

UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS
DOUTORADO EM DIREITOS HUMANOS E DESENVOLVIMENTO

ANDRÉ LUIZ CAVALCANTI CABRAL

CATIVIDADE MARCÁRIA COMO VETOR DA RESPONSABILIDADE CIVIL
EMPRESARIAL NAS CADEIAS DE FORNECIMENTO DE BENS

JOÃO PESSOA

2016

ANDRÉ LUIZ CAVALCANTI CABRAL

CATIVIDADE MARCÁRIA COMO VETOR DA RESPONSABILIDADE CIVIL
EMPRESARIAL NAS CADEIAS DE FORNECIMENTO DE BENS

Tese doutoral apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba como requisito para a obtenção do título de Doutor em Direito, Área de concentração: Direitos Humanos e Desenvolvimento.

Orientador: Professor Doutor Fernando Antônio de Vasconcelos

JOÃO PESSOA

2016

C117c Cabral, André Luiz Cavalcanti.
Catividade marcaria como vetor da responsabilidade civil
empresarial nas cadeias de fornecimento de bens / André Luiz
Cavalcanti Cabral.- João Pessoa, 2016.
356f. : il.
Orientador: Fernando Antônio de Vasconcelos
Tese (Doutorado) - UFPB/CCJ
1. Direito - desenvolvimento. 2. Catividade marcaria.
3. Marca. 4. Responsabilidade civil. 5. Compartilhamento
marcário. 6. Cadeia de fornecimento.

UFPB/BC

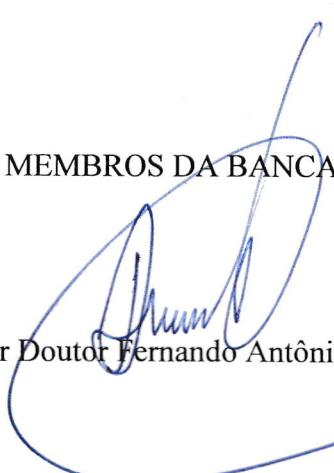
CDU: 34(043)

ANDRÉ LUIZ CAVALCANTI CABRAL

CATIVIDADE MARCÁRIA COMO VETOR DA RESPONSABILIDADE CIVIL
EMPRESARIAL NAS CADEIAS DE FORNECIMENTO DE BENS

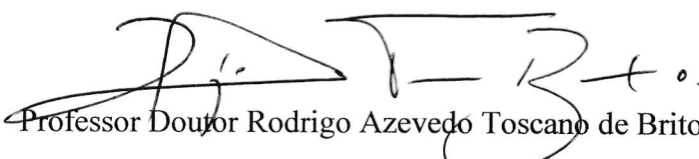
Data de aprovação: 28 / 04 /2016

MEMBROS DA BANCA EXAMINADORA



Professor Doutor Fernando Antônio de Vasconcelos - UFPB

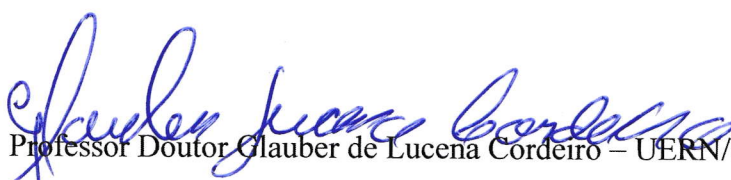
Professor Doutor Marcilio Toscano Franca Filho - UFPB



Professor Doutor Rodrigo Azevedo Toscano de Brito – UFPB/UNIPÊ

Professor Doutor Wladimir Alcibiades Marinho Falcão Cunha – UFPB/UNIPÊ

Professora Doutora Larissa Maia de Moraes Leal - UFPE



Professor Doutor Glauber de Lucena Cordeiro – UERN/UNIPÊ

ANDRÉ LUIZ CAVALCANTI CABRAL

CATIVIDADE MARCÁRIA COMO VETOR DA RESPONSABILIDADE CIVIL
EMPRESARIAL NAS CADEIAS DE FORNECIMENTO DE BENS

Data de aprovação: ____/____/2016

MEMBROS DA BANCA EXAMINADORA

Professor Doutor Fernando Antônio de Vasconcelos - UFPB

Professor Doutor Marcilio Toscano Franca Filho - UFPB

Professor Doutor Rodrigo Azevedo Toscano de Brito – UFPB/UNIPÊ

Professor Doutor Wladimir Alcibíades Marinho Falcão Cunha – UFPB/UNIPÊ

Professora Doutora Larissa Maia de Moraes Leal - UFPE

Professor Doutor Glauber de Lucena Cordeiro – UERN/UNIPÊ

À minha mãe e eterna professora,
Maria Izabel Cavalcanti Cabral,
que me ensinou a ser feliz,
dedico esta tese.

AGRADECIMENTOS

A conclusão de uma tese de doutoramento é um momento salutar e que nos demonstra que nada fazemos sozinhos. Somos, por essência, um ser pertencente a uma coletividade. Inúmeras pessoas são responsáveis direta ou indiretamente por esse sonho que se concretiza. Como forma de marcar minha imensa gratidão por toda a ajuda recebida ao longo do doutoramento, agradeço publicamente àqueles que me cativaram;

Primeiramente, agradeço a minha família por todo o suporte em todos os meus projetos de vida, e na presente tese da mesma forma. Minha mãe, Maria Izabel Cavalcanti Cabral, mulher extraordinária, que nos mostrou desde sempre que os estudos eram um caminho de renúncias, mas de conquistas valiosas. Meu pai, Lula Cabral, um admirador irremediável da cultura e do saber, que sempre me ensinou que a atitude, o agir de um homem, tem um poder imenso;

Aos meus irmãos Luiz Arthur e Luana, por uma torcida ímpar e apoio sempre, cada qual ao seu modo, com aquele olhar de amor e de incentivo;

Ao meu filho Gabriel Caian, pela compreensão das ausências e imperfeições de um pai que apenas tenta lhe ensinar valores para uma vida feliz; porém, nessa trajetória, tem sido um grande aprendiz. Meu filho, você renova em mim a crença na evolução da humanidade e de que podemos construir um futuro mais justo;

Ao meu orientador, Professor Fernando Antônio de Vasconcelos, por ter sido sempre um exemplo de mestre, com apoio em todos os momentos da minha caminhada acadêmica, inclusive, naqueles mais complexos. Professor, meu mais profundo obrigado;

Aos professores componentes da banca de qualificação, Glauber Lucena de Cordeiro, Gustavo Rabay, Marcílio Toscano Franca Filho e Wladimir Alcebíades Marinho Falcão Cunha, pelas críticas, correções e sugestões, que provocaram uma intensa reflexão e mudaram significativamente a forma de exposição da tese;

Agradeço aos professores do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas (PPGCJ) por todos os ensinamentos. Em especial, aos Professores Adriano De Leon, Enoque Feitosa Sobreira Filho, Fredys Orlando Sorto, Gustavo Rabay, Marcílio Toscano Franca Filho, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer Feitosa e Rodrigo Toscano de Brito pelas lições que, além de desenvolverem este trabalho, inspiram a pesquisa científica de qualidade, mesmo diante de tantas adversidades;

Aos amigos da advocacia, nas pessoas de Felipe Ribeiro Coutinho, Verônica Rangel, Eduardo Cavalcanti e João Victor Ribeiro Coutinho, sem os quais esse trabalho não se realizaria. Saibam da minha eterna gratidão com todos;

Agradeço às professoras do Departamento de Direito Privado do CCJ/UFPB: Adriana Mascarenhas, Lorena de Melo Freitas e Maria Coeli, todas com um auxílio fundamental e compreensão fraterna que nos permitiu a conclusão da tese;

Ao Centro Universitário de João Pessoa, na pessoa do Professor Oswaldo Trigueiro do Valle, pela sua sensibilidade conosco e indispensável apoio institucional ao longo da pesquisa;

A todos os servidores do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas (PPGCJ), sempre prestativos e nos auxiliando nas exigências administrativas, além de ajudarem na construção de um centro de pesquisa de alta qualidade;

Aos meus colegas do PPGCJ, nas pessoas dos amigos Alfredo Rangel, Marília Vilhena e Vivianny Galvão, com quem sofri e sorri no curso de doutorado, sem me afastar das atividades acadêmicas e profissionais;

As minhas colaboradoras Jade Bianca Rolim, Maria Clara Barros e à professora Anaína Melo, pessoas essenciais para que este trabalho tomasse uma forma devida e aceitável;

Aos meus amigos, por se tornarem meu maior patrimônio, que não nomearei, mas que sabem da importância que ocupam em minha vida, além de todo o incentivo irresponsável e irracional, cuja base maior só pode ser a fraternidade.

“Não vamos tentar consertar a culpa do passado,
vamos aceitar nossa responsabilidade pelo futuro.”

John Fitzgerald Kennedy

LISTA DE SIGLAS

ADCT – Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

CC – Código Civil

CF – Constituição Federal

CPI – Código de Propriedade Industrial

CUP – Convenção da União de Paris

DaD – Direito ao Desenvolvimento

DdD – Direito do Desenvolvimento

DESC –Direitos Econômicos, Sociais e Culturais

EUA – Estados Unidos da América

FSB – Financial StabilityBoard (*Conselho de Estabilidade Financeira*)

GATT – General Agreementon Tariffs and Trade (Acordo Geral de Tarifas e Comércio)

IDH – Índice de Desenvolvimento Humano

IFA – International Franchise Association,

OMC – Organização Mundial do Comércio

OMPI – Organização Mundial de Propriedade Intelectual

ONU – Organização das Nações Unidas

PCT – Patent Cooperation Treaty (Sistema Internacional de Patentes)

PIB – Produto Interno Bruto

PTA – Preferential Trade Agreements

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SWF – Sovereign wealth funds (fundos soberanos)

TRIPS – Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio)

TRIPS-plus – Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights-plus (Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio).
Acordos Preferenciais em Matéria de Propriedade Intelectual.

UNCTAD – United Nations Conferenceon Trade and Development (Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento)

URSS – União das Repúblicas Socialistas Soviéticas

WTO – World Trade Organization (Organização Mundial do Comércio)

WIPO – World Intellectual Property Organization (Organização Mundial da Propriedade Intelectual)

LISTA DE FIGURAS

FIGURA I – MARCAS DE CERTIFICAÇÃO.....	99
FIGURA II – MARCAS FIGURATIVAS.....	99
FIGURA III – MARCAS MISTAS	100
FIGURA IV – MARCAS TRIDIMENSIONAIS.....	100
FIGURA V – MARCA PLURAL.....	101
FIGURA VI – <i>TIMES SQUARE</i>.....	181
FIGURA VII – DIM-OUT.....	183
FIGURA VIII – RELAÇÃO DE CONSUMO.....	198
FIGURA IX – EXEMPLO DE CO-BRANDING.....	210
FIGURA X – SUCESSOS DO CO-BRANDING.....	211
FIGURA XI – MARCAS MAIS VALIOSAS DO MUNDO.....	224
FIGURA XII – CATIVADOS PELAS MARCAS.....	230
FIGURA XIII – QUADRO SINÓTICO.....	267
FIGURA XIV – REPRESENTAÇÃO IMAGÉTICA DA CATIVIDADE MARCÁRIA	268
FIGURA XV – REPRESENTAÇÃO IMAGÉTICA DA CATIVIDADE MARCÁRIA	273
FIGURA XVI – EVOLUÇÃO DA CATIVIDADE MARCÁRIA.....	291
FIGURA XVII – CATIVIDADE MARCÁRIA COMO VETOR DE RESPONSABILIDADE CIVIL.....	293

RESUMO

A tese doutoral intitulada “Catividade Marcária como vetor da responsabilidade civil empresarial nas cadeias de fornecimento de bens”, vinculada à linha de pesquisa “Direitos Sociais, Regulação Econômica e Desenvolvimento”, objetiva propor novo modelo jurídico teórico-prático de responsabilidade civil empresarial fundado na marca. A proposta resulta de investigação que aborda transversalmente temas ligados ao Direito da Propriedade Industrial, Direito do Desenvolvimento, Marketing, Direito Empresarial e Responsabilidade Civil para propor uma nova forma de responsabilização se utilizando a Marca como vetor. A marca é um ativo, cada vez mais valorizado no mundo empresarial pelo seu poder atrativo junto ao mercado consumidor. O monopólio de exploração econômica de um signo distintivo vem sendo assegurado por ordenamentos jurídicos há séculos. Reconhece-se que a marca consiste em importante fator de influência nas escolhas feitas pelo consumidor. Assim, essa capacidade de atração do consumidor, cada vez mais latente, pode ser considerada uma das perspectivas do fenômeno designado de Catividade Marcária. A globalização econômica faz com que os empresários busquem novas relações jurídicas contratuais. Surgem assim, contratos múltiplos, conexos, cativos, entre outros, numa denúncia da proliferação de novas formas de se relacionar no mercado. Por outro lado, os agentes econômicos criam modelos não contratuais de relações entre si, formando redes de fornecimento líquidas dinâmicas e mutáveis. Contudo há nítida dificuldade de se identificar os contornos dessas relações e suas consequências no direito, notadamente, na seara da responsabilidade civil. O problema se agrava quando se observa que a sociedade atual é uma sociedade de riscos multiníveis. O desafio de se investigar a possibilidade de a marca se tornar um vetor de responsabilidade civil nas relações de fornecimento por compartilhamento marcário atende à pretensão de tutela compensatória por diversos danos aos consumidores. A presente tese pretende contribuir com essa perspectiva de estudo. Serão investigadas, na pesquisa apresentada, quais as repercussões jurídicas da Catividade Marcária na responsabilidade civil por compartilhamento marcário. Além disso, estrutura-se uma série de fundamentos para a aplicação da Catividade Marcária no fenômeno da responsabilização civil. A partir dos pressupostos a serem estudados, pode-se entender uma nova forma de responsabilização civil do empresário, numa adequação à ordem econômica constitucional e que possa servir de regulação a atividade empresarial à luz de princípios fundamentais como a função social da propriedade. A Catividade Marcária se apresenta como importante instrumento de efetivação de direitos em prol dos consumidores que passam a ter mais uma ferramenta na busca da tutela compensatória pela exposição dos riscos nas cadeias de fornecimento.

Palavras-Chave: Catividade Marcária. Marca. Responsabilidade Civil. Risco. Compartilhamento Marcário. Cadeia de fornecimento.

ABSTRACT

The doctoral thesis entitled "Trademark Captivity as a vector of corporate civil liability in the suppliers of goods network" linked to the area of research "Social, Economic Regulation and Development", aims to propose a new theoretical and practical legal model of corporate civil liability based on brand. The proposal is the result of research that addresses issues related to; Law of Industrial Property, Development Law, Marketing, Commercial Law and Civil Liability to propose a new form of liability using the mark as a vector. The brand is an asset, increasingly valued in the business world for its attraction power in the consumer market. The monopoly of economic exploitation of a distinctive sign has been secured by legal systems for centuries. It is recognized that the trademark is an important factor influencing the choices made by consumers. So this consumer attractiveness, which is increasingly implicit, can be considered one of the vantage points of the phenomenon called Trademark Captivity. Economic globalization makes businessmen seek new contractual legal relations, this results in multiple related captive contracts, among others, a revelation of the spread of new ways of acting in the market. On the other hand, economic agents create non-contractual models of relations between themselves, forming dynamic and flexible network supply. However there is a clear difficulty in identifying the contours of these relationships and their legal consequences, especially about civil liability. The problem gets worse when we observe that the current society is a society of multi-level risks. The challenge of investigating the possibility of the brand becoming a vector of corporate civil liability for network suppliers relationships by trademark sharing, meets the claim of compensatory protection for various damages to consumers. This work aims to contribute to the perspective of this study and will investigate which legal consequences of trademark captivity on civil liability for brand sharing should be applied. Also, the thesis structures a number of legal bases for the application of trademark captivity in the civil liability phenomenon. From the assumptions to be studied, one can understand a new form of civil liability for business corporations, an adjustment to the constitutional and economic order which can serve to regulate business activity grounded in fundamental principles such as the social duty of property. The trademark captivity itself is an important instrument for enforcing rights for consumers who now have one more tool in the quest for compensatory protection against exposure to risks in network suppliers.

Keywords: Trademark captivity. Brand. Civil liability. Risk. Trademark sharing. Network suppliers.

RESUMEN

La tesis doctoral intitulada “ ‘Catividade Marcária’ como vector de la responsabilidad civil empresarial en las cadenas de abastecimiento de bienes”, vinculada a la línea de pesquisa “Derechos Sociales, Regulación Económica y Desarrollo”, objetiva proponer nuevo modelo jurídico teórico-práctico de responsabilidad civil empresarial fundado en la marca. La propuesta resulta de investigación que aborda transversalmente temas ligados al Derecho Empresarial y Responsabilidad Civil para proponer una nueva forma de responsabilizarse, utilizándose la ‘Marca’ como vector. La marca es un activo, cada vez más valorizado en el mundo empresarial por su poder atractivo junto al mercado consumidor. El monopolio de explotación económica de un signo distintivo viene siendo asegurado por ordenamientos jurídicos hace siglos. Se reconoce que la marca consiste en importante factor de influencia en las elecciones hechas por el consumidor. Así, esa capacidad de atracción del consumidor, cada vez más latente, puede ser considerada una de las perspectivas del fenómeno designado de ‘Catividade Marcária’. La globalización económica hace con que los empresarios busquen nuevas relaciones jurídicas contractuales. Surgen, así, contratos múltiples, conexos, cautivos, entre otros en una denuncia de la proliferación de nuevas formas de relacionarse en el mercado. Por otro lado, los agentes económicos crean modelos no contractuales de relaciones entre sí formando redes de abastecimiento líquidas, dinámicas y mutables. Sin embargo, hay nítida dificultad de identificarse los contornos de sus relaciones y sus consecuencias en el derecho, notablemente, en el campo de la responsabilidad civil. El problema empeora cuando se observa que la sociedad actual es una sociedad de riesgos multiniveles. El desafío de investigarse la posibilidad de la marca tornarse un vector de responsabilidad civil en las relaciones de abastecimiento por compartimiento ‘marcário’, atiende a la pretensión de tutela compensatoria por diversos daños a los consumidores. La presente tesis pretende contribuir con esa perspectiva de estudio. Serán investigadas, en la pesquisa presentada, cuales las expansiones jurídicas de la ‘Catividade Marcária’ en la responsabilidad civil por compartimiento ‘marcário’. Además de eso, se estructura una serie de fundamentos para la aplicación de la ‘Catividade Marcária’ en el fenómeno de la responsabilidad civil. A partir de los presupuestos a ser estudiados, se puede entender una nueva forma de responsabilidad civil del empresario, en una adecuación a la orden económica constitucional y que pueda servir de regulación a la actividad empresarial a la luz de principios fundamentales como la función social de la propiedad. La ‘Catividade Marcária’ presentase como importante instrumento de efectividad de derechos en pro de los consumidores que pasan a tener más una herramienta en la búsqueda de la tutela compensatoria por la exposición de los riesgos en las cadenas de abastecimiento.

Palabras-Clave: ‘Catividade Marcária’. Responsabilidad Civil. Riesgo. Compartimiento ‘Marcário’. Cadena de Abastecimiento.

ZUSAMMENFASSUNG

Die vorliegende Doktorarbeit "Markenbindung als Vektor von Unternehmerhaftung in den Warenlieferketten" im Rahmen der Forschungslinie "Soziale Rechte, Wirtschaftsregulierung und Entwicklung" zielt darauf ab, ein neues theoretisch-praktisches Rechtsmodell der auf Marke begründeten Unternehmenshaftung vorzuschlagen. Der Vorschlag ist das Ergebnis der Untersuchung, die sich mit Themen aus dem Recht des gewerblichen Eigentums, Entwicklungsrecht, Marketing, Unternehmensrecht und der zivilrechtlichen Haftung beschäftigt hat, um eine neue Form der Haftung aufgrund der Markenverwendung darzulegen. Die Marke ist ein Vermögenswert, der in der Geschäftswelt für seine Anziehungskraft auf den Consumer-Markt zunehmend bewertet wird. Das Monopol der wirtschaftlichen Nutzung eines Kennzeichens durch Rechtssysteme wird seit Jahrhunderten sichergestellt. Es wird anerkannt, dass die Marke ein wichtiger Faktor ist, um die Entscheidungen der Verbraucher zu beeinflussen. In diesem Sinne kann diese Anziehungskraft gegenüber Verbraucher, die zunehmend latent ist, als eine der Perspektiven des Phänomens Markenbindung betrachtet werden. Die Globalisierung der Wirtschaft fordert neue vertragliche Rechtsbeziehungen von den Unternehmern. Dies führt zu mehreren Vertragstypen, die untereinander im Zusammenhang stehen – ein Zeichen für innovative Modelle auf dem Markt. Auf der anderen Seite schaffen die Wirtschaftsakteure nichtvertragliche Modelle der Beziehungen zwischen ihnen, aus denen sich dynamische und veränderbare Nettoversorgungsnetze bilden. Allerdings gibt es deutliche Schwierigkeiten, die Konturen dieser Beziehungen und deren Folgen im Rechtssystem, vor allem auf dem Gebiet der Haftung zu identifizieren. Das Problem verstärkt sich, indem wir beobachten, dass die heutige Gesellschaft eine Gesellschaft von Multi-Level-Risiken ist. Die Herausforderung der Untersuchung über die Möglichkeit, die Marke als ein Vektor der Haftung in den Lieferbeziehungen aus für Markenlizenzierung bezieht sich auf den Verbraucherausgleichsanspruch wegen unterschiedlichen Schäden. Diese Arbeit leistet einen Beitrag zu dieser Thematik. Gegenstand der Untersuchung sind die rechtlichen Folgen der Markenbindung in der Haftung für Markenlizenzierung. Darüber hinaus werden Grundsätze für die Anwendung der Markenbindung in dem Phänomen der zivilrechtlichen Haftung strukturiert. Aus den Annahmen der Untersuchung kann man eine neue Form der Haftpflicht des Unternehmers, als eine Anpassung an die konstitutionelle und wirtschaftliche Ordnung verstehen, die dazu dient, die Unternehmenstätigkeiten im Licht der Grundprinzipien wie die soziale Funktion des Eigentums zu regeln. Die Markenbindung zeigt sich als ein wichtiges Instrument zur Rechtsdurchsetzung zugunsten von Verbrauchern, die ein weiteres Werkzeug bei der Suche nach Ausgleich für Risikoexposition in Lieferketten haben werden.

Schlüsselwörter: Markenbindung. Marke. Zivilrechtliche Haftung. Risiko. Markenlizenzierung. Lieferkette.

