinções desaparecerão. Assim existe similitude entre os produtos”.

Ainda mais o produto da natureza do suco em pó, que não excita e nem exige demorada reflexão para o consumo, que se faz automático pela recorrência do subconsciente à marca, à imagem figurativa do produto anteriormente conhecido.

As diferenças menores na apresentação como por exemplo a pequena distinção da letra “Q”, é absolutamente desprezível no sentido de fazer com que o consumidor comum, o contraente débil, a mãe ou a criança no azáfama das compras em supermercado, possam distinguir com olhos de especialista um produto do outro.

De outro lado, é ingênuo imaginar que quem imita o fizesse de forma absolutamente servil, e não procurasse, de antemão, deixar detalhes diversos para de forma pífia talvez tentar confundir o próprio Juízo.

O crime está consumado com a imitação, que gera confusão, com prejuízo para a empresa consulente, tradicional no

ramo, cujos investimentos para produção dessas embalagens e de sua apresentação foram vultosos, e custosa a confiança adquirida no mercado.

O costume na aquisição do consagrado produto “Q-Refresco” facilitava, pelas semelhanças de apresentação do produto da concorrente desleal, que inadvertidamente o consumidor, mormente o consumidor deste tipo de mercadoria, tomasse “gato por lebre”. O risco de confusão brota patente, não havendo o exame frio de detalhes, por especialistas, que possa desfazer o dado fático inafastável da potencialidade de engano criado pelo conjunto constituído para: formato, tamanho e coloração da embalagem; imagem da jarra; dizeres na frente e no verso; sonoridade do nome; figuras e sua idêntica disposição; dosagem e forma de preparo.

Todos estes aspectos unem-se à circunstância já assinalada da maior suscetibilidade à confusão do consumidor no caso em tela: a pressa de aquisição própria do torvelinho da vida contemporânea, com relação a um produto de uso diário, em grande parte por meio de crianças e de pessoas de menor renda, isto é, de menor informação e pouca educação, muitas vezes analfabeta, em geral desatenta para uma escolha discernida, quando os dados figurativos constituem uma imitação.

Tenha-se em mente por final, como bem ressalta Magalhães Noronha: “Não ser necessário que o desvio se realize ou se efetive. A lei antecipa-se: pune o emprego do ardil ou do enlço para desviar a clientela de terceiro. Com a manobra fraudulenta, que visa a proveito próprio ou de outrem o crime se completa”. (*Direito Penal*, 3/38, Ed. Saraiva, 18ª ed. 1986).

Insofismável a caracterização, destarte, do crime de Desvio de Clientela, por parte dos responsáveis pela empresa.

5. Uso de segredo

Em razão de seu ofício, enquanto gerente de *Marketing* da Consultente, L., participou ativamente dos trabalhos de “preparo dos novos *lay-outs*, *displays*, desenhos, artefinais das atuais embalagens dos famosos produtos da consultente, acompanhando todo o levantamento e estudo realizado pela agência de publicidade ADAG”.

Estes estudos de *marketing* constituem hoje ponto basilar da estratégia de venda de uma empresa, e não são passíveis de registro, vindo a ser a arma mais eficiente de conquista de mercado, a ser preservada sob sigilo.

Segredos comerciais são também, para Pascual di Guglielmo, citado por Celso Delmanto, “os relativos à organização da empresa, tais como planos de desenvolvimento, estatísticas, nome de clientes” (op. cit. p. 237).

Delmanto, por sua vez, (op. cit. p. 241) destaca integrarem a lista de segredos “os planos de venda, os projetos de modificações, os estudos para concorrência...”

A passagem do gerente de *marketing* da Consultente para o cargo de Diretor de *marketing* da empresa A, que antes de sua vinda jamais produzira suco em pó, dedicando-se apenas ao ramo alimentício, mostra como os segredos da área de *marketing*, adquiridos no exercício do ofício na consultente, foram indevidamente transferidos, levando a nova empregadora a avançar em área desconhecida, mas valendo-se de todo o esforço e pesquisa realizados pela antiga empresa à qual prestava serviços L.

É mister recorrer, novamente, ao ensinamento de Magalhães Noronha, ao destacar que o conhecimento do segredo advém: “ou de revelação feita em confiança ao empregado, ou que este tome conhecimento dele em razão do serviço” (verbete na *Enciclopédia Saraiva*, cit. p. 222).

Há, portanto, configuração do delito previsto no n. XII, do art. 178, da Lei 7.903/45, em vigor *ex vi* do art. 128 do CPI, por parte do Diretor de *Marketing* firma A.

É o meu parecer,
s.m.j.