



KARENINA CARVALHO TITO

# MARCA DO DISTRIBUIDOR (*PRIVATE LABEL*) E A DEFESA DO CONSUMIDOR

Dissertação apresentada a Faculdade de Direito de Coimbra, como exigência parcial a obtenção do título de Mestre em Ciências Jurídico-Empresariais-Menção em Direito Empresarial.

Coimbra, Julho de 2015



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



• U

C •

**FDUC** FACULDADE DE DIREITO  
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

**KARENINA CARVALHO TITO**

**MARCA DO DISTRIBUIDOR (*PRIVATE LABEL*) E A DEFESA  
DO CONSUMIDOR**

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de mestre), na área de especialização em Ciências Jurídico-Empresariais/Menção: Direito Empresarial.

Orientador: Professor Doutor Manuel Couceiro Nogueira Serens.

**COIMBRA - PORTUGAL  
2015**

*Dedico, ao meu pai, que incentivou-me a seguir a carreira jurídica, o qual não chegou a ver a conclusão deste projeto; e ao meu filho Rafael, pelo amor que ele representa, e em especial a sua renúncia à minha presença física que este trabalho significou.*

## **AGRADECIMENTOS**

Esta dissertação de mestrado se deve muito ao ambiente da Faculdade de Direito de Coimbra, pela acolhida ao estrangeiro e pelo clima da busca pelo conhecimento passado pelos professores desta instituição de ensino. O primeiro agradecimento vai para o meu orientador, Professor Doutor Nogueira Serens, pela paciência, disponibilidade e cordialidade desde suas aulas de propriedade industrial, que foram uma fonte de inspiração nas pesquisas para a construção deste trabalho.

Agradeço a todos os meus professores do curso, e em especial ao Professor Doutor Alexandre Libório, pelo incentivo que deixou uma marca positiva na busca dos meus objetivos.

Direciono ainda meu agradecimento aos programas de mobilidade, promovidos pela Universidade de Coimbra, os quais realizei nas Universidades de Macau e de Bologna; bem como aos seus respectivos professores e funcionários que tiveram participação nestas experiências. Estes programas possibilitaram ampliar meus conhecimentos que foram pontuais na construção do texto desta dissertação. Permitiram-me, ainda, uma nova visão do mundo, pois a convivência com diferenças culturais levou-me a enriquecer como ser humano.

Muito grata a todos os funcionários desta instituição, que com paciência e disponibilidade ajudaram nas dúvidas pertinentes às questões acadêmicas.

Igualmente devidos são os agradecimentos que faço aos amigos que ganhei durante as jornadas em Portugal, Macau e Itália, pois todos eles tiveram uma contribuição na consecução deste fim. Em especial, às amigas Fernanda Brandão e Livia Ximenes, por terem sido a minha família fora do Brasil, sempre apoiando, incentivando, ajudando a construir um caminho e os objetivos que queria alcançar.

Agradeço a toda a minha família; e em especial à minha mãe, filho e irmão, pelo incentivo e compreensão dispensados.

E, por fim, agradeço imensamente a Deus, por tudo, pois sem fé não sou nada.

“A vida só pode ser compreendida, olhando-se pra trás; mas só pode ser vivida, olhando-se para frente”.

Soren Kierkegaard

## RESUMO

Este trabalho buscou conhecer a origem da marca em um sentido amplo, bem como as suas particularidades essenciais, com o objetivo de restringir-se ao estudo da marca do distribuidor, a partir do surgimento no mercado, seu crescimento como uma marca independente e a sua posição de liderança frente a algumas marcas de fabricante. A presença das marcas de distribuidor no domínio do espaço das áreas comerciais é cada vez mais forte, sendo a inovação o principal catalisador. Dado o aumento da penetração destas marcas, revela-se necessário o estudo das determinantes da sua adoção por parte do consumidor. É considerado, no mercado atual, um fenômeno mundial e a sua ocorrência é crescente em quase todos os setores. Neste sentido, buscou-se entendimento de forma total, os aspectos inerentes ao consumidor no momento da escolha de uma marca em relação à outra, geralmente com qualidade similar, bem como a importância própria de todos os requisitos que constroem uma marca. Ponto de relevância deste estudo concentrou-se na responsabilidade decorrente da marca do distribuidor, ou seja, a responsabilidade civil que perpassa o fato de indicar em produto ou serviço, a sua marca. Contudo, procurou-se compreender as relações entre fabricante/distribuidor e, mais precisamente, entre marca /consumidor. Concluiu-se por um progresso concomitante entre as legislações, nacional e internacional, com o objetivo de proteger os direitos dos sujeitos envolvidos, seja o fabricante, o distribuidor e o lado mais frágil da relação comercial, o consumidor.

**Palavras-chave:** marca, marca do distribuidor, fabricante, consumidor, responsabilidade por produtos.

## ABSTRACT

This study was carried out with the aim of finding out the origin of the brand in its wide sense, as well as its essential particularities, to restrict the study of the distributor's brand, from its emergence of in the market, its growth as an independent brand and its leader position in relation to some manufacturers' brands. The presence of distributor's brands in commercial areas has become stronger mainly due to the innovation element. Taking into consideration the increase of the establishment of these brands, it is necessary to study why the consumer adopts them. This is considered in the current market as a worldwide phenomenon and its occurrence increases in nearly all sectors. In this sense, we want to understand as a whole the inherent aspects of the consumer at the moment of the choice of a brand rather than another, generally of similar quality and with all the important requisites which construct a brand. The relevant point of this study focuses on the responsibility of the distributor's brand, that is, the civil responsibility of indicating their brand on a product or service. However, we aim at understanding the relationships between manufacturer/distributor and more precisely between brand/consumer. We concluded that there should be a concomitant progress between the national and international laws with the objective of protecting the rights of the parties involved, whether it is the manufacturer, the distributor or, the weakest side of the commercial relationship, the consumer.

**Key words:** brand, distributor's brand, manufacturer, consumer, responsibility for the products.

## ÍNDICE DE ABREVIATURAS

### **Principais abreviaturas usadas**

ABPI – Associação Brasileira de Propriedade Intelectual

Al.- Alínea

APDI – Associação Portuguesa de Direito Intelectual

BFDC – Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra

CC – Código Civil

CPI – Código da Propriedade Industrial

CUP – Convenção da União de Paris

DI – Indicações geográficas

DL- Decreto-Lei

DO – Denominações de origem

FGV – Fundação Getúlio Vargas

INPI – Instituto Nacional da Propriedade Industrial

LPI – Lei da Propriedade Industrial

MdD – Marca do distribuidor

PLMA – Private Label Manufacturers Association

RDC- Rivista di Diritto Civile

RDI – Rivista di Diritto Industriale

RLJ – Revista de Legislação e Jurisprudência

RNPC – Instituto dos Registos e Notariado

ROA – Revista da Ordem dos Advogados



## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1 A MARCA.....	13
1.1 Origem e evolução.....	13
1.2 Conceito de marca.....	14
1.3 A Marca e os outros sinais distintivos.....	20
1.3.1 A firma.....	21
1.3.2 Logotipo.....	22
1.3.3 Denominações de origem.....	24
1.3.4 Recompensas.....	27
1.3.5 Compatibilidade ou princípio da circularidade dos sinais distintivos.....	27
1.4 Identidade e posicionamento da marca.....	28
1.5 Das funções da marca: da função distintiva à função publicitária.....	30
2 A MARCA DO DISTRIBUIDOR ( <i>PRIVATE LABEL</i> ).....	39
2.1 O conceito de marca de distribuidor.....	39
2.2 Evolução histórica da marca do distribuidor.....	41
2.3 Estratégias comerciais adotadas pelas marcas do distribuidor.....	45
2.4 Preferência face ao consumo de marcas do distribuidor.....	46
2.5 A aceitação das marcas do distribuidor.....	48
2.6 Função distintiva da marca do distribuidor.....	50
3 PARTE INTEGRANTE DO ESTUDO DA MARCA DO DISTRIBUIDOR.....	55
3.1 O fabricante como produtor da marca do distribuidor.....	55
3.2 Concorrência desleal.....	58
3.2.1 Imitação e contrafação de marca.....	62
3.3 Marca de grande prestígio.....	65
4 A RESPONSABILIDADE CIVIL NA MARCA DO DISTRIBUIDOR.....	72
4.1 Os Sujeitos.....	73
4.1.1 O Produtor Real.....	75
4.1.2 O Importador.....	76
4.1.3 O Fornecedor.....	77

4.1.4 O Produtor Aparente .....	78
4.2 A Responsabilidade da marca do distribuidor .....	80
4.2.1 A Responsabilidade objetiva por produtos .....	82
4.2.2 O Produto defeituoso.....	84
4.3 Causas de exclusão ou redução da responsabilidade .....	89
4.4 Prescrição e caducidade .....	94
4.5 O direito de regresso .....	96
CONCLUSÃO.....	99
REFERÊNCIAS .....	102

## INTRODUÇÃO

No início do seu uso, a marca era vista como mero instrumento de indicação de proveniência de produtos; atualmente, é reconhecida como um sinal distintivo de produtos e serviços. Nestes tempos de globalização e comércio eletrônico, porém, começa a ganhar força a utilização deste sinal, por meio da sua função publicitária.

Marca é um nome e/ou símbolo notado com o principal objetivo de identificar os produtos, ou, até mesmo, serviços de vendedores de uma empresa ou de uma empresa concorrente.

A atribuição de uma marca é o modo de uma empresa diferenciar os seus produtos dos da concorrência. Uma marca tem uma identidade e um posicionamento associado. A identidade de uma marca é aquilo que, através de múltiplos sinais, de mensagens e dos produtos, surge como oriundo de um único emissor e responde a questões sobre o que torna um produto diferente dos seus semelhantes, a sua performance, homogeneidade, valor e verdade. O posicionamento é o definir das características que distinguem essa mesma marca da concorrência e que são motivadoras para o consumidor.

As marcas, cada vez mais, centram-se nos fatores de decisão de compra dos consumidores, depois de estarem equiparadas em termos de imagem, qualidade, preço e destaque em linear. Nos dias que correm é importante conhecer com pormenor os aspetos mais valorizados pelos consumidores para, assim, poder responder às suas expectativas de forma a conseguir a sua fidelização quanto ao produto e, por sua vez, quanto à marca.

Como na grande parte dos países desenvolvidos, os locais privilegiados de aquisição de produtos são os espaços comerciais de distribuição. A criação das marcas do distribuidor por parte das grandes empresas de distribuição veio favorecê-las, dotando-as de uma forte arma competitiva que tem conquistado muitos consumidores. A existência deste tipo de marca assenta, essencialmente, na melhor escolha do preço mais baixo e da melhor qualidade/preço.

Apesar destas características marcantes, que por si só justificariam uma grande atenção ao tema, a quantidade de trabalhos que o exploram é limitada. Encontra-se, também, inserido

em áreas, como Administração, Publicidade e *Marketing*, as quais serão utilizadas como fonte de pesquisa para a elaboração desta dissertação.

Primeiramente vistos como produtos sem marca e com pouca qualidade o que é certo é que se verificou uma evolução e, cada vez mais, os produtos de marca do distribuidor apresentam uma melhoria na qualidade, mais inovação e até diferenciação, por exemplo, no que concerne aos esforços cada vez mais crescentes dos distribuidores nos programas de *marketing* da sua marca.

As marcas do distribuidor, quando surgiram, a sua principal preocupação centrava-se, essencialmente, na satisfação das necessidades básicas dos consumidores. Os critérios de qualidade não eram muito rigorosos e não se verificava uma grande preocupação no tocante à imagem, centrando-se, essencialmente, em produtos a preço reduzido.

Atualmente, a preocupação por parte das marcas do distribuidor, com o melhoramento do nível de qualidade e embalagem, por exemplo, fez que o seu posicionamento sofresse alterações. São vistas, atualmente, pelo consumidor, como substitutos preciosos das outras marcas. O distribuidor, com este tipo de marca, tem uma vantagem associada que é a possibilidade de melhorar a sua posição ao nível da concorrência, pretendendo, em simultâneo, a fidelização dos clientes.

O consumo de marcas próprias tem crescido exponencialmente ao longo dos últimos anos. Deste modo, tornou-se importante perceber que motivos poderão estar detrás do aumento do seu consumo, o que os consumidores pensam e sentem sobre estas marcas e como se comportam perante elas.

Existem rumores de que as marcas do distribuidor substituirão as marcas de fabricante, e que a fidelidade do consumidor está cada vez maior.

Num primeiro momento importa delimitar o objeto de estudo; a exata compreensão do conceito de marca exige a sua destrição de outros sinais distintivos, nomeadamente da firma, logotipo, recompensa e a denominação de origem. Esta análise foi centrada nas funções tradicionais da marca; inicialmente foi examinada a função ordinariamente atribuída à marca – a função distintiva, quer na vertente de diferenciação de produtos ou serviços, quer na

vertente indicadora de proveniência – em relação à qual se tentará determinar se no quadro legislativo atual mantém a importância e importância original.

Na segunda parte deste trabalho, será permitido o conhecimento mais direcionado para a marca do distribuidor, englobando o histórico, evolução, as formas de enquadramento e, ainda, a função própria desta marca.

Num terceiro momento serão analisados pontos intrínsecos ao estudo da marca do distribuidor, dentre eles o papel desempenhado pelo fabricante na confecção dos produtos com a marca de terceiro e a concorrência desleal perceptível em enquadramentos atuais.

A última parte deste trabalho possibilita a compreensão da responsabilidade civil dos produtos que indicam a marca de distribuidor. Tal aplicação jurídica se justifica pela abrangência de funções que o comerciante possui no momento da disposição de marca própria em produto colocado em circulação. Logo, importante conhecer mais sobre o regime de responsabilidade civil, a sua forma de configuração, os sujeitos possíveis de responder perante o consumidor por produtos defeituosos e, ainda, casos especiais de prescrição, caducidade e direito de regresso.

# 1 A MARCA

## 1.1 Origem e evolução

Desde a antiguidade, nos primeiros modelos de civilização, escultores e pintores tinham por hábito assinar seus trabalhos, expressando características em suas obras, para diferenciá-las das dos demais artistas. Artesãos, tecelões, entre outros produtores da época iniciaram o processo padronizado de identificação e promoção de suas mercadorias, através de selos, siglas e símbolos, pois naquela época já era necessário identificar a origem do produto, seja ele manufaturado ou agrícola, com o objetivo de atestar a procedência e a qualidade dos produtos.<sup>1</sup>

A noção primeira de marca advém de sinal identificador do proprietário, aplicado a bens, a animais ou utensílios no período Paleolítico, como por exemplo, os signos gravados no chamado “bisonte de argila de Niaux”, datado do final da Idade da Pedra. Da mesma forma, os nômades do Oriente Médio, por volta do ano 12500 a.C., apunhavam suas marcas nos seus utensílios, casas (tornando distintivo o seu estabelecimento) e limites das terras que cultivavam.<sup>2</sup>

A prática de marcar à mão os produtos continuou ao longo da história em ritmo semelhante até os séculos XVIII e XIX, quando a crescente expansão econômica e industrial propiciou a produção seriada. Isso, combinado à ampliação dos canais de distribuição para um número cada vez maior de produtos, levou à gravação e impressão de nomes e símbolos como marcas dos produtos.<sup>3</sup>

Mesmo assim, ainda, o produtor e o consumidor mantinham uma relação pessoal na mesma aldeia ou cidade, e entre eles desenvolvia-se um laço pessoal de confiança. Com a dilatação das distâncias e das questões comerciais resultantes do aumento de importações e exportações, aquele nível de confiança pessoal se tornou impossível. O consumidor devia

---

<sup>1</sup> SERENS, MANUEL Nogueira. **A monopolização da concorrência e a (Re-) emergência da tutela da marca**. Coimbra: Edições Almedina, 2007, p.589.

<sup>2</sup> Ibid., p.589.

<sup>3</sup> Ibid., p.589.

confiar nas evidências da marca do fabricante para assegurar-se de que os produtos que estava comprando eram da mesma qualidade e do mesmo fabricante.<sup>4</sup>

No século XI as marcas individuais se tornaram obrigatórias no sentido comercial. A marca significava o vínculo entre o fabricante e o comprador, podendo ele ser direto ou indireto, proporcionando a segurança em adquirir o produto de qualidade e possibilitando a oportunidade do comprador reclamar a mercadoria se ela não estivesse de acordo com o prometido.<sup>5</sup>

No século XIX, a preocupação em relação às garantias e registros de marcas ocasionou a Lei de Marcas de Mercadoria, na Inglaterra (1862), a Lei Federal da Marca de Comércio, nos EUA (1870), e a Lei para a proteção das Marcas, na Alemanha.

Com o crescimento do mercado, a grande variedade e a quantidade de produtos, as marcas conquistaram o seu espaço e surgiram os primeiros cartazes publicitários e catálogos de compras.

No século XX, com o sucesso das marcas, as cooperativas, órgãos oficiais e grupos econômicos foram incentivados pelas indústrias a criarem a sua própria marca e divulgá-las. Com a crise econômica de 1829 houve um deslocamento na publicidade dos produtos, e as marcas colaboraram com a forte concorrência de preços; após a Segunda Guerra Mundial, as marcas tornaram-se uma grande manifestação da economia, ou seja, um instrumento da comunicação mercadológica.

## 1.2 Conceito de marca

Segundo Kotler: Uma marca é um nome, termo, sinal, símbolo ou desenho, ou uma combinação destes, que pretende identificar os bons serviços de um vendedor ou grupo de vendedores e diferenciá-los dos concorrentes. Um nome de marca é aquele que pode ser pronunciado ou pronunciável.<sup>6</sup>

---

<sup>4</sup> SERENS, Manuel Nogueira Op cit., p.589.

<sup>5</sup> RIES, Al; RIES, Laura. **A origem das marcas:** Descubra as leis naturais da inovação e da sobrevivência de produtos e empresas. São Paulo: M. Books do Brasil Editora Ltda, 2006.

<sup>6</sup> KOTLER, Philip. **Marketing para o século XXI:** Como Criar, Conquistar e Dominar Mercados. Tradução Bazám Tecnologia e Linguística: Cristina Bazám. 6. ed. São Paulo: Futura, 1999, p.233.

O que exatamente constitui o conceito de uma grande marca é o *emotional branding*, ou seja, a marca deixa de ser apenas uma imagem que identifica uma empresa ou produto para estabelecer uma relação emocional com os clientes. A ideia principal é tirar a atenção das questões racionais e persuadir o consumidor a comprar o produto ou serviço através da percepção sensorial.<sup>7</sup>

O autor do livro *Lovemark* associa emoção e paixão à marca “As marcas foram desenvolvidas para criar diferenças entre os produtos que corriam o risco de não serem vistos, como certas pedras no meio do cascalho”.<sup>8</sup>

Conceito semelhante é exposto por Martins<sup>9</sup> sobre o aspecto que todas as grandes marcas têm em sua imagem um espírito, uma emoção e uma personalidade bem definida. De acordo com cobra: “é a arte de configurar a imagem da empresa e o valor do produto em cada segmento de mercado, de forma que os clientes possam entender e apreciar o que a empresa proporciona em relação à concorrência”.<sup>10</sup>

Na moderna doutrina brasileira, Fábio Ulhoa Coelho conceituou: “As marcas são sinais distintivos que identificam, direta ou indiretamente, produtos ou serviços. A identificação se realiza através da aposição do sinal no produto ou no resultado do serviço, na embalagem, nas notas fiscais expedidas, nos anúncios, nos uniformes dos empregados, nos veículos etc”.<sup>11</sup>

A marca, no contexto mercadológico, deve ir além de seus tributos, benefícios e uso. Seu objetivo abrange a história, a cultura, os fatos e as fantasias que a cercam. O consumidor percebe o produto, consistindo em uma melhor definição da marca, mantendo-a forte, presente e duradoura.

O conceito de *branding* está relacionado à criação de novos mercados, e não à busca de mercados já existentes, pois é utilizado quando uma nova categoria é criada, e não a partir de uma categoria já existente, ou seja, uma nova marca é como uma nova espécie. Segundo

---

<sup>7</sup> ROBERTS, Kevin. **Lovemarks: o futuro além das marcas**. São Paulo: M. Books, 2005, p.30.

<sup>8</sup> Ibid., p.30.

<sup>9</sup> MARTINS, José. **A natureza emocional da marca – como escolher a imagem que fortalece sua marca**. 5. ed. São Paulo: Negócio Editora, 2000, p.27.

<sup>10</sup> COBRA, Marcos. **Administração de marketing**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1992, p.323.

<sup>11</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. 8. ed. v.1. São Paulo: Saraiva, 2004, p.141.



Sampaio<sup>12</sup>: “*branding* é um conjunto das tarefas de marketing e de comunicação destinadas a otimizar a gestão das marcas”.

Para criar uma nova marca não se deve pensar em atingir expectativas de um mercado, e sim criar outro mercado para sua nova criação. A nova marca deve ser uma divergência das marcas existentes. Segundo Ries<sup>13</sup> “o principal objetivo de um programa de *branding* nunca é o mercado para o produto ou serviço, o objetivo é sempre a mente dos consumidores. A mente vem primeiro, o mercado segue a mente”.

Baseado nesse princípio de conexão emocional da marca com o consumidor surgiu o conceito *Brandy Equity* ou, também, valor agregado à marca. Não se trata apenas de um valor monetário, mas sim de tudo o que o ser humano valoriza e relaciona a uma marca, permitindo que ela faça parte da sua história e do seu comportamento de compra.

O valor que a marca possui é a força que a empresa projetou e converteu para sua marca, sendo percebido como o conjunto de atributos existentes oferecidos à sociedade.

É importante lembrar que o complexo mecanismo de gestão das dimensões da marca e a abordagem de sua construção, através do modelo de pilares ou de organização de seus espaços mercadológicos, devem ser levados a termo sem se perder de vista o fato de que tudo deve ser feito com um único sentido: aumentar o valor da marca.<sup>14</sup>

Para construir o valor de uma marca é necessário gerar conhecimento mais amplo e mais precioso do público; propor um diferencial sobre as marcas concorrentes; transmitir confiança sólida na marca e estabelecer uma espécie de crença, fé e orgulho pela marca. Para o *branding* ser eficaz, o *brand equity* tem que estar em alta, sintonizado com os resultados de comportamento para com a marca, venda, repercussão na mídia, entre outros.<sup>15</sup>

A marca pode ser compreendida, conforme o art. 222º, do Código de Propriedade Industrial, como um sinal ou conjunto de sinais suscetíveis de representação gráfica, nomeadamente palavras, incluindo nomes de pessoas, desenhos, letras, números, sons, a

---

<sup>12</sup> SAMPAIO, Rafael. **Marcas e A a Z**: Como construir e manter marcas e sucesso. Rio de Janeiro: Elsevier, 2002, p.176.

<sup>13</sup> RIES, Al; RIES, Laura. **A origem das marcas**: Descubra as leis naturais da inovação e da sobrevivência de produtos e empresas. São Paulo: M. Books do Brasil Editora Ltda, 2006, p.18.

<sup>14</sup> SAMPAIO, Rafael Op cit., p.84.

<sup>15</sup> Ibid., p.176.

forma do produto ou da respectiva embalagem, desde que sejam adequados a distinguir os produtos ou serviços de uma empresa perante outras empresas.<sup>16</sup>

Para que uma marca tenha proteção e consiga alcançar os seus objetivos diante dos consumidores, de forma eficiente, é essencial o seu registro. O registro é a garantia de que a marca não poderá ser utilizada por outra empresa ou não empresário. Em Portugal, o registro encontra fundamentação legal no Código da Propriedade Industrial, com base na Diretiva 2008/95/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 22 de outubro de 2008 e no Regulamento (CE) n° 207/2009. Porém, nem todas as marcas apresentadas pelos seus detentores possuem as características necessárias para o registro, como bem elenca o artigo 223°, do Código da Propriedade Industrial:

Não satisfazem as condições do artigo anterior:

- a) As marcas desprovidas de qualquer caráter distintivo;
- b) Os sinais constituídos, exclusivamente, pela forma imposta pela própria natureza dos produtos, pela forma do produto necessária à obtenção de um resultado técnico ou pela forma que confira um valor substancial ao produto;
- c) Os sinais constituídos, exclusivamente, por indicações que possam servir no comércio para designar a espécie, a qualidade, a quantidade, o destino, o valor, o registro de uma marca a proveniência geográfica, a época ou o meio de produção do produto ou da prestação do serviço, ou outras características dos mesmos;
- d) As marcas constituídas, exclusivamente, por sinais ou indicações que se tenham tornado usuais na linguagem corrente ou nos hábitos leais e constantes no comércio;
- e) As cores, salvo se forem combinadas entre si ou com gráficos, dizeres ou outros elementos de forma peculiar e distintiva;

Já o artigo 238°, do mesmo diploma legal, se refere aos motivos absolutos para a recusa de registro de uma marca:

Fundamentos de recusa do registro:

1 - Para além do que se dispõe no artigo 24°, o registro de uma marca é recusado quando esta:

---

<sup>16</sup> No mesmo sentido afirma FERREIRA, Alcina Gaspar. **Valores pessoais, percepções de preço e compra da marca do distribuidor.** (Tese de doutorado) - Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, 2010, p.16-21.

- a) Seja constituída por sinais insusceptíveis de representação gráfica;
- b) Seja constituída por sinais desprovidos de qualquer carácter distintivo;
- c) Seja constituída, exclusivamente, por sinais ou indicações referidas nas alíneas b) e e) do n.º 1 do artigo 233.º;
- d) Houver infracção ao disposto no artigo 26.º<sup>17</sup>

Nesse contexto, são exigidas duas características principais de uma marca, a fim de se obter o registro sem maiores problemas, o carácter distintivo e a possibilidade de representação gráfica da marca, pois seu objetivo é diferenciar um produto ou serviço. Já a representação gráfica permite que a marca seja perceptível aos sentidos dos consumidores, possibilitando uma maior facilidade de alcançar novos clientes e mercados. Contendo uma marca os referidos requisitos, poderá ser registrada, desde que não infrinja as outras condições legais básicas, como v.g., não ser contrária ao teor da legislação, à moral, aos bons costumes e não permitir que o consumidor seja induzido a erro no momento da aquisição.<sup>18</sup>

As marcas de empresa<sup>19</sup> são indubitavelmente os principais símbolos e instrumentos no mercado concorrencial, sendo o meio utilizado pelos empresários para prestigiarem os seus produtos ou serviços. É inexpugnável que na *práxis* empresarial estas desempenham um papel de crucial importância, sendo inimaginável a subsistência do mercado atual sem estes signos.

A relevância exponencial da utilidade da marca relaciona-se à sociedade de consumo massificada, caracterizada pela simultânea coexistência de uma infinidade de bens, com características homogêneas, suscetíveis de cercearem as mesmas necessidades subjetivas.<sup>20</sup>

<sup>17</sup> Art.26.º: Documentos juntos a outros processos:

1. Com exceção da procuração, que é sempre junta a cada um dos processos, ainda que o requerente seja representado pelo mesmo mandatário, os documentos destinados a instruir os pedidos podem ser juntos a um deles e referidos a outros.
2. No caso de recurso, previsto nos artigos 39.º e seguintes, o recorrente é obrigado a completar, à sua custa, por meio de certidões, os processos em que tais documentos tenham sido referidos.
3. A falta de cumprimento do disposto nos números anteriores deve ser mencionada no ofício de remessa do processo a juízo.

<sup>18</sup> SILVA, Pedro Sousa. **Direito Industrial**: noções fundamentais. Coimbra: Coimbra, 2011, p.121-125.

<sup>19</sup> Utilizamos a expressão marca de empresa, usual na doutrina portuguesa, a fim de restringir a nossa análise a este tipo de marca, afastando-nos das marcas coletivas de associação ou certificação. No entanto durante este estudo sempre que usarmos a vocábulo marca, fazemo-lo com este significado.

<sup>20</sup> Pode afirmar-se que o estágio atual decorre da evolução tecnológica; os produtos que originariamente eram dotados de uma grande componente subjetiva, relacionada com as mais valias decorrentes do labor do artífice, objetivaram-se. Cada vez mais os produtos deixaram de ser fabricados por homens que, sucessivamente, foram suplantados pelas máquinas e pela produção em série, conduzindo à fungibilidade dos produtos pela perda da individualidade que lhes era oferecida pela atividade humana. Em sentido similar pronunciam-se MASSA, Giovanni. **Funzione attrattiva e autonomia del marchio**. Jovene Editore, 1994, pp. 1 e ss., MENESINI, Il marchio rinomante, *Il Diritto Industriale*, n.º 3/1996, pp. 194 e ss. e VITO MANGINI, *Il Marchio fra*

Desta circunstância resulta, não apenas, que a marca é determinante para a eleição do produto ou serviço desejado, bem como o fato de as escolhas individuais serem, tendencialmente, menos determinadas pelas características dos produtos ou serviços de per se, isto é, de modo objetivo, mas pela capacidade desenvolvida pelos seus produtores de atraírem os consumidores por outras formas. Refere-se, especificamente, ao recurso à publicidade<sup>21</sup>, com incidência à publicidade sugestiva, suscetível de atribuir aos produtos ou serviços um poder de atração, não relacionado com as suas qualidades intrínsecas, antes com o efeito psicológico das marcas sobre os consumidores.<sup>22</sup>

Mas a crescente importância da marca enquanto fator de dinamização concorrencial nem sempre tem recebido ovações da doutrina. Não faltam economistas que censuram os elevados investimentos na promoção de sinais distintivos, funcionando a marca como um sinal de manipulação do consumo. Neste sentido, “a marca, em vez de satisfazer a necessidade de informação do consumidor<sup>23</sup>, contribuindo para a transparência do mercado, promove escolhas irracionais, que pouco ou nada têm a ver com a chamada concorrência da prestação”<sup>24</sup>. Sustenta-se o fato de a marca ser um “instrumento de estratégias econômicas na

---

concorrenza e monopólio, (un' introduzione allo studio dei marchi d' impresa, RDC, Ano 1977, pp. 227 e ss. [Tradução nossa]

<sup>21</sup> Sublinhe-se *ab initio* que todas as alusões relativas ao mundo da publicidade se destinam à realizada no estrito cumprimento da legislação em vigor, afastando-se, desta forma, alguns tipos de publicidade patológica. Desde logo diferencia-se a publicidade sugestiva (embora a expressão seja falaciosa, porquanto toda a publicidade encerra uma sugestão) da publicidade subliminar que, por apelar diretamente ao inconsciente, está vedada por lei. (art. 9.º do Código da Publicidade).

Originalmente a publicidade relacionada com a vida comercial realizava uma salutar e aplaudida tarefa: informar os consumidores sobre as qualidades e características dos produtos (ou serviços) de forma a permitir realizar uma aquisição esclarecida; neste sentido desempenhava a função social de esclarecer sobre a natureza dos produtos e, deste modo, orientar os consumidores para a satisfação das suas necessidades individuais. Este sentido primeiro evoluiu para um diferente estágio, no qual a publicidade exerce a função de suggestionar consumos, conduzindo os consumidores para determinados produtos ou serviços. É uma evidência que o atual mercado não poderá subsistir sem o recurso à publicidade; o histórico mito que um bom produto é sempre competitivo, perdeu valor num mercado muito competitivo, no qual as empresas copiam e desenvolvem rapidamente as ideias novas, fabricando as suas próprias versões dos bons produtos. (assim, GIOVANNI MASSA, ob. cit., p. 9). [Tradução nossa]

<sup>23</sup> Não obstante não o sufragarmos, não podemos deixar de aplaudir a coerência deste argumento; quem, de forma que defendo ser redutora, vê na marca um sinal identificador de produtos ou serviços que permite ao consumidor uma escolha racional, não pode aceitar de bom grado a publicidade sugestiva em torno da marca. Com efeito, originalmente a marca tinha como função única permitir ao produtor assinalar os seus produtos, distinguindo-os de produtos iguais ou similares colocados no mercado pelos seus concorrentes. Esta identificação visava facilitar as escolhas dos consumidores, que, através da marca teriam uma forma racional de basear as suas escolhas: adquirindo um produto de determinada marca, sendo este do seu agrado, poderiam livremente voltar a adquiri-lo, evitando assim a arbitrariedade das escolhas de consumo. A evolução do mercado e a crescente importância da publicidade efetivamente pode motivar a escolhas irracionais, mais conexionadas com a capacidade sugestiva das marcas, do que com as qualidades intrínsecas dos produtos ou serviços. Em sentido análogo, NOGUEIRA SERENS, ob. cit., pp. 1232-1248.