SUMÁRIO

I INTRODUÇÃO	17
II DESENVOLVIMENTO NO ESTADO DE DIREITO CAPITALISTA BRASILEIRO	22
2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS E EXPLICATIVAS PARA CONTEXTUALIZAÇÃO DO TEMA	22
2.2 DESENVOLVIMENTO COMO DIREITO: DO ECONÔMICO AO HUMANO .	23
2.2.1 Crescimento Versus Desenvolvimento	24
2.2.2 Direito e Desenvolvimento: os direitos do desenvolvimento	27
2.2.2.1 Direito do Desenvolvimento (DdD)	27
2.2.2.2 Direito ao Desenvolvimento (DaD).....	28
2.3 A IDEIA DE LIBERDADE E A LIVRE INICIATIVA.....	31
2.3.1 Perspectivas da Liberdade	31
2.3.2 O Desenvolvimento Humano como Fim da Liberdade: a liberdade desenvolvimentista	36
2.3.3 A liberdade econômica como espécie de liberdade	39
2.4 PROPRIEDADE PRIVADA E SUA FUNCIONALIDADE SOCIAL	41
2.4.1 O Conceito de Propriedade e suas Características	42
2.4.2 O Percorso da Propriedade: da coletiva à privada socializada	43
2.4.3 Da Força à Humanização da Propriedade	50
2.4.4 Identificação do Discurso em prol da Propriedade para o Desenvolvimento ...	57
2.5 DO ESTADO DE DIREITO CAPITALISTA	62
2.6 ESTADO DE DIREITO CAPITALISTA BRASILEIRO: UM CAPITALISMO DE ESTADO ?	64
2.7 CONCLUSÕES RELATIVAS AO PRIMEIRO CAPÍTULO	70
III A MARCA COMO FAROL DO MERCADO GLOBAL.....	73
3.1 PROPRIEDADE INTELECTUAL: O DIREITO DA CRIATIVIDADE.....	73
3.2 SISTEMA DE PROTEÇÃO DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL COMO BASE JURÍDICA FUNDAMENTAL PARA A GLOBALIZAÇÃO ECONÔMICA	79
3.3 DIREITO MARCÁRIO.....	93
3.3.1 Conceito de Marca	94

3.3.2 Das Espécies de Marcas.....	98
3.3.3 O Regime Jurídico das Marcas no Brasil: os Princípios Norteadores do Direito Marcário	102
3.3.3.1 Princípio do desenvolvimento econômico e tecnológico	105
3.3.3.2 Princípio do interesse social ou função social da marca	107
3.3.3.3 Princípio da Territorialidade.....	108
3.3.3.4 Princípio da Anterioridade.....	108
3.3.3.5 Princípio da Originalidade, Disponibilidade ou Novidade.....	109
3.3.3.6 Princípio da Especialidade.....	110
3.3.3.7 Princípio da Publicidade	112
3.3.3.8 Princípio da Reciprocidade ou do Tratamento Nacional	113
3.3.3.9 Princípio da Prioridade	113
3.3.3.10 Princípio da Exclusividade (erga omnes)	114
3.3.3.11 Princípio da Efetiva Exploração (Caducidade)	114
3.3.4 O Procedimento de Registro de Marca	115
3.3.5 Dos Direitos Marcários Advindos do Registro Competente	117
3.4 A FUNÇÃO SOCIAL DAS MARCAS	118
3.4.1 Função Informativa ou Identitária	119
3.4.2 Função Distintiva	120
3.4.3 Função Divulgadora	121
3.4.4 Função Da Lealdade Concorrencial.....	123
3.5 CONCLUSÕES RELATIVAS AO SEGUNDO CAPÍTULO	125
IV RESPONSABILIDADE CIVIL EMPRESARIAL	127
4.1 O SENTIMENTO DE RESPONSABILIDADE: DE PROMETEU A ADÃO	127
4.2 O CONCEITO DE RESPONSABILIDADE CIVIL.....	130
4.3 ELEMENTOS GERAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	134
4.3.1 O Agente Responsável	134
4.3.2 Da Conduta.....	136
4.3.3 Do Dano: da necessidade ao risco.....	138
4.3.4 Do Nexo Causal	143
4.4 VERTENTES CONTEMPORÂNEAS DA TEORIA DA RESPONSABILIDADE ... CIVIL	145

4.4.1 Responsabilidade e Culpa	148
4.4.2 Responsabilidade e risco	150
4.4.3 Responsabilidade e Sanção	154
4.5 CLASSIFICAÇÕES DA RESPONSABILIDADE CIVIL	157
4.5.1 Responsabilidade Civil contratual e extracontratual	158
4.5.2 Responsabilidade Individual e Compartilhada.....	160
4.6 EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE	162
4.7 DIREITO EMPRESARIAL CONTEMPORÂNEO: TEORIA DA EMPRESA E RESPONSABILIDADE	164
4.7.1 Escopo social das sociedades mercantis - do liberalismo ao neoliberalismo ...	165
4.7.2 O direito empresarial.....	168
4.7.3 A teoria da empresa.....	169
4.7.4 Empresa, empresário e operações empresariais societárias	171
4.8 FORMULAÇÕES FINAIS DO CAPÍTULO.....	178
V CATIVIDADE MARCÁRIA NA ERA <i>TIMES SQUARE</i> DA SOCIEDADE DE RISCO	180
5.1 A MARCA GLOBAL NA ERA <i>TIMES SQUARE</i>	180
5.2 DA SOCIEDADE DE RISCO EM UM CONTEXTO DE GLOBALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES EMPRESARIAIS.....	187
5.3 CONSUMIDOR: O VULNERÁVEL UNIVERSAL.....	195
5.4 COMPARTILHAMENTO MARCÁRIO	201
5.4.1 Da Franquia.....	202
5.4.2 Contratos de Intermediação (Agência, Distribuição, Representação e Concessão Comercial).....	205
5.4.3 Da Licença de Marca e do Co-Branding	207
5.4.4 Compartilhamento Marcário como Elemento de Caracterização de Grupo Econômico de Fato	212
5.5 CATIVIDADE MARCÁRIA	223
5.5.1 Catividade Marcária como Fenômeno Socioeconômico.....	223
5.5.2 Catividade Marcária como Fenômeno Jurídico	232
5.5.2.1 A Necessária Ampliação da Função Social da Marca.....	234
5.5.2.2 O Cooperativismo dos Riscos	237

5.5.2.3 Livre Iniciativa Responsável	240
5.5.2.4 Princípio da Confiança	243
5.5.2.5 Teoria da Aparência	245
5.6 CONCLUSÕES FINAIS DO CAPÍTULO.....	248
VI CATIVIDADE MARCÁRIA COMO VETOR DE RESPONSABILIDADE VIA	
CADEIA DE FORNECIMENTO NÃO LINEAR.....	250
6.1 DA CATIVIDADE MARCÁRIA COMO FUNDAMENTO DA	
RESPONSABILIDADE CIVIL EMPRESARIAL POR RISCO EM PROL DOS	
CONSUMIDORES	250
6.2 DA APLICABILIDADE PRÁTICA DA CATIVIDADE MARCÁRIA NA	
RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL: CASUÍSTICA EXEMPLIFICATIVA	262
6.2.1 Catividade Marcária como Elemento de Identificação da Cadeia de	
Fornecimento de Produtos com Autonomia de Estruturação Societária e	
Gestões Autônomas.....	263
6.2.2 Catividade Marcária como Elemento de Identificação da Cadeia de	
Fornecimento de Serviço com Autonomia de Estruturação Societária e Gestões	
Autônomas	272
6.2.3 Cadeia de Fornecimento Global Articulada em Rede Marcária por	
Licenciamento e Transferência de Know-How ou Importação	277
6.2.4 Cadeia de Fornecimento Marcária por Concessão Comercial com	
Autonomiade Estruturação Societária.....	280
6.3 CATIVIDADE MARCÁRIA: UMA SÍNTESE PROPOSITIVA.....	290
6.4 CONCLUSÕES FINAIS DO CAPÍTULO.....	293
CONCLUSÕES.....	295
REFERÊNCIAS	298
ANEXO A – STJ REsp 63.981/SP.....	316
ANEXO B – APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0349.08.021461-3/001TJMG.....	342
ANEXO C – TJRJACÓRDÃO 0000823-87.2003.8.19.0058.....	348

I INTRODUÇÃO

A sociedade em que vivemos desafia o direito, não só com novos problemas, mas também numa velocidade que acompanha o dinamismo atual do contexto contemporâneo. Em uma sociedade sob transformação acelerada, com a tecnologia e a ciência sob a ribalta, vive-se mais, muitas vezes, melhor, mas nunca se expôs a humanidade a tantos riscos dos mais diversos níveis. Esses riscos resultam em danos dos mais variados, previsíveis efeitos colaterais negativos de um modo de vida propagado como inevitável e progressista. Assim, a disciplina da responsabilidade civil necessita de uma constante reflexão para se adaptar aos novos problemas.

Acrescente-se ao fervente caldeirão dos riscos todo um sistema informativo direcionado ao consumo, guiado por um discurso publicitário, que ocupa todos os espaços sociais do globo, com conexão ininterrupta à internet e, conseqüentemente, aos mercados. Nessa entropia de dados, destacam-se as marcas como símbolos referenciais de mercado, com a anunciada intenção de guiar os consumidores nos oceanos mercadológicos, intitulado-se faróis indicativos de portos seguros para as escolhas dos consumidores. Dessa forma, as marcas conquistaram mais que os espaços sociais, elas cativaram os indivíduos ao apreenderem e materializarem seus desejos na rede de ofertas em que são disseminadas. Trata-se de um novo momento, representativo de um fenômeno multissensorial cujo núcleo é o signo marcário: eis a Era *Times Square*.

Observa-se que, no bombardeio de marcas durante as publicidades, os riscos não são alertados devidamente, pelo contrário, comumente são ignorados. A atividade empresarial, como sempre caminhou o capitalismo, desenvolve-se com a meta de permanente expansão, mas sem compartilhar, equitativamente, as informações que detém e obtém, seja para preservar seus segredos industriais e se defender da concorrência, seja para não desmotivar o consumo de sua clientela. Essa ocultação informativa resulta em uma assimetria informacional do consumidor, que é empurrado para a utilização de produtos e serviços e por derivação aos riscos que originam.

Com a evolução das relações empresariais, os agentes econômicos, destacadamente os empresários, buscam novas formas de expansão de seus mercados. A globalização econômica acirra o contexto concorrencial, pois o capital é apátrida e nômade, deslocando-se de acordo com as conveniências conjecturais da economia que se compatibilizem com a busca da maximização dos resultados da atividade empresarial. Expandir é preciso, e para expansão a publicidade se torna a alma dos negócios, sendo a marca o corpo sensorialmente perceptível.

A marca é, sem dúvida, um ativo cada vez mais valorado no mundo empresarial. Essa posição econômica foi conquistada, pouco a pouco, por meio da observação de seu poder atrativo junto ao mercado consumidor. Essa *vis attractiva* marcária resultou no aumento do interesse econômico sobre si e, assim, consolidou-se um reconhecimento legal da necessidade de sua proteção. O monopólio de exploração econômica de um signo distintivo vem sendo assegurado por ordenamentos jurídicos há séculos. No Brasil, desde o Império, temos em nossa legislação a previsão de defesa da marca. Apesar de sua intangibilidade, a marca concretiza uma referência essencial ao mercado de consumo.

Contemporaneamente, há um reconhecimento por parte da doutrina jurídica e da jurisprudência de que a marca consiste em importante fator de influência nas escolhas feitas pelo consumidor. Esta capacidade de interferir nas decisões do mercado consumerista valoriza a marca como ativo intangível do capital empresarial, bem como permite e incentiva o gasto de grandes fortunas em campanhas publicitárias. Cria-se um sistema de retroalimentação, em que a publicidade fortalece a marca que ostenta e, por outro lado, a marca fortalece a própria publicidade que a propaga. Assim, essa capacidade de atração do consumidor, cada vez mais latente, é um dos aspectos do fenômeno designado de *Catividade Marcária*.

No que tange às relações contratuais, surgem contratos múltiplos, conexos, cativos, entre outros, expressos ou tácitos, numa denúncia da proliferação de novas formas de se relacionar no mercado da pós-modernidade. Temos como exemplo desses novos modelos de contratação, a franquia ou *franchising*, os contratos de distribuição, a concessão comercial, etc.. Por outro lado, os agentes econômicos criam modelos não contratuais de relações, sejam eles legais – sindicatos, por exemplo - ou até mesmo ilícitos, como os cartéis. Nessa entropia de relações forjadas sob os interesses econômicos, grupos empresariais vão se formando e assumem formas diversas, seja formatando sistemas formais de empresários controlados, controladores e coligados, ou mesmo configurando uma cadeia de fornecimento composta por empresários autônomos e independentes, sem co-participação formal nos quadros societários, mas co-interessados em partilhar mercado.

A conjunção de interesses de determinados empresários em torno das marcas comuns de seus produtos e/ou serviços vem sendo percebida na doutrina e na jurisprudência. Contudo, há nítida dificuldade de se identificar os contornos dessas relações e suas consequências no direito, notadamente na seara da responsabilidade civil.

Diante disso, tem-se como problemática central o seguinte questionamento: Há possibilidade de a marca se tornar um vetor de responsabilidade civil do empresário nas relações de fornecimento? Por conseguinte, surgem como perguntas subsidiárias: Qual a

funcionalidade da marca na sociedade contemporânea? Pode a marca ser fator de reconfiguração da relação de consumo? As respostas à esses questionamentos passa pela definição de um fenômeno que se denomina de Catividade Marcária. A tese apresentada se dedica às respostas dessas questões, além de promover uma reflexão sobre o direito marcário.

A presente tese é, portanto, intitulada **“CATIVIDADE MARCÁRIA COMO VETOR DA RESPONSABILIDADE CIVIL EMPRESARIAL NAS CADEIAS DE FORNECIMENTO DE BENS”**. Investiga-se, na pesquisa apresentada, quais as repercussões socioeconômicas e jurídicas do fenômeno da Catividade Marcária e sua aplicabilidade na responsabilidade civil do empresário na cadeia de fornecimento. Aponta-se premissas para o municiamento e fundamento para a aplicação da Catividade Marcária no fenômeno da responsabilização civil. A partir dos pressupostos estudados, pode-se visualizar uma nova forma de responsabilização civil do empresário, numa adequação à ordem econômica constitucional de forma que possa servir de regulação à atividade empresarial.

A presente tese de doutorado se situa na confluência dessa soma jurídica de novas funções da marca com repercussão direta na seara da responsabilidade civil nas relações de consumo. Para o desempenhar dessa tarefa, o presente estudo se estrutura em capítulos encadeados, a fim de comprovar a tese da Catividade Marcária.

No segundo capítulo, há uma exposição da teoria jurídica do desenvolvimento, tanto o Direito do Desenvolvimento e o Direito ao Desenvolvimento. Demonstra-se que o ordenamento jurídico brasileiro estrutura um estado de direito capitalista, cujos alicerces fundamentais sob a perspectiva econômica são a propriedade privada (socializada por sua função social) e a livre iniciativa com livre concorrência. O objetivo é identificar e delimitar os fundamentos da “Catividade Marcária” no texto constitucional, principalmente por meio do tripé: desenvolvimento, liberdade e propriedade.

No capítulo terceiro, patrocina-se um exame do regime jurídico das marcas. Além da exposição da teoria dogmática do direito marcário com as linhas gerais da Propriedade intelectual, constrói-se uma defesa de que a Propriedade Industrial foi a base jurídica fundamental para a globalização econômica. O viés clássico liberal do direito marcário é analisado, elencando características do ordenamento em prol dos interesses do titular da marca. Finaliza-se o capítulo com um estudo da função social das marcas, em suas diversas perspectivas informativa ou identitária, distintiva, divulgadora e de lealdade concorrencial.

No quarto capítulo há um estudo da teoria geral da responsabilidade civil. Sendo a Catividade Marcária uma tese de responsabilidade civil empresarial nas relações de consumo, entende-se necessário se estudar as bases do fenômeno da responsabilização civil.

Identificam-se os contornos gerais deste fenômeno e as peculiaridades, embora em apertada síntese. O intuito é o possível enquadramento da Catividade Marcária nos capítulos seguintes nos institutos consolidados da responsabilidade civil. Sendo a tese inserta no ambiente empresarial, faz-se um levantamento da Teoria da Empresa e dos aspectos jurídicos básicos do Direito Empresarial, focando-se nas estruturas societárias, pela sua amplitude e diversidade de modelos, não só criam uma barreira jurídica de proteção ao capital, como dificulta a informação precisa de quem são os patrocinadores reais das atividades.

O quinto capítulo propõe-se a configurar a realidade contemporânea de uma sociedade consumista, cujo momento atual se denominada de “Era *Times Square*”: o habitat natural da marca global. Contextualiza-se o exposto dentro da ideia da sociedade de risco pautada na impulsão dos avanços tecnológicos, mas produtora de riscos amplos. Nessa linha, discorre-se também acerca do consumidor como grupo vulnerável universal. Após essa exposição, adentra-se no estudo das formas de compartilhamento marcário, permitindo a defesa de um reconhecimento de grupos econômicos de fato entre os co-utentes da marca. Então, finalmente, é apresentada a Catividade Marcária em seu duplo aspecto: como fenômeno socioeconômico e como fenômeno jurídico.

No sexto e último capítulo, serão trabalhadas as bases dogmáticas de adequação da Catividade Marcária ao direito posto, na seara da responsabilidade civil. Pretende-se demonstrar, assim, que a Catividade Marcária serve de fundamento da responsabilidade civil empresarial por risco em prol dos consumidores. Para reforçar essa tese, ainda, busca-se uma demonstração da aplicabilidade prática da teoria defendida por meio de uma casuística exemplificativa. Espera-se, acrescentar, ao final, novas perspectiva de defesa dos interesses do consumidor.

Vale mencionar que a metodologia aqui aplicada foi a da pesquisa bibliográfica, com o uso de fontes secundárias da doutrina nacional e internacional e fontes primárias da legislação e jurisprudência. No tocante ao método a ser usado, temos o uso do método desenvolvimentista, que busca a evolução dos resultados e conquistas que repercutam na vida econômica e social da população.

Espera-se, ao final se delinear um novo protagonismo à marca, não só como fator influente nas decisões de consumo e objeto das técnicas de neuromarketing, mas como vetor de responsabilização civil na atividade de fornecimento de bens. Essa nova visão da marca certamente poderá auxiliar na conformação de comportamentos dos empresários inspirados com motivações eminentemente privadas, numa harmonização construtora de um maior equilíbrio das relações interpessoais com o consumidor, por meio da indução de uma

responsabilidade fundada na fruição da marca. A regulação da ordem jurídico-econômica pode se beneficiar pela releitura da função da marca ao promover uma maior proteção da própria pessoa humana ao ampliar a instrumentalização das compensações ao consumidor pelos danos que sofre na sociedade de risco.

II DESENVOLVIMENTO NO ESTADO DE DIREITO CAPITALISTA BRASILEIRO

2.1 Considerações iniciais e explicativas para contextualização do tema. 2.2 Desenvolvimento como Direito: do econômico ao humano. 2.2.1 Crescimento *versus* Desenvolvimento econômico. 2.2.2 Direito e Desenvolvimento: os direitos do desenvolvimento. 2.2.2.1 Direito do Desenvolvimento – DdD. 2.2.2.2 Direito ao Desenvolvimento – DaD. 2.3 A ideia de liberdade e a livre iniciativa. 1.3.1 Perspectivas da liberdade. 2.3.2 O desenvolvimento humano como fim da liberdade: a liberdade desenvolvimentista. 2.3.3 A liberdade econômica como espécie de liberdade. 2.4 Propriedade privada e sua funcionalidade social. 2.4.1 O conceito de propriedade e suas características. 2.4.2 O percurso da propriedade: da coletiva à privada socializada. 2.4.3 Da força à humanização da propriedade. 2.4.4 Identificação do discurso em prol da propriedade para o desenvolvimento. 2.5 Do Estado de Direito Capitalista. 2.6 Estado de Direito Capitalista Brasileiro: um capitalismo de Estado? 2.7 Conclusões relativas ao primeiro capítulo.

2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS E EXPLICATIVAS PARA CONTEXTUALIZAÇÃO DO TEMA

A presente tese sobre a “Catividade Marcária” pretende defender uma nova abordagem a ser dada à marca. Contemporaneamente, como se verá adiante, na economia globalizada, a marca é o mais relevante patrimônio empresarial. Dessa forma, ao se pretender uma realocação da marca na teoria e prática jurídica, é preciso se revisitar a sua natureza jurídica patrimonial. Por isso, a opção por uma abordagem da propriedade privada com uma reflexão acerca de sua fundamentalidade jurídica e da sua anunciada função social ser importante para esta pesquisa. Portanto, a propriedade precisa ser compreendida para os fins pretendidos nesta análise.

Nesse norte, a compreensão devida da propriedade privada passa pela identificação de qual regime econômico foi institucionalizado no Estado brasileiro. A relação entre o regime econômico e a propriedade é umbilical, sendo decisiva em todos os demais aspectos da vida econômica da sociedade, inclusive em questões de marca. Daí, a ideia de se investigar a liberdade econômica, a livre iniciativa, uma vez que essa é uma característica indissociável do mercado livre. Justifica-se, assim, o tratamento da matéria relativa ao capitalismo em nosso Estado de Direito por ser o sistema econômico escolhido pelo Estado brasileiro. Importante, também, ressaltar que se busca fazer toda essa abordagem sob o viés desenvolvimentista. Afinal, o pouco compreendido Direito do Desenvolvimento merece uma maior atenção dos juristas.

Toda a abordagem feita sobre a propriedade e o desenvolvimento no Estado capitalista de direito é feita de forma direta, objetiva e sucinta. Não há qualquer pretensão de esgotamento de qualquer das temáticas. O objetivo é a mera contextualização dos alicerces apoiadores da tese que se apresenta, nessa oportunidade, e demonstrar a viabilidade ou compatibilidade da “Catividade Marcária” com nossos fundamentos jurídicos econômicos. Nesse primeiro capítulo, o desafio, portanto, é tentar identificar e delimitar os fundamentos do Estado de Direito que permitirão a construção da “Catividade Marcária” no texto constitucional por meio do tripé preanunciado: desenvolvimento, liberdade e propriedade. Com essas notas iniciais, espera-se ao menos aclarar as dúvidas mais obscuras quanto à pertinência dos temas que norteiam o início desta tese e compreender as razões de suas escolhas.

