



FDUC

FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Mestrado em Direito Empresarial

Suyane Priscila Jansen Costa Siqueira

Marca do Comerciante: A Inovação no mercado e a
Responsabilidade Objetiva.

Dissertação de Mestrado em Direito
Empresarial, realizada sob a orientação do
Senhor Doutor Manuel Couceiro Nogueira
Serens, Professor da Faculdade de Direito da
Universidade de Coimbra.

Outubro de 2013

Coimbra

UNIVERSIDADE DE COIMBRA
FACULDADE DE DIREITO
2º CICLO DE ESTUDOS EM DIREITO

Marca do Comerciante: A Inovação no mercado e a
Responsabilidade Objetiva.

Suyane Priscila Jansen Costa Siqueira

Dissertação apresentada no âmbito do 2º Ciclo
de Estudos em Direito da Faculdade de Direito
da Universidade de Coimbra.
Menção em Direito Empresarial.
Orientador: Professor Doutor Manuel Couceiro
Nogueira Serens.

Outubro de 2013

Coimbra

Marca do Comerciante: A Inovação no mercado e a
Responsabilidade Objetiva.

Dissertação apresentada no âmbito do 2º Ciclo
de Estudos em Direito da Faculdade de Direito
da Universidade de Coimbra.

Menção em Direito Empresarial.

Orientador: Professor Doutor Manuel Couceiro
Nogueira Serens.

Banca Examinadora.

Nome

Assinatura_____

Julgamento_____

Nome

Assinatura_____

Julgamento_____

Nome

Assinatura_____

Julgamento_____

Agradecimentos

O presente estudo é produto do auxílio e do apoio de pessoas que foram essenciais durante os dois anos de aulas e pesquisas.

Primeiramente, gostaria de agradecer humildemente ao Senhor Doutor Nogueira Serens, orientador desta dissertação, e que desde o primeiro contato, ainda nas aulas de Propriedade Industrial, foi de uma cordialidade e disponibilidade incomparáveis.

Direciono ainda meu agradecimento às pessoas que dividiram comigo a tarefa intensa de morar em outro país em busca de um sonho profissional. Não citarei nomes por que tenho certeza que cada um sabe a importância que tem em minha vida.

Agradeço ainda aos novos amigos, brasileiros, portugueses e angolanos, que conheci durante as aulas e que se mostraram sempre muito atenciosos e dispostos a me ajudar.

Sou grata ainda as minhas amigas de trabalho Caroline, Déborah e Luciana, que sempre me apoiaram nos momentos de dúvida, medo e preocupação.

Agradeço imensamente a meus pais e aos meus irmãos, que me incentivaram a buscar novos caminhos profissionais. Sem vocês este trabalho não seria possível.

Por fim, agradeço a toda a minha família e amigos, que ficaram na torcida para que eu chegasse a este momento.

Resumo

Hodiernamente, quando as pessoas possuem inúmeras marcas nos estabelecimentos comerciais à livre disposição, possível sequestionar até que ponto estas são compreendidas e individualizadas pelos consumidores.

Neste sentido, o objetivo deste trabalho é conhecer o momento de surgimento da marca em sentido amplo e as suas particularidades essenciais, a fim de restringir a análise para a marca do comerciante, incluindo o nascimento, seu crescimento como uma marca independente e a posição atual de líder perante algumas marcas de fabricante.

Será possível entender de forma mais completa os aspectos inerentes ao consumidor no momento da escolha de uma marca em detrimento de outra, muitas vezes com qualidade similar. E também a relevância própria de todos os requisitos que constroem uma marca.

Ponto de grande importância deste estudo se concentra na responsabilidade oriunda da marca do comerciante, ou seja, a responsabilidade civil que passa a carregar pelo fato de indicar em produto ou serviço a sua marca.

Logo, o presente estudo busca compreender a relação fabricante – comerciante e mais precisamente a relação marca – consumidor.

Palavras-chave: marca; marca do comerciante; fabricante; consumidor; responsabilidade por produtos.

Abstract

Nowadays, when people have numerous brands in shops freely available, it is possible to be questioned to what extent these brands are understood and individualized by consumers.

In this sense, the objective of this study is to understand the time of the brand emergence in a broad sense and its special essential features, in order to restrict the analysis to the marketer's brand, including its birth, its growth as an independent brand and the current leader position before some manufacturer brands.

It will be possible to fully understand the aspects of the consumer at the time of choosing one brand over another, often with similar quality. And also the very relevance of all the requirements that build a brand.

A very important point of this study focuses on the responsibility arising from the marketer's brand, in other words, the liability which shall indicate in the product or service its brand.

Therefore, this study seeks to understand the relationship among manufacturer - merchant and more precisely the relationship among brand - consumer.

Keywords: marketer's brand, brand, manufacturer, consumer, product liability.

Sumário

Introdução	9
Capítulo I – A Marca	11
1. História da Marca.....	11
2. Conceito de Marca.....	13
3. Elementos da Marca.....	18
3.1. Elementos Tangíveis e Visíveis.....	18
3.1.1. Nome.....	18
3.1.2. Logotipo.....	20
3.1.3. Slogans.....	22
3.1.4. Embalagem.....	23
3.2. Elementos Intangíveis e Invisíveis.....	24
3.2.1. Identidade da Marca.....	24
3.2.2. Personalidade da Marca.....	26
4. Funções da Marca.....	28
4.1. Função de Indicação da Procedência.....	29
4.2. Função Publicitária.....	31
4.2. Função Distintiva da Marca.....	34
Capítulo II – A Marca do Comerciante	37
1. História da Marca do Comerciante.....	38
2. Conceito da Marca do Comerciante.....	41
3. Tipos de Marcas do Comerciante.....	43
3.1. Produtos sem marca.....	44
3.2. Produtos com marca.....	45
4. Função Distintiva da Marca do Comerciante.....	48
Capítulo III – Aspectos Inerentes ao Estudo da Marca do Comerciante ..	52
1. A Figura do Fabricante como Produtor da Marca do Comerciante.....	52
2. Pontos de Debate da Marca do Comerciante.....	54
3. Concorrência Desleal.....	58
Capítulo IV - A Responsabilidade Civil na Marca do Comerciante	64
1. Os Sujeitos.....	65
1.1. O Produtor Real.....	67

1.2. O Importador.....	67
1.3. O Fornecedor.....	68
1.4.O Produtor Aparente.....	69
2. A Responsabilidade da Marca do Comerciante.	72
2.1. A Responsabilidade Objetiva por Produtos.	74
2.2. A Verificação do Produto Defeituoso.	76
3. A Relação Contratual entre o Fabricante e o Comerciante.....	81
4. A Qualificação do Sujeito como Responsável Civil.	86
4.1. Produtor Real.....	87
4.2. Importador.	89
4.3. Fornecedor.	90
4.4. Produtor Aparente.....	91
5. As Hipóteses de Redução ou Exclusão da Responsabilidade Objetiva. ...	94
6. Prescrição, Caducidade e Direito de Regresso.....	99
Conclusão	105
Bibliografia	108

Introdução

A marca é alvo de interesse dos mais variados campos de estudo, seja econômico, social e/ou jurídico. E foi a partir desta relevância que surgiu o interesse pessoal para o tema desta dissertação. Neste sentido, no decorrer destas linhas, será possível entender mais profundamente a sua evolução ao longo dos anos e a importância da marca no mercado atual.

Caminhando mais além da marca em sentido lato, possível se deparar com a marca do comerciante, 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 pelos consumidores por produtos mais acessíveis e de boa qualidade.

Desta forma, a fim de obter a melhor compreensão, o presente texto foi dividido em quatro capítulos estruturais, nos quais são analisados os aspectos essenciais da marca em sentido amplo, da marca do comerciante e das consequências jurídicas decorrentes desta.

No primeiro capítulo se verifica o berço da marca, o seu conceito, ou seja, a sua forma de identificação, os elementos principais para a sua formação e a função inerente da marca perante os consumidores e o mercado.

Já no segundo capítulo, será permitido o conhecimento mais direcionado para a marca do comerciante, englobando o histórico, a denominação legal, as formas de enquadramento e ainda a função própria desta marca.

Avançando mais no estudo, o terceiro capítulo elenca alguns pontos intrínsecos ao estudo sobre a marca do comerciante, dentre eles o papel

desempenhado pelo fabricante na confecção de produtos com a marca de terceiro e a concorrência desleal perceptível em enquadramentos atuais.

Por fim, no quarto capítulo, será possível compreender a responsabilidade civil dos produtos que indicam a marca do comerciante, tal aplicação jurídica se justifica pela abrangência de funções que o comerciante passa a possuir no momento da disposição de marca própria em produto colocado em circulação. Logo, importante conhecer mais sobre o regime da responsabilidade civil, a sua forma de configuração, os sujeitos possíveis de responder perante o consumidor por produtos defeituosos e ainda os casos especiais de redução, exclusão, caducidade, prescrição e direito de regresso.

Capítulo I – A Marca.

1. História da Marca.

O termo marca possui origem antiga. Pode-se considerar que seu início se baseia no ato de “*queimar*” a manada com fogo, objetivando identificar e distinguir os animais de cada produtor. Originaram-se juntamente com as primeiras trocas comerciais por meio de sinais rudimentares que eram escritos de forma quase sempre ilegível sobre os produtos, e que pretendiam autenticar a procedência destes¹. Foi nesse entendimento primário de marcar um objeto ou animal, que inúmeros exemplos surgiram ao longo dos tempos, como v.g., as marcas próprias dos artesãos no século V, a.C., as identidades criadas pelos artistas renascentistas², as tatuagens, em sua forma tribal, utilizada pelos índios e outros grupos, e ainda a moderna, que tanto se difundiu na sociedade, até enfim chegar na assinatura escolhida por cada pessoa³.

Entretanto, foi durante a Revolução Industrial⁴ e o crescimento amplo do mercado produtivo, que se fez essencial a figura da marca conhecida, consequência direta das técnicas de promoção e venda. Os fabricantes tinham nesse período grande interesse na diferenciação de seus bens, face a grande

¹ CARVALHO, J.M. Crespo de; CUNHA, Susana Marques de. **Marcas do distribuidor em Portugal**: manual e estudo prático. 1998. Lisboa. Sociedade Editorial. Cap. I, p. 15 – 16.

² Período que marcou o fim da Idade Média e início da Idade Moderna, entre os séculos XIII e XVII, que representou uma evolução na visão da arte, filosofia e ciência. Se caracterizou pela redescoberta da cultura oriunda da antiguidade clássica. É considerado por muitos estudiosos como o período de conhecimento do homem e do mundo.

³ Neste sentido, Nogueira Serens. **A Monopolização da Concorrência e a (Re) – Emergência da Tutela da Marca**. Almeida. Coimbra. Cap IV. p. 589 – 683, permite uma viagem no tempo, a fim de conhecer profundamente a origem da marca e as suas transições até o tempo atual, passando pelas Idade Antiga, Idade Média e Moderna, até chegar na visão do mercado e do comerciante.

⁴ Momento histórico de profunda mudança na produção industrial que afetou a economia e a sociedade da época (século XIX). A máquina passou a ultrapassar o papel do homem na produção, as nações começaram a negociar de forma mais habitual e nasceu a cultura de massa. Foi o momento decisivo na diferenciação entre a manufatura – artesão na frente da produção dos bens – para a industrialização – máquina acima do homem e a perda do controle produtivo pelos trabalhadores, vez à figura do patrão.

quantidade de concorrentes e a evolução econômica da época. Assim nasceram as primeiras marcas comerciais.

Na sequência, os países europeus já industrializados, começaram a proteger através de lei as marcas criadas para os produtos e serviços oferecidos pelas empresas, aspecto que apenas se desenvolveu ao longo dos anos, assim como o papel da marca no mercado, permitindo hodiernamente a visualização de que praticamente todos os bens à disposição do consumidor possuem uma marca e uma relevância própria decorrente desta.

O início do século XX foi de extrema importância, vez que coincidiu com três momentos importantes para o mercado produtivo, quais sejam, a ênfase da figura das marcas, o nascimento dos mercados de massa⁵ e ainda a evolução do *marketing* nos Estados Unidos da América. Já em Portugal esse período surgiu após os anos cinquenta. Esses momentos ao se aproximarem, produziram um crescimento rápido do que até então se entendia por mercado, quando o nascimento de uma marca não possuía grandes mistérios e a publicidade era facilmente contratada e eficaz para a divulgação do bem. Tãmanha era a tranquilidade das empresas, que estas se permitiam fazer experiências com a produção, muitas vezes com baixa possibilidade de sucesso e até mesmo a negligenciar o controle das suas marcas.

Com a evolução supracitada, os especialistas no assunto começaram a entender que o *marketing* objetiva não apenas o imediato retorno do mercado e do consumidor, mas sim uma pretensão a longo prazo no desenvolvimento das marcas e do seu capital. Tanto é assim, que a marca encontra-se

⁵ Mercado onde a produção, a distribuição e a promoção dos produtos ocorre de forma massificada, sem uma grande segmentação do mercado.

firmemente relacionada à definição de estratégia de uma empresa e na sua forma de abordagem publicitária.

Quanto mais uma marca é comercializada, mais força adquire perante os concorrentes no mercado, o que permite uma melhor relação interna e uma maior possibilidade de arriscar em novos produtos ou variações destes. Este é o objetivo maior de qualquer marca ao longo da evolução do tema⁶.

2. Conceito de Marca.

A Marca pode ser compreendida, conforme o artigo 222.º, 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 forma do produto ou da respectiva embalagem, desde que sejam adequados a distinguir os produtos ou serviços de uma empresa perante outras empresas⁷.

Desta forma, é uma realidade perceptível aos sentidos, que objetiva diferenciar / individualizar a origem dos produtos ou serviços de uma empresa em comparação as concorrentes pelo consumidor. Na opinião de Carlos Olavo⁸, a marca deve ser entendida como a primeira e mais relevante dentre os sinais distintivos. A finalidade maior da marca é neste sentido, apontar ao consumidor a origem do produto ou serviço colocado a sua disposição no mercado, bem como proteger tanto o cliente quanto o fabricante de possíveis

⁶ ABREU, Pedro Miguel Cerqueira de. **A marca do distribuidor como factor estratégico na grande distribuição**. Mestrado apresentado em Gestão e Estratégia Industrial da Universidade Técnica de Lisboa. 2005. Lisboa. Cap. II, p. 9 – 10.

⁷ No mesmo sentido afirma FERREIRA, Alcina Gaspar. **Valores Pessoais, Percepções de Preço e Compra da Marca do Distribuidor**. 2010. Dissertação de Doutoramento da Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra. p. 16 – 21.

⁸**Propriedade Industrial**. Vol. I. 2005. Coimbra. Almedina. Cap. III. p. 71.

concorrentes que coloquem produtos ou serviços praticamente idênticos em circulação⁹.

Todavia, a conceituação vai além da distinção de produtos ou serviços, aproximando-se também do significado psicológico que cada consumidor adquire sobre determinada marca, ou seja, aspectos funcionais e emocionais que garantem a marca um caráter intangível ao ser comparado com outros sinais distintivos¹⁰. Nessa compreensão, a marca garante identidade ao produto ou serviço, permitindo que o consumidor relacione o seu entendimento pessoal sobre a marca ao bem colocado em circulação.

Para que tal relação se configure é essencial que o consumidor conheça a marca ao longo do tempo e que sua experiência tenha sido satisfatória, o que permite a rapidez no momento da compra ou a sua total exclusão, caso os contatos anteriores tenham sido negativos. A marca pode ser recebida pelo cliente como uma garantia de segurança ou de prejuízo, de acordo com a relação anteriormente vivida.

A marca também é compreendida como símbolo que o consumidor utiliza para expressar a sua forma de entendimento sobre a sociedade, seu estilo de vida, valores, crenças e um grupo diverso de entendimentos sociais. Razão esta que justifica o valor excessivo de algumas marcas, v.g., Nike, Louis Vuitton, BMW, entre outros, que priorizam o bem estar e a seleção de consumidores pertencentes a uma classe social mais elevada e onde os próprios clientes aceitam o preço do produto ou serviço por desejarem mostrar para a sociedade que fazem parte deste grupo. O mesmo ocorre com

⁹ ABREU, Jorge Manuel Coutinho. **Curso de direito comercial**. Vol. I. 2006. Almedina. Coimbra. p. 354-355.

¹⁰ NEVES, Ana Paula Matos das. **Determinantes do valor da marca na roupa exterior**: marcas fabricantes/ marcas distribuidor. Dissertação de mestrado apresentado na Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra. 2010. Coimbra. Cap. 2, p. 7 -9.

as marcas mais populares, que objetivam um contato mais próximo com a classe social mais baixa¹¹.

Deve-se compreender que a publicidade está diretamente relacionada ao sucesso da marca e as pretensões das empresas em formular um sentido de orientação para o negócio, permitindo assim que a ideia de uma marca se altere ao longo do tempo, conforme a evolução do mercado e da própria empresa¹², sem nunca perder o seu objetivo inicial, vez que se assim o for, poderá arruinar a sua identidade diante os consumidores. O que se modifica no decorrer dos anos é a forma de divulgação do produto ou serviço, ou seja, a escolha da publicidade para atingir os consumidores, sejam estes fieis ou consumidores em potencial. Logo, deve-se entender que a identidade da marca é criada todos os dias, entretanto, sem esquecer o seu núcleo base, qual seja, a promessa original do produto ou serviço¹³.

Assim, a relevância no campo estratégico da marca é decorrente da sua capacidade de identificação, de memorização e de diferenciação dos produtos ou serviços. O que permite apontar alguns objetivos da marca¹⁴, quais

¹¹ Cfr. NEVES, ob. cit., pag. 11.

¹² De acordo com Jorge Manuel Coutinho de Abreu, ob.cit., p. 357, a marca não tem a obrigatoriedade de registro por empresário, sendo cabível o registro por não – empresário, conforme alteração oriunda do DL 40/87, de 27 de janeiro e do artigo 225.º, do Código de Propriedade Industrial, que assim afirma: “O direito ao registo da marca cabe a quem nisso tenha legítimo interesse, designadamente: a) Aos industriais ou fabricantes, para assinalar os produtos do seu fabrico; b) Aos comerciantes, para assinalar os produtos do seu comércio; c) Aos agricultores e produtores, para assinalar os produtos da sua atividade; d) Aos criadores ou artífices, para assinalar os produtos da sua arte, ofício ou profissão; e) Aos que prestam serviços, para assinalar a respectiva atividade.”. O Estado também pode ter marca própria registrada, artigo 224º, 2: “O Estado poderá, igualmente, gozar da propriedade e do exclusivo das marcas que usa desde que satisfaça as disposições legais.”. E ainda o representante ou agente de uma marca não registrada em Portugal, mas registrada na União ou na OMC, requerer o registro em seu nome, como aduz o artigo 226º: “Registo por agente ou representante do titular. Se o agente ou representante do titular de uma marca registada num dos países membros da União ou da OMC, mas não registada em Portugal pedir o registo dessa marca em seu próprio nome, sem autorização do referido titular, tem este o direito de se opor ao registo pedido, a menos que o agente ou representante justifique o seu procedimento.”.

¹³ Cfr. ABREU, Pedro, ob. cit., p. 8 – 9.

¹⁴idem, p. 10.

sejam, identificar o produto; garantir que os consumidores consigam diferenciar os bens; possibilitar a memorização; repassar personalidade ao produto; ser utilizado como base para novos produtos; criar uma imagem positiva e eficaz e não delimitar ações futuras pelo detentor da marca, empresário ou não.