<sup>24</sup> ANTÓNIO FERRER CORREIA e MANUEL NOGUEIRA SERENS, A composição das marcas e o requisito do corpo do artigo 78.º e do § único do art.º 201.º do Código de Propriedade Industrial, RDE, Anos XVI a XIX 1990 a 1993, Coimbra, p. 80. Em sentido análogo VINCENZO DI CATALDO, escreve que a proteção da

organização dos mercados e circuitos de distribuição; é uma arma que se convoca na luta que opõe invariavelmente as grandes superfícies e o comércio de produtos de elite ao pequeno comércio”<sup>25</sup>, permitindo e perpetuando uma verdadeira “non-price competition”.

Caminhando mais além da marca em sentido lato, possível se deparar com a marca do distribuidor, ponto de inúmeras e intermináveis críticas, e que hodiernamente se posiciona em local de prestígio, tendo em vista o investimento dos comerciantes e a busca contínua dos consumidores por produtos mais acessíveis e de boa qualidade. Em todos os países desenvolvidos tem-se assistido a um crescimento constante de quota de mercado das marcas do distribuidor.

### 1.3 A Marca e os outros sinais distintivos

A marca insere-se no elenco dos sinais distintivos, suscetíveis de serem definidos como “meios fonéticos ou visuais, em particular palavras ou imagens, que são utilizados, na vida económica e social, para a individualização do empresário ou do estabelecimento comercial, assim como dos produtos ou serviços que eles fornecem, com o objetivo de distingui-los e de permitir ao público identificá-los”<sup>26</sup>, com pouca ligação à personalidade criadora do sinal.<sup>27</sup>

Os sinais distintivos, mais que produtos de um mercado concorrencial, são uma condição *sine qua non* para que a concorrência possa existir; no âmbito do princípio da liberdade da atuação económica coexistem no mercado múltiplos produtores; é através dos sinais distintivos que estes se identificam perante os consumidores, sendo a sua

---

capacidade atrativa e sugestiva da marca faz basear a concorrência “non sulla qualità dei prodotti, ma su un dato assolutamente irrazionale, quale è la forza di suggestione dal marchio stesso” (Segni Distintivi, Corso di Diritto Industriale, Diretto da Mario Libertini, Milano – Dott. A. Giuffrè Editore, 1985, p. 30). [Tradução nossa]

<sup>25</sup> SCHIELB, Le consommateur face à la multinationalité des marques, Propriété Industrielle, cit. 1978, II, 75 apud. MARQUES, J. P. Remédio. **Direito Comercial**. Coimbra, 1995, p.601. Reconhecendo mérito à posição expressa, importa considerar que o inverso também pode ser verdadeiro; num mundo globalizado a concorrência baseada unicamente nas pesquisas de preço e qualidade intrínseca dos produtos torna-se suscetível de propiciar uma política empresarial de baixos custos de produção (nomeadamente ao nível dos salários) que não raras vezes “descamba” em situações de exploração mercantil de debilidades sociais e humanas. Ainda neste sentido VITO MANGINI, ob. cit., p. 233. [Tradução nossa]

<sup>26</sup> ALMEIDA, Alberto Ribeiro de. Denominação de Origem e Marca. **BFDC**, Coimbra Editora, 1999, p.14. Em sentido análogo VINCENZO DI CATALDO define-os como “degli stumenti che l'imprenditore utilizza per distinguere la propria attività d'impresa, i propri prodotti, i propri locali, dall'attività, dai prodotti, dai locali dei concorrenti”. (ob. cit., p. 1).

<sup>27</sup> Esta noção, pouco comum na doutrina, é aduzida por CARVALHO, Orlando de. Direito das Coisas. Coimbra: Centelha, 1977, p.194. Enfatizamos este ponto pela sua suscetibilidade de distinguir os sinais distintivos das criações novas, para as quais é preponderante a contribuição pessoal da personalidade criadora.

individualização “a base da concorrência econômica, não apenas a facilitando, mas convertendo-se num pressuposto indispensável para a sua existência”<sup>28</sup>.

Os sinais distintivos visam tutelar múltiplos interesses; fundamentalmente os interesses dos empresários de se identificarem perante a clientela, diferenciando-se dos empresários concorrentes e, para permitir este desiderato, impedir quaisquer terceiros de se apropriarem de sinais iguais ou confundíveis; reconhece-se ainda a potencialidade de os empresários poderem transmitir ou “ceder a terceiros o gozo de sinais distintivos próprios, de modo a fruir pecuniariamente o autónomo valor económico”<sup>29</sup> destes sinais no mercado. Cumulativamente, sustenta-se que estes sinais tutelam os interesses de todas as pessoas e entidades que se relacionam com o empresário em não serem ludibriadas sobre a identidade do empresário.

Para a economia deste trabalho importa realizar uma breve resenha sobre os diversos sinais distintivos, com o intuito de identificar a função jurídica que desempenham no quadro legislativo português, para indagar se no caso concreto da marca, esta realiza as mesmas funções ou se existe um espírito de complementaridade entre os sinais distintivos do comércio.

### 1.3.1 A firma

A definição de firma não é unívoca, sendo este um substantivo suscetível de abarcar uma dupla realidade. Num conceito objetivo, a firma é um sinal distintivo que propende a identificar o estabelecimento comercial. Esta aceção não colhe no ordenamento jurídico lusitano. Inversamente, a firma no seu conceito subjetivo é o sinal distintivo do comerciante<sup>30</sup>, o nome por este utilizado na sua atividade mercantil. Na parábola feliz de FERRER CORREIA “como o nome identifica a pessoa na sua individualidade civil e o pseudónimo a distingue na sua individualidade artística ou moral, a firma identifica o comerciante na sua individualidade económica”<sup>31</sup>.

---

<sup>28</sup> BARRO, José Luís Rio. **Las funciones de la denominación social**. ADI, 1999. 1999, p.333-334. [Tradução nossa]

<sup>29</sup> MARQUES, J. P. Remédio Op cit., p. 553. Contra sustentava FERRER CORREIA que “característica comum a todos estes sinais é a sua acessoriedade. Embora se trate de verdadeiros bens em sentido jurídico [...] eles desempenham uma função meramente instrumental, não sendo possível o seu uso ou fruição à margem do estabelecimento”. (Lições de Direito Comercial, Vol. I, Coimbra editora, 1994, p. 254).

<sup>30</sup> “O uso do nome, em comércio, remonta à Antiguidade: aí ocorreria já o *signum mercatorum*, que traduzia a designação sob que se realizava determinado comércio e cuja chancela marcava a assunção de obrigações” MENEZES, Antonio Cordeiro. **Manual de Direito Comercial**. v.1, Livraria Coimbra: Almedina, 2001, p.262.

<sup>31</sup> FERRER CORREIA, Lições de Direito Comercial, cit. p.150. Nos comerciantes em nome individual encontramos uma relação quase inseparável entre a firma e o nome; parafraseado VIVANTE “a firma desempenha na vida comercial a mesma função que o nome desempenha na vida civil... é um sinal de

A diferenciação da firma e marca é manifesta, uma vez que são apostas em divergentes realidades. Mas esta dissemelhança de tutelas não obsta a que possam existir pontos de coincidência, nomeadamente a adoção pelo empresário do mesmo vocábulo para designar ambas as realidades.

A interdisciplinaridade entre o instituto da propriedade industrial e o pretense instituto do registo das pessoas coletivas, firmas e denominações é evidente, e não foi esquecida pelo legislador ao estabelecer parâmetros de conformidade, nomeadamente a recusa do registo da marca, quando no “todo ou alguns dos seus elementos, contenham [...] a firma, denominação social, nome ou insígnia de estabelecimento que não pertença ao requerente do registo da marca, ou que o mesmo não esteja autorizado a usar, ou apenas parte característica dos mesmos, se for suscetível de induzir o consumidor em erro ou confusão”<sup>32</sup>.

A exclusão da firma, pelo legislador, do elenco dos direitos de propriedade industrial não se afigura pacífica, havendo vozes com autoridade a propugnar por solução antagónica<sup>33</sup>.

Defende-se a inclusão da firma no cotejo dos Direitos Industriais, por apelo a razões dogmáticas e pragmáticas: por um lado, a firma é um entre os vários sinais distintivos do comércio, nada justificando o seu tratamento autónomo; por outro lado, o tratamento jurídico em separado, com diferentes regras e, sobretudo, sujeitas a diferentes entidades reguladoras (INPI e RNPC) torna muito complexas a uniformidade de procedimentos e a desejada harmonização de concessões, com prejuízos para os consumidores e para os empresários.

### 1.3.2 Logotipo

A tutela do logotipo, como sinal distintivo típico, constituiu uma novidade do código da propriedade industrial, aprovado pelo DL n.º 16/95, de 24 de janeiro, que depois transitou para o atual código da propriedade industrial, aprovado pelo DL n.º 36/2003, de 5 de março.

---

reconhecimento que não tem valor de per se, mas pelo individuo, de quem é incidível...;” (*apud* FRANCISCO JOSÉ CAEIRO, *Do nome Comercial e Industrial*, Tipografia Universal, Lisboa, p. 14).

<sup>32</sup> Alínea f) do número 1 do art. 189 (al. f) do art. 239.º do CPI 2003).

<sup>33</sup> ALMEIDA, Alberto Ribeiro de. *Denominação de Origem e Marca*, **BFDC**, Coimbra, 1999, p.15; Também no *Direito Italiano encontramos vozes concordantes, tais como RAVÀ, Diritto Industriale*, Vol. I, Azienda, Segni distinivi-concorrenza, Seconda Edizione, UTET, Torino, pp. 287 e ss.

Os logotipos têm a concepção de sinais de destinação subjetiva, que podem ser utilizados em estabelecimentos, anúncios, impressos ou correspondência, o que só pode ser entendido que se pretende que eles, sem prejuízo da sua dimensão primigênia (individualização de uma atividade individual ou coletiva), passassem a fazer parte, às vezes, dos (antigos) nomes e insígnias de estabelecimento, funcionando, pois, também como sinais de destinação objetiva. Independentemente dessa dupla natureza, à luz da nova disciplina do DL 143/2008, de 25 de julho, o qual revogou os artigos 301º a 304º do CPI, as virtualidades monopolísticas dos logotipos são maiores na atualidade do que eram antes, no que diz respeito aos comerciantes, sejam eles em nome individual ou sociedades.<sup>34</sup>

Todavia, além das situações expostas, possível o registro de vários logotipos, construídos a partir de um núcleo comum, coincidente com a firma “oficiosa”, criando-se, dessa forma, uma “barreira de proteção” da firma “oficial”, ou seja, sendo os vários logotipos todos diferentes uns dos outros, as firmas “oficiais” de terceiros terão de ser novas relativamente a cada um deles, e, em última instância, deverão ser novas relativamente àquele que mais se afasta do núcleo comum a todos, isto é, da firma “oficiosa” do seu titular.<sup>35</sup>

A inclusão do logotipo na súmula dos direitos industriais emerge com o Código da Propriedade Industrial de 1995. Recorre-se à definição de REMÉDIO MARQUES ao afirmar que “o logótipo parece ser, hoje, um específico – porque globalizante – sinal distintivo da empresa *in totum*”<sup>36</sup> Sustenta-se que o logotipo, através de um sinal figurativo ou gráfico se refere à empresa de forma autônoma e global.

Mas a perturbação deste novo tipo de direito industrial incrementa-se ao dissecar o seu regime legal; “ao remeter o tratamento normativo dos logótipos para as regras aplicáveis à insígnia [...] o legislador acaba por deixar o intérprete perplexo sobre a necessidade de criação desta figura, que poderia reconduzir-se ...[ao] conceito e função da insígnia, evitando-se mesmo as confusões que inevitavelmente irão surgir”.<sup>37</sup>

---

<sup>34</sup> **Revista de legislação e de jurisprudência**. Ano 141, n.3975, p.374, jul./ago. 2012.

<sup>35</sup> *Ibid.*, p.374.

<sup>36</sup> MARQUES, J. P. Remédio. **Lições de Direito Comercial**. Coimbra, 1995, p.831 [sublinhados nossos].

<sup>37</sup> CORREIA, Pupo. **Direito Comercial**. EDIFORUM, 8ª. ed. Lisboa, 2003, p.411.



Entende-se que a remissão do legislador deve ser entendida *cum grano salis*; desde logo, parte dessa remissão resultou de um evidente erro do legislador,<sup>38</sup> já corrigido;<sup>39</sup> por outro lado, a norma remissiva expressamente refere que o recurso ao regime do nome de estabelecimento deverá fazer-se com as necessárias adaptações. Assim, importa compreender que se está na presença de dois diferentes sinais distintivos, com divergentes causas/função. O nome do estabelecimento identifica especificamente o estabelecimento comercial, tendo o logotipo a valência de identificar a empresa, no seu sentido subjetivo, o comerciante, pelo recurso a um signo figurativo.<sup>40</sup>

O logotipo é também a forma de expressar e divulgar a personalidade inerente à marca e, em determinadas situações, o responsável por gerar a fidelidade dos consumidores ante a facilidade de escolha no momento de aquisição. Desta forma, tendo ocorrido anteriormente uma experiência positiva, o consumidor se sente mais confortável em escolher um produto ou serviço no qual confia, que “arriscar” em uma marca desconhecida. Pode ser considerado como tal sinais com formas geométricas, indivíduos, figuras de banda, objetos, animais e outras formas. A título de exemplo podem ser citados os logotipos da Ferrari, Johnny Walker, Nike, Universidade de Coimbra, entre outros. Outros detentores escolhem símbolos que representam diretamente a marca, como o caso da Chanel, que demonstra com mais intensidade a identidade da própria marca.

### 1.3.3 Denominações de origem<sup>41</sup>

<sup>38</sup> Referimo-nos ao fato de no n.º 4 do art. 29.º se sustentar que os logótipos só se poderiam transmitir conjuntamente com o estabelecimento. Em boa hora o novo CPI corrigiu o lapso, ainda que, impropriamente, uma vez que é omissivo sobre a possibilidade de transmissão do logótipo.

<sup>39</sup> Art. 31º do CPI 2003.

<sup>40</sup> Neste sentido MONTEIRO, Cesar Bessa. **Marca de base e marca colectiva, Direito Industrial**. v.1. Coimbra: Almedina, 2001, p.338.

<sup>41</sup> Sobre o tema, no direito português, ALMEIDA, Alberto Ribeiro de. Denominação de Origem Colectivas e das Denominações de Origem, **ROA**, Ano 7, n. 1 e 2, p.14 e ss.

Não se trata neste contexto das Indicações de Origem (IG). Estas foram introduzidas na tipologia dos direitos de propriedade industrial pelo CPI/1995. Ao atual preceito legal quase que repete a alínea a) do art. 2º do Regulamento (CEE) do Conselho, de 14 de Julho de 1992. (norma esta que por sua vez é inspirada no art. 2º n.º

1 do Acordo de Lisboa de 31 de Outubro de 1958, relativo às denominações de origem e ao seu registo internacional).

Não é fácil estabelecer a sua destrição face às Denominações de Origem (DO); refira-se que do “cotejo das respectivas definições legais não nos deixa elucidados quanto à diferença entre uns e outros, pelo que se nos afigura que melhor seria ter-se mantido apenas o conceito legal das denominações de origem” (PUPO CORREIA, ob. cit., p. 411). Com acuidade escreve ALBERTO RIBEIRO DE ALMEIDA, que o “CPI estabelece uma clara distinção entre as duas noções – uma diferença substancial – de modo que não podemos falar indiferentemente de DO e IG, [...] nem podemos utilizar esta expressão no sentido amplo de abranger a indicação de proveniência e a DO” (Denominação de Origem e Marca, ob. cit., p. 63).

A dificuldade na distinção destas figuras não é um problema da doutrina interna. Com efeito, a doutrina e jurisprudência europeia amiúde usaram estas expressões em sinonímia ou sem estabelecer uma clara distinção.

A noção de marca e de denominação de origem apresenta afinidades que urgem expelir. Em comum revelam o fato de serem sinais distintivos<sup>42</sup> usufruídos pelos empresários nas suas mercadorias, para os introduzirem no mercado. No que concerne às dissemelhanças, existe um amplo conjunto que importa investigar.

Desde logo, apresentam-se diferenças significativas em relação à titularidade do sinal distintivo: se o direito à marca considera um direito de propriedade do seu titular (ou um

Mesmo ao nível de tratados internacionais, há exemplos – como o CUP – de considerarem estas figuras como sinónimas.

As Denominação de Origem têm como finalidade assinalar determinados produtos como procedentes de um dado local, região ou país, como meio de evidenciar que a qualidade ou características desses produtos estão umbilicalmente relacionadas ao meio geográfico, sendo que a sua produção, transformação e elaboração ocorrem no mencionado local; para recorrer à definição constante do Acordo de Lisboa para as Denominações de Origem, podemos defini-las como “denominações geográficas de um país, região ou localidade que serve para designar um produto dele originário cuja qualidade ou caracteres são devidos exclusivamente ou essencialmente ao meio geográfico, incluindo os factores sociais e humanos” (art. 2º nº 1). Por seu turno, as Indicações Geográficas podem definir-se por identificarem produtos como sendo originários de um determinado território, no caso de a qualidade, reputação ou outra característica do produto seja essencialmente atribuída à sua proveniência geográfica; assim a indicação de proveniência é uma simples menção do lugar em que um produto foi produzido ou fabricado.

A diferença principal entre denominações de origem e indicações geográficas está no facto de as primeiras identificarem produtos cuja qualidade global ou características se devem essencialmente ao meio geográfico, enquanto as segundas designam produtos que, podendo embora ser produzidos com idêntica qualidade global noutras regiões geográficas, devem a sua fama ou certas características à área territorial delimitada de que deriva o nome-indicação geográfico (v. g., “Tapetes de Arraiolos”). (ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. **Curso de Direito Comercial**. v.1. Coimbra: Livraria Almedina, 1998, p.364). Em sentido convergente ALBERTO RIBEIRO DE ALMEIDA, (Denominação de Origem e Marca, 1999, BFDC, Coimbra Editora, p. 63) pugna que “enquanto que nas DO as qualidades e as características dos produtos se devem essencial ou exclusivamente ao meio geográfico compreendendo os fatores naturais e humanos, na IG a reputação, uma qualidade determinada ou outra característica podem ser atribuídas a essa origem geográfica, independentemente dos fatores naturais ou humanos. Esta diferença pressupõe que o elo que une o produto à região determinada é mais débil que na DO. [Em conclusão] na IG, a reputação do produto (ou uma sua qualidade ou outra característica) pode (basta que possa) ser atribuída à região sem influência direta dos fatores naturais e humanos.

Importa ainda distinguir as denominações de origem e indicações geográficas e as marcas coletivas constituídas por nomes indicando as proveniências geográficas dos produtos. Sustenta-se que a diferença reside na titularidade do direito e nas “possibilidades de controlo da produção e comercialização dos produtos assinalados por uns e outros sinais mais vasta no respeitante às marcas coletivas” (COUTINHO de ABREU, ob. cit., p. 365) Característica particular das definições de origem e indicações geográficas é o facto de constituírem propriedade comum dos residentes ou estabelecidos naquele local e que de modo efetivo e sério exploram um ramo de produção característica. As DO e as IG apresentam um interesse económico considerável para diversos países. Principalmente para os países agrícolas, dado que tais sinais se aplicam, muito particularmente, a produtos como os vinhos, as aguardentes e os queijos, que representam um património de grande valor para a economia regional e nacional desses países. (ALBERTO RIBEIRO DE ALMEIDA, Denominação de Origem e Marca, Op cit., p. 19).

<sup>42</sup> “As DO [Denominações de Origem] e as indicações geográficas são denominações geográficas aplicadas a produtos para os diferenciar de outros produtos. As DO... são, assim, sinais distintivos.” ALBERTO RIBEIRO DE ALMEIDA, Denominação de Origem e Marca, ob. cit., p. 49. A orientação que aqui se sustenta, sendo largamente maioritária na doutrina especializada, não é unânime, nomeadamente entre os autores italianos, que defendem terem as denominações de origem uma mera função descritiva dos produtos, relacionadas com as características e qualidades do produto.

direito de uso exclusivo), os direitos decorrentes da denominação de origem são direitos coletivos, exercidos por um conjunto de pessoas<sup>43</sup>.

No regime jurídico das denominações de origem, encontram-se ainda limitações relacionadas ao objeto, porquanto só é lícita a aposição destas num produto que seja “originário dessa região, desse local determinado ou país, e cuja qualidade ou características se devem essencial ou exclusivamente ao meio geográfico, incluindo os fatores naturais e humanos, e cuja produção, transformação e elaboração ocorrem na área geográfica delimitada”<sup>44</sup>.

Atendendo à diversidade funcional, outras discrepâncias são patenteadas pelos regimes jurídicos destes tipos de direitos industriais; no tocante à constituição, se, em princípio, são proibidas as marcas unicamente compostas por indicações geográficas, a regra que preside à composição das denominações de origem é a de recorrerem aos nomes geográficos da região, localidade ou território.

A transmissibilidade do direito à marca não encontra paralelo no regime das denominações, cuja intransmissibilidade ressalta da sua própria função, em atenção ao seu elemento finalístico.

Traçadas as mais pertinentes discrepâncias, importa consolidar o conteúdo da denominação de origem. Na gênese deste tipo de direito pode-se descobrir *prima facie* a ancestral tendência para usar o nome do lugar da produção na identificação de produtos, auferindo, desta forma, a visibilidade decorrente da reputação de excelência dos mencionados locais. Atualmente, face ao sistema legal vigente, denominações de origem podem definir-se como a denominação geográfica de uma localidade, região ou país, utilizada “no mercado para designar ou individualizar um produto originário do local geográfico que corresponde ao nome usado como denominação e que reúne determinadas características e qualidades típicas

---

<sup>43</sup> Conforme o n.º 4 do art. 249 (nº 4 do art. 305º do CPI 2003) “A denominação de origem e a indicação geográfica, quando registada, constituem propriedade comum dos residentes ou estabelecidos, de modo efetivo e sério, na localidade, região ou território e podem indistintamente ser usadas por aqueles que, na respectiva área, exploram qualquer ramo de produção característica.”

<sup>44</sup> Alínea a) e b) do nº 1 do art. 249 (al. a) e b) do nº 1 do art. 305º do CPI 2003). Sufragamos assim as palavras de RIBEIRO de ALMEIDA ao sustentar que a denominação de origem “só pode ser utilizada para os produtos provenientes de uma região determinada e que tenham sido produzidos de acordo com as regras estabelecidas pela tradição e pelo uso ou devidamente regulamentadas; deve tratar-se de um produto típico, com certas características qualitativas derivadas de uma íntima ligação com o território” (Denominação de Origem e Marca, Op cit., p.337).

que se devem essencial ou exclusivamente ao meio geográfico, compreendendo os fatores naturais e fatores humanos<sup>45</sup>.

### *1.3.4 Recompensas*

Por fim, as recompensas são distinções conferidas aos empresários pela excelência da sua atividade<sup>46</sup>. Sendo usual a sua catalogação enquanto sinal distintivo a sua valência é eminentemente promocional, funcionando como uma garantia de qualidade da atividade desenvolvida.<sup>47</sup>

Para a economia deste trabalho, importa sublinhar a sua vinculação ao estabelecimento, de molde que apenas conjuntamente se podem transmitir. Sublinha-se ainda que o direito ao uso da recompensa comporta a possibilidade de a utilizar na composição de uma marca ou de um nome do estabelecimento.

### *1.3.5 Compatibilidade ou princípio da circularidade dos sinais distintivos*

Por tudo e em jeito de conclusão, refere-se que do fato – como se salientou supra – dos sinais distintivos desempenharem distintas funções faz emergir a querela da sua compatibilidade, ou seja, o problema do conflito entre os sinais. Esta problemática verifica-se na possibilidade de diversos empresários pretenderem utilizar o mesmo signo para desempenhar diferentes funções (como marca ou como firma).

Existindo esta conflitualidade, subsiste uma de duas possibilidades: ou se adota um critério de prioridade, de molde ao qual o primeiro empresário que adquiriu o direito ao sinal distintivo pode usufruir do direito de exclusividade na sua área mercadológica, garantindo-se por este meio a unidade do direito industrial relativo aos signos ou, por outro lado, a opção

---

<sup>45</sup> ALMEIDA, Alberto Ribeiro de. Op cit., p.54-55.

<sup>46</sup> O CPI delimita os tipos de recompensas admissíveis; a saber: a) As condecorações de mérito conferidas pelo Governo Português ou pelos governos estrangeiros; b) As medalhas, diplomas e prémios pecuniários ou de qualquer natureza obtidos em exposições, feiras e concursos, oficiais ou oficialmente reconhecidos, realizados em Portugal ou em países estrangeiros; c) Os diplomas e atestados de análise ou louvor passados por laboratórios ou serviços do estado ou de organismos para tal fim qualificado; d) Os títulos de fornecedores do Chefe de Estado, Governo e outras entidades ou estabelecimentos oficiais, nacionais ou estrangeiro; e) Quaisquer outros prémios ou demonstrações de preferência de carácter oficial. (art. 217º do CPI/ art. 271º do CPI de 2003)

<sup>47</sup> Depreciativamente OLIVEIRA ASCENSÃO considera-as um “tipo menor dentro da propriedade industrial” (Direito Comercial, Direito Industrial, Vol. II, Lisboa, 1994, p. 203).

inversa com a qual se consegue manter um princípio de independência entre os sinais distintivos.<sup>48</sup>

Na esteira da doutrina italiana<sup>49</sup>, face ao atual direito português urge a defesa da primeira das premissas expressas, sendo aquela a que melhor protege as necessidades da vida empresarial, nomeadamente a expansão e diversidade da atividade produtiva.

Frisa-se este aspecto para sublinhar que na dissecação das funções dos diversos sinais descritivos, deverá ser um critério de interpretação, a necessidade de compatibilidade entre estes signos.

## 1.4 Identidade e posicionamento da marca

Uma marca tem uma identidade. A identidade de uma marca é “aquilo que, através de uma multiplicidade de sinais, de mensagens e dos produtos, surge como oriundo de um único emissor”<sup>50</sup>. A identidade de uma marca responde a questões sobre o que torna um produto diferente dos seus semelhantes, a sua performance, homogeneidade, valor e verdade. As características formais do produto, como o seu aspecto exterior, são consequência da identidade da marca.

A cada marca está também associado um posicionamento que define que características as marcas têm que as tornam distintivas em relação à concorrência e motivadoras para os consumidores. Definir o posicionamento de uma marca é estabelecer quais são as características distintivas em relação à concorrência e motivadoras em relação ao público. É, portanto, responder às questões: Por quê? (qual o benefício/promessa ao consumidor); Para quem? (público alvo); Quando? (ocasião de utilização); Contra quem? (contexto concorrencial)<sup>51</sup>. Segundo Al Ries<sup>52</sup>, através de um bom posicionamento é possível ser líder de mercado. Ao posicionar uma marca deve-se criar um lugar único, distinto do que já existe no mercado, sendo que para isso se deve criar uma nova categoria. Uma marca não é forte se

---

<sup>48</sup> Posição defendida expressamente por CATALDO, Vincenzo di. Note in tema di comunione di marchio. **Rivista di Diritto I Segni Distintivi**, Corso di Diritto Industriale, Diretto da Mario Libertini, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1985, p.6. [Tradução nossa]

<sup>49</sup> Neste sentido vide ASCARELLI e RAVA, apud. VINCENZO DI CATALDO, ob. cit., p.6

<sup>50</sup> KAPFERER, Jean-Noel. **A Gestão de Marcas, Capital da Empresa**. 2. ed. Mem Martins: Edições CETOP, 2000, p.13.

<sup>51</sup> Ibid., p.13.

<sup>52</sup> RIES, A. TROUT J. **Positioning: The Battle for your Mind**. 2. ed. EUA: McGraw Hill, 2000. [Tradução nossa]

não for posicionada, mas o posicionamento por si só não permite diferenciar marcas com estratégias muito semelhantes. O posicionamento não fala sobre o sentido da marca, sobre o seu tom, estilo ou forma de comunicação, diz apenas onde a marca quer estar, enquanto é a identidade que indica como.

Tanto o posicionamento quanto a identidade de uma marca são os conceitos mais difíceis de definir e encontrar quando se cria ou se faz renascer uma marca, mas são também as concepções-chave, cuja boa definição pode predizer o sucesso de uma marca ao longo do tempo.

Perceber o que é a identidade começa por entender que a “A marca é um contrato”. As marcas tornam-se credíveis pela repetição. Com o tempo, as marcas solidificam um programa que as comprometem com o consumidor, gerando fidelidade e satisfação. As marcas constroem um patrimônio ao longo do tempo, o qual gera no consumidor expectativas de consumo as quais a marca deve estar à altura, tal qual um contrato em que a marca tem deveres e obrigações. Por outro lado, o patrimônio da marca, quando esta é credível, é uma grande mais-valia no lançamento de novos produtos, que nascem já sobre a alçada de uma marca com história, cujas características o consumidor já conhece<sup>53</sup>.

O sucesso de uma marca passa por um *background* definido e coerente ao longo do tempo. A esta unicidade da marca chama-se a sua identidade. Quando se cria uma marca de raiz existe liberdade para moldar e trabalhar as suas características profundas, mas, ao longo do tempo, esta liberdade dilui-se. A marca ganha uma existência própria, uma autonomia, uma identidade e um lugar na mente do consumidor<sup>54</sup>.

Uma marca forte deve sedimentar-se, por acumulação, através de um fio diretor. No fundo, o aspecto exterior da marca deve ser uma consequência da sua identidade profunda, que definirá o que deve continuar permanente e o que pode evoluir, variar. A identidade tem a ver com o conceito de emissão, enquanto a imagem está relacionada à recepção. A imagem de uma marca é o resultado da sintetização dos sinais emitidos pela marca realizada pelo receptor, o consumidor. Logo, a identidade deve preceder a imagem.<sup>55</sup>

---

<sup>53</sup> KAPFERER, Op cit., p.13.

<sup>54</sup> Ibid., p.13.

<sup>55</sup> Ibid., p.13.

Uma marca é um ser do discurso que enuncia as qualidades subjetivas da sua identidade e suas qualidades objetivas dos seus produtos, através das palavras, imagens, sons, cores e estilos que emite. Todas as extensões da marca, a forma como ela toca e chega ao consumidor, devem ser coerentes com a sua identidade. As campanhas de publicidade, os pontos de venda, todas as interfaces da relação entre a marca e o consumidor devem falar a mesma linguagem, devem pertencer à mesma narrativa. A marca só existe se comunicar, e ao comunicar está a construir um emissor e um destinatário.

Para se tornar ou permanecer forte, uma marca deve ser fiel à sua própria identidade.

Enquanto a imagem da marca pode variar consoante às tendências da atualidade, sejam elas de moda, de tecnologia, entre outras, a identidade deve permanecer ao longo do tempo. E a imagem, mesmo que evoluída, deve ter sempre o mesmo fio condutor e adaptar-se à identidade da marca. Para isso, é importante ter sempre presente as seis facetas que compõem as identidades das marcas: o físico (características objetivas como o logotipo, a embalagem), a personalidade (que “pessoa” a marca seria ao analisar-se a sua maneira de comunicar), a cultura (que valores a marca transmite como fonte de energia e inspiração), a relação (que se estabelece entre a marca e os consumidores), o reflexo (a imagem/idealização de tipologia de consumidor a quem a marca parece dirigir-se) e a mentalização (a relação que o consumidor estabelece consigo próprio no ato de consumo).<sup>56</sup> Ter estas seis facetas bem definidas e suportar a comunicação da marca nelas, permite que a identidade não se perca, cria-se um código genético da marca, que contribui para que esta seja reconhecida.

Assim, a identidade da marca deve ser uma extensão da personalidade da empresa que a cria, deve conter uma história, um patrimônio, para que o consumidor não a percepcione apenas como uma marca, mas como algo distinto, que encerra em si mais do que um nome ou um logotipo, com quem o consumidor possa criar uma relação emocional<sup>57</sup>.

