

40. TUTELA JURÍDICA DO CAPITAL INTELECTUAL: Reflexões sobre o trade secret no direito do consumidor sob o enfoque da seara alimentícia

Ana Luiza Brinati Medina¹

Caroline da Rosa Pinheiro²

Mariana Gaudereto Sena³

Vitória Maria Rodrigues Marques da Silva P. Pereira⁴

Sumário: 1 Introdução; 2 Capital intelectual; 2.1 Conceito e contextualização; 2.2 Concepção do direito de propriedade, propriedade intelectual e know-how; 2.2.1 Direito de propriedade e propriedade intelectual; 2.2.1.1 Trade secret; 2.2.1.2 Know-how (em sentido amplo); 3 Direito do consumidor (acesso à informação) versus direito à livre concorrência da empresa (trade secret); 3.1 Possível solução do conflito entre o direito do consumidor e o direito à livre concorrência da empresa; 4 Conclusão; 5 Referências

Resumo

O presente artigo tem como tema de estudo o Capital Intelectual nas relações empresariais, especificamente naquelas consumeristas com enfoque no setor alimentício, relacionando-o ao direito de acesso à informação pela parte consumidora em relação às empresas e seus produtos. Para isso, partir-se-á do conflito entre direito de acesso à informação, projetado no Código de Defesa do Consumidor, em art. 6º, incisos II e III, e a projeção do Capital Intelectual e do Know-How (em sentido estrito) ou trade secret ou “segredo de indústria” enquanto diferenciais no âmbito das sociedades empresárias. Sendo assim, o objetivo dessa análise será o de promover um sopesamento entre o princípio da ordem econômica (art.170, CF/88) e os de direito fundamental (relacionados ao consumidor).

Palavras-chave: Trade Secret. Direito de Acesso à informação. Relação Consumerista.

THE LAW PROTECTION TO THE INTELLECTUAL CAPITAL: Studies about trade secret in the consumer relations focused on the food industry

Abstract

This study aims to examine the Intellectual Capital in the business relations, specifically inside those consumerist ones, focused on the food industry, relating it to the rights of access to information, which belongs to the consumers. With this purpose, we are going to study the conflict between the right of access to information, contemplated by the Consumer Protection Code (Law nº 8.078/90), and the Intellectual Capital added to Know-How (or trade-secret) as a distinctive in the business associations. This aims to develop a weighting between the economic order's principle and the fundamental rights.

Keywords: Trade Secret. Right of access to information. Consumerist relations.

1. Introdução

1 Graduanda do curso de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora.

2 Professora de Direito Empresarial da Universidade Federal de Juiz de Fora. Doutora em empresa e atividades econômicas pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

3 Graduanda do curso de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora.

4 Graduanda do curso de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora.

O termo “capital intelectual” surge a partir do desenvolvimento da denominada “fase de conhecimento”, pós – “fase industrial”, em que o uso da força material como ponto imprescindível ao desempenho da empresa perde seu lugar para o conhecimento enquanto diferencial na concorrência econômica. Ana Cláudia Karam Abdallah Santos (2009) corrobora tal entendimento ao expor:

O traço mais marcante dessa nova era é a desmaterialização dos meios de produção. Os bens intangíveis, oriundos do trabalho humano, são os grandes geradores de riqueza para as organizações, em especial para as sociedades empresárias, que passam a ser reconhecidas como repositórios vitais de recursos humanos intelectuais (SANTOS, 2009, p.9).

A partir deste, destrincham-se os conceitos de conhecimento e competência empresariais enquanto formadores desse “capital intelectual”, além de se produzirem diferenciações, como a do termo know-how (em sentido estrito), também chamado de trade secret ou “segredo de indústria”. Para isso, analisam-se também, com base em Denis Borges Barbosa (2003), as noções de propriedade intelectual e o já conhecido Direito de Propriedade.

Finalmente, volta-se o olhar para o Código de Defesa do Consumidor, com enfoque à proteção do direito de acesso à informação pela parte vulnerável. Conceitua-se o direito de acesso à informação, relacionando-o ao princípio da boa-fé objetiva na relação consumerista (artigo 422 do Código Civil e artigo 4º, inciso III, do CDC). Ademais, questiona-se a possibilidade de proteção do consumidor nos casos em que empresas se utilizam do Direito de Exclusividade (know-how em sentido estrito), para sua manutenção, enquanto exclusividades na economia mundial, da preservação de seus trade secrets, tendo em vista as consequências negativas dessa exclusividade.

Conclui-se, com este artigo, que a melhor solução para tal impasse é a aplicação do Princípio da Proporcionalidade, que se encontra de forma dispersa no ordenamento constitucional brasileiro, podendo se observar no artigo 37, combinado com o artigo 5º, inciso II e o artigo 84, inciso IV da Carta Maior, no que tange à resolução de conflitos entre princípios (Boa-fé objetiva atrelada ao direito de acesso à Informação x Livre Iniciativa e direito de Exclusividade).