Ocorre que para que a marca tenha proteção e consiga efetivar os seus objetivos perante os consumidores de forma eficaz, é essencial o seu registro. Tal registro garante que a marca não possa ser utilizada por outra empresa ou não empresário. Em Portugal, o registro encontra fundamentação legal no Código de 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.º 207/2009. Porém, nem todas as marcas apresentadas pelos seus detentores possuem as características necessárias para o registro, como bem elenca o artigo 223.º, do Código de Propriedade Industrial:

Não satisfazem as condições do artigo anterior:

- a) As marcas desprovidas de qualquer carácter distintivo;*
- b) Os sinais constituídos, exclusivamente, pela forma imposta pela própria natureza do produto, 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, a proveniência geográfica, a época ou 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 do 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.º, do mesmo diploma legal, se refere aos motivos absolutos para a recusa de registo de uma marca:

Fundamentos de recusa do registo

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

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 referidos nas alíneas b) a e) do n.º 1 do artigo 223.º;

d) Houver infracção ao disposto no artigo 26.^{o15}

Nesse sentido, são exigidas de uma marca duas características principais, a fim de se obter o registo sem maiores contratempos, o carácter distintivo e a possibilidade de representação gráfica da marca. O primeiro é inerente ao sentido 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 clientes e novos mercados. Possuindo uma marca tais 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 aquisição¹⁶.

¹⁵ 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 nos 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.”

¹⁶ SILVA, Pedro Sousa. **Direito industrial: noções fundamentais**. 2011. Coimbra Editora. Coimbra. Cap. V. p. 121 – 125.

3. Elementos da Marca.

Para que se formule uma marca, se faz necessário um número mínimo de elementos¹⁷, que cumprem o papel principal da marca, qual seja, diferenciar e identificar. Dependendo da natureza dos elementos, estes podem ser separados em dois grupos: tangíveis e intangíveis; visíveis e invisíveis.

3.1. Elementos Tangíveis e Visíveis.

Começando a análise pelos tangíveis e visíveis, podemos visualizar, conforme a maior parte da literatura¹⁸, o nome, o logotipo, os slogans e a embalagem.

3.1.1. Nome.

O nome da marca é a sua primeira forma de identificação e diferenciação, sendo o elemento central utilizado para a publicidade da marca e para a construção de sua personalidade perante o mercado. Importante perceber que o nome não deve ser de difícil compreensão, pelo contrário, a orientação segue o caminho da simplicidade e do fácil significado para o consumidor.

A escolha do nome deve ser por palavras curtas e sem qualquer sentido negativo ou pejorativo, já que se deve buscar a produção de associações positivas e o desenvolvimento de fortes relações entre o nome da marca e o mercado, favorecendo o crescimento daquela. É assim, instrumento vital para o sucesso obtido pela marca, vez que permite a rápida identificação do produto ou serviço, possibilita a memorização pelo consumidor, transporta

¹⁷ Também conhecidos como identidade física da marca ou componentes.

¹⁸ NEVES, ob. cit., p. 15; ABREU, Pedro, ob. cit., p. 11; CARVALHO e CUNHA, ob. cit., p. 83 e SILVA, Pedro, ob. cit., p. 127.

mensagens para o cliente, seja por meio da descrição do teor do nome ou da criação ao longo do tempo de associações. Aconselha-se também que o nome não esteja relacionado com qualquer espaço temporal, a fim de não se tornar localizado e defasado.

Tamanho a sua importância que pode, inclusive, ser protegido legalmente, sendo facultado ao proprietário o investimento em segurança do nome. É permitido também receber investimento promocional e se transformar em ativo relevante para o detentor do nome, ao longo dos anos, em consequência dos benefícios adquiridos. Pode ser ainda alvo de compra, venda, hipoteca e até mesmo licenciado de forma isolada, demonstrando assim a sua relevância em comparação aos demais sinais distintivos.

O nome da marca pode ser de pessoas, locais ou ainda palavras sugestivas do produto ou serviço, desde que não desrespeite as regras para o registro anteriormente analisados no tópico n.º 2 do presente estudo. Logo, importante observar se o nome é juridicamente possível de aplicação e se se encontra associado à imagem do produto ou serviço.

O momento da escolha é muito importante, devendo-se levar em consideração o que se pretende para o futuro da marca. Desta forma, o nome deve ser o mais completo em seu sentido, se a intenção for sua internacionalização; ou a decisão deve pousar em um nome que possua limites territoriais e temporais, caso o objetivo seja o de localidade ou ainda de temporada.

Algumas vezes se comete o erro de considerar que o nome da marca irá descrever o produto. Esta não é a pretensão do nome da marca, mas sim, a diferenciação desta. Por isso, acabamos visualizando tantas marcas com

nomes que não correspondem ao produto ou serviço oferecido, v.g., Apple, Guess e Diesel. Nestes casos, possível verificar que o nome é a primeira forma de identidade de uma marca, é o meio inicial de contato com o consumidor, razão pela qual deve ser escolhido de forma cuidadosa e atenta pelo seu detentor, empresário ou não, levando sempre em consideração diversos aspectos, como a pretensão de mercado, o tipo de público alvo, a espécie de imagem publicitária almejada e a qualidade que se deseje repassar¹⁹.

3.2.2. Logotipo.

Entende-se por logotipo o tipo de representação perceptível à visão do consumidor sobre o nome da marca. É assim, a forma de expressão do nome escolhido. Sua pretensão é confirmar as características particulares da marca e possibilitar a facilidade no momento da leitura desta. Neste elemento prevalece o caráter figurativo da imagem criada para o alcance do mercado pela marca. Uma marca apenas com nome não possui a mesma capacidade associativa pelos clientes do que uma que possua nome e logotipo²⁰. Desta feita, tal sinal é relevante para o fortalecimento da marca no mercado e na escolha pelo consumidor.

Pode ser criado através de letras, em suas inúmeras junções, ou por desenhos representativos da marca, desde que venham a produzir a atenção do mercado e se relacionem com o nome escolhido. É assim uma segunda forma de direcionamento da marca perante os clientes, motivo pelo qual deve ser harmônico com o nome e com a marca propriamente dita²¹.

¹⁹ Neste sentido se manifestam de forma similar os estudos de SILVA, Pedro, ob. cit., p. 127; ABREU, Pedro, ob. cit., p. 10 -11; NEVES, ob. cit., 15; e CARVALHO e MARQUES, ob. cit., 83 – 86.

²⁰ Com bom pontua NEVES, ob. cit., p. 15 – 16, ao citar os estudos realizados por Schechter.

²¹ Defendido também pelo nobre doutrinador Coutinho de Abreu, ob. cit., p. 409.

O logotipo é também meio de expressar e divulgar a personalidade inerente da marca, e muitas vezes, é o responsável por gerar a fidelidade dos consumidores ante a facilidade de escolha no momento da aquisição, momento em que novos produtos e serviços serão colocados à disposição do consumidor todos os dias. Neste sentido, havendo uma experiência favorável anteriormente, o consumidor se sente mais confortável em escolher um produto ou serviço que confia, do que “arriscar” em uma marca desconhecida.

Além disso, possui característica relevante no que tange a criação de associações, sentimentos oriundos da relação da marca com o cliente e até mesmo possibilitar a notoriedade desta, vez que é mais fácil guardar símbolos do que nomes, permitindo assim uma maior fidelidade por parte do consumidor.

Relevante assim, ao entender o papel desempenhado pelo logotipo, que sua escolha deve ser consciente e que sua alteração frequente pode prejudicar bastante o desenvolvimento da marca. Deve, desta maneira, ser formulado com intenção de longo prazo.

Pode ser considerado como tal sinais com formas geométricas, indivíduos, figuras de banda, objetos, embalagens, animais e outras formas. A título de exemplo podemos citar os logotipos da Ferrari, Johnny Walker, Nike, Pepsi e etc. Muitas vezes a escolha é relacionada com força e diversão, o que facilita ainda mais a sua memorização, vez a associação inerente do objeto. Outros detentores escolhem símbolos que representam diretamente a marca, como por exemplo o símbolo da Chanel, que demonstra mais intensamente a identidade própria da marca.

Algumas vezes, as empresas se assemelham bastante com os produtos oferecidos, motivo pelo qual, o logotipo nestes casos, pode ser o

instrumento principal do valor adquirido pela marca, sendo a sua forma diferenciadora, superando até mesmo o nome da marca.

Entretanto, não é exceção que o sinal fique defasado e até mesmo comece a carregar ao longo do tempo um sentido negativo e desagradável. Nesta situação, cabe a empresa ou ao seu detentor, a alteração com os cuidados já mencionados, a fim de se atualizar no mercado, sem perder as origens do logotipo, se favorecendo assim das associações anteriores e alcançando o crescimento esperado²².

O logotipo é assim um meio relevante que deve ser acrescentado ao nome, garantindo que a marca seja recoberta por dois elementos que podem produzir o sucesso mais célere da marca sem o esquecimento da força, pois o nome e o logotipo certos podem formar marcas de renome e de importância não apenas em âmbito local, mas até mesmo internacional, vez que o mercado encontra-se cada vez mais inchado de novas marcas, porém, nem todas possuem os elementos certos para o seu crescimento.

3.1.3. Slogans

Slogans são frases, na maioria das vezes curtas, que informam por meio da descrição e da persuasão alguma característica da marca. Nesse elemento, a sua criação a longo prazo não é essencial, podendo ser reformulada de acordo com a necessidade de divulgação em caráter temporário, como por exemplo, a participação em determinado evento cultural. Como pode ser considerado um elemento mais ligado a publicidade da marca, entende-se que é capaz de aumentar a notoriedade desta.

²² Nesse entendimento podemos citar CARVALHO e CUNHA, ob. cit., p. 86 – 88; ABREU, Pedro, ob. cit., p. 11; NEVES, ob. cit., p. 15 – 16; e SILVA, Pedro, ob. cit., p. 127.

Pode ainda ser adequado a um nome e/ou a um símbolo, a fim de garantir a estratégia pretendida, não ficando assim limitado a uma frase de efeito sobre a marca, mas também se relacionando com esta. Os slogans possuem como finalidade a formulação de uma nova associação sobre a marca, a retirada de possível ambiguidade e a afirmação mais contundente da marca e do logotipo. Sua relevância é tamanha, que possui qualidade para produzir e investir no seu próprio valor.

Desta feita, como os dois elementos já analisados, o Slogan também deve ser escolhido com base na memorização facilitada do consumidor e na adequação e direcionamento da frase perante a marca que representa, a fim de propiciar o seu conhecimento pelo mercado, garantindo isto posto, que seu papel seja cumprido junto aos clientes de maneira eficaz.

3.2.4. Embalagem.

Normalmente, se entende por embalagem, o tipo de proteção e transporte do produto até o consumidor final. Ocorre que a embalagem possui outra finalidade, qual seja condicionar o meio como a marca irá ser percebida pelo consumidor. Desta forma, todo o conjunto responsável pela criação, qual seja, a embalagem, a cor, o material, e outros, pode produzir uma autenticação da personalidade da marca, ou seja, induzir o consumidor a entender a marca com maior notoriedade, independentemente da qualidade do produto que a embalagem protege.

Nesse sentido, a embalagem passa a cumprir no mercado função dupla, ou seja, protege o produto e divulga a marca. Sendo esta última função diferenciada e até mesmo imperceptível pelos consumidores como meio de

comunicação, vez que age na percepção do cliente e na identificação sobre a marca escolhida.

Destarte, possível perceber no decorrer destas poucas linhas, que todos os elementos visíveis da marca, nome, logotipo, slogan e embalagem, possuem importância diferenciada no desenvolvimento da marca, porém, todas objetivam um bem comum, a obtenção de força pela marca e a sua promulgação cada vez mais abrangente no mercado.²³

3.2. Elementos Intangíveis e Invisíveis.

Após os elementos tangíveis e normalmente observados de forma evidente pelo consumidor, não deixam de retirar a importância que resguarda os elementos intangíveis, pois no entendimento do cliente, a marca adquire características simbólicas ao longo das relações comerciais.

Pode-se então separar como invisíveis a identidade e a personalidade da marca, já que são os pontos de partida para a formação da imagem da marca.

3.2.1. Identidade da Marca.

Compreendido como o grupo único de associações que a marca objetiva criar ou manter no psicológico dos consumidores, se expressa pelos aspectos defendidos pela marca e se firma quando se transforma em um fim comum de toda a empresa ou grupo de não empresários, detentores da marca. Neste diapasão, todos os membros devem fazer parte da criação e manutenção da identidade da marca. A identidade busca,

²³ Sobre estes dois tópicos entendem de forma similar CARVALHO e CUNHA, ob. cit., p. 89 – 90, e NEVES, ob. cit., p. 16.

principalmente, intermediar a relação entre a marca e o consumidor permitindo a produção de um valor funcional para este elemento.

Para Aaker²⁴, grande estudioso do tema, a identidade é formada por doze aspectos divididos em quatro grupos, são estes: a marca como produto; a marca como organização; a marca como pessoa e a marca como símbolo.

A marca como produto mantém relação com seis aspectos, quais sejam, a classe do produto no qual a marca se agrupa; seus atributos; qualidade e valor; o uso da marca; a espécie de usuários e a origem da marca. Já a marca como organização se dirige às características próprias da empresa e ao seu âmbito de atuação. No grupo da marca como pessoa, se observa inúmeras características do homem e a relação existente entre o consumidor e a marca. Por último, a marca como símbolo se direciona a imaginação decorrente de relações anteriores do consumidor com a marca e ainda com a herança desta que é incumbida aos consumidores.

Não é obrigatório o uso das doze dimensões para a criação e manutenção da identidade da marca, todavia, as marcas mais fortes pretendem sempre a aplicação em todos os aspectos, a fim de unificar o seu valor e concretizar a própria identidade perante os consumidores. Neste esteio, as associações futuras são consequências do verdadeiro significado e pretensão da marca e ao mesmo tempo, comprovam o interesse dos membros da empresa em manter a identidade desta.

Para que a identidade cumpra sua finalidade é importante observar que vários pontos funcionais e emocionais devem estar presentes de forma benéfica, sendo essencial que a marca mantenha uma relação próxima do

²⁴Aaker (1996) *apud* Ana Paula Neves, ob. cit., p. 17.

consumidor para que tais pontos sejam alcançados. Os aspectos funcionais são compreendidos como todas as características físicas do produto, enquanto que os emocionais se dirigem as experiências de consumo deste produto, ou seja, pelos entendimentos e relações decorrentes da relação direta entre o produto e o consumidor.

Assim, possível concluir que a marca pode ser detentora de uma identidade, vez que pode agrupar diversos valores, além de relações com os consumidores, referências no âmbito social e cultural e ainda no que tange a personalidade, elemento que será estudado a seguir²⁵.

3.2.2. Personalidade da Marca.

À marca podem ser atribuídas características humanas como o gênero, classe, além de aspectos clássicos da personalidade, como a vivacidade, o respeito, a competência, a simpatia e outros. Desta forma, a marca pode ser delineada através de características demográficas, estilos de vida, e ainda por formas típicas da personalidade humana.

A personalidade é diferenciada e duradoura, sendo meio de divulgação dos aspectos criados pela identidade da marca e percebido como efetivo no momento da diferenciação entre marcas de produtos iguais. É ainda importante para complementar as estratégias de mercado, realçando o conhecimento das atitudes que os consumidores possuem diante da marca. Algumas vezes é inclusive o instrumento necessário para a escolha de uma marca²⁶. A personalidade foi evoluindo a partir da melhoria na compreensão e nas relações com os consumidores; pela diferenciação da identidade por meio

²⁵ NEVES, ob. cit., p. 17 – 18.

²⁶Plummer (1985) *apud* NEVES, ob. cit., p. 19.

da adequada orientação da comunicação da marca; e também pela formação do valor da marca²⁷.

A partir da relação da marca com o consumidor, este passa a manifestar os seus interesses, valores, culturas e até mesmo sua personalidade. Em contrapartida, a marca também se utiliza desta relação para expressar sua personalidade, emitindo valores e intenções para o consumidor, além de poder demonstrar os aspectos benéficos funcionais e emocionais do produto. É nesse momento de expressão, que o consumidor pode passar a ter maior interesse pela marca, efetivando assim a relação entre as partes.

Todavia, por mais que a marca queria formar uma personalidade que seja direcionada para o consumidor, muitas vezes, é o próprio consumidor que vai moldando a personalidade da marca, através das relações de consumo e também da forma com que esta se apresenta, ou seja, no comportamento inerente deste sinal perante os gestores.

Alguns estudiosos entendem que a personalidade é formada por inúmeros aspectos da marca, como o nome, logotipo, o consumidor alvo, país de origem, a imagem, dentre outros. Já para outros, a relação entre a marca e o consumidor é a base para a formação da personalidade daquela²⁸.

Neste sentido, levando em consideração a personalidade do consumidor e as relações contínuas com a marca, juntamente com a capacidade de verificar os atributos do produto, se observa a maior vantagem de uma marca com personalidade²⁹.

²⁷ Apontado por Aaker (1996), *idem*, ob. cit., p. 19.

²⁸ Como indicado por Aaker (1996) e Blackston (1992), *idem*, ob. cit., p. 20 – 21.

²⁹ Neste sentido, CARVALHO e CUNHA, ob. cit., p. 92 – 93.

4. Funções da Marca.

A marca possui duas ramificações no que tange a sua função, uma econômica e uma jurídica. A situação se apresenta de forma diversa no momento da análise completa das vantagens decorrentes da marca e da escolha dos efeitos inerente a esta e que serão protegidos legalmente.

A função econômica se identifica pelo papel de diferenciar produtos e serviços equivalentes, garantindo que o consumidor associe a marca do produto/serviço aos atributos próprios deste. Neste sentido, a marca passa a funcionar como um centro de imputação³⁰, no qual os consumidores verificam a qualidade e os defeitos apontados sobre a marca, seja por experiências anteriores pessoais ou de terceiros, pela forma de divulgação desta ou ainda pela reputação adquirida pela marca ou pelo seu próprio detentor, quando conhecido pelo consumidor. Desta maneira, o sinal se transforma em um indicativo psicológico do consumidor sobre o produto ou serviço que representa, no qual se atribui uma imagem à marca, de acordo com os aspectos supracitados, a fim de auxiliar o momento da compra.

Já o amparo legal sobre a marca não permite que todas as características econômicas sejam desenvolvidas. Por exemplo, o direito de uso privativo é permitido a fim de que se realizem funções jurídicas que serão diferentes, de acordo com o modelo político e econômico empregado. O direito do titular deste sinal não pode ultrapassar o direito público de proteção dos consumidores. Assim, juridicamente, a marca possui como funções: a indicação da procedência dos produtos/serviços; a forma de instrumento

³⁰ Termo utilizado por SILVA, Pedro, ob. cit., p. 141.

publicitário e a individualização e diferenciação dos produtos/serviço (função distintiva)³¹.

4.1. Função de Indicação da Procedência.

Para que seja possível indicar a procedência do produto/serviço, se faz necessário individualizar e diferenciar este quando apresentados ao consumidor, a fim de que possa direcionar a sua escolha ao ser atingido pela grande quantidade de marcas no momento da aquisição comercial³².