2.2 DESENVOLVIMENTO COMO DIREITO: DO ECONÔMICO AO HUMANO

A ascensão do interesse acadêmico pelo estudo do desenvolvimento é notória. Da mesma forma, o interesse pelo tema entre as políticas de Estado se acentuou, inclusive com a consolidação do desenvolvimento como meta estatal. De fato, no mundo da globalização econômica, a cooperação entre os agentes em âmbito internacional se mostrou essencial. Após a Segunda Grande Guerra Mundial, os países tidos como periféricos, a exemplo do Brasil, intensificaram a busca do desenvolvimento, tentando-se evitar a dependência econômica e a forte desigualdade nas trocas internacionais. Em 1964, na cidade de Genebra, acabou por ser realizada a primeira sessão da United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD I). A Organização das Nações Unidas (ONU) se preocupava, na época, em fomentar a articulação dos interesses dos países em desenvolvimento. A tentativa era de fortalecer a plataforma de mudanças sugeridas pelos países periféricos, que eram desfavorecidos pelo General Agreement on Tariffs and Trade (GATT)- 1947. Buscava-se superar entraves à harmonização das políticas aduaneiras dos países industrializados e incentivar as relações comerciais internacionais.

Várias Resoluções da Assembleia Geral da ONU estão relacionadas à questão do desenvolvimento. São exemplos: a resolução 2029 da XX Assembleia Geral da ONU, que criou o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (1965); a Declaração sobre o Progresso Social e Desenvolvimento proclamada pela resolução 2542 da Assembleia Geral das Nações Unidas (1969); a Declaração das Nações Unidas sobre o Direito ao Desenvolvimento (Resolução n.º 41/128) da Assembleia Geral das Nações Unidas (1986); e a

Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (1992). Observa-se que a ONU passou a fomentar políticas voltadas ao atendimento das reivindicações dos países não desenvolvidos ou ditos em desenvolvimento. A pretensão era a de que a UNCTAD conseguisse influenciar o GATT, promovendo um comércio internacional mais justo para os países em desenvolvimento.

Após o fim da década de setenta e da década de oitenta do século passado, que foram anos de poucos avanços na matéria do desenvolvimento, surgiu a Organização Mundial do Comércio (OMC) na década de noventa. Ocorre que, nos anos oitenta, o mundo assistiu o fim da guerra fria e anúncio da hegemonia capitalista no mundo com a queda do bloco socialista. Especialmente, na América Latina e no Brasil, o grande marco é a redemocratização de vários países com o fim de regimes ditatoriais, muitos de natureza militar. Observando-se a Constituição Federal de 1988, é possível extrair alguns fundamentos de um projeto de desenvolvimento nacional. O desenvolvimento deve buscar a construção de uma:

sociedade livre, justa e solidária; os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; a justiça social e a solidariedade nas relações comerciais; a valorização dos sujeitos, ao lado de modos de relativização do princípio da livre iniciativa (como a função social da propriedade e do contrato), mostrando a relevância da convivência de valores liberais e sociais, com predomínio destes, na condução da política econômica. A ideia de desenvolvimento, como processo plural (de natureza econômica, social, ambiental, política e humana), chega ao texto constitucional. (CABRAL; FEITOSA In: FERRAZ et al, 2013, p. 59)

Nesse contexto, em paralelo, com a globalização econômica consolidada, a marca passa a ser instrumento de padronização de valores transnacionais. No entanto, os sistemas jurídicos negligenciam a necessidade de uma contrapartida social marcária. A marca pode e deve ser pensada como ferramenta de busca do desenvolvimento. Contudo, oportunamente haverá a defesa dessa posição; por hora importa compreender o fenômeno do desenvolvimento e suas relações com o direito. Inicia-se o exame do desenvolvimento como direito, primeiramente, esclarecendo a diferença entre crescimento e desenvolvimento econômico.

2.2.1 Crescimento *Versus* Desenvolvimento

É bastante comum a confusão entre crescimento e desenvolvimento. De início, faz-se necessário pontuar que crescimento econômico não pode ser confundido com

desenvolvimento econômico. Crescimento é termo cuja carga semântica traduz a ideia de uma expansão quantitativa, que no caso da economia, seria o aumento dos números representativos dos indicadores econômicos. Destaca-se, na perspectiva de crescimento econômico, o Produto Interno Bruto (PIB), que foi consolidado como principal instrumento característico de avaliação do incremento das relações econômicas de um país. Ocorre que o mero crescimento não é um fim em si, pois o crescimento do PIB não representa, necessariamente, em melhorias na qualidade de vida da população produtora da riqueza quantificada em seus números.¹

De fato, inicialmente, o desenvolvimento econômico tinha a tendência de ser estudado como um fenômeno linear e quantitativo. Contudo, na metade do século XX, houve uma alteração nesse cenário: o desenvolvimento econômico passou a ser tratado como uma pluralidade de fatores conexos que interagem num complexo fluxo de relações.² Desenvolvimento é, atualmente, um fenômeno plural de concepção qualitativa, que se sobrepõe às dimensões quantitativas. Portanto, o prisma econômico é apenas uma dentre as várias faces do poliedro do desenvolvimento.

Outro aspecto que vem se consolidando é a ideia de inclusão. Desenvolver é promover movimentos inclusivos dentro da sociedade: a cadeia de desenvolvimento propicia que um número cada vez maior de pessoas consiga desenvolver suas potencialidades. Obviamente, o passo inicial desse processo atravessa o desafio de atendimento das necessidades básicas das pessoas. Afinal, apenas com o atendimento mínimo das questões de saúde, educacionais, habitacionais, por exemplo, há a possibilidade de preservação da dignidade humana.

Daí, a complexidade do fenômeno de desenvolvimento, que não pode ser isolado em um único prisma. Mesmo, na idealização do fenômeno de desenvolvimento meramente econômico, ainda assim não poderia ser tratado como um sinônimo de crescimento. Desenvolvimento econômico perpassa pelos índices quantitativos do crescimento econômico para apresentar, sobretudo, melhoria dos índices qualitativos. Portanto, ganha relevo questões como a da sustentabilidade, harmonização dos interesses consumeristas, respeito aos valores sociais do trabalho. Schumpeter afirma que:

¹ Há quem, abertamente, defenda o abandono do PIB como instrumento de avaliação econômica. “Não é um bom indicador nem da própria riqueza (...). Uma das mudanças institucionais mais importantes e mais urgentes é o abandono do PIB como indicador de bem-estar e progresso das sociedades.” (CECHIN, 2010, p. 178)

² A CEPAL – Comissão Econômica para a América Latina e Caribe contribuiu para o abandono da ideia linear e evolucionista do desenvolvimento, como uma etapa espontânea seguinte ao subdesenvolvimento. Ao revés, o desenvolvimento foi entendido em um sentido histórico e antropocêntrico, sendo fruto de uma transformação dirigida e planejada segundo a realidade de cada Estado e país. (CABRAL; FEITOSA In: FERRAZ et al, 2013, pp. 59-60)

o desenvolvimento econômico até agora é simplesmente o objeto da história econômica, que por sua vez é meramente uma parte da história universal, só separada do resto para fins de explanação. Por causa dessa dependência fundamental do aspecto econômico das coisas em relação a tudo o mais, não é possível explicar a mudança *econômica* somente pelas condições *econômicas* prévias. Pois o estado econômico de um povo não emerge simplesmente das condições econômicas precedentes, mas unicamente da situação total precedente. (SCHUMPETER, 1997, p. 70).

Ou seja, o estado econômico de um povo emerge de todo o contexto histórico, seja ele político, social e, obviamente, também econômico. Salomão explica que “O desenvolvimento, antes que um valor de crescimento ou mesmo um grupo de instituições que possibilitem determinado resultado, é um processo de autoconhecimento da sociedade.” (SALOMAO FILHO, 2002, p.32) Desse cenário, pode-se perceber que o desenvolvimento é processo múltiplo e integrado, cujo bem supremo é o ideal de promoção da dignidade humana. A sua multiplicidade e integração se observa da seguinte assertiva: “desenvolvimento depende de co-desenvolvimentos”, portanto não existe desenvolvimento linear, constante e único, “[...] nem mesmo como uma rede conjunta de linhas abertas. Ele opera como uma rede de co-desenvolvimentos interdependentes. Sem essa rede não há desenvolvimento.” (JACOBS, 2001, p. 26-27)

Ademais, justifica-se o debate acerca da distinção entre crescimento econômico e desenvolvimento, pois alerta a necessidade de se fomentar políticas econômicas dos Estados que tragam ganhos qualitativos, ao revés de meros acúmulos quantitativos de produção. Válido o alerta de que [...] embora possam haver taxas elevadas de crescimento econômico e aumentos de produtividade, a modernização não contribui para melhorar as condições de vida da maioria da população. (BERCOVICI, 2005, p. 53).

Faz-se preciso buscar o desenvolvimento econômico como desenvolvimento humano qualitativo e assecuratório da dignidade.

Em termos contemporâneos, o PIB, que simboliza o crescimento econômico, já é observado em conjunto com outros indicadores, como por exemplo o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), símbolo maior de desenvolvimento econômico:

Deve ter ficado claro, com a discussão precedente, que a visão da liberdade aqui adotada envolve tanto os processos que permitem a liberdade de ações e decisões como as oportunidades reais que as pessoas têm, dadas as suas circunstâncias pessoais e sociais. A privação de liberdade pode surgir em razão de processos inadequados (como a violação do direito ao voto ou de outros direitos políticos ou civis), ou de oportunidades inadequadas que algumas pessoas têm para realizar o mínimo do que gostariam (incluindo a ausência de oportunidades elementares como a capacidade de escapar de

morte prematura, morbidez evitável ou fome involuntária). (SEN, 2008, p. 31)

Aqui se estabelece uma premissa elementar da presente tese: o desenvolvimento implica em processo plural que gera, por conseguinte, em ganhos qualitativos aos indivíduos que configurem a consolidação de um ambiente protetor da dignidade humana nos seus múltiplos aspectos. Essa demarcação se alinha com a nossa base constitucional, afinal, o Brasil é constituído como um Estado Democrático de Direito Capitalista e tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana (Art. 1º, III da CF/88).

2.2.2 Direito e Desenvolvimento: os direitos do desenvolvimento

Enfrentada a distinção entre crescimento e desenvolvimento econômico, examinam-se as perspectivas do direito em relação ao desenvolvimento. A relação entre direito e desenvolvimento pode ser facilmente constatada. Sendo o desenvolvimento um objetivo de um povo, pois consiste na busca de sua própria dignidade humana, o direito servirá, certamente, de instrumento de seu fomento, como também balizador de sua configuração. De fato, a complexidade exposta acerca do desenvolvimento faz com que sua relação com o direito também seja ampla. Surgem, assim, perspectivas diferentes do direito, quando este se relaciona com o fenômeno do desenvolvimento. Passa-se a expô-las objetivamente.

2.2.2.1 Direito do Desenvolvimento (DdD)

O Direito do Desenvolvimento (DdD) seria uma perspectiva da relação do direito e desenvolvimento mais consolidada. Preocupa-se com a regulação jurídica do fenômeno econômico como questão do desenvolvimento. Por isso, no DdD as políticas de governo, sejam nacionais ou internacionais, são tratadas sob a análise desenvolvimentista, na busca da evolução dos resultados e conquistas que repercutam na vida econômica e social da população. O DdD representa um Direito *Econômico* do Desenvolvimento, constituído por normas regulatórias da atividade econômica de base constitucional, disciplinando as estruturas jurídico-econômicas em suas inter-relações com outros ramos do direito.

Suas temáticas são abrangentes: a soberania nacional, o comércio internacional, transferência internacional de bens, cooperação internacional entre países, reestruturação de setores econômicos e construção da Ordem Econômica Internacional. Percebe-se que há uma

proximidade do DdD com o direito do consumidor, normas relativas ao trabalho e ao trabalhador, a disciplina jurídica da concorrência e a defesa do meio ambiente, as relações do comércio internacional, etc.. (CABRAL; FEITOSA In: FERRAZ, 2013, pp. 60-61)

Seu enquadramento pode ser posto entre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (DESC), principalmente aos chamados direitos econômicos e sociais que abrem esta importante categoria dos direitos fundamentais. Esse caráter fundamental justifica e explica a ampla disseminação de normas do DESC no texto constitucional e em vários tratados internacionais.

Tem base constitucional evidente, embora possa provir de disciplinamentos internacionais, por meio de recepção a Acordo e Tratados vinculantes.

Assim, é possível perceber que o direito do desenvolvimento se situa mais confortavelmente no âmbito do direito econômico constitucional, nas relações entre o Estado e os agentes de mercado, em esfera nacional ou internacional, ainda que conjugados em prol do interesse social. Alcançando o DESC, ele se abriga nas relações entre direitos econômicos e sociais, com base nos processos econômicos, no tratamento jurídico de fenômenos socioeconômicos, em sentido mais promocional do que protetivo, podendo ser encontrado no direito do trabalho, do consumo, da saúde, da cidade, do comércio interno e internacional, nas decisões de governo e/ou políticas públicas que abrangem o setor produtivo e as relações de produção, a exploração de bens e serviços, o investimento em setores e atividades econômicas e respectivos desdobramentos, entre outros. (FEITOSA et al, 2013, p. 00)

Assim, o que se denomina Direito do Desenvolvimento pode ser tido como ramo especialdo Direito Econômico Constitucional, presente, entre outros dispositivos, por exemplo, em nossa Constituição Federal em seu art. 170.

2.2.2.2 Direito ao Desenvolvimento (DaD)

O Direito ao Desenvolvimento (DaD) é uma perspectiva mais recente da relação Direito e desenvolvimento. A característica essencial é a natureza humanística abrangente e complexa. Não raras vezes, sofre de dispersão no ordenamento jurídico internacional, problema que é próprio dos direitos humanos. Trata-se o DaD de um feixe de direitos que, agrupados em suas diversas e amplas perspectivas, condensam a ideia de desenvolvimento. Isa (1999, p. 3-4) explicita que:

Em primeiro lugar, em relação ao conteúdo do direito humano ao desenvolvimento, devemos mencionar que o direito ao desenvolvimento é considerado como um direito-síntese, ou seja, é um direito que integra todos os direitos humanos; seu objetivo final seria a promoção e implementação de todos os direitos humanos, tanto a nível nacional como internacional. No fundo, o direito ao desenvolvimento procura um reforço e aprofundamento da indivisibilidade e interdependência de todos os direitos humanos. O direito ao desenvolvimento é reconhecer que não pode haver verdadeiro desenvolvimento sem a implementação efetiva de todos os direitos humanos. [...] Um elemento do conteúdo do direito ao desenvolvimento que se projeta na Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento é que a pessoa humana será considerada como o sujeito central do desenvolvimento e deveria ser participante ativo e beneficiário do direito ao desenvolvimento. (Tradução nossa)³

Obviamente, é possível também encontrar sua base constitucional, ainda mais diante de uma carta analítica como a brasileira. Contudo, seria um marco desse direito a “transnacionalidade, derivada da condição de direito humano ou de seu caráter humanitário”. (CABRAL; FEITOSA In: FERRAZ, 2013, p. 62)

O direito ao desenvolvimento se situa no universo maior dos direitos humanos, caracterizado como direito de povos e coletividades, em privilégio da dimensão individual e social, nas relações que priorizam a dignidade humana. É instrumentalizado para esse propósito, de natureza mais protetiva do que promocional, no contexto da chamada ‘agenda neodemocrática constitucional’, que respeita e incorpora ditames culturais locais e regionais, padrões ambientais transnacionais, solidariedade intergeracional, entre outros princípios, com base na ampliação qualificada da participação popular. (FEITOSA, 2013)

Há uma ligação de intimidade entre o DaD e as situações jurídicas de vulnerabilidade dos grupos humanos, principalmente quando esse contexto de fragilidade é causado ou acentuado pela atividade econômica e as suas externalidades. Nesse ponto, o DaD pode e deve servir de instrumento eficiente de justiça distributiva por meio da responsabilização dos agentes fomentadores das vulnerabilidades humanas, seja qual for o grupo humano afetado.

³ Texto original: “En primer lugar, respecto al contenido del derecho humano al desarrollo, debemos mencionar que al derecho al desarrollo se le considera como un *derecho-síntesis*, es decir, es un derecho que integra el conjunto de los derechos humanos; su último objetivo sería la promoción y la aplicación del conjunto de los derechos humanos, tanto en el ámbito nacional como internacional. En el fondo, el derecho al desarrollo pretende un reforzamiento y una profundización de la indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos humanos. El derecho al desarrollo viene a reconocer que no cabe un verdadero desarrollo sin la efectiva implementación de todos los derechos humanos. [...] Un elemento del contenido del derecho al desarrollo que sobresale en la Declaración sobre el derecho al desarrollo es que la persona humana va ser considerada como el sujeto central del desarrollo y debe ser el participante activo y el beneficiario de derecho al desarrollo”.

Percebe-se, que tal qual o DdD, o DaD também pode ser enquadrado na categoria dos DESC. Contudo, examinando-se esse núcleo dos direitos fundamentais, percebe-se que o DaD possui mais proximidade com o polo oposto: com os direitos sociais e culturais. Não que não se relacione com os direitos econômicos, mas seu foco está na questão social e cultural dos grupos humanos de forma prioritária. Para isso, sua normatividade, apesar dos desafios inerentes, busca consolidar uma tendência discursiva universalista típica da teoria dos direitos humanos.

A amplitude de objeto atrai sempre a forte crítica de negação de sua realização universal, afinal: por que se buscar o impossível? A opção de conformismo é fortalecida pelas teorias como a da “reserva do possível”. No entanto, a opção diversa pode indicar a necessidade de uma atuação inabalável e ininterrupta em busca de um horizonte que, mesmo inatingível, pode contribuir para a evolução da dignidade humana. Obviamente, seu recente estudo o torna campo ainda fértil. O problema da amplitude do seu objeto deve gerar reflexões mais profundas para que se possa especificar seu objeto, sua titularidade e buscar sua efetividade. Portanto, a discussão acadêmica apenas se inicia no campo do DaD.

Apesar de introdutórias, as explicações dadas neste trabalho são suficientes para se perceber que a contextualização do direito ao desenvolvimento, nas dimensões dos direitos fundamentais, encontra-se inserta na terceira dimensão. O DaD tem o caráter solidário latente e uma concepção integrativa e inclusiva do desenvolvimento. Obviamente, não se pode exigir uma suposta explicitação normativa em técnicas legislativas mais formais, como o codex, para o seu reconhecimento. Não se encontrará um Código de DaD. Contudo, suas colunas de sustentação poderão ser identificadas por meio dos textos legais, principalmente na Constituição Federal.

Inserido no catálogo dos direitos de terceira dimensão, o direito humano ao desenvolvimento é tratado como ‘direito de solidariedade’, condição que doutrinariamente lhe confere a qualidade de direito-plataforma ou outra designação doutrinária que indique a perspectiva de equilíbrio entre os direitos individuais e coletivos dispostos nas outras dimensões, nos termos da teoria geracional. No entanto, assim como os demais direitos de solidariedade, o direito humano ao desenvolvimento não se encontra especificamente expresso em leis ou codificado como tal, de modo que se apresenta como direito sem, entretanto, possuir suporte disciplinador direto, embora possa gerar obrigações jurídicas e justiciáveis. (FEITOSA et al, 2013, p. 00)

Demonstradas as categorias do DdD e do DaD, resta à tentativa de inserção da marca em seus contextos, nos capítulos seguintes. No entanto, sendo o objeto deste capítulo o Estado

de Direito Capitalista, chega o momento de se analisar seus pilares. Assim, aborda-se a seguir a importância da liberdade e da propriedade privada no Estado de Direito Capitalista no contexto do desenvolvimento.

2.3 A IDEIA DE LIBERDADE E A LIVRE INICIATIVA

A liberdade econômica ingressa como pilar do sistema econômico do estado de direito capitalista. Mas para compreendê-la, faz-se necessário perceber a liberdade como gênero. Há imensa dificuldade na execução de qualquer tentativa conceitual da liberdade. A pluralidade de sentidos e de expressões que se apoderaram do vocábulo é assustadora.⁴ A dificuldade desta missão conceitual já foi reconhecida por importantes pensadores das mais diversas correntes e tempos.

No entanto, apesar da complexidade da tarefa, entende-se necessário o seu enfrentamento. Tem-se a consciência de que a tentativa aqui empregada se trata, apenas, de linhas introdutórias de uma temática tão complexa, quanto antiga, mas é necessária para os fins da tese exposta, que reconhece a liberdade de iniciativa como princípio da Catividade Marcária. Por isso, inicialmente, buscar-se-á um levantamento conceitual da liberdade. Depois, aborda-se a liberdade econômica ou livre iniciativa como forma especial de liberdade na seara da atividade econômica.

2.3.1 Perspectivas da Liberdade

Ao longo do tempo, a ideia de liberdade foi disseminada como um atributo do humano que se consolidou como valor jurídico protegível, sempre ocupando espaço privilegiado nos diplomas legais mais fundamentais. Contudo, a ideia de liberdade está longe de um consenso e significações diferenciadas vêm sendo atribuídas ao vocábulo historicamente. Benjamin Constant entendia que havia duas liberdades: a liberdade dos antigos e a liberdade dos modernos. A primeira seria a liberdade política:

[...] consistia em exercer coletiva, mas diretamente, várias partes da soberania inteira, em deliberar na praça pública sobre a guerra e a paz, em concluir com os estrangeiros tratados de aliança, em votar as leis, em

⁴ Apenas a título de exemplo, tem-se a liberdade civil, liberdade individual, liberdade política, liberdade religiosa, liberdade de expressão, liberdade de associação, liberdade de empresa ou econômica ou livre iniciativa, etc.

pronunciar julgamentos, em examinar as contas, os atos, a gestão dos magistrados. (CONSTANT, 1985, p. 11).

A segunda, a liberdade moderna, seria uma liberdade fundada no individualismo, no direito de ir e vir, na liberdade religiosa, na liberdade de religião, na livre iniciativa, na liberdade de associação, entre outras. Para Constant, “a liberdade individual, repito, é a verdadeira liberdade moderna.” (1985, p. 21) Ocorre que a liberdade contemporânea não abdica de qualquer uma das duas anteriores. Pelo contrário, todas as liberdades parecem ser importantes à luz da atualidade.⁵ Contudo, a distinção de Constant é oportuna, pois demonstra a mutação sofrida na ideia de liberdade do mundo antigo em relação à liberdade do mundo moderno.

De forma positiva, a liberdade pode ser vista como:

[...] o direito de fazer tudo àquilo que as leis facultam [...] A liberdade consiste principalmente em não poder ser forçado a fazer uma coisa que a lei não ordena; e só nos encontramos nessa situação porque somos governados por lei civis; somos[...] livres porque vivemos sob leis civis. (MONTESQUIEU, 2002, p. 164 e p. 504).