A metodologia utilizada na realização do artigo é a de análise e abordagem bibliográfica, pautada no estudo de dois marcos teóricos: Ana Claudia Karam Abdallah Santos e Denis Borges Barbosa. O primeiro marco teórico determina a discussão voltada ao desenvolvimento e surgimento do Capital Intelectual, enquanto o segundo refere-se aos estudos de Know-How, Direito de Propriedade e Propriedade Intelectual.

O objetivo deste é trazer para discussão e crítica, no campo do consumo de alimentos, a não especificação, por parte de empresas com patentes ou know-how em sentido estrito (segredo de indústria), de possíveis ingredientes que componham a fórmula de tal empresa, justamente por ser exclusiva e, por isso, incompartilhável no mercado. Desse modo, a crítica se baseia no fato de pessoas estarem consumindo componentes que possam, em certos casos, gerar malefícios e até reações alérgicas em seus organismos; e estarem consumindo, muitas vezes, por não saberem que aquele componente está inserido na base daquele produto, já que não estão delimitados em seu rótulo. Assim, busca-se demarcar até onde pode se dar o direito de acesso à informação e o direito de exclusividade, chegando-se a uma solução a partir da ponderação entre esses pontos e princípios.

2. Capital intelectual

2.1. Conceito e contextualização

A tarefa de conceituar o Capital Intelectual é densa, pois é um conceito, que além de recente (séc. XX), se estabelece de forma empírica, ou seja, é formado através de experiências comprobatórias. Verificam-se tais fatores ao analisar as obras de Carolina Vaz, Claudia Viviane Viegas e Mauricio Uriona Maldonado (2016) e Ana Claudia Karam Abdallah Santos (2009), as quais, para ilustrar o surgimento do conceito de conhecimento, perpassam pelas fases socioeconômicas e suas mudanças e explicitam como e quando surgiram as primeiras pesquisas:

Durante a primeira e a segunda eras econômicas, o trabalho era basicamente físico, muscular. Na era agrícola, o artesão dependia basicamente de suas próprias habilidades manuais. Na era industrial, embora a principal atividade fosse desenvolvida de forma coletiva pelo empresário industrial e seus trabalhadores fabris, a estrutura de trabalho adotada não possibilitava, entretanto, a criação de conhecimento coletivo, já que, além de ser altamente segmentada e especializada (cada trabalhador era responsável por pequena tarefa mecânica e repetitiva dentro de todo o processo produtivo), o trabalhador era treinado a não fazer perguntas, a não pensar, a não inovar. Diferentemente, na era do conhecimento exige-se de todos os colaboradores da empresa (inclusive do empresário) criatividade, iniciativas para melhorar processos e constante desenvolvimento de suas habilidades, tudo de acordo com a cultura, os valores e o objeto social da sociedade empresária. (KARAM, p.17).

Exposto isso, faz-se imprescindível dizer que o conceito de Capital Intelectual parte da noção de ativos intangíveis, vez que estão ligados ao conhecimento, cujo ideal, na filosofia, relaciona-se ao ato mental formulado através da experiência sensível, e pelo qual são formulados raciocínios lógicos e verídicos acerca de um objeto de estudo ou realidade. (GILES, 1993, p.23 apud SANTOS, 2009, p.19). Ana Cláudia Karam Santos reitera, ainda, que o conhecimento é algo exclusivo do ser humano e depende do processo cognitivo, diferentemente da informação que existe em um plano exterior a mente humana e é sintetizada por essa pelas capacidades do indivíduo. Diante do exposto fica claro que os elementos intangíveis sugerem uma nova forma de visualizar as organizações, pois, segundo Stewart (1998) citado por Carolina Vaz, Viegas e Maldonado (2016, p.2), os bens responsáveis pela produção de riqueza não seriam mais apenas os materiais (terra, trabalho físico, ferramentas mecânicas e fábricas), mas também os ativos baseados no conhecimento. Através do trecho de Santos (2009, p.9) é possível verificar esse processo se deu especialmente na “Era do conhecimento” já mencionada:

O traço mais marcante dessa nova era é a desmaterialização dos meios de produção. Os bens intangíveis, oriundos do trabalho humano, são os grandes geradores de riqueza para as organizações, em especial para as sociedades empresárias, que passam a ser reconhecidas como repositórios vitais de recursos humanos intelectuais.