A procedência deve ser compreendida amplamente como procedência empresarial, na qual a origem é a mesma de todos os produtos da marca, desde que a sua produção tenha sido observada e controlada por uma única empresa, seja esta decorrente de um grupo de empresas ou até mesmo de contrato de licença. Pode acontecer ocasionalmente, que o consumidor não conheça a identidade da empresa produtora, nesta situação a marca deve informar a procedência, pois o interesse não é excluído. Quando a fonte for

³¹ Alguns consideram como quarta função da marca a garantia de qualidade. Todavia, não há qualquer manifestação jurídica segura sobre esta obrigatoriedade de qualidade em todos os produtos/serviços da marca. Evidente que uma qualidade mínima é essencial para a manutenção de uma marca no mercado, até porque os consumidores assim exigem, sob pena de responsabilizarem civilmente os detentores da marca, mas a manutenção de um nível de qualidade contínuo não é exigida por parte do detentor da marca. Tal tema é pertencente da disciplina do Direito de Defesa do Consumidor. A qualidade inferior dos produtos/serviços colocados à disposição dos consumidores apenas produz no âmbito da Propriedade Industrial a diminuição da confiança pelos consumidores, até chegar à perda total de interesse, vez que não se prevê legalmente sanção direcionada para a perda da qualidade, muito menos se determina que possuam grau específico de qualidade uniforme em todos os produtos/serviços oferecidos. A marca resguarda apenas ao consumidor, de forma indireta, que os produtos/serviços não tenham origem enganosa. Conforme entendimento de SILVA, Pedro, ob. cit., p. 144- 146.

Entende ainda sobre o assunto o doutrinador GONÇALVES, Luís M. Couto. **Direito das Marcas**. 2ª edição, rev. e atual. Coimbra. 2003. Almedina. p. 25 – 26, no sentido de que a confiança do consumidor perante a qualidade oferecida por um produto/serviço é importante para que a marca seja encarada como não enganosa, tratando-se inclusive de uma obrigação por parte do titular em reestabelecer tal qualidade, sempre que ocorrer a diminuição da garantia, seja em decorrência de ato próprio ou de uso por terceiro, desde que com base no consentimento do proprietário. Para o autor a garantia de qualidade deriva da função distintiva da marca e se apresenta quando o consumidor discute a confiança diante de produto/serviço.

³² A função distintiva será estudada mais profundamente quando for abordada a última função da marca.

anônima, mesmo assim deve constar, a fim de informar o consumidor no momento da aquisição.

Manifesta-se sobre o assunto Carlos Olavo³³ da seguinte forma: “A *indicação da origem empresarial do produto ou serviço não significa identificar-se a firma ou denominação da entidade que o fornece, o que, aliás, muitas vezes, será indiferente para o consumidor. Mais do que a atribuição de um produto ou serviço a uma dada pessoa nominalmente designada, a marca visa estabelecer uma relação entre o produto ou serviço e um determinado agente económico, independentemente da individualização concreta deste*”.

Nesta função, o consumidor produz associações satisfatórias entre o produto/serviço de uma marca, razão que o leva a buscar novamente tal marca, confiando nestas associações. Todavia, tal relação ocorre porque o sinal distintivo indicou a procedência dos seus produtos. Assim, se a marca almeja fidelizar os consumidores, através da satisfação no uso dos produtos/serviços, necessário se faz informar adequadamente a origem destes e a maneira de encontrá-los novamente.

Tal função jurídica pode muitas vezes afastar os consumidores de determinada marca, seja quando não houver associações benéficas com o produto/serviço, pela experiência do consumidor ou de terceiros, ou quando qualquer característica da marca se apresentar inadequada para o consumidor. Nesta situação, pode-se garantir ao consumidor o distanciamento da referida marca e de todos os produtos/serviços da mesma procedência.

Isto posto, pode-se observar que tal função possui caminho duplo, vez que por um lado pode fidelizar os consumidores e por outro afastar a

³³ Idem, ob. cit., p. 73.

marca do contato com os clientes. Entretanto, o que configura a marca como sendo favorável ou prejudicial é o juízo de valor que vai sendo construído ao longo do tempo pelos consumidores sobre a marca, sua forma de apresentação no mercado e a indicação correta da sua procedência.

Mesmo não possuindo proteção legal de forma específica, o TJ declara de forma contínua, desde 1976, que uma das funções prioritárias da marca é a identificação da origem do produto, devendo assim garantir que todos os produtos/ serviços de uma marca possuem a mesma origem, ou seja, foram produzidos/realizados com o controle de uma única empresa, na qual seja possível responsabilizar civilmente, caso a qualidade não seja observada.

Logo, podemos observar a importância desta função para a marca, como forma de fortalecimento ou de demonstração dos equívocos, quando é possível que a marca efetue modificações, para melhor atender as necessidades do mercado, e claro, para a segurança dos consumidores, que passam a conhecer a origem empresarial dos produtos/serviços que consomem.

4.2. Função Publicitária.

A função publicitária é considerada um desdobramento da função de indicação de procedência, vez que a marca já é uma forma de publicidade, pois indica para o público um novo produto/serviço e até mesmo orienta os que tenham se beneficiado a localizar o bem para nova aquisição. Porém, há casos em que a publicidade se distancia da função de indicação de procedência, como quando se relaciona com marca que possua considerado poder sugestivo e de atração perante os consumidores ou ainda, seja alvo de

promoção. Nesses casos, a proteção jurídica incidirá apenas na função publicitária da marca.

Esta situação se verifica principalmente nos casos de marcas de prestígio e a sua proibição de uso por terceiros, mesmo se tratando de produtos totalmente diferentes, vez que os consumidores podem associar com base no valor comercial da marca o produto apresentado, ou seja, o produto/serviço pode ser recepcionado pelo público de forma expansiva, em decorrência da marca, situação que não ocorreria, se esta não fosse de prestígio. A questão não é a indicação de procedência, vez que em algumas situações é evidente a inexistência de confusão, mas sim na importância que a marca carrega e na sua capacidade elevada de atração dos consumidores.

Destarte, quando é permitida juridicamente a ação pelos detentores das marcas de prestígio perante o uso proibido de suas marcas por terceiros, o que se protege é claramente a função publicitária da marca, ou seja, a divulgação comercial feita por pessoa não autorizada. O Código de Propriedade Industrial, no seu artigo 242.º, assim enuncia:

Marcas de prestígio:

- 1 - Sem prejuízo do disposto no artigo anterior, o pedido de registo será igualmente recusado se a marca, ainda que destinada a produtos ou serviços sem identidade ou afinidade, constituir tradução, ou for igual ou semelhante, a uma marca anterior que goze de prestígio em Portugal ou na Comunidade Europeia, se for comunitária, e sempre que o uso da marca posterior procure tirar partido indevido do carácter distintivo ou do prestígio da marca, ou possa prejudicá-los.*
- 2 - Aplica-se ao n.º 1 o disposto no n.º 2 do artigo anterior, entendendo-se que, neste caso, o registo da marca deverá ser*

requerido para os produtos ou serviços que lhe deram prestígio.

Deste modo, possível perceber que o tema relevante das marcas de prestígio é a única que possui proteção legal autônoma, não apenas da função distintiva, mas ainda da função publicitária da marca, permitindo a garantia do direito de uso exclusivo.

Já nos demais casos, a função publicitária apenas é protegida legalmente de forma reflexa, de acordo com a violação sofrida pela função indicativa de procedência perante produtos similares ou pela função principal da marca, qual seja a distintiva³⁴.

Quanto a esta função Gonçalves³⁵aponta: *“Reconhecemos, ainda, que as marcas podem desempenhar uma outra importante função económica: a função publicitária. Há que apurar o sentido dessa função. Por função publicitária não se percebe o facto de a marca ser um meio usado na publicidade. O facto de a marca ser um meio indispensável na publicidade para promover determinados bens ou serviços deriva da sua função distintiva e não configura, pois, nenhuma proteção específica. Por outro lado, a marca não é um suporte publicitário, ou seja, não é um ‘veículo uti-lizado para a transmissão da mensagem publicitária’. Logo, também com este significado não teria uma função publicitária. Por função publicitária quer-se antes referir o especial magnetismo ou a publicidade que algumas marcas, por si mesmas, ou por força de técnicas publicitárias exercem sobre o consumidor.”*

Neste sentido, alguns produtos/serviços acabam sendo escolhidos muitas vezes em decorrência da imagem construída de forma subjetiva no

³⁴*Idem*, ob. cit., p. 141- 148. Cfr. ainda GONÇALVES, ob. cit., p. 30-31.

³⁵*ob.cit.*, p. 27.

mercado, na qual a marca coopera, do que apenas nos aspectos objetivos oriundos da apreciação. Logo, a marca passa a se apresentar como um sinal com relevante força de venda.

4.3. Função Distintiva da Marca.

A função principal da marca é a que permite a diferenciação³⁶ perante os outros sinais distintivos e o requisito essencial para que a marca seja registrada e assim protegida pelo campo jurídico³⁷. Neste entendimento se observa o artigo 222.º, do Código de Propriedade Industrial, que afirma em conformidade com o artigo 2.º, da Diretiva de Harmonização de 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 dos 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.

A marca deve produzir a identificação do produto/serviço que indica e a sua conseqüente diferenciação diante de outros produtos/serviços com as mesmas características. Desta forma, deve individualizar os bens no mercado,

³⁶ No mesmo entendimento se manifesta Coutinho de Abreu, *ob. cit.*, p. 194.

³⁷ Segundo GONÇALVES, *ob. cit.*, p. 19, a função precípua da marca é distinguir, no sentido de separar objetos, a fim de apontar suas diferenças.

possibilitando que sejam facilmente localizados e escolhidos pelos consumidores.

Tamanha função não exige que a marca seja cercada de novidade ou de caráter inventivo pelo seu detentor, mas sim, que ao ser atribuído ao produto/serviço, tenha a capacidade de distinção no confronto com os concorrentes. Desta maneira, para garantir a função distintiva, a marca deve se apresentar com um grau mínimo de arbitrariedade e imaginação, em relação ao bem que pretende indicar.

O nível de distinção de uma marca é adquirido principalmente pela sua arbitrariedade, ou seja, quanto mais diferente se constituir, mais forte se apresentará o seu poder distintivo, o que não tem relação com o sucesso conquistado pelo sinal distintivo perante o âmbito da publicidade (*marketing*), pois cada campo de atuação exige um quesito diferenciado para o bom desenvolvimento da marca, e é este o maior desafio enfrentado hodiernamente pelas empresas.

Algumas marcas são impossibilitadas de registro, entre estas se observa a marca constituída por sinais apenas descritivos, usuais ou necessários no mercado, e ainda os que não possuem qualquer característica distintiva. Estes sinais devem permanecer livres para o uso dos agentes econômicos, vez a sua essencialidade para a adequada comunicação, seja entre empresários ou diante de consumidores, além de outras funções típicas. Por tal razão se verifica que o legislador não poderia permitir que tais sinais ficassem proibidos de uso, ante a autorização do registro.

Relevante notar que as marcas formadas por sinais sugestivos não são proibidas, assim, aquelas que informam de maneira mais explícita o

produto/serviço que identificam são permitidas para registro. Alguns se utilizam ainda de jogos de palavras, onomatopeias e outras formas de linguagem, a fim de apontar a natureza ou qualidade inerente do produto/serviço. Objetiva-se uma aceitação maior dos consumidores sem que seja afetado o poder distintivo da marca.

Em outros casos o poder de arbitrariedade da marca é notoriamente baixo, por exemplo, a marca é formada diretamente pelo produto/serviço, porém, mesmo assim, ainda é possível perceber um poder distintivo residual, que autoriza o registro mesmo que a proteção se caracterize de forma reduzida, proporcionalmente ao nível de diversidade alcançado pela marca. No mesmo sentido seguem as marcas conhecidas como fracas, que se formam através de elementos de uso comum do cotidiano ou símbolos sem grande arbitrariedade. Tal marca também pode ser registrada, desde que verificado um mínimo de caráter distintivo, seja esta originária ou superveniente. Ocorre que seu campo de proteção é mais reduzido ao ser comparado com marca confundível, vez que o juízo deve ser realizado de maneira menos intensa, pois deve - se limitar à originalidade apresentada por cada sinal distintivo.

Finaliza sobre o assunto Gonçalves³⁸, quando afirma: *“A marca, para além de indicar, em grande parte dos casos, que os produtos ou serviços provêm sempre de uma empresa ou de uma empresa sucessiva que tenha elementos consideráveis de continuidade com a primeira (no caso da transmissão desvinculada) ou ainda que mantenha com ela relações actuais de natureza contratual e económica (nas hipóteses da licença de marca registrada usada ou da marca de grupo, respectivamente), também indica, sempre, que*

³⁸ob. cit., p. 24.

os produtos ou serviços se reportam a um sujeito que assume em relação aos mesmos o ónus pelo seu uso não enganoso”.

Assim, perceptível a importância das funções da marca na sua efetiva apresentação perante o mercado. Mesmo que algumas não tenham a proteção legal devida, todas são necessárias para que a marca seja adequadamente criada, a fim de cumprir seus objetivos diante dos consumidores, seja distinguindo os produtos/serviços, e alcançando novos clientes; impedindo que uma marca de prestígio seja atingida pelo uso de terceiro; e ainda protegendo os consumidores de sinais com origem em empresas consideradas negativas³⁹.

³⁹ Neste sentido OLAVO, ob. cit., p. 73 – 76; SILVA, Pedro, ob. cit., p. 152 – 154.

Capítulo II – A Marca do Comerciante.

1. História da Marca do Comerciante.

A Marca do Comerciante⁴⁰ não pode ser observada como um campo moderno, vez que sua origem também é antiga. Iniciou-se no século XIX, na Europa, mais especificamente na Inglaterra e na França⁴¹, onde os retalhistas do ramo alimentar começaram a criar as próprias marcas, como forma de defesa contra os produtores que não forneciam as mercadorias para a comercialização ou que disponibilizavam apenas os produtos que seguissem os seus interesses. Tal situação demonstrava claramente o controle do mercado por um grupo específico e restrito, qual seja o dos grossistas.

Desta maneira, os distribuidores ao originarem suas marcas próprias, passaram a elevar o seu poder perante os produtores, anteriormente responsáveis pela monopolização do mercado. Tal dependência foi desacelerando e o valor lucrativo crescendo, além de criarem uma nova forma de concorrência. Assim, notória a defesa perante este novo modelo de marca, que se direcionava para a qualidade de produto/serviço a um preço adequado diante do consumidor final, o que conseqüentemente permitiu a atração de forma mais célere pelo público.

Contudo, foi a crise econômica de 1970 que impulsionou o crescimento das marcas do comerciante, vez que os consumidores passaram a buscar produtos mais baratos com a qualidade das marcas conhecidas, face as

⁴⁰ O termo Marca do Distribuidor é alvo de críticas por parte da doutrina, vez que a palavra *distribuidor* lembra o sujeito que apenas distribui, ou seja, que recebe objeto e o entrega ao destinatário final, como por exemplo a figura do carteiro que direciona as correspondências aos seus devidos titulares. Perceptível que este não é o papel desenvolvido pela pessoa do comerciante, pois além de receber os produtos/serviços e os colocar à disposição dos consumidores, possui outras funções que lhe são inerentes. Desta forma, o termo mais adequado e que será utilizado no decorrer deste texto acadêmico é Marca do Comerciante.

⁴¹ Na Inglaterra a primeira aparição ocorreu no ano de 1869, quando Sainsbury criou marca própria. Já na França a marca do distribuidor foi observada pela primeira vez em 1923.

grandes taxas de inflação e a conseqüente diminuição na condição financeira das famílias. Foi neste quadro que a empresa “Carrefour” observou a possibilidade de se estabilizar no mercado, visão esta que se confirmou. Em seguida, no ano de 1977, países como os Estados Unidos e o Reino Unido começaram a implementar as marcas do comerciante. A Alemanha assim o fez em 1978.

Com o aparecimento da marca do comerciante, os produtores passaram a marcar seus produtos de forma mais atrativa, vez que o comércio foi crescendo e a distância entre o fabricante e o consumidor seguiu o mesmo ritmo. Neste sentido, a melhoria na qualidade dos produtos foi observada de forma acelerada, além das embalagens, que receberam atenção especial, pois ultrapassaram a função de simples proteção do produto, para meio de diferenciação dos concorrentes. E ainda a aplicação intensa de publicidade, como um dos principais instrumentos de divulgação do produto/serviço.

Ao longo dos anos adquiriram espaço no mercado e na escolha dos consumidores, se apresentando hoje não como cópias de marcas dos produtores mais baratas e acessíveis, mas sim como marcas próprias, que possuem objetivos de mercado específicos e que se dividem em diversos ramos, incluindo produtos de categoria *premium*⁴². Atualmente é possível verificar, inclusive, marca de comerciante com qualidade igual e até mesmo superior ao de marca do fabricante.

Simões *apud* Fernando Garcez⁴³ afirma ser possível separar a evolução da marca do comerciante no que tange ao marketing, aspecto

⁴² Produtos diferenciados para público mais seletivo que não se importa em pagar mais, desde que se observe claramente a qualidade.

⁴³ **Marca do Distribuidor.** Estudo realizado na cadeira de Direito da Propriedade Industrial da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. 2011. Coimbra. p. 15- 16.

essencial para a divulgação da marca, em três momentos, quais seja a *rotulagem; a quase marca e o branding*.

A rotulagem se apresenta pelo nascimento de produtos em sua forma genérica, onde o preço baixo é a única forma de atração do consumidor. Aqui a publicidade, a embalagem e qualquer outro custo acessório ao produto são excluídos, a fim de alcançar o preço mais barato. Neste momento a qualidade era visivelmente inferior aos produtos considerados tradicionais.

Já na modalidade de quase marca, os comerciantes passaram a se preocupar com a qualidade dos produtos colocados a disposição dos consumidores. Aqui foi possível copiar os produtos do fabricante por um valor mais baixo, em média 20%. Neste momento as embalagens ganharam maiores investimentos e a publicidade passou a ser aplicada, a fim de alcançar novos mercados.

Por fim, no branding, o comerciante consegue controlar de forma mais efetiva a produção e a certificação dos produtos/serviços de sua marca. Neste quadro tal sinal passa a ser entendido como estratégia de marketing, o que conseqüentemente produz a exigência de maior qualidade. No mesmo sentido, observa-se a vantagem de colocação pelo comerciante de sua marca em local de destaque nas prateleiras de seu estabelecimento, vez que são capazes de concorrer com as marcas próprias do fabricante⁴⁴.

Assim, pode-se compreender que a marca do comerciante começou como uma variação da marca do fabricante em sua versão mais barata e de menor qualidade, e foi se aperfeiçoando ao longo do tempo e da aceitação por parte dos consumidores, seja em decorrência da crise ou do reconhecimento

⁴⁴ Neste entendimento ABREU, Pedro, ob. cit., p. 16- 18; GARCEZ, ob. cit., p. 12 – 14; e FERREIRA, ob. cit., p. 21 – 24.

de sua qualidade. Importante observar ainda que os benefícios para os consumidores foram alcançado em conjunto com a nova marca, principalmente no que tange a diversidade de opções e na livre escolha⁴⁵.

2. Conceito da Marca do Comerciante.

A marca sempre possuiu grande importância no mercado tendo sido durante muitos anos compreendida como aspecto inerente aos fabricantes. Ocorre que, quando do surgimento da marca do comerciante, duas concepções se formaram, uma relativa a capacidade de diferenciação da qualidade dos produtos colocados à disposição, e outra referente a desnecessidade de tal individualização. Na primeira apresentação tem-se a marca do fabricante, enquanto na última a marca do comerciante. Tanta diversidade se confirma no momento em que os comerciantes demonstram preocupação no seu desenvolvimento e nas suas estratégias de mercado, algumas vezes até semelhantes ao da marca do fabricante⁴⁶.