No mesmo sentido, Locke anteriormente já atrelava a liberdade às faculdades legais definidas pelo poder legislativo, quando afirmava:

A liberdade do indivíduo na sociedade não deve estar subordinada a qualquer poder legislativo que não aquele estabelecido pelo consentimento na comunidade, nem sob o domínio de qualquer vontade ou restrição de qualquer lei, a não ser aquele por tal legislativo conforme o crédito que lhe foi confiado. (LOCKE, p. 35, 2002)

Essa legalização da liberdade passa a ser uma tendência no Estado moderno ocidental, em que sua construção é feita na égide do estado de direito.

Para Rousseau, todo homem era naturalmente livre desde o nascimento e: “Renunciar à liberdade é renunciar a qualidade de homem, aos direitos de humanidade e mesmo aos próprios deveres.” (ROUSSEAU, 2011, p. 24).⁶ Contudo, Rousseau parecia ter uma visão

⁵ É o desafio de toda a evolução da modernidade: a compatibilização entre as diversas liberdades. Nesse sentido já defendia Benjamin Constant “Longe, pois Senhores, de renunciar a alguma das duas espécies de liberdade de que vos falei, é preciso aprender a combiná-las.” (CONSTANT, 1985, p. 25).

⁶ Ocorre que tanto Rousseau como Locke, entre outros, são criticados em sua postura excludente da liberdade em relação às mulheres. O liberalismo e toda sua liberdade, igualdade e fraternidade seria um movimento notadamente machista. Neste sentido, Cf. Andrea Nye in *Teoria Feminista e as*

pessimista da vida em sociedade, pois nela, a liberdade não seria possível, mas uma ficção “[...] porque, o homem original, desaparecendo gradativamente, a sociedade oferece aos olhos do sábio não mais que um agrupamento de homens artificiais e de paixões fictícias.” (ROUSSEAU, 1985, p. 116). O pensamento de Rousseau parece que, no estado da natureza é que o homem selvagem teria conhecido a verdadeira liberdade.⁷

A liberdade, não raramente, é definida de forma negativa. A ideia é conceituar a liberdade por meio da descrição de uma situação que a descaracteriza ou impede o exercício. Há nessa linha conceitos clássicos: para Hobbes, a “liberdade significa, em sentido próprio, a ausência de oposição entendendo por oposição os impedimentos externos do movimento.” (1979, p. 129); na visão de Jellinek, as liberdades são respostas às restrições sofridas, uma relação quase de ação e reação, conforme se observa:

Todas as liberdades são apenas a negação das restrições anteriores impostas à atividade humana. Houve uma religião imposta, houve uma restrição; vejo por isso que hoje proclama a liberdade religiosa; o peso da censura que oprimia a imprensa deu à luz a ideia da liberdade de imprensa; a proibição de agrupar-se tem causado a liberdade de associação. (Tradução nossa)⁸

Berlin entende que “liberdade significa não intrusão; portanto, a liberdade significa não invasão de uma pessoa na vida de outra” (Tradução nossa)⁹. Já Hayek a entende como a ausência de coação: “por conseguinte, a Liberdade pressupõe que o indivíduo tem certa esfera de atividade privada assegurada; em seu ambiente há um certo conjunto de circunstâncias em que os outros não podem interferir.” (Tradução nossa)¹⁰ Pode-se entender a liberdade como

Filosofias do Homem, 2006, pp. 18-47. De fato, Nye expõe seu ponto de vista de que “Embora para o contratualista Locke haja limites para a norma do marido, os elementos constituintes da sociedade civil são lares com chefes masculinos.” (NYE, 1995, p. 19).

⁷ Continua seu raciocínio afirmando que “o homem selvagem e o homem policiado diferem de tal maneira no fundo do coração e nas inclinações que aquilo que faz a felicidade suprema de um reduziria o outro ao desespero. O primeiro só respira repouso e liberdade (...). O cidadão, ao contrário, sempre ativo, cansa-se, agita-se, atormenta-se incessantemente para buscar ocupações ainda mais laboriosas: trabalha até a morte, corre mesmo em sua direção para se colocar em condição de viver, ou renuncia à vida para adquirir a imortalidade.” (ROUSSEAU, 1985, p. 116).

⁸ Texto original: “todas las libertades no son más que la negación de restricciones anteriores, impuestas a la actividad humana. Había una religión impuesta, había una coacción; he ahí por qué se proclama hoy la libertad religiosa; el peso de la censura que oprimía la prensa ha hecho nacer la idea de la libertad de imprenta; la prohibición de agruparse ha provocado la libertad de asociación.” (JELLINEK, 2009, p. 116)

⁹ Texto original: “Libertad significa no intrusión; por tanto, libertad significa no intrusión de una persona en la vida de otra”. (BERLIN, 2006, p. 79)

¹⁰ Texto original: “La libertad, por tanto, presupone que el individuo tenga cierta esfera de actividad privada asegurada; que en su ambiente exista cierto conjunto de circunstancias en las que los otros no pueden interferir.” (HAYEK, 2006, p. 34).

propriedade da vontade, assim: “A *vontade* é uma espécie de causalidade dos seres vivos, enquanto racionais, e *liberdade* seria a propriedade desta causalidade, pela qual ela pode ser eficiente, independentemente de causas estranhas que a *determinem*” (KANT, 2007, p. 93).

Contudo, o conceito de Kant é formulado sob o aspecto de sua teoria ética em conformação com o seu imperativo categórico:¹¹

Ora à ideia da liberdade está inseparavelmente ligado o conceito de *autonomia*, e a este o princípio universal da moralidade, o qual na ideia está na base de todas as ações de seres *racionais* como a lei natural está na base de todos os fenómenos. (KANT, 2007, p. 102).

Em outro momento, Kant (2005, p.16) defende sua ideia de liberdade como sendo: “minha liberdade externa (jurídica) deve ser explicada, em vez disso, da seguinte forma: como a faculdade de não obedecer a qualquer lei externa, senão tanto quanto eu tenho podido dar-lhe meu consentimento.” (Tradução nossa)¹².

Observa-se que a liberdade de Kant é a autonomia de agir sem influências externas na moralidade do agente. Para Rawls, apesar da dificuldade de se chegar ao significado da liberdade, seja ela positiva ou negativa, pode-se propor uma fórmula de descrição geral da liberdade:

A descrição geral de uma liberdade, então, assume a seguinte forma: esta ou aquela pessoa (ou pessoas) está (ou não está) livre desta ou daquela restrição (ou conjunto de restrições) para fazer (ou não fazer) isto ou aquilo. (RAWLS, 2000, p. 219)

Noutro norte, o desafio de liberdade podia ser visto como algo impróprio para a realidade material humana. Estaria, assim, a liberdade no campo imaterial. É o que defende Popper em relação às ideias de Marx sobre o “reino da necessidade” – correspondente ao mundo físico e material que é limitado pelo metabolismo – e o “reino da liberdade” – representação do mundo espiritual onde as faculdades humanas podiam se desenvolver mentalmente. (POPPER, 1998, pp. 110-111).

¹¹ “O imperativo categórico é, portanto, só um único, que é este: *Age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal.*” (KANT, 2007, p. 59).

¹² Texto original: “Mi libertad exterior (jurídica) hay que explicarla, más bien, de la siguiente manera: como la facultad de no obedecer ninguna ley exterior sino en tanto cuanto he podido darle mi consentimiento.”

Já sob a ótica protestante, também se fazendo uso de um dualismo, Lutero explana sua doutrina acerca da liberdade do cristão entre as suas duas naturezas: a corporal e a espiritual. A liberdade, para Lutero, estaria na realidade espiritual:

Assim verificamos que a fé é suficiente para um cristão, não havendo necessidade de nenhuma obra para se justificar. Se não tem necessidade de obra alguma, está certamente desobrigado de todos os mandamentos e de todas as leis; se é desobrigado, é certamente livre. Essa é a liberdade cristã. (LUTERO, 2007, pp. 26-27).

Ainda numa visão não essencialmente jurídica, temos que:

O eu é formado de finito e infinito. Contudo sua síntese é uma relação que, apesar de derivada, se relaciona consigo mesma, o que é a liberdade. O eu é liberdade. Mas a liberdade é a dialética das duas categorias do possível e do necessário. (KIERKGAARD, 2003, p. 33).

A importância da liberdade como prerrogativa humana é incontestável. Por isso, não há nada de incomum em encontrá-la no núcleo das discussões políticas e jurídicas, principalmente, nas relações que envolvem o Estado. A interpretação política do pensamento jurídico influenciada pela doutrina de Hegel via o próprio direito em função da liberdade, onde o ordenamento jurídico busca realizar a liberdade. (POUND, 2004, p. 58).

Essa relação entre *liberdade* & *direito*, contudo, pode ser vista sob um ângulo conflituoso, pois o direito, ao regular a liberdade, acaba por limitá-la, como explica Pound (2004, p. 60):

Isto me leva a considerar que o Direito era um mal necessário; um mal por constituir uma restrição da liberdade; e isso era justo (correto), mas necessário, porque sem um mínimo de restrição à liberdade não seria possível, pois se chocaria e oporia aos desejos humanos. (Tradução nossa)¹³

Na abordagem deste trabalho, o direito é o mecanismo indutor da liberdade, principalmente sob a perspectiva que aqui se quer privilegiar. Faz-se preciso fazer uso de uma construção normativa favorável ao exercício da liberdade e, obviamente, de sua defesa:

¹³ Texto original: “Asíllego a sostenerse que el Derecho era un mal necesario: un mal por constituir una restricción de la libertad, y en tanto que ésta era lo justo (*right*), pero necesario porque sin un mínimo de restricción la libertad no era posible en el choque y contraposición de humanos deseos”.

Na sua construção funcionalista de perspectiva sistemática, a sociedade é concebida como um sistema que se constrói, tendo como mecanismo fundamental a comunicação; no entanto, esta comunicação necessita de uma força de persuasão e vínculo, e a ferramenta vislumbrada para exercer preponderante a função é identificada na *norma jurídica*. (FERRAZ; LEITE; NEWTON, 2012, p. 45)

Contudo, parece que esta busca de um fundamento central e absoluto não mais se sustenta na teoria dos direitos fundamentais. A liberdade não pode ser tida mais como um direito absoluto, embora, certamente, represente um importante fundamento de nosso ordenamento jurídico e que, também, sofre com a crise ou desafio de efetividade -desafio este comum aos direitos fundamentais de forma geral. Nessa linha de estudo da liberdade, após o exame de algumas impressões de seu significado, para que se possibilite um posicionamento, é preciso identificar o fim que se visa atingir com a liberdade. Esse será o esforço encontrado no próximo tópico.

2.3.2 O Desenvolvimento Humano como Fim da Liberdade: a liberdade desenvolvimentista

Vistos alguns conceitos de liberdade e suas diferentes perspectivas, uma pergunta se apresenta: para que a liberdade? Ou seja, qual a finalidade da liberdade? As respostas possíveis também são inúmeras. O fim da liberdade poderia ser o prazer (hedonismo), o bem (idealismo), a felicidade (eudemonismo), ou qualquer outro.

O problema do objetivo da liberdade se apresenta tão plural quanto às diversas liberdades que, até este momento, foi possível levantar numa singela amostragem. Nas palavras de Sen:

De fato, o conjunto das liberdades relevantes pode ser muito amplo. Essa grande abrangência das liberdades às vezes é vista como um problema para uma abordagem ‘operacional’ do desenvolvimento centralizado na liberdade. A meu ver, esse pessimismo é infundado. (2008, p. 39).

Ora, com tantas liberdades relevantes, poder-se-ia supor que seus fins seriam, igualmente, diversos. A pergunta se mostra pertinente, pois como afirma Bobbio: “O homem é um animal teleológico, que atua geralmente em função de finalidades projetadas no futuro. Somente quando se leva em conta a finalidade de uma ação é que se pode compreender o seu ‘sentido’.” (1992, p. 51). No entanto, em homenagem à objetividade, responde-se a esta pergunta diretamente: o fim da liberdade é o desenvolvimento humano. O que justifica a

amplitude das faculdades de conduta e o resguardo das opções das ações humanas é a busca evolutiva de uma realidade humana que usufrua de suas potencialidades.

Para isso é preciso que o ambiente social e suas estruturas institucionais fomentem as oportunidades de desenvolvimento humano. Nesse sentido, Sen defende uma visão de liberdade com oportunidades efetivas de desenvolvimento:

Deve ter ficado claro, com a discussão precedente, que a visão da liberdade aqui adotada envolve tanto os *processos* que permitem a liberdade de ações e decisões como as *oportunidades* reais que as pessoas têm, dadas as suas circunstâncias pessoais e sociais. A privação de liberdade pode surgir em razão de processos inadequados (como a violação do direito ao voto ou de outros direitos políticos ou civis), ou de oportunidades inadequadas que algumas pessoas têm para realizar o mínimo do que gostariam (incluindo a ausência de oportunidades elementares como a capacidade de escapar de morte prematura, morbidez evitável ou fome involuntária). (SEN, 2008, p. 31)

Dessa forma, o desenvolvimento, como fim da liberdade, deve ser conquistado com a ampliação das suas oportunidades, que são potencializadas com a maior autonomia que é concedida aos indivíduos quanto às escolhas que desejam expressar no meio social. Ou seja, quanto maior o nível de desenvolvimento, faculta-se que as pessoas possam realizar escolhas independentes na busca de suas realizações pessoais, sem as limitações próprias de um contexto fatídico do tipo “É isto ou nada!”. Não é preciso muito esforço para se perceber que, em vários contextos sociais do Brasil, as dificuldades sociais que caracterizam nosso subdesenvolvimento humano impõem limitações severas às escolhas às pessoas.

A falta de educação, de saúde, de segurança, quando não a subnutrição, são barreiras ao desenvolvimento das potencialidades dos indivíduos e, obviamente, esses problemas tolem a autonomia humana. As pessoas, sem a garantia de sua condição de dignidade, despendem seus esforços e recursos para a superação desses desafios na tentativa de sobrevivência. A liberdade, portanto, justifica-se como ideal de busca da superação de limitações que não decorrem de uma escolha individual espontânea, mas impostas por circunstâncias estruturais e organizacionais que afetam o ser humano. Neste ponto, acredita-se já ser possível o enfrentamento do conceito de liberdade sob a perspectiva desenvolvimentista.

Para uma melhor compreensão do que se propõe, esclarece-se que não se nega aqui a liberdade civil ou política ou qualquer outra. Apenas se compreende a liberdade como um direito plural e complexo, formado por diversos direitos, que podem ser tidos como múltiplas

liberdades. Dessa multiplicidade, extraem-se as liberdades civis e políticas cuja essencialidade é inegável:

Porém — mais fundamentalmente —, a liberdade política e as liberdades civis são importantes por si mesmas, de um modo direto; não é necessário justificá-las indiretamente com base em seus efeitos sobre a economia. Mesmo quando não falta segurança econômica adequada a pessoas sem liberdades políticas ou direitos civis, elas são privadas de liberdades importantes para conduzir suas vidas, sendo-lhes negada a oportunidade de participar de decisões cruciais concernentes a assuntos públicos. Essas privações restringem a vida social e a vida política, e devem ser consideradas repressivas mesmo sem acarretar outros males (como desastres econômicos). Como as liberdades políticas e civis são elementos constitutivos da liberdade humana, sua negação é, em si, uma deficiência. Ao examinarmos o papel dos direitos humanos no desenvolvimento, precisamos levar em conta tanto a importância constitutiva quanto a importância instrumental dos direitos civis e liberdades políticas. (SEN, 2008, p. 31)

É importante consolidar que o entendimento exposto neste tópico consiste na ideia de que a liberdade é um direito múltiplo ou plural. Trata-se, portanto, de um direito que é formado por diversos direitos. Daí o porquê de se falar em várias liberdades e da dificuldade de seu conceito. É no sentido da liberdade plural que Rawls parece trilhar, quando afirma que “a liberdade é uma certa estrutura de instituições, um certo sistema de normas públicas que definem direitos e deveres.” (2000, p. 219).

A visão desenvolvimentista da liberdade foi eleita para defesa neste trabalho, por entender-se que possui a capacidade de abranger todas as linhas libertárias que o formam o feixe de direitos a que se pode denominar em síntese de “liberdade”. Propõe-se, assim, um conceito de liberdade contextualizado na contemporaneidade desenvolvimentista: liberdade é o direito humano fundamental de optar, autonomamente, pelas oportunidades de desenvolvimento acessíveis ou de rejeitá-las, seja para a tentativa de se construir uma nova, não existente, ou por mera aceitação de estagnação. Mas, em qualquer das hipóteses, assumindo o optante às responsabilidades inerentes às suas escolhas. Na mesma linha, encontra-se a proposta de Salomão Filho para a compreensão do desenvolvimento como uma liberdade:

Nesse processo de sociedade passa a descobrir seus próprios valores aplicados ao processo a sociedade passa a descobrir seus próprios valores aplicados ao campo econômico. As sociedades desenvolvidas sob essa visão são aquelas que bem conhecem suas próprias referências. Portanto, dar privilégio aos valores não significa substituir o determinismo de resultados da teoria econômica por um determinismo de valores pré-estabelecidos.

Significa, isso sim, dar prevalência à discussão sobre as formas específicas para cada sociedade de autoconhecimento e autodefinição das instituições e valores mais apropriados ao seu desenvolvimento econômico-social. (2002, p.32).

Em síntese, a liberdade deve ser compreendida como uma faculdade de autodeterminação traduzida em opções voltadas para o desenvolvimento humano. A liberdade deve ser ampliada tendo em vista a permissividade de uma escolha, cada vez mais autônoma, tomada pelos indivíduos, mesmo que essa escolha seja de estagnação ou manutenção de sua situação socioeconômica. O desenvolvimento como processo qualitativo, na linha em que foi exposto anteriormente, tem na liberdade seu motor propulsor. Por sua vez, esta última tem naquele o seu propósito.

2.3.3 A liberdade econômica como espécie de liberdade

Não por acaso, cabe à Constituição Federal de 1988, como lei maior ou fundamental do sistema jurídico brasileiro, definir as características fundamentais da República Federativa do Brasil, impondo seus limites e expondo as suas escolhas de modelo de Estado -dentre elas, qual o sistema econômico adotado. Encontra-se como fundamento do Estado brasileiro a livre iniciativa (Art. 1º, IV da CF/88), que volta a ser reafirmada como fundamento da ordem econômica (Art. 170, *caput* da CF/88)¹⁴. Da mesma forma, a propriedade privada é posta como princípio econômico (Art. 170, II da CF/88). Para evidenciar essas escolhas constitucionais, a seguir, abordam-se a livre iniciativa neste tópico e, mais adiante, a propriedade privada, uma vez que esses dois direitos fundamentais são os pilares do que se entende como Estado de Direito Capitalista.

Já se asseverou que a liberdade é um direito plural, o que permite a existência de múltiplas liberdades. Em meio a esta multiplicidade, neste momento, destaca-se a livre iniciativa como espécie de liberdade. Trata-se de liberdade a ser resguardada na seara econômica. Compreende-se clara a escolha pelo modelo que demonstra ser a melhor opção do grupamento humano ou das sociedades que os indivíduos podem escolher a que atividades econômicas se dedicarão.

¹⁴Nicz afirma que: “A Constituição vigente (...) estabelece preferência à iniciativa privada, trazendo expressamente que a ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social com base na iniciativa privada e demais princípios, conforme o art. 170 “caput” e seus incisos I a VI.” (1981, p. 137).

Assim, o posicionamento da livre iniciativa como fundamento da ordem econômica, nos moldes da CF/88, determina que não cabe ao Estado interferir na economia ao ponto de determinar quem exercerá cada papel específico no universo econômico. A planificação econômica não mais é possível a partir dessa exteriorização em prol da livre iniciativa:

A liberdade de iniciativa exclui a possibilidade de um planejamento vinculante. O empresário deve ser senhor absoluto na determinação de o que produzir, como produzir, quanto produzir e por que preço vender (...) O importante, contudo, é notar que a regra é a liberdade (...) O consectário natural deste princípio é que a atuação do Estado é sempre subsidiária. O Estado não está habilitado a retirar dos particulares, transferindo, para a responsabilidade da comunidade, atribuições que aqueles estejam em condições de cumprir por si mesmos. (BASTOS; MARTINS, 1990, p. 17).

Obviamente, isso não implica em impedimento regulatório. O Estado preserva seu poder regulatório, ora determinando critérios ou requisitos legais de exercício de certas atividades econômicas ou profissionais, como forma de potencializar seus resultados sociais.

A liberdade de iniciativa traduzida na Constituição não é, todavia, ilimitada, o que vem a ensejar a atuação subsidiária no domínio econômico quando inexistir a iniciativa privada, ou ainda, quando esta for omissa ou insuficiente aos anseios sociais. (NICZ, 1981, p. 138).

Os contextos e razões dessa limitação à liberdade econômica ou livre iniciativa são influenciados por questões complexas, seja de ordem econômica ou mesmo políticas. O que se tem de fato é a possível intervenção limitadora do Estado na livre iniciativa desde que justificada. Trata-se de direito fundamental cuja observância é obrigação do Estado e as limitações vistas, sempre, no estrito respeito ao campo delimitado. Sua fundamentalidades e entrelaça na ideia de que o homem depende da liberdade econômica para sua afirmação social por meio de suas escolhas autônomas:

Na verdade esta liberdade é uma manifestação dos direitos fundamentais e no rol daqueles devia estar incluída. De fato o homem não pode realizar-se plenamente enquanto não lhe for dado o direito de projetar-se através de uma realização transpessoal. Vale dizer, por meio da organização de outros homens com vistas à realização de um objetivo. Aqui a liberdade de iniciativa tem conotação econômica. Equivale ao direito que todos têm de lançarem-se ao mercado de produção de bens e serviços por sua conta e risco. (BASTOS; MARTINS, 1990, p. 16).

Portanto, a liberdade econômica, ou livre iniciativa, passa a ser aspecto essencial na composição da dignidade humana, uma vez que sustenta a autodeterminação humana na seara econômica. O legislador, em suas incursões limitativas, não pode fazê-las sem uma forte justificativa social ou organizacional econômica, pois a livre iniciativa constitui barreira de contenção à sua atuação.¹⁵

2.4 PROPRIEDADE PRIVADA E SUA FUNCIONALIDADE SOCIAL

A relevância da propriedade pode ser estimada pela antiguidade do interesse humano sobre o tema, visto que a própria sociedade humana sempre foi entendida e classificada se levando em consideração o modo como se administrava a propriedade. A amplitude de seu reconhecimento pelo Direito e a sua relevância no seio da sociedade são denunciados tanto pela alusão quantitativa nos textos legais, como também pelo aspecto qualitativo da posição que lhe é reservada.