No entanto, cabe ainda ressaltar que apesar de haver essa diferenciação, há uma relação entre os ativos intangíveis e tangíveis de uma organização, vez que é com essa interação que se torna notável a materialização do conhecimento de uma empresa, ocorrendo assim o valor corporativo e financeiro:

No entanto, Bukh et al. (2003) ressaltam que os ativos intangíveis componentes do capital intelectual de uma empresa frequentemente interagem com os ativos tangíveis ou financeiros para criar valor corporativo de crescimento econômico. Isto pode ser observado, por exemplo, no caso de

uma marca (ativo intangível) que valoriza um determinado produto da empresa (ativo tangível).” (VAZ, VIEGAS e MALDONADO, 2016, p.3)

Dessa forma, através da mensuração de valor do Capital Intelectual (CI), se faz necessária a exposição de seus elementos formadores (de modo que as diferentes formas de tutela desse capital sejam bem delimitadas).

Diante disso, é perceptível que o aspecto sempre vigente em qualquer conceito levantado por Carolina Vaz, Viegas e Maldonado (2016, p.5-6) é o conjunto de conhecimento oculto, ou melhor, o que representa o espaço oculto entre capital humano e estrutural, o qual agrega valor às organizações. Relacionado a esse aspecto, Lynn (2000, apud VAZ, VIEGAS e MALDONADO, 2016, p.6) desenvolve um modelo de três componentes para o CI, são eles: o capital humano, capital estrutural e capital relacional.

O capital humano é a capacidade necessária para que os indivíduos ofereçam soluções aos clientes. No entanto, para compartilhar, transmitir e alavancar o conhecimento é necessário de ativos estruturais como laboratórios, sistemas de informações, conhecimento dos canais de distribuição que transformam o saber individual em benefícios de toda a empresa, ou seja, em capital estrutural. O capital de clientes ou capital relacional é o valor dos relacionamentos de uma entidade com as pessoas com as quais realiza operações (STEWART, 1998, apud VAZ, VIEGAS e MALDONADO, 2016, p.7).

A fim de elucidar melhor esses elementos, mesmo que sejam diversos os autores que tratam dessa temática, é necessário ressaltar que o capital humano está ligado àquilo que pode ser proporcionado pelos indivíduos às organizações, ou seja, suas habilidades, conhecimentos, “know how”, capacidades, entre outros. Entretanto, para que seja mensurável e aplicado é preciso o estabelecimento de estruturas dentro da empresa, como sistemas de informações, laboratórios, processos, entre outros, ou seja, é preciso que haja uma relação com o Capital estrutural ou organizacional:

Schmidt e Santos (2002) explicam que o capital estrutural é a transformação do conhecimento do compartilhamento, da criatividade e da experiência. Na qual devem ser estruturados com o auxílio de tecnologia da informação e das telecomunicações, banco de dados e de descrição de processos, a fim de reter na empresa o conhecimento humano (VAZ, VIEGAS e MALDONADO, 2016, p.11)

São enquadrados dentro desse elemento a Propriedade Intelectual a qual pode ser suscetível de valor através das patentes, direitos autorais, direitos de projeto, segredos industriais e marcas registradas; e os Ativos de infraestrutura, os quais são os equipamentos de informática, dos softwares, os bancos de dados, que apoia a produtividade (DZINKOWSKI, 1998, apud VAZ, VIEGAS e MALDONADO, 2016, p.7). Basta o Capital Relacional para concluir os três aspectos formadores do Capital Intelectual, que, segundo Stewart (1998) citado por Caroline Vaz e demais autores (2016, p. 13), também pode ser nomeado de capital de clientes e é considerado o mais importante, por se referir aos relacionamentos que a organização estabelece entre seus funcionários e clientes para vender seus produtos e serviços. Portanto nota-se que esses elementos possuem uma relação e tem como base o Capital humano:

De acordo com Nahapiet e Ghoshal (2002) e Gubiani (2012), o capital humano constroi e alimenta o capital estrutural, sendo o elemento-chave em todas as interações sociais. Por sua vez, Edvinsson e Malone (1997) afirmam que o

capital humano é à base do capital estrutural, que através da infraestrutura capacita e apoia o capital humano. (VAZ, VIEGAS e MALDONADO, 2016, p.15).

Por fim, ainda pensando o processo de formação do conceito de Capital Intelectual e seus elementos, é necessário evidenciar a ideia de Santos (2009, p. 28) ao relacionar o Capital Intelectual, mediante a Era do conhecimento, ao perfil corporativo, vez que se pensa a formação desse conhecimento em conjunto nas organizações empresariais.

Para nós, diante do contexto atual do mercado, na era do conhecimento, o perfil corporativo não pode ser afastado. Pelo contrário, deve ser absorvido na conceituação da empresa. Não como um perfil paralelo, como apresentado por Asquini, mas complementar. Ora, a empresa não deixa de ser encarada como atividade econômica organizada e voltada para mercado. Mas a organização dos fatores de produção deixa de depender exclusivamente do empresário e passa a contar também, e cada vez mais, com os seus colaboradores (administradores e empregados).