Desta forma, pode-se compreender como marca do comerciante⁴⁷ a definição de uma determinada marca por meio de um intermediário, na relação *lato senso* comercial (fabricante – consumidor), que se configura no retalhista/grossista. O comerciante possui assim relevante vantagem perante o fabricante, vez que consegue manter relação próxima do consumidor final, permitindo assim um maior conhecimento de mercado e ainda uma atuação intensa no momento da divulgação do produto/serviço. Neste sentido, são marcas que se distanciam da marca do fabricante e que podem ser produzidas

⁴⁵ Assim também SIMÕES, Fernando Dias. **Marca do Distribuidor e Responsabilidade por Produtos**. Almedina. Coimbra. 2009. p. 157 – 160.

⁴⁶ Prática de *marketing*.

⁴⁷ Também denominadas como “MDD”.

pelo próprio comerciante ou por fabricante contratado, mas que sempre são introduzidas no mercado como marcas do comerciante, podendo este vender em seu nome ou com outra denominação. Importante observar também que o comerciante nessa espécie de marca é o único responsável pelas estratégias de marketing⁴⁸.

Ainda na busca pelo melhor conceito, tem-se o entendimento da *American Marketing Association*⁴⁹ que afirma ser marca do comerciante aquela marca controlada por um distribuidor, retalhista ou grossista, que coloca a sua marca em produto/serviço em concorrência direta com a marca do fabricante (*distributor's brand*).

Já na Inglaterra, tem-se a definição atribuída pela *Economist Intelligence Unit*⁵⁰ como sendo os produtos produzidos pelo comerciante ou por conta deste e que são colocados no mercado sob o próprio nome ou por outro qualquer, mas sempre no estabelecimento do distribuidor.

Para a KPMG⁵¹ a marca do comerciante é facilmente conceituada como qualquer produto que possua marcado em sua embalagem o nome do distribuidor.

Afirma Simões⁵² sobre o 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

⁴⁸ Cfr. ABREU, Pedro, ob. cit., p. 15 – 16.

⁴⁹ 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.

⁵⁰ Criada em 1946, é uma empresa independente do ramo econômico, que presta serviços de análise sobre o mercado para seus clientes.

⁵¹ Empresa atuante em todo o mundo, prestando serviços de auditoria, impostos, consultoria, gestão, dentre outros.

⁵² ob. cit., p. 168.

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”.

Assim, seguindo os entendimentos supracitados, pode-se concluir que a marca do comerciante possui como grande identificador a propriedade ou apenas o controle desta por parte do comerciante, não podendo ser entendido como um falsosinal, vez o seu crescimento e lealdade conquistados. Neste sentido, cabe ao comerciante todas as tarefas que protegem a marca e que na marca do fabricante são delegadas a outras partes da relação comercial (v.g., a publicidade, o tipo de embalagem, as formas de promoção, a imagem da marca, dentre outros)⁵³.

Desta forma, é uma espécie de marca com diversas funções intrínsecas e que se apresenta pela disponibilização no mercado de produtos em que a marca pode ser em seu nome ou com denominação diferente, mas sempre fazendo referência ao distribuidor responsável por esta. Logo, cabe ao comerciante desenvolver o produto, determinar a sua produção e escolher as formas de marketing.

3. Tipos de Marcas do Comerciante.

Para uma melhor compreensão sobre a Marca do Comerciante, se faz importante entender os seus tipos, que podem ser divididos em dois grupos. No primeiro tem-se os produtos sem marca, também denominados como genéricos, e no segundo os produtos com marca.

⁵³ Assim defendem SIMÕES, ob. cit., p. 165 – 175; e GARCEZ, ob. cit., p. 23 – 31.

3.1. Produtos sem marca.

É considerado desta espécie todo o tipo de produto que é comercializado sem uma marca que o diferencie dos concorrentes. Neste grupo, a pretensão primeira é oferecer aos consumidores produtos com preço final mais acessível. Neste diapasão, são compreendidos como uma abrangência do conceito inerente à marca do comerciante.

Os produtos sem marca, para conseguirem o preço baixo, necessitam observar dois pontos essenciais. Primeiramente, a qualidade ou utilidade em grau mínimo de aceitação pelos consumidores, vez que se não for alcançada tal garantia, o comprador não aceitará o produto pelo simples valor baixo. E por fim, a divulgação por meio de programas contínuos, com direcionamento para a educação do consumidor, a fim de expandir a ideia de aquisição de produtos sem marca. Os pontos supracitados encontram-se em relação direta e recíproca, vez que um depende da atuação eficaz do outro.

No nascimento da marca do comerciante, este tipo de produto era mais divulgado, vez que conseguia alcançar preços mais baixos em até 30% a 40%, do que as demais marcas, pela não exigência de investimentos em divulgação publicitária. Na grande maioria, a embalagem era totalmente branca, possuindo somente o nome do produto ou algum logotipo que o identificasse. Neste quadro se apresenta a Marca Branca⁵⁴, ou seja, embalagem de cor única, sem qualquer tipo de sofisticação ou marca própria e que foi a primeira forma de introdução no mercado da marca do comerciante.

Importante destacar, que a marca branca não pode ser compreendida como sendo um produto genérico, vez que aquela guarda a ideia de produto

⁵⁴ Identificado na literatura americana como “*brand-free*” ou “*no names*”. Já nos estudos feitos na Inglaterra os termos utilizados eram “*no frills*” ou “*plainlabels*”.

colocado à disposição dos consumidores com preço mais baixo, em face da inexistência de qualquer divulgação publicitária. É assim um produto desmarcado, sem nenhum tipo de sinal distintivo. Já os produtos genéricos respeitam as regras legais mínimas, não sendo alvo de instrumentos de marketing. É um tipo de produto no qual a embalagem informa somente o exigido legalmente, para que se alcance a proteção jurídica. Nos genéricos⁵⁵ não se observa qualquer marca ou nome na embalagem, mas simplesmente a indicação do produto, v.g., “feijão”, “manteiga”, “sumo”.

Nos produtos sem marca, a capacidade de conhecer os comerciantes é bem mais ineficaz, tendo em vista a sua forma de apresentação camuflada quanto às informações que indiquem o responsável pela produção. Em decorrência desta configuração e do crescimento célere da marca do comerciante, tal tipo vem sendo esquecido pelo mercado. Todavia, sem permitir o abandono da sua importânciana origem desta espécie de marca.

3.2. Produtos com marca.

A maioria das marcas do comerciantehodiernas encontram-se neste grupo, vez a importância crescente do consumidor em individualizar os produtos que escolhe para seu consumo. Assim, se dividi em três grupos principais os produtos com marca: a marca que possui o nome da loja; a marca que possui nome independente da loja e a grife exclusiva.

A marca que possui o nome da loja é assim escolhida quando se pretende divulgar mais intensamente o nome da loja em associação ao

⁵⁵ SIMÕES, *ob. cit.*, 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.

conhecimento do público da marca própria, potencializando a ideia de qualidade entre o estabelecimento e os produtos que carregam o seu sinal. Assim, a loja e a marca acabam sendo entendidas de forma idêntica pelo público, ou seja, sendo a imagem da loja positiva, assim será a imagem refletida no produto que carrega a marca da loja. Desta forma, levam o nome do retalhista, do distribuidor ou do estabelecimento. Normalmente são observadas nas áreas de tecidos e alimentos, v.g., Pingo Doce e PullandBear.

Para a adequada aplicação do nome da loja na marca, se faz relevante observar dois aspectos. Em primeiro lugar o enquadramento da marca no mercado deve ser condizente com a imagem apresentada pela loja, seja como um produto que valoriza o valor ou mesmo o status dos compradores. Por exemplo, se uma loja procura ser a que oferece produto com o menor preço, deve formular a sua marca para que siga na mesma direção, vez que se assim não for, ocorrerá um distanciamento na ligação marca – loja. E ainda, deve ser observado o sentido carregado pelo nome da loja, caso possua conotação muito ampla, a orientação é não escolhê-la como o nome da marca, vez a sua abrangência no momento da individualização, o que pode prejudicar a divulgação e aquisição por parte do consumidor.

Na marca que possui nome independente da loja, o comerciante permanece como proprietário da marca e procura divulga-la por meio de uma imagem forte, apta a concorrer com as demais marcas, alcançando a preferência do consumidor sem manter relação com a imagem produzida pela loja. Desta maneira, a marca se apresenta no mercado sem ligação com a loja do comerciante, ou seja, como uma marca qualquer. Todavia, por não garantir tal proximidade com o nome da loja, necessário que se transmita uma imagem

acessível e direta, cumprindo com a razão de existência da mesma. Importante ainda, que possua graus de qualidade e de prioridade específicos a longo prazo, permitindo assim que os consumidores se sintam interessados em continuar adquirindo-a.

Algumas vezes o mesmo comerciante cria duas marcas próprias com nomes independentes da loja, segmentando assim o mercado e permitindo uma ideia de concorrência no consumidor, que na realidade não existe. Como exemplos, pode-se citar a Aro, da distribuidora Makro e as marcas Polegar e Auchan, da distribuidora Jumbo.

Já a marca formada por grife exclusiva se apresenta quando um estilista, seu grupo ou uma empresa, cria uma mercadoria que é comercializada por meio de contrato de exclusividade com determinado comerciante. É assim uma forma de licenciamento.

Os objetivos pretendidos pelo comerciante com esse tipo de marca são benefício através do talento já alcançado pelo estilista, além do status e qualidade possivelmente intrínsecos ao seu trabalho e a diferenciação perante os concorrentes, vez a exclusividade do produto. Assim como os dois tipos supracitados, essencial que respeite algumas condições, primeiramente que o estilo e a qualidade do produto sejam proporcionais ao preço final direcionado ao público e também que a relação entre o estilista e o produto seja equiparada à imagem da loja do comerciante. Pois, se houver grande discrepância, a marca não será acolhida pelos consumidores, mesmo que possua o caráter de exclusividade.

A marca exclusiva pode ser constituída pela união entre o nome do fabricante e do comerciante, pelo nome de uma das partes ou ainda ser

denominado por nome alheio. Entre as marcas nacionais, pode-se apontar a Tommy Hilfiger, comercializada de forma exclusiva pela Loja das Meias⁵⁶.

Neste sentido, possível perceber que a marca do comerciante é formada por figuras bem diferentes, ou seja, pelos produtos genéricos, pelos produtos com marca da loja, pelos produtos com marca independente (privada) e pelos produtos exclusivos. Tal configuração da marca do comerciante assim se apresenta vez que seu ramo de aplicação não é único. Logo, pode se desmembrar em mais de uma forma, de acordo com o interesse do comerciante. Porém, em todas estas modalidades o comerciante é o proprietário da marca e controla as fases de fabricação e distribuição dos produtos, de acordo com as suas estratégias de marketing.

4. Função Distintiva da Marca do Comerciante.

Como anteriormente analisado, a marca possui algumas funções que lhe são inerentes. Todavia, o aspecto de foco do presente estudo será a função distintiva da marca do comerciante, vez que a função publicitária e de procedência da marca acabam sendo colocadas em grau inferior em relação a função distintiva, pois na marca do comerciante o que mais importa não é a melhor divulgação do produto ou o conhecimento da origem deste, mas sim a individualização da marca perante os consumidores, o que acarreta o menor preço, face a economia de investimentos nas demais funções.

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 pré-estabelecidos e que

⁵⁶ Neste sentido entendem SIMÕES, *ob. cit.*, p. 168 – 175; ABREU, Pedro, *ob.cit.*, p. 32 – 34; e GARCEZ, *ob. cit.*, p. 28 – 31.

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 pelo produto⁵⁷.

A função distintiva da marca possui caráter duplo, seja no momento em que aponta a diferença entre os produtos que carregam a marca do comerciante e aqueles que não possuem marca ou que a possuem, mas de forma bem individualizada (função distintiva); quanto na de garantir identidade no que tange aos produtos que transportam a marca do comerciante (função de procedência).

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

No que se refere aos produtos genéricos, os mesmos acabam não sendo encarados como marca, vez a sua total ausência de sinal distintivo. São apenas nomes que indicam o produto e que em nada se aproximam do sentido de marca. Logo não se observa a função distintiva nesta modalidade.

Já nos produtos com marca independente da loja, que sustentam nome diverso do distribuidor, retalhista ou grossista, a relação é diferenciada, vez que a sua colocação no mercado ocorre como se fosse uma marca misturada as marcas do fabricante. Assim, a função distintiva não direciona para o fabricante do produto, pois esta não é obrigação do comerciante, ou seja, não precisa oferecer sinais aos clientes de que é o proprietário de

⁵⁷ Que será estudada mais profundamente no último capítulo do presente estudo.

determinada marca, mas sim para a qualidade ou sua garantida em relação ao proprietário escondido pela marca privada.

Por fim, as marcas com nome da loja não possuem grandes discussões jurídicas e doutrinárias, tendo em vista a grande qualidade de estudos da área de marketing e de administração sobre essa espécie de marca do comerciante e que mais se aproxima do sentido principal desta. A função da marca foi analisada, até o momento, somente no que tange a licença da marca e na marca coletiva.

Assim, a marca deve sempre buscar demonstrar para os consumidores que os seus produtos são originados de uma mesma empresa, ou de empresa sucessiva que possua características contínuas com a primeira ou também que tenha com ela ligação hodierna nos âmbitos contratuais e econômicos. 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 o este e o fabricante, vez que além de gerir a produção, cabe também àquela figura, atrair a responsabilidade pelos produtos colocados à disposição dos consumidores⁵⁸.

Logo, a marca do comerciante não desrespeita a função distintiva, pois os produtos dessa marca são fabricados através da delegação de funções pelo titular da marca. Desta maneira, no momento da aquisição, por mais que se desconheça a origem real do fabricante, se confia na imagem do comerciante, ou na empresa que se identifica na marca. Assim se manifesta Simões⁵⁹, quando afirma: “*A função principal da marca é a de informar acerca*

⁵⁸ Assim se manifestam claramente SIMÕES, *ob. cit.*, p. 180 – 197; e GARCEZ, *ob. cit.* p. 41 – 50.

⁵⁹ *ob. cit.*, p. 185.

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”. Entende-se inclusive que pode ser compreendida como a forma mais moderna de marca face a sua multiplicidade de atuação.

Neste diapasão, possível entender no decorrer destas linhas a relevância da marca do distribuidor para o mercado no decorrer dos anos, vez o seu crescimento célere de simples tentativa dos distribuidores em se proteger da atuação coercitiva dos fabricantes, até se transformar em forma complexa de concorrência hodierna.

Capítulo III – Aspectos Inerentes ao Estudo da Marca do Comerciante.

Quando se adentra no centro do tema marca do comerciante, faz-se essencial observar alguns aspectos relevantes, a fim de que a análise seja a mais abrangente possível. Tal conhecimento se impõe ante a complexidade própria desta marca.

1. A Figura do Fabricante como Produtora Marca do Comerciante.

Um dos grandes questionamentos sobre a marca do comerciante é a sua origem, vez a notória ausência na maioria das vezes, de condições físicas, administrativas, e/ou até mesmo financeiras deste. Ocorre de forma reiterada que empresa comerciante, almejando colocar no mercado produto/serviço dos mais variados tipos, com marca própria, busque formas de concretizar tal pretensão. Neste sentido, acabou surgindo a figura do fabricante como meio apto para que o comerciante conquistasse sua marca. Tal relação hodiernamente é fundamentada através de contrato⁶⁰, que garante a interferência do comerciante na fase produtiva.

O fabricante é orientado a aceitar o papel de produtor de marca alheia por três motivos principais, quais sejam, a possibilidade de aproveitamento da capacidade produtiva de seus funcionários, seja para a produção de seus próprios produtos, como para os do comerciante; o interesse em controlar o mercado, vez que a produção de várias marcas decorrentes de um mesmo fabricante autoriza um maior domínio do ramo comercial por este; e ainda

⁶⁰ Que será melhor analisado no próximo capítulo.

atentativa de reforço competitivo, quando se permite atacar o volume ou os benefícios colocados à disposição dos consumidores, por exemplo, de determinado concorrente que alcance destaque.

Importante considerar que alguns fabricantes se concentram somente na atividade de produtor de marcas do comerciante, enquanto outros realizam a atividade de forma complementar a sua produção particular. Todavia, nem todos os fabricantes concordam com tal operação, neste grupo se enquadram os fabricantes de marcas com grande patamar no mercado, ou seja, os que já se confirmaram e ocupam lugar de prestígio. Tãmanha negativa não exige que se mantenha uma relação conflituosa entre as partes, todavia, os comerciantes possuem características essenciais para a disponibilização dos produtos/serviços, que podem prejudicar profundamente os fabricantes, v.g., a manobra na entrada dos bens no estabelecimento comercial e até mesmo a recusa na distribuição destes nas grandes centros de comércio⁶¹. Assim, possível verificar casos em que grandes fabricantes produzem marcas do comerciante.

Desta maneira, se observa que o papel do fabricante é muitas das vezes essencial para a produção da marca do comerciante, o que evidencia a necessidade de que seja mantida uma relação saudável. Evidente que desta ligação, em que inúmeros interesses são colocados em disputa, alguns pontos de desordem acabam naturalmente se apresentando. Todavia, o importante é que seja ponderada a melhor forma de solução, vez que os maiores atingidos são os consumidores, que podem perder seu direito de livre escolha⁶².

⁶¹ ABREU, Pedro, *ob. cit.*, p. 75-76.

⁶² Ponto que será estudado ainda neste capítulo.

2. Pontos de Debate da Marca do Comerciante.

Considerando a relação entre o fabricante e o comerciante e os interesses oriundos desta ligação, evidente os conflitos decorrentes e os pontos que para uma das partes é encarado como negativo, enquanto que para a outra é positivo, e vice e versa. Neste diapasão, relevante conhecer os principais pontos de debate.

Primeiramente pode-se apontar o lucro obtido pelos fabricantes na produção da marca do comerciante como importante campo de discussão, vez que a sua margem é reduzida. Assim, os fabricantes alegam que os comerciantes controlam o lucro conquistado pelas marcas destes, e ainda sufocam o mercado com novos bens. Como defesa, alegam os comerciantes, que não existe qualquer tipo de coação direcionada aos fabricantes para a produção de suas marcas, mas sim a livre escolha para a celebração do contrato. O que acaba inclusive, em alguns casos, sendo a fonte principal de receita de alguns fabricantes, seja porque não possuem marcas próprias ou ainda porque perderam lugar no mercado.

Outro ponto de reiterados conflitos é a disponibilização dos produtos no estabelecimento comercial. Notório que o comerciante possui vantagem em larga escala neste aspecto, vez que determina baseado em sua livre vontade o local de depósito dos bens. Ocorre, entretanto, que o comerciante age em alguns momentos objetivando somente a divulgação de suas marcas, em prol do esquecimento das marcas dos fabricantes, que são dispostas em lugares de reduzida e até mesmo difícil visualização. Tal situação é denominada como “guerra das prateleiras”⁶³ e se apresenta de forma mais intensa no caso de

⁶³ Cfr. ABREU, Pedro, *ob cit.*, p. 76.

hipermercados, onde se permite uma separação desigual entre as marcas do fabricante e do comerciante, e ainda a divulgação de promoções em concomitância com as determinadas pelas marcas do fabricante, além de outras formas de controle. Tais ações permitem que o comerciante alcance 50% ou mais das prateleiras com produtos de marcas próprias.

Deste contexto duas consequências são visivelmente observadas, a primeira no que tange ao conflito direto com o fabricante, que pretende ter seu produto adequadamente distribuído, e a segunda, na imposição de uma livre escolha falseada para o consumidor.