### **1.5 Das funções da marca: da função distintiva à função publicitária**

Como é comum nos casos em que se interpretam institutos jurídicos de forte implementação na vida econômica, importa distinguir entre a função econômica desempenhada por estes e a função protegida pelo ordenamento jurídico. No caso das marcas,

---

<sup>56</sup> KAPFERER, Op cit., p.13.

<sup>57</sup> Ibid., p.13.

impõe-se a apreciação das utilidades ou vantagens decorrentes do seu uso e, posteriormente, indaga-se sobre todos os efeitos imputáveis às marcas, aqueles que o Direito das Marcas defende e protege.

Numa perspectiva econômica é dogmaticamente admitida a verificação cumulativa de três finalidades pela marca:<sup>58</sup> indicação de origem dos produtos ou serviços (função distintiva) em que é aposta, permitindo por este meio que os consumidores tenham um referencial que lhes faculte realizar as suas aquisições, funcionando a marca, na mente do consumidor, como um símbolo que possibilite a escolha em concreto dos produtos marcados e a consequente diferenciação de todos os outros da mesma espécie; garantia de qualidade dos produtos ou serviços (função de qualidade) marcados, no sentido em que o consumidor espera e deseja que todos os bens em que a mesma marca seja aposta apresentem paritários níveis qualitativos; e, por fim, a marca desempenha uma função publicitária ou sugestiva, sendo recorrentes os exemplos em que o “valor” da marca transcende o valor dos elementos corpóreos das empresas da qual faz parte.

A marca está umbilicalmente conxionada à problemática da concorrência, porquanto apenas em mercado concorrencial se concebe a essencialidade de uma empresa identificar corretamente os bens que oferece ao mercado consumidor. “As marcas são [...] os principais símbolos e instrumentos da luta corporativa entre empresários atento o mercado do consumo (intermédio e final), aí onde desempenham central protagonismo na formação e conservação da clientela”.<sup>59</sup>

Tradicionalmente, sustenta-se que a função primeira e essencial da marca é a distinção de produtos ou serviços de uma empresa, dos disponibilizados por outras empresas. Assim, segundo esta concepção, durante décadas, largamente dominante entre a mais conceituada doutrina<sup>60</sup> e jurisprudência, a função distintiva das marcas equivale a uma função de indicação de origem dos produtos, e indicam que determinados produtos provêm de determinado

---

<sup>58</sup> Conforme SERENS, Manuel Nogueira. “A Proibição da Publicidade Enganosa: Defesa dos Consumidores ou Protecção (de alguns) dos Concorrentes?”. In AA.VV.: **Comunicação e Defesa do Consumidor**. Coimbra: Instituto Jurídico da Comunicação da Universidade de Coimbra, 1996, p.238-239. Também na Itália esta trilogia é usualmente aceita, conforme GIOVANNI MASSA, Op cit., p.17. [Tradução nossa].

<sup>59</sup> MARQUES, J. P. Remédio. **Lições de Direito Comercial**. Coimbra, 1995, p.595.

<sup>60</sup> SERENS, Manuel Nogueira. **A vulgarização da marca na directiva 89/104/CEE**, de 21 de Dezembro de 1988, Separata do número especial do BFDC – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Ferrer Correia, Coimbra, 1995, p.7. Em sentido análogo OLAVO, Carlos. **Propriedade Industrial**. Coimbra: Almedina, 1997, p.38.



empresário, seja uma mesma empresa ou uma única fonte produtiva, distinguindo-se, desta forma, dos produtos disponibilizados pelos demais concorrentes.

Com o crescimento da produção industrial e com todas as inovações tecnológicas dos últimos séculos, assiste-se a um progressivo afastamento entre o produtor e o consumidor, sendo aquele uma entidade desconhecida para este; afirma-se que, sendo verdade que o consumidor conhece a marca, o mesmo desconhece o empresário titular daquela. Sendo provado o que fica escrito, que conclusões retirar? É lícito afirmar o luto da função distintiva com base nesta argumentação? A resposta só pode ser negativa. Sendo certo que o produtor é anônimo, não é menos exato que o consumidor confia que é sempre o mesmo, não o identificando pela sua firma, mas pela sua marca.<sup>61</sup>

A posição de VANZETTI, que o consumidor, ao admirar uma marca enquanto sinal identificador de determinado produto ou serviço, é tentado a considerar que todos os bens com igual marca procedem da mesma empresa<sup>62</sup>, assumindo a marca uma função indicadora de proveniência de produtos ou serviços, veio a ser redimensionada.

Portanto, a função principal da marca é “a de informar acerca da origem empresarial do produto ou serviço, o que não implica necessariamente a identificação da firma ou denominação da empresa que o fornece ou produz”.<sup>63</sup>

O titular da marca não tem que ser o proprietário da empresa que fabrica o produto. Na verdade, mediante os sistemas de produção e distribuição existentes, a origem dos produtos é, muitas vezes, desconhecida do mercado consumidor. Assim, “o adquirente pode desconhecer em absolutos quem é o empresário que produziu o bem mas confia que, seja quem for, o empresário será sempre o mesmo<sup>64</sup>.”

---

<sup>61</sup> OLAVO, Carlos, Op cit., 1997, p.9.

<sup>62</sup> VANZETTI, Adriano. Funzione e Natura Giuridica del Marchio. **RDC**, 1961, parte I, p.32. No mesmo sentido VICENZO DI CATALDO sustenta que o princípio “ significa in concreto affermare che la sola protezione del marchio contro altrui utilizzatori è quella necessaria e sufficiente ad evitare il pericolo di confusione tra le fonti dei prodotti”. (Op cit., p.31). [Tradução nossa]

<sup>63</sup> SIMÕES, Fernando Dias. **Marca do distribuidor e responsabilidade por produtos**. Coimbra: Almedina, 2009, p.185.

<sup>64</sup> FERNANDÉZ-NÓVOA, Las funciones de la marca. In “ADI”, V, 1978 e Fundamentos de derecho de marcas, Madri, 1984, p.48 apud SIMÕES, Op cit. p.185.

Contudo, tal desconhecimento do consumidor do titular da marca em nada influencia a proteção jurídica desta, mas estabelece um vínculo entre um produto e um determinado agente econômico, independente da sua individualização.<sup>65</sup>

Não há dúvida de que a marca tem uma função principal, que é a distintividade, ou seja, a finalidade de distinguir produtos e serviços<sup>66</sup> de outros iguais ou semelhantes. As demais funções, como indicação de qualidade, função econômica, publicitária ou concorrencial<sup>67</sup>, são consideradas secundárias para a maioria dos autores, como Gama Cerqueira<sup>68</sup>, Franceschelli<sup>69</sup> e José Oliveira Ascensão.<sup>70</sup>

Neste entendimento se observa o art. 222º, do Código de Propriedade Industrial, que afirma em conformidade com o art. 2º, da Diretiva de Harmonização das Marcas:

#### Constituição da marca

1 – A marca pode ser constituída por um sinal ou conjunto de sinais susceptíveis de representação gráfica, nomeadamente palavras, incluindo nomes de pessoas, desenhos, letras, números, sons, a forma do produto ou da respectiva embalagem, desde que sejam adequados a distinguir os produtos ou serviços de uma empresa do de outras empresas.

2 – A marca pode, igualmente, ser constituída por frases publicitárias para os produtos ou serviços a que respeitem, desde que possuam carácter distintivo, independentemente da proteção que lhe seja reconhecida pelos direitos de autor.

Em suma, a função distintiva é a capacidade que o sinal possui de identificar um produto ou serviço dos demais semelhantes presentes no mercado, sendo requisito essencial para a registrabilidade do sinal.

---

<sup>65</sup> SIMÕES, Fernando Dias Op cit., 2009, p.185.

<sup>66</sup> OLAVO, Carlos, Op cit., p.38.

<sup>67</sup> PINHO, José Benedito. **O Poder das Marcas**. São Paulo: Summus, 1996, p.15.

<sup>68</sup> CERQUEIRA, João da Gama. **Tratado da Propriedade Industrial**. v.1. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1946, p.349.

<sup>69</sup> FRANCESCHELLI, Remo. **Sui Marchi di Imprensa**. 4. ed. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1998, p.5.

<sup>70</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. As funções da marca e os descritores (metatags) na internet. **Revista da ABPI**, n.66, p.44-52, nov./dez. 2002.

Enfim, tratando da questão da função distintiva da marca, esta deve: “responder às perguntas que são próprias das marcas no sentido rigoroso técnico jurídico: donde vens? Quem és? Quem responde por ti?”<sup>71</sup>

Sem dúvida, a distintividade é a função principal da marca, por ser aquela que possui reconhecimento jurídico, porém acredita-se que a importância econômica da função publicitária pode, em determinados casos, ser merecedora de reconhecimento jurídico compatível com a distintividade.

Já em 1946, João da Gama Cerqueira<sup>72</sup> reconhecia a influência dos “modernos métodos de publicidade que se baseiam na denominação do produto e não mais no nome do produtor”. Atualmente, não são poucos os autores que concordam com a importância da função publicitária da marca; nesse sentido, afirma Américo Silva Carvalho<sup>73</sup>: “A função publicitária da marca é um elemento duma importância transcendente no mundo econômico”.

É certo que a marca exerce a função de recomendar, divulgar o produto em que é posta. Portanto, o exercício da função publicitária está presente no mundo fático e exerce influência no cotidiano.

O que o publicitário deseja é que a marca adquira um *brandy equity*, que pode ser definido como o valor adicionado para a companhia, o canal de vendas e o consumidor com o qual uma marca endossa um produto<sup>74</sup>, cujo principal efeito é criar lealdade entre consumidor e a marca. Ao adquirir tal *brand equity*, a marca torna-se cobiçada e valorizada, passando a ser procurada para obtenção da licença com maior frequência e interesse, o que, certamente, valoriza a marca e a torna um ativo expressivo no patrimônio da empresa.

Desde logo, sublinha-se que a tutela desta função representaria um fator de desigualdade entre os concorrentes, sendo um instrumento de inequívoca proteção dos interesses econômicos das grandes empresas, aquelas que são proprietárias das grandes

---

<sup>71</sup> SERENS, M. Nogueira. **A vulgarização de marca na directiva 89/104/CEE**, de 21 de Dezembro de 1988, Separata do numero especial do BFDC – Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Ferrer Correia, Coimbra, 1995, p.27.

<sup>72</sup> CERQUEIRA, João da Gama, Op cit., p.348.

<sup>73</sup> CARVALHO, Américo Silva. Usos Atípicos das Marcas (Função da Marca). In: APDI – Associação Portuguesa de Direito Intelectual. **Direito Industrial**. Coimbra: Almedina, jul., 2002, p.104.

<sup>74</sup> FARQUHAR, Peter. Managing Brand Equity. **Marketing Research**. [s.l]: [s.n.], p.1-11, set., 1989 apud CESÁRIO, Gustavo. **Marcas: da construção à avaliação de Brand Equity**. 2002. Dissertação (Mestrado em administração de empresas) – Escola de Administração de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. São Paulo: FGV, p.13.

marcas, não consubstanciando numa intolerável diferenciação entre as marcas<sup>75</sup>, como numa ainda menos tolerável diferenciação entre as marcas.

É ainda recorrente a consideração de que esta proteção colide com os interesses do mercado uma vez que as aquisições não se baseiam na qualidade dos produtos, mas num dado absolutamente irracional, o poder de sugestão da marca em si mesma;<sup>76</sup> neste sentido, prejudica-se a concorrência assente na liberdade de escolha baseada em fatores racionais e promover-se-ia o concurso baseado no engano e na sugestão.<sup>77</sup>

Há um aspecto que merece ser ponderado neste contexto, pois não há dúvidas que o incremento de disponibilidades financeiras no *marketing* e publicidade empresarial é a resposta dos mais “atentos” empresários à problemática da cada vez maior homogeneidade dos produtos, decorrência lógica e necessária de uma concorrência mais audaz que, as mais das vezes, se traduzem numa maior identidade ou afinidade entre os diversos bens oferecidos pelos diversos empresários, ou seja, a criação de uma imagem comercial, nomeadamente através da marca, tem muitas vezes o escopo de individualizar, o que de outra forma seria genérico.

Alude-se ao entendimento de que a existência dessa tutela teria efeitos perniciosos sobre o mercado, desvirtuando a sã concorrência: as escolhas de consumo individuais não se justificariam em fatores objetivos, mas antes, seriam determinadas pelo magnetismo do *marketing* e da publicidade.<sup>78</sup>

Impõe-se neste contexto uma nota reflexiva sobre a relação entre a publicidade e a marca. Na sua origem a função da publicidade, fruto da revolução industrial e a consequente

---

<sup>75</sup> Neste sentido é curiosa a expressão de NOGUEIRA SERENS, quando criticamente sustenta que “perante a lei, as marcas “nascendo” iguais não se poderiam tornar desiguais”. (Da tutela da Marca Célebre à Tutela da Marca de Grande Prestígio, Um caminho que deveria ser percorrido?, Seminário de Propriedade Industrial, Lisboa, 1995, p.17).

<sup>76</sup> A comum sustentação de que as marcas são a prova da irracionalidade ou futilidade dos consumidores, símbolo de uma economia consumista destituída de valores é refutada com o argumento de que o prestígio da marca relaciona-se com a excelência dos produtos (ou serviços) da entidade proprietária da marca, conforme CATALDO, Vincenzo di. Note in tema di comunione di marchio. **Rivista di Diritto I Segni Distintivi**, Corso di Diritto Industriale, Diretto da Mario Libertini, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1985, p.31. [Tradução nossa]

<sup>77</sup> Incisivo na sua análise VANZETTI é um acérrimo crítico da tutela jurídica da função publicitária uma vez que promoveria a arte de enganar o consumidor, atirando-lhe fumo para os olhos de molde a que as suas escolhas seriam motivadas por elementos irracionais e, em regra, deseducativos. (Funzione e Natura Giuridica del Marchio, RDC, cit. p.44). [Tradução nossa]

<sup>78</sup> NOGUEIRA SERENS, sustenta que o recurso à publicidade emerge como um meio de concorrência de forma a combater o caráter oligopolista dos mercados, pela criação de um efeito psicológico sobre o público (A vulgarização da marca na directiva 89/104/CEE, ob. cit., pp. 123/124).

proliferação de produtos no mercado, realizava uma função informativa, qual seja, era reconhecida como um meio essencial para o tráfego comercial, o qual permitia ao consumidor conhecer as características essenciais dos produtos e, por este meio, realizarem plena liberdade de escolha aquisitiva. Assim, para os detratores da nova publicidade, esta hodiernamente e, sobretudo, face à homogeneização crescente dos diversos produtos e serviços que entram no mercado, a publicidade perdeu a sua pureza informativa, para se centrar na função de influenciar as escolhas individuais: a publicidade sugestiva não se destina ao intelecto do consumidor, mas preferencialmente ao seu inconsciente, pretendendo que a determinação da escolha se faça com apelo a elementos irracionais.<sup>79</sup>

A tese a qual se alude deriva da constatação de que a visão publicitária da marca, na sua íntegra, está intrinsecamente ligada à função distintiva: com o objetivo de promoverem os seus melhores produtos (ou serviços), os empresários centravam a sua ação na propaganda da marca, sendo que o prestígio dos produtos se condensava na marca, e por este fato a marca ganha um determinado simbolismo para o público, uma dimensão própria, de molde a construir um quadro de referências, baseado na satisfação sentida na aquisição daqueles bens, que instigava os consumidores a desejarem os produtos (ou serviços) em que aquela marca fosse aposta. Sucessivamente, a marca adquire um intrínseco poder sugestivo, um magnetismo face ao consumidor, que se tornou vulnerável a se estender a diferentes produtos (e/ou serviços) dos quais na sua origem marcava.<sup>80</sup>

Parafraseando Nogueira Serens<sup>81</sup>: “À vista de uma marca, não importa de que espécie de produtos, objeto de intensa e incessante publicidade sugestiva, o consumidor - a pessoa - reage, digamo-lo sem menoscabo, à *maneira dos cães* de Ivan Pavlov: automática e reflexamente invadem-no os sentimentos ou emoções e, até, as vivências nos quais assenta a imagem da marca em causa, que encarna, como antes dissemos, a imagem dos respectivos produtos”.

Vale ressaltar, o fenômeno novo da “insegurança social”, ou seja, no sentido da determinação da posição social ter alcançado fundamental importância, sendo externado nas situações cotidianas da vida. Assim, a aquisição de determinados produtos e/ou utilização de

---

<sup>79</sup> SERENS, Manuel Nogueira. **A monopolização da concorrência e a (Re-)emergência da tutela da marca.** Coimbra: Edições Almedina, 2007, p.1232.

<sup>80</sup> Ibid., p.1233.

<sup>81</sup> Ibid., p.1244.

alguns serviços, com as denominadas “grandes marcas”, é considerada uma forma de atribuição do *status* social.<sup>82</sup>

A função publicitária exerce influência jurídica, criando lacunas na proteção de interesses de titulares de marcas. Ela exerce reflexos jurídicos, portanto sua condição secundária pode evoluir.

Sustentam os apologistas da tese da função de garantia de qualidade, que a marca garante a origem não enganosa de dados produtos ou serviços: a colocação no mercado de um produto com determinada marca obrigaria o seu produtor a manter a qualidade do produto, sendo-lhe vedada qualquer depreciação arbitrária daquela, garantindo-se, deste modo, a tutela da confiança do consumidor, porquanto, não restam dúvidas que, em regra, o consumidor supõe terem a mesma qualidade, todos os produtos em que a mesma marca é aposta. É de acordo com esta premissa que usa afirmar-se que a marca proporciona ao consumidor informação sobre a qualidade relativamente constante no produto (ou serviço).<sup>83</sup>

Sublinhe-se *ab initio* que a defesa da função de garantia da marca não implica a consideração de que a marca garante, de forma absoluta, a imutabilidade dos produtos ou serviços “o que até não seria desejável atento o interesse geral em toda a alteração que represente uma melhoria de qualidade”.<sup>84</sup>

A aposição da marca por um empresário indica ao consumidor a presença das características próprias de todos os produtos daquela marca, sendo, neste sentido, uma garantia de idoneidade e constância de qualidade destes.

Pronuncia-se uma parte marcante da doutrina que não reconhece autonomia enquanto função jurídica de proteção da garantia da qualidade da marca. Para esta tendência, esta função não goza de uma tutela autônoma, mas pelo contrário, e na melhor das hipóteses, a

---

<sup>82</sup> SERENS, M. Nogueira. A monopolização da concorrência e a (Re-) emergência da tutela da marca, Op cit., pp. 1244-1245.

<sup>83</sup> É indiscutivelmente que, a marca influencia o comportamento futuro do consumidor: a satisfação, ou não, de determinado consumo vai influenciar na posterior decisão de compra, sendo através da memorização da marca (as mais das vezes) que este vai avaliar a capacidade do produto ou serviço para saciar as suas necessidades de consumo. NOGUEIRA SERENS, A proibição da publicidade enganosa: defesa dos consumidores ou proteção (de alguns) concorrentes, Comunicação e Defesa do Consumidor, Op cit., p.240.

<sup>84</sup> FERDINANDO CIONTI. **La funzione del Marchio, Milano**. Dott: A. Giuffrè Editore, 1998, p.139. [Tradução nossa]

função jurídica de proteção da qualidade apenas releva de forma derivada, não sendo mais que resquícios da função distintiva, sendo, portanto, uma função derivada da daquela<sup>85</sup>.

---

<sup>85</sup> Neste sentido António Ferrer Correia e Manuel Nogueira Serens, A composição das marcas e o requisito do corpo do artigo 78º e do §único do artigo 201º do Código de Propriedade Industrial, Op cit., p.91.

## 2 A MARCA DO DISTRIBUIDOR (*PRIVATE LABEL*)

### 2.1 O conceito de marca de distribuidor

Nos dias de hoje, a marca é um dos ativos mais valiosos para as empresas. Os fabricantes que lideraram durante anos o mercado confrontam-se, hoje em dia, com uma quebra de vendas a favor das vendas das marcas do distribuidor.<sup>1</sup>

Ao longo das últimas décadas, as marcas do distribuidor ganharam um papel dominante em relação às marcas de fabricante<sup>2</sup>.

Quando as marcas de distribuidor surgiram a sua principal preocupação centrava-se, essencialmente, na satisfação das necessidades básicas dos consumidores. Os critérios de qualidade não eram muito rigorosos e não se verificava uma grande preocupação no tocante à imagem, centrando-se, essencialmente, em produto a preço reduzido<sup>3</sup>.

Tentar-se-á conceituar juridicamente a marca do distribuidor e diferenciá-la das demais denominações encontradas na doutrina que, por vezes, usa o mesmo termo para diferentes coisas<sup>4</sup>, outras vezes diferentes termos para as mesmas coisas.

Quanto à terminologia, cada autor adota uma designação que considera ser a mais correta para a marca do distribuidor. O termo “marca branca” é, provavelmente, aquela que é utilizada com maior frequência pelo consumidor português.<sup>5</sup> Na literatura brasileira são recorrentes as expressões “marca varejista”, “marca de supermercado” e “marca de varejo”. Na doutrina espanhola, a expressão mais conhecida é “marca blanca” e na francesa, a mais comum é “marque de distributeur”, sendo também usada a “marque privée”<sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup> CARVALHO, C.; CUNHA, S. **Marcas de distribuidor em Portugal**. Lisboa: Aje Sociedade Editorial, 2004.

<sup>2</sup> SALGUEIRO, S. O novo rumo para as marcas próprias. **Revista HiperSuper**, p. 62-64, mensal, 1994.

<sup>3</sup> Ibid., p.62-64.

<sup>4</sup> Lembrando a célebre e oportuna frase de autor desconhecido: “uma coisa é uma coisa, outra coisa é outra coisa”. Ou como disse LEIBNIZ: “cada coisa é aquilo que é”.

<sup>5</sup> ROUSSEAU, J.A, “**Manual de distribuição** – uma visão global e estruturante da moderna distribuição”. Control Jornal editora. 1997.

<sup>6</sup> SIMÕES, Fernando Dias. **Marca do distribuidor e responsabilidade por produtos**. Coimbra: Almedina, 2009, p.166.



É relevante notar que cada expressão da nomenclatura atende a diferentes formas de relacionamento entre a marca, o produto e o distribuidor. Todavia, todas são caracterizadas com a exclusividade conferida ao distribuidor<sup>7</sup>.

Na busca por uma melhor definição, a *American Marketing Association*<sup>8</sup> afirma que marca do distribuidor é aquela detida e controlada por um distribuidor, retalhista ou grossista, por oposição às marcas que são propriedade do fabricante.

Os conceitos frequentemente usados para descrever a marca do distribuidor são os de *private label* e de *private brand*. A KMPG<sup>9</sup> valeu-se da expressão *private label* considerando-a como qualquer produto que possua a marca do distribuidor.

De acordo com a *Private Label Manufacturers Association* as marcas de distribuidor englobam todos os produtos comercializados com a insígnia do distribuidor ou com outra denominação criada exclusivamente para este<sup>10</sup>. Trata-se, portanto, de marcas que são detidas, controladas e vendidas em exclusivo por um distribuidor<sup>11</sup>.

Na Inglaterra, a *Economist Intelligence Unit*<sup>12</sup> define como produtos produzidos pelo distribuidor nas suas próprias lojas.

Conforme Simões<sup>13</sup> acerca do conceito: “A expressão ‘marca do distribuidor’ é a mais útil do ponto de vista descritivo pois denota a característica fundamental deste tipo de estratégia: a propriedade da marca cabe ao distribuidor. Segundo uma noção muito simples, a marca do distribuidor é o conjunto de produtos comercializados sob a responsabilidade de um distribuidor. Estamos perante marcas que, desvinculadas da marca do fabricante que as produz, são comercializadas por um distribuidor concreto que lhes dá o seu nome ou outro distinto. É um produto de consumo produzido ou fabricado para ser comercializado por determinada organização grossista ou retalhista, sob uma marca que é propriedade exclusiva

---

<sup>7</sup> SIMÕES, Fernando Dias, Op cit., p.166.

<sup>8</sup> Associação americana dos profissionais de marketing, que conta com mais de trinta mil membros e que foi criada em 1937, da união da Associação Nacional dos Professores de Marketing com a Sociedade Americana de Marketing.

<sup>9</sup> Empresa atuante em todo o mundo, prestando serviços de auditoria, impostos, consultoria, gestão, dentre outros.

<sup>10</sup> PLMA (2011b). “**Store brands achieving new Heights of consumer popularity and growth**”. Disponível em: <<http://plma.com/storeBrands/sbt09.html>>. Acesso em: 10 mar. 2015.

<sup>11</sup> ROSSEAU, J. A. “**Manual de distribuição** – uma visão global e estruturante da moderna distribuição”. Control Jornal Editora. 1997.

<sup>12</sup> Criada em 1946, é uma empresa independente do ramo econômico, que presta serviços de análise sobre o mercado para seus clientes.

<sup>13</sup> SIMÕES, Fernando Dias, Op cit. p.168.

dessa organização e que pode corresponder ao próprio nome do estabelecimento ou a qualquer outro nome. Ou seja, em termos latos marcas do distribuidor são todas aquelas que são geridas e comercializadas pelo retalhista através de alguma das modalidades disponíveis e que se identificam em maior ou menor medida com a insígnia da distribuição”.

Por se ter considerado o termo mais adequado, no presente trabalho de investigação será utilizado o termo “marcas de distribuidor”.

## 2.2 Evolução histórica da marca do distribuidor

Durante as últimas décadas, todos os países desenvolvidos têm assistido a um crescimento constante das marcas do distribuidor.<sup>14</sup> As marcas do distribuidor não são um fenómeno recente. Pode-se dizer que precedeu ao uso da marca do fabricante.

Como os produtos não eram marcados, até o surgimento das marcas do fabricante, no século XIX, a única garantia que o público tinha sobre a qualidade dos produtos era a fornecida pelos vendedores. Os fabricantes produziam, e seus produtos eram vendidos nas mercearias e demais pequenos comércios, conforme a vontade do comerciante em adquirir de um determinado fabricante ou de diversos, algum bem para vender aos consumidores – período de monopólio das cooperativas e associações de produtores<sup>15</sup>.

Tomando como exemplo “do sabão que era só sabão”, no qual o uso do sinal entre os industriais (fabricantes) servia para orientar as escolhas dos consumidores. Os comerciantes eram forçados a vender o que os consumidores queriam comprar, diferenciando o produto, apondo-lhe uma marca, já que estes haviam realizado experiência aquisitiva de um determinado sabão, corriam o risco de não conseguirem repeti-la, adquirindo um sabão de outro fabricante, dependendo da boa vontade e interesse do comerciante<sup>16</sup>.

Isto posto, questiona-se o motivo que leva o consumidor a ter preferência por um sabão com a marca x, originário do fabricante A, e não por um sabão com a marca y, proveniente do fabricante B? Com efeito, caso os produtos tenham padrões de qualidade idênticos, com

---

<sup>14</sup> SALGUEIRO, S. A popularização das marcas próprias. São Paulo, **Revista Supe Hiper**, ano 20, 1998, p.20-30.

<sup>15</sup> SIMÕES, Op cit., p.157.

<sup>16</sup> SERENS, Manuel Nogueira. **A monopolização da concorrência e a (Re-)emergência da tutela da marca**. Coimbra: Edições Almedina, 2007, p.1234-1235.

diferenças significativas no preço, este seria o critério de escolha do consumidor; mas, no sentido contrário, a razão da preferência seria o padrão de qualidade, e por último, se não existe, substancialmente, diferença destes dois critérios, a razão de preferência seria a própria marca. Assim, os industriais intencionados em combater a concorrência dos preços, passaram a usar marcas para diferenciar os produtos<sup>17</sup>.

Neste contexto, o uso da marca, por si só, sem concorrência, não determinava a escolha de um produto, já que não tinha diferença de preço e qualidade, nem a força atrativa, seja ela derivada, originária da boa fama da marca ou da qualidade, advinda dos efeitos da publicidade. Destarte, a marca tinha o papel de orientar as escolhas do consumidor que, a partir de então, escolhia livremente pelo critério da origem industrial (produtor), que tinha a garantia de repetir, sem riscos de mudar por outra proveniência industrial, valorizando, assim, o padrão de qualidade do produto. Assim, esta falta de alcance da marca para determinar a escolha dos produtos foi suprida com a publicidade sugestiva<sup>18</sup>, nas palavras de Nogueira Serens:<sup>19</sup> “- deixa, assim, de ser (aos nossos olhos e mesmo na nossa mente) apenas aquilo que verdadeiramente é, ou seja, deixa de ser (por nós) entendido como um simples bem com determinadas utilidades de uso (utilidades essenciais, também poderíamos dizer) para se tornar em um *reflector* (em cujo *centro* está a marca) de uma *certa imagem*, capaz de nos encadear, não raramente porque existe (em nós) o desejo de (sermos nós próprios a) encadear os outros”.

Contudo, o poder de escolha do consumidor estava atrelado ao alvitre do comerciante, que procurava comprar para distribuir do fabricante que melhor lhe provia. Com isso, foi-se concentrando o poder e controle desta cadeia, excessivamente, nas mãos dos grossistas que revendiam aos pequenos comerciantes e retalhistas<sup>20</sup>.

---

<sup>17</sup> SERENS, Manuel Nogueira, p.1235-1238.

<sup>18</sup> E também, é claro dos serviços, por isso que também eles são hoje, e como todos sabemos, contra distinguíveis com uma marca. De resto, a publicidade sugestiva, neste outro sector (dito terciário) da atividade econômica atinge hoje áreas em que, não há muito, seria considerada sacrílega: referimo-nos aos serviços financeiros e, mais concretamente, ao crédito ao consumo e ao crédito à habitação e não só (lembre-se aqui o “*spot publicitário*” da maior instituição de crédito portuguesa privada, que por estes dias vemos na televisão, no qual aparece um jovem a *falar* para uma galinha – quase nos apetecia dizer, “a falar para o boneco”... -, e cujo lema é “jovens com asas”) apud NOGUEIRA SERENS, ob. cit., p. 1240.

<sup>19</sup> SERENS, Manuel Nogueira, p.1238-1246.

<sup>20</sup> SIMÕES, Fernando Dias. **Marca do distribuidor e responsabilidade por produtos**. Coimbra: Almedina, 2009, p.157.

Com o avanço da industrialização, os produtores com tal excessivo controle nas mãos dos intermediários passaram a marcar seus produtos, vez que a distância entre estes e o consumidor final foi aumentando em decorrência do crescimento do comércio, no intuito de negociar seus produtos diretamente com o retalhista. Contudo, melhoraram a qualidade das embalagens, que já não serviam apenas para proteger o produto e serem mais atrativas. Assim, o século XX assistiu ao domínio das marcas do produtor, apoiadas num *marketing* e publicidades fortes<sup>21</sup>.

No ano de 1869, o retalhista alimentar inglês Sainsbury lançou a sua primeira marca e foi considerado o “inventor” das marcas do distribuidor. Mais tarde, em 1904, foi registrada na França outra marca de distribuidor: a marca *casino*. Na Europa, até a II Guerra Mundial, as marcas do distribuidor foram desenvolvidas quase exclusivamente por retalhistas alimentares ingleses e franceses<sup>22</sup>.

Nos Estados Unidos da América, no ano de 1924, surgiu a primeira marca de distribuidor. Já nessa altura transparecia a ideia de qualidade por um preço adequado. Contudo, nesta época, por norma, os produtos não tinham o nome do fabricante na embalagem, o que criava alguma suspeita no consumidor quanto à sua proveniência<sup>23</sup>.

O exemplo mais expressivo de uso desta estratégia foi lançado pela cadeia de hipermercados Carrefour, que em 1976 lançou mais de cinquenta produtos apelidados de “produtos livres” ou de “marca branca”. O objetivo era fazer a diferença do produto, apresentando apenas a insígnia do distribuidor e ofertando um preço competitivo. Era uma nova etapa na vida destes produtos, ocasionada pela crise gerada do choque petrolífero<sup>24</sup>.