2.2. Concepção do direito de propriedade, propriedade intelectual e know-how

2.2.1. Direito de propriedade e propriedade intelectual

O Direito de Propriedade é definido pela Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI) como:

[...] a soma do direitos relativos às obras literárias, artísticas e científicas, às interpretações dos artistas, intérpretes e às execuções dos artistas executantes, aos fonogramas e às emissões de radiodifusão, às invenções em todos os domínios da atividade humana, às descobertas científicas, aos modelos e desenhos industriais, às marcas industriais, comerciais e de serviços, bem como às firmas comerciais e denominações comerciais, à proteção contra a concorrência desleal e todos os outros direitos inerentes à atividade intelectual nos domínios industrial, científico, literário e artístico.

Como bem delimitam Helena Aranda Barrozo e Márcia Teshima (2013) em “A Propriedade Intelectual e seus Aspectos no Âmbito do Mercosul”, a proteção da Propriedade Intelectual cria raízes na Convenção da União de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial de 1883, mas foi na denominada Rodada do Uruguai (1986), que efetivamente se delimita sua proteção, a partir da aprovação do Protocolo de Harmonização e Procedimento sobre Propriedade Intelectual, assinado em 1995. Atualmente, a proteção e a coordenação da propriedade intelectual se dá pelo Acordo TRIP’S (em inglês: *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*, em português: Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio), tratado internacional, que se relaciona diretamente à Organização Mundial do Comércio.

Conforme delimita Denis Barbosa (2003, p.32), compreende-se como bens intangíveis, dentre eles, os bens relativos ao direito de clientela, sendo os direitos de Propriedade Intelectual uma sub-espécies desse:

A expressão “direitos de clientela” deve-se a Paul Roubier, que concebeu como um *tertius genus*, ao lado dos reais e dos pessoais. Incluir-se-ia no conceito os de propriedade intelectual: os de propriedade industrial e os de propriedade científica, artística ou literária; as marcas de indústria e de

comércio; as appellations d'origine; o fundo de comércio, na acepção francesa; os monopólios legais. (p.35). Ao lado destes, constituindo a face não exclusiva dos direitos da clientela, poríamos as invenções não patenteadas e o segredo de empresa; [...] (p.35).

Para ele, quando se fala na propriedade intangível da Propriedade Intelectual, trata-se de uma atividade econômica que utiliza da exploração de uma criação imaterial, seja ela qual for, cujo valor de troca é digno de proteção jurídica. Porém, tais direitos de clientela serão exclusivos quando tutelados pelo ordenamento, gerando exclusividade ao titular, e, ao contrário se essa mesma oportunidade no mercado ser repartida com os competidores:

Este “segredo de empresa” em sua perspectiva do direito americano, é gênero do qual são espécies o know how, o segredo de fábrica, o segredo comercial, as fórmulas não patenteadas, etc. É um direito de clientela consistente na detenção de uma informação de disponibilidade escassa e útil no negócio. Não se trata de um direito exclusivo, pois não houve concessão pelo Estado de uma patente ou algo do mesmo efeito (BARBOSA, 2003, p.39).

A seguir, serão delimitados os conceitos relacionados ao know-how, que pode ser analisado tanto em seu sentido amplo, quanto em sentido estrito (trade secret). Ademais, faz-se imprescindível ressaltar as diferenças que abrangem os dois institutos, a fim de se fundamentar a crítica relacionada às vantagens mercadológicas alcançadas a partir da sobreposição da proteção à propriedade intelectual em detrimento dos direitos do consumidor, quando das relações empresariais.

2.2.1.1. Trade secret

Trade secret, segredo industrial ou know-how em sentido estrito consiste em um mecanismo de preservação da confidencialidade de uma tecnologia utilizada por uma empresa, tecnologia essa que deve ser capaz de expressar vantagem competitiva àquela organização quando comparada a outras. Implica em uma escolha estratégica acolhida pela empresa no intuito de preservar o sigilo sobre aquele conhecimento, assumindo o risco desta opção. A proteção é dada através de políticas internas e através de dispositivos de garantia produzidos pela própria organização, os quais criam uma rede de sigilo, possibilitando a poucas pessoas o acesso ao segredo industrial, e inviabilizando a externalização de tal conteúdo.

Quando uma sociedade empresária opta pelo segredo industrial, ela simplesmente deixa de levar aquela nova técnica à registro público, gerando efeito imediato de Direito à exclusividade. No entanto, tal empresa não detém o monopólio sobre a propriedade, não tendo nenhuma garantia ou proteção legal quanto ao bem intelectual em questão. Contudo, o trade secret se mostra um mecanismo vantajoso no que tange aos custos, pois não há dispêndios de registro - embora haja investimento em acordos internos para manter o sigilo-, à não necessidade de tornar a tecnologia pública, ao fato de que o monopólio fático sobre aquela invenção é de prazo ilimitado. Portanto, gozar de confidencialidade dentro da organização se mostra uma das principais motivações para que as sociedades empresárias optem por essa ferramenta geradora de vantagem comercial. Nota-se que se diferencia da patente em relação ao tempo ilimitado, essa deve exaurir o tempo determinado para então gerar os lucros decorrentes daquela exclusividade. A violação desse segredo está amparada pelo instituto da concorrência desleal, previsão suscitada pela Lei de Propriedade Industrial (Lei 9.276/96, artigo 195, incisos XI e XII⁵).