A relação fabricante x comerciante acaba sendo abalada, sempre que este, se beneficiando de sua posição, prejudica a divulgação dos produtos daquele. Notório que o comerciante também precisa das marcas do fabricante para que seu estabelecimento seja procurado pelos consumidores, vez que estes podem se deslocar local, a fim de adquirir determinada marca própria de fabricante. Ocorre que mesmo hodiernamente, quando os comerciantes possuem um campo abrangente de atuação, com suas marcas próprias, nos mais variados setores do mercado, não são autorizados a dispor da distribuição dos produtos de marcas do fabricante. Desta maneira, acabam camuflando esta necessidade diante dos fabricantes, objetivando uma maior divulgação de seus produtos/serviços.

Já no que se refere aos consumidores e a sua livre escolha de aquisição, perceptível que a atitude do comerciante influencia de forma intensa a escolha final, vez que se há uma colocação dos produtos nas prateleiras de forma a direcionar o consumidor para um tipo de marca, e o mesmo não procura marca específica, evidente, que aceitará o que lhe é induzido, seja em

função da vida moderna e da ausência de tempo para uma análise profunda do que deve ser contraído ou do desconhecimento de outras marcas. Neste sentido, acaba sendo o consumidor alvo de manipulação, onde a livre escolha é uma falácia⁶⁴.

Terceira questão que merece análise mais profunda é quanto à publicidade da qual os fabricantes se beneficiam através dos investimentos em marketing por parte dos comerciantes, estes enquanto estabelecimento que visa atingir concorrentes. Tal divulgação permite 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 assim uma relação mais segura entre comerciante – fabricante, com fundamento na cooperação. Neste entendimento, conforme se apresentar a publicidade e os benefícios consequentes para o fabricante, maiores podem ser os descontos e outras vantagens, v.g., qualidade dos produtos, direcionado para o comerciante.

No mesmo diapasão, os fabricantes, para que seus produtos possam ser recepcionados pelo público, precisam investir na publicidade e na promoção de vendas. Quanto à primeira forma, esta não se apresenta como grande obstáculo, pelo contrário, a publicidade possibilita a divulgação do produto e conseqüentemente o local onde pode ser encontrado pelo público. Ocorre que é mais favorável para o comerciante que a promoção seja anunciada em seu estabelecimento, pois permite uma maior circulação de consumidores, e ainda autoriza que o comerciante faça concorrência com suas

⁶⁴ Estudaremos mais profundamente o assunto no tópico seguinte.

marcas próprias, através de promoções e outros meios, chegando até mesmo a se favorecer da publicidade que objetiva informar os consumidores sobre marca de outrem⁶⁵.

Assim, percebe-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.

Por fim, importante apontar um assunto que vem ganhando cada vez mais espaço, 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 comerciante. Inegável que a função precípua da marca é diferenciar os diferentes, ou seja, individualizar os produtos colocados no mercado quanto à origem e ao controle empresarial, garantindo assim a segurança dos consumidores em conhecer a procedência da marca adquirida.

Todavia, 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 marcas que deveriam ser diversas. Logo, a marca passa a diferenciar os idênticos⁶⁶, função esta não englobada pelo

⁶⁵ *Idem, ob. cit.*, p. 76-77.

⁶⁶ De acordo com o pensamento do ilustre doutor Nogueira Serens, que nas aulas referentes ao tema marca, indicou com veemência e de maneira 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 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 as galinhas e cada ovo correspondente for marcado com os símbolos (X e 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.

conceito tão discutido ao longo dos anos pelos mais reconhecidos doutrinadores, vez a sua total inadequação.

Neste sentido, relevante discutir a possibilidade de garantir que a marca do comerciante, mesmo sendo produzida por fabricante, possa ser entendida como marca diferente desta. Fala-se assim, do contrato que rege a ligação comerciante – fabricante, e que na maioria das vezes estabelece o direito de interferência do comerciante na produção, autorizando o controle e a supervisão em todas as fases. Tal 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 comerciante será sempre entendida como igual a marca do fabricante, o que não é uma verdade afirmada em todos os parâmetros.

Possível perceber, no decorrer destas linhas, que a relação fabricante - comerciante possui algumas peculiaridades que podem produzir conflitos e até mesmo enfraquecer tal ligação. Todavia, deve ser alcançado um limiar de 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, essenciais para o bom andamento do mercado.

3. Concorrência Desleal.

Válido primeiramente conhecer o conceito deste instituto antes de entrar no mérito do seu enquadramento na marca do comerciante. O artigo 317.º, do Código de 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.

Seguindo essa conceituação geral, existe uma enumeração de caráter exemplificativo nas alíneas a) a f) e no artigo 318.⁶⁷. Neste sentido, para uma compreensão mais profunda do preceito legal, faz-se importante analisar cada um dos requisitos que formam o conceito de concorrência desleal.

O ato de concorrência no entendimento de Pedro Sousa e Silva⁶⁸ pode ser genericamente compreendido como um ato possível de gerar posições vantajosas perante o mercado, em decorrência da clientela conquistada. Assim, a clientela é o objetivo imediato ou mediato do ato de concorrência. Tal ato pode ser lícito ou ilícito, desde que permita um reforço de clientes para o autor do ato. Para o doutrinador Luís M. Couto Gonçalves⁶⁹ deve o ato de concorrência ser entendido em seu sentido econômico, ou seja,

⁶⁷Art. 317.º a)Os atos suscetíveis de criar confusão com a empresa,o estabelecimento, os produtos ou os serviços dos concorrentes, qualquer que seja o meio 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 adoptado; f)A supressão, ocultação ou alteração, por parte do vendedor ou de qualquer intermediário, da denominação de origem ou indicação geográfica dos produtos ou da marca registada do produtor ou fabricante, em produtos destinados à venda e que não tenham sofrido modificação no seu acondicionamento;

Artigo 318. º: 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 controlo das informações, no sentido de as manter secretas.

⁶⁸*ob. cit.*, p. 324.

⁶⁹GONÇALVES, Luís M. Couto. **Manual de direito industrial**. 2ª ed. Almedina. Coimbra. 2008. p. 403 – 432.

nas regras de livre iniciativa econômica exercida por vários agentes, também econômicos, com vista a alcançar um público consumidor cada vez mais amplo, que possui liberdade no momento de escolha.

A concorrência é 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 a individualização dos produtos. Todavia, outras hipóteses de concorrência podem se apresentar, v.g., 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 ou serviço e de setor de mercado, o que se observa hodiernamente em um mercado mais complexo, alargado e dinâmico⁷⁰.

O ato de concorrência sugere um ato relacional do mercado e uma intenção concorrencial. Àquele se refere ao ato produzido por um concorrente na relação com outros concorrentes e/ou com consumidores e que tem efeito no mercado (v.g., lei da oferta e da procura). Já este, é o ato capaz de interferir de maneira objetiva⁷¹ na posição ocupada pelos agentes concorrentes e/ou nas escolhas dos consumidores (v.g., desvio da clientela). Logo, o ato de concorrência deve se oferecer como ato externo produzido no mercado, não obrigatoriamente ostensivo, mas com objetivo de concorrência. Fora desse entendimento se apontam os atos que mesmo não imunes a uma finalidade concorrencial, não sejam atos de / e para o mercado; e ainda os atos que

⁷⁰ OLAVO, Carlos. *ob. cit.*, p. 259 – 260, afirma que existe concorrência entre todas as atividades de cunho econômico, basta para isso que se demonstre a intenção de conquistar clientela. Em sentido oposto SILVA, Pedro, *ob. cit.*, p. 325 – 326 defende que apenas ocorrerá concorrência quando existir afinidade de produtos ou de atividades.

⁷¹ Sem intenção do agente. Se deve observar o enquadramento objetivo quanto ao ato realizado e o resultado conquistado.

terminem na organização interna ou jurídica do concorrente, como a comunicação aos trabalhadores da empresa sobre a organização interna desta.

No que se refere a concorrência desleal, esta deve ser entendida de forma mais restritiva à atividade exercida no tempo ou no espaço. Obrigatório que as partes tenham uma relação de atividade próxima, seja pertencendo ao mesmo mercado ou possuindo clientela em comum, mesmo que potencial. O produto ou serviço oferecido pelos concorrentes deve ser assim avaliado pela clientela como de idêntica necessidade. Para Carlos Olavo⁷² são as que permitem que o resultado de uma substitua o da outra, v.g., manteiga e margarina; as atividades que se complementam, se integrando em um mesmo processo produtivo, mesmo que em estádios diferentes, como fiação e confecções; e ainda as que produzem bens que apenas em conjunto são úteis, no caso de peças para automóveis.

Entretanto, a Convenção da União de Paris, na leitura de seu artigo 10.º *bis*, n.º 3, § 3.º, entende que não é requisito obrigatório para a concorrência desleal o exercício de atividade que supra necessidades do mesmo tipo pelos concorrentes. Desta forma, totalmente aplicável quando as atividades pertencerem ao mesmo setor de mercado⁷³. Vale observar ainda que o plano passivo pode ser ocupado por concorrentes certos e determinados, por classe profissional, e ainda pelos consumidores e pela coletividade, de forma reflexa, dependendo do caso concreto⁷⁴.

⁷²*ob. cit.*, p. 260 - 261.

⁷³ O mesmo setor de mercado refere-se a uma espécie de grupo de clientes que possuem interesses semelhantes no comércio, v.g., loja de roupas femininas e salão de beleza.

⁷⁴V. tb. acerca dessas considerações ASCENSÃO, José de Oliveira. **Concorrência desleal**. Almedina. Coimbra. 2002. p. 19 – 34; 109 – 180; e PAÚL, Jorge Patrício. **Os pressupostos da concorrência desleal**. Texto do livro Concorrência desleal: curso promovido pela Faculdade de Direito de Lisboa. Almedina. Coimbra. 1997. p. 41 – 44.

Outro aspecto que deve ser observado é que o ato seja contrário às normas e usos honestos da atividade comercial. Nesse quesito 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 honestidade⁷⁵. A desobediência se verifica na simples violação autônoma de normas sociais de conduta, não sendo necessária a infração efetiva de normas legais, que também podem desencadear atos desleais de concorrência.

Enfim, o último requisito incluído pela doutrina e pela jurisprudência para a caracterização da concorrência desleal, é o dolo na aplicação do artigo 331º, do Código de Propriedade Industrial⁷⁶, 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. Desta forma, se faz necessário provar que o agente encontrava-se livre, consciente e sem qualquer tipo de coerção no momento da realização do ato, para que este possa ser entendido como válido na produção de seus efeitos.

A doutrina após muitos estudos desenvolveu o princípio da prestação, na tentativa de controlar o ato desleal e evitar conflitos no momento de sua caracterização. Tal preceito considera que a concorrência deve ocorrer com alicerce no mérito objetivo das respectivas prestações. Neste diapasão, quando um empresário para conquistar clientela, emprega meio diverso da sua característica de prestação, o princípio é desobedecido. Assim, quando se

⁷⁵ Para OLAVO, Carlos. *ob. cit.*, p. 266, existe referência direta a conceito ético no artigo 317.º, quando trata da honestidade nas relações de concorrência. Assim, se objetiva uma consciência ética do comércio médio.

⁷⁶ Artigo 331.º 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 317.º e 318.º.

utiliza instrumento que admite afetar ou neutralizar o mérito objetivo das prestações que se encontram em disputa o ato de concorrência desleal se apresenta, como, por exemplo, um concorrente utilizando produto próprio, faz com que este passe perante os consumidores como se fosse produto de concorrente famoso. A constatação da não aplicação deste princípio é relevante auxiliar interpretativo⁷⁷.

No que tange a marca do comerciante, entende-se que é dirigida prioritariamente às classes sociais de baixo nível, por meio de preços mais acessíveis, inferiores ao aplicado no mercado. Como é um tipo de marca que não necessita da publicidade para se difundir, 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 de marca líder, objetivando a associação por meio do consumidor quanto a qualidade do produto colocado à disposição. Esta situação pode acabar sendo compreendida como um exemplo de concorrência desleal, pois permite a confusão do público.

Desta forma, possível entender que dependendo da relação entre o fabricante e o comerciante quando o assunto é marca, a relação desleal pode ser verificada por inúmeros meios, conforme as características supracitadas. Logo, faz-se essencial a análise do caso concreto para que se confirme o aparecimento da concorrência desleal por um de seus sujeitos.

⁷⁷ Cfr. ASCENSÃO, *ob. cit.*, p. 151 – 157, e p. 163 – 165; OLAVO, Carlos. *ob. cit.*, p. 267; PAÚL, Jorge, *ob. cit.*, p. 44 – 45; e SILVA, Pedro, *ob. cit.*, p. 327 – 329;

Capítulo IV - A Responsabilidade Civil na Marca do Comerciante.

Após a trajetória realizada ao longo deste estudo, que se iniciou na marca em seu sentido lato, passando pela marca do comerciante e seus pontos mais relevantes, chega-se a sua efetiva forma de atuação no mercado hodierno, ou seja, a sua aplicação e as consequências jurídicas decorrentes desta.

Neste diapasão, apresenta-se a Responsabilidade Civil, que objetiva proteger os envolvidos nas mais variadas relações, no que tange a determinar até que ponto se estende o direito de cada parte e desta forma auxiliar o momento da responsabilização pela parte que causa dano a outrem. Para Simões⁷⁸ *“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 protecção de todas as pessoas.”*

Todavia, como o tema do presente estudo é a marca do comerciante, a responsabilidade civil será analisada dentro deste parâmetro, a fim de permitir uma melhor compreensão deste tipo de marca. Neste sentido, se observa o surgimento da responsabilidade objetiva, que não exige a comprovação da culpa, mas se verifica com base no risco apresentado. O risco pode assim ser visualizado de duas formas, o risco-proveito e a teoria do risco criado. Na primeira a responsabilidade se aplica pelos danos oriundos das atividades nas quais se tira proveito, enquanto a última se caracteriza pela responsabilização da situação de risco criada. Logo, em tal espécie, a responsabilidade é atribuída de acordo com a criação ou controle do risco.

⁷⁸ob. cit., p. 39.

Como exemplo de responsabilidade objetiva se destaca a responsabilidade por produtos, que se caracteriza pela sociedade de consumo e sua complexidade. Tal responsabilidade será mais bem compreendida ao longo deste capítulo, vez que é a aplicada à marca do comerciante.

1. Os Sujeitos.

Deacordo com a Diretiva 85/374/CEE,a primeira figura entendida como responsável é o produtor. Ocorre 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.

Define o artigo 3.º, da Diretiva:

N.º 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.

N.º 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 actividade comercial, será considerada como produtor do mesmo, na acepção da presente directiva, e responsável nos mesmos termos que o produtor.

N.º 3. Quando não puder ser identificado o produtor do produto, cada fornecedor será considerado como produto, 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 n.º 2, mesmo se for indicado o nome do produtor.

Desta forma, é compreendido como produtor tanto o fabricante de determinado produto já confeccionado, o fabricante de matéria-prima, o fabricante responsável por parte necessária para a 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.

Considerando esse entendimento amplo de produtor, essencial dividir os sujeitos em dois grupos, quais sejam, os que se encontram na fase de produção e os que se localizam na etapa de 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 o 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, essencial observar atentamente os casos previstos no artigo 3.º da Diretiva, a fim de identificar os responsáveis pelos danos causados por produtos com marca do comerciante no caso concreto. Assim, analisaremos os quatro sujeitos principais identificados pela Diretiva, são estes: o produtor real, o importador, o fornecedor e o produtor aparente.

1.1. O Produtor Real.

Esta espécie se verifica no n.º 1, do artigo 3.º da Diretiva, ou seja, será compreendido como produtor real 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.

Tanto a pessoa física quanto a jurídica podem se enquadrar na qualificação de produtor real, desde que haja uma atuação com base na própria responsabilidade na confecção do produto. Logo, essencial a sua disponibilização, que independe do seu grau de intensidade, perante a formulação do produto final. Tamanha característica exclui a responsabilidade daqueles que exercem função dependente do produtor, vez a não verificação de uma atuação direcionada pela própria responsabilidade. Também não são responsáveis como produtor real as entidades que funcionam como controladoras dos níveis de qualidade ou segurança do produto, vez a sua total inexistência de comando quanto à fabricação deste. São somente prestadores de serviços localizados do lado exterior da produção.

1.2. O Importador.

O importador não se encontra abrangido pelo n.º 1, do artigo 3.º da Diretiva, mas sim na conceituação do n.º 2, como qualquer pessoa que exerça a atividade de importação de produto na Comunidade e que objetive a distribuição do bem dentro do seu campo comercial. Isto posto, o importador acaba sendo entendido como figura análoga ao produtor, o que justifica a diferenciação entre o produtor e o importador.

A responsabilidade é dita como primária, desta forma, responde independentemente da responsabilidade inerente do produtor e ainda nos mesmos parâmetros deste. Neste sentido, 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.

É desta maneira uma responsabilidade solidária, sendo inclusive entendida como uma responsabilidade por extensão⁷⁹, vez que se assimila ao produtor, mesmo não se enquadrando na definição legal deste, a fim de favorecer o direito de ressarcimento da parte lesada⁸⁰.

1.3. O Fornecedor.

Apresentado no n.º 3, do artigo 3.º, o fornecedor apenas será responsabilizado por danos causados ao consumidor quando não for possível indicar o produtor. Não o será se indicar dentro de prazo razoável o produtor ou indivíduo que tenha lhe distribuído o produto. Tal aplicação também engloba produtos importados, quando não se obtenha o nome do importador ou mesmo quando existir indicação do produtor.

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.

⁷⁹*idem.* p. 97.

⁸⁰ 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 Diretiva como figura semelhante ao produtor, exatamente para beneficiar a indicação do responsável legal e resguardar o direito de ressarcimento.

A responsabilidade do fornecedor é diferente da aplicada aos demais sujeitos. É assim subsidiária, ou seja, apenas é acionada quando o produtor ou o importador não são localizados. Tal responsabilidade de caráter residual e excepcional se justifica pelo papel desempenhado pelo fornecedor, qual seja o de simples revendedor do produto, sem qualquer interferência na produção. Desta maneira, é instrumento que objetiva obrigar o fornecedor a apontar a identidade de um dos sujeitos com responsabilidade principal para assim alcançar o afastamento de tal penalidade. Assim, vale ressaltar, que pode vir a ser considerado como um produtor subsidiário, pois na ausência dos principais responsáveis, deve ser garantido ao lesado o direito de indicação de parte correspondente, mesmo que seja o fornecedor do produto.

1.4. O Produtor Aparente.

Disposto pela parte final do n.º 1, do artigo 3.º 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 ponto discuti-se a cerca da marca do comerciante como uma espécie de produtor aparente⁸¹. Para enfim confirmar ou não tal possibilidade, faz-se necessário analisar a questão jurídica do termo e as suas extensões.

O produtor aparente reúne inúmeras formas de desenvolvimento, não podendo ser entendido como exemplo de uma única situação isolada. Deve assim, ser compreendido em sentido lato. O termo “aparente” induz a idéia de proteção da aparência no que tange a relação comercial, permitindo que seja encarado de forma incompleta em algumas das hipóteses de verificação. Já a

⁸¹ Também denominado como “quase-produtor” e “pseudo-produtor”. Todavia, o termo mais conhecido é produtor aparente.

conceituação de “quase - produtor” direciona para outro ponto principal, qual seja o acréscimo de forma implícita do sujeito na noção primeira de produtor. Neste aspecto, a questão não ultrapassa o campo terminológico dos termos e as suas indicações diretas, vez que ambos se manifestam sobre a mesma situação prática.