É importante ressaltar que este foi um momento oportuno ao surgimento de produtos mais baratos e de qualidade idêntica aos das marcas conhecidas pelo consumidor que, levado pela recessão e estratégias de *marketing* e publicidade, via tais produtos como alternativa de substituição aos mais caros, das marcas de tradição.

---

<sup>21</sup> SIMÕES, Fernando Dias Op cit., p.157.

<sup>22</sup> PACHE, G., Private Label development: the large food retailer faced with the supplier's opportunism, *The Service Industries Journal*, v.27, n.2, 2007, p.175-188. [Tradução nossa]

<sup>23</sup> CASTELO, J.; BATISTA, P. “Considerações teóricas sobre a marca: origens, conceitos, vantagens e desvantagens” *Revista Cent. Ciências Administrativas*, Fortaleza, v.11, n. especial, 2005, p.74-84.

<sup>24</sup> SIMÕES, Fernando Dias Op cit., p.158.

A história das marcas próprias pode ser dividida em quatro fases. As MdD<sup>25</sup> surgiram pela primeira vez na Europa, no período pós-guerra, sob a forma de produtos de qualidade inferior, a um preço baixo. O seu posicionamento era exclusivamente direcionado às classes com menor poder de compra e era também um modo dos fornecedores escoarem os seus produtos com menor qualidade. Nesta primeira fase estes produtos, apesar de embalados, não possuíam rótulo, pelo que foram apelidados de genéricos ou marcas brancas. Posteriormente, no final dos anos 70, os produtos passaram a ter uma marca associada, mas os padrões de qualidade continuaram baixos. Numa terceira etapa, a estratégia das marcas próprias foi copiar produtos dos líderes de mercado. O principal atributo destes produtos, que ficaram conhecidos como “Me too”, era o preço mais baixo. O consumidor podia assim adquirir um produto muito similar ao da marca de fabricante, a um preço muito inferior ao do produto original. Já nos anos 90, emergiu uma nova geração de marcas próprias com produtos inovadores com valores agregados, como por exemplo, a saúde, o bem-estar e a preocupação ambiental, que levaram à conquista da confiança dos consumidores. Atualmente, a terceira e quarta gerações de marcas próprias coexistem no mercado<sup>26</sup>.

Assim, as marcas do distribuidor evoluíram de produtos sem nome, associados a uma qualidade fraca e a um preço baixo, para marcas que as cadeias de distribuição ostentam como detentoras de produtos de qualidade idêntica às marcas de fabricante, mas com um preço substancialmente mais baixo.

Com a evolução das marcas do distribuidor, os consumidores passaram a ter mais opções de escolha no momento de decisão de compra, e os retalhistas deixaram de ser apenas distribuidores, passando a desenvolver, comunicar ou até mesmo fabricar os produtos, e sentir necessidade de estudar os seus consumidores. Neste sentido, marcas que inicialmente não tinham nome têm, atualmente, posicionamento, identidade e público-alvo definidos. O preço continua a ser um atributo muito valorizado dos produtos de marca branca, mas a sua qualidade, inovação e benefícios aspiracionais adquiriram uma importância crescente para os consumidores.

Foi por volta dos anos 70 que as marcas do distribuidor começaram a expandir-se internacionalmente, dando início à solidificação do setor do retalho. Até então, estas marcas eram utilizadas pela indústria processadora, como forma de diminuir a produção excedente,

---

<sup>25</sup> Marca do distribuidor

<sup>26</sup> MONTESANTO, N. Marcas próprias em quatro gerações. **Revista propaganda**, p.70-75, jun. 2010.

comercializando esses produtos a preços inferiores, com inscrições diferentes daqueles que são utilizados nos produtos tradicionais da empresa. Os consumidores associavam-nas a produtos genéricos, vistos como substitutos similares, porém mais baratos, cuja principal diferença se referia ao preço e à baixa qualidade<sup>27</sup>.

As marcas do distribuidor conseguiram um aumento no volume de vendas, destacando-se consideravelmente no mercado, isto porque, talvez, os consumidores começam a verificar que, afinal, estes produtos são uma boa escolha, em relação ao fator qualidade/preço<sup>28</sup>.

Nas últimas duas décadas, o desenvolvimento das marcas do distribuidor tornou-se um fenômeno importante. Em todos os países desenvolvidos tem-se assistido a um crescimento constante da quota de mercado destas marcas<sup>29</sup>.

Segundo dados da *Private Label Manufacturers Association*<sup>30</sup>, na Europa a quota de mercado das marcas do distribuidor está muito próxima dos 35 ou 40%, sendo que no caso do Reino Unido e da Suíça, este valor é ultrapassado. Em Portugal, a quota de mercado em volume das marcas do distribuidor é de 34%, mais de 40% dos consumidores americanos compram marcas de distribuidor com frequência, e sete em cada dez consumidores avaliam estas marcas como equivalentes ou melhores que as marcas dos fabricantes.

### 2.3 Estratégias comerciais adotadas pelas marcas do distribuidor

As marcas do distribuidor baseiam-se na ideia de que o cliente quer comprar unicamente o produto, e não a embalagem ou a publicidade. Desta forma, transmite-se a ideia de venda de um produto básico, aproveitando a notoriedade do produto líder, a um preço mais baixo, devido ser desnecessário investir em inovação, comunicação ou embalagens<sup>31</sup>.

---

<sup>27</sup> CASTELO, J. S. e BAPTISTA, P. C. “Considerações teóricas sobre a marca: origens, conceitos, vantagens e desvantagens”. **Revista Científica de Ciências Administrativas**, n.11, p.74-84, 2005.

<sup>28</sup> CARDOSO, A.; ALVES, P, “Atitude dos consumidores relativamente à marca dos distribuidores”. **Revista da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais – UFP**, n.5, p.38-55, 2008.

<sup>29</sup> PACHE, G. Private Label development: the large food retailer faced with the supplier’s opportunism, **The Service Industries Journal**, v.27, n.2, 2007, p.175-188. [Tradução nossa]

<sup>30</sup> PLMA. “**Private Label gains in Europe**”. 2011. Disponível em: <[http://www.plmainternational.com/en/private\\_label\\_en3.htm](http://www.plmainternational.com/en/private_label_en3.htm)>. Acesso em: 17 mar. 2015.

<sup>31</sup> SALGUEIRO, S. “O novo Rumo para as Marcas Própria”. **Revista Super Hiper**, p.62-64, 1994.

A principal função das marcas do distribuidor é servir como arma de defesa contra as marcas do fabricante. O poder do mercado detido pelos grandes fabricantes incentivou os distribuidores a criarem as suas próprias marcas, com o objetivo de “*recuperar a margem beneficiária do fabricante*”<sup>32</sup>. De fato, investindo na criação de marcas de distribuidor, os retalhistas aumentam o seu poder junto dos fabricantes, pois diminuem a sua dependência, melhoram a sua rentabilidade e ainda criam um novo meio de diferenciação face à concorrência<sup>33</sup>.

A marca do distribuidor é descrita por alguns autores, com base na visibilidade e qualidade, referindo-se assim ao grau de facilidade com que o consumidor associa a marca ao nome do retalhista. De fato, a maior parte dos grandes retalhistas alimentares europeus adota uma estratégia de *marketing mix* sofisticada, dividindo o sortido das suas marcas em vários segmentos de mercado<sup>34</sup>.

Segundo o autor, atualmente, muitos retalhistas seguem em simultâneo uma estratégia de baixo preço e uma estratégia de diferenciação. Por um lado, procuram satisfazer as expectativas dos consumidores cujos rendimentos são baixos e, por outro lado, tentam fugir à competição pelo preço com outros retalhistas alimentares<sup>35</sup>.

Quanto à denominação das suas marcas, as cadeias de retalho têm adotado diferentes estratégias. Algumas cadeias utilizam o nome da loja para designar as suas marcas, outras apenas utilizam o nome da loja em algumas categorias e existe ainda quem crie designações independentes do nome da loja. Existem muitas denominações o que pode levar a alguma confusão por parte dos consumidores. Se o distribuidor tem muitas denominações diferentes para as suas marcas, sem que haja qualquer ligação com o nome do distribuidor, torna-se difícil para o consumidor a distinção entre a marca do fabricante e do distribuidor.

## 2.4 Preferência face ao consumo de marcas do distribuidor

Existem diversas variáveis que podem ajudar na compreensão dos comportamentos face ao consumo de uma marca, seja ela, ou não, de distribuidor. Quando se fala de um comportamento em particular, que neste caso é o “Hábito de consumo de marcas de

---

<sup>32</sup> LAMBIN, Jean Jacques. “**Marketing Estratégico**”. 4. ed. Portugal: Macgrow Hill, 2000, p.546.

<sup>33</sup> LAMBIN, Op cit., 2000, p.546.

<sup>34</sup> PACHE, G. Op cit., p.175-188. [Tradução nossa]

<sup>35</sup> Ibid., p.175-188.

distribuidor”, deve-se mencionar que esta ação abarca diversas atitudes, percepções e preferências perante as compras<sup>36</sup>.

A aceitação das marcas do distribuidor é um fator de extrema importância. É essencial que estas marcas demonstrem as suas qualidades de forma pertinente e clara, tornando evidente para o consumidor que está a fazer uma boa aquisição. Estas marcas têm de mostrar que são superiores às restantes para continuarem a vingar no mercado<sup>37</sup>.

Os produtos de marca do distribuidor apresentam, por vezes, resultados menos positivos em algumas categorias. Este fato deve-se aos grandes investimentos em *marketing*, realizados por parte dos fabricantes, para as quais se consegue uma valorização superior. Em determinados países, as marcas de distribuidor ainda não estão totalmente posicionadas na mente dos consumidores. Verifica-se que ainda se acredita muito nos nomes das marcas por motivos como aspiração, por produtos de marca ou sofisticação dos consumidores. Criou-se o estigma de que as marcas dos fabricantes são de melhor qualidade. Por estes motivos, os consumidores sentem-se mais confiantes ao adquirirem produtos do fabricante<sup>38</sup>.

A preocupação final do retalhista é garantir que as suas marcas sejam um sucesso. Contudo, a mensagem presente na mente dos consumidores relativamente à qualidade das marcas de distribuidor dificulta, muitas vezes, o alcance deste sucesso. Este é um dos rótulos negativos que coloca travão à evolução e ao crescimento das marcas de distribuidor. No entanto, e embora as marcas de distribuidor sejam vistas por muitos consumidores como marcas de qualidade reduzida, também se constata que muitos consumidores as consideram semelhantes às marcas de fabricante, na sua qualidade<sup>39</sup>.

Na escolha de uma marca qualquer ou produto existem sempre considerações a fazer para que se tome a melhor decisão. Alguns dos fatores mais valorizados nas compras são mencionados pelos autores<sup>40</sup>: conhecimento das características dos produtos; interesse de que existam marcas de distribuidor no local habitual de compra, aproveitamento do tempo e do

---

<sup>36</sup> MANDHAACHIATARA R., SHANNON R., Hadjiaharlanbaus, “Why private label grocery brands have not succeeded.” In: Asia”, **Journal of Global Marketing**, p.71-81, 2007. [Tradução nossa]

<sup>37</sup> CARDOSO, A.; ALVES, P. “A atitude dos consumidores relativamente à marca dos distribuidores”. **Revista da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais**, UFP, n.5, p.38-55, 2008.

<sup>38</sup> Ibid., p.38-55.

<sup>39</sup> PEREIRA, Inês. “Marcas de supermercado”. **Revista de Administração de empresas (RAE)**, n.41, p.16-27, 2001.

<sup>40</sup> CARDOSO A.; ALVES P. Op cit., p.38-55.



dinheiro, para fazer uma melhor compra; confirmação do preço dos produtos, para comprar de melhor forma.

## 2.5 A aceitação das marcas do distribuidor

No que concerne à aceitação das marcas do distribuidor por parte dos consumidores, é essencial que estas marcas demonstrem as suas qualidades aos compradores, que os façam perceber que ao comprarem-nas estão fazendo uma boa aquisição. As marcas do distribuidor têm que mostrar que são superiores às restantes marcas<sup>41</sup>.

Contudo, há que combater os mecanismos de defesa que os consumidores construíram. Os consumidores analisam uma série de itens antes de compararem um produto, tais como: qualidade, preço, *design* e marca. Na verdade, a marca tem um peso considerável na tomada de decisão, pois transmite certa confiança para o consumidor.

A preferência pelas marcas do fabricante deve-se também à imagem percebida dos consumidores. Ou seja, criou-se o estigma de que as marcas dos fabricantes são de melhor qualidade que as marcas do distribuidor, e as publicidades existentes evidenciam mais essas propriedades, desta forma, os consumidores sentem-se mais confiantes ao comprarem produtos de marcas do fabricante. A preocupação dos retalhistas é garantir o sucesso das suas marcas, contudo, a ideia presente na mente dos consumidores relativamente à qualidade das marcas do distribuidor dificulta o alcance desse sucesso. Assim como um rótulo negativo atribuído à qualidade dos produtos das marcas do distribuidor impede o crescimento dos produtos dessas marcas<sup>42</sup>.

A publicidade é vista como um forte instrumento de combate às marcas de distribuidor, por parte das marcas de fabricante<sup>43</sup>. Embora as marcas do distribuidor ainda sejam vistas por muitos consumidores como marcas de qualidade reduzida, é curioso constatar que existem também muitos consumidores que consideram que estas marcas do fabricante são semelhantes na sua qualidade<sup>44</sup>. Isto demonstra que cada vez mais as pessoas acolhem as marcas do distribuidor.

---

<sup>41</sup> CARDOSO, A.; ALVES, P. Op cit., p. 38-55.

<sup>42</sup> Ibid., p.38-55.

<sup>43</sup> Ibid., Op cit., p.38-55.

<sup>44</sup> PEREIRA, Inês Op cit., p.16-27.

Em estudo realizado<sup>45</sup>, verifica-se que os consumidores têm plena noção das fraquezas das marcas de distribuidor. O seu estudo revela que os consumidores percebem que as marcas de distribuidor têm elevado volume de vendas, contudo não são marcas inovadoras e, por isso, conseguem diferenciar-se das restantes marcas do mercado. No mesmo estudo pode-se verificar que os produtos de marca de distribuidor têm apoio promocional reduzido, e as embalagens são fracas em termo de *design*.

As marcas do fabricante, por terem bastante publicidade, são combatidas pelas marcas de distribuidor, através do preço. Como fator de elevada importância é mencionada a imagem da loja: ambiente físico, *merchandising* e serviço prestado. Esta imagem atua também como indicador de qualidade da marca e fideliza os clientes<sup>46</sup>.

Com o evoluir dos mercados, o crescimento das marcas de distribuidor torna-se exponencial. Os artigos de distribuidor, que inicialmente não possuíam qualquer publicidade, sofreram grandes alterações e transformaram a base estrutural de relações entre industriais e distribuidores. Para que os consumidores deixassem de olhar para as marcas de distribuidor como apenas uma opção de baixo preço, entraram em jogo os profissionais da comunicação. Estes profissionais têm como função criar e manter a melhor imagem possível para a marca para a qual trabalham. Esta alteração surgiu por volta dos anos 80<sup>47</sup>. Nesta altura, as marcas de distribuidor iniciaram uma aproximação à marca de fabricante, colocando de lado o posicionamento inicial no qual o preço era a pedra basilar.

Uma das grandes vantagens do desenvolvimento das marcas de distribuidor é o fato de otimizarem a divulgação das insígnias às quais pertencem.

Os clientes que se tornam fiéis a um operador mais facilmente se tornam fiéis aos seus produtos. Obviamente, ao assumir a imagem do próprio distribuidor permite também uma fácil diferenciação entre as diversas cadeias de distribuição<sup>48</sup>. Deste modo, os produtos de distribuidor começaram a ser vistos como elemento de fidelização do consumidor, existindo, por isso, cada vez mais a necessidade de criar elementos de diferenciação.

---

<sup>45</sup> PEREIRA, Inês Op cit., p.16-27.

<sup>46</sup> CARDOSO, A.; ALVES, P. Op cit., p.38-55.

<sup>47</sup> CASTELO, J.; BATISTA, P. “Considerações teóricas sobre a marca: origens, conceitos, vantagens e desvantagens”. **Revista científica ciências administrativas**, Fortaleza, v.11, n. especial, p.74-84, 2005.

<sup>48</sup> MENDEZ, L.; LINDON P., “Processo de decisão de compra e estratégia de publicidade”. **Revista de administração**, v.8, p.1-13, 2008.

## 2.6 Função distintiva da marca do distribuidor

Conforme analisado anteriormente, a marca possui algumas funções que lhe são inerentes. Entretanto, o foco do estudo em questão será a função distintiva da marca do distribuidor, pois a função publicitária e a de procedência são colocadas em posição de importância inferior em relação à função distintiva, vez que o que importa na marca do distribuidor é a individualização da marca perante os consumidores e não a publicidade do produto ou a sua origem, o que lhe permite o menor preço, tendo em vista a economia de investimentos das demais funções.

Importante frisar, que a marca do distribuidor é uma verdadeira marca, pois atualmente é massiva a publicidade e apelo ao público de suas qualidades intrínsecas ou preço combativo, ou qualquer outro galanteio proveniente de *merchandising*, para pescar o consumidor<sup>49</sup>.

A marca do distribuidor *lato sensu* é composta de três figuras: produtos genéricos (também conhecidos como marca branca), produtos marca da loja (marca do distribuidor *stricto sensu*) e produtos de marca privada, que serão analisados pela ótica da função distintiva da marca<sup>50</sup>.

Segundo Simões<sup>51</sup>: “os produtos genéricos não constituem verdadeira marcas, não fazendo por isso sentido procurar a verdadeira função da marca num produto que não ostenta esse sinal. Em termos jurídicos os produtos sem marca não passam de nomes comerciais que não chegam a ser nomes de marca. De fato, o Instituto Nacional da Propriedade Industrial recusou o registro de nomes de marca como “produtos sem marca” uma vez que uma marca só existe se for registrada”.

Os termos “produto genérico” e “marca branca” não são sinônimos. Enquanto marca branca passa a ideia de um produto sem grande *marketing*, apostando no preço reduzido. Tais produtos, aparecem sem qualquer logotipo ou marca, sendo a embalagem a única referência à categoria do produto. São, em rigor, “produtos desmarcados” (*unbranded products*). Já os

---

<sup>49</sup> Expressão utilizada em aula pelo Professor doutor SERENS, M. Nogueira e referida em sua obra já citada. p.1204-1207.

<sup>50</sup> SIMÕES, Fernando Dias. **Marca do distribuidor e responsabilidade por produtos**. Coimbra: Almedina, 2009, p.193.

<sup>51</sup> *Ibid.*, p.193.

genéricos<sup>52</sup> são os produtos que são rotulados de forma simples, apenas com o nome do produto, como arroz, bateria, cola. Não há a presença de uma marca, mas a indicação genérica da sua natureza. O conceito “marca de loja” (ou de marca do distribuidor *strictu sensu*) é aquele em que os produtos recebem o nome do retalhista, do distribuidor ou do estabelecimento. Acontece a transferência da fidelidade do público do estabelecimento para os produtos, já que a marca adota o mesmo nome. Os produtos de marca privada passam a ideia de que esta pertence ao distribuidor, ou seja, é privativa do seu estabelecimento.

Ao atribuir ao titular da marca o direito de uso exclusivo para identificar os seus produtos (ou serviços) na atividade econômica, diligenciou-se para distinguir os diversos produtos apresentados no mercado pelos diversos empresários, bem como permitir ao consumidor a identificação do produtor e a subsequente escolha do bem desejado.

Os produtos vendidos na rede Continente de Supermercados é um exemplo de legítima marca do distribuidor *stricto sensu*, isto é, a “marca” dos produtos é Continente e se confunde com o nome do estabelecimento comercial.

Fernando Dias Simões<sup>53</sup> adota o conceito de “marca privada” ao invés de “marca própria” uma vez que, como é óbvio, todas as marcas são próprias, pertencem aos seus titulares, aos seus proprietários, sejam eles retalhistas ou fabricantes. É aquela que é vendida no estabelecimento do distribuidor sob uma marca que não se confunde com o nome da loja.

Na marca que possui nome independente da loja, o comerciante permanece como proprietário da marca e procura divulgá-la por meio de uma imagem forte, capaz de produzir concorrência com as outras marcas, conseguindo ganhar a preferência do consumidor sem manter a relação de imagem produzida pela loja. Desta forma, a marca se apresenta no mercado sem ligação com a loja do comerciante, ou seja, como uma marca qualquer no mercado. Entretanto, por não possuir tal proximidade com o nome da loja, faz necessário que se transmita uma imagem acessível e direta, cumprindo com a razão de existência desta. Importante salientar, que possua graus de qualidade e de prioridade específicos em longo

---

<sup>52</sup> SIMÕES, Fernando Dias, op cit., 2009, p.172-173, informa que não se pode confundir genéricos com medicamentos genéricos. O primeiro é compreendido como produto que é identificado de forma direta e clara, com base no gênero deste, daí o termo “genérico”. Já o medicamento genérico é produto elaborado com componente igual no que tange a qualidade e quantidade de um produto de marca, é assim um produto similar ou cópia.

<sup>53</sup> SIMÕES, Fernando Dias, op cit., p.173-174.

prazo, permitindo assim que os consumidores se sintam interessados em continuar adquirindo-a.

Por vezes, o mesmo comerciante cria duas marcas privadas com nomes independentes da loja, segmentando assim o mercado e permitindo uma ideia de concorrência no consumidor, a qual, na realidade, não existe. Toma-se como exemplo, a marca Aro, da distribuidora Makro, e as marcas Polegar e Auchan, da distribuidora Jumbo.

No mercado atual não se pode enfatizar uma ligação entre a marca e a empresa porque o consumidor desconhece a identidade da empresa titular da marca<sup>54</sup>. Com o crescimento da produção industrial e com todas as inovações tecnológicas dos últimos séculos, assistiu-se a um progressivo afastamento entre o produtor e o consumidor, sendo aquele uma entidade desconhecida para este.

Neste sentido, notável que o titular da marca não precisa mais ser o mesmo a produzir os produtos que levam a sua marca, ou seja, pode contratar empresa para a produção, que seguirá os parâmetros preestabelecidos e que, ao final, resultará no produto com a marca do comerciante, sem qualquer indicação do real produtor. Assim, o consumidor desconhece a origem do produto adquirido, tendo apenas como base a figura do comerciante, na qual confia no momento da escolha. É neste campo que se apresenta a responsabilidade do produtor.

Considerando as figuras nas quais a marca do distribuidor pode ser desagregada, relevante observar a função distintiva em cada uma delas.

No que se refere aos produtos genéricos, estes não são aptos a constituir uma marca, pois não ostentam nenhum tipo de sinal. No mundo jurídico, os produtos sem marca são, na verdade, nomes comerciais que não chegam a ser nomes de marcas, não sendo aptos a serem registrados<sup>55</sup>. Logo, não se observa a função distintiva nesta modalidade.

---

<sup>54</sup> PINTO COELHO sustenta que “o público sabe apenas que a marca corresponde a um produto com certas qualidades, e prefere-o ou escolhe-o através da marca, que lhe dá garantias dessas qualidades, sem pensar na empresa que o produz ou o lança no mercado.” (O problema da protecção da Marca quando usada por terceiros para produtos não identificados nem similares, BFDC, Coimbra Editora, Coimbra, 1955, p.18). Também do direito comparado podemos encontrar posições similares, nomeadamente no Direito Americano;

<sup>55</sup> CARVALHO, Américo da Silva. **Concepção jurídica de uma marca nova?**. In AA. VV., estudos em homenagem ao Prof. Doutor Raul Ventura, v.2, Lisboa, 2003, p.127.

No que se refere aos produtos com marca independente da loja, que sustentam nome diverso do distribuidor, retalhista ou grossista, a relação é diferenciada, tendo em vista que a sua posição no mercado ocorre semelhante às marcas do fabricante. Sendo assim, a função distintiva não indica para o fabricante do produto, já que esta não é dever do comerciante, isto é, não cria necessidade de indicar ou pistas aos clientes do proprietário ou criador de determinada marca<sup>56</sup>. Mas indica a função qualidade e garantia em relação ao titular da marca.

Por fim, cabe analisar os produtos de marca da loja, que ostentam o nome do retalhista, do distribuidor ou do estabelecimento. Conforme Simões<sup>57</sup>, a função distintiva dos produtos de marca da loja não foi, ainda, alvo de nenhum tipo de análise jurídica, seja doutrinária ou jurisprudencial, em que pese a maciça doutrina de *marketing*, publicidade e administração a respeito.

Contudo, a marca deve sempre demonstrar para os consumidores que seus produtos são de origem de uma empresa única, ou de empresa sucessiva que possua características contínuas com a primeira, ou também que tenha ligação hodierna na esfera contratual e econômica. Ocorre, que mesmo que o titular da marca não seja o produtor, deve garantir que os produtos possuam uma origem pessoal, ou seja, que sejam alvo de controle decorrente do comerciante no momento da fabricação, por meio dos contratos celebrados entre este e o fabricante, vez que além de gerir a produção, cabe também àquela figura, atrair a responsabilidade pelos produtos colocados à disposição dos consumidores<sup>58</sup>.

Por conseguinte, a marca do distribuidor não contraria a função distintiva, já que os produtos dessa marca são fabricados através da delegação de funções pelo titular da marca. Desta feita, no momento da aquisição, por mais que não se saiba a origem real do fabricante, tem-se a credibilidade na imagem do comerciante, ou na empresa que se identifica na marca. Assim afirma Simões:<sup>59</sup> “A função principal da marca é a de informar acerca da origem empresarial do produto ou serviço, o que não implica necessariamente a identificação da firma ou denominação da empresa que o fornece ou produz”. Compreende-se como a forma mais atual de marca face à sua multiplicidade de atuação.

---

<sup>56</sup> SIMÕES, Fernando Dias. **Marca do distribuidor e responsabilidade por produtos**. Coimbra: Almedina, 2009, p.194.

<sup>57</sup> Ibid., p.194.

<sup>58</sup> Ibid., p.180-197.

<sup>59</sup> Ibid., p.185.

Neste contexto, possível entender a relevância da marca do distribuidor para o mercado no decorrer dos anos, face ao crescimento célere de simples tentativa dos distribuidores em se proteger da atuação coercitiva dos fabricantes, até se transformar em forma complexa de concorrência atual.

### 3 PARTE INTEGRANTE DO ESTUDO DA MARCA DO DISTRIBUIDOR

#### 3.1 O fabricante como produtor da marca do distribuidor

Uma das perguntas mais frequentes acerca da marca do distribuidor é a sua origem, vez que há nítida ausência, na maioria das vezes, de condições físicas, administrativas, e/ou até mesmo financeira desta. Acontece, reiteradas vezes, que empresas comerciantes, procurando colocar no mercado produto/serviço de variados tipos, com marca própria, busquem formas de concretizar tal pretensão. Neste contexto, acabou por surgir a figura do fabricante, como meio apto para que o comerciante conquistasse sua marca. Essa relação hodiernamente é fundamentada por meio de contrato, que garante a interferência do comerciante na fase produtiva.<sup>1</sup>

Inicialmente pode-se indicar o lucro obtido pelos fabricantes na produção da marca do distribuidor como relevante ponto de debate, tendo em vista a sua margem ser reduzida. Contudo, os fabricantes aduzem que os comerciantes administram o lucro conquistado pelas marcas destes, e que ainda abarrotam o mercado com novos produtos. Em defesa, contestam os comerciantes, que não há qualquer tipo de coação dirigida aos fabricantes em relação à produção de sua marca, mas o livre arbítrio para o contrato que, na verdade, em alguns casos, é a fonte de maior lucratividade de alguns fabricantes, acarretada porque não são detentores de marcas próprias ou por terem perdido posição no mercado<sup>2</sup>.

Cita-se como ponto de repetidos conflitos, a maneira de como ficam os produtos no estabelecimento comercial. É lógico que o comerciante possui vantagem neste quesito, pois estabelece, conforme sua livre vontade, o local de depósito dos bens. Acontece, contudo, que o comerciante age com o foco tão somente da divulgação de suas marcas, esquecendo-se das marcas dos fabricantes, as quais ficam dispostas em lugares de reduzida e até mesmo de difícil visibilidade. Esta situação é considerada como “guerra das prateleiras”<sup>3</sup> e se torna mais

---

<sup>1</sup> SIMÕES, Fernando Dias. **Marca do distribuidor e responsabilidade por produtos**. Coimbra: Almedina, 2009, p.199-206.

<sup>2</sup> ABREU, Pedro Miguel Cerqueira de. **A marca do distribuidor como fator estratégico na grande distribuição**. Mestrado apresentado em Gestão e Estratégia Industrial da Universidade Técnica de Lisboa. Lisboa. 2006, p.75-76.

<sup>3</sup> Ibid., p.76.



forte no caso de hipermercados, onde é permitida uma separação desigual entre as marcas do fabricante e do comerciante, bem como a divulgação de promoções juntamente com as indicadas pelas marcas do fabricante, além de outras formas de controle.

Desta situação duas consequências são nitidamente extraídas, a primeira em relação ao conflito direto com o fabricante, que pretende ter o seu produto bem distribuído, e a segunda, de uma forma forçada de uma escolha falseada para o consumidor.

A relação fabricante versus comerciante acaba sendo prejudicada, sempre que este, se aproveitando de sua posição, prejudica a divulgação dos produtos daquele. É fato que o comerciante também precisa das marcas do fabricante a fim de que o seu comércio seja procurado pelos consumidores. Em relação aos consumidores e a sua livre escolha de aquisição, notório que a atitude do comerciante influencia de forma contundente a escolha final, tendo em vista que há uma colocação dos produtos nas prateleiras de forma a induzir o consumidor para um determinado tipo de marca, e o mesmo não procura marca específica, lógico, que aceitará o que lhe é direcionado, seja em função da vida moderna e da falta de tempo para análise do que deve ser adquirido ou da falta de informação de outras marcas. Nesse contexto, o consumidor acaba sendo manipulado, assim a livre escolha é uma fantasia.

Outro ponto que merece análise mais aprofundada é em relação à publicidade da qual os fabricantes se beneficiam através dos investimentos em *marketing* por parte dos comerciantes, considerado estabelecimento que visa atingir concorrentes. Esta divulgação acarreta uma melhor aquisição pelos consumidores dos produtos da marca do fabricante. Considerando, desta forma, que o fabricante entende favorável uma maior publicidade, decorrente de um investimento menor por este, se autoriza que os produtos sejam recebidos pelo comerciante com descontos, demonstrando com isso uma relação mais segura entre comerciante – fabricante, com fundamento na cooperação<sup>4</sup>. Nesse contexto, conforme se apresentar a publicidade e os benefícios consequentes para o fabricante, maiores podem ser os descontos e outras vantagens para o comerciante.

Em sentido análogo, os fabricantes, para que os seus produtos possam ser recepcionados pelo público, necessitam investir na publicidade e na promoção de vendas. Em relação à primeira forma, esta não se apresenta como grande obstáculo, ao contrário, a publicidade possibilita a divulgação do produto e, conseqüentemente, o local onde pode ser encontrado

---

<sup>4</sup> ABREU, Pedro, op cit., p.76.

pelo público. Acontece que é mais favorável para o comerciante que a promoção seja anunciada em seu estabelecimento, já que permite uma maior circulação de consumidores, e ainda autoriza o comerciante a fazer concorrência às suas marcas próprias, por meio de promoções e outras formas, chegando até mesmo a se favorecer da publicidade que objetiva informar os consumidores sobre marca de outrem<sup>5</sup>.

Assim, nota-se que a publicidade pode ser utilizada de forma reflexa por parte que não efetivamente investiu neste instrumento, mas que se encontra de forma bem individualizada no campo de atuação correspondente, seja na fabricação ou na comercialização do produto/serviço.

Finalmente, importante apontar um assunto que vem ganhando respaldo, qual seja, a subversão da ideia da marca no que tange ao fabricante que produz sua marca e é o responsável, simultaneamente, pela criação da marca do distribuidor. Incontestável que a função principal da marca é diferenciar os diferentes, ou seja, individualizar os produtos colocados no mercado quanto à origem e ao controle empresarial, garantindo assim segurança dos consumidores em conhecer a procedência da marca adquirida.