5 Art. 195. Comete crime de concorrência desleal quem: XI - divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de

2.2.1.2. *Know-how* (em sentido amplo)

Know how, em tradução literal significa "como fazer", e expressa um patrimônio imaterial, referente às tecnologias ou técnicas de melhoria que agregam valor a um produto, pois exprimem o conhecimento acerca de um processo. O contrato de *know-how* é o documento pelo qual se faz a transferência dessa tecnologia, empregada na produção e comercialização de bens, podendo se transferir somente a autorização para se utilizar a técnica (licenciamento) ou a titularidade da inovação.

O *know how* é, assim, o corpo de conhecimentos, técnicos e de outra natureza, necessários para dar a uma empresa acesso, manutenção ou vantagem no seu próprio mercado. Esta vantagem poderia ser obtida por outras formas: concentração de meios financeiros, situação legal privilegiada, capacitação dos dirigentes, acesso a fontes de matéria prima, poder político, etc.” (BARBOSA, Denis., 2003, p. 560).

Há basicamente três cláusulas essenciais nos contratos de *know-how*. A que estipula o dever do fornecedor de tecnologia se comprometer a comunicar experiências empresariais ao receptor, de forma a transmitir os meios necessários e suficientes para realizar a atividade definida no contrato; a que o receptor se compromete retribuir a comunicação e a que o receptor se compromete em manter o segredo sobre o *know-how*, justamente pelo fato de que a confidencialidade é a característica mais importante desse tipo de transação, na medida em que envolve a questão da vantagem competitiva no ramo empresarial.

Os contratos de transferência de *know-how* são confidenciais, bilaterais, onerosos (mas nada impede que sejam estabelecidos de modo gratuito), consensuais, definidos e específicos - pois a alteração pode levar a extinção, resguardando um direito pessoal - autônomo e irredutível. O objeto dessa modalidade de contrato é a cessão de posição na concorrência, e, ainda conforme Denis Borges Barbosa (2003), implica cessão de concorrência na medida em que significa uma renúncia, por parte do fornecedor, de utilizar-se da vantagem que teria em produzir, ele próprio, no mercado considerado, ou, pelo menos de produzir sozinho.

Por fim, há de se evidenciar que existe uma linha tênue entre o conceito de *know how* e a noção de *trade secret*, pois, frequentemente, ao abordar *know-how*, se volta para seu sentido restrito, que visa alcançar somente o conhecimento de certos segmentos da estrutura técnica de produção (*know how* técnico). Diante disso, tende-se a reduzir o *know-how* ao *Trade Secret*. Contudo, o que define o *know how* em sentido amplo não é o segredo existente ao redor de uma técnica, mas a não possibilidade de acesso por parte da sociedade ao conhecimento do modelo de produção de uma sociedade empresária:

Outros concorrentes podem ter o mesmo segredo, e dele fazerem uso, mas o *know-how* específico não é acessível a todo e qualquer competidor, atual ou potencial. Neste sentido, é segredo no seu sentido etimológico, ou seja, segregado ou afastado: não é algo que ninguém - salvo o detentor - sabia, mas algo que certas pessoas não sabem. (BARBOSA, 2003, p. 560).

conhecimentos, informações ou dados confidenciais, utilizáveis na indústria, comércio ou prestação de serviços, excluídos aqueles que sejam de conhecimento público ou que sejam evidentes para um técnico no assunto, a que teve acesso mediante relação contratual ou empregatícia, mesmo após o término do contrato; XII - divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de conhecimentos ou informações a que se refere o inciso anterior, obtidos por meios ilícitos ou a que teve acesso mediante fraude; ou

3. Direito do consumidor (acesso à informação) versus direito à livre concorrência da empresa (*trade secret*)

A Lei nº 8.078/90 traz o denominado Código de Defesa do Consumidor, abarcando a proteção dada à parte em posição de vulnerabilidade na relação consumerista. O Art. 6º da referida lei, em seu inciso III (modificado pela Lei 12.741/2012), determina que é direito básico do consumidor “a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem”. Desse modo, é incongruente com a lei manifestações que restrinjam o acesso da sociedade consumidora àquilo que está adquirindo, o que se intensifica nos casos de aquisição de produtos alimentícios.