Foi na Alemanha que surgiu a figura do produtor aparente, mais especificamente na venda por correspondência. Já na Bélgica, entendia-se que o distribuidor que escolhesse colocar sobre produto a sua marca, passava a ser observado como produtor em algumas legislações econômicas. Vale ressaltar que antes mesmo da vigência da Diretiva.

O Código Civil Francês de 1978, legisla no artigo 1792-4, sobre o contrato de empreitada e aponta a imagem do empreiteiro – produtor – aparente. No ano de 1977 a Law Commission Liability for Defective Products da Inglaterra se manifestou favorável a figura do produtor aparente e a sua responsabilidade civil no caso de danos ao consumidor, justificando que muitas empresas realizavam a venda de produtos com a própria marca como se fossem os reais produtores. Relevante apontar que a responsabilidade do produtor real não é excluída, cabendo ainda o direito de regresso do produtor aparente, de acordo com o contrato celebrado pelas partes⁸². Também debateram sobre o assunto a Itália e a Espanha nos anos de 1978 e 1981, respectivamente. Entretanto, não alcançaram grandes passos sobre o tema.

⁸² Entendimento seguido pelo Relatório emitido pela conceituada Royal Commission on Civil Liability and Compensation for Personal Injury e também pelo Select Committee on the European Communities inglês.

A Diretiva⁸³ resolveu após estudos e observações sobre o mercado, ampliar a responsabilidade a indivíduos que se localizam além do simples produtor, preenchendo assim as lacunas relativas ao direito de ressarcimento do lesado perante produtos que indicam nomes que não direcionam o produtor real, que chega inclusive a não ter condições financeiras de arcar com as indenizações dos produtos que fabrica para que outros – comerciante/distribuidor - possam colocar o seu nome, marca ou outro sinal distintivo no momento da disponibilização no mercado.

Neste sentido importante observar que o termo produtor aparente aproxima diversos agentes econômicos, como grossistas, franqueadores, distribuidores, e outros, que ao antepor seu nome, marca ou demais sinais distintivos em produtos disponíveis no comércio, que são fabricados por terceiros, respeitando às determinações por aqueles especificado em contrato, devem ser responsabilizados pelos danos eventualmente causados aos consumidores. Tamaña 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 de ocorrência ao indicar o seu nome ou qualquer sinal distintivo no produto.

Neste ponto, entende-se notoriamente que a marca do comerciante é exemplo de produtor aparente, pois o comerciante fixa seu sinal distintivo próprio em produto confeccionado por fabricante, conforme critérios pré-estabelecidos em contrato. Assim, possui a obrigação de se responsabilizar pelo seu produto, seja quanto à sua elaboração, disponibilização no mercado e

⁸³ 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 1999/44, referente a venda de bens de consumo e das suas garantias. Todas possuem em comum o entendimento amplo do termo produtor.

ainda pelos danos causados a terceiros. Estamos diante de uma figura que não é diferenciada no que tange a responsabilidade, mas que foi englobada pela legislação diante da necessidade de proteção do consumidor lesado.

2. A Responsabilidade da Marca do Comerciante.

Após constatar que a marca do comerciante pode ser alvo da responsabilidade civil, válido se faz analisar o regime cabível para esta atuação.

A responsabilidade civil inerente dos produtos também possui campo de exercício nas áreas administrativa e penal, de acordo com cada caso concreto. No teor da Diretiva a aplicação da responsabilidade defendida por esta não impossibilita o reconhecimento do direito do lesado em outros ramos legais. Pode inclusive, reunir tais meios, para assim conquistar o ressarcimento total do dano padecido. Tal garantia permite ao lesado a plena forma de escolha no momento de alcançar a compensação devida.

A Diretiva garante o direito de ressarcimento de espécie específica de dano, como bem prevê o artigo 9.º:

Para efeitos do disposto no artigo 1.º 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.**

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

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

Considerando que os danos decorrentes de produtos defeituosos misturam relações jurídicas diversas que são resguardadas por normas próprias, evidente que apenas a proteção disposta na Diretiva não será suficiente para ressarcir de forma total o dano sofrido pelo terceiro. Logo, cabível a junção de todas as formas legais, previstas no Código Civil, em leis extravagantes e na Diretiva 85/374, sobre responsabilidade civil para que a compensação seja proporcional ao defeito.

O lesado possui algumas formas de atuação imediata. Pode se dirigir às regras da responsabilidade contratual, quando houver contrato entre o lesado e o comerciante. Destaca-se que sendo o comerciante entendido como produtor aparente, o mesmo responderá na figura do vendedor e do produtor, em consequência da responsabilidade contratual e da responsabilidade objetiva, respectivamente. É permitido ainda ao lesado se estruturar nos termos da responsabilidade extracontratual de caráter subjetivo disposta no Código Civil Português, artigo 482.º, quando tratar-se de dano não patrimonial. Além de outras normas legais que podem ser escolhidas para o ressarcimento.

O consumidor deve ser entendido no seu sentido estrito, vez que a proteção das normas legais visa resguardar o direito da parte mais frágil na relação comercial, ou seja, a parte leiga, sem preparo técnico, inferior economicamente e que adquira o produto para uso privado. Entretanto, dependendo do regime jurídico, a figura do consumidor pode ser essencial ou dispensável, v.g., o regime geral de responsabilidade se aplica a qualquer

lesado, enquanto o regime da responsabilidade por produtos não exige a qualidade de consumidor.

Neste diapasão, o consumidor pode indicar como parte passiva da ação indenizatória um, alguns ou todos os sujeitos responsáveis. Assim, será possível verificar a existência de litisconsórcio voluntário, pois a legislação não obriga que o lesado aponte todos os envolvidos, mas sim permite a faculdade na escolha. Logo, caberá ao Juiz, analisar o caso concreto e o papel desenvolvido pelas figuras demandadas, a fim de garantir quem são os primeiros responsáveis e até mesmo excluir parte que distribuiu o produto e que nada determinou no momento da confecção deste, hipótese que pode gerar a substituição no lado passivo⁸⁴.

2.1. A Responsabilidade Objetiva por Produtos.

Após compreender os sujeitos que podem ser enquadrados como produtor, seja em seu entendimento real ou aparente, necessário se faz passar a entender o regime da aplicação da responsabilidade. Todavia, importante observar a responsabilidade cabível ao produtor aparente e ao distribuidor do produto, enquanto no primeiro caso temos a responsabilidade direta, no segundo trata-se de regime subsidiário.

O produtor aparente não possui a mesma garantia expressa na Diretiva 85/374/CEE que o fornecedor, qual seja, indicar o produtor real e ser substituído na lide. Desta forma, o produtor aparente responde direta e conjuntamente pelo dano causado, assim como o produtor real. Tal relação se verifica pela abrangência do termo produtor aparente à denominação de produtor que foi

⁸⁴*idem*.p. 355 – 372.

decorrente da evolução legislativa. Em sentido contrário, o produtor real não é excluído da responsabilidade pelo fato da demanda indicar o produtor aparente.

Válido destacar que ao lesado não recai o ônus de provar a culpa dos responsáveis indicados na ação ressarcitória, sendo permitida inclusive a demanda solidária dos sujeitos. No caso em que vários indivíduos são responsáveis pelo dano sofrido a responsabilidade será solidária. Desta feita, qualquer um pode ser acionado para preencher a parte passiva da demanda, respondendo pela totalidade do dano. Entretanto, não pode o lesado ingressar ao mesmo tempo contra o produtor real, o importador, o fornecedor e o produtor aparente. Deve se dirigir contra o primeiro responsável e no seu desconhecimento ou ausência, aos demais sujeitos, seguindo a preferência disposta na Diretiva. Logo, o requisito de escolha deve ser a subsidiariedade.

A solidariedade como base da responsabilidade objetiva se justifica pelo crescimento da garantia de compensação do lesado e pela facilitação das ações judiciais, vez que se pode acionar qualquer um dos responsáveis. É meio de proteção do atingido pelo dano, pois não precisa comprovar a culpa dos envolvidos na produção deste e pode requerer o ressarcimento em sua totalidade a qualquer um.

O regime de solidariedade se apresenta quando vários agentes encontram-se na relação, por exemplo, temos o produtor aparente e o produtor real, enquanto este elabora o produto e participa de todas as fases da confecção, aquele influencia diretamente a produção, colocando ao final seu nome ou qualquer sinal distintivo, a fim de marcar seu produto. Logo, possível observar a existência de uma co-autoria na produção, que indica consequentemente uma co-responsabilidade das partes.

2.2. A Verificação do Produto Defeituoso.

O defeito é requisito que garante vida à responsabilidade objetiva do produtor ou dos demais agentes. No entendimento da jurisprudência portuguesa e espanhola, cabe ao lesado provar a materialidade do defeito e ainda a relação de causalidade entre o dano e o defeito apresentado. Dispõe o artigo 6.º da Diretiva, no n.º1, sobre o entendimento de produto defeituoso:

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 conceituação de defeito é bem ampla, conforme entendimento da Diretiva, o que permite que o seu teor se amolde a evolução da definição de segurança. Desta forma, o defeito verificado em produto não pode ser considerado conforme a inaptidão deste no que tange a sua utilização, mas sim na possível ausência de segurança que o consumidor pode aguardar. A segurança não pode ser compreendida como similar à capacidade do produto em cumprir sua função, vez que no caso do produto não funcionar, a questão deve ser resolvida pelo âmbito da responsabilidade contratual. Logo, a responsabilidade por produtos visa proteger a segurança.

Enquanto a responsabilidade por produtos visa resguardar a vida e a integridade físico-psíquica, ou seja, a saúde do consumidor, a falta de capacidade produtiva do produto objetiva proteger o cumprimento adequado do contrato, no que tange a prestação e a contrapestração das partes.

A segurança não precisa ser absoluta, mas sim a esperada como normal pelo público médio quando este adquire produto. Neste sentido, o sujeito

alvo da segurança não é o lesado em sentido estrito, mas os consumidores em geral. Vale destacar que além dos aspectos supracitados, importante se faz verificar todas as questões próprias do caso concreto, quais sejam 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, dentre outros.

Evidente que um mesmo produto pode apresentar falta de segurança e de qualidade, podendo inclusive a ausência de qualidade gerar diretamente os danos ao consumidor no que se refere a sua segurança. O produto é considerado seguro enquanto proporcionar ao público⁸⁵ a segurança que este espera. No momento em que passa a desrespeitar tal preceito se transforma em produto defeituoso.

Entende-se que existem três tipos de defeito, o de fabricação, o de desenho e o de informação.

O defeito de fabricação é verificado na etapa de confecção ou execução do projeto de determinado desenho. Há nesse caso diferenciação entre o produto formulado e o concretamente fabricado. Tal defeito pode ser atribuído a produção em massa, seja conseqüente de erro humano ou maquinário. Sua análise é de fácil percepção, vez que a simples comparação do produto defeituoso com outro de fabricação adequada demonstra o dano⁸⁶. Nesta espécie a responsabilidade é objetiva, pois o produtor acaba não observando os requisitos aguardados pelo consumidor quanto à segurança do produto.

No que tange ao defeito de desenho, este se direciona a qualquer atividade de fabricação do produto como objeto, seja quanto a sua composição

⁸⁵ Sujeito médio com conhecimento da comunidade. Trata-se de caráter objetivo e impessoal, vez que não é o lesado de cada caso concreto que irá determinar se houve ou não desobediência à ideia de produto seguro.

⁸⁶ Os defeitos de desenho e de informação não possuem a mesma facilidade no momento de sua verificação.

intrínseca, como na sua demonstração extrínseca. Neste sentido, conglomeram as matérias, a função pretendida, além da imagem e da segurança que se pretende repassar ao consumidor, dentre outros aspectos inerente a todos os produtos colocados à disposição no mercado. Assim, o erro que se elabora na idéia do produto acaba sendo repassado para toda a sua produção, ocasionando desta forma um erro em cadeia.

O defeito de informação é o último que pode ser constatado, pois após o desenho e a fabricação ausente de falhas, a informação debilitada que segue o produto ou até mesmo a sua não apresentação, acarreta o defeito. Neste diapasão, pode ser relativo a ausência de exatidão, de suficiência ou de corretas instruções referentes ao uso, e ainda quanto a carência ou incorreta transferência de aviso sobre possíveis riscos do produto. Logo, o defeito de informação é externo ao produto, pois se o dano for evitado através de aviso ao consumidor, a sua falta produz o defeito.

A análise do caso concreto exige que o produto defeituoso seja considerado como um todo, abrangendo a sua forma de lançamento, o processo de comercialização e de publicidade, além das promoções que venham a ser aplicadas ao produto. Ou seja, todos os aspectos que constroem a imagem do produto perante o público. É assim, um tipo de defeito que não se encontra inerente a estrutura física do produto, como os dois defeitos supracitados.

Ao produtor não cabe somente oferecer a informação, deve ainda respeitar os critérios de tamanho da fonte e demais formas de apresentação desta informação. Logo, o produto é mais que apenas a aparência, é ainda as informações e observações necessárias para o bom uso e conhecimento do bem

pelo consumidor, que se cumprem pela publicidade, embalagem e outros meios de divulgação e individualização.

Vale destacar que a escassez de informação no que tange ao produtor real não se enquadra como exemplo deste tipo de defeito, pois o produtor não causa prejuízos por ser omissor quanto ao real produtor do objeto. Logo, os produtos que carregam a marca do comerciante não devem ser encarados como defeituosos, pela simples falta de incidência do produtor real, vez que a marca não é indicadora de segurança, mas sim sinal distintivo. Assim, o defeito de informação se comprova pela ausência ou falta de adequada instrução, aviso ou outras indicações necessárias do produto.

Após conhecer os tipos de defeito, relevante passar a entender a responsabilidade cabível. O defeito de fabricação, como já apontado, possui responsabilidade objetiva ou quase - objetiva, vez a impossibilidade de verificação de culpa por parte do produtor ante a produção em massa. Já quanto o defeito de desenho e de informação, discute-se pela existência ou não de culpa ou negligência do sujeito responsável.

À vista disso, a responsabilidade no defeito de informação é orientada pela culpa, pois é o produtor que decide qual informação pretende repassar para o consumidor e o meio que será utilizado. A responsabilidade será apenas objetiva nos defeitos de fabricação e de desenho quando o risco for previsível e evitável através da aplicação de alternativa cabível ao caso. Logo, faz-se essencial a comparação do produto defeituoso com alternativa razoável, no qual os quesitos de custo/benefício sejam superiores aos valores normativos - sociais de segurança.

O defeito de informação pode ser atribuído ao comerciante que possui marca própria, quando este tenha assumido o papel de informar o consumidor sobre o produto colocado no mercado. No caso em que o titular da marca de comerciante não informa corretamente o público médio e o dano se apresente possível de prevenção, a defeituosidade do produto será de responsabilidade total do comerciante.

Relativamente ao defeito de desenho e a marca do comerciante, se o titular da marca determinou expressamente os pontos obrigatórios do produto, será este o responsável pelo defeito. Tal equívoco prejudica toda a produção, vez a confecção em massa com base no entendimento defeituoso. Nesta espécie, importante conhecer a relação contratual do produtor real e do produtor aparente, a fim de pontuar o nível de interferência deste no fabrico.

Já quanto ao defeito de fabricação, por ser instrumento de elaboração do produto desenvolvido pelo produtor real, será este o responsável direto no caso da observação de defeito, pois são erros decorrentes da efetivação do projeto.

Desta forma, possível conhecer os defeitos em seus momentos pontuais de verificação e a forma de responsabilidade cabível a cada um deles. Além é evidente, do papel desempenhado pela marca do comerciante nos tipo de defeito. Logo, vale frisar que o consumidor lesado não precisa comprovar que tipo de defeito o produto sofreu e muito menos qual o sujeito diretamente responsável, mas tão somente o nexos causal entre o defeito e o dano sofrido, para então ter direito ao ressarcimento. Em contrapartida, buscará o demandado

comprovar a inexistência do defeito e no seu não alcance, tentará garantir o direito de regresso perante os demais responsáveis após o fim da lide⁸⁷.

3. A Relação Contratual entre o Fabricante e o Comerciante.

No decorrer das futuras linhas se tentará analisar a relação entre o fabricante e o comerciante, no que se refere as marcas deste último e o papel de produtor real e aparente desempenhado. Perceptível que se trata de relação anteriormente de combate, mas que hodiernamente busca propostas de cooperação e união.

Importante observar que se trata de contrato com base na colaboração de figuras distintas no campo empresarial, quais sejam, o produtor e o distribuidor. A ideia na qual as partes exerciam a sua atividade de forma individualizada e sempre em contraposição do outro, objetivando o lucro excessivo é um posicionamento defasado, vez que o mercado exige novas formas de abordagem. Dentre estas nasceu a marca do comerciante, que não possui condições estruturais, na grande maioria, para fabricar os produtos que pretende colocar à disposição dos consumidores com nome, marca ou outro sinal distintivo. Assim, essencial a figura do fabricante para que o processo será concluído com sucesso.

A integração entre o fabricante e o comerciante pode ser analisada sobre dois parâmetros, o empresarial e o contratual. Na primeira hipótese, as empresas se associam, a fim de trocar práticas e conhecimentos, além de produzir táticas em comum para a formulação de grupos de controle quanto às compras e os retalhistas existentes no mercado. Tudo objetivando melhor gerir

⁸⁷ *Idem.* p. 389 – 407.

as atividades de produção e de comercialização. Já na relação contratual, as partes possuem mais independência, mesmo permanecendo ligadas pela circulação de bens entre as empresas.

Entende-se atualmente que o comerciante é a figura mais próxima do consumidor, vez que é o responsável pela disposição dos produtos nas prateleiras e mantém relação direta com os gostos e reclamações do público, razão que induz este a ser encarado como parte forte no mercado. Enquanto isso, por outro lado, o fabricante localiza-se em ponto mais longe do público, ocasionando a sua fragilidade diante do comerciante e a força inerente deste no decorrer do tempo. Desta feita, acaba sendo levado a produzir a marca do comerciante como forma auxiliar e até mesmo principal de adquirir receita. Foi neste sentido que a marca do comerciante alterou definitivamente a relação entre o produtor e o comerciante.

No contrato entre essas figuras se percebe como bem aponta Simões⁸⁸, uma verticalização para trás da produção, pois os comerciantes possuem o direito de interferir nas decisões de fabricação e de negociar as formas de fornecimento com os produtores. Alguns comerciantes, se beneficiam da posição privilegiada que se encontram para impor condições pesadas aos fabricantes, v.g., formas de pagamento a longo prazo, elevado número de produtos e descontos contínuos. Em contraposição, os fabricantes alcançam lugares de destaque nas prateleiras dos estabelecimentos, se favorecendo ainda da publicidade promovida pelo comerciante.

Após a escolha da empresa produtora, celebra-se o contrato de fornecimento com duração de um ano, renovável por igual período. O teor do

⁸⁸*ob. cit.*, p. 202.

contrato é estabelecido pelo comerciante, seja quanto às características que devem ser observadas na confecção do produto, como no valor do serviço e as formas de pagamento. Vale destacar, que além do contrato, o comerciante pode determinar ainda que a produção respeite inúmeras regras que objetivam garantir a segurança e qualidade do produto final⁸⁹. Tal situação se impõe pela necessidade de proteger a produção, tendo em vista a existência de partes distintas na fabricação. Neste diapasão, os comerciantes buscam fabricantes com larga experiência e controlam a qualidade do produto final.

Desta forma, o comerciante ocupa a função de diretor da produção, já que organiza a fabricação, escolhe o produtor, fixa as regras que devem ser atendidas na confecção, contrata grupos especializados em garantir a qualidade do produto final, dispõe os produtos nas prateleiras e desenvolve os demais papéis de publicidade e divulgação.