Propriedade é núcleo de interesse humano, pois é direito de sumo fim ou instrumento vital para realização de outros. Logo, são muitas as propriedades, embora poucos sejam os proprietários. Nesse sentido, também é constatada a polissemia do termo, porque há uma série de classificações da propriedade, podendo ser móvel ou imóvel, de acordo com a natureza do bem objeto desse direito.

Além disso, ela pode ser plena, quando presentes todos os elementos constitutivos do feixe de direitos facultáveis via propriedade; ou restrita, quando há o desmembramento dos elementos da propriedade. Pode, ainda, ser perpétua (sem duração determinada, duração ilimitada) ou resolúvel, também chamada de revogável, quando a propriedade é limitada por um termo ou condição resolutiva (Arts. 1359 e 1360, do Código Civil). Contudo, dentre as diversas classificações –corpórea ou incorpórea, tangível ou intangível, registral ou por

¹⁵“A livre iniciativa, ainda, bem compreendida, não só consubstancia alicerce e fundamento da ordem econômica, como também deita raízes nos direitos fundamentais, aos quais se faz ínsita uma especial e dedicada proteção. Se o “caput” do art. 5º se encarregou de garantir o “direito à liberdade”, no viés econômico ela ganha contornos mais preciosos justamente na livre iniciativa. Pois se é “livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão” (CF, art. 5º, XIII), esta liberdade compreende também a liberdade de se lançar na atividade econômica, sendo então “assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica” (CF, art. 170, parágrafo único). Daí a arguta observação de que as leis restritivas da liberdade de iniciativa econômica devem observar o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, funcionando como um limite negativo à atuação do legislador, vislumbrando-se nesta assertiva uma dignificante proteção da pessoa humana.” (PETTER, 2005, p. 163).

tradição, entre outros—, nosso interesse recai sobre a espécie da propriedade privada. Portanto, não se aborda, neste trabalho, a propriedade pública.

Mas o que é a propriedade privada dentro da teoria dos direitos humanos? Há a necessidade de sua categorização. Seria direito humano fundamental? Ou direito fundamental, mas não pertencente aos direitos humanos?

A relevância da reflexão aqui proposta se mostra diante da centralidade ocupada pela propriedade nos debates jurídicos e econômicos. Em decorrência disso, trataremos da propriedade privada, suas características e elementos, seu enquadramento histórico – como a propriedade foi vista como categoria jurídica ao longo do tempo – e sua função social, além de seu fundamento. Porém, tudo com a ciência e consciência de que, aqui, trata-se apenas de estudo introdutório, dada a relevância do seu tema e o seu diálogo indireto com o núcleo da presente tese.

Em seguida, percorre-se em breve síntese a teoria geral dos direitos humanos, destacando seu conceito e características para, em fim, examinar-se se a propriedade privada é um direito humano ou não. Portanto, torna-se necessário analisar os eventuais argumentos que fundamentam a propriedade como direito humano e promover um estudo acerca da função social da propriedade e a identificação do discurso que lhe promove sustentação. Após esse percurso, apresentam-se conclusões na tentativa de fornecer respostas às perguntas propostas anteriormente.

2.4.1 O Conceito de Propriedade e suas Características

Faz-se preciso conceituar a propriedade. Tal tarefa pode resultar em grande esforço como é próprio de toda conceituação. Contudo, a necessidade de se delimitar com clareza o objeto deste trabalho impõe a execução dessa missão. Assim, traz-se o conceito da propriedade como gênero e como espécie que constitui o núcleo central de nosso interesse, que é a propriedade privada.

A propriedade (*dominium* ou *proprietas*) é um direito que constitui um poder jurídico plural de beneficiamento que seu titular exerce sobre um bem. Por sua vez, a propriedade privada é um direito reconhecido ao titular individual, ou ao grupo de indivíduos, pessoas naturais ou jurídicas de direito privado, de beneficiar-se e de excluir outros dos benefícios de um dado bem. A nossa legislação, no Código Civil de 2002, artigo 1.228, aduz que o proprietário tem a faculdade “[...] de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.”

A propriedade consolidou-se como o direito real por excelência, logo, uma de suas características marcantes é a oponibilidade absoluta ou o seu caráter *erga omnes*. O proprietário possui um direito oponível contra todos, ou seja, qualquer que o impeça de exercer seus plenos poderes sobre a coisa pode ser obrigado a recuar em seu intento. Dessa forma, a exclusividade da propriedade é derivação de sua oponibilidade geral.

Assim, a coisa não pode pertencer, simultaneamente, a duas ou mais pessoas sem o consentimento de cada condômino. Portanto a propriedade compartilhada, também denominada de compropriedade ou condomínio, é possível, mas deriva da lei (ex. herança) ou da vontade expressa dos condôminos.

Destarte, o proprietário detém o poder de proibir que terceiros exerçam poderes sobre a coisa, pois a possui de forma exclusiva e, conseqüentemente, excludente. Outro aspecto que demonstra a força da propriedade é o seu caráter perpétuo, uma vez que o domínio subsiste independentemente de exercício, enquanto não sobrevier causa extintiva legal ou oriunda da vontade do proprietário. Ainda que possa ser limitada no tempo, em geral, a propriedade é tida como perpétua.

A propriedade consiste em espécie de direito plural, pois é o direito real de maior amplitude, sendo formado por uma série de poderes. Esse é o caráter complexo da propriedade, que a faz ser um feixe de direitos, consubstanciados nas faculdades de usar, gozar, dispor e reivindicar a coisa. Convém elucidar que alguns observam que se trata de direito elástico, porque pode ter suas faculdades distendidas ou contraídas (GOMES, 1995, p. 86), conforme o caso, e, dessa maneira, o proprietário pode ter o poder pleno ou desmembrado - como na hipótese de usufruto, em que o nu-proprietário fica sem o *ius utendi* e o *ius fruendi* concedidos ao usufrutuário.

Por isso, constata-se que a propriedade é formada por elementos constitutivos, são eles: o *ius utendi*- direito de usar a coisa, dentro das restrições legais, a fim de evitar o abuso do direito, limitando-se, portanto, ao bem estar da coletividade (DINIZ, 2002b, p. 1); o *ius fruendi*- direito à percepção dos frutos e de utilização dos produtos da coisa, isto é, o direito de gozar da coisa ou de explorá-la economicamente; o *ius abutendi* ou *ius disponendi*- direito de dispor da coisa, a faculdade de alienação da coisa, quer por meio oneroso (venda) ou gratuito (doação) (DINIZ, 2002b, p. 108); e a *rei vindicatio*- faculdade que tem o proprietário de intentar judicialmente ação para obter o bem de quem injustamente o detenha.

2.4.2 O Percurso da Propriedade: da coletiva à privada socializada

Nos primórdios da humanidade, a propriedade tinha uma concepção coletiva e toda a comunidade usufruía dos bens que pertenciam a todos, mesmo que organizados sobre a direção de um chefe político tribal. A ideia central era uma comunidade familiar, ainda que com conceito alargado de família, onde parentes e afins próximos possuíam um forte sentimento de pertença e integração acentuada à coletividade: “A economia doméstica é comunista, abrangendo frequentemente muitas famílias. Aquilo que é feito e utilizado em comum é de propriedade comum: a casa, a horta, a canoa.” (ENGELS, 2009, p. 149 etseq)

Para os romanos, a propriedade era uma instituição inabalável, já que o proprietário detinha o domínio absoluto e pleno sobre as suas coisas, na literal expressão do *jus utendi, fruendi et abutendi*. Portanto, a propriedade, ou o domínio, era tido como o direito mais completo de livre disposição do bem, de usá-lo e abusá-lo. (WARNKOENIG, 1863, p. 106)

A propriedade entre os romanos estava intimamente ligada à religião, pois a necessidade de respeito aos cultos exigia a fixação do homem em uma terra sua, para honrar os deuses em seu lar ou nos cultos aos mortos que precisavam ser continuamente honrados, destarte, não“ [...] foram as leis, mas a religião, aquilo que primeiro garantiu o direito de propriedade. Cada domínio estava sob a proteção das divindades domésticas que velavam por ele.” (COULANGES, 1957, p. 93)

Importante ressaltar que não eram muitos os que eram dados à condição de homens livres e detentores de direitos. Nesse sentido, a titularidade de direitos era restrita, pois o poder político em Roma era basicamente reconhecido aos grandes proprietários de terra e a propriedade imóvel era o grande símbolo de riqueza. O próprio Direito Romano tinha um caráter instrumental a serviço da propriedade com preocupação constante com os litígios de propriedade e posse. Logo: “[...] A tarefa do juiz era assim definida: verificar se tal bem, tal ou tal escravo, ou tal campo pertence a tal pleiteante – *Si paretrem de qua agitur Auli Ageri esse*.”. (VILLEY, 2003, p.90)

Na Idade Média, existiam os *feudos*, sendo eles compreendidos como forma *sui generis* de organização política descentralizada; o soberano ou rei era titular absoluto da propriedade, que concedia ao senhor feudal a administração da terra em troca da fidelidade de súdito e serviços militares. Nos feudos, a terra era dividida em pequenos lotes que eram entregues aos vassalos, que podiam manter apenas a posse em permuta do pagamento de produtos e serviços.

A propriedade, como já se observa, sempre compôs o núcleo de interesse e tensão da vida em sociedade. Dessa maneira, percebem-se nítidos esforços, em todas as épocas, no sentido de estudar e fundamentar as bases do direito de propriedade. Dentre diversos

movimentos teóricos, a escola do Direito Natural assume posição de destaque na dedicação ao tema da propriedade. A partir de então, gerou-se o dilema de se pensar se a propriedade é um direito anterior ao Estado, ou fruto de sua constituição.

O problema do fundamento da propriedade foi longamente discutido pelos teóricos do direito natural. Todas as teorias podem ser divididas em dois grandes grupos; aquelas que afirmam que a propriedade é um direito natural, ou seja, um direito que nasce do estado de natureza, antes e independentemente do surgimento do Estado, e aquelas que negam o direito de propriedade como direito natural e, portanto, sustentam que o direito de propriedade nasce somente como consequência da constituição do estado civil. (BOBBIO, 2000, p. 166)

Para Hobbes, o homem no estado de natureza era livre e igual, mas vive em um estado de guerra de todos contra todos. Logo, diante de um ambiente hostil e de tamanha insegurança, o homem vive em brutalidade e desconfiança, não havendo justiça. Da mesma forma, nesse estágio não haveria propriedade ou domínio, pois o homem só detinha aquilo que fosse capaz de conseguir e enquanto conseguisse conservá-lo, mediante tanta insegurança. (HOBBS, 1979, p. 77) Portanto, na teoria de Hobbes a propriedade só é possível enquanto consequência do contrato e, assim, da instituição do Estado:

É desta instituição do Estado que derivam todos os *direitos e faculdades* daquele ou daqueles a quem o poder soberano é conferido mediante o consentimento do povo reunido. {...} Em sétimo lugar, pertence à soberania todo o poder de prescrever as regras através das quais todo homem pode saber quais os bens de que pode gozar, e quais as ações que pode praticar, sem ser molestado por qualquer de seus concidadãos: é a isto que os homens chamam *propriedade*. {...} Portanto esta propriedade, dado que é necessária à paz e depende do poder soberano, é um ato desse poder, tendo em vista a paz pública. (HOBBS, 1979, p. 107 e p. 110)

Locke trata a propriedade de forma diversa de Hobbes, uma vez que, para Locke, o estado de natureza também é caracterizado por uma liberdade absoluta entre os indivíduos e uma igualdade formal (LOCKE, 2002, p. 23), destarte, a primeira propriedade particular do homem é o seu próprio corpo, já que ele lhe permite trabalhar e com isso modificar a natureza.

A natureza bruta ou virgem seria uma propriedade coletiva concedida por Deus, mas, quando o homem com seu trabalho a modifica, ele passa a legitimar uma propriedade particular. (LOCKE, 2002, p. 37etseq) Portanto, a propriedade já existia antes do contrato civil e

da instituição do Estado, logo, na sua teoria, há nítida elevação da propriedade à condição de direito natural essencial, pois o:

[...] maior e principal objetivo, portanto, dos homens se reunirem em comunidades, aceitando um governo comum, é a preservação da propriedade. De fato no estado de natureza faltam muitas condições para tanto. (LOCKE, 2002, p. 92)

Observa-se que, ao afirmar que a propriedade é o grande motivo da criação do próprio Estado, Locke se refere à “preservação” da propriedade e não à criação deste direito por meio do Estado:

Por outro lado, a descrição do estado da natureza não está completa, se não integrar a descrição de outro direito natural, que Locke descobre no estado da natureza, ao lado dos direitos à liberdade e à igualdade: trata-se do *direito à propriedade*. É certo que um dos maiores esforços feitos por Locke, em sua teoria do governo, é o de demonstrar que a propriedade é um direito natural no sentido específico de que ele nasce e se aperfeiçoa no estado na natureza, ou seja, antes que o Estado seja instituído e de forma independente. (BOBBIO, 1977, p. 187)

Infere-se que Hobbes e Locke se diferenciam no tratamento dado à propriedade, cabendo ao segundo a sua consagração como direito natural e, conseqüentemente, prévio ao Estado. Dessa forma:

[...] Enquanto Hobbes inferiu os fundamentos do estado de natureza a partir de uma análise do Direito Público de sua época, Locke reconstruiu a natureza humana a partir de uma observação da lei e dos direitos de propriedade. (DOUZINAS, 2009, p. 96)

Diante disso, ela passaria a ser um direito fundamental essencial ao homem e razão maior da organização estatal que, além de respeitá-lo como sujeito passivo e não atentando contra o proprietário privado, tornar-se-ia seu guardião contra qualquer outro que o turbe ou esbulhe, conforme se observa para os contratualistas, já que o Estado vem servir como instrumento garantidor de direitos.

Tanto para Hobbes, como para Locke, há direitos naturais que precedem ao próprio Estado, mas a opção sobre quais direitos deve o Estado privilegiar e salvaguardar é distinta. Em Hobbes, o homem era livre naturalmente, porém opta pela ordem e segurança, enquanto para Locke o homem era dono de si e dos seus bens, contudo, necessitava de uma maior segurança para usufruir da propriedade.

Sua razão de ser é a de conservar os direitos naturais dos indivíduos. Enquanto em Hobbes os contratantes, a fim de escapar aos sofrimentos do estado de natureza, renunciam a seu direito natural, com Locke os proprietários exigirão do Estado proteção para suas propriedades “naturais”. (VILLEY, 2003, p.148).

De certa forma, a distinção de Locke em relação à Rousseau persiste, pois:

[...] o que o homem perde pelo contrato social é a liberdade natural e um direito sem limites a tudo que o tenta e pode atingir; ganha a liberdade civil e a propriedade de tudo o que possui. (ROUSSEAU, 2002, p. 35).

O direito natural maior, para Rousseau, é a liberdade, sendo a propriedade um direito pós-pacto social. Entretanto, em Rosseau há um embrião de preocupação em se defender que a propriedade particular está subordinada à propriedade coletiva, pois:

[...] o direito que cada particular tem sobre seus próprios bens é sempre subordinado ao direito que a comunidade tem sobre todos, não haveria solidez no laço social, nem força real no exercício da soberania.(ROUSSEAU, 2002, p. 35).

Esse debate se alonga e se fortalece, porque, afinal, o Estado moderno de cunho capitalista é produto/causa do liberalismo. Por isso, ao passo em que a Revolução Industrial modifica a capacidade produtiva humana e altera indefinidamente a forma como produz e acumula riqueza no mundo, faz-se preciso um discurso de legitimação dessa riqueza.

Nenhuma outra doutrina possui um discurso tão eficiente e adequado ao novo contexto de transformação dos meios de produção quanto o liberalismo na sua forma de justificar a origem natural da propriedade.(VILLEY, 2003, p.147) Outros autores ficaram transitando entre as posições dos contratualistas clássicos, a exemplo de Kant:

Kant mantém uma posição intermediária. Sustenta que a propriedade é um direito natural, isto é, que a aquisição jurídica de uma coisa se dá independentemente do Estado, mas sustenta, por outro lado, em conformidade à distinção já ilustrada entre direito privado e direito público, que a aquisição de uma coisa própria, no estado de natureza, é meramente *provisória*, e somente após a constituição do Estado torna-se *peremptória*. Com relação à passagem do estado de comunidade originária (que, como vimos, Kant também aceita) para a propriedade individual, Kant não aceita nem a teoria do contrato nem a do trabalho, mas volta à teoria tradicional, que considerava a *ocupação* como título de aquisição originária da propriedade. {...} *O ato jurídico da aquisição originária é a ocupação*. (BOBBIO, 2000, p. 169-170, grifos do autor)

A potencialização dos meios de produção fez prevalecer uma propriedade individualista, defendida pelo liberalismo, que buscava o lucro individual como objetivo supremo. Logo, ao proprietário cabia a disposição absoluta de seus bens, com limitações mínimas horizontais, pois o direito de propriedade só esbarrava em outro. O direito de propriedade foi elevado à categoria de direito individual absoluto, dito ainda natural, imprescritível¹⁶, inviolável e sagrado¹⁷, como proclamava a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789).¹⁸

O modelo de propriedade liberal causou a exploração dos que não detinham posses, e levou a uma reação de visão coletivista. Assim, autores como Marx marcaria definitivamente a humanidade com sua doutrina socialista baseada na luta de classes, defendendo o proletariado, pugnando pela abolição da propriedade privada. A propriedade privada permitia o processo de exploração do trabalho pelo capital, que o transformava em dinheiro pela apropriação da mais-valia. Por sua vez, o dinheiro era reintroduzido no mercado como capital, perpetuando um vicioso ciclo de dominação do trabalho: “A circulação do dinheiro como capital é, pelo contrário, uma finalidade em si mesma, pois a valorização do valor só existe dentro desse movimento sempre renovado. Por isso o movimento do capital é insaciável.” (MARX, 1996, p. 272).

Seu objetivo era o comunismo, uma sociedade igualitária, sem classes. Infere-se isso quando ele comenta a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), defendendo que a propriedade privada é a aplicação prática ou produto do direito humano à liberdade. Portanto, sintetiza sua visão da propriedade privada como um direito do homem arbitrário e excludente da sociedade de “gozar a sua fortuna e dispor dela; [é] o direito do interesse próprio [Eigennutz].” (MARX, 2009, p. 64). Encontram-se, ainda, autores que negavam a propriedade de forma absoluta:

Eu pretendo que nem o trabalho, nem a ocupação, nem a lei, podem criar a propriedade; que ela é um efeito sem causa: é repreensível pensar assim? Quanta objeção se levanta! **A propriedade é o roubo!** Eis o clarim de 93! Eis o grande barulho das revoluções!... Leitor, sossegue: não sou , de

¹⁶ “Artigo 2º- O fim de toda a associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses Direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão.” (DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO, 1789)

¹⁷ “Artigo 17º- Como a propriedade é um direito inviolável e sagrado, ninguém dela podeseer privado, a não ser quando a necessidade pública legalmente comprovada o exigir evidentemente e sob condição de justa e prévia indemnização.” (DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO, 1789)

¹⁸ Para Jellinek, as declarações de direitos americanas, em especial a Declaração da Virgínia (1776), mereciam mais atenção dos relatos históricos por reconhecer os mesmos direitos da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) de origem francesa e, no que tange à propriedade, sustenta-a como direito fundamental. (JELLINEK, 2009, p. 67etseq).

maneira nenhuma, um agente de discórdia, um instigador de revolta. Antecipo de alguns dias a história; exponho uma verdade de que tentamos, inutilmente, impedir a eclosão; escrevo o preâmbulo de nossa futura constituição.” (PROUDHON, 1975, p. 11-12)

A crítica socialista provoca uma revisão na doutrina liberal, logo, faz-se necessário reconstruir algumas bases do seu discurso desgastado diante da realidade das grandes massas operárias e de seu exército de reserva ou desempregados. A proliferação dos ideais socialistas e de sua disposição crescente para a busca da revolução do Estado - cite-se a Revolução Russa (1917) - acabou por fomentar rearrumações no mundo capitalista, como por exemplo, a teoria cristã, cujo marco é a encíclica *Rerum Novarum* (1891), de Leão XIII, numa tentativa de minimizar a exploração sofrida pelos menos abastados, sendo seguida pela encíclica *Quadragesimo Anno* (1931), de Pio XI. A primeira, uma defesa da propriedade privada contra a doutrina socialista, reconhece a propriedade como um direito natural:

O que em nós se avanta, o que nos faz homens, nos distingue essencialmente do animal, é a razão ou a inteligência, e em virtude desta prerrogativa deve reconhecer-se ao homem não só a faculdade geral de usar das coisas exteriores, mas ainda o direito estável e perpétuo de as possuir, tanto as que se consomem pelo uso, como as que permanecem depois de nos terem servido. [...] A propriedade particular, já o dissemos mais acima, é de direito natural para o homem: o exercício deste direito é coisa não só permitida, sobretudo a quem vive em sociedade, mas ainda absolutamente necessária. (VATICAN, PAPA LEÃO XIII, 1891)

A encíclica *Quadragesimo Anno* (1931) separa o direito de propriedade, do seu uso. Sendo a propriedade pessoal numa face e social, noutra. É preciso reconhecer que as encíclicas papais citadas embora critiquem o liberalismo, o preferem abertamente em relação ao socialismo. Ao comentar a inspiração para a *Rerum Novarum*, Pio XI expõe que Leão XIII:

Não pediu auxílio nem ao liberalismo nem ao socialismo, pois que o primeiro se tinha mostrado de todo incapaz de resolver convenientemente a questão social, e o segundo propunha um remédio muito pior que o mal, que lançaria a sociedade em perigos mais funestos. (VATICAN, PIO XI, 1931)

No âmbito constitucional, encontra-se a inserção da função social da propriedade na Constituição do México (1917) e na da Alemanha (*Weimar*, 1919). No Brasil, coube a Getúlio Vargas a inclusão da função social da propriedade na Constituição de 1934, mantida ainda hoje na nossa Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inciso XXIII.

Após a Segunda Grande Guerra, a Europa e o Japão, entre outras localidades, estavam em ruínas, e o mundo abalado com a barbárie que foi capaz de produzir na era da guerra de destruição em massa. Era preciso uma reafirmação de humanidade do mundo. Desse contexto, adveio a Declaração Universal dos Direitos Humanos(DUDH) -adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948 - que elevava a propriedade como direito humano fundamental: “1. Toda pessoa tem direito à propriedade, só ou em sociedade com outros. 2. Ninguém será arbitrariamente privado de sua propriedade”. (Art. XVII, DUDH, 1948)

No ordenamento jurídico brasileiro da atualidade, só se garante constitucionalmente a propriedade que cumpra uma função social (CF/1988, art. 5º, inciso XXIII, ART. 170, III). Logo, a garantia outorgada pelo constituinte ao direito de propriedade qualificado pelo seu fim é de tal importância, que foi previsto constitucionalmente em cláusula pétrea (Art. 60, § 4º, CF 1988). Assim, tratava-se de uma tentativa de conter os abusos da propriedade típicos da propriedade liberal.