William Callegaro (2016), em “A Responsabilidade Civil da Indústria de Alimentos nas Relações de Consumo sob o Enfoque da Rotulagem como Meio de Acesso à Informação” afirma que:

O direito fundamental à informação, conforme Rizzatto Nunes, pode ser contemplado sob três espécies, sendo elas: o direito de informar; o direito de se informar; e o direito de ser informado. Assim, no momento que a prerrogativa de informar – representada pela primeira espécie – deixa de ser exercida pelo fornecedor passamos a necessitar das demais espécies para concretizar as obrigações do fornecedor em informar. (p.13)

Além disso, o direito de ser o consumidor informado pelo produtor, se relaciona também com o princípio da boa-fé objetiva (art. 4º, III do Código de Defesa do Consumidor) como bem diz Roberto Senise Lisboa (2012) em “Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo”:

O direito à informação decorre da boa-fé objetiva, que é princípio da Política Nacional das Relações de Consumo, constituindo uma regra básica de convivência social que passa a ter relevância jurídica para o asseguramento dos demais princípios decorrentes da constituição do vínculo de direito.” (p.151)

Ademais, o Código de Defesa do Consumidor, formula uma série de normas e princípios, como os da devida informação e da transparência -previstos pelo artigo 6º, inciso III do Código de Defesa do Consumidor-, que restringem os abusos que recaem sobre a parte vulnerável nas relações consumeristas: quem consome. No que abrange o Princípio da Transparência, William Callegaro (2016) ainda afirma: “obrigação do fornecedor de dar a informação correta sobre o produto, bem como informar os seus riscos à segurança e a saúde dos consumidores.” (tradução, p.20). Diante do exposto, nota-se o reforço da Constituição Federal a defesa do consumidor e ao direito de acesso à informação, através de seus dispositivos⁶.

Todavia, com o crescer da denominada Era do Conhecimento (SANTOS, 2009, p.15), que promoveu o incremento do capital intelectual, o direito de acesso à informação pelo

⁶ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XIV- é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional [...] XXXII- o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor. Art. 170 -A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: V- defesa do consumidor.

consumidor é restringido. A relação entre as partes em contrato faz-se mais distante, e, por isso, de difícil acesso se tornam as informações sobre os alimentos, agora produzidos de forma mais complexa. A título de exemplo, são as indústrias alimentícias no fornecimento de produtos: mesmo com o processo de rotulagem, com a delimitação por parte da Comissão do Codex Alimentarium do que deve ser ou não apresentado ao público; ainda sim, existem complicações.

E a situação torna-se mais complexa quando envolve a noção das trade secrets, na medida em que serão restringidas ao acesso da população informações que sejam essenciais à manutenção da empresa enquanto diferenciada no mercado. Ana Frazão (2018), em “Função Social da Empresa” relaciona as ideias de função social da empresa e acesso à informação. Em certo trecho, explicita:

Com efeito, qualquer que seja a dimensão que se atribua à função social da empresa, deve ser ela compatibilizada com o princípio da manutenção da empresa, na medida em que a subsistência rentável da sociedade empresária é pressuposto para a realização de qualquer outro interesse (p.12).

Com isso, quer dizer que, mesmo que o acesso à informação seja ponto imprescindível à função social da empresa, não poderá jamais prejudicar a própria existência daquela (dimensão negativa), de modo que possa ser cerceada se necessária à manutenção da sociedade empresária.

Veja bem o quão complicado, todavia, se torna a situação de um adquirente quando, não sabendo de sua restrição alimentar a um ingrediente, consome certo produto cuja fórmula, secreta, possui aquele em sua base. Há desse modo, um conflito entre a preservação do próprio direito à saúde do indivíduo (Art. 6º, I, CDC) e a manutenção da empresa e de seu direito à concorrência.

3.1. Possível solução do conflito entre o direito do consumidor e o direito à livre concorrência da empresa

Pode-se analisar a questão do cerceamento do direito à informação em detrimento dos direitos que protegem a propriedade intelectual de uma empresa, em específico acerca da responsabilidade civil da indústria alimentícia. A rotulagem dos produtos são o meio de acesso à informação do qual os consumidores dispõem. Nesse sentido, é imprescindível que a empresa disponibilize todas as informações sobre seu produto, corretas e verdadeiras, veiculando-as no rótulo, dificultando ou impossibilitando a ocorrência de vícios e defeitos de informação que possam vir a ser capazes de lesionar a saúde do consumidor⁷.