Válido conhecer a relação contratual dos agentes. Esta se apresenta como um exemplo de *outsourcing*. Tal termo deve ser compreendido com base na ideia clássica do ramo econômico de não perder tempo e capital em atividade que não se possui vantagem diante dos concorrentes. Assim, tal função deve ser atribuída a quem já possui qualificação e experiência. Isto posto, o comerciante contrata com fabricante, a fim de que este elabore os seus produtos, pois o comerciante não se encontra em condições melhores de produção. Em consequência da atividade exercida pelo fabricante é possível observar a qualidade superior do produto final, a redução de custos e ainda a centralização dos esforços do comerciante nas atividades fundamentais.

⁸⁹ O controle é efetuado por grupos de certificação independentes do fabricante e do comerciante. Por exemplo as estratégias aplicadas pelo Carrefour, pela Tesco e a Sainsbury.

Neste diapasão, o contrato celebrado entre o fabricante e o comerciante se apresenta como instrumento de cooperação das partes para a elaboração de produtos de acordo com as determinações do comerciante, em contraposição da manutenção do produtor e da disposição de seus produtos nas prateleiras principais do comerciante. É assim favorável para as partes contratantes.

Essencial se faz conhecer em que tipo de contrato se engloba a marca do comerciante, vez que este pode interferir diretamente na conclusão a cerca da razão que leva o comerciante a ser responsabilizado pelos defeitos de seus produtos.

Primeiramente, cabível a qualificação como um contrato de troca, vez que o comerciante efetua pagamento em troca do recebimento de seus produtos, responsabilidade do fabricante.

É inclusive um contrato de distribuição, pois a relação se localiza entre a produção e a disponibilização no mercado, sem qualquer contato com o consumidor final. Neste sentido, se engloba como contrato de integração em redes de distribuição, pois regulamenta a união entre partes localizadas em pontos distintos da cadeia de fabricação e comercialização. No contrato de distribuição o produtor pretende influenciar a distribuição, enquanto que no contrato de fornecimento de produtos da marca do comerciante a influência é exercida pelo comerciante no que tange a produção. Desta maneira, o contrato de fornecimento também pode ser enquadrado como contrato de produção, que é aquele no qual o comerciante se utiliza para adquirir os produtos.

Também pode ser determinado como exemplo de contrato de produção integrada, já que é o comerciante que estabelece as regras sobre a

produção que devem ser respeitadas pelo fabricante. Tãmanha característica reforça o entendimento de que a ideia na qual o comerciante é o lado mais frágil da relação encontra-se ultrapassada.

Assim, pode ser analisado com um contrato, no qual, produtor e comerciante efetuam trocas que objetivam a distribuição de produtos por meio da integração dos envolvidos em grupo onde o comando é ascendente, ou seja, efetuado pelo comerciante, e a pretensão final é a produção de bens de consumo. É ainda um contrato relacional, pois a sua duração é contínua quanto a cooperação dos contratantes.

Desta forma, pode ser entendido como um contrato-quadro, já que a produção do bem se origina de inúmeros contratos individualizados. É desta maneira, contrato único que rege a relação dos contratantes por determinado período, e que será utilizado como estrutura aos demais contratos posteriormente realizados, a fim de alcançar o produto final.

Não se enquadra como um simplório contrato de fornecimento, além disso, um contrato atípico, pois envolve prestações diversas, direitos e deveres das partes e se estende no tempo. Neste entendimento o comerciante é livre para determinar todas as características que deseja no seu produto, além dos preços e outros meios de fornecimento.

Destarte, o contrato de fornecimento de produtos da marca do comerciante deve ser compreendido como um contrato-quadro, no qual outros contratos são celebrados, sejam de empreitada, prestação de serviço ou compra e venda, através dos quais o produto final é obtido. Logo, se verifica um contrato principal que irá organizar os demais contratos celebrados e a relação principal

dos contraentes. Deve ainda, ser observado como contrato atípico⁹⁰ misto, já que não possui legislação própria e ao mesmo tempo reúne previsão legal de outros modelos contratuais. É caracterizado também como uma obrigação de dar e fazer por parte dos envolvidos.

Como bem pontua Simões⁹¹, “o contrato de fornecimento de bens da marca do distribuidor constitui um contrato misto cujo coração ou parte principal é constituído por uma obrigação de fabricar e entregar bens e cuja parte secundária ou acessória se desdobra numa série de deveres e prestações complementares atípicas.”.

Neste contrato a teoria da combinação deve ser aplicada, assim, cada parte específica do contrato deve ser regulamentada por regime mais próximo. Logo, a parte principal, que se aproxima normalmente do contrato de empreitada ou compra e venda, deve ser controlada por tais regimes, enquanto que a parte acessória deve seguir a vontade dos contraentes, seguindo seja as normas dirigidas a negócios que se assemelhem ou também aos princípios gerais dos contratos.

4. A Qualificação do Sujeito como Responsável Civil.

Depois da análise sobre a relação do comerciante com o fabricante no que tange ao contrato e a responsabilidade por produtos, chega-se o momento de compreender melhor sobre a figura titular da marca do comerciante quando se debater com os demais sujeitos responsáveis pelos defeitos de produtos. Desta forma, o foco será entre o comerciante e o lesado.

⁹⁰ Por ser um contrato atípico, não se localiza fora de regulamentação, assim deve ser aplicado de forma análoga as regras do contrato de compra e venda ou da empreitada.

⁹¹ *ob. cit.*, p. 223.

O produtor, assim como o produto, o dano e o defeito correspondem à estrutura basilar do regime em estudo. O produtor deve ser aceito em seu sentido amplo no Direito Comunitário. A Diretiva 85/374/CEE, prevê quatro espécies de sujeitos, quais sejam, o produtor real, o importador, o fornecedor e o produtor aparente. Ocorre, que dependendo das atividades exercidas pelo titular da marca do comerciante na fase de produção e o perfil próprio deste, pode se observar o encaixe como qualquer um dos sujeitos supracitados.

Neste sentido, relevante entender melhor cada uma das hipóteses, a fim de visualizar o papel relevante do comerciante que possui marca própria no mercado hodierno.

4.1. Produtor Real.

Considerado como a parte que colabora para a produção do bem em qualquer fase, entende-se que no caso do titular da marca do comerciante, este também pode ser apresentado como produtor real, pois os grandes estabelecimentos podem fabricar produtos que ao serem disponibilizados, carregam a marca própria do comerciante, v.g., padarias e restaurantes localizadas dentro do estabelecimento.

Neste diapasão, o comerciante é o responsável direto pelos produtos que fabrica. Logo, responde de maneira imediata pelos possíveis danos causados a terceiros.

Outra hipótese discutida é a cerca da interferência excessiva do titular da marca do comerciante na fabricação de alguns bens, vez que dirige, estabelece normas, controla, dentre outras funções inerentes ao produtor. Neste caso, além de produtor aparente pode ser entendido como produtor real, pois a

sua influência é total na produção e a figura do fabricante apenas se verifica como simples executor das determinações fixadas pelo comerciante, ou seja, sem qualquer independência. O comerciante passa assim a preencher as funções de vendedor e de produtor, se responsabilizando diretamente pelo produto.

Isto posto, para que se comprove que o comerciante é abrangido como produtor real algumas características devem ser preenchidas, são essas, o grau de interferência na fase de fabricação – se o comerciante determina normas para a confecção, se tais normas foram previstas unilateralmente e se o comerciante estabelece os preços -; a produção ordinária pelo fabricante, ou seja, se o produtor cria novos produtos com base nas determinações do comerciante; os aspectos de controle relativos a qualidade e segurança previstos de forma intensa pelo comerciante; e também a verificação do poder de fato sobre o produto e a sua propriedade por parte do comerciante até a disponibilização deste no mercado. Observado tais pontos o titular da marca do comerciante poderá ser qualificado como um produtor real.

Neste quadro, o fabricante ocupa papel de mero auxiliar na confecção do produto, já que sua única atividade se resume a produção efetiva do bem. Assim, perfeitamente cabível que a responsabilidade seja direcionada primeiramente ao titular da marca do comerciante. Mais além, pode-se entender que o comerciante se confunde com o produtor real quando o desenho ou a construção do projeto apontarem para o titular da marca, vez que evidente a sua localização na origem do produto.

Por fim, ao ser qualificado como produtor real, o titular da marca do comerciante será responsabilizado diretamente pelos danos, não possuindo a faculdade de se retirar do campo dos responsáveis ao apontar o produtor real.

4.2. Importador.

O comerciante pode ser entendido como importador, de acordo com o previsto no n.º 2, do artigo 3.º da Diretiva, vez que ao importar produto fabricado fora da Comunidade Européia, objetivando a disponibilização no seu estabelecimento, será considerado como produtor do bem e responsabilizado neste sentido.

Quando assim, se beneficiar da importação de produtos que carregam o seu nome, ou outro sinal distintivo, o comerciante deverá ser responsável na identificação de importador, não possuindo o direito de apontar produtor real para se proteger da responsabilidade civil. Assim como, quando o produto não possua marca ou indique a marca do produtor real, em todos os casos a responsabilidade será do importador, pois foi este que introduziu o produto no mercado interno da Comunidade.

A responsabilidade do importador é idêntica a do produtor, ou seja, é responsabilizado diretamente pelos danos. Destarte, não será permitido demonstrar que efetivamente não produziu o bem, o que na maioria das vezes será perceptível, já que ao preencher a função de importador a responsabilidade é comprovada.

4.3. Fornecedor.

O fornecedor é figura distinta entre as partes supracitadas, vez que sua responsabilidade é subsidiária, ou seja, somente será chamado para a demanda quando os demais sujeitos não forem localizados. Possui ainda a prerrogativa de se afastar da responsabilidade ao indicar o verdadeiro produtor ou importador em tempo hábil ao lesado.

O titular da marca do comerciante pode assim ser entendido como um fornecedor, sendo qualificado como tal no caso de produtos genéricos, ou seja, quando se tratar de produtos sem qualquer sinal distintivo que o identifique entre os demais bens.

Neste caso, ao apontar o nome do produtor ou importador ao lesado, terá sua responsabilidade suspensa. Entretanto, não poderá se beneficiar das funções inerentes do produtor real, aparente ou do importador, pois nessas hipóteses sua responsabilidade será sempre direta e imediata.

O comerciante ao se enquadrar como produtor aparente, também o faz como fornecedor, já que dispõe os produtos no mercado. A ideia de fornecedor é de fácil visualização, porém, a de produtor aparente requer mais cuidados.

Enquanto a responsabilidade do produtor aparente é direta e se exclui a opção de indicação do verdadeiro produtor, a fim de se retirar o grau de responsabilidade, a do fornecedor possui caráter subsidiário, apenas sendo solicitado na ausência dos demais responsáveis. Desta feita, no caso em que o produtor aparente e o fornecedor se reúnem na pessoa do titular da marca do comerciante, não terá este a faculdade de se eximir da responsabilidade como fornecedor, vez que é antes disso produtor aparente.

Isto posto, quando o comerciante não for qualificado como produtor aparente, pela não verificação de requisitos essenciais, poderá ser enquadrado ainda como fornecedor e ter parte da responsabilidade no produto defeituoso. Logo, na posição de simples fornecedor, o comerciante poderá se ver livre da responsabilidade ao apontar o produtor ou indivíduo que lhe entregou o produto, conhecimento este facilitado pela celebração de contrato para a confecção da marca do comerciante.

4.4. Produtor Aparente.

O comerciante pode também ser apresentado como produtor aparente, como prêve o n.º 1, do artigo 3.º da Diretiva. Tal qualificação será mais aplicada em comparação as anteriormente analisadas.

O conceito de produtor aparente engloba o titular da marca do comerciante. A Diretiva entende neste sentido os grandes comerciantes que vendem através de sua marca bens não produzidos por estes. Ocorre que não existe uma determinação clara a cerca dos limites dessa figura. Alguns entendem que é o sujeito que se dirige aos consumidores oferecendo produtos com sua marca como se fossem os reais fabricantes. Já outros estudiosos visualizam como produtor aparente o fornecedor que vende produtos de marca branca. Esta última corrente é inadequadamente denominada, vez que a marca do comerciante não é sinônimo de marca branca, mas se justifica por esta ser mais comum e geral.

A Diretiva ao dispor sobre o produtor aparente assim aduz: *“qualquer pessoa que se apresente como produtor pela aposição sobre o produto do seu nome, marca ou qualquer outro sinal distintivo.”*. Muito se debate a cerca da

qualificação do sujeito que mesmo sem ser fabricante é entendido como produtor, pelo simples fato de opor ao produto marca, nome ou sinal distintivo próprio. Neste diapasão, a responsabilidade do produtor aparente é excessão a regra de canalização da responsabilidade para a figura do produtor real. Este desvio é intenso, já que o legislador aponta o produtor real como primeiro sujeito responsável, apenas sendo indicados outros quando não se conheça o produtor em período razoável. Logo, a justificativa para a ampla conceituação do termo “produtor” é a proteção da aparência.

Tal proteção entende que o produtor aparente se apresenta como o sujeito que não participa da fase produtiva de maneira direta, mas influencia intensamente na disposição do bem produzido no mercado, permitindo a aparência perante os consumidores de que é o verdadeiro fabricante. A responsabilidade se explica pela função que o produtor aparente desenvolve, qual seja a colocação do produto defeituoso à disposição dos clientes. Caso não fosse este sujeito, o produto não chegaria até o público.

Desta maneira, ao se introduzir como produtor, o comerciante titular do sinal distintivo, exerce o papel de fabricante, independentemente de ter auxiliado na fase de confecção do produto. Logo, pelo simples fato de ser considerado como produtor em decorrência da aparência que transmite no mercado, deve ser responsabilizado nos mesmos termos que este.

A aparência é de cunho jurídico e o terceiro desconhece a identidade do verdadeiro produtor, em face da ocultação deste na embalagem do produto, que pode ser entendida pela intenção de abranger o produto como um todo por parte do comerciante, que ao colocar no bem sinal distintivo próprio, pretende informar que foi o produtor e que se responsabiliza pelos possíveis defeitos. É

exatamente a vontade de se apresentar como produtor que autoriza a aplicação da responsabilidade.

A dedicação em ser compreendido como titular de produto próprio diante do consumidor é o ponto essencial para a introdução ampla de sujeitos no conceito do termo “produtor”. A responsabilidade se fundamenta na formulação de uma aparência autêntica a qual o ordenamento jurídico deve reger e controlar. Destarte, ao produtor aparente não se permite indicar o produtor real, afim de que se afaste da responsabilidade. Logo, o lesado, na Diretiva 85/374, possui proteção abrangente quanto à aparência do produto defeituoso.

Neste sentido, produtor aparente é aquele que através da posição de sinal distintivo próprio, como nome ou marca, em produto disponível no mercado, aparenta ser o seu real fabricante, quando de fato não o é.

Vale destacar também que a aparência se estrutura no princípio da boa-fé, o qual afirma que as ações devem ter como base a honestidade. Pode ser entendido em sentido subjetivo, no qual a consciência do indivíduo o faz crer que age corretamente, ignorando ou até mesmo não conhecendo o momento de desrespeito a direito de terceiro, e ainda objetivo, hipótese em que a boa-fé se verifica de acordo com requisitos de padrão de comportamento e de ação em adequação as leis jurídicas. A responsabilidade do produtor aparente se materializa nos dois âmbitos, já que o englobamento desta figura como sujeito responsável objetiva resguardar os direitos do lesado que confiou na ideia de que o produtor aparente era o real fabricante do produto, assim como se pretende que o produtor aparente atue conforme as ações socialmente corretas, quais sejam honestidade e lealdade diante dos consumidores, principalmente no que tange a responsabilidade direta.

A Diretiva responsabiliza o sujeito conforme a função que se direciona aos consumidores. Será esta apresentação que determinará a qualificação dos sujeitos e a responsabilidade cabível⁹².

5. As Hipóteses de Redução ou Exclusão da Responsabilidade Objetiva.

Após conhecer a aplicação da responsabilidade a cada um dos sujeitos envolvidos na comercialização de um produto, especialmente quanto à marca do comerciante e a qualificação deste como qualquer um dos sujeitos supracitados, faz-se importante neste momento entender as causas que permitem a redução e até mesmo a exclusão da responsabilidade do produtor aparente.

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

O produtor não é responsável nos termos da presente directiva 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 actividade 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 detectar a existência do defeito,*

⁹²*idem. ob. cit.*, 241 – 259.

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 forma, interessante pontuar as peculiaridades de cada uma delas. A alínea a), que considera que a colocação do produto com defeito no mercado é justificativa para a aplicação da responsabilidade objetiva. Neste sentido, tal hipótese objetiva retirar a responsabilidade do produtor que não disponibilizou o produto no mercado e incluir a responsabilidade à figura do indivíduo, que mesmo não participando da fabricação, coloca o produto final em circulação. Logo, a comprovação para a não responsabilidade deve se gerir na voluntariedade da tradição do produto entre o produtor e o terceiro.

A colocação em disposição no mercado deve ser entendida no momento em que o produtor ou importador, com base em ato voluntário, distribui ou comercializa o produto final dentro do seu campo de atividade econômica. Todos os sujeitos possuem momento próprio para a colocação do produto em circulação. Por exemplo, quando o fornecedor recebe o produto para disponibilização nos estabelecimentos comerciais, o produtor ou importador já executaram a colocação do produto no mercado.

Entendendo o termo “produtor” em sentido amplo, todos os sujeitos que são entendidos de forma similar ao produtor podem se beneficiar das causas de exclusão ou redução da responsabilidade previstas na Diretiva. Entretanto, para cada sujeito deve ser analisado o momento específico da disponibilização do produto em circulação, a fim de se verificar o cabimento da exclusão da responsabilidade objetiva.

No que se refere ao titular da marca do comerciante, a colocação do produto em circulação ocorre quando este distribui ou comercializa o bem indicando para o consumidor que é o real produtor. Isto posto, o produtor real se responsabiliza pelos defeitos após a retirada do produto da fase produtiva e introdução no setor de distribuição, enquanto que a responsabilidade do comerciante iniciará quando adquire os bens do fabricante, vez que é neste momento que passa a poder disponibilizá-los. Desta forma, se o produto apresenta dano após a entrega para o titular da marca do comerciante e antes da colocação em circulação por este, a responsabilidade será exclusiva do produtor real.

A ausência de comprovação dos requisitos para a colocação do produto em circulação na figura do titular da marca do comerciante exime este de qualquer responsabilidade. Logo, se o produtor real coloca em circulação produto com marca do comerciante, incabível responsabilizar o comerciante.

Restringindo ainda mais, deve-se entender que o momento de disponibilização do produto no mercado de marca do comerciante é o de colocação diante do público, ou seja, a ação que objetiva a venda ou outras maneiras de distribuição e conseqüentemente o lucro da atividade⁹³.

Neste entendimento, a circulação do produto se verifica quando este se afasta do campo de controle e guarda e se introduz na distribuição em aspecto amplo por meio da vontade e autorização do sujeito.

A responsabilidade também é excluída, de acordo com a alínea b), quando o titular da marca do comerciante comprovar que o defeito não existia quando o produto foi colocado em circulação ou que se originou em seguida.

⁹³ Afirma Simões, *ob. cit.*, p. 413, que tal defesa não é muito entendida pela maioria da doutrina e da jurisprudência.

Assim, fundamenta a retirada da responsabilidade à prova de probabilidade ou razoabilidade de que o defeito não se originou quando da disposição do bem no mercado.