Contudo, com a configuração moderna da relação entre fabricante e comerciante, na qual aquele produz as marcas deste, ao mesmo tempo em que também fabrica suas próprias marcas, a função desta pode ser alterada, pois a origem passa a ser a mesma entre as marcas que deveriam ser diversas. Logo, a marca passa a diferenciar os idênticos<sup>6</sup>, função esta não englobada pelo conceito tão discutido ao longo dos anos pelos mais reconhecidos doutrinadores, vez a sua total inadequação.

Neste contexto, importante frisar a possibilidade de garantir que a marca do distribuidor, mesmo quando produzida por fabricante, seja entendida como marca diferente desta. Fala-se,

---

<sup>5</sup> ABREU, Pedro, op cit., p.76-77.

<sup>6</sup> Conforme entendimento do Prof. Doutor Nogueira Serens, que nas aulas referentes ao tema, indicou com veemência e forma brilhante, a necessidade de se repensar a ideia principal das marcas no caso do fabricante que produz marca privada e ainda marca do comerciante. Indicou como exemplo dois ovos que são originários de uma mesma galinha e que ao serem marcados com símbolos diversos (X e Y), nada mais são do que o mesmo produto, ou seja, estará se diferenciando os iguais, pois a origem é a mesma. Já se são duas galinha e cada ovo correspondente for marcado com os símbolos (Xe Y), notório que se estará diante de produtos diferentes. Perceptível assim, que somente no segundo exemplo é possível verificar o respeito à função da marca. Logo, hodiernamente, afirma o nobre doutrinador, se subverte a ideia primordial da marca de diferenciação e individualização do produto/serviço colocado à disposição dos consumidores, quando o fabricante é o responsável único pela produção própria e de linha assinada por comerciante.

assim, do contrato que comanda a ligação comerciante-fabricante, a qual, na maioria das vezes, estabelece o direito de interferência do comerciante na produção, autorizando o controle e supervisão em todas as fases. A referida característica poderia suprir a função da marca quanto ao controle empresarial, passando assim a ser diferente da marca do fabricante, mesmo que a origem permaneça inalterada. Caso contrário, a marca do distribuidor será sempre entendida como igual à marca do fabricante, o que não é uma verdade afirmada em todos os parâmetros<sup>7</sup>.

Contudo, percebe-se que a relação fabricante-comerciante possui alguns pontos peculiares que podem causar conflitos e até mesmo enfraquecer a ligação. Todavia, deve ser atingido certo controle entre os benefícios conquistados e os prejuízos respondidos por cada uma das partes, a fim de que se mantenha sadia a afinidade natural das duas figuras, fundamentais para o andamento sadio do mercado.

### 3.2 Concorrência desleal

A concorrência desleal ocorre no plano concreto a partir do momento em que o empresário se utiliza de práticas ilícitas para angariar clientela, prejudicando seus concorrentes, sendo que para sua configuração pouco importam os resultados obtidos com a deslealdade, e sim os meios que foram empregados para a consecução do fim da atividade empresarial que é, além dos lucros, os clientes.

O artigo 317.º, do Código da Propriedade Industrial, prevê sobre concorrência desleal: “Constitui ato de concorrência desleal qualquer ato de concorrência contrário às normas e usos honestos de qualquer ramo de atividade econômica.”

Obedecendo ao conceito geral, existe uma enumeração de caráter exemplificativo nas alíneas “a” e “f” e no artigo 318º<sup>8</sup>. Neste sentido, a fim de se obter um esclarecimento mais

---

<sup>7</sup> ABREU, Pedro, Op cit., p.77.

<sup>8</sup> Art. 317º a) Os atos suscetíveis de criar confusão com a empresa, o estabelecimento, os produtos ou os serviços dos concorrentes, qualquer que seja o meu empregue ; b) As falsas afirmações feitas no exercício de uma atividade econômica, com o fim de desacreditar os concorrentes; c) As invocações ou referências não autorizadas feitas com o fim de beneficiar do crédito ou da reputação de um nome, estabelecimento ou marca alheios; d) As falsas indicações de crédito ou reputação próprios , respeitantes ao capital ou situação financeira da empresa ou estabelecimento, à natureza ou âmbito das suas atividades e negócios e à qualidade ou quantidade da clientela; e) As falsas descrições ou indicações sobre a natureza, qualidade ou utilidade dos produtos ou serviços, bem como as falsas indicações de proveniência, de localidade, região ou território, de fábrica, oficina, propriedade ou estabelecimento, seja qual for o modo adaptado; f) A supressão, ocultação ou alteração, por parte do vendedor ou de qualquer intermediário, da denominação de origem ou identificação geográfica dos produtos

profundo do preceito legal, faz-se necessário analisar os requisitos que formam o conceito de concorrência desleal.

O elemento primordial da concorrência é alcançar a clientela em detrimento dos demais competidores que exploram o mesmo tipo de mercado. O objetivo imediato do empresário em competição é simplesmente o de cativar consumidores, através de recursos (publicidade, melhoria de qualidade, redução do preço, etc.) que os motivem a direcionar suas opções no sentido de adquirirem o produto ou serviço que ele fornece, e não outro empresário.

O efeito necessário da competição é a indissociação entre o benefício de uma empresa e o prejuízo de outra, ou outras. Na concorrência, os empresários objetivam, de modo claro e indisfarçado, infligir perdas a seus concorrentes, porque é assim que poderão obter ganhos<sup>9</sup>.

Nesse ínterim, torna-se complicada a diferenciação entre a concorrência leal da concorrência desleal, pois as duas têm em comum a sua finalidade, vez que pretendem angariar os clientes alheios. Logo, a concorrência por si só não é capaz de tornar o ato ilegal, devendo restar demonstrada a má intenção do competidor que objetiva desviar a clientela, utilizando meios artificiosos.

[...] não é simples diferenciar-se a concorrência leal da desleal. Em ambas, o empresário tem o intuito de prejudicar concorrentes, retirando-lhes, total ou parcialmente, fatias do mercado que haviam conquistado. A intencionalidade de causar dano a outro empresário é elemento presente tanto na concorrência lícita como na ilícita. Nos efeitos produzidos, a alteração nas opções dos consumidores, também identificam a concorrência leal e a desleal. São os meios empregados para a realização dessa finalidade que as distinguem. Há meios idôneos e inidôneos de ganhar consumidores, em detrimento dos concorrentes. Será, assim, pela análise dos recursos utilizados pelo empresário, que se poderá identificar a deslealdade competitiva<sup>10</sup>.

Nesta análise pode-se estabelecer que o ato será considerado desleal não pelo resultado alcançado por ele, porém pelo meio que foi empregado para alcançar o fim maior da atividade comercial, que são os clientes, ou seja, se dentro das práticas concorrenciais o competidor

---

ou da marca registrada do produtor ou fabricante, em produtos destinados à venda e que não tenham sofrido modificação no seu acondicionamento;

Art. 318º: Nos termos do artigo anterior, constitui ato ilícito, nomeadamente, a divulgação, a aquisição ou a utilização de segredos de negócios de um concorrente, sem o consentimento do mesmo, desde que essas informações: a) sejam secretas, no sentido de não serem geralmente conhecidas ou facilmente acessíveis, na sua globalidade ou na configuração e ligação exatas dos seus elementos constitutivos, para pessoas dos círculos que lidam normalmente com o tipo de informações em questão; b) Tenham valor comercial pelo fato de serem secretas; c) Tenham sido objeto de diligências consideráveis, atendendo às circunstâncias, por parte da pessoa que detém legalmente o controle das informações, no sentido de as manter secretas.

<sup>9</sup> ULHÔA, Fábio. **Curso de Direito Comercial**. 12. ed. v.1. São Paulo: Saraiva, 2008, p.190.

<sup>10</sup> ULHÔA, Fábio Op cit., 2008, p.191.

utilizou-se de má-fé, veiculou publicidade negativa do concorrente, utilizou indevidamente as criações intelectuais ou algum outro elemento constitutivo do aviamento, entre outros.

No entendimento de Pedro Sousa e Silva<sup>11</sup>, o ato de concorrência pode ser compreendido como um ato possível de gerar posições vantajosas no mercado, em decorrência da clientela conquistada. O referido ato pode ser lícito ou não, desde que permita um reforço de clientes para o autor dele.

Existe a concorrência perfeita quando os concorrentes exercem suas atividades de modo efetivo e atual na produção ou comercialização de bens idênticos, no mesmo território e com simultaneidade, mas com respeito à individualização dos produtos. Contudo, outras formas de concorrência podem se manifestar, como o atendimento de necessidades diferentes direcionadas a um mesmo público, quando o produto ou serviço oferecido pertence ao mesmo setor de mercado, e ainda quando não existe coincidência de produto e de setor de mercado, o que se observa hodiernamente em um mercado mais complexo, grande e dinâmico<sup>12</sup>.

Tanto na esfera do Direito Internacional quanto na lei interna, a concorrência tem merecido atenção específica como fundamento da propriedade intelectual. Assim, não é a lei que define os limites da concorrência, mas as práticas, localizadas no tempo, no lugar e no mercado específico, dos demais concorrentes, que irão precisar o que é lícito ou ilícito. Quando cada concorrente entra num mercado específico, encontra aí certos padrões de concorrência, mais ou menos agressivos, que definirão sua margem de risco. Embora tais padrões possam alterar-se com o tempo, ou conforme o lugar, há padrões esperados e padrões inaceitáveis de concorrência. Dentro de tais padrões, pode-se formular uma expectativa razoável de receita futura. O direito tutela tal expectativa, mesmo que inexistam patentes, registro de marcas, ou obra literária ou estética protegida.

Na tutela da concorrência desleal não se protege a *universitas rerum* do estabelecimento, nem a ideia organizativa da empresa como se fossem propriedades ou quase propriedades, mas exatamente a expectativa razoável de um padrão de competição.

---

<sup>11</sup> SILVA, Pedro Sousa. **Direito Industrial: noções fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 2011, p.121-125.

<sup>12</sup> OLAVO, Carlos. **“Propriedade Industrial”**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2005, p.259-260. Afirma que a concorrência existe entre todas as atividades de cunho econômico, basta para isso que se demonstre a intenção de conquistar clientela. Em sentido contrário SILVA, Pedro, ob. cit., p.325-326 defende que apenas ocorrerá concorrência quando existir afinidade de produtos ou atividades.

O que venha a ser lealdade ou deslealdade na concorrência resulta da conformidade ou não do comportamento do competidor ao padrão esperado. Assim, não se apura só o dolo do competidor – especialmente no caso de um crime de concorrência desleal – mas a existência de deslealdade.

Para que se configure deslealdade na concorrência o parâmetro não é legal, mas fático. É preciso que os atos de concorrência sejam contrários aos “usos honestos em matéria industrial ou comercial” (Convenção de Paris, artigo 10bis) ou às “práticas comerciais honestas” (TRIPs<sup>13</sup>, art. 39) – sempre apurados segundo o contexto fático de básicos para o que seja, em princípio, desleal, mas em cada caso a ponderação do ilícito será feita contextualmente.

O parâmetro legal, assim, é a expectativa objetiva de um *standard* de competição num mercado determinado, o qual fixa o risco esperado de fricção concorrencial.

Entende-se por concorrência desleal todos os atos de concorrência contrários às normas e usos honestos de qualquer ramo de atividade econômica, cujo objetivo essencial consiste no desvio de clientela. Esses atos constituem, pois, em comportamentos eticamente reprováveis, na medida em que violam normas de lealdade, honestidade e bons usos comerciais, suscetíveis de prejudicarem as legítimas expectativas dos agentes econômicos que atuam no mercado.

Nesse contexto, o legislador não indicou ao intérprete as cláusulas gerais do direito, bons costumes e boa-fé, mas preferiu como limite das relações o respeito às normas e aos usos sobre o ato da concorrência, sendo ambos norteados pela honestidade<sup>14</sup>.

E ainda como requisito incluído pela doutrina e jurisprudência para a caracterização da concorrência desleal, é o dolo na aplicação do artigo 331º, do Código de Propriedade Industrial<sup>15</sup>, do sujeito ativo do ato desleal. A falta de previsão legal que determine ser a culpa o requisito de punição do agente, produz a verificação do dolo genérico. Consequentemente, necessário fazer provar que o agente encontrava-se livre, consciente e sem qualquer tipo de

---

<sup>13</sup> TRADE RELATED ASPECTS OF INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS

<sup>14</sup> Conforme OLAVO, Carlos Op cit., 2005, p.266, existe referência direta a conceito ético no artigo 317º, quando trata da honestidade nas relações de concorrência. Assim, se objetiva uma consciência ética do comércio médio.

<sup>15</sup> Artigo 331º. É punido com coima de 3.000 euros a 30.000 euros, caso se trate de pessoa coletiva, e de 750 euros a 7.500 euros, caso se trate de pessoa singular, quem praticar qualquer dos atos de concorrência desleal definidos nos artigos 317º e 318º.

coerção no momento da realização do ato, para que este possa ser entendido como válido na produção de seus efeitos.

Em relação à marca do distribuidor, como é um tipo de marca que não se utiliza da publicidade para se expandir, o valor que seria dispendido nesse ramo permite que o preço final seja mais competitivo. Tamaña característica pode se apresentar de formas diversas, dentre elas se observa a escolha do comerciante em produzir cópia da marca líder, objetivando a associação por meio do consumidor quanto à qualidade do produto colocado no mercado. Tal situação pode acarretar uma compreensão caracterizada como concorrência desleal, pois poderá confundir o público.

Contudo, possível entender que dependendo da relação entre o fabricante e o comerciante, quando o assunto é marca, a existência ou não de concorrência desleal será verificada no caso concreto, mormente por não existir um rol taxativo de hipóteses que dão ensejo à caracterização do instituto, devendo ser analisado casuisticamente se houve o preenchimento dos pressupostos acima elucidados.

### *3.2.1 Imitação e contrafação de marca*

Parafraseando PINTO COELHO<sup>16</sup> pode-se afirmar que a usurpação consiste no uso indevido da marca por parte de um empresário que não tenha legitimidade para usá-la, seja através de uma imitação ou de uma contrafação: a imitação traduz-se na criação de uma marca nova, portanto diferente da anteriormente registrada, mas sendo uma reprodução mais ou menos exata desta, que lavará, por esse motivo, o consumidor a erro de tratar-se daquela; contudo, imitar uma marca não pressupõe uma cópia integral, mas sim uma enorme semelhança com a marca registrada;<sup>17</sup> por seu turno, por contrafação deve-se entender a simples reprodução da marca para os mesmos produtos ou serviços.

É no que concerne à imitação da marca que avultam as maiores dificuldades. Para dissecar a questão, é necessário interpretar o texto legal, mais concretamente, importa

---

<sup>16</sup> COELHO, J. G. PINTO. Lições de Direito Comercial. v.1, 3. ed. Revista, **Lisboa**, Cento tipográfico Colonial, 1957, p.24.

<sup>17</sup> Concordamos com PINTO COELHO quando sustenta ser a imitação a mais rigorosa das fraudes, porquanto o imitador pretende apropriar-se da notoriedade da marca imitada, mas, para se defender, não a reproduz, limitando-se a conceber uma confundível. (Lições de Direito Comercial, cit. pp. 369 e ss.).

compreender o conceito de afinidade de produtos e serviços. A determinação exata do sentido divide a melhor doutrina.

O critério formalista sustenta que seriam afins os produtos que pertencem à mesma classe da Classificação Internacional de Produtos e Serviços, adotada pela Convenção de Nice. A adoção desse critério conduzia a soluções absurdas de qualificar como produtos afins, alguns que não apresentam a mínima similitude, tais como produtos medicinais e desinfetantes, garfos e máquinas de barbear ou açúcar e vinagre.<sup>18</sup>

Outro critério oferecido pela doutrina iguala a existência de afinidade entre produtos e serviços, aludindo aos seus canais de distribuição.<sup>19</sup>

Outros sustentam que só deverão considerar-se afins os produtos que denotem um grau de semelhança ou proximidade suficiente para permitir uma procura conjunta, para satisfação de idênticas necessidades dos consumidores, ou seja, os produtos que são facilmente substituíveis. No mercado, estes produtos são concorrenciais por terem a mesma identidade e fim. Nesse contexto, a afinidade pressupõe que as marcas se situem no mesmo mercado relevante<sup>20</sup>, ou seja, sempre que existe uma concorrência entre os empresários. Sustenta-se que o atual quadro português consagra este entendimento, uma vez que o registro de marcas faz-se mediante produtos, limitando-se a proteção legal – o direito de uso exclusivo – aos da mesma classe de produtos e aos afins destes.

Mas será esta concepção suficientemente ampla para dar uma resposta cabal às necessidades do mercado? Não obstante os produtos serem díspares, entre eles existe uma identidade de origem que leva o consumidor a supor que têm a mesma origem produtiva? Se aceita ou repudia-se a coexistência dos sinais distintivos?

Considerando o fato da marca ter a função de identificar a origem de determinados produtos ou serviços, e que a sua similitude, ainda que na identificação de diferentes produtos, seja suscetível de gerar complexidades no mercado. Em defesa dessa tese Nogueira Serens escreve que “a afinidade ou similitude entre os produtos ou serviços afirma-se-á sempre que,

---

<sup>18</sup> OLAVO, Carlos. “**Propriedade Industrial**”. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2005, p.60.

<sup>19</sup> Ibid., p.59.

<sup>20</sup> No mesmo registro pronuncia-se REMO FRANCESHELLI (Il marchio dei creatori del gusto e dela moda, Contrato e imprensa, 3, 1998, CEDAM, Padova, p. 782) afirmando que a afinidade dos produtos reporta-se “all’intrinseca natura dei prodotti, ala medesima clientela, ala soddisfazione dei medesimi bisogni l’esistenza di tale concetto”. Em Portugal aderem a esta tese, COUTINHO DE ABREU, ob. cit., p.339.



pela sua significação econômica, qualidade e modo de utilização, especialmente do ponto de vista dos seus locais normais de produção e de venda, esses produtos (ou serviços) apresentem pontos de contato tão estreitos que, aplicando-se-lhe a mesma marca, o consumidor médio os poderia razoavelmente atribuir à mesma fonte produtiva”.<sup>21</sup>

Parece indiscutível a impossibilidade de negar a existência de afinidade sempre que os produtos ou serviços visam satisfazer as mesmas necessidades, seja de modo subsidiário ou complementar.

Não existindo esta relação entre os produtos ou serviços – ou mesmo entre produtos e serviços uma vez que nada obsta a que a afinidade se verifique entre eles – exige-se alguma ponderação suplementar; o juízo sobre a afinidade terá de ser condicionado pela maior ou menor proximidade dos produtos e serviços e pela similitude dos signos, de molde que quanto mais afastadas sejam as atividades, maior é a possibilidade de similitude entre os signos; e quanto mais próximas sejam as atividades, maior é a dissemelhança que se deve exigir à marca.<sup>22</sup>

A lei que rege a questão da concorrência desleal, no Brasil, é a LPI (Lei da Propriedade Industrial) Lei 9279/96, que fala sobre os direitos relativos a marcas e desenhos industriais, com artigo especial sobre a violação desses direitos, casos que caracterizam a concorrência desleal e os prejuízos que podem causar aos empresários e aos consumidores quando esta situação ocorre.

Existem várias situações que podem levar a uma posição de concorrência desleal. A questão mais emblemática é a Pirataria. São marcas que pegam carona na fama e reputação alheia, tentando se assemelhar a marcas já consagradas. Diariamente, leem-se nos jornais, ou se assiste na TV, notícias de marcas de cosméticos, perfumes, pilhas, relógios, tênis e artigos de luxo falsificados, enfim, uma infinidade de produtos com a tendência a imitar o *design* ou o nome de uma marca mundialmente famosa. Muitas dessas marcas são encontradas nas ruas, seja em camelôs ou até em algumas lojas. Nike, Adidas, Puma, Lacoste, Armani, Calvin Klein, Louis Vuitton, Ferrari são talvez as mais encontradas nessa situação. Sempre se

---

<sup>21</sup> SERENS, Manuel Nogueira. **A vulgarização de marca na directiva 89/104/CEE**, de 21 de Dezembro de 1988, Separata do numero especial do BFDC – Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Ferrer Correia, Coimbra, 1995, p.9.

<sup>22</sup> DI CATALDO, I segni distintivi, cit. p. 96 e OLIVEIRA ASCENSÃO, As Funções da Marca e os descritores (metatags) na Internet, ob. cit., p. 11.

encontram “versões” que tentam se parecer com essas marcas famosas. A falsificação, a contrafação e a pirataria são o pior exemplo de concorrência desleal.

Uma situação muito comum é a tendência a seguir um líder de mercado pela cor. São encontradas inúmeras marcas de refrigerantes, sabor cola, que utilizam a cor vermelha em suas embalagens. Por que razão elas utilizam esta cor, senão para seguir a líder Coca-Cola?

As marcas que se sentem lesadas pela concorrência desleal tentam se defender com ações judiciais contra aquelas acusadas de as copiarem ou até para tentarem proteger algum elemento de suas marcas como nomes e cores. A lei, entretanto, não permite que uma marca obtenha a posse ou domínio de uma determinada cor, salvo em situações especiais. Já nomes e expressões, dependem de análise. A Coca-Cola tentou impedir que as empresas utilizassem a expressão ZERO após o sucesso de sua Coca Zero, mas a Justiça entendeu que haveria domínio sobre o nome Zero se houvesse impedimento e por isso liberou a expressão para ser utilizada por outras marcas.

### 3.3 Marca de grande prestígio

Sobre a marca de grande prestígio, não obstante ser uma figura híbrida cuja determinação, em concreto, apenas se pode fazer casuisticamente, qualificar como a marca que goza de grande notoriedade entre os consumidores, não apenas os específicos dos produtos ou serviços nos quais a marca é aposta, mas também o público em geral, acrescida de uma enorme individualidade e beneficiando de especial estima ou prestígio entre os consumidores, o que se traduz numa especial apetência atrativa ou sugestiva.

A estatuição legal da marca de grande prestígio propugna o reconhecimento de que a marca é um valor em si,<sup>23</sup> livremente passível de negociação autônoma, dependendo da valoração da apetência sugestiva que encerra, ou seja, da sua capacidade apelativa no mercado, permitindo ao titular da marca se beneficiar do sucesso comercial da sua marca e, cumulativamente, impedir que terceiros usufruam ilegitimamente das suas potencialidades econômicas<sup>24</sup>.

---

<sup>23</sup> VANZETTI, Adriano; DI CATALDO. **Manuale di Diritto Industriale**. 3. ed. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2000, p.129.

<sup>24</sup> No mesmo sentido, escreve PINTO COELHO que “transpondo-se a barreira da especialidade, a marca como que passa a ser considerada em si mesma, objectivamente, como um ente autónomo, desligada da função de identificação de certo produto. Apresenta-se como uma criação do espírito...valendo pela sua capacidade ou

Sublinhe-se que, por óbvias razões, é uma tentativa de alguns empresários se beneficiarem do magnetismo das marcas célebres, nomeadamente do prestígio granjeado junto dos consumidores, sem que de forma alguma tenham contribuído para a consolidação deste. *Ab initio* se sublinhe que esta atuação não é apenas lesiva aos direitos privativos do titular da marca (na dupla perspectiva de impedi-lo de fruir livremente da potencialidade econômica da marca, bem como do prejuízo decorrente do perigo de banalização da marca<sup>25</sup>), mas de todos os concorrentes do terceiro não titular, uma vez que, pela ilegítima apropriação deste signo, o empresário apareceria no jogo da concorrência com uma vantagem injustificada<sup>26</sup>.

Nas marcas de excepcional notoriedade se assiste a uma inversão face ao modelo tradicional de aquisição de bens<sup>27</sup>. No modelo originário de consumo, o mote do consumidor era adquirir os bens dos quais necessitava para fazer face às suas necessidades aquisitivas, norteando a sua eleição por um quadro mental puramente racional; nos tempos hodiernos, nomeadamente, com o advento de determinadas marcas com simbologia social, o que determina a aquisição não são os produtos ou serviços, mas as suas marcas, que não raras vezes funcionam como veículo de demonstração de estatuto social e, concomitantemente, como elemento de integração na sociedade.

Se até dado momento histórico foi consensual que a marca teria como função única a identificação de produtos e a conseqüente diferenciação dos bens colocados no mercado por outros concorrentes, pelo que o princípio da especialidade satisfazia as necessidades da vida empresarial, o advento das marcas de excepcional notoriedade colocou em cima da mesa a

---

poder de atracção”. (PINTO COELHO, O problema da conversão da marca em denominação genérica, RLJ, 93º, n.º 3181, p.247).

<sup>25</sup> Segundo SCHECHTER – considerado o pai desta teoria – o único fundamento para a proteção da marca é a possibilidade de manter a sua singularidade. Num importante estudo sobre o tema o autor chega a algumas conclusões que, pela sua pertinência se expõem: 1) para a determinação do valor da marca é determinante o seu selling power; 2) o poder de venda da marca está dependente do efeito psicológico da marca sobre os consumidores, sendo que o efeito psicológico está dependente da singularidade da marca; 3) a singularidade da marca é, ou pode ser, atingida sempre que a mesma é utilizada por terceiros, ainda que para produtos díspares daqueles que o titular do registo a utiliza; 4) assim, o âmbito de protecção da marca ficaria dependente da habilidade demonstrada pelo titular para manter a singularidade da marca. (SCHECHTER, Rational Basis of Trademark Protection, Harvard Law Review, Vol. XL, 1927, p. 831.

<sup>26</sup> Lineares são as palavras de FRANCESCHELLI: “uma marca célebre que se transformou num status symbol não pode degradar-se e desqualificar-se contra a vontade, o esforço e as despesas do seu titular [...] para beneficiar um terceiro sem nenhum direito sobre a marca”. (Sui marchi di impresa, ob. cit., p. 177). [Tradução nossa]

<sup>27</sup> Em sentido análogo pronuncia-se REMÉDIO MARQUES, quando afirma ser “a marca, com o seu valor simbólico, que dá valor ao produto e não a inversa, pois que, em muitos domínios da contratação, o consumidor já não adquire um bem ou serviço pela sua capacidade de satisfazer necessidades [...] outrossim pelo sinal que o identifica [...] se diferencia dos outros consumidores. (ob. cit., p. 625).

necessidade de avaliar se a função desempenhada pelas marcas pode ser colocada em causa, ainda que utilizadas para produtos (ou serviços) dissemelhantes.

Uma primeira causa justificativa para a adoção desta proteção excepcional, relaciona-se à circunstância de a utilização da marca de grande prestígio, não obstante ser usada por terceiro para produtos ou serviços dissemelhantes, daqueles para os quais o seu titular a criara, poder gerar prejuízos e inconvenientes para este. O público, ao confrontar-se com a marca “acreditaria naturalmente na existência de quaisquer relações ou ligações entre esses novos produtos e o titular da marca [...] e se esses produtos fossem de inferior qualidade, daí poderia decorrer o desprestígio da marca e sem dúvida prejuízos materiais para o verdadeiro dono e criador da mesma,”<sup>28</sup> porquanto, o selo de qualidade que contribuíra para a imagem da marca se desanuvriaria pela sua aposição em produtos sem o mesmo carisma.

Apelando ao poder de síntese, é ainda possível enumerar outros fatores que podem justificar uma proibição de utilização da marca de outrem, ainda que para produtos (ou serviços) dissemelhantes.

Admita-se como exemplo que uma conceituada marca de bebidas não alcoólicas passa a identificar vestuário. Este fato pode ou não gerar ambiguidades ao consumidor médio, hesitante em saber se o vestuário e as bebidas têm a mesma origem empresarial ou se a sua produção se deve imputar a diferentes empresários? Ou, para usar o exemplo de PEDRO SOUSA e SILVA que parece lapidar, uma agência funerária passa a usar a marca Valium?<sup>29</sup> Obviamente que o consumidor médio entende que em caso algum uma empresa farmacêutica enveredaria pela atividade funerária; mas será que este fato exime o legítimo proprietário da marca Valium de prejuízos, ou, pelo contrário, este terá legítimo interesse em impedir o uso da sua marca para estes fins? Parece que é axiomático que sim.

E o que dizer na circunstância do titular de uma marca reputada assistir ao aparecimento da sua marca para identificar outros produtos, ainda que não concorrentes, nem desprestigiados? Será que o seu direito fica incólume ou existe a possibilidade da sua marca perder capacidade atrativa pela multiplicação exponencial de produtos nos quais é aposta?

---

<sup>28</sup> COELHO, J. G. PINTO. Lições de Direito Comercial. v.1, 3. ed. Revista, **Lisboa**, Cento tipográfico Colonial, 1957, p.412.

<sup>29</sup> SILVA, Pedro Sousa e. O Princípio da especialidade das marcas, a regra e a exceção, **ROA**, ano 58, jan. 1998, p.379.

Pensa-se que o prestígio de uma marca é afetado sempre que começa a ser usada para identificar uma multiplicidade de produtos, de uma multiplicidade de produtores<sup>30</sup>. Está-se perante o fenómeno da possibilidade de diluição da marca.

Por esta entenda-se o enfraquecimento da capacidade sugestiva da marca pela sua banalização; uma mesma marca, quando se torna sinal distintivo de uma multiplicidade de produtos e serviços, de diferentes tipos e qualidades<sup>31</sup>, disponibilizados por heterogéneos empresários imbuídos de diferentes estilos e estratégias comerciais, pode perder a sua auréola de charme perante os consumidores, o seu poder atrativo perante o público.

Apressadamente, poderia o intérprete ser tentado a levar esta premissa às suas ulteriores consequências, impedindo qualquer utilização sucessiva da marca em distintos produtos (ou serviços), porquanto, também nestes casos, as mesmas motivações são pertinentes. Mas seria errado este raciocínio. Se a multiplicação dos bens distinguidos pela marca resultar de uma opção do titular, subjacente à sua eleição estará uma filosofia empresarial que dirigirá a concessão de licenças de marca para setores da atividade económica susceptíveis de promover a marca; por exemplo, um empresário do setor do vestuário procurará direcionar a marca para outras atividades confinantes, alargando a gama de produtos oferecidos, podendo, desta forma, incrementar o poder sugestivo da marca. Se, por seu turno, o seu comportamento for empresarialmente irresponsável e conducente à banalização da marca, esta se verificará por ação ou omissão do seu legítimo proprietário, e não por um aproveitamento ilícito de terceiros, pelo que se dispensa a tutela do legislador.

Deve ainda inquietar o intérprete o fato de, em outros casos, a utilização por terceiro não autorizado de uma marca de grande prestígio, ser um atalho para a fama<sup>32</sup>, com o intuito de, parasitariamente, conseguir o reconhecimento público, fácil, dos seus produtos, alicerçado na promoção financiada pelo titular da marca de prestígio.

---

<sup>30</sup> No mesmo sentido escreve PEDRO SOUSA e SILVA: “o uso da mesma marca em sectores muito diversos, com titulares distintos, teria efeito por efeito banalizá-la, vulgarizá-la ou, como dizem certos autores estrangeiros, diluí-la”, gerando desta forma um enfraquecimento do poder atrativo da marca, com consequente prejuízo para o seu titular. (O princípio da especialidade das marcas, a regra e a exceção, ob- cit., p. 380).

<sup>31</sup> O que fica escrito ganha redobrada acuidade se os produtos oferecidos por um segundo empresário forem de diminuta qualidade; após esta aquisição, mesmo que a dicotomia das fontes produtivas seja do conhecimento do consumidor, o poder de sugestão da marca fica inquinado porquanto o consumidor perpetuará uma ligação psicológica nefasta entre este e todos os outros produtos e serviços oferecidos no mercado sob a mesma marca.

<sup>32</sup> No mesmo sentido pronuncia-se LEHMAN, Rafforzamento della Tutela del Marchio attraverso le norme sulla concorrenza sleale, RDI, 1988, parte I, p. 30, qualificando de “free rider” o concorrente parasitário.

A utilização da marca por um terceiro deve considerar-se uma ingerência injustificada de um empresário no direito de outro – aquele que, pelo investimento na marca, tornou-a de grande prestígio – que, cumulativamente, não apenas “colhe” os benefícios do uso desta, mas pode fazer perigar o valor patrimonial da marca, pela banalização decorrente do seu uso desmedido<sup>33</sup> e o conseqüente prejuízo da sua excepcional capacidade sugestiva ou publicitária<sup>34</sup>.

Como se frisou, não colhe o argumento – não raramente usado – que muitas vezes a proliferação da marca resulta de um ato de vontade do empresário titular do registo da marca que, diretamente, ou através de licenças de marcas, admite a aposição das marcas em distintos produtos; não colhe, porque neste caso, é o empresário que tornou a marca conhecida ou reputada que aproveita da sua capacidade atrativa e não empresários parasitários. É exato que, também nestes casos, com o impulso egoísta de um maior lucro em curto prazo, o empresário pode inquirar a produtividade futura da marca; mas fê-lo porque o quis, porque essa foi a sua decisão empresarial: é importante nunca esquecer que nada obsta a que o proprietário da galinha de ovos de ouro faça uma boa cabidela<sup>35</sup>. Acresce que determinadas marcas, por definição, têm uma duração muito reduzida: cita-se o exemplo do *merchandising* de eventos desportivos ou culturais temporalmente delimitados ou na promoção de personagens de ficção; em ambos os casos, o período em que a marca pode ter pertinência econômica é diminuto pelo que, com lógica, os empresários pretendem absorver um máximo de benefícios econômicos no menor espaço temporal, pelo que quase indistintamente são motivados a conceder licenças.

Alguns autores identificam, ainda, na proteção da marca de grande prestígio, uma tutela do interesse público; sustentam que a proteção ultramercadológica deste tipo de marcas visa, entre outras razões, cautelar os legítimos interesses dos consumidores que ficariam expostos e incautos ao logro de um terceiro que assinalasse os seus produtos ou serviços com a marca de

---

<sup>33</sup> SERENS, Manuel Nogueira. **A vulgarização de marca na directiva 89/104/CEE**, de 21 de Dezembro de 1988, Separata do numero especial do BFDC – Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Ferrer Correia, Coimbra, 1995, p.130.

<sup>34</sup> Também FRANCESHELLI sustenta que o perigo de diluição da marca, ou mais concretamente, a sua proteção se faz a montante da função identificativa, mas para proteger a função sugestiva ou publicitária da marca. (Sui marchi di impresa, ob. cit., p. 167).

<sup>35</sup> Um caso clássico, recorrentemente citado na doutrina, é o da marca CARDIN, utilizado para assinalar mais de 800 produtos, o que se consubstanciou numa assinalável perda do seu prestígio e magnetismo, uma vez que o seu titular foi impotente para conseguir manter um nível equitativo de qualidade. Cáustico SWANN, sustenta que se as marcas de grande reputação – como a Kodak e a Coca-Cola – permitirem a sua proliferação para assinalar múltiplos produtos ou serviços, num curto espaço de tempo o prestígio gigante destas marcas será “reduced to pigmy size”. (Dilution redefined for the year 2002, The Trademark Reporter, Vol. 92. nº 3, p.590/591).

grande prestígio de outrem, por interiorizarem que estes eram disponibilizados pelo titular (legítimo) da marca de grande prestígio. Sem escamotear que seria nefasto que as escolhas dos consumidores sejam influenciadas pela exploração ilegítima de uma marca alheia, é convicto que esta construção incorpora um erro de perspectiva ao deslocar o cerne da problemática do empresário para o consumidor. Pelo exposto, já seria passível de aplauso a sustentação de que esta exploração de marca alheia, quando influencia a decisão volitiva do consumidor, se pode traduzir na assunção de uma vantagem injustificada de um empresário em detrimento dos seus concorrentes.

Sublinhe-se, ainda, que da inexistência de uma proteção excepcional para as marcas de grande prestígio decorria para o titular a impossibilidade de “desfrutar da sua marca, diretamente ou pela concessão de licenças a outros empresários, para os sectores de mercado para os quais os terceiro já registara a marca”<sup>36</sup>, porquanto a marca não lhe pertenceria, o que, obviamente, obstará à realização de negócios jurídicos sobre esta.

Por tudo, parece que o quesito deve ser colocado como, excepcionalmente bem, o fez FERRER CORREIA/NOGUEIRA SERENS: para as marcas de grande prestígio “já não basta uma tutela orientada pela função distintiva; postulam, acima de tudo, uma defesa das suas capacidades atrativa e sugestiva”<sup>37</sup>.

A circunstância de toda a atividade de divulgação da atividade do empresário – máxime a publicidade – se centrar na marca não deve passar imune à doutrina, porquanto não é incólume nos seus efeitos. O “respeito” pelo investimento financeiro e humano do empresário na credibilização da sua marca obriga a uma valoração jurídica; nada justifica amputar ao empresário a possibilidade de usufruir do retorno econômico do investimento na valorização da sua marca e, sobretudo, tudo exige que se impeça que um terceiro menos escrupuloso queira chamar a si o prestígio alcançado por outro.

No atual quadro empresarial, no advento da economia concorrencial, a marca não se limita a identificar e distinguir os diversos produtos ou serviços disponibilizados no mercado, funcionando como um instrumento de afirmação de um empresário. Com limitações, impõe-

---

<sup>36</sup> MASSA, Giovanni. *Funzione attrattiva e autonomia del marchio*. Jovene Editore, 1994, p.77. [Tradução nossa]

<sup>37</sup> CORREIA, António Ferrer; SERENS, Manuel Nogueira, A composição das marcas e o requisito do corpo do artigo 78.º e do § único do art. 201 do Código de Propriedade Industrial. RDE, Anos XVI a XIX 1990 a 1993, Coimbra. Op cit., p. 90. NOGUEIRA SERENS, A vulgarização da marca na directiva 89/104/CEE, Op cit., p. 138.

se ao quadro legal que preserve a capacidade sugestiva da marca enquanto signo, reconhecendo a sua capacidade de influir na decisão aquisitiva, protegendo-a de quaisquer condutas ilícitas perpetradas por quaisquer terceiros; do elenco destas condutas, pelo seu interesse na análise *in casu*, sublinhasse a utilização ilegítima da marca célebre.

Fundamentalmente, o conteúdo da proteção alargada da marca de grande prestígio visa, no que concerne ao titular, proteger a sua dimensão publicitária ou sugestiva contra o perigo de diluição e, cumulativamente, o reconhecimento de que o titular da marca tem o legítimo interesse em ficar com o monopólio da exploração comercial do signo, beneficiando-se, exclusivamente, das suas prerrogativas.

Sendo certo que a prática demonstra de forma inequívoca que o prestígio de um produto nem sempre se faz acompanhar da sua qualidade intrínseca. Com efeito, “uma coisa é saber como é que a reputação foi adquirida (e mesmo se é, ou não, merecida) e outra, bem diversa, é saber se tal reputação existe”<sup>38</sup>.

---

<sup>38</sup> Sustenta SERENS, Manuel Nogueira, Op cit., p.136, que para averiguar a existência de grande prestígio é suficiente a valoração subjetiva do consumidor, não carecendo a prova de que os produtos são objetivamente de qualidade.



## 4 A RESPONSABILIDADE CIVIL NA MARCA DO DISTRIBUIDOR

Após o caminho percorrido ao longo deste estudo, que teve início na marca em seu sentido amplo, passando pela marca do distribuidor e seus pontos mais importantes, chega-se à sua real forma de atuação no mercado atual, ou seja, a sua aplicação e consequências jurídicas decorrentes desta.

Neste contexto, apresenta-se a Responsabilidade Civil, cuja finalidade é a proteção dos indivíduos nas mais variadas relações, no sentido a determinar até que ponto se estende o direito de cada parte e, desta forma, auxiliar o momento da responsabilidade pela parte e o momento da responsabilização pela parte que causa dano a outrem. Nas palavras de Simões<sup>1</sup> “A responsabilidade civil é tradicionalmente definida como a obrigação imposta a uma pessoa de reparar um prejuízo causado a outrem resultante da violação de um dever geral de conduta que a Ordem Jurídica impõe aos indivíduos para proteção de todas as pessoas”.

Entretanto, sendo o tema objeto de estudo a marca do distribuidor, a responsabilidade civil será analisada dentro deste contexto, com o objetivo de facilitar um melhor entendimento deste tipo de marca. Neste parâmetro, se observa o surgimento da responsabilidade objetiva, que não exige a comprovação da culpa, mas se percebe com base no risco apresentado<sup>2</sup>.

Contudo, a vítima de produtos defeituosos tem de alegar e fazer prova do dano, o defeito e o nexo de causalidade entre um e outro, mas a culpa e a ilicitude da conduta do produtor já não tem de fazê-las, tendo em vista que quer uma ou outra não são elementos que constituem ou pressupõem a responsabilidade objetiva<sup>3</sup>.

Vale frisar que a responsabilidade objetiva responde ao interesse público na segurança humana, assegurando ao consumidor uma proteção mais adequada e eficiente, na vida, na sua integridade física, saúde e nos seus bens. Exerce uma função preventiva, já que faz pressão no

---

<sup>1</sup> SIMÕES, Fernando Dias. **Marca do distribuidor e responsabilidade por produtos**. Coimbra: Almedina, 2009, p.39.

<sup>2</sup> SILVA, João Calvão da. **Responsabilidade Civil do Produtor**. Coimbra: Almedina, 1999, p.487, ressalta que o Dec.-Lei n° 383/89 proclama de forma lapidária o caráter objetivo da responsabilidade do produtor, enunciando *expressis verbis* que ele responde, **independentemente de culpa**, pelos danos causados por defeitos dos produtos que põe em circulação (art. 1°).

<sup>3</sup> SILVA, João Calvão da, Op cit., 1999, p. 496.

sentido de o responsável cuidar de forma adequada das medidas preventivas do risco e da segurança dos produtos<sup>4</sup>.

O risco pode ser visualizado sob quatro argumentos, para dar suporte à responsabilidade objetiva, o da disseminação do risco de dano causado pela sociedade, o da dissuasão e controle do risco, proteção das expectativas do consumidor e redução de custos. No primeiro se aplica a imposição da responsabilidade objetiva ao fabricante, considerado economicamente mais forte, incorporam-se os danos acidentais causados por produtos defeituosos, integrados como custo de produção nos preços, evitando-se externar nas vítimas. Enquanto o segundo se caracteriza pela imposição ao produtor de lançar no mercado produtos inseguros, sem um rígido controle. Já na terceira, em razão da publicidade o produtor apresenta os produtos aos consumidores como seguros, induzindo-os na decisão de comprar a qualidade e a segurança destes. E, por fim, a quarta justificativa baseia-se em que pelas exigências e certezas reduziriam os litígios judiciais, com redução de custos para reparação das vítimas<sup>5</sup>.

#### 4.1 Os Sujeitos

Conforme a Diretiva 85/374/CEE, a primeira figura entendida como responsável é o produtor. Acontece que este não é compreendido de forma restrita, mas sim em sentido lato, englobando inúmeros sujeitos, que mesmo não se enquadrando na definição teórica de produtor, acabam sendo assimilados a este, permitindo assim um alargamento de responsáveis legais.

Conceitua o artigo 3º, da Diretiva:

Nº 1. O termo produtor designa o fabricante de um produto produtor de uma matéria-prima ou o fabricante de uma parte componente, e qualquer pessoa que se apresente como produtor pela aposição sobre o produto do seu nome, marca ou qualquer outro sinal distintivo.

Nº 2. Sem prejuízo da responsabilidade do produtor, qualquer pessoa que importe um produto na Comunidade tendo em vista uma venda, locação, locação financeira ou qualquer outra forma de distribuição no âmbito da sua atividade comercial, será considerada como produtor do mesmo, na acepção da presente directiva, e responsável nos mesmos termos que o produtor.

---

<sup>4</sup> SILVA, João Calvão da, Op cit., 1999, p. 497-498.

<sup>5</sup> Ibid., p.498-499.

Nº 3. Quando não puder ser identificado o produtor do produto, cada fornecedor será considerado como produtor, salvo se indicar ao lesado, num prazo razoável, a identidade do produtor ou daquele que lhe forneceu o produto. O mesmo se aplica no caso de um produto importado, se este produto não indicar o nome do importador referido no nº 2, mesmo se for indicado o nome do produtor.

Desta forma, é compreendido como produtor tanto o fabricante de determinado produto já pronto, o fabricante de matéria-prima, o fabricante responsável por parte necessária para montagem do produto, como também qualquer outro que se introduza no mercado como produtor, pela colocação de seu nome, marca ou outros sinais distintivos no produto final colocado à disposição.

Baseado nesse conceito amplo de produtor, importante dividir os sujeitos em dois grupos, os que se encontram na fase da produção e os que se localizam na etapa da distribuição. No último grupo se diferenciam ainda os que respondem diretamente, como o produtor aparente, que coloca nome ou outro sinal distintivo no produto, e os que fazem de forma supletiva, como o fornecedor, que apenas possui a função de distribuir o produto final. Importante observar que a Diretiva somente prevê que a responsabilidade por produtos será dirigida a outros sujeitos que não os produtores, quando a identificação do produtor não for possível dentro de um tempo razoável, vez que se objetiva o respeito do lesado em solicitar o ressarcimento do dano sofrido.

Destarte, importante agora é o relacionamento que se estabelece entre o distribuidor, titular da marca de distribuição, e o terceiro, lesado pelos danos causados pelo defeito do produto.

Contudo, é importante observar com atenção os casos previstos no art. 3º da Diretiva, a fim de identificar os responsáveis pelos danos causados por produtos com marca do distribuidor, no caso concreto. Assim, serão analisados os quatro sujeitos principais inseridos pela Diretiva, quais sejam: o produtor real, o importador, o fornecedor e o produtor aparente. Questiona-se: em qual destes perfis se encaixa (ou pode encaixar) o titular de uma marca de distribuição?<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> SIMÕES, Fernando Dias. **Marca do distribuidor e responsabilidade por produtos**. Coimbra: Almedina, 2009, p.242.

#### 4.1.1 O Produtor Real

Por produtor real ou produtor em sentido estrito se verifica no n° 1, do artigo 3° da Diretiva, ou seja, o fabricante de um produto já finalizado, de parte componente ou de matéria-prima essencial para o produto final, Assim, o produtor é o responsável pela elaboração do produto, seja em sua forma parcial ou integral.

Toda a pessoa física ou jurídica pode se enquadrar na qualificação do produtor real, sob a condição de que haja uma participação com fundamento na própria responsabilidade<sup>7</sup> na criação do produto<sup>8</sup>.

Contudo, o fabricante, ainda que fique anônimo, atua sob orientação e controle do titular da marca. Pode-se concluir que este e a figura do produtor real coincidem, nos casos em que é atribuída ao distribuidor a autoria do desenho ou a concepção do projeto do produto<sup>9</sup>. Isto posto, um distribuidor que venda um produto que foi fabricado de forma exclusiva para si e que leva a sua marca ou nome será responsabilizado como se o tivesse fabricado<sup>10</sup>.

Assim, finaliza Simões<sup>11</sup>, ao expor: “Quando se chegar à conclusão, pela análise das funções desempenhadas, que o titular da marca de distribuição deve ser incluído na categoria de produtor real, este responderá directa e imediatamente pelos danos causados pelos produtos, não se podendo eximir à responsabilidade pela indicação do produtor real, faculdade que apenas assiste ao mero fornecedor”.

---

<sup>7</sup> A responsabilidade objetiva recai sobre o produtor, pessoa humana ou pessoa jurídica – encarado na sua unidade empresarial de pessoas e bens. De fora ficam, por conseguinte, os trabalhadores ou colaboradores da empresa que trabalharam na dependência do produtor, não participando, portanto, no processo de fabrico de sua própria responsabilidade. Não cabem na noção de produtor, também, os institutos que realizam o controle de qualidade e da segurança dos produtos, pois, embora atuem com autonomia, não criam ou fabricam as coisas que (apenas) testam ou inspecionam, sendo, portanto, mais prestadores de serviços.

<sup>8</sup> SILVA, João Calvão da. **Responsabilidade Civil do Produtor**. Coimbra: Almedina, 1999, p.546.

<sup>9</sup> MARCO MOLINA, La responsabilidad civil del fabricante por productos defectuosos. Fundamentos y aplicación, p.186 apud SIMÕES, ob. cit., p.245.

<sup>10</sup> CANNARSA, Michel. **La responsabilité du fait des produits défectueux – étude comparative**. Milano: Giuffrè, 2005, p.287.

<sup>11</sup> SIMÕES, Fernando Dias. **Marca do distribuidor e responsabilidade por produtos**. Coimbra: Almedina, 2009, p.245.

#### 4.1.2 O Importador

O importador é definido pelo nº 2 do artigo 3º da Diretiva, como qualquer pessoa que importe um produto na Comunidade tendo em vista uma venda, locação financeira ou qualquer outra forma de distribuição no âmbito de sua atividade comercial”. O que acarreta um entendimento como figura análoga ao produtor, o que justifica a diferenciação destas duas figuras.

Parafraseando João Calvão da Silva<sup>12</sup> “ser havido como produtor o importador “comunitário”, isto é, aquele que importa dentro do espaço do Mercado Comum produtos defeituosos de países não-membros da CEE<sup>13</sup>; já não é o importador nacional que importe de um Estado-membro da Comunidade. Assim, se se importa na Itália um computador dos EUA, subsequentemente exportado para Portugal, quem responde como sendo o produtor é o importador italiano e não o importador português”.

A responsabilidade é dita como primária, desta forma, responde independentemente da responsabilidade inerente ao produtor e ainda nos mesmos parâmetros deste. Neste contexto, o importador será responsabilizado mesmo quando o produtor – em sua qualificação real ou aparente – for localizado e individualizado, ou seja, tal responsabilidade se apresenta sem qualquer relação de dependência com a responsabilidade de outros sujeitos<sup>14</sup>.

Desta forma, é considerada uma responsabilidade solidária, sendo inclusive entendida como uma responsabilidade por extensão<sup>15</sup>, tendo em vista a similitude ao produtor, mesmo não se encaixando na definição legal deste, objetivando favorecer o direito de ressarcimento da parte lesada<sup>16</sup>.

---

<sup>12</sup> SILVA, João Calvão da. **Responsabilidade Civil do Produtor**. Coimbra: Almedina, 1999, p.554.

<sup>13</sup> Abrange o próprio “reimportador” comunitário, ou seja, a pessoa que importe de país não-membro da Comunidade um produto nela produzido e para aquele exportado.

<sup>14</sup> Entendem de forma similar SIMÕES, obra já cit., p. 96 e CALVÃO DA SILVA, obra já cit., p. 556-557.

<sup>15</sup> SIMÕES, Fernando Dias Op cit.,2009, p. 97.

<sup>16</sup> Muitas vezes o produtor (real ou aparente) encontra-se muito distante do consumidor final, o que pode acarretar prejuízos de grande relevância no momento da responsabilização pelos danos causados. Assim, na tentativa de garantir o direito do lesado, o importador foi indicado pela Directiva como figura semelhante ao produtor, exatamente para beneficiar a indicação do responsável legal e resguardar o direito do ressarcimento.

### 4.1.3 O Fornecedor

Referido no n° 3, do artigo 3°, o fornecedor apenas será responsabilizado por danos causados ao consumidor quando não for possível identificar o produtor. Na verdade, trata-se de uma forma de pressionar o fornecedor do produto anônimo a informar ao lesado quem é o produtor ou o importador, pois este somente responderá caso os demais sejam desconhecidos<sup>17</sup>. Refere-se, contudo, de um produtor subsidiário. A intenção do legislador é tão somente que o lesado consiga facilmente identificar contra quem possa dirigir a pretensão indenizatória<sup>18</sup>. Assim, afirma Simões<sup>19</sup>, ao expor: “em regra o distribuidor é um mero revendedor, incapaz de controlar ou sequer influenciar a fase produtiva, daí que a sua responsabilização seja um hipótese excepcional e residual.”

Apesar de ser considerado por muitos como parte secundária da responsabilidade por produtos, o fornecedor acaba sendo muitas vezes indicado pelo lesado como parte primária do ressarcimento.

A responsabilidade do fornecedor é diferente da aplicada aos demais sujeitos. É subsidiária, ou seja, apenas é acionada quando o produtor ou o importador não é localizado. Destarte, a referida responsabilidade de caráter residual e excepcional se justifica pelo papel desempenhado pelo fornecedor, que é o de simples revendedor do produto, sem qualquer interferência na produção.

Mas para que ocorra a responsabilidade do fornecedor, ou seja, para que ele responda como produtor, são necessárias duas condições: a primeira é a sua notificação por escrito, na qual o lesado requer a indicação da identidade do produtor, do importador ou de algum fornecedor precedente; a segunda é a falta de comunicação àquele que foi lesado, igualmente por escrito, dessa identidade, no prazo de três meses a contar da recepção da notificação<sup>20</sup>.

---

<sup>17</sup> SILVA, João Calvão da. Op cit.,1999, p.560-561.

<sup>18</sup> SIMÕES, Fernando Dias Op cit.,2009, p.98.

<sup>19</sup> Ibid., p.98.

<sup>20</sup> SILVA, João Calvão da. Op cit., 1999, p.564.

#### 4.1.4 O Produtor Aparente

Disposto pela parte final do n° 1, do artigo 3° da Diretiva 85/374/CEE, pode-se compreender ainda como produtor, indivíduo que coloque sobre o produto o seu nome, marca ou qualquer outro sinal distintivo. Neste sentido, faz-se a discussão sobre a marca do distribuidor como uma espécie de produtor aparente<sup>21</sup>. Para confirmar ou não tal possibilidade, há a necessidade de analisar a questão jurídica do termo e as suas extensões.

O produtor aparente coleciona inúmeras formas de desenvolvimento, não podendo ser entendido como exemplo de uma única situação isolada. E sim, ser compreendido em sentido lato. O termo “aparente” induz à ideia de proteção de aparência<sup>22</sup> no que diz respeito à relação comercial, gerando uma interpretação de imagem incompleta em alguns casos de verificação. Já a definição de “quase-produtor” direciona para outro ponto principal, que é o acréscimo de forma implícita do sujeito na noção primeira de produtor. Nesse contexto, este quesito não vai além do campo terminológico dos termos e as suas indicações diretas, vez que ambos se manifestam sobre a mesma situação prática.

Conforme Simões<sup>23</sup>, a expressão “produtor aparente” é a mais usada na doutrina, embora haja críticas, pois passa a ideia de que com a qualificação desse sujeito como produtor se pretende apenas proteger a aparência jurídica. Contudo, nem a aparência criada pelo titular do nome, marca ou sinal distintivo tem o alcance que muitas vezes lhe é atribuído, nem essa aparência deve constituir, em relação à marca do distribuidor, fundamento único da responsabilidade desse sujeito.

A Diretiva<sup>24</sup> entendeu, após estudos sobre o mercado, aumentar a responsabilidade a indivíduos que se localizam além do produtor, completando o vazio relativo ao direito do ressarcimento do lesado perante produtos que indicam nomes que não direcionam o produtor

---

<sup>21</sup> Também denominado como “quase-produtor” e “pseudo-produtor”. Todavia, o termo mais conhecido é produtor aparente.

<sup>22</sup> Sobre a aparência enquanto fonte de responsabilidade vide GHESTIN e GOUBEAUX, *Traité de droit civil, introduction générale*, Paris, 1994, pp. 830 ss e, em Portugal, CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, Coimbra, 2004. MARKOVITS considera que a responsabilização do produtor aparente se insere no movimento que atribui à aparência um lugar de relevo no Direito francês – *La Directive C.E.E. du 25 Juillet 1985 su la responsabilité du fait des produits défectueux*, Paris, 1990, p. 148 apud SIMÕES, obra já cit., p.253.

<sup>23</sup> SIMÕES, Fernando Dias *Op cit.*, 2009, p.100.

<sup>24</sup> A relação de semelhança entre o produtor e outros sujeitos é assunto comunitário a algum tempo, como exemplo tem-se a Diretiva 92/59, sobre segurança geral dos produtos; a Diretiva 2001/95; as Diretivas 93/42 e 98/79 sobre dispositivos médicos; e a Diretiva 199/44, referente a venda de bens de consumo e das suas garantias. Todas possuem em comum o entendimento amplo do termo produtor.

real, que chega inclusive a não ter condições financeiras de arcar com as indenizações dos produtos que fabrica para que outros - comerciante/distribuidor, seja permitido colocar o seu nome, marca ou outro sinal distintivo no momento da disponibilização no mercado.

Destarte, vale ressaltar que o termo produtor aproxima diversos agentes econômicos, sobretudo<sup>25</sup>, os grandes distribuidores, os grossistas, as cadeias comerciais e as empresas de venda por correspondência que sob o seu próprio nome, firma ou marca lançam no mercado produtos, principalmente artigos de grandes séries, que são fabricados por terceiros, respeitando as determinações por aqueles especificadas por contrato e que permanecem ocultos perante o consumidor<sup>26</sup>, devem ser responsabilizados pelos danos causados a este. Tal situação permite verificar que o produtor aparente acrescenta a si mesmo o risco que antes era apenas do produtor real. Logo, se responsabiliza claramente pelos danos possíveis decorrentes ao indicar o seu nome ou qualquer sinal distintivo no produto.

Contudo, é esta impressão de aparência de produção própria assim manifestada que justifica e fundamenta a extensão do conceito de produtor a tais pessoas físicas ou jurídicas que ao apresentarem o produto como próprio causam no consumidor o dever da responsabilidade<sup>27</sup>.

Neste ponto, entende-se que a legislação trata o produtor aparente como se fosse produtor real, sem oferecer defesa quanto à prova de que não é ele o produtor efetivo do produto com defeito, até porque não se exige do consumidor vitimado que procure descobrir a identidade do produtor real, pois a responsabilidade daquele ocorre mesmo que as circunstâncias permitam presumir que o produto foi mesmo fabricado por outra pessoa, caso não seja identificado de forma precisa no produto, v.g., eletrônico vendido no comércio sob marca comercial conhecida no país, com indicação aposta “produzido no Japão<sup>28</sup>”. Em sentido contrário, aquele que apunha no produto a sua marca, o nome ou outro sinal distintivo

---

<sup>25</sup> Produtor aparente é também o que encarrega outra empresa ou mesmo uma sociedade – uma “sociedade filha” – de produzir um produto que ele difunde no mercado como próprio, sob o seu nome ou firma.

<sup>26</sup> SILVA, João Calvão da. **Responsabilidade Civil do Produtor**. Coimbra: Almedina, 1999, p.551.

<sup>27</sup> “Als-ob-Hersteller”, na expressão alemã. Cfr. TASCHNER, Produkthaftung, p.51 apud CALVÃO DA SILVA, obra já citada, p. 551.

<sup>28</sup> Observa-se que a lei, diferentemente do que confere ao mero fornecedor, não concede ao produtor aparente a possibilidade de notificação do produtor real. Cfr. Art.2º, nº 1, e art. 2º, nº 2, al. b).



sem ocultar o verdadeiro produtor, v.g., produzido por A e distribuído por B, sendo o responsável tão somente o produtor real <sup>(29)</sup><sup>30</sup>.

Neste quesito, fica claro que a marca do distribuidor é exemplo de produtor aparente, tendo em vista que o distribuidor fixa seu sinal distintivo próprio em produto confeccionado por fabricante, conforme critérios fixados pelo contrato. Por conseguinte, gera a obrigação de se responsabilizar pelo seu produto, seja em relação à sua colaboração, disponibilidade no mercado e pelos danos causados a terceiros. Enfim, uma figura que não é diferente das demais quanto ao quesito da responsabilidade, mas foi inserida pela legislação para proteção necessária do consumidor.

## **4.2 A Responsabilidade da marca do distribuidor**

Após a constatação de que a marca do distribuidor é objeto da responsabilidade civil, válido se faz analisar o regime cabível para esta atuação.

A responsabilidade civil relacionada aos produtos também pode ser encontrada nas áreas administrativa e penal, conforme cada caso concreto. Consta na Diretiva que a aplicação da responsabilidade defendida por esta não impede o reconhecimento do direito do prejudicado em outros ramos legais. É permitido, inclusive, reunir tais meios, para assim conquistar o ressarcimento total do dano do lesado, que tem a plena forma de escolha no momento de alcançar a compensação devida.

A Diretiva garante o direito do ressarcimento de espécie definida de dano, como dispõe o artigo 9º:

Para efeitos do disposto no artigo 1º entende-se por dano:

- a) O dano causado pela morte ou por lesões corporais;
- b) O dano causado a uma coisa ou a destruição de uma coisa que não seja o próprio produto defeituoso, com dedução de uma franquia de 500 ECUs, desde que esta coisa: i) seja de um tipo normalmente destinado ao uso ou consumo privados, e ii) tenha sido utilizada pela vítima principalmente para seu uso ou consumo privados.

---

<sup>29</sup> Cfr. BARTL, *PRODUKTHAFTUNG*, cit., p.222; FITZ/PURTSCHELLER/REINDL, *Produkthaftung*, cit., p.50 apud CALVÃO DA SILVA, ob. cit., p.553.

<sup>30</sup> SILVA, João Calvão da Op cit., p.552-553.

O presente artigo não prejudica as disposições nacionais relativas aos danos não patrimoniais.

Vale ressaltar que o legislador comunitário não se pronunciou sobre o regime a ser aplicado no caso de danos não patrimoniais, assim, cabe ao estado membro indicar legislação própria para tal hipótese.

O fato de não constar na Diretiva sobre os danos não patrimoniais não causa prejuízo quanto à aplicação das disposições nacionais relativas a este tipo de dano<sup>31</sup>, fato advertido pelo próprio legislador comunitário<sup>32</sup>.

Praticamente em todos os casos de danos originários por produtos defeituosos convergem relações jurídicas de diferente natureza, impostas a regras distintas e que tem por objeto tutelar interesses jurídicos diferenciados. Contudo, alcançar o ressarcimento total dos danos causados, com aplicação única do regime próprio da responsabilidade por produtos não possibilita satisfazer de forma total a pretensão de ressarcimento, mesmo que o dano seja oriundo de um produto<sup>33</sup>.

Baseando que os danos decorrentes de produtos defeituosos misturam múltiplas relações jurídicas que são amparadas por normas próprias, lógico que apenas a proteção disposta na Diretiva não será capaz para indenizar na sua totalidade o dano causado contra terceiro. Assim, cabível a união de todas as formas legais, previstas no Código Civil, em leis extravagantes e na Diretiva 85/374, sobre responsabilidade civil, a fim de que a compensação seja proporcional ao dano.

O prejudicado detém alguns tipos de atuação imediata. Pode utilizar as regras da responsabilidade contratual, quando houver contrato entre o lesado e o comerciante. Vale ressaltar que sendo o comerciante entendido como produtor aparente, este responderá na figura do vendedor ou produtor, em virtude da responsabilidade contratual e da responsabilidade objetiva, respectivamente<sup>34</sup>. É possível ainda ao prejudicado se estruturar

---

<sup>31</sup> Vide VAQUER ALOY, El concepto de daño en el Derecho comunitario, in AA. VV., Estudios de Derecho de Obligaciones, homenagem al profesor Mariano Alonso Pérez, tomo II, LLAMAS POMBO (Coord.), Madrid, 2006, pp.889 ss apud SIMÕES, obra já cit., p. 359; VELOSO, Maria Manuel. Danos não patrimoniais, in AA. VV., comemorações dos 35 anos do código civil e dos 25 anos da reforma de 1977, vol. III Direito das obrigações, Coimbra, 2007, pp. 495-559.

<sup>32</sup> SIMÕES, Fernando Dias. Op cit., 2009, p.359.

<sup>33</sup> SEUBA TORREBLANCA, comentario a la STS, 1ª, 22 mayo 2001, sobre responsabilidad por productos, in "InDret", abril de 2002, n° 2/2002, p. 1 apud SIMÕES, obra já cit., p. 360.

<sup>34</sup> SILVA, João Calvão da. Op cit., p.360-361.

nos termos da responsabilidade extracontratual de caráter subjetivo disposta no Código Civil português, artigo 482º, quando se trata de dano não patrimonial. Além de outras normas legais que podem servir como opção para a reparação.