Em uma relação consumerista, o consumidor sempre constitui a parte mais frágil da relação jurídica, haja vista que, embora no caso concreto possua abastada condição financeira, nunca estará configurando relação de equilíbrio perante a empresa. Os consumidores são investidos de duas características principais: vulnerabilidade e hipossuficiência. A vulnerabilidade se projeta na condição de que todo consumidor é vulnerável em uma relação de consumo, e a hipossuficiência é condição superveniente utilizada na seara processual, referente ao consumidor que teve direito violado, com o fim de inversão do ônus da prova justamente pelo fato de que, tendo em vista que o consumidor é sempre vulnerável na relação consumerista, não possui dispêndios suficientes para produzir provas contra a empresa, obrigando-a a fornecer todos os dados necessários para o andamento do processo. Caso a empresa se negue a apresentar

⁷ Através do trabalho de conclusão de pós graduação em Direito de autoria de William Gabriel Callegaro (2016), pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, intitulado “A responsabilidade civil da indústria de alimentos nas relações de consumo sob o enfoque da rotulagem como meio de acesso à informação” faz-se a análise do cerceamento do direito à informação em detrimento do direito à preservação.

as informações necessárias ao poder judiciário será responsabilizada, sendo obrigada a indenizar o consumidor. Ademais, além dos consumidores que meramente possuem seu direito à informação violada, há os consumidores que possuem condições especiais de consumo, quais sejam: diabetes, doença celíaca, intolerância à lactose, alergias, dentre outras possibilidades restritivas, agravando ainda mais a situação se houver um cerceamento desse direito à informação.

O Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), após a promulgação da Constituição Federal em 1988, deixou de tratar as relações consumeristas por leis específicas ou através dos Códigos, que eram analisados separadamente, e passou a regulamentar tais relações em todas as áreas do Direito - civil, comercial, penal - de forma mais abrangente e conexa⁸.

O dever de o fornecedor de alimentos proporcionar as informações adequadas sobre o produto é obrigação pré-contratual, baseada no princípio da boa-fé objetiva, exprime uma ficção jurídica criada pelo legislador para prevenir que ocorram efeitos negativos ao consumidor em razão de um contrato estabelecido de forma indevida, induzindo o consumidor ao erro. O Código de Defesa do Consumidor, ao estabelecer o princípio da boa-fé como cláusula geral, abre ao consumidor a premissa da nulidade de cláusulas contratuais. Rege o Art. 51 do referido diploma:

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: (...) IV – Estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade; (...)

Além disso, o Art. 31 do CDC versa sobre o dever de informar, evidenciando a obrigação de constar no rótulo dos alimentos informações corretas, claras e precisas, ostensivas e em língua portuguesa, sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia prazos de validade e origem, entre outros dados, e sobre os riscos que apresentam à saúde e à segurança dos consumidores. Segundo William Gabriel Callegaro (2016, p. 21):

Toda e qualquer informação prestada de forma equivocada fere diretamente o direito à informação (expresso tanto na constituição, quanto no microsistema do CDC) autorizando o consumidor a buscar tutela jurídica. Ademais, o princípio do direito à informação nas relações de consumo pode ser entendido como um princípio que estabelece uma “via mão dupla”, ao passo que; estabelece o direito de o consumidor ser informado e determina ao fornecedor o dever de informar.

Existem dois modos de recorrer ao judiciário por conta da lesão ao direito de informação adequada, pois o tipo de processo é diferente conforme o tipo de lesão, que pode ser em decorrência de um vício de informação ou defeito de informação. O vício de informação exprime a discrepância existente entre o produto e a informação afixada no rótulo, e de acordo com a lei brasileira é considerado menos grave que o defeito de informação e suas formas de responsabilização, previstas no CDC (artigos 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24 e 25). Quando se depara com um defeito de informação está se falando em responsabilidade objetiva, pois aquele defeito de informação é um erro grave que pode gerar enorme consequência na vida do consumidor,

⁸ “O caráter de direito fundamental do direito à informação determina que o consumidor deve ser considerado em toda a sua complexidade, não se podendo observar, exclusivamente, a sua esfera econômica.” (CALLEGARO, 2016, p.13).

quais sejam por exemplo: idosos, que possuem tratamento distinto em razão de sua condição especial de vulnerabilidade - hipossuficiência-, na medida em que não possuem nem conhecimento técnico, nem onerosidade suficiente para litigar, acionando o mecanismo da inversão do ônus da prova - *ope legis*. Portanto se o fornecedor não conseguir produzir provas, de acordo com as excludentes legais (art.12, § 3º do CDC), e, o consumidor apresentar os mínimos indícios de sua alegações; o fornecedor será responsabilizado pelos danos causado por um dado produto. Destarte, pode-se inferir que todo e qualquer consumidor que se sentir lesado no que tange seu direito à informação adequada tem competência para impetrar ação contra a empresa.

Tendo em vista que essa informação pode envolver parte intangível da empresa garantidora de vantagem comercial da mesma, ou seja, uma tecnologia de produção no setor alimentício, conforme o enfoque dado -afetando o instituto da concorrência-, apresenta-se como mais adequado solucionar esse impasse com a aplicação do Princípio da Proporcionalidade⁹ quando em relação aos direitos de acesso à informação e proteção da livre iniciativa, abarcando as noções de adequação, necessidade e proporcionalidade *stricto sensu*, como bem demonstra Paulo Bonavides (2004) em “Curso de Direito Constitucional” (p.396). Analisando-se de que modo o princípio da boa-fé objetiva atrelado ao direito de acesso à informação na relação consumerista pode ser sopesado com o princípio da livre iniciativa (Art. 170, CF), com o direito de exclusividade da empresa e com *trade secret*, chega-se a uma possível solução ao conflito exposto, de modo a equilibrar interesses de ambas as partes. A ponderação cumpre salientar, deverá levar em conta a condição de vulnerabilidade do consumidor na relação.