Neste entendimento, apenas é responsabilizado o comerciante pelos defeitos originários nas fases de fabricação e distribuição, ou seja, que já marcavam o produto antes deste ser colocado em circulação. Se o defeito se iniciar somente após a disponibilização, a responsabilidade não poderá atingir o comerciante.

A alínea c) elenca outra hipótese de exclusão da responsabilidade que se baseia na comprovação de que o produto não foi confeccionado objetivando a venda ou outras formas de distribuição de cunho econômico e que além disso, a fabricação e a comercialização se concretizaram no campo de atuação profissional.

Em seguida a alínea d) aduz que a responsabilidade será excluída se o comerciante comprovar que o defeito se originou em consequência das normas públicas obrigatórias para a fabricação do produto.

Neste mesmo sentido, a alínea e) afirma que a provação de que o estado dos conhecimentos⁹⁴ dos ramos técnicos e científicos existentes no momento da colocação em circulação do produto não foram suficientes para a verificação do defeito, exclui a responsabilidade do comerciante. Tal expressão da Diretiva carrega a importância de entender que o produtor não é mais entendido como o do caso concreto, mas sim o ideal médio, ou seja, aquele indivíduo que possui conhecimento a cerca das inovações tecnológicas e das regras principais para a elaboração do produto.

⁹⁴ O estado dos conhecimentos se altera continuamente, desta forma, para a análise do caso concreto, faz-se essencial entender as especificações no momento temporal de colocação do produto em circulação.

Esta hipótese de exclusão pode ser alegada por qualquer um dos sujeitos demandados, apesar da difícil análise no caso dos demais indivíduos que são abrangidos pelo termo “produtor”, mas que não fabricaram de fato o produto. Neste quadro, sendo o produtor aparente for indicado como responsável, será possível a este buscar junto ao produtor real a comprovação de que o defeito não poderia ser comprovado através do estado de conhecimentos aplicados no momento da colocação em circulação. Desta forma, o produtor real auxiliará o produtor aparente, tendo em vista a sua experiência profissional.

Em contraposição, a obrigação de conhecer as inovações de caráter técnico e científico engloba todos os sujeitos entendidos como produtores, incluindo o titular da marca do comerciante. Isto posto, se o comerciante dirige, organiza e controla a produção e distribuição de forma ampla, deve aceitar o ônus de ressarcir possíveis danos causados a terceiros.

A última alínea do artigo 7.º, determina que o produtor de parte componente pode ter a responsabilidade excluída se comprovar que o defeito é atribuído a fabricação do produto no qual a parte foi abrangida ou decorrente das instruções oferecidas pelo produtor. Esta hipótese reúne apenas os produtores de parte componente do produto, ou seja, não pode ser alegado pelo produtor final.

Todavia, caso seja possível entender que o produtor real pode se beneficiar da exclusão, alegando que seguiu as instruções do produtor aparente, será necessário observar atentamente o papel desempenhado por cada um dos sujeitos na fabricação do bem. Neste ponto discuti-se a cerca da redução ou exclusão da responsabilidade e na permanência desta.

Destaca-se assim o artigo 8.º da Diretiva, que aponta que a responsabilidade do produtor não será afastada mesmo que o dano tenha origem no defeito do produto e na atuação de terceiro. Já o n.º 2, do mesmo artigo entende que a responsabilidade do produtor poderá ser reduzida e até mesmo excluída, levando em consideração todos os aspectos do caso concreto e quando o dano se iniciar junto com o defeito do produto e por culpa do terceiro ou por pessoa que o terceiro seja responsável⁹⁵.

Logo, caberá da análise do caso concreto e do entendimento sobre a amplitude da alínea f) a configuração da redução ou exclusão da responsabilidade, seja do produtor de parte componente ou do produtor real.

6. Prescrição, Caducidade e Direito de Regresso.

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

Os Estados-membros estabelecerão na sua legislação que o direito de indemnização previsto na presente directiva 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.

Desta forma, após o terceiro verificar o dano no produto, o defeito ou a identidade do produtor, possui o prazo de três anos para requerer a indenização ao responsável. O prazo também se inicia no momento em que o lesado deveria ter percebido tal entendimento. Válido observar que na contagem se acrescentam ainda as regras gerais da suspensão e da interrupção, dispostas na legislação comum dos Estados membros.

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

⁹⁵*idem. ob. cit.*, p. 407 – 420.

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 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.

Esta determinação legal visa à proteção do produtor, já que a única forma de obrigar o cumprimento da responsabilidade é a ação proposta pelo terceiro lesado. Caso contrário, após o período de dez anos sem qualquer reclamação, o produtor é retirado do campo da responsabilidade.

Para o início da contagem do prazo da caducidade muito se discute na doutrina. Parte dos estudiosos defende que o momento é marcado quando o sujeito coloca o produto em circulação. Neste sentido, adota-se relação direta com a qualificação do sujeito, ou seja, cada um dos indivíduos somente se responsabilizará no decorrer dos dez anos com base no término da sua participação no processo de produção ou distribuição. Outra corrente alega que o princípio da contagem é único, qual seja a data na qual o produtor colocou o bem na distribuição.

Para Cordero Cutillas⁹⁶ o prazo de dez anos se inicia quando o fornecedor final coloca o produto em circulação. Esta é a corrente mais seguida. Tal momento da contagem permite que o lesado não seja alvo da impossibilidade em requerer o ressarcimento, vez que se o produto fosse colocado à disposição deste após os dez anos, não teria o direito a qualquer manifestação indenizatória.

Por outro lado, considerar que a responsabilidade da figura do produtor aparente se estende por dez anos, com início no momento em que

⁹⁶apud Simões, *ob. cit.*, p. 421.

coloca o produto em circulação, é tratar de responsabilidade exagerada diante de sujeito que nem sempre atua na fase produtiva. Entretanto, compreende-se que quando o titular da marca do comerciante indica no produto sinal distintivo próprio, passa a se responsabilizar totalmente pelo bem, como se fosse o seu real produtor.

No entendimento de Simões⁹⁷ a determinação de que o prazo se inicia para todos os sujeitos quando o bem é depositado em circulação pelo fornecedor final é inadequado, já que o produtor real não manifesta qualquer influência no produto, não devendo assim ser responsabilizado durante o mesmo período que o produtor aparente. Logo, cada um dos sujeitos deve ter seu prazo iniciado de forma individualizada na oportunidade de colocação em circulação do bem.

Neste quadro, o produtor aparente é o sujeito que mais tempo carrega a responsabilidade, vez que é o último a colocar o produto em circulação. Tal situação se justifica pela responsabilidade inerente deste produtor, tendo em vista a disposição de seu nome, marca ou sinal distintivo no produto, objetivando indicar ao consumidor que é o produtor real.

No momento da demanda em que figure o produtor real, pode este, ao comprovar que já foi ultrapassado o prazo de dez anos, ser retirado do rol de sujeitos responsáveis. Restando assim o produtor aparente caso o prazo de caducidade permaneça em contagem.

Por fim, no que tange ao direito de regresso, o artigo 5.º da Diretiva assim expressa:

Se, nos termos da presente directiva, várias pessoas forem responsáveis pelo mesmo dano, a sua responsabilidade é

⁹⁷p. 422.

solidária, sem prejuízo das disposições de direito nacional relativas ao direito de recurso.

Neste sentido, seguindo a orientação da Diretiva e direcionando para a legislação portuguesa, observa-se que o artigo 6.º do DL n.º 383/89 dispõe:

- 1- Se várias pessoas forem responsáveis pelo dano, é solidária a sua responsabilidade. Nas relações internas, deve atender-se às circunstâncias, em especial ao risco criado por cada responsável, à gravidade da culpa com que eventualmente tenha agido e à sua contribuição para o dano.*
- 2- Em caso de dúvida, a repartição da responsabilidade faz-se em partes iguais.*

A culpa se apresenta como instrumento fundamental para a determinação da responsabilidade. No mesmo entendimento segue o Código Civil Português no artigo 497.º:

- 1. Se forem várias as 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, sendo demandado sujeito qualquer, tendo em vista a responsabilidade solidária, cabível àquele que arcou com o ressarcimento, buscar o produtor que determinou as características para a confecção do bem, a fim de ser compensado, v.g., produtor real que requer do produtor aparente o regresso do valor indenizado.

Relevante observar que a responsabilidade dos sujeitos não depende de culpa na criação do dano. Logo, na relação externa o lesado possui a faculdade de escolher o sujeito que pretender para o lado passivo, já no campo

interno, se o produtor aparente ressarcir o lesado, poderá requerer a pagamento por parte do produtor real, vez que este é o responsável pelo aparecimento do defeito e conseqüentemente do dano. Para tanto, será necessário analisar o contrato celebrado entre as partes.

O âmbito de aplicação do direito de regresso se limita aos co-devedores. Assim, quando tratar-se de terceiros no sentido da Diretiva, a relação obedecerá as regras do Direito nacional de cada Estado membro.

Válido determinar a culpa de cada sujeito com base na colaboração para a produção do dano, tendo em vista o direito de regresso. Caso não seja possível, a indenização deverá ser distribuída de forma proporcional entre os sujeitos. A configuração da culpa segue a atuação do sujeito na produção final do dano. Por exemplo, o produtor real será o responsável pelos defeitos oriundos da fabricação, enquanto que o produtor aparente o será se tiver determinado os contornos do produto e se os danos ocorrerem em consequência do desenho do produto ou da omissão de informações para o adequado uso. Desta forma, essencial observar o nexos causal entre a interferência no processo de produção do bem e a colocação em circulação.

O direito de regresso apenas pode ser utilizado por sujeito que não interferiu na produção do bem, pois caso contrário, não poderá exigir nenhum tipo de ressarcimento pelos demais sujeitos, ante a sua responsabilidade direta e imediata. Entretanto, caso o produtor aparente tenha influenciado a fase produtiva, mas não tenha responsabilidade total pelo dano, poderá requerer de forma proporcional à culpa do outro sujeito responsável o regresso do valor da indenização do lesado. Desta forma, importante conhecer o contrato de

fornecimento entre as partes, para que se entenda corretamente o momento de atuação do titular da marca de comerciante e do produtor real na fabricação.

Caso não seja possível determinar precisamente o grau de atuação na fabricação do bem defeituoso, o produtor aparente e o produtor real responderão cada um pela metade do valor cabível ao lesado, sendo permitido que um exija do outro a sua parte devida. Também se autoriza que as partes estabeleçam em contrato os graus de responsabilidade por indenizações eventualmente pagas aos lesados.

No que se refere ao prazo para que o sujeito demandado requeira o direito de regresso, válido observar que não encontra disposição na Diretiva. Assim, cabível às determinações nacionais dos Estados membros indicar o prazo limite. No ordenamento português o prazo é de três anos a partir do cumprimento da obrigação, de acordo com o que dispõe o artigo 498.º, n.º 2, do Código Civil⁹⁸.

⁹⁸*idem. ob. cit.*, p. 420 – 432.

Conclusão

Por se apresentar como um tema ainda em início de discussão doutrinária e jurisprudencial, a marca do comerciante se localiza em campo novo de estudo, o que produz por um aspecto o interesse do leitor ante a inovação, ao mesmo tempo em que demonstra a necessidade de profunda fundamentação. Logo, na construção desta dissertação, se procurou a maior quantidade de material possível, a fim de garantir a confiabilidade necessária de uma dissertação da respeitável e conceituada Universidade de Coimbra.

Mesmo tendo conhecimento de tal característica, foi com interesse subjetivo de entender mais sobre o assunto, além de auxiliar de forma humilde na divulgação do papel multifacetado desenvolvido pelo comerciante, tendo em vista a amplitude do tema e as suas inúmeras ramificações, que o tema da dissertação foi escolhido.

Desta forma, considerando o parâmetro de divisão do estudo e o foco de análise, entende-se que o objetivo do presente texto foi alcançado. Neste sentido, foi possível conhecer a relevância da marca em sentido amplo e estrito, sendo o último direcionado para a marca do comerciante, 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 as experiências dos consumidores. Logo, trata-se de meio de ligação entre o fabricante e o cliente no momento da escolha.

Foi permitido ainda compreender os principais assuntos particulares da marca do comerciante, dentre estes, 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 a fixação do 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 que não colaborou com tal investimento, a subversão da idéia da marca e da sua 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. Neste diapasão, essencial que tais conflitos sejam solucionados da melhor forma, vez que o consumidor não pode ser afetado.

Em decorrência da marca do comerciante a responsabilidade civil é observada, vez a necessidade de se responder pelos produtos defeituosos colocados à disposição dos consumidores. Desta maneira, já que o comerciante abrange a função de proprietário da marca, deve ser responsabilizado por eventuais danos causados a terceiros. Discussão se observa na qualificação do comerciante no grupo dos sujeitos responsáveis, quais sejam, o produtor real, o importador, o fornecedor e o produtor aparente. Entretanto, entende-se que o comerciante pode ser enquadrado como qualquer um dos sujeitos, dependendo da função exercida perante os consumidores. Assim, sempre será possível de responder, não podendo se eximir, ante a sua importância.

Isto posto, acredita-se que foi possível compreender o mercado hodierno quanto a marca do comerciante e o seu crescimento, conseqüente da maior procura por parte dos consumidores, em produtos com preço mais acessível e de qualidade aceitável, e também do investimento dos

comerciantes. Consequentemente à marca do comerciante, surge a responsabilidade civil objetiva dos produtos, esta objetiva indenizar possíveis terceiros lesados por produtos defeituosos. Tal ponto é uma grande inovação da marca do comerciante, que não poderá ser retirado do grupo de responsáveis, exceto nos casos previstos pela legislação.

Além disso, válido destacar a subversão da idéia da marca quando a marca do comerciante é produzida por fabricante que também produz marca própria. Neste ponto, a ideia primordial de que a marca diferencia os diferentes é derrubada, passando assim a diferenciar os iguais (origem). Desta feita, a fim de individualizar os produtos, tem-se como estrutura o contrato entre o fabricante e o comerciante, no qual as características do produto são dispostas, ou seja, será no final diferente do produto do fabricante.

Logo, perceptível que o mercado vem evoluindo intensamente, em busca dos melhores produtos e serviços para os consumidores, e englobando figuras que anteriormente eram visualizadas apenas como elo/meio entre os fabricantes e os consumidores. Cabe assim a legislação internacional e nacional evoluir em conjunto, a fim de resguardar os direitos dos sujeitos envolvidos, seja o fabricante, o comerciante e o lado mais frágil da relação mercantil, o consumidor.

Bibliografia

ABREU, Jorge Manuel Coutinho. **Curso de direito comercial**. Vol. I. 2006. Coimbra. Almedina. p.194 – 409.

ABREU, Pedro Miguel Cerqueira de. **A marca do distribuidor como factor estratégico na grande distribuição**. Mestrado apresentado em Gestão e Estratégia Industrial da Universidade Técnica de Lisboa. 2005. Lisboa.

American Marketing Association. Visualizado em: 07/07/2013. Disponível em: <http://www.marketingpower.com/Pages/default.aspx>

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Concorrência desleal**. 2002. Coimbra. Almedina. p.19 – 180.

CARVALHO, J.M. Crespo de; CUNHA, Susana Marques de. **Marcas do distribuidor em Portugal: manual e estudo prático**. 1998. Lisboa. Sociedade Editorial.

Código Civil Português. 2013. 5ª edição. Coimbra. Almedina.

Código de Propriedade Industrial. 2008. 2ª edição. Dislivro.

Constituição da República Portuguesa. 2013. Coimbra. Almedina.

Convenção da União de Paris. Visualizado em: 15/06/2013. Disponível em:
http://www.marcasepatentes.pt/files/collections/pt_PT/1/2/10/Conven%C3%A7%C3%A3o%20da%20Uni%C3%A3o%20de%20Paris.pdf

CORNISH, William. **Intellectual Property: patents, copyright, trade marks and allied rights**.Fifth Edition.2003. London. Thomson.

Decreto Lei n.º 383/89 de 6 de novembro. Visualizada em: 16/07/2013.
http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=729&tabela=leis

Diretiva 85/374/CEE do Conselho de 25 de Julho. Disponível em: 20/07/2013.
<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31985L0374:pt:HTML>

Diretiva 92/59/CE e do Conselho de 29 de junho. Disponível em:
http://eurlex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&numdoc=392L0059&lg=pt

Diretiva 93/42/CEE e do Conselho de 14 de Junho. Disponível em: <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:1993L0042:20071011:pt:PDF>

Diretiva 98/79/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de outubro. Visualizado em: 20/08/2013. Disponível em: <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1998:331:0001:0037:pt:PDF>

Diretiva 1999/44/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 25 de maio.

Visualizado em: 20/08/2013. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1999:171:0012:0016:PT:PDF>

E

Diretiva 2001/95/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 3 de dezembro.

Visualizado em: 20/08/2013. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2002:011:0004:0017:pt:PDF>

Diretiva 2008/95/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 22 de outubro.

Visualizado em: 10/03/2013. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:299:0025:0033:en:PDF>

EconomistIntelligence Unit. Visualizado em 07/07/2013. Disponível em: <http://www.eiu.com/default.aspx>

FERREIRA, Alcina Gaspar. **Valores Pessoais, Percepções de Preço e Compra da Marca do Distribuidor**. Dissertação de Doutoramento da Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra. 2010. Coimbra.

GARCEZ, Fernando. **Marca do Distribuidor**. Estudo realizado na cadeira de Direito da Propriedade Industrial da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. 2011. Coimbra.

GONÇALVES, Luís M. Couto. **Direito das Marcas**. 2ª edição, rev. e atual. 2003. Coimbra. Almedina.

GONÇALVES, Luís M. Couto. **Manual de direito industrial**. 2ª ed. Almedina. Coimbra. 2008.

KITCHIN, David. **Kerly' s: Law of trade marks and trade names**. Thirteenth Edition. 2001. London. Sweet & Maxwell.

KPMG. Visualizado em: 07/07/2013. Disponível em:
<http://www.kpmg.com/pt/pt/paginas/default.aspx>

Law Commission Liability for Defective Products. Visualizado em: 20/08/2013.
http://ec.europa.eu/enterprise/policies/single-market-goods/documents/internal-market-for-products/liability/index_en.htm

NEVES, Ana Paula Matos das. **Determinantes do valor da marca na roupa exterior: marcas fabricantes/ marcas distribuidor**. Dissertação de mestrado apresentado na Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra. 2010. Coimbra.

NOGUEIRA, Serens. **A Monopolização da Concorrência e a (Re) – Emergência da Tutela da Marca**. Coimbra. Almedina. p.589 – 683.

NOGUEIRA, Serens. **A “Vulgarização” da Marca na Diretiva 89/104/CEE, de 21 de dezembro de 1988 (ID EST, no nosso direito futuro)**. 1995.Coimbra. Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra.

OLAVO, Carlos. **Propriedade Industrial**. Vol. I. 2005. Coimbra. Almedina.

PAÚL, Jorge Patrício. **Os pressupostos da concorrência desleal**. Texto do livro Concorrência desleal: curso promovido pela Faculdade de Direito de Lisboa. 1997. Coimbra. Almedina.

Regulamento (CE) n.º 207/2009 do Conselho de 26 de fevereiro. Visualizado em: 20/04/2013. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:078:0001:004:pt:PDF>

SILVA, Pedro Sousa. **Direito industrial: noções fundamentais**. 2011. Coimbra. Coimbra Editora.

SIMÕES, Fernando Dias. **Marca do Distribuidor e Responsabilidade por Produtos**. 2009. Coimbra. Almedina.

VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de. **Dos contratos de cessão financeira (factoring)**. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. 1999. Coimbra. Editora Coimbra. p.161 – 200.