O consumidor deve ser considerado no seu sentido estrito, vez que a proteção das normas legais objetiva proteger o direito da parte mais frágil na relação comercial, ou melhor, a parte leiga, menos preparada tecnicamente, débil economicamente e que adquira o produto para uso privado. Contudo, dependendo do regime jurídico, o consumidor pode ser útil ou dispensável, v.g., o regime geral de responsabilidade fica sendo aplicável a qualquer pessoa prejudicada, por outro lado o regime da responsabilidade por produtos não exige a qualidade de consumidor. Assim, encontra-se abrangido por esse sistema o *bystander*, ou não adquirente, desde que tenha usado o produto que deu origem ao dano para consumo privado e essa seja a sua normal utilidade<sup>35</sup>.

Neste contexto, o consumidor pode indicar como parte passiva da ação indenizatória um, alguns ou todos os sujeitos responsáveis. Sendo possível observar a existência de litisconsórcio voluntário, já que a legislação não obriga que o lesado aponte todos os envolvidos, mas possibilita a opção na escolha. Assim, caberá ao juiz fazer um estudo do caso em questão e o papel desenvolvido pelas figuras demandadas, com o objetivo de garantir a indicação dos primeiros responsáveis e até mesmo excluir parte que distribuiu o produto e que nada determinou no momento da construção deste, hipótese que pode gerar a substituição do lado passivo<sup>36</sup>.

#### 4.2.1 A Responsabilidade objetiva por produtos

Depois de discorrer acerca dos sujeitos que podem ser enquadrados como produtor, real ou aparente, importante entender o regime da aplicação da responsabilidade. Contudo, necessário observar qual tipo de responsabilidade cabe ao produtor aparente, responsável direto ou primário, e ao distribuidor do produto, responsável subsidiário.

O produtor aparente não possui o mesmo tratamento, na Diretiva 85/374/CEE, que é destinado ao fornecedor, qual seja, informar o produtor real e ser substituído no litígio, ou

---

<sup>35</sup> SILVA, João Calvão da Op cit, p.360-361.

<sup>36</sup> Ibid., p.355-372.

seja, não possui a faculdade de se exonerar identificando o produtor real<sup>37</sup>. Pela aposição do seu nome, marca ou outro sinal distintivo, esta figura assume o mesmo risco do produtor real, não podendo se eximir à responsabilidade informando o verdadeiro produtor<sup>38</sup>. Destarte, o produtor aparente responde direta e conjuntamente pelo dano causado, da mesma forma que o produtor real. Tal relação se verifica pela amplitude do termo produtor aparente à denominação de produtor que foi em consequência da evolução legislativa. O inverso, o produtor real não é excluído da responsabilidade pelo fato da demanda indicar o produtor aparente<sup>39</sup>.

Frisa-se que o prejudicado não tem que provar a culpa dos relacionados na ação de ressarcimento, sendo possível o litígio solidário dos sujeitos. No exemplo em que vários sujeitos são responsáveis pelo dano sofrido, a responsabilidade será solidária. Contudo, qualquer um pode ser chamado para fazer parte da parte passiva do litígio, respondendo pela totalidade do dano. Destarte, não é permitido o prejudicado ajuizar, ao mesmo tempo, contra o produtor real, o importador, o fornecedor e o produtor aparente. Deve acionar o primeiro responsável e na sua ausência, os demais sujeitos, seguindo o disposto na Diretiva<sup>40</sup>.

Conclusão que se encontra sufragada pela doutrina, a qual qualifica a responsabilidade por produtos defeituosos, regulada pela Diretiva de objetiva, pelo risco ou independente de culpa<sup>41</sup>.

A solidariedade como base da responsabilidade objetiva se justifica quer pelo aumento da garantia do efetivo ressarcimento das vítimas e pela facilitação das ações judiciais, que são baseadas na chamada de um dos responsáveis, de alguns ou da sua totalidade<sup>42</sup>. É a forma de defesa da vítima pelo dano, pois não precisa comprovar a culpa dos envolvidos na produção deste e pode pedir o ressarcimento em sua totalidade a qualquer um dos sujeitos da relação.

---

<sup>37</sup> BIANCA, Cesare Massimo. **Diritto civile. La responsabilità**. V, Milano: Giuffrè, 1994, p.740, nota 3.

<sup>38</sup> SIMÕES, Fernando Dias. **Marca do distribuidor e responsabilidade por produtos**. Coimbra: Almedina, 2009, p.388.

<sup>39</sup> MÜLLER, Wolfgang. La responsabilità del produttore secondo la Diretiva dela CEE (com particolare riferimento al ruolo dell'assicurazione), in AA. VV., Il danno da prodotti, Patti (coord.), Pádova, 1990, p. 32. apud SIMÕES, ob. cit. p. 388.

<sup>40</sup> SIMÕES, Fernando Dias Op cit., 2009, p.386.

<sup>41</sup> GALGANO, Responsabilità del produttore, in “contratto e impresa”, 1986, p. 996 apud CALVÃO DA SILVA, obra cit., p.491.

<sup>42</sup> ACOSTA ESTÉVEZ, La responsabilidade civil del fabricante: introducción al estudio de la Directiva 85/374/CEE de 25 de julio de 1985, in “RES”, n° 60, outubro/dezembro de 1989, p.60 e La accion de la CEE en matéria de responsabilidad por productos defectuosos y reparación de los daños sufridos por el consumidor: adaptacion del derecho español a la directiva del consejo 85/374/CEE, in “La Ley”, 1990, n° 1, p.1142 apud SIMÕES, obra já cit., p. 388.

O regime de solidariedade acontece quando vários sujeitos encontram-se na relação, como exemplo, têm-se o produtor aparente e o produtor real, enquanto este fabrica o produto e tem a participação em todas as fases de produção, aquele tem influência direta com a produção, apondo ao final seu nome ou qualquer sinal distintivo para marcar o produto. Conseqüentemente, fica comprovada uma coparticipação na fabricação, que gera também uma responsabilidade da parte.

#### 4.2.2 O Produto defeituoso

O defeito é requisito que garante certeza à responsabilidade objetiva do produtor ou dos demais agentes. No entendimento da jurisprudência portuguesa e espanhola, fica ao cargo do lesado provar a materialidade do defeito e ainda o nexu causal entre o dano e o defeito apresentado. Dispõe o artigo 6º da Diretiva, no nº 1, acerca do entendimento de produto defeituosos:

Um produto é defeituoso quando não oferece a segurança que se pode legitimamente esperar, tendo em conta todas as circunstâncias, tais como:

- a) A apresentação do produto;
- b) A utilização do produto que se pode razoavelmente esperar;
- c) O momento de entrada em circulação do produto.

A definição de defeito é bem ampla, conforme entendimento da Diretiva, o que acarreta que o seu teor se adegue à evolução da definição de segurança. A noção de defeito para o novo regime legal é a não segurança do produto, sendo que o problema maior é o de determinar qual o grau de segurança que o consumidor pode aguardar<sup>43</sup>. A segurança não pode ser compreendida como similar à capacidade do produto em cumprir sua função, pois caso o produto não funcione, a questão deve ser resolvida pelo âmbito contratual. A responsabilidade por produtos visa proteger a segurança.

Enquanto a responsabilidade por produtos tem como objetivo resguardar a vida e a saúde mental do consumidor, a falta de capacidade produtiva do produto visa proteger o cumprimento adequado do contrato, em relação à prestação e contraprestação das partes, pela entrega da coisa com as qualidades ou características adequadas ao fim ao qual se destina, em conformidade com o acordado<sup>44</sup>.

---

<sup>43</sup> CALVÃO DA SILVA, ob. já cit., p. 635.

<sup>44</sup> Defendido pelo Acórdão do STJ de 11 de março de 2003.

Assim, o juiz, na valoração do carácter defeituoso do produto, precisa atender às expectativas do “público em geral” e não à segurança que o lesado esperava de forma pessoal, ou seja, deve atender à segurança esperada e considerada normal do tráfico do determinado setor de consumo, v.g., de adultos, crianças, deficientes, etc<sup>45</sup>.

A segurança não tem que ser perfeita, mas sim a esperada como normal pelo público médio quando adquire o produto. Neste contexto, o objeto da segurança não é lesado em sentido estrito, mas os consumidores na forma geral. Evidente que além dos aspectos acima relacionados, necessário se faz verificar todas as questões próprias do caso concreto, ou seja, a natureza do produto, a probabilidade de ocorrência do dano, a utilidade do produto e as formas de evitar o defeito por parte do consumidor, etc<sup>46</sup>.

Como é previsto, um produto pode apresentar, ao mesmo tempo, defeito e falta de qualidade, utilidade ou idoneidade à qual se destina. Em suma: a falta de qualidade do produto pode causar diretamente danos ao utilizador, qualificando o produto como defeituoso<sup>47</sup>. O produto é considerado seguro no momento em que gera ao público<sup>48</sup> a segurança que este espera. No momento em que desrespeita tal preceito se transforma em produto defeituoso.

A Diretiva acolheu a tese do *consumer expectation test* – o produto é defeituoso quando não oferece a segurança que o público poderia razoavelmente esperar. A referência à comunidade serve para dizer que a expectativa de segurança do lesado é observada desde um ponto de vista objetivo e impessoal. Este critério parece não ter sentido em relação a terceiros (bystanders), já que estes não possuem expectativas acerca da segurança dos produtos<sup>49</sup>.

Conforme doutrina e jurisprudência, existem três tipos de defeitos: o de fabricação, o de desenho e o de informação.

Os defeitos de fabricação são os que surgem na etapa de elaboração ou fabricação do projeto de um determinado desenho. Há, nesse caso, uma divergência entre o produto desenhado e o concretamente fabricado. Este tipo de problema está relacionado à produção em massa, seja por erro humano ou mecânico. Sua análise é de fácil identificação, pois basta a

---

<sup>45</sup> SILVA, João Calvão da. **Responsabilidade Civil do Produtor**. Coimbra: Almedina, 1999, p.636.

<sup>46</sup> SIMÕES, Fernando Dias Op cit., 2009, p.393.

<sup>47</sup> Ibid., p.394.

<sup>48</sup> Sujeito médio com conhecimento da comunidade. Trata-se de carácter objetivo e impessoal, vez que não é o lesado de cada caso concreto que irá determinar se houve ou não desobediência à idéia de produto seguro.

<sup>49</sup> RAMOS GONZÁLES, Responsabilidad civil por medicamento. Defectos de fabricación, de diseño y em las advertências o instrucciones, Madrid, 2004, p. 133-134 apud SIMÕES, obra já cit., p.395-396.

comparação do produto defeituoso com outros da mesma categoria. Assim, a responsabilidade é objetiva, uma vez que o produtor não observa as expectativas do consumidor quanto à segurança do produto<sup>50</sup>.

Em relação ao defeito de desenho, está direcionado a qualquer atividade de fabricação do produto como objeto, seja na sua composição interna, quanto na sua demonstração externa. Desse modo, conglera os materiais, a função pretendida, além da imagem e da segurança que se pretende repassar ao consumidor, além de outros aspectos relacionados aos produtos lançados no mercado. Contudo, o erro que se elabora na ideia do produto acaba sendo repassado para toda a produção, acarretando um erro em cadeia<sup>51</sup>.

Quanto ao defeito de informação, após ser desenhado e fabricado pode apresentar defeito devido à informação debilitada que segue o produto ou a total ausência desta. Neste contexto, pode ser relativo na ausência de exatidão, de suficiência ou de corretas instruções relativas ao uso e ainda quanto à carência ou incorreta transferência de aviso sobre possíveis riscos do produto. Neste sentido, o defeito de informação é extrínseco ao produto, até porque se os seus riscos poderiam ter sido evitados por meio de avisos ou instruções ao consumidor, a sua falta produz o defeito, por torná-lo inseguro.<sup>52</sup>

Baseado no art. 6º da Diretiva, a apresentação é uma das formas a ser atendida para averiguar se um produto é defeituoso. Não deve ser analisada de forma estrita, e sim abrangendo o processo de comercialização, a forma de lançamento e de publicidade que rodearam o produto, enfim, toda a gama de estímulos que constroem a imagem do produto perante o público e a expectativa de que se trata de um produto seguro<sup>53</sup>. Contudo, é um tipo de defeito que não se dá na própria estrutura do produto, ao contrário dos outros dois defeitos já citados, é externo, centrando-se nas indicações, advertências ou instruções que acompanham ou deviam ter acompanhado o produto<sup>54</sup>.

Ao produtor não basta fornecer a informação, deve ainda ver a forma como é apresentada: tamanho da fonte e demais formas de apresentação desta informação. Contudo, a apresentação do produto vai além da aparência, é ainda o conjunto de informações e

---

<sup>50</sup> SIMÕES, Fernando Dias Op cit., 2009, p.400.

<sup>51</sup> Ibid., p.394.

<sup>52</sup> Ibid., p.398 e em sentido análogo

<sup>53</sup> SILVA, João Calvão da Op cit., 1999, p.637.

<sup>54</sup> SIMÕES, Fernando Dias Op cit., 2009, p.398.

referências sobre ele, que se incluem na embalagem, publicidade, bem como outros meios de divulgação e individualização para o bom uso e conhecimento do consumidor<sup>55</sup>.

A legítima expectativa de segurança dirige-se, muitas vezes, mais à segurança externa (baseada na configuração, embalagem, forma, etiquetagem, publicidade, etc.) do que à segurança interna, ou melhor, o consumidor forma a sua decisão de adquirir um produto baseado na sua configuração externa, diminuindo a importância da estrutura e segurança interna do produto<sup>56</sup>.

Deve-se ressaltar que a escassez de informação no que tange ao produtor real não se constitui um defeito de informação, pois o produto não causa danos por omitir a referência ao seu produtor real. Por conseguinte, os produtos que carregam a marca do distribuidor não devem ser encarados como defeituosos, por faltar a indicação do produtor real, vez que a marca é alheia à segurança, mas um sinal distintivo. Contudo, o defeito de informação se comprova pela ausência de adequada instrução, aviso ou outras indicações pertinentes ao produto<sup>57</sup>.

Pertinente entender a responsabilidade cabível, já tendo conhecimento do tipo de defeito. Enquanto no defeito de fabricação a responsabilidade é objetiva, ou pelo menos quase objetiva, tendo em vista a impossibilidade de verificação de culpa por parte do produtor frente à produção em massa. Já em relação aos defeitos de informação e de desenho há quem defenda a existência de uma conduta subjetivamente censurável por parte do sujeito responsável<sup>58</sup>.

Seguindo essa ótica, a responsabilidade no defeito de informação é orientada pela culpa, já que é o produtor que decide fornecer ou não a informação ao consumidor e como vai fazer<sup>59</sup>. Com a publicação do Restatement Third of Torts, em 1997, a aplicação da responsabilidade objetiva ficou restrita ao caso dos defeitos de fabricação. Em relação aos defeitos de desenho e informação, a responsabilidade objetiva será considerada somente nos

---

<sup>55</sup> PASQUAU LIANO, Miguel. La noción de defecto a afectos de la responsabilidad civil del fabricante por daños ocasionados por productos, in "InIuria", janeiro-março de 1995, n° 5, pp. 81-128 apud SIMÕES, obra já cit., 399.

<sup>56</sup> SILVA, João Calvão da Op cit., 1999, p.638.

<sup>57</sup> SILVA, João Calvão da Op cit., 1999, p.398.

<sup>58</sup> GONZÁLES BARRIOS, Responsabilidad por productos inevitablemente peligrosos: riesgo agravado o riesgo consentido?, in "RRCCS", 2005, n° 4, p.11 apud SIMÕES, obra já cit., p.401.

<sup>59</sup> RAMOS GONZÁLES, ob. cit., p.264 apud SIMÕES, obra já cit., p. 401.



casos em que o risco fosse previsível e evitável por meio de uma aplicação cabível ao caso<sup>60</sup>. Desta feita, faz-se necessário um juízo de comparação entre o produto com defeito com uma alternativa razoável, no qual os quesitos de custo/benefício prevaleçam superiores aos valores normativos acerca da segurança<sup>61</sup>.

O defeito de informação poderá ser imputado ao titular de uma marca de distribuição, quando este tenha assumido o papel de informar o consumidor sobre o produto colocado no mercado, ou seja, quando tenha sido ele a fixar as advertências ou avisos que deveriam constar no produto. Quando o titular da marca não informou, omitindo avisos e advertências que deveriam constar no produto, os quais pudessem evitar um dano possível de prevenção, então o defeito do produto será de total responsabilidade do titular da marca<sup>62</sup>.

Em se tratando dos defeitos de desenho, se foi o titular da marca de distribuição quem determinou os pontos da composição e estrutura do produto, será ele o responsável pelo defeito, o que causa prejuízo a toda a produção, pois dão origem a danos em massa, uma vez que são aplicados em toda uma linha de produtos. Será importante conhecer a natureza da relação contratual entre o produtor real e do produtor aparente, a fim de pontuar o nível de interferência deste último na fase de fabricação<sup>63</sup>.

Quanto aos defeitos de fabricação, por serem resultados de tarefas desempenhadas unicamente pelo produtor real, será este o responsável direto no caso de apresentação de defeito, já que são erros decorrentes da efetivação do projeto<sup>64</sup>.

Destarte, possível conhecer os defeitos em seus momentos pontuais de verificação e a forma de responsabilidade determinada para cada um deles, bem como do papel assumido pela marca do distribuidor nos tipos de defeitos. Destaca-se, ainda, o papel do consumidor atingido que não precisa comprovar que tipo de defeito sofreu, tampouco qual o sujeito diretamente responsável, apenas a relação entre o defeito e o dano sofrido, a fim de obter o direito ao ressarcimento. No tocante ao demandado, assiste a tentativa de comprovar a

---

<sup>60</sup> RAMOS GONZÁLES, ob. cit., pp.138 e s. apud SIMÕES, obra já cit., p.401.

<sup>61</sup> SALVADOR CODERCH, Pablo, SOLÉ FELIU, Josep – Brujos Y aprendices. Los riesgos de desarrollo em la responsabilidade de produto, Madrid, 1999, p. 84 apud SIMÕES, op. cit., p. 401.

<sup>62</sup> SIMÕES, Fernando Dias. Marca do distribuidor e responsabilidade por produtos. Coimbra: Almedina, 2009, p.405-406.

<sup>63</sup> SIMÕES, Fernando Dias Op cit., 2009, p.406.

<sup>64</sup> SILVA, João Calvão da Op cit., 1999, p 639-643.

inexistência do defeito e, em caso de insucesso, buscará garantir o seu direito de regresso perante os demais responsáveis após o fim do litígio.<sup>65</sup>

Um dos elementos indicados pela Diretiva para determinar se um produto é defeituoso é o momento da sua colocação em circulação. Na lição de SOLÉ FELIU, o momento da colocação em circulação não é apenas mais uma das circunstâncias a ter em conta, mas sim um elemento central da definição de defeito.

### 4.3 Causas de exclusão ou redução da responsabilidade

Na intenção de alcançar uma justa repartição de riscos, correspondente a um equilíbrio entre o lesado e o produtor, a lei, longe de imputar a este uma responsabilidade absoluta, sem limites, prevê causa de exclusão ou redução de sua responsabilidade.

Estas encontram previsão na Diretiva 85/374/CEE e, ainda, nos documentos legislativos de transposição para o direito internos dos países membros. E as hipóteses possuem caráter taxativo. Assim, dispõe o artigo 7°:

O produtor não é responsável nos termos da presente diretiva se provar:

- a) Que não colocou o produto em circulação;
- b) Que, tendo em conta as circunstâncias, se pode considerar que o defeito que causou o dano não existia no momento em que o produto foi por ele colocado em circulação ou que este defeito surgiu posteriormente;
- c) Que o produto não foi fabricado para venda ou para qualquer outra forma de distribuição com um objectivo económico por parte do produtor, nem fabricado ou distribuído no âmbito da sua atividade profissional;
- d) Que o defeito é devido à conformidade do produto com normas imperativas estabelecidas pelas autoridades públicas;
- e) Que o estado dos conhecimentos científicos e técnicos no momento da colocação em circulação do produto não lhe permitiu dectar a existência
- f) No caso do produtor de uma parte componente, que o defeito é imputável à concepção do produto no qual foi incorporada a parte componente ou às instruções dadas pelo fabricante do produto.

Algumas hipóteses são propriamente justificáveis. Desta feita, cabe pontuar as peculiaridades de cada uma delas. A alínea (a), o produtor não será responsável se provar que não colocou o produto em circulação, ou seja, o ato voluntário do produtor, em ter colocado em circulação um produto defeituoso, acarreta a aplicação da responsabilidade objetiva<sup>66</sup>. A colocação de um produto com defeito no mercado, ato voluntário do produtor, é o que

---

<sup>65</sup> CALVÃO DA SILVA, Op cit, p.655-663 e SIMÕES, ob. cit., pp.389-407

<sup>66</sup> INFANTE RUIZ, La responsabilidade por daños: nexos de causalidade Y <<causas hipotéticas>>, Valência, 2002, p. 175 apud SIMÕES, ob. cit., p.408.

fundamenta a responsabilidade objetiva. O ponto alvo do conceito reside, desta forma, na *traditio* voluntária do produto, pelo seu produtor a terceiro<sup>67</sup>.

Considera-se que “colocar em circulação” significa colocar um produto, com base em ato voluntário, pelo produtor ou importador na cadeia de distribuição, ou melhor, situá-lo não apenas dos consumidores e utilizadores, como também de qualquer outra pessoa que possa integrar o produto em processos de produção ou transformação<sup>68</sup>. Cada sujeito possui um momento próprio para colocação do produto no mercado, v.g, quando o fornecedor recebe o produto para distribuição no mercado, o produtor ou importador já iniciou a colocação deste mesmo produto em circulação.

São entendidos de forma similar a ele, os quais podem ser beneficiados das causas de exclusão ou redução da responsabilidade, previstas na Diretiva. Para tanto, para cada sujeito deve ser analisado o momento específico temporal em que o produto foi colocado em circulação, para o fim de se verificar se cabe a exclusão da responsabilidade objetiva<sup>69</sup>.

Em relação ao titular da marca de distribuição, a colocação do produto em circulação é considerada quando, comercializando ou distribuindo o produto, se mostra ao consumidor como produtor. Com isso, o produtor real se responsabiliza pelos danos após a retirada do produto da fase de produção e entrada no setor de distribuição, sendo que a responsabilidade do distribuidor tem início ao adquirir os bens do produtor real, momento em que é possível colocá-los em circulação. Assim, se o produto causa dano após entrega para o titular da marca do distribuidor e antes da colocação no mercado por este, responderá unicamente o produtor real<sup>70</sup>

Se não há em relação ao titular da marca do distribuidor comprovação dos requisitos para a colocação do produto em circulação, fica este eximido de qualquer responsabilidade. Logo, se o produto foi posto em circulação pelo produtor real, e não pelo titular da marca do distribuidor, este se encontra ampara pela exclusão de responsabilidade.

---

<sup>67</sup> SILVA, João Calvão da Op cit., 1999, p.669.

<sup>68</sup> AFONSO, Maria, VARIZ, Manuel – Da responsabilidade civil decorrente de produtos defeituosos (anotação ao Decreto-Lei n° 383/89, de 6 de novembro, que transpõe a Diretiva n° 85/374/CEE do Conselho, de 25 de julho de 1985), Coimbra, 1991.

<sup>69</sup> PARRA LUCÁN, Ámbito de protección de los daños por productos (sistema y naturaliza de la responsabilidade civil previsto em la Ley 22/1994), in “InIuria”, janeiro-março de 1995, n° 5, p.39 e danos por productos y protección del consumidor, pp.526 e ss apud SIMÕES, ob. cit., p.410-411.

<sup>70</sup> SIMÕES, Fernando Dias Op. cit., 2009, p.411.

De forma mais restrita, o momento em que os produtos da marca do distribuidor são colocados no mercado à disposição do público é quando ocorre a circulação, ou seja, o pressuposto encontra-se na inserção no mercado para venda ou outras formas de distribuição e consequente lucro na atividade<sup>71</sup>.

O titular da marca de distribuição terá a responsabilidade excluída, conforme alínea (b), se comprovar que o defeito não existia quando o produto foi colocado em circulação ou que se originou em seguida. Com isso, a base da retirada da responsabilidade é a prova de que o defeito que causou o dano não existia quando da disposição do bem no mercado<sup>72</sup>.

Acerca da matéria se pronunciou o acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 27 de abril de 2004: “o momento para se aferir da existência ou inexistência de defeito é o da entrada do produto em circulação e (...) para haver exclusão da responsabilidade do produtor, é necessário que este prove a inexistência do defeito nesse momento (da entrada do produto em circulação)”. Este entendimento foi também sufragado pelo aresto do STJ de 13 de Janeiro de 2005.

Com base neste contexto, somente é responsabilizado o titular da marca do distribuidor pelos defeitos que tiveram origem no processo de fabricação e distribuição, ou melhor, que já estavam no produto até quando colocados em circulação, e que não aparecem posteriormente.

Na alínea (c), o produtor não é responsável se provar que não produziu o produto para a venda ou outras formas de distribuição de cunho econômico, nem mesmo fabricado ou distribuído no campo da sua atividade profissional.

Neste entendimento, o produtor só se exclui à responsabilidade se provar cumulativamente a inexistência dos dois pressupostos nela mencionados, quais sejam, que o produto não foi fabricado para venda ou qualquer outra forma de distribuição com objetivo econômico, v.g., como a venda, o aluguel, o *leasing* e o *franchising*, nem produzido ou distribuído no quadro da sua atividade profissional, ou seja, o fabricante tem de fazer a demonstração de que o produto foi produzido ou distribuído no exercício de uma atividade

---

<sup>71</sup> SIMÕES, ob. cit., p.413. Conforme autor, não há pronunciamento jurisprudencial sobre a matéria e que há pouca doutrina acerca desse assunto específico.

<sup>72</sup> Ibid., p.413.

privada, v.g., caso de um vidreiro que, nos tempos livres, constrói um móvel para a casa do vizinho, a título gratuito<sup>73</sup>.

No que tange à alínea (d), o produtor não é responsável se provar que o defeito é devido às leis estabelecidas pelas autoridades públicas para fabricação do produto. Isto é dizer que o produtor tem de provar o nexo de causalidade entre o defeito e a conformidade à norma imperativa<sup>74(75)</sup>.

Em sentido análogo à alínea (e), o produtor não será responsável se houver prova de que o estado dos conhecimentos científicos e técnicos existentes no momento da entrada de circulação do produto não foi suficiente para a verificação do defeito. Essa expressão traduz a importância de que o produtor deixa de ser entendido como concreto e determinado, mas sim a um ideal médio, qual seja, o sujeito que possui conhecimento acerca do avanço tecnológico para elaboração do produto<sup>76</sup>.

Tal hipótese de exclusão, apesar de difícil análise da questão dos demais sujeitos que são abrangidos pelo termo “produtor”, mas que não participam do processo de fabricação, pode ser alegada por qualquer um dos demandados. Neste contexto, sendo demandado o titular da marca de distribuição como produtor aparente, será possível a este recorrer ao produtor real a demonstração, com base na sua experiência com conhecimentos científicos e técnicos suficientes para falar sobre o assunto, que o defeito gerador do dano não poderia ser detectado. Em contrapartida, a obrigação do conhecimento enlaça todos os sujeitos considerados produtores, incluindo o titular da marca do distribuidor, considerado o produtor aparente. Contudo, é conveniente frisar que o estado da ciência e da técnica constitui a grande moldura do novo regime da responsabilidade decorrente de produtos defeituosos, a qual o produtor deve acompanhar passo a passo, sem permanecer nas normas legais existentes que, facilmente, podem ficar obsoletas<sup>77</sup>.

---

<sup>73</sup> SILVA, João Calvão da. **Responsabilidade Civil do Produtor**. Coimbra: Almedina, 1999, p.722-724.

<sup>74</sup> *Ibid.*, p.724-726.

<sup>75</sup> Assim, se a lei impuser o uso de determinada substância na feitura de um produto, o produtor não será responsável se essa substância estiver na origem do defeito causador do dano. Porém se tal substância for apenas uma das autorizadas ou permitidas por lei, o produtor não pode eximir-se à responsabilidade, com base na al d) do art. 5º do Dec.-Lei nº383/89, pois não era obrigado a usá-la.

<sup>76</sup> Acórdão de 29 de maio de 1997 (“Comissão/Reino Unido), importa, para que possam validamente ser opostos ao produtor, que os conhecimentos científicos e técnicos pertinentes tenham sido acessíveis no momento da colocação em circulação do produto em causa.

<sup>77</sup> SIMÕES, Fernando Dias. *Op cit.*, 2009, p.416-417; SILVA, João Calvão da. *Op cit.*, 1999, p.727.

Em última análise, fica a alínea (f), a qual determina que o produtor não é responsável se demonstrar que o defeito no produto é decorrente da parte incorporada ou das instruções dadas pelo titular da marca de distribuição. Esta norma é relativa ao produtor de parte componente ou matéria-prima<sup>78</sup> e, em relação à primeira alternativa, substancialmente não acrescenta nada de novo, visto o artigo 1º responsabiliza o produtor pelos danos causados por defeitos dos seus produtos; o artigo 2º, n° 1, diz que o fabricante de uma parte componente ou matéria-prima é produtor; diz que o fabricante de uma parte componente é produtor; o art. 3º, n° 1, define o produto como qualquer coisa móvel; o artigo 5º, alínea b), exclui a responsabilidade do produtor se provar a razoabilidade ou probabilidade da inexistência do defeito no momento em que põe o produto em circulação, ou seja, no momento em que foi posta em circulação, ou melhor, em que foi voluntariamente entregue ao produtor final, conforme Decreto-Lei n° 383/89.

Todavia, a parte componente em si mesma oferecia a segurança esperada; o produto final em que foi incorporada é que não, pois a aplicação daquela neste não foi mal elaborada pelo produtor final. Assim, o defeito é tão somente no produto final, não gerando a responsabilidade do produtor pela parte incorporada, até porque não é defeituosa e sim inadequada, v.g., bateria ou pneu perfeito, mas inadequado a um tipo de automóvel<sup>79</sup>.

Contudo, caso seja possível entender que o produtor real seja beneficiário de tal exclusão, com o argumento de que seguiu as orientações do produtor aparente, torna-se necessário observar o papel desempenhado por cada um dos sujeitos na fabricação do produto<sup>80</sup>.

Destarte, o artigo 8º da Diretiva afirma que a responsabilidade do produtor não é reduzida quando a intervenção de um terceiro tiver concorrido para o dano, ou seja, culposa ou não, a atuação de terceiro não diminui ou exclui a responsabilidade do produtor em relação ao prejudicado, v.g., vítima de medicamento com defeito de origem, em que o fabricante não pode alegar, por exemplo, que houve conservação deficiente por parte do farmacêutico. Já o disposto no artigo n° 2º, do mesmo artigo entende a possibilidade de haver uma redução ou

---

<sup>78</sup> Considerando que a norma correspondente da Diretiva vale, pelo seu sentido e objetivo, também para o produtor de matéria-prima, PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 48ª ed., München, 1989, p.2488 apud SILVA, João Calvão da Op cit., 1999, p.727-728.

<sup>79</sup> Se tiver influenciado no projeto do produto acabado ou executado mal o designe ou as ordens do produtor final, o fabricante da parte componente já será responsável, como poderá ser por inobservância do dever de viajar após a sua emissão no tráfico. SILVA, João Calvão da Op cit., 1999, p.2488 e pp.728-730.

<sup>80</sup> SIMÕES, Fernando Dias Op cit., 2009, p.418-419.

exclusão na responsabilidade do produtor, levando em consideração todos os aspectos da situação, principalmente, se o dano foi acarretado juntamente com um defeito do produto e culpa do lesado ou de uma pessoa que esteja na responsabilidade deste<sup>81</sup>, sendo cabível a aplicação do direito de regresso<sup>82</sup>.

Todavia, é necessária a análise do caso em questão e do entendimento sobre a amplitude da alínea (f), bem como a configuração da redução ou exclusão da responsabilidade do produtor de parte componente ou do produtor real.

#### 4.4 Prescrição e caducidade

O artigo 10º da Diretiva 85/374 estabelece sobre a prescrição:

Os Estados-membros estabelecerão na sua legislação que o direito de indenização previsto na presente diretiva prescreve no prazo de três anos a contar da data em que o lesado tomou ou deveria ter tomado conhecimento do dano, do defeito e da identidade do produtor.

Assim, a regra da Diretiva é que o direito ao ressarcimento prescreve no prazo de três anos a contar da data em que teve ou deveria ter tido conhecimento do dano, ou seja, defeito ou identidade do produtor, a qual fixou um prazo uniforme a todos os estados-membros, com a finalidade de evitar o *forum shopping*. A intenção, ao combinar os três critérios que constituem a ação de responsabilidade, é tão somente de proteger a vítima que, em alguns casos, pode até saber do dano e do defeito, mas não tem conhecimento da identidade do produtor responsável, e, em outra situação, é conhecedora do dano e da identidade do produtor, mas descobre depois que o dano é resultado de um defeito do produto<sup>83</sup>.

Vale ressaltar que na contagem do prazo prescricional se acrescentam ainda as normas que regulam a suspensão ou interrupção da prescrição, dispostas na legislação comum dos Estados-membros.

Já a caducidade possui expressão no artigo 11º, que assim aduz:

Os Estados-membros estabelecerão na sua legislação que os direitos concedidos ao lesado nos termos da presente directiva se extinguem no termo de um período de dez

---

<sup>81</sup> SIMÕES, Fernando Dias Op cit., 2009, p.418-419 e SILVA, João Calvão da Op cit., 1999, p.736.

<sup>82</sup> O objetivo é de evitar que, nas relações entre os coautores dos danos, a culpa do terceiro constitua automaticamente causa de exclusão da responsabilidade objetiva do autor apud SILVA, João Calvão da Op cit., 1999, p.736.

<sup>83</sup> Ibid., p.739-740.

anos a contar da data em que o produtor colocou em circulação o produto que causou o dano, excepto se a vítima tiver intentado uma acção judicial contra o produtor durante este período.

A fixação de prazo de caducidade visa proteger o produtor, não agradando aos consumidores, pois se trata de um prazo imperativo, peremptório, já que a única forma de se exigir o cumprimento da responsabilidade é a proposição da acção pelo lesado, do contrário, após o período de dez anos, sem qualquer acção judicial por parte da vítima contra o produtor, este é eximido de qualquer responsabilidade. Mesmo o legislador não tendo se pronunciado de forma clara acerca da natureza deste prazo, a maioria dos doutrinadores consideram um prazo de caducidade<sup>84</sup>.

O início da contagem não é unânime na doutrina. Autores defendem que o momento é marcado quando a matéria-prima, a parte integrante ou o produto acabado é posto em circulação, limitando-se a reponsabilidade dos sujeitos<sup>85</sup>. Assim, a data terá relação direta com a qualificação do sujeito, ou melhor, cada um dos sujeitos responderá apenas no decorrer de dez anos, com fundamento da sua participação no processo de produção e distribuição. Outra corrente de doutrinadores considera que o princípio da contagem é único, ou seja, a data em que o fabricante colocou o produto em distribuição<sup>86</sup>.

Conforme Cordero Cutillas,<sup>87</sup> o prazo de dez tem início a partir do momento em que o produto é colocado em circulação pelo fornecedor final. É a posição mais aceita. Assim, permite que o lesado não tenha seu direito extinto antes de decorrido o prazo de dez anos, já que o produto poderia ser colocado à disposição somente após esse prazo, o que impediria o lesado de exercer o seu direito.

Em contrapartida, considerar que a responsabilidade do produtor aparente se estenda por dez anos, com início no momento em que coloca o produto defeituoso em circulação, seria tratar de forma exagerada e dura a situação de um sujeito que nem participou da produção<sup>88</sup>.

---

<sup>84</sup> SILVA, João Calvão da Op cit., 1999, p.740.

<sup>85</sup> REGLERO CAMPOS, prescripción de acciones y limite temporal de aplicación del sistema de la Ley 22/1994, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos, in “Iniuria”, 1995, pp. 159-164 apud SIMÕES, Fernando Dias Op cit., 2009, p.421.

<sup>86</sup> CILLERO DE CABO, La responsabilidad civil del suministrador finaç por daños ocasionados por productos defectuosos, pp. 195 s. apud SIMÕES, ob. cit., p. 421.

<sup>87</sup> CORDERO CUTILLAS, La puesta em circulación em la responsabilidade civil por productos defectuosos, in “EC”, 2000, n° 53, p. 64 apud SIMÕES, Fernando Dias Op cit., 2009, p.421.

<sup>88</sup> VADILLO ROBREDO, Goreti – Notas a los <riesgos del desarrollo> o el <estado de la ciência> em la responsabilidad civil por productos defectuosos, in “Deusto”, janeiro-junho de 1998, v.46, n°1, p.268 apud SIMÕES, Fernando Dias Op cit., 2009, p.422.



Entretanto, a partir do momento em que o titular de uma marca de distribuição indica no produto sinal distintivo próprio, passa a se responsabilizar nos mesmos termos dos produtores.

Para Simões<sup>89</sup> é inexistente o fundamento para que a responsabilidade dos diferentes sujeitos dure dez anos, contados, independente do caso, com início a partir da colocação do produto em circulação pelo vendedor final. Seria em encargo muito pesado ao produtor real, tendo em vista este ter perdido influência sobre o produto há bastante tempo. Considera-se uma injustificada disparidade de tratamento entre os diversos responsáveis, ao considerar que todos os sujeitos (produtores reais e aparentes, iniciais e finais) não respondam de forma individualizada na oportunidade de colocação em circulação do bem.

Neste contexto, cada um dos sujeitos qualificados como produtor pela Diretiva responde por eventuais danos causados pelos produtos durante o prazo de dez anos, após a entrada do produto em circulação, que corresponde para cada sujeito, a um momento diferente. Contudo, como fica evidenciado, o titular da marca de distribuição é o sujeito que mais carrega a responsabilidade, posto que é último elo a colocar o produto em circulação.

No momento em que figuram numa demanda o produtor aparente e o produtor real, poderá este sair exonerado, comprovando ter passado o prazo de mais de dez anos após ter colocado o produto em circulação, v.g., com a entrega ao produtor aparente, restando, assim, o primeiro na demanda, caso o prazo de caducidade permaneça em contagem<sup>90</sup>.

#### **4.5 O direito de regresso**

No que tange ao direito de regresso, o artigo 5º da Diretiva assim expressa: “Se, nos termos da presente directiva, várias pessoas forem responsáveis pelo mesmo dano, a sua responsabilidade é solidária, sem prejuízo das disposições de direito nacional relativas ao direito de recurso.”

Conforme a orientação da Diretiva, e direcionando para a legislação portuguesa, observa-se que o artigo 6º do DL nº 383/89 dispõe:

- a) Se várias pessoas forem responsáveis pelo dano, é solidária a sua responsabilidade. Nas relações internas, deve entender-se às circunstâncias, em

---

<sup>89</sup> SIMÕES, Fernando Dias Op cit., 2009, p.422.

<sup>90</sup> Ibid., p.421.

especial ao risco criado por cada responsável, à gravidade da culpa com que eventualmente tenha agido e à sua contribuição para o dano.

b) Em caso de dúvida, a repartição da responsabilidade faz-se em partes iguais.

Contudo, a culpa torna-se um elemento fundamental para a determinação da responsabilidade na distribuição dos danos<sup>91</sup>. Em entendimento análogo segue o Código Civil português, no artigo 497º:

1. Se forem várias pessoas responsáveis pelos danos, é solidária a sua responsabilidade.

2. O direito de regresso entre os responsáveis existe na medida das respectivas culpas e das consequências que delas advieram, presumindo-se iguais as culpas das pessoas responsáveis.

Assim, caso o demandado, sujeito qualquer vitimado, tendo satisfeito o dano sofrido pelo produtor real, poderá este a posteriori reclamar do produtor que determinou as características ou instruções para a confecção do produto, o regresso do valor indenizado. Vale frisar que a responsabilidade de cada um dos sujeitos é independente da culpa. Por conseguinte, numa relação externa, a vítima possui a opção de escolher o sujeito que pretender para o polo passivo. Já na parte interna, em caso de haver sido satisfeita a pretensão indenizatória do lesado pelo produtor aparente, este poderá requerer o pagamento por parte do fabricante, responsável pelo defeito e pelo dano, conforme as regras gerais do contrato celebrado entre os sujeitos<sup>92</sup>.

A fixação do direito de regresso se limita aos corresponsáveis. Sendo assim, em relação a eventuais sujeitos considerados como terceiros pela Diretiva, incidirão as normas gerais do direito nacional<sup>93</sup>.

Torna-se imperioso fixar a culpa de cada um dos sujeitos responsáveis para a produção do dano, de forma análoga como acontece no direito de regresso, que existirá na medida da participação de cada um dos sujeitos da relação. Caso não seja possível indicar o real responsável, a indenização será distribuída de forma proporcional entre os sujeitos, e esta medida será pela atuação na fabricação do produto. A divisão das culpas deverá ser feita

---

<sup>91</sup> PINTO MONTEIRO, La responsabilité du fait des produits défectueux au Portugal, in AA. VV., Directive 85/374/EEC on product liability: ten years after, Goyens, Monique (Dir.), Lovain-la-Neuve, 1996, p. 188 apud SIMÕES, ob. cit., p. 424.

<sup>92</sup> CARNEVALI, VGO. Comentário ao artigo 3º, in ALPA, Guido, CARNEVALI, Ugo, DI GIOVANNI, Francesco, GHIDINI, Gustavo, RUFFOLO, Ugo, VERARDI, Carlo Maria, La responsabilità per danno da prodotti difettosi (DRP 24 maggio 1988, n° 224), Milão, 1990 apud SIMÕES, Fernando Dias Op cit., 2009, p.425.

<sup>93</sup> GÓMEZ LAPLAZA e DÍAZ ALABART, responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos, in “AC”, 1995, pp.520 ss. apud SIMÕES, Fernando Dias Op cit., 2009, p.425 ss.

conforme a participação de cada um dos sujeitos na produção do dano. Contudo, a priori, cabe ao fabricante assumir as consequências dos defeitos de fabricação, e, por outro lado, caberá ao titular da marca de distribuição, caso tenha influência na produção, assumir os danos oriundos do desenho do produto ou da omissão de informações para o adequado uso<sup>94</sup>.

Não há impedimento que o produtor real e o titular da marca de distribuição estabeleçam um contrato com as regras de participação de cada um na produção e da responsabilidade<sup>95</sup>.

No caso de dúvida quanto à culpa do *quantum* de participação de cada um dos sujeitos responsáveis a divisão da responsabilidade em relação à fabricação do bem defeituoso, responderá cada um em partes iguais, sendo autorizado que o produtor aparente exija do produtor real a metade do valor indenizatório pago.

Válido citar que em relação aos produtos de marca do distribuidor, os comerciantes devem ter mais atenção quanto à publicidade feita nos produtos *look-alike*, os quais procuram copiar deliberadamente o estilo das marcas de prestígio, pois os tribunais utilizam os mecanismos de *industry-wide responsibility*<sup>96</sup>. Ou melhor, caso a vítima não consiga identificar o fabricante do produto com defeito, vez que a indústria coloca em circulação produtos aparentemente idênticos, é possível os tribunais recorrerem à doutrina do *market share liability*, apesar da solidariedade dos resultados ser procedente da Diretiva.

Contudo, não consta na Diretiva o prazo para que o sujeito demandado reclame o direito de regresso. Cabe, assim, a aplicação do Direito comum, segundo o qual o direito de regresso prescreve no prazo de três anos a contar do cumprimento da obrigação, conforme disposto no artigo 498°, n° 2 do Código Civil<sup>97</sup>

---

<sup>94</sup> TROIANO, Onofrio – Produttore, in AA. VV., La responsabilità per danno da prodotti difettosi, in “LNLeggi”, 1989, p.524 apud SIMÕES, ob. cit., p.427.

<sup>95</sup> Ibid., p.524. apud SIMÕES, Fernando Dias Op cit., 2009, p.429.

<sup>96</sup> DWORKIN, Terry Morehead, SHEFFET, Mary Jane - **Product Liability in the 80s**, in “JPPM”, 1985, v.4, p.70. [Tradução nossa]

<sup>97</sup> SIMÕES, Fernando Dias Op cit., 2009, p.432.

## CONCLUSÃO

O atual direito das marcas impede que terceiros usufruam ilegitimamente da capacidade atrativa ou sugestiva da marca – as marcas de grande prestígio, as marcas notórias, o alargamento do direito de uso exclusivo com a proibição de registar uma marca em que existe um perigo de associação – e permite ao titular ressarcir-se patrimonialmente do magnetismo da sua marca, realizando diversos negócios jurídicos (onerosos), tendo a marca como objeto – transmissão da marca, licença de exploração, franquia e *merchandising* –.

Marca do distribuidor se encontra em início de estudo doutrinário e jurisprudencial, e por ser um tema de inovação desperta interesse do leitor ao tempo que necessita de aprofundada pesquisa e base de fundamentação. Contudo, fazem parte da estratégia de diferenciação das insígnias pertencentes aos grandes grupos de distribuição, sendo que a aposta, hoje, passa por apresentar diferentes gamas dessa categoria para a mesma insígnia, alicerçada em fortes campanhas comunicacionais. Por outras palavras, as MdD são, hoje, verdadeiras marcas. Contudo, para que esta avaliação favorável a elas por parte do consumidor perdure, importa uma crescente melhoria dos seus atributos, quer sensoriais, quer de *marketing* (embalagem), dados que se esbatem, cada vez mais, as diferenças de preços entre marca do distribuidor e marca de fabricante.

Por sua vez, os fabricantes, face à sua generalizada subalternização na relação de poder com os distribuidores, deverão insistir na inovação e na diferenciação, como forma de otimizar custos, bem como de melhorar os atributos sensoriais, nutricionais e de serviço das suas marcas, no sentido de criar um ciclo virtuoso a bem do consumidor. Alternativamente, poderão contratualizar com os distribuidores na produção das marcas do distribuidor.

Tomando em consideração as eventuais limitações existentes sobre a corrente de investigação, poderão ser apontadas duas questões, a saber: (a) o carácter exploratório da investigação, sem possibilidade de comparação ou prossecução de pesquisas anteriores, o qual teria não só permitido uma maior construção analítica, mas de âmbito teórico (ou dedutivo), (b) a limitação temporal para a conclusão da pesquisa não permitiu uma análise mais ampla e profunda sobre todas as informações facultadas a partir dos diversos momentos da pesquisa empreendida.

Aprioristicamente, sublinha-se que da análise legislativa resultam dois princípios tendenciais que exigem uma cuidada análise e um estudo correlacionado. Por um lado, assiste-se a um crescente desgaste de uma visão tradicionalista da marca, assente na sua função distintiva; por outro, denota-se uma progressiva tendência para a proteção da valência da marca enquanto signo, nomeadamente da sua potencialidade.

O que de concreto se problematiza é a averiguação da relevância da marca em sentido amplo e estrito, sendo o último relacionado para a marca do distribuidor, no que se refere ao sucesso ou fracasso de um produto ou serviço, pois a marca permite a divulgação dos interesses do proprietário e ainda se associa às experiências dos consumidores. Logo, trata-se de elo entre o fabricante e o cliente, no momento da escolha.

Como se propôs demonstrar ao longo desta pesquisa, entender os principais assuntos particulares da marca do distribuidor, dentre eles o papel desempenhado pelo fabricante na produção dos bens que carregam a marca daquele e os debates oriundos dessa relação de interesses e de conflitos mútuos. Os temas principais de conhecimento se relacionam com o lucro obtido pelo fabricante na confecção dos produtos do comerciante e que é determinado por este, além da disponibilização dos produtos no estabelecimento comercial (guerra das prateleiras) à livre vontade do comerciante, o uso da publicidade por parte de quem não colaborou com tal investimento, a subversão da ideia da marca e da função distintiva e, por fim, a concorrência desleal, que pode ser visualizada sempre que um dos sujeitos prejudica a livre escolha do consumidor ou camufla a existência de uma concorrência com produtos próprios.

No que respeita à responsabilidade civil, é vista na marca do distribuidor por conta da necessidade de responder pelos produtos defeituosos colocados à disposição dos consumidores. Desta feita, tendo em vista o comerciante abraçar a função de titular da marca, natural responder por eventuais danos causados a terceiros. Argumentos são feitos quanto à classificação do comerciante, em relação ao grupo de elementos que responde pelas consequências dos defeitos dos produtos postos em circulação no mercado, são eles: o produtor real, o importador, o fornecedor e o produtor aparente. Contudo, o comerciante pode ser enquadrado como qualquer um destes sujeitos, conforme papel desempenhado frente à fabricação do produto e consumidor.

Destaca-se, que a marcas do distribuidor são as únicas marcas pelas quais os retalhistas são responsáveis, pois são eles que a promovem, encarregam-se da sua colocação nas estantes e do seu preço. Mas toda essa responsabilidade abarca também outros aspectos da marca, como: o tamanho, a cor, rótulo, forma e a arte da embalagem da marca do distribuidor, assim como a qualidade e o sabor. Todo esse esforço faz o sucesso da marca do distribuidor mais desejado.

Todo este aspecto pelo qual os retalhistas são responsáveis permite-lhes diferenciarem-se dos seus concorrentes. Desta forma, as marcas do distribuidor transformaram-se numa ferramenta importante para os retalhistas no que respeita ao posicionamento e diferenciação.

Assim, considera que foi possível o entendimento da marca do distribuidor no mercado atual, bem como o seu progresso, acarretado pela maior procura dos consumidores que, de fato, em contexto de recessão econômica, tendem a escolher produtos mais baratos e com uma qualidade crescente, ou melhor custo/benefício. Outras considerações poderão recair junto de posições alicerçadas sobre a maior ou menor sensibilidade face às opiniões dos outros, ou o grau de controlo (i.e., facilidade ou dificuldade) que um consumidor tem para a realização de uma compra, o qual pode envolver múltiplas variáveis (ex: meios financeiros, deslocação ao ponto de venda, etc.).

Para tanto, notória a evolução do mercado em prol da melhoria da qualidade dos produtos e serviços para os consumidores. Importa deter particular atenção nas sucessivas alterações legislativas de modo a tentar descortinar uma continuidade progressiva no entendimento positivo do problema, restando uma evolução em conjunto das leis internacionais e nacionais, a fim de resguardar os direitos dos sujeitos envolvidos, seja o fabricante, comerciante ou o consumidor, que acaba sendo o lado mais prejudicado da relação, quando há existência de defeitos nos produtos dispostos no mercado.

## REFERÊNCIAS

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. **Curso de Direito Comercial**. v.1. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

ABREU, Pedro Miguel Cerqueira de. **A marca do distribuidor como fator estratégico na grande distribuição**. Mestrado apresentado em Gestão e Estratégia Industrial da Universidade Técnica de Lisboa. Lisboa. 2006.

ALMEIDA, Alberto Ribeiro de. Denominação de Origem e Marca. **BFDC**, Coimbra Editora, 1999.

\_\_\_\_\_. Denominação de Origem Colectivas e das Denominações de Origem. **ROA**, Ano 7, n.º 1 e 2.

ASCARELLI, Tullio, **Teoria della concorrenza e dei beni immateriali**, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore

ASCENSÃO, José de Oliveira. As funções da marca e os descritores (metatags) na internet. **Revista da ABPI**, n.66, p.44-52, nov./dez. 2002.

ASENSÃO, José de Oliveira. **Concorrência desleal**. Coimbra: Almedina, 2002.

\_\_\_\_\_. **Direito Comercial**. Lisboa: [s.c.e.], 1994.v.1.

BARRO, José Luís Rio. **Las funciones de la denominación social**, ADI, 1999.

BIANCA, Cesare Massimo. **Diritto civile. La responsabilita**. V, Milano: Giuffrè, 1994.

CAEIRO, Francisco José, **Do nome comercial e industrial**, Tipografia Universal, Lisboa, 1918;

CANNARSA, Michel. **La responsabilité du fait des produits défectueux** – étude comparative. Milano: Giuffrè, 2005.

CARDOSO, A.; ALVES, P. “Atitude dos consumidores relativamente à marca dos distribuidores”. **Revista da faculdade de ciências humanas e sociais – UFP**, n.5, 2008.

CARVALHO, Américo da Silva. **Concepção jurídica de uma marca nova?**, In AA. VV., estudos em homenagem ao Prof. Doutor Raul Ventura, Lisboa, 2003.v.2.

CARVALHO, Américo Silva. Usos Atípicos das Marcas (Função da Marca). In: APDI – Associação Portuguesa de Direito Intelectual. **Direito Industrial**. Coimbra: Almedina, jul., 2002.

CARVALHO, Orlando de. **Direito das Coisas**. Coimbra: Centelha, 1977.

CARVALHO, C.; CUNHA, S. **Marcas de distribuidor em Portugal**. Lisboa: Aje Sociedade Editorial, 2004.

CASTELO, J.; BATISTA, P. “Considerações teóricas sobre a marca: origens, conceitos, vantagens e desvantagens”. **Revista cient. ciências administrativas**, Fortaleza, v.11, n. especial, 2005.

CATALDO, Vincenzo di. Note in tema di comunione di marchio. **Rivista di Diritto I Segni Distintivi**, Corso di Diritto Industriale, Diretto da Mario Libertini, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1985.

CERQUEIRA, João da Gama. **Tratado da Propriedade Industrial**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1946.v.1.

CESÁRIO, Gustavo. **Marcas: da construção à avaliação de Brand Equity**. 2002. Dissertação (Mestrado em administração de empresas) – Escola de Administração de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. São Paulo: FGV, p.13.

CIONTI, Ferdinando, **La funzione del marchio**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1988.

COBRA, Marcos. **Administração de marketing**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1992.

CÓDIGO Civil Português. 2013. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2013.

CÓDIGO de Propriedade Industrial. 2008. 2. ed. Lisboa: Dislivro, 2008.

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.v.1.

COELHO, J. G. PINTO. Lições de Direito Comercial. v.1, 3. ed. Revista, **Lisboa**, Cento tipográfico Colonial, 1957.

\_\_\_\_\_. **O problema da protecção da marca quando usada por terceiros para produtos não identificados nem similares, BFDC**. Coimbra: Coimbra, 1955.

\_\_\_\_\_. **Lições de Direito Comercial**. 3. ed. Lisboa, 1957.v.1.

\_\_\_\_\_. O problema da conversão da marca em denominação genérica. **RLJ**, 93º, n.º 3181.

CONVENÇÃO da União de Paris. Disponível em: <[https://pt.wikisource.org/wiki/Conven%C3%A7%C3%A3o\\_da\\_Uni%C3%A3o\\_de\\_Paris\\_para\\_a\\_Prote%C3%A7%C3%A3o\\_da\\_Propriedade\\_Industrial,\\_revis%C3%A3o\\_de\\_Estocolmo\\_\(1967\)](https://pt.wikisource.org/wiki/Conven%C3%A7%C3%A3o_da_Uni%C3%A3o_de_Paris_para_a_Prote%C3%A7%C3%A3o_da_Propriedade_Industrial,_revis%C3%A3o_de_Estocolmo_(1967))>. Acesso em: 21 maio 2015.

CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento (CE) n.º 207/2009**, do Conselho de 26 de fevereiro. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32009R0207>>. Acesso em: 21 maio 2015.

CORREIA, António Ferrer. **Lições de direito comercial**. Coimbra: Coimbra, 1994.v.1.



CORREIA, António Ferrer; SERENS, Manuel Nogueira, A composição das marcas e o requisito do corpo do artigo 78.º e do § único do art. 201 do Código de Propriedade Industrial. **RDE**, Anos XVI a XIX 1990 a 1993, Coimbra.

CORREIA, Pupo. Direito Comercial. **Ediforum**, 8. ed. Lisboa, 2003.

DIRETIVA 85/374/CEE do Conselho de 25 de julho. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:31985L0374>>. Acesso em: 15 set. 2014.

DIRETIVA 1999/44/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 25 de maio. Disponível em: <[http://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/pdf\\_internacional/directivas/directiva-1999-44-ce/internacional/directivas/directiva-199944ce/](http://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/pdf_internacional/directivas/directiva-1999-44-ce/internacional/directivas/directiva-199944ce/)>. Acesso em: 15 set. 2014.

DIRETIVA 2001/95/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 3 de Dezembro. Disponível em: <<http://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/pdf-internacional/directivas/directiva-199944ce/downloadFile/file/DIR44.1999.pdf?nocache=1220367544.18>>. Acesso em: 15 set. 2014.

DIRETIVA/2008/95/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 22 de outubro. Disponível em: <<http://old.eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:299:0025:0033:PT:PDF>>. Acesso em: 15 set. 2014.

DWORKIN, Terry Morehead, SHEFFET, Mary Jane - **Product Liability in the 80s**, in “JPPM”, 1985, v.4, p.70.

FARQUHAR, Peter. Managing Brand Equity. **Marketing Research**. [s.l]: [s.n.], p.1-11, set., 1989.

FERREIRA, Alcina Gaspar. **Valores pessoais, percepções de preço e compra da marca do distribuidor**. (Tese de doutorado) - Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, 2010, p.16-21.

FRANCESCHELLI, Remo. **Sui Marchi di Imprensa**. 4. ed. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1998.

\_\_\_\_\_. Il marchio del creatori del gusto e della moda. **Contratto e impresa**, 3, 1988.

GALGANO, Francesco. **Il marchio nei sistemi produttivi integrati**: sub-forniture, gruppi di società, licenze, merchandising, **Contratto e impresa**, 1987.

KAPFERER, Jean-Noel. **A gestão das Marcas, Capital da Empresa**. 2. ed. Mem. Martins: Edições CETOP, 2000.

KOTLER, PHILIP. **Marketing para o século XXI**: Como criar, conquistar e dominar mercados. Tradução Bazám tecnologia e lingüística: Cristina Bazám. 6. ed. São Paulo: Futura, 1999.

LAMBIN, Jean Jacques. “**Marketing estratégico**”. 4. ed. Portugal: Macgrow Hill, 2000.

LEHMANN, Michael. Rafforzamento della Tutela del Marchio attraverso le norme sulla concorrenza sleale. **Revista di Diritto Industriale**, 1988.

LEITÃO, Luís Menezes, **Nome e insígnia do Estabelecimento, Direito Industrial**. Coimbra: Almedina, 2001.v.1.

MARQUES, J. P. Remédio. **Lições de Direito Comercial**. Coimbra, 1995.

MASSA, Giovanni, **Funzione attrattiva e autonomia del marchio**, Jovene Editore, 1994;

MANDHACHITARA R.; SHANNON R.; HADJIAHARLANBAUS. Why private label grocery brands have not succeeded. In Asia, **Journal of Global Marketing**, 2007.

MANGINI, Vito. Il Marchio fra concorrenza e monopolio, (un`introduzione allo studio dei marchi d`impresa, **RDC**, Ano 1977.

MARTINS, José. **A natureza emocional da marca** – como escolher a imagem que fortalece sua marca. 5. ed. São Paulo: Negócio Editora, 2000.

MASSA, Giovanni. **Funzione attrattiva e autonomia del marchio**. Jovene Editore, 1994.

MENDEZ, L.; LINDON, P. “Processo de decisão de compra e estratégia de publicidade”. **Revista de administração**, v.8, p.1-13, 2008.

MENEZES, Antonio Cordeiro. **Manual de direito comercial**. vl.1, Livraria Almedia, Coimbra, 2001.

MENEZES LEITÃO, Luís. **Direito Industrial**. Coimbra: Almedina, 2001.v.1.

MONTESANTO, N. Marcas próprias em quatro gerações. **Revista propaganda**, p.70-75, jun. 2010.

MONTEIRO, Cesar Bessa. **Direito industrial**. Coimbra: Livraria Almedina, 2001.v.1.

OLAVO, Carlos. **“Propriedade Industrial”**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2005.

\_\_\_\_\_. **Sinais distintivos do comércio e concorrência desleal**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2005.

PACHE, G. Private Label development: the large food retailer faced with the supplier’s opportunism, **The Service Industries Journal**, v.27, n.2, 2007, p.175-188. [Tradução nossa]

PEREIRA, Alexandre Dias, **“Meta-Tags”, Marca e Concorrência Desleal, Direito Industrial**. Coimbra: Almedina, 2002.v.3.

PEREIRA, Inês. “Marcas de supermercado”. **Revista de administração de empresas (RAE)**, n.41, p.16-27, 2001.

PINHO, José Benedito. **O poder das marcas**. São Paulo: Summus, 1996.

PRIVATE LABEL MANUFACTURERS ASSOCIATION - PLMA. “**Store brands achieving new Heights of consumer popularity and growth**”. 2011. Disponível em: <<http://plma.com/storeBrands/sbt09.html>>. Acesso em: 10 mar. 2015.

PRIVATE LABEL MANUFACTURERS ASSOCIATION - PLMA. “**Private Label gains in Europe**”. 2011. Disponível em: <[http://www.plmainternational.com/en/private\\_label\\_en3.htm](http://www.plmainternational.com/en/private_label_en3.htm)>. Acesso em: 17 mar. 2015.

PORTUGAL. Decreto-Lei n° 383/89 de 6 de novembro. **Diário da República**. Disponível em: <<http://www.arbitragemdeconsumo.org/images/file/Legislacao/DL-383-89.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2014.

RAVA, Tito, **Diritto Industriale**, Vol. I, Azienda, Segni distintivi-concorrenza, Seconda Edizione, UTET, Torino.

**Revista de legislação e de jurisprudência**. Ano 141, n.3975, p.374, jul./ago. 2012.

ROBERTS, Kevin. **Lovemarks: o futuro além das marcas**. São Paulo: M. Books, 2005.

ROSSEAU, J. A. “**Manual de distribuição** – uma visão global e estruturante da moderna distribuição”. Control Jornal Editora. 1997.

RIES, Al; RIES, Laura. **A origem das marcas: Descubra as leis naturais da inovação e da sobrevivência de produtos e empresas**. São Paulo: M Books do Brasil Editora Ltda, 2006.

RIES, A. TROUT J. **Positioning: The Battle for your Mind**. 2. ed. EUA: McGraw Hill, 2000.

SALGUEIRO, S. O novo rumo para as marcas próprias. **Revista HiperSuper**, p.62-64, mensal, 1994.

SAMPAIO, Rafael. **Marcas de A a Z: Como construir e manter marcas e sucesso**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2002.

SERENS, Manuel Nogueira. **A monopolização da concorrência e a (Re-)emergência da tutela da marca**. Coimbra: Edições Almedina, 2007.

\_\_\_\_\_. “A Proibição da Publicidade Enganosa: Defesa dos Consumidores ou Protecção (de alguns) dos Concorrentes?”. In AA.VV.: **Comunicação e Defesa do Consumidor**. Coimbra: Instituto Jurídico da Comunicação da Universidade de Coimbra, 1996.

\_\_\_\_\_. **A vulgarização de marca na directiva 89/104/CEE**, de 21 de Dezembro de 1988, Separata do numero especial do BFDC – Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Ferrer Correia, Coimbra, 1995.

SILVA, Pedro Sousa. **Direito Industrial: noções fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 2011.

\_\_\_\_\_. **A proibição da publicidade enganosa: defesa dos consumidores ou protecção (de alguns) concorrentes, comunicação e defesa do consumidor**. Coimbra: Coimbra, 1996.

SILVA, Pedro Sousa. **Da tutela da Marca Célebre à Tutela da Marca de Grande Prestígio, Um caminho que deveria ser percorrido?**, Seminário de Propriedade Industrial, Lisboa, 1995.

SILVA, Pedro Sousa. **Direito Industrial: noções fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 2011.

\_\_\_\_\_. O Princípio da especialidade das marcas, a regra e a exceção, **ROA**, ano 58, jan. 1998.

SILVA, João Calvão da. **Responsabilidade Civil do Produtor**. Coimbra: Almedina, 1999.

SIMÕES, Fernando Dias. **Marca do distribuidor e responsabilidade por produtos**. Coimbra: Almedina, 2009.

SCHECHTER, Frank. Rational Basis of Trademark Protection. **Harvard Law Review**, Vol. XL, 1927.

SWANN, Jerre. Dilution redefined for the year. **The Trademark Reporter**, v.92, n.3, 2002.

ULHÔA, Fábio. **Curso de Direito Comercial**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.v.1.

VANZETTI, Adriano. Funzione e Natura Giuridica del Marchio. **RDC**, 1961.

VANZETTI, Adriano; DI CATALDO. **Manuale di Diritto Industriale**. 3. ed. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2000.