Ademais, em casos que houver abuso por parte da empresa em restringir informações essenciais à rotulagem, será cabível a desconsideração da personalidade jurídica, levando-se em conta que, reitera-se, a atuação seja abusiva, desrespeitando a Lei de Livre Concorrência (nº 12.529/2011). Com isso, há a possibilidade de preservação tanto do consumidor, dada a situação de vulnerabilidade diante do acesso não integral ao que se consome; e da sociedade empresária, com a manutenção de seu fim primeiro de livre concorrência no mercado.

4. Conclusão

A partir da análise feita no presente trabalho, conclui-se que a preservação do segredo de indústria acaba por cercear os direitos de acesso à informação e de saúde da população, na medida em que essas perdem a possibilidade de acesso íntegro ao que consomem diariamente. Entretanto, apesar de haver a necessidade de preservação desses direitos, há também o dever de preservação da liberdade de iniciativa no âmbito privado, respeitando-se os direitos de exclusividade como modo de diferenciação e qualificação da empresa em relação à concorrência. Portanto, o que se deve ter como pressuposto na análise realizada é que, diante desse conflito, devem ser feitas ponderações baseadas no Princípio da Proporcionalidade, como forma de se garantir a aplicação e a adequação das decisões ao fato concreto, com suas particularidades.

5. Referências

BARBOSA, D. B. Uma introdução a propriedade intelectual. Segunda edição rev. atual. Editora

⁹ Denis Borges Barbosa (2003) afirma que “Quando há colisão entre dois direitos constitucionais igualmente valiosos, impõe-se a regra da razoabilidade, ponderação, ou balanceamento, uma das mais augustas e elaboradas técnicas do direito constitucional.” (p. 87). / Princípio de ordem implícita, porém reconhecido pela Constituição Federal, Art 5º, §2º- Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte

Iumen Juris: 2003.

BARROZO, H. A., & TESHIMA, M. . A propriedade intelectual e seus aspectos no âmbito do MERCOSUL. Scientia Iuris, 2013 Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/viewFile/11229/9995>> Acesso em: 17. Out. 2018.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 15º Ed. 2004. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/6388688/paulo-bonavides---curso-de-direito-constitucional--15-edicao>> Acesso em: 07. Nov. 2018.

BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. De 11 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm> Acesso em: 07. Nov. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 07. Nov. 2018.

BRASIL. Lei nº 12. 529, de 30 nov. 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei no 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm> Acesso em: 07 nov. 2018.

BROOKING, Annie. El capital intelectual: El principal activo de las empresas del tercer milenio. Barcelona, Paídos: 1977. Disponível em: <<http://jorgecapellariera.com/wp/wp-content/uploads/2013/02/Blog-1-El-Capital-intelectual-Brooking.doc>> Acesso em: 17. Out. 2018.

CALLEGARO, William. G. A responsabilidade civil da indústria de alimentos nas relações de consumo sob o enfoque da rotulagem como meio de acesso à informação. 2016. 76 p. Monografia (conclusão de curso) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Disponível em: <<https://lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/156750/001017270.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> Acesso em: 14 Out. 2018.

FRAZÃO, Ana. Função social da empresa. In: COELHO, F. U., ALMEIDA, M. E. M. de. (coords). Enciclopédia Jurídica da PUCSP. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2018.

LISBOA, R. S. Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo. 3º Ed. Editora Saraiva: 2012. Disponível em: <https://estradadoslivros.org/direito-concursos/responsabilidade-civil-nas-relacoes-de-consumo-roberto-senise-lisboa/> Acesso em: 17. Out. 2018.

Propriedade Intelectual (OMPI). Disponível em: <http://www.utfpr.edu.br/patobranco/estrutura-universitaria/diretorias/direc/nit/pi> Acesso em: 07. nov. 2018.

SANTOS, Ana Cláudia Karam Abdallah. A tutela jurídica do “capital intelectual” das sociedades empresárias. 2009. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de

São Paulo. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-04012011-134221/pt-br.php>> Acesso em: 17. Out. 2018.

VAZ, C.; VIEGAS, C. V., MALDONADO, M. U. Valorização do capital intelectual para as organizações. In: CONGRESSO NACIONAL DE EXCELÊNCIA EM GESTÃO & III INOVARSE – RESPONSABILIDADE SOCIAL APLICADA. XII. Área temática: Gestão do Conhecimento Organizacional. 2016. Disponível em: http://www.inovarse.org/sites/default/files/T16_209_0.pdf Acesso em: 17. Out. 2018.