Na visão de Bastose Martins (1990, p.194), “a função social visa a coibir as deformidades, o teratológico, os aleijões, digamos assim, da ordem jurídica.” Passou-se a disseminar que, sem a sua função social, a propriedade nada mais opera do que o egoísmo e a exploração, servindo de instrumento de subjugação e manutenção do poder por parte dos detentores da propriedade.

Modernamente, após o transcurso do percurso-síntese proposto, pode-se afirmar duas grandes etapas do direito da propriedade sob a égide da função social: a primeira, a mudança de visão, da garantia individual plena e inabalável, para a garantia social de um direito de acesso à propriedade; na segunda, um verdadeiro dever de uso produtivo da propriedade, que se entende fundado na necessidade de obtenção de bens, seja no campo, com o aproveitamento da produtividade agrícola, seja na cidade, com o aproveitamento racional do solo urbano ou mesmo na constituição de capital para exercício de atividade econômica primordialmente empresarial.

2.4.3 Da Força à Humanização da Propriedade

As teorias expostas, em geral, fundamentam a propriedade na ocupação, no trabalho e na lei civil facultada pelo Estado. Segundo Locke, citado por Villey, poder-se-ia alegar em favor do direito subjetivo, um título natural (título “originário”), quando a propriedade procede do próprio trabalho, ou de um dos ancestrais. (2003, p.147).

Apesar de simpáticas as ideias de que o trabalho, a ocupação e a lei civil originam a propriedade, a observação acurada demonstra que nenhuma dessas formas, por si, constitui causa real de um direito.

Todo o direito depende essencialmente de sua capacidade de efetivar-se. O direito só pode ser assim considerado quando há a disponibilidade de um aparato de força que obrigue aos demais membros de uma sociedade o seu respeito e imponham ao seu exercício autoridade suficiente para não ser atentado de forma aleatória por qualquer pessoa. Há os que criticam esta posição e entendem que, apesar de necessária ao exercício do direito, a força não o fundamenta:

Objetiva-se então que fazer depender todo o sistema normativo do poder originário significa *reduzir o direito à força*. Em primeiro lugar não se deve confundir o *poder* com a *força* (particularmente com a força física). Falando em poder originário, falamos das forças políticas que instauraram um determinado ordenamento jurídico. {...} Os detentores do poder são aqueles que têm a força necessária para fazer respeitar as normas que deles emanam. Nesse sentido, a força é um instrumento necessário do poder. Isso não significa que ela seja o fundamento. A força é necessária para exercer o poder, mas não para justificá-lo. [...] Se o Direito é um conjunto de regras com eficácia reforçada, isso significa que um ordenamento jurídico é impensável sem o exercício da força, isto é, sem um poder. Colocar o poder como fundamento último de uma ordem jurídica positiva não quer dizer reduzir o Direito à força, mas simplesmente reconhecer que a força é necessária para a realização do Direito. (BOBBIO, 2006, p. 65-66)

Contudo, a força necessita de um discurso de construção da verdade que trabalha a sua própria aceitação e a legitimação do poder. Dessa forma, a força pela força gera a resistência do ser humano que, dotado de uma individualidade exacerbada pela modernidade, acredita livre e detentor dos seus desígnios. O Estado e a lei são construções ideais que limitam o homem em suas ações e pretensões com base em um discurso inclusivo de pertença, seja por afinidade cultural ou participação política, mas fomentadores de uma autoridade forjada a serviço de um controle social:

Afinal de contas, somos julgados, condenados, classificados, obrigados a tarefas, destinados a uma certa maneira de viver ou uma certa maneira de morrer, em função de discursos verdadeiros, que trazem consigo efeitos específicos de poder. Portanto regras de direito, mecanismos de poder, efeitos de verdade. Ou ainda: regras de poder e poder dos discursos verdadeiros. {...} O sistema do direito e o campo judiciário são o veículo permanente de relações de dominação, de técnicas de sujeição polimorfos. O direito, é preciso examiná-lo, creio eu, não sob o aspecto de uma legitimidade a ser fixada, mas sob o aspecto dos procedimentos de sujeição que ele põe em prática. (FOUCAULT, 1999, p. 29etseq)

Toma-se, nesta tese, o posicionamento de que a propriedade como direito se funda na força, podendo se admitir sua existência como direito natural, prévio ao Estado, quando seu exercício cabia da capacidade de imposição do seu próprio exercício pelo seu titular. Com o Estado, houve a potencialização do exercício do direito de propriedade, pois a força do particular passou a ser reforçada pela do ente social, mas nunca abandonada a sua autotutela. Exemplo claro da legítima defesa da propriedade ainda se encontra no nosso ordenamento jurídico, com o desforço imediato:

[...] § 1º O possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo; os atos de defesa, ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse. (Art. 1.210, CC)

Feitas as considerações acerca da propriedade e seu fundamento na força, cabe uma análise acerca do seu eventual posicionamento como possível direito humano ou direito fundamental. O estudo da teoria dos direitos humanos é terreno pantanoso com muitas armadilhas terminológicas e de sistematização. Dessa maneira, não se pretende drenar as dúvidas mais comuns, mas apenas se desvencilhar de alguns obstáculos teóricos, buscando a adequação do posicionamento tomado a um teste de coerência.

Partindo para o campo específico da propriedade como direito humano, faz-se preciso realizar uma breve reflexão do enquadramento desse direito entre os direitos fundamentais. Aproveitando-se da síntese evolutiva da propriedade já realizada acima¹⁹, resta-nos apenas uma breve contextualização.

Observou-se que desde a Antiguidade, a propriedade era colocada no centro do ordenamento jurídico romano como direito essencial a ser preservado por aqueles poucos que eram legitimados ao seu exercício. A propriedade foi ainda colocada no centro das teorias contratualistas, principalmente em Locke, até que houve sua elevação à categoria de direito natural, individual, absoluto, imprescritível, inviolável e sagrado, como expresso na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789).

Colocada na essência do mundo capitalista, a propriedade prospera e faz prosperar os seus detentores, mas passa a sofrer contundente crítica com a doutrina socialista. Os socialistas não destronaram o capitalismo, porém sem a mínima dúvida, transformaram-no.

¹⁹ Tópico 2.4.2 “O Percurso da Propriedade: da coletiva à privada socializada”

Portanto, as reações da Santa Sé, as Constituições Sociais, as revoluções, as guerras e o *Welfare State* – um Estado provedor que protege e promove o bem-estar econômico e social do seu povo – são fatores transformadores do capitalismo que se readaptam a uma nova propriedade privada contida por uma função social. Uma função social que exige sua produtividade, sustentabilidade e respeito aos direitos sociais como forma de distribuir os benefícios oriundos da propriedade, mesmo que privada e individual.

Ocorre que, apesar de todos os ataques e questionamentos, a propriedade privada permanece inabalável no centro do mundo capitalista. Prova cristalina é a própria Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), que elevava a propriedade como direito humano fundamental ao lado de direitos como a vida, saúde e liberdade. Mas, afinal, a propriedade privada é um direito humano fundamental? Chegou o momento de se aproximar mais da temática proposta, para que ao fim se possa propor uma resposta para a intrigante pergunta.

A primeira questão a ser enfrentada seria: é a propriedade privada essencial ao homem? Se levarmos em conta os aspectos biológicos, a resposta é negativa. Diferente da vida ou da saúde, a propriedade privada não é uma qualidade intrínseca ao homem. O não-proprietário não perde sua natureza humana. Assim, observa-se que ser proprietário não é sequer uma qualidade natural do homem, cabendo à condição de titular da propriedade, inclusive aos sujeitos de direito não humanos, como as pessoas jurídicas.

A fundamentalidade ou essencialidade da propriedade está na economia, precisamente no seu objeto, isto é, na atividade econômica. Portanto, a propriedade é economicamente essencial ao ser humano. Atividade econômica é toda e qualquer atividade humana que promova a circulação de bens e serviços com o fito de atender uma necessidade humana. Por sua vez, o conjunto das relações econômicas e suas atividades em um grupo humano perfazem um sistema econômico. Quando este sistema é baseado na autonomia dos indivíduos de decidirem o que, para quem e como produzir com base em seus próprios recursos, está-se diante de um regime capitalista que se assenta primordialmente na livre iniciativa e na propriedade privada. Em forçosa síntese, esta é a realidade do mundo em que vivemos.

Destarte, a propriedade privada afeta a condição econômica humana e o modo capitalista de organização dos fatores de produção, restando, no máximo, duas opções aos indivíduos: a) a primeira seria utilizar os seus recursos para a tentativa de organização de uma atividade econômica, em que o indivíduo se torna um empreendedor; nesse aspecto, o empreendedor é o organizador dos fatores de produção, dentre eles o trabalho, tanto o seu como o de terceiros; b) a segunda consistiria em se colocar à disposição do mercado de trabalho para ofertar suas habilidades pessoais de forma autônoma ou a serviço de alguém

dentro de seu empreendimento; nesta hipótese, o indivíduo torna-se um fator de produção, que é o próprio trabalho -ora, sabendo-se que poucos têm recursos suficientes para a primeira opção, a grande maioria fica exclusivamente suscetível à segunda opção; obviamente, alguns mudam de opção ao longo de sua vida, mas, em geral, primordialmente no início de sua vida produtiva, a esmagadora maioria, não abastada por direitos hereditários de propriedade, acaba por trilhar o caminho dos empregos ou do trabalho.

Em qualquer das opções, a estrutura social para uma condição humana segura passa pela capacidade de obtenção de propriedade, por meio do sistema de repartição de rendas, não sendo ele nada igualitário. Portanto, sob a perspectiva desenvolvimentista, é por meio da propriedade privada que efetivamente se fundam as práticas sociais de garantia de um pleno alcance dos potenciais humanos. Usufruindo-se o que for possível de ser ofertado pelo Estado, utilizam-se suas reservas de recursos para prover os déficits segundo suas prioridades e possibilidades.

O exemplo capitalista brasileiro é claro na educação. Pode-se pagar a escola particular no ensino fundamental e médio, em face da má qualidade da escola pública, porém se recorre à universidade pública, que ainda supera as privadas no ensino superior. Nesse aspecto, a propriedade passa a ser direito humano fundamental ao desenvolvimento:

A relação íntima entre os direitos humanos – mormente os direitos econômicos e sociais – e o desenvolvimento não parece requerer maior esforço de demonstração, e se afigura em nossos dias como uma realidade inquestionável. A atenção crescente a esta questão tem sua razão de ser, dada a deterioração das condições de vida afetando em nossos dias dramaticamente segmentos cada vez mais vastos da população em distintas partes do mundo. [...] A injustiça perpetrada pelas graves disparidades nas *condições de vida* entre os seres humanos e entre os países levanta questões de direitos humanos; constata-se hoje um número considerável e alarmante de pessoas que vivem em condições de extrema vulnerabilidade em decorrência do fenômeno do empobrecimento geral, que parece estar se agravando desde o início da década de oitenta. (TRINDADE, 1999, p. 263-264)

Assim, optando-se pelo regime capitalista de organização econômica, é impossível a vida digna sem propriedade, já que o problema final é pautado na concentração de riquezas. No capitalismo, sem propriedade o ser humano está preso a um deserto sem oportunidades. Por isso, além de pensar no direito de propriedade privada, é fundamental debater um direito de acesso à propriedade privada. Portanto, a liberdade e a igualdade, ao menos materialmente, são direitos que dependem da propriedade privada em um sistema capitalista. Evidencia-se,

por consequência lógica, que o grande desafio econômico é a construção de um ambiente propício ao desenvolvimento com a maximização da distribuição de renda.

Ora, como não terá intromissão na vida humana se ela não é autossuficiente na obtenção dos bens que satisfazem sua necessidade? Um homem que depende do Estado para ter abrigo, para se alimentar, para se vestir, é um homem livre de coação? Observa-se que a não intromissão e a não coação só será possível com autonomia patrimonial, pois o homem que vive de esmolas há muito é coagido socialmente com a intromissão de terceiros dos quais depende em sua vida.

Mesmo na perspectiva de responsabilidade, a liberdade depende da propriedade. Hayek (2006, p. 106) afirma que:

[...]a liberdade não significa apenas que o indivíduo tem a oportunidade e a responsabilidade de escolha, mas também deve arcar com as consequências de suas ações e receber elogios ou críticas por elas. Liberdade e responsabilidade são inseparáveis [...]
(Tradução nossa)²⁰

Ora, como suportar as consequências de nossos atos? As responsabilidades civil e administrativa são de cunho essencialmente patrimonial. A penal, ainda que possa retirar o direito de locomoção do indivíduo, também utiliza penalidades pecuniárias, logo, fica evidente que o ser humano sem patrimônio, ou com poucos recursos, é muito mais vulnerável ao sistema de responsabilização legal, que o pressiona de forma mais contundente. Ademais, os sem recursos ficam à mercê da disponibilidade ou não dos serviços públicos. Seus desafios são imensos.

Nesse sentido, para o pobre, andar na linha da legalidade, antes de ser apenas um dever, é uma necessidade, pois as consequências econômicas de uma eventual sanção podem colocá-lo em situação de vulnerabilidade. Do mesmo modo, o rico, pelo acúmulo de riquezas de que é titular, sente-se mais livre, pois não sofre a mesma pressão do sistema de responsabilização patrimonial, já que é consciente de que é capaz de atendê-lo sem comprometer sua subsistência. Conclusão um tanto distinta é apontada pelo próprio Hayek (2011, p. 173-174) abaixo:

Nossa geração tem esquecido que o sistema de propriedade privada é a garantia mais importante de liberdade, não só para aqueles que possuem

²⁰ Texto original: “[...] la libertad no solo significa que el individuo tiene la oportunidad y responsabilidad de la elección, sino también que debe soportar las consecuencias de sus acciones y recibir alabanzas o censuras por ellas. La libertad y la responsabilidad son inseparables”.

bens, mas também, e só em menor medida, para aqueles que não os tem. Ninguém tem total poder sobre nós e, como indivíduos, podemos decidir o que fazemos a nós próprios, graças apenas ao domínio dos meios de produção está dividido entre muitas pessoas que agem de forma independente.(Tradução nossa)²¹

Hayek reconhece a propriedade como garantia da liberdade, mesmo para quem não a tem, acreditando ainda num individualismo exagerado, em que o homem sem posses poderia, por si só, encontrar um caminho de liberdade. Certamente, nesse ponto opera mal a defesa da propriedade feita por ele. No entanto, Hayek merece o devido crédito quando constata que, quanto mais o domínio dos meios de produção estiver dividido, mais segura é a liberdade geral.

Ademais, Hayek denomina a ordem espontânea de mercado de *catalaxia*, conforme Crespigny (1981, p. 51); algo próximo da “mão invisível” de Smith (1983, p. 379). Na *catalaxia* não há a ordem hierárquica de valores e, embora isso não garanta que o mais importante anteceda o menos importante, ela que permite a existência da sociedade livre com um regramento abstrato de proteção ao domínio de cada um: “O liberalismo é portanto inseparável da instituição da propriedade privada, que é o nome que geralmente damos à parte material desse domínio individual protegido.” (CRESPIGNY, 1981, 51).

Compartilha-se com Hayek a ideia da essencialidade da propriedade privada no liberalismo e em seu capitalismo econômico. Entretanto, é inaceitável o seu acentuado individualismo e dos seus entusiastas neoliberais, em que o indivíduo não proprietário seria capaz de ser livre pelos seus próprios esforços. Na verdade, aqui, nos parece surgir o papel central do Estado quanto à propriedade.

Desde o Estado Liberal, o papel estatal era defender o direito de propriedade, ou seja, defender os proprietários dos não proprietários. Logo, ao Estado cabe, também, garantir as condições mínimas de subsistência com dignidade para os indivíduos e criar mecanismos para que possam ser autossuficientes e ter acesso à propriedade. Esses instrumentos passam sem qualquer mistério pela educação dos indivíduos, preparando-os para mais e novas oportunidades de se firmarem no mercado.

O único atalho para o desenvolvimento humano pela via capitalista é a educação, pois dela advém a inovação e a competição entre os indivíduos e agentes econômicos no sistema

²¹ Texto original: “Nuestra generación ha olvidado que el sistema de la propiedad privada es la más importante garantía de libertad, no solo para quienes poseen propiedad, sino también, y apenas en menor grado, para quienes no la tienen. No hay quien tenga poder completo sobre nosotros, y, como individuos, podemos decidir, en lo que hace a nosotros mismos, gracias tan sólo a que el dominio de los medios de producción está dividido entre muchas personas que actúan independientemente”.

de concorrência: a disputa pela percepção de habilidades únicas. Ocorre que a habilidade só se torna única quando nova, pois logo que o reconhecimento de sua eficiência ocorre, há a reprodução ou imitação da mesma pelos demais partícipes do jogo concorrencial. Afinal, “O desenvolvimento, no sentido que lhe damos, é definido então pela realização de novas combinações.” (SCHUMPETER, 1997, p. 70)

Acredita-se que pela educação fomentadora da criatividade como aspecto intrínseco ao discernimento humano o homem pode alterar a sua realidade material e, dessa forma, adquirir o status de proprietário do mínimo para a manutenção de sua condição humana com dignidade.

2.4.4 Identificação do Discurso em prol da Propriedade para o Desenvolvimento

Observa-se que o discurso de legitimação da propriedade não tem como base a confissão de, à força, ser o seu fundamento, por mais que seja essa a sustentação de todo poder. Afinal, qual a razão de o Estado reivindicar o monopólio da força? A razão óbvia é a manutenção de seu próprio poder, e a sua submissão sempre é desconfortável, principalmente ao submetidos. No entanto, o desconforto pode ser sempre atenuado com a manipulação de um discurso mais facilmente audível e que fomenta menos resistência.

A construção de símbolos de atrelamento da propriedade com outros importantes direitos, também, enaltecidos como de caráter humano fundamental, tal qual a liberdade, a igualdade e a democracia, fazem parte desse processo de suavização do domínio pela força. O que se observa é que o argumento desse atrelamento se adéqua à doutrina dos direitos humanos que ressalta a sua indivisibilidade e interdependência.

Contudo, esta construção discursivo-simbólica é uma produção ocidental, que, da mesma forma que propagou o capitalismo liberal no mundo, tornando-o globalizado, busca impor valores éticos sociais construídos no limite das concessões negociadas sob o emblema de “universais”, como bem explicita Zakaria (2004, p. 17):

Para os ocidentais, a democracia significa "democracia liberal": um sistema político marcado não só pela eleição livre e justa, mas também pelo Estado de Direito, a separação de poderes, e a proteção das liberdades básicas de expressão, política, religião e propriedade. (Tradução nossa)²²

Tudo sustentado pelo Estado tal qual o conhecemos por meio do Direito, que consiste em seu instrumento de controle social. Veja-se que, mesmo sob a perspectiva marxista, se a

²² Texto original: “For people in West, democracy means 'liberal democracy': a political system marked not only by free and fair election but also by the rule of law, a separation of powers, and the protection of basic liberties of speech, assembly, religion, and property.”

vida é determinada pelas condições materiais do indivíduo, a abolição da propriedade privada se faz necessário para sua libertação da exploração pelo capital, e isso só ocorreria com a queda do próprio Estado. A esse respeito, Atienza (1983, p. 95 et seq.) afirma que:

[...] não é a consciência que determina a vida, mas a vida que determina a consciência. O que faz os indivíduos depende das condições materiais que determinam a produção, e são independentes da vontade daqueles. A divisão do trabalho - que Marx atribui importância decisiva - indica o grau de desenvolvimento das forças produtivas, e isso significa também propriedade [...];tratando-se dos proletários, pelo contrário, as suas próprias condições de vida, o trabalho, e com ele todas as condições da sociedade moderna, tornou-se para eles em algo fortuito sobre o qual o proletário não temo menor controle e não podia dar-lhes qualquer organização social [...]; a verdadeira liberdade, liberdade pessoal (que para Marx é um conceito positivo) significa que o máximo desenvolvimento do indivíduo (o fim da alienação) e requer, portanto, a abolição do trabalho e da propriedade privada e, em geral, as condições da velha sociedade burguesa, incluindo oDireito e o Estado.(Tradução nossa)²³

Há uma crítica socialista aos direitos humanos, principalmente, em relação à propriedade, dentro desta categoria. Os direitos humanos não passariam de um postulado vazio, legalista-formal, que prometendo a igualdade de direitos à posse, teria provocado extrema desigualdade (MESZÁROS, 2008, p. 159). A crítica socialista entende que há embaraço na teoria liberal por colocar a propriedade na base de todos os direitos humanos. Marx, por combatê-la, seria um inimigo dos direitos humanos. Sendo a propriedade inacessível à esmagadora maioria da humanidade, enquanto colocada como base suprema dos direitos humanos, ela “os despoja de qualquer conteúdo significativo e os transforma (...) em uma justificativa clamorosa da realidade cruel do poder, da hierarquia e do privilégio”:

O problema da crítica socialista é a não construção de uma alternativa. Pode-se afirmar que houve tentativas de construção da via socialista. Mas qual o resultado? Aos que tentaram a criação de um Estado socialista de base

²³ Texto original: “[...] no es la conciencia la que determina la vida, sino la vida que determina la conciencia. Lo que son hacen los individuos depende de las condiciones materiales que determinan la producción y que son independientes de la voluntad de aquéllos. La división del trabajo – a la que Marx atribuye una importancia decisiva – indica el grado de desarrollo de las fuerzas productivas, y en cuanto que significa también propiedad [...] tratándose de los proletarios, por el contrario, su propia condición de vida, el trabajo, y con ella todas las condiciones de existencia de la sociedad actual, se convirtieron para ellos en algo fortuito, sobre lo que cada proletario de por si no tenía el menor control y sobre lo que no podía darles tampoco el control ninguna organización social [...] La verdadera libertad, la libertad personal (que para Marx es un concepto positivo) significa el máximo desarrollo del individuo (el fin de la alienación) y exige, por lo tanto, la abolición del trabajo y de la propiedad privada y, en general, de las condiciones de existencia de la antigua sociedad burguesa, incluyendo el Derecho y el Estado”.

proprietária coletivista, acabaram por se deparar com as dificuldades de abastecimento da economia aliadas às questões políticas de formação de Estados não democráticos e com desigualdades ainda presentes na população. (MESZÁROS, 2008, p. 161)

Se o argumento de que outros direitos, como a igualdade, tomaram a base suprema dos direitos humanos. Nessas tentativas, o que a história testemunhou foi a asfixia de outros direitos humanos fundamentais, como a liberdade de expressão, de locomoção, de religião, entre outros. Por isso, o Estado socialista, que devia caminhar para extinção, na fase comunista, acabava por se hipertrofiar por um Direito absoluto de muita força que lhe dava sustentação. Assim, o caminho socialista pareceu longo, duvidoso e, por isso mesmo, pouco estimulante.

Outra crítica à alternativa socialista é o congelamento de seu historicismo em relação ao inimigo capitalista. O Estado liberal e seu capitalismo irrestrito ou selvagem propiciaram explorações humanas extremas, seja de gênero, etnia, idade ou qualquer outro fator de categorização humana. Contudo, não se pode crer e defender que, mais de dois séculos depois, ainda estaríamos na mesma condição capitalista. Como bem exposto por Popper, trata-se do paradoxo da liberdade:

A liberdade, como vimos, derrota a si mesma, se for ilimitada. Liberdade ilimitada significa que um forte é livre de agredir um fraco e roubar a liberdade deste. Eis a razão por que exigimos que o estado limite a liberdade a certa extensão, de modo que a liberdade de cada um seja protegida pela lei.” (1998, p. 131).

Esta lição vinda de um liberal é significativa, e denota que o liberalismo combatido por Marx já não representa o liberalismo de Popper, um século mais adiante.

Pode-se reconhecer que há modificações significativas comparando as fases do Estado liberal (Liberalismo irrestrito, o *Welfare State* e o Estado Neoliberal da atualidade). O tratamento da propriedade privada é uma amostra disso. Portanto, para além da saída socialista, a opção restante acaba por tentar transformar o capitalismo, continuamente, pelo seu viés democrático. Afinal, a democracia, por mais que imperfeita, ainda é mais efetiva nos Estados Democráticos de Direito, de formação liberal e capitalista, onde a democratização da propriedade privada é um objetivo a ser alcançado. Portanto, fala-se aqui do direito à propriedade, tornando-o uma questão central da própria cidadania como qualidade de participação efetiva nos destinos da comunidade a que pertence:

Só a pessoa que se sente membro de uma comunidade concreta, que propõe uma forma de vida determinada, só quem se saber reconhecido por uma comunidade desse tipo como um dos seus e adquire sua própria identidade como um membro dela pode sentir-se motivado a se integrar ativamente nela.[...] Parece, pois, que a racionalidade da justiça e o sentimento de pertença a uma comunidade concreta têm de andar juntos, se desejamos assegurar cidadãos plenos e, ao mesmo tempo, uma democracia sustentável. (CORTINA, 2005, p. 26-27)

Por isso, o direito “à propriedade” e não “de propriedade” é o campo de batalha em que a esfera dos direitos humanos *lato sensu* pode formar trincheira em busca de uma propriedade cidadã por meio de uma função social efetiva. Afinal, no mundo atual, só é cidadão quem consome, e não há consumo sem os recursos financeiros que o permita. O acesso à propriedade é, também, o ingresso na comunidade capitalista consumista, tornando-se partícipe da sua vida social:

A privação fundamental dos direitos humanos manifesta-se, primeiro e acima de tudo, na privação de um lugar no mundo que torne a opinião significativa e a ação eficaz. Algo mais fundamental do que a liberdade e a justiça, que são os direitos do cidadão, está em jogo quando deixa de ser natural que um homem pertença à comunidade em que nasceu, e quando o não pertencer a ela não é um ato de livre escolha, ou quando está numa situação em que, a não ser que cometa um crime, receberá um tratamento independente do que ele faça ou deixe de fazer. Esse extremo, e nada mais, é a situação dos que são privados dos seus direitos humanos. São privados não do seu direito à liberdade, mas do direito à ação; não do direito de pensarem o que quiserem, mas do direito de opinarem. (ARENDT, 1989, p. 330)

Com efeito, uma releitura da propriedade privada no regime capitalista não passa pela sua negação, mas pela sua transformação na essência de sua função social, buscando-se, dessa forma, a ampliação da contrapartida da propriedade privada até que se permita um cenário social de acessibilidade a ela mesma. Há possibilidades, ainda não exploradas, em que a função social da propriedade pode ser ampliada e fortalecida, bastando o esforço de identificá-la e implantá-la, de acordo com as necessidades existentes para sua efetividade. Talvez a ideia aqui exposta sofra a crítica utópica. Mas, essa é uma crítica comum e necessária ao ambiente da doutrina dos direitos humanos:

Na medida em que os direitos humanos começam a distanciar-se de seus propósitos dissidentes e revolucionários iniciais, na medida em que seu fim acaba obscurecido em meio a mais e mais declarações, tratados e almoços diplomáticos, podemos estar inaugurando a época do fim dos direitos humanos e do triunfo da uma humanidade monolítica. [...] O fim dos direitos humanos, assim como o fim do Direito Natural, é a promessa do “ainda não”,

da indeterminação da autocriação existência diante do medo da incerteza e das certezas inautênticas do presente. Quando as apologistas do pragmatismo proclamam o fim da ideologia, da história ou da utopia, eles não assinalam o triunfo dos direitos humanos; ao contrário, eles colocam um fim dos direitos humanos. O fim dos direitos humanos chega quando eles perdem o seu fim utópico. (DOUZINAS, 2009, p. 384)

Desafia-se: Mas o que é a propriedade privada dentro da teoria dos direitos humanos? Seria direito humano fundamental? Ou direito fundamental, mas não pertencentes aos direitos humanos? Ou será que não consiste nem direito humano, nem fundamental?

A propriedade privada, dentro da teoria dos direitos humanos, pode ser vista por dois ângulos, de acordo com as acepções propostas para os direitos humanos no presente trabalho. Sob a ótica dos *direitos humanos stricto sensu* – direitos positivados ou reconhecidos como direitos fundamentais nos ordenamentos jurídicos postos – o direito de propriedade privada é direito humano fundamental. A resposta negativa de que a propriedade privada não seria um direito humano fundamental, podendo existir vida digna sem propriedade individual, passaria por negar a existência do Estado capitalista como modelo atual no qual estamos inseridos.

Como se evidencia, qualquer resposta nesse sentido redundaria contraditória ou conflituosa em relação ao Direito, posto que seria, em verdade, discurso de resistência ao sistema capitalista. Configuraria, assim, pretensão de um discurso ético social de moral coletivista e, portanto, afeito à acepção seguinte. Pelas razões expostas, conclui-se que a propriedade só é fundamental economicamente ao Estado que, dentre suas escolhas, elege o capitalismo como regime econômico, mas é esta, justamente, a opção dos Estados na ordem mundial atual.

Por sua vez, sob a ótica dos *direitos humanos lato sensu* – os direitos humanos não são direitos, mas valores éticos sociais que dão sustentação discursiva às pretensões políticas e jurídicas de grupos sociais que se julgam vulneráveis socialmente – o direito de propriedade privada não é necessariamente direito humano fundamental.

Para muitos, está justamente no excesso de concentração da propriedade privada, a origem dos males da desigualdade social. Entretanto, entendendo-se neste ensaio que a luta dos direitos humanos deva ser travada dentro do Estado capitalista, a propriedade privada deve ser respeitada. Porém, a estratégia reivindicatória de direitos desta segunda acepção deve se concentrar nas ações políticas com base na função social da propriedade.

A ênfase sairia do direito “de propriedade” já reconhecido e protegido para o direito “à propriedade”; ou seja, para a ampliação do acesso à propriedade e a responsabilização efetiva do seu uso com fins particulares. Aqui, baseando-se no viés desenvolvimentista da

propriedade, acredita-se que, pela educação fomentadora da criatividade e da inovação próprias do discernimento humano, pode-se alterar a realidade material da sociedade, provocando uma revolução empreendedora.

Esta é a utopia (DOUZINAS, 2009, p. 384) que se alimenta ao fim da análise proposta: o desenvolvimento pela liberdade, a libertação pela propriedade privada, a propriedade privada pela educação e para uma função social. Se esta tarefa utópica não estiver à altura dos direitos humanos, a quem se socorrerão os não proprietários? A aceitação passiva da realidade não parece ser um caminho de efetiva mudança. De outro norte, a revolução dos oprimidos, também, não se apresenta como a saída viável com um final melhor, além de forte suspeita de resultar em um remédio mais danoso que a própria patologia.

Finalmente, conclui-se que a propriedade privada pode ganhar novos contornos através de sua função social, e a questão da sustentabilidade já demonstrou esta possibilidade. Por isso, em relação aos direitos humanos *lato sensu*, há muito a ser feito. Faz-se necessário o desenvolvimento de outros aspectos desta função social, que acabem por gerar uma nova realidade social com maior acessibilidade à propriedade privada.

Eis o caminho a ser trilhado: a construção de uma nova função social da propriedade ou uma releitura ampliadora da funcionalidade social da propriedade. O modo de se realizar essa tarefa e exemplos concretos de como fazê-la é desafio para outras oportunidades que vão além do que se limitou como objeto deste estudo. A propriedade privada pode se tornar algo acessível àqueles que se proponham a se sacrificar em caminho de formação inovadora por meio da educação e de outros direitos mínimos, cuja efetividade o estado deveria prover, garantindo a dignidade humana e o desenvolvimento do indivíduo. Ao fim, o que se almeja é uma função social da propriedade cada vez mais ampla e efetiva em prol do acesso à propriedade. No Capítulo IV, a função social da propriedade servirá de fundamento da Catividade Marcária que instrumentaliza uma nova funcionalidade social da propriedade das marcas.

2.5 DO ESTADO DE DIREITO CAPITALISTA

O Estado sempre despertou grande interesse de estudo. Este fenômeno de organização político-social consolidado em um sistema normativo institucionalizado é um desafio a qualquer examinador que se proponha analisá-lo. Partindo-se da premissa de tratar a temática

objetivamente, não se propõe aqui qualquer estudo histórico evolutivo acerca do Estado. O recorte inicial parte já da noção de Estado de direito.

A noção básica de estado de direito é a ideia de um Estado – visto como organização política – que tem sua atuação ou capacidade de agir sob a égide da legalidade: apoia-se naquilo que o direito declara como permitido. Daí a necessidade e, portanto, a centralidade da ordem jurídica na estruturação do Estado de direito. O Estado necessita da composição de um sistema normativo pré-definido que indique seus limites, por meio da definição não só do que pode e o que não pode ser feito, mas quais os atores a quem se atribuem as devidas capacidades jurídicas e competências legislativas.

O constitucionalismo é, para Canotilho (1999, p. 47), “[...] a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado, indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade”. Como ideologia propagadora de um Estado limitado pela lei (CANOTILHO, 1999, p. 47), exerceu, e exerce, no Brasil, forte influência sobre a nossa acepção de Estado de direito. Por isso, na noção de Estado de Direito, é, muitas vezes, posto como um Estado constitucional. Sem dúvida, a limitação do Estado é desejada em prol das chamadas liberdades políticas e civis dos cidadãos. Obviamente, nesse aspecto, o constitucionalismo passa a se preocupar claramente em defender os direitos liberais e a propriedade. Canotilho coloca, justamente, na defesa da propriedade e dos direitos liberais o que chama de “essência do constitucionalismo”. Conforme afirma: “A segurança da propriedade e dos direitos liberais representaria neste contexto a essência do constitucionalismo.” (1999, p. 95).

Houve nítida influência do liberalismo na doutrina do constitucionalismo e de seu Estado de direito. O Estado de direito se consolida como um Estado negativo, que disciplinado à sombra da legalidade, é moldado para a não invasão das searas sacras do individualismo liberal. Surge, portanto, um Estado negativo cujo maior fim não é próprio, mas de permitir que as pessoas possam livremente escolher e buscar realizar seus fins individuais. A liberdade individual se torna o grande fim do Estado Liberal. A própria ideia contratualista de Estado, fundamentalmente, reforça a liberdade individual, pois os homens livremente haveriam desejado a sua formação (MONCADA, 1988, pp. 20-23).

Dessa forma, como foi examinada anteriormente, a liberdade, desde a sua perspectiva mais geral até o seu prisma econômico ou a livre iniciativa, deve servir ao desenvolvimento humano. A possibilidade de agir na seara econômica de acordo com desígnios autônomos é

um dos pilares do Estado de Direito Capitalista.²⁴ Essa autonomia vai desde a possibilidade de escolha de uma profissão, a busca de qualificação pessoal, a liberdade de emprego até o livre ingresso nas carreiras públicas por concursos, que permitam tratamento isonômico aos candidatos.

O segundo grande pilar do Estado de Direito Capitalista é a propriedade privada. Afinal, a partir da aceitação da ideia da coisa exclusiva ou própria, surge a autonomia de agir sob a perspectiva patrimonial. Associando-se à livre iniciativa, pode-se entender que, sem um patrimônio próprio, que possa chamar de seu, o ser humano não tem como iniciar uma atividade econômica própria. Portanto, a propriedade privada permite a liberdade de ação econômica ou livre iniciativa.

Como já exposto, o desenvolvimento deve ser auferido pela liberdade que proporciona às pessoas. Por sua vez, a libertação humana, no sistema capitalista, perpassa obrigatoriamente pelo acesso à propriedade privada e, por isso, a relevância dos contornos da função social da propriedade na busca de sustentabilidade e harmonização, além de suporte às vulnerabilidades.

2.6 ESTADO DE DIREITO CAPITALISTA BRASILEIRO: UM CAPITALISMO DE ESTADO ?

Até poucas décadas atrás, o mundo vivia em plena guerra fria, que era caracterizada por uma corrida armamentista nuclear e de forte viés ideológico. De um lado os Estados Unidos da América liderava o bloco de países denominados “capitalistas”, que se opunham aos países “socialistas”, que, por sua vez, eram liderados pela União das Repúblicas Socialistas Soviéticas. Essa disputa ideológica ia muito além de mero discurso ou propagandas: passava por suportes regionais aos aliados, muitos dos quais eram ditadores sanguinários ou golpes militares. O foco capitalista era a manutenção de um sistema de livre mercado, ao passo que o foco socialista significava a ampliação da rede socialista de apoiadores à ideia de uma planificação econômica forte, sendo o Estado o grande detentor dos meios de produção.

²⁴ Malard identifica que “O sistema capitalista se sustenta sobre dois pilares: a propriedade privada e a livre iniciativa. O Estado, com a revolução burguesa, assume o papel de protetor desse sistema, que se desenvolve a partir da consagração da liberdade de apropriação de bens e dos meios de produção, liberdade que se mantém intangível até o princípio deste século, quando se pôs em questionamento a necessidade do bem-estar coletivo.” (MALARD, 1996, p.57)

Desde a Revolução Russa de 1917, o mundo capitalista vinha empreendendo esforços em busca de uma revitalização. Suas crises, com destaque para a Grande Depressão, e as convulsões sociais inflamadas pelos movimentos trabalhistas e seus ideais socialistas, forçou uma renovação no pensamento liberal. Talvez o maior símbolo desse novo capitalismo seja as ideias de pleno emprego e o intervencionismo econômico de Keynes, que transformou a forma de se pensar economicamente o mercado, que tinha uma sanha devastadora e, por isso, deveria ser controlado²⁵.

Contudo, um gradual processo de degeneração econômica provocou uma convulsão política no bloco socialista da URSS. A partir da *perestroika* e da *glasnost*, o grupo socialista foi se desfazendo, sendo um marco histórico a queda do muro de Berlim. Permitiu-se, assim, a reunificação da Alemanha, que desde a Segunda Guerra Mundial tinha sido dividida: lado ocidental pertencendo ao bloco capitalista dos EUA; e o oriental, seguindo a planificação econômica típica do bloco socialista.

Desde a desintegração do mundo socialista, a polarização “capitalistas versus socialistas” perdeu seu fundamento, pois os países que pertenciam a esse último grupo foram se readequando aos postulados capitalistas da economia de mercado. A propriedade privada foi reintroduzida como pilar econômico e a livre iniciativa readmitida, sem a anterior planificação econômica²⁶. Obviamente, esse fenômeno de retorno aos postulados capitalistas não foi linear. Cada país, dentro de sua realidade, conduziu e deu feições próprias ao processo de reintrodução de sua economia ao sistema capitalista.

Diante da supremacia capitalista global, houve a oportunidade de se promover uma releitura nas possíveis classificações dos países quanto aos seus sistemas econômicos. Contudo, parece natural que qualquer releitura, nesse sentido, tenha necessariamente que transitar entre categorias de gradação dentro do capitalismo. Talvez essa tentativa, ao menos para fins didáticos, pareça útil ao desenvolvimento deste estudo, para que possamos perceber

²⁵ Nas palavras de Alves, “Ao analisar a crise de 29, a Grande Depressão e o New Deal, Keynes passou a defender uma renovação do liberalismo econômico [...] a intervenção estatal da economia, não continua, mas apenas pontual para garantir o pleno emprego, incentivando a economia através de intervenções pontuais como as do New Deal[...] Keynes defendeu estatização dos meios de produção ou uma estatização branda. Ele apenas defendeu uma espécie de altruísmo vindo do Estado que se contraporia ao egoísmo próprio do livre mercado, ao “espírito animal” dos empresários, como ele chamou esse egoísmo natural.” (2011, p. 142-143).

²⁶ Nicz entende que “A liberdade de iniciativa constitui o elemento primordial de todo o regime capitalista, sobretudo na atribuição e garantia de ambiente próprio à ação individual nos negócios e nas realizações econômicas. Sua abolição total seria a implantação drástica do socialismo”. (1981, p. 105)

a plausibilidade de aceitação da tese da Catividade Marcária em um sistema capitalista, no caso, especificamente no Brasil.

A questão acerca de qual o tipo de capitalismo existente no Brasil pode gerar discussões amplas e que fogem ao propósito do presente trabalho. No entanto, internamente, no debate nacional, apesar da tão propalada vertente neoliberal no Estado brasileiro, não se pode entender que não existe forte influência dos princípios jurídicos e econômicos do Estado social, que, inclusive, são facilmente percebidos no cenário internacional. Dessa forma, opta-se para os fins propostos neste trabalho por adotar a classificação exposta por Ian Bremmer.

Em sua proposta, Bremmer (2010, p. 43) enquadra os países em dois extremos capitalistas: o capitalismo de estado à esquerda e o capitalismo de mercado à direita, bem como admite a ideia de que há uma alteração de movimento para qualquer dos lados, com o tempo (tradução nossa)²⁷. Percebe-se que o autor defende uma proposta que, embora imersa no universo capitalista, apóia-se na velha tradição de se considerar os pensamentos liberais à direita, e os que defendem a estatização na seara econômica (“socialistas”) à esquerda. Alerta, ainda, que ambos os extremos são hipotéticos. O extremo esquerdo nunca existiu, pois qualquer regime econômico, por mais estatizado e controlado, não elimina os mercados negros supridores de certas demandas internas. Da mesma forma, o extremo direito seria um capitalismo anárquico ou um liberalismo utópico.²⁸ (BREMNER, 2010, pp. 43-44) (Tradução nossa)

Bremmer (2010, p. 48) também examina que, na realidade, hoje, embora se testemunhe uma hegemonia capitalista, trata-se de um capitalismo regulador com intervenção econômica do estado, principalmente em momentos de crise. As diferenças estão na essência do papel do Estado nessa intervenção. Assim, entende que existem duas diferenças fundamentais entre os países capitalistas de mercado e os capitalistas de estado: a natureza da intervenção e os fins do mercado. (Tradução nossa)²⁹

²⁷ Texto original: “Every country on Earth features both direct government involvement in regulating economic activity and some market exchange that exists beyond the state’s reach. No country’s economy is either purely state capitalist or purely free-market driven, and the degree of government intervention within each country fluctuates over time.”

²⁸ Texto original: “On the far left is utopian communism, with absolutely no free-market activity. [...] This extreme has never existed, because even in the most tightly controlled state, black markets generate supply to meet demand. On the far right is utopian libertarianism, which some call anarcho-capitalism. At this extreme, there is no government – and no other authority that can manage, regulate or interfere in any way with the operation of markets.”

²⁹ Texto original: “All free-market countries have elements of state intervention, particularly during an economic downturn. But free marketers and state capitalists have very different core beliefs about the relationship between the individual and the state – and the role of government in an economy. In the United States, Europe, Japan, Canada, Australia, and many other like-minded countries, large-

Para o capitalismo de mercado, a intervenção é pontual, seja para readequar forças de mercado, seja para superar uma recessão, um mecanismo de salvação do mercado, e não para sua destruição ou impedi-lo de se realizar. Por sua vez, no capitalismo de estado, a intervenção é permanente, uma estratégia de longo período. Quanto aos fins do mercado, o capitalismo de mercado protege a possibilidade de oportunidade individual (individualismo), enquanto o capitalismo de estado se utiliza do mercado para fins nacionais ou de um grupo dominante, mesmo que isso signifique restrição na atuação individual. (BREMNER, 2010, p. 52) (Tradução nossa)³⁰

Bremner(2010, p. 53) entende que a experiência amarga com a planificação econômica, durante a época socialista, teria ensinado que o governo estatal é ineficiente para suprir todas as demandas que um mercado manifesta e agregar valor de forma eficiente (Tradução nossa)³¹. Dessa forma, o retorno do bloco socialista ao capitalismo teria sido uma necessidade econômica, mas sem, contudo, partilhar os valores fundamentais do individualismo libertário. A concessão, no âmbito dos países capitalistas de estado, ocorreria apenas numa livre iniciativa moderada: quanto a liberdade para fins econômicos, mas sem o mesmo compromisso com as liberdades civis e, principalmente, políticas.

Mas, será que o chamado capitalismo de estado estaria restrito aos países ex-partícipes do bloco socialista? A resposta é negativa. Os ditos países em desenvolvimento, marcados por séculos de colonialismo e exploração econômica - ou, na lição de Wallerstein, os países semiperiféricos do sistema-mundo³² -, também têm optado pelo modelo de capitalismo de estado. A opção por esse modelo corresponde ao acesso às suas quatro ferramentas mais comuns: as companhias petrolíferas e as de gás nacionais, outras importantes empresas estatais, as campeãs nacionais privadas e os *sovereignwealthfunds* (fundos soberanos).

scale state intervention during the financial crisis was designed (intelligently or not) to save the free market, not to bury it.”

³⁰ Texto original: “There are two fundamental differences between free-market and state capitalism. First, policy makers don’t embrace state capitalism as a temporary series of steps meant to rebuild a shattered economy or to jump-start an economy out of recession. It’s a strategic long-term policy choice. Second, state capitalists see markets primarily as a tool that serves national interests, or at least of ruling elites, rather than as an engine of opportunity for the individual. State capitalists use markets to extend their own political and economic leverage – both within society and on the international state. State capitalism is not an ideology. It’s not simply communism by another name or an updated form of central planning. It embraces capitalism, but for its own purposes.”

³¹ Texto original: “Those who practice state capitalism know, often bitter personal experience, that command economies are bound to fail eventually, because governments can never direct supplies of scarce resources and attach values to goods and services as efficiently.”

³² Wallerstein explica que “um sistema-mundo é um sistema social, que tem limites, estruturas, grupos de membros, regras de legitimação e coerência. A sua vida é formada por forças em conflito que o mantém unido pela tensão e o separa na forma como cada grupo procura, eternamente, para remodelá-lo a seu favor.” (1976, p. 229etseq)

(BREMNER, 2010, p. 54 et seq.) Para Bremner (2010, p. 54), um país que utiliza as quatro ferramentas tende a estar em um sistema econômico de capitalismo de estado.

Examinando-se a adequação brasileira ao modelo de capitalismo de estado e suas quatro ferramentas de Bremner, tem-se uma adequação possível:

- a) Companhias petrolíferas e de gás nacional: o petróleo e o gás são as fontes energéticas mais importantes do mundo, pois os combustíveis que originam impulsionam o desenvolvimento global nos últimos quase 100 (cem) anos. Nesse aspecto, o Brasil está, ou deveria estar, confortável. Há décadas foi criada a Petrobras³³, a maior empresa Brasileira, considerando tanto as estatais quanto as privadas³⁴;
- b) Outras importantes empresas estatais: na realidade brasileira temos centenas de empresas estatais³⁵. Entre as mais importantes podemos citar a ECT, Sabaesp, Cemig Distribuição, Eletrobras Furnas, Refap, Itaipu Binacional, Copel, Chesf, Transpetro e Eletronorte;
- c) Campeãs nacionais privadas: sendo esta categoria pouco usual, cabe uma pequena explicação. As campeãs nacionais privadas são empresas que ficam nas mãos do capital privado, porém contam com forte apoio do Estado para desenvolver uma posição de liderança ou monopolista na economia doméstica e ampliar sua competitividade em seu mercado internacional, fomentando a exportação³⁶.

³³ A Petrobras foi fundada no dia 3 de outubro de 1953, como a petrolífera estatal monopolista. Nas palavras do então presidente Getúlio Vargas: "É, portanto, com satisfação e orgulho patriótico que hoje sancionei o texto de lei aprovado pelo poder legislativo, que constitui novo marco da nossa independência econômica" (PETROBRÁS, 2015).

³⁴ A segunda do ranking em 2013, também era outra estatal vinculada ao setor energético e de combustíveis a BR distribuidora. (REVISTA EXAME, 2013)

³⁵ De acordo com o levantamento, existem hoje no país pelo menos 675 empresas de todos os setores com algum tipo de participação ou influência do governo federal. São participações diretas ou indiretas do Tesouro, dos bancos e das empresas estatais ou dos fundos de pensão (entidades híbridas, inegavelmente na órbita do governo). Dessas, o governo controla 276, se somarmos todos os tipos de participação. Levando em conta apenas as 628 empresas não financeiras, o faturamento soma R\$ 1,06 trilhão - algo como 30% do nosso Produto Interno Bruto (PIB) ou 2,5 vezes as vendas dos 50 maiores grupos privados nacionais. Nas 247 empresas não financeiras controladas pelo governo, as vendas somam R\$ 468,5 bilhões, ou 13% do PIB. E o valor de mercado das 99 empresas cujas ações são negociadas na BM&FBovespa totaliza R\$ 1,7 trilhão, ou 71% do valor de mercado das empresas na Bolsa. (REVISTA ÉPOCA, 2015)

³⁶ Na definição de Bremner (2010, p. 67): "Campeões nacionais são empresas que permanecem em mãos privadas (embora os governantes às vezes sejam sócios minoritários), mas contam com o apoio

Diferenciam-se das demais empresas privadas justamente por este forte apoio estatal que cria menos entraves políticos e econômicos. (BREMNER, 2010, p. 68) Adentrando no contexto brasileiro, a Vale é um perfeito exemplo de uma campeã nacional privada.³⁷ A sua própria origem estatal demonstra apenas que migrou de uma categoria para outra, ou seja, de empresa estatal para campeã nacional privada. Migração à época justificada pela necessidade de ampliação de seus investimentos e maior eficiência de gestão, o que a fez ingressar no programa brasileiro de privatizações da década de 90 do século passado;

- d) *Sovereignwealthfunds*(SWFs) – fundos soberanos: são fundos que servem à política econômica de um país, principalmente, na reserva monetária e financiamento de investimentos de interesse dos governos. A Lei nº 11.887, de 24 de dezembro de 2008, criou o fundo soberano do Brasil³⁸. Os recursos do FSB provem do Tesouro Nacional, ações de sociedade de economia mista federal excedentes ao necessário para manutenção de seu controle pela União ou outros direitos com valor patrimonial, resultados de aplicações financeiras à sua conta e títulos da dívida pública mobiliária federal. Podendo ainda a União emitir, a valor de mercado, sob a forma de colocação direta em favor do FSB, títulos da Dívida Pública Mobiliária Federal (Art. 4º^{caput} e §2º, da Lei nº 11.887/2008). Finalmente, dispõe o Art5º da Lei nº 11.887/2008, da legislação que os resgates do

agressivo do Estado para desenvolver uma posição dominante em uma economia doméstica e seus mercados de exportação. Texto original: “National champions are companies that remain in private hands (though governments sometimes hold a large minority stake) but rely on aggressive support from the state to develop a commanding position in a domestic economy and its export markets.”

³⁷ O próprio Bremner utiliza a Vale como grande exemplo de “campeã nacional privada” em sua obra e narra o episódio, ocorrido em 2009 durante a grave crise internacional, entre a Vale e o governo federal brasileiro. O governo pressionava a Vale para que amplie seus investimentos no Brasil, como forma de aquecer a economia interna e fortalecer contra a crise internacional. Contudo, a Vale acabou cortando gastos e demitindo funcionários para proteger seus lucros. O autor relata que o governo poderia forçar a aceitação da Vale ao que queria, por meio de pressão fiscal e regulatória. (BREMNER, 2010, pp. 66-67).Bremner ainda cita a Vale como exemplo de sucesso na expansão de mercados, inclusive nos países desenvolvidos: “Alguns campeões nacionais, baseados no mercado emergentes, têm a sua influência internacional ampliada através da compra de empresas baseadas em países desenvolvidos. [...] A Vale mostrou como se tornar a segunda maior empresa de mineração do mundo. Texto original: “Some emerging market-based national champions have expanded their international clout by buying up companies based in developed countries. (...) Vale has now become the world’s second-largest mining company.” (BREMNER, 2010, p. 69).

³⁸ O Fundo Soberano do Brasil (FSB), segundo o Art. 1º, da Lei nº 11.887/2008, é um: fundo especial de natureza contábil e financeira, vinculado ao Ministério da Fazenda, com as finalidades de promover investimentos em ativos no Brasil e no exterior, formar poupança pública, mitigar os efeitos dos ciclos econômicos e fomentar projetos de interesse estratégico do País localizados no exterior. (BRASIL, FSB, 2013)

FSB “atenderão exclusivamente o objetivo de mitigar os efeitos dos ciclos econômicos e serão destinados conforme disposto na lei orçamentária anual.” (BRASIL, FSB, 2013)

Após o exame de adequação da realidade brasileira ao modelo de Bremmer, a conclusão evidente caminha no sentido de plena adequação. O Brasil vive uma fase de capitalismo de estado. Poder-se-ia perguntar quais os fins governamentais que suportam a ideia do capitalismo de estado brasileiro. A resposta se encontra no texto constitucional. A Constituição Federal de 1988, em seu art. 3º, elenca os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (BRASIL, CF, 2016)

Assim, qualquer regulação da atividade econômica deve corresponder a algum dos fins postos em nossa lei maior, sob pena de não ser validada constitucionalmente. A presente tese, como se demonstrará adiante, espera encontrar lugar no campo da constitucionalidade, bem como fundamentos legais infraconstitucionais que lhe permitam aceitação e lhe garantam aplicabilidade jurídica efetiva para além do universo teórico.

Tratada a noção do Estado de Direito Capitalista, inclusive com o posicionamento do Brasil em seu contexto, e quais os seus fins ou objetivos, resta a exposição de algumas conclusões relativas a esse capítulo.

2.7 CONCLUSÕES RELATIVAS AO PRIMEIRO CAPÍTULO

A tese da “Catividade Marcária” provoca uma realocação da marca na teoria e prática jurídica. Esse reposicionamento exige o exame de questões fundamentais que permitam sua validação no sistema jurídico, inclusive quanto às suas categorias econômicas. Foi necessária a exposição da teoria do desenvolvimento e dos direitos humanos, mesmo sob uma perspectiva crítica. O desenvolvimento como conceito qualitativo plural embasa, ao menos, duas categorias amplas e complementares: o DdD e o DaD. Nos capítulos seguintes, a marca

será posicionada nesse contexto, inclusive acerca de qual a possível relevância da “Catividade Marcária” para os direitos humanos.

Ademais, ao se defender que o Brasil vive um estado de direito capitalista, foram examinados seus dois alicerces fundamentais sob a perspectiva econômica: a propriedade privada (socializada por sua função social) e a livre iniciativa com livre concorrência (regulada por meio da intervenção estatal, inclusive direta, em alguns setores). Acredita-se que se atingiu o objetivo de identificar e delimitar os fundamentos da “Catividade Marcária” no texto constitucional, principalmente por meio do tripé: desenvolvimento, liberdade e propriedade.

Observou-se a plena adequação brasileira ao modelo de capitalismo de estado, tendo seus fins governamentais na Constituição Federal de 1988, em seu art. 3º. Entre eles, o desenvolvimento nacional, o que coaduna com o caminho trilhado no presente estudo de viés desenvolvimentista.

A liberdade, como direito humano fundamental de eleição autônoma das oportunidades de desenvolvimento, ganha força no campo econômico. A liberdade econômica, ou livre iniciativa, compõe a dignidade humana, cujas limitações legais devem ser justificadas no interesse social -justamente o mesmo que deve aprimorar continuamente a propriedade e suas funcionalidades.

A condição humana é determinada pela capacidade de obtenção de propriedade por meio do sistema de repartição de rendas, sendo que ele não é nada igualitário. A transformação do capitalismo, sua humanização, passa pelo viés democrático que se inicia na perspectiva política, mas que deve atingir a perspectiva civil patrimonial (propriedade privada). O direito de propriedade privada, sob a ótica dos *direitos humanos stricto sensu* é direito humano fundamental. O desafio atual dos direitos humanos, dentro do Estado capitalista, é resguardar a propriedade privada, mas ampliar as ações políticas com base na sua função social. O respeito ao direito “de propriedade”, já reconhecido e protegido, além do esforço pela sua democratização, no sentido de se garantir o direito “à propriedade”, é uma amostra cristalina da necessária releitura desse alicerce fundamental do capitalismo. Ampliar o acesso à propriedade e a responsabilização efetiva do seu uso com fins particulares é o desafio real. Embora, diante dos limites deste trabalho, não seja o objeto central, desde já, a educação passa a ser elemento central do prisma desenvolvimentista da propriedade. Empreendedorismo, inovação e qualificação são ideias que dependem da educação.

Entende-se que a “Catividade Marcária” auxiliará na construção de uma nova função social da propriedade para as marcas. É, nesse sentido, que se espera demonstrar nas linhas vindouras. Mas, primeiramente, no segundo capítulo, será estudado o atual regime jurídico

das marcas. Em seguida, traz-se a ideia de catividade marcária e depois o exame da responsabilidade civil e a relação entre ambas. Que se continue no desafio proposto, *alea jacta est*.

III A MARCA COMO FAROL DO MERCADO GLOBAL

3.1 Propriedade Intelectual: o direito da criatividade. 3.2 Sistema de proteção da Propriedade Industrial como base jurídica fundamental para a globalização econômica. 3.3 Direito Marcário. 3.3.1 Conceito de marca. 3.3.2 Das espécies de marcas. 3.3.3 O regime jurídico das marcas no Brasil: os Princípios norteadores do Direito Marcário. 3.3.3.1 Princípio do desenvolvimento econômico e tecnológico. 3.3.3.2 Princípio do interesse social ou função social da marca. 3.3.3.3 Princípio da Territorialidade. 3.3.3.4 Princípio da anterioridade. 3.3.3.5 Princípio da originalidade, disponibilidade ou novidade. 3.3.3.6 Princípio da Especialidade. 3.3.3.7 Princípio da Publicidade. 3.3.3.8 Princípio da Reciprocidade ou do tratamento nacional. 3.3.3.9 Princípio da Prioridade. 3.3.3.10 Princípio da exclusividade (erga omnes). 3.3.3.11 Princípio da efetiva exploração (Caducidade). 3.3.4 O procedimento de registro de marca. 3.3.5 Dos direitos marcário advindos do registro competente. 3.4 A função social das marcas. 3.4.1 Função informativa ou identitária. 3.4.2 Função distintiva. 3.4.3 Função divulgadora. 3.4.4 Função da lealdade concorrencial. 3.5. Conclusões relativas ao segundo capítulo.

3.1 PROPRIEDADE INTELECTUAL: O DIREITO DA CRIATIVIDADE

A organização econômica humana, impulsionada por necessidades crescentes de expansão, criou os mercados: espaços voltados às relações de troca de bens. Na disputa empresarial pelos espaços mercadológicos, haja vista a acirrada competição existente entre os seus partícipes, busca-se a atenção do mercado consumidor. A disputa pelas escolhas dos adquirentes provoca a necessidade de diferenciação dos ofertantes. Portanto, os agentes econômicos – atualmente denominados genericamente de empresários – passaram a se esforçar na criação de novas técnicas, sejam elas de produção, oferta ou mesmo de relacionamento com o mercado.

Diante de uma concorrência crescente, qualquer afastamento do ordinário ou comum, em termos de produto ou serviço, pode representar a exata medida da distância entre o sucesso e o fracasso. A conquista de adquirentes de produtos ou contratantes tomadores de serviços é a incansável sina dos agentes econômicos. A concorrência se inicia com os empresários na busca de se fazer perceber no mercado. Justamente, essa percepção ocorre de forma mais eficiente quando há uma diferenciação da oferta. Fazer-se notar é a primeira etapa. Necessita-se da atenção para si de seus consumidores ou destinatários, para que possam constituir uma opção de escolha, entre tantas outras que se apresentam.

Essa busca por atenção, fez do *marketing* um dos conceitos fundamentais do ambiente empresarial, que consolidou um fenômeno publicitário. O marketing³⁹ ganha espaço relevante nesse processo de organização da oferta. Transforma-se em fator influenciador de mercado. Sua capacidade de persuasão ao consumo vem de um cristalino caráter multidisciplinar, pois busca fundamentos nas disciplinas sociais e psicológicas, e utiliza as ciências exatas como instrumento, principalmente a estatística. Não por acaso, o marketing possui grande sintonia com a economia. Da psicologia se abastece dos diversos modelos comportamentais humanos, de forma a atingir seu *ego* consumidor. A estatística é outra ciência auxiliar, que busca identificar comportamentos por amostragem e constância, denunciando um padrão repetitivo em certos contextos.

Marketing pode ser entendido como a atividade humana que se ocupa da potencialização dos negócios empresariais, concentrando-se na criação de estratégias de otimização das relações de troca de uma empresa, identificando e sensibilizando-se com as necessidades sociais de forma continuada⁴⁰. Ao marketing cabe atender as necessidades do mercado de convencer consumidores, apresentando-lhes o que necessitam, ou mesmo criando novas necessidades que podem ser exploradas pelos empresários. Por isso, tem-se marketing em todas as etapas do processo mercadológico, desde a identificação de um anseio consumerista já existente, passando pela elaboração do “produto ideal” e sua inserção no mercado, até o acompanhando pós-venda, estabelecendo-se técnicas de fidelização por fortalecimento da relação consumidor-produto. Lopes descreve esta expansão do marketing sobre a relação fornecedor-consumidor:

Isto significa dizer que o *marketing* empresarial acompanha o produto desde o seu nascedouro, antes mesmo do seu nascimento, até a realização da venda e também durante a pós-venda. O *marketing*, antes da concepção, analisa e investiga as necessidades e anseios do mercado. Concebido o produto, o objetivo do *marketing* volta-se para sua colocação (compra-e-venda mercantil ou aquisição do serviço). Realizada a venda, as ações de *marketing* continuam, no sentido de proporcionar ao consumidor a plena fruição do bem ou serviço adquirido, estabelecendo as estratégias de garantia e assistência técnica. (1992, p.150).

³⁹ Trata-se de termo global, praticamente inteligível no mundo todo. Tentou-se traduzir para o português, onde seria “mercadologia”, “mercadização”, e “mercadagem”. Miguel ArrantesNormanha Filho afirma que este insucesso de tradução do termo inglês *marketing* não é exclusividade brasileira, os franceses tentaram “*marcatique*”, os espanhóis propuseram “*mercadotecnia*”, mas termo original acabou por prevalecer (2014, p. 41 et seq.).

⁴⁰ Fernando Gherardini Santos entende o marketing como “o conjunto de atividades humanas que tem por objetivo facilitar e consumir relações de troca.”. (2000, p. 20).

Como técnica, o marketing evolui diuturnamente. Esta progressão do marketing e de suas habilidades trouxe respeitabilidade diante dos resultados obtidos. Na contemporaneidade, não se visualiza a atividade econômica sem a ótica do fenômeno publicitário. Por isso, ampliou-se o espaço ocupado pelo marketing e houve até uma exportação do termo *marketing* que tem sido utilizado em outras áreas que não são próprias de sua concepção. Basta observar as expressões “*marketing pessoal*”, “*marketing político*” e “*marketing religioso*”, como prova da ascensão desse fenômeno.

Justamente por pensar de forma criativa e inovadora, por meio do marketing, observa-se que os empresários consolidaram a utilização de criações intelectuais como forma de se destacar dos demais concorrentes. Bittar e Bittar Filho ressaltam que “Um dos fenômenos mais significativos no mundo empresarial de nossos dias é o da utilização maciça de criações intelectuais estéticas em produtos industriais, como resultado de uma política de atração do consumidor pelo belo” (2002, p.109).

A imposição fática de destacamento provoca um processo contínuo de busca por diferenciação, que faz dos empresários os responsáveis maiores pelas mudanças econômicas. De início, é natural pensar que primeiro nasce uma oportunidade para que, depois, surjam empreendedores dispostos a aproveitá-la. Contudo, com a modernidade, alguns empresários perceberam que lhes cabia a criação de novas necessidades no mercado de consumo, para que, com pioneirismo, novidade, originalidade e, por vezes, exclusividade, possam atendê-las com ampla vantagem. Schumpeter conclui que:

Entretanto, é o produtor que, via de regra, inicia a mudança econômica, e os consumidores são educados por ele, se necessário; são, por assim dizer, ensinados a querer coisas novas, ou coisas que diferem em um aspecto ou outro daquelas que tinham o hábito de usar. Portanto, apesar de ser permissível e até necessário considerar as necessidades dos consumidores como uma força independente e, de fato, fundamental na teoria do fluxo circular, devemos tomar uma atitude diferente quando analisamos a mudança. (1997, p. 76)

Assim, os empresários, hoje, controlam o jogo das ofertas não só atendendo necessidades, mas as criando e as fortalecendo. Nesse aspecto, ganha relevo o marketing e sua publicidade, que massificam ideias e comportamentos de acordo com interesses dos anunciantes. Trata-se, mais precisamente, da função criativa ou persuasiva da publicidade ou

propaganda, que cria tendências ou indicativos de preferências das futuras escolhas dos consumidores.⁴¹

Estas criações do intelecto atraem contratantes e são reforçadas por sua utilização continuada, disseminada pela tempestade publicitária que caracteriza o mundo contemporâneo. Quando se atrela as criações intelectuais a certo produto, remete-se a uma noção de origem, servindo de bússola aos consumidores. A consolidação da criação diferenciadora representa um significativo ganho de mercado vital ao ambiente empresarial. Mesmo as criações estéticas são vitais no mercado. A beleza vende, seja a humana, dos estereótipos dos corpos perfeitos, seja as dos novos designs, que repassam a ficção de exclusividade ou, ao menos, de seletividade, novidade e sofisticação. Servem, também, para a construção da mencionada noção de origem e, assim, passam a servir como referência para os consumidores, no reconhecimento do responsável pela oferta do bem no mercado.

Com todas estas funcionalidades, os elementos intelectuais se tornaram essenciais ao ambiente empresarial com relevante repercussão patrimonial. Por isso, ao direito foi exigida a proteção jurídica às criações do espírito humano com aplicabilidade econômica. Assim, a publicidade desempenha função essencial na consolidação das marcas, bem como em sua própria autopromoção. Quessada afirma: “A publicidade ocupa lugar importante nesse processo: ela faz circular dentro da sociedade aquele “quase-objeto” de que fala Michel Serres, porque, além de permitir a circulação de objetos, apresenta-se a si mesma como o *objeto dos objetos*.” (2003, p.15).

Dessa forma, passou-se a estender às criações intelectuais aspectos do direito de propriedade, o usar, o fruir, o dispor e, até, o reivindicar. O discernimento humano e seu espírito criativo passam a gerar todo um patrimônio intangível que é formado por bens imateriais, que apesar de peculiaridades próprias se ajusta a ampla ideia de propriedade. Moro afirma que:

O direito de propriedade sui generis não nega o direito de propriedade, mas alerta para a especificidade do regime jurídico que deve ser empregado para os bens imateriais. É um regime particular adaptado aos bens incorpóreos, podendo, por isso, ser considerado o regime jurídico mais adequado para tutelá-los. (2003, p. 52)

⁴¹ “Há ainda uma função criativa na publicidade. Na verdade, a publicidade posta como elo entre os produtos, serviços, fornecedores, e os consumidores, acaba por criar conceitos, expectativas e necessidades. [...] Aqui a publicidade é verdadeira construtora de imagens (conceitos), e assim acaba provocando expectativas em seu destinatário, que não raras vezes apesar de não precisar do produto ofertado, acaba sentindo uma necessidade de adquiri-lo ou readquiri-lo.” (CABRAL in PORTO, 2014, p. 84).

A utilidade econômica desses bens justificou a especialização de um ramo jurídico que se dedicasse ao estudo das normas que promovem sua tutela. O ramo que se organizou dessa raiz patrimonial imaterial foi, então, a Propriedade Intelectual. Smith, Mann e Roberts (1993, p. 118) afirmam que “A propriedade intelectual é um tipo economicamente significativo de propriedade pessoal intangível que inclui segredos comerciais, símbolos, direitos autorais e patentes.” (Tradução nossa)⁴²

Assim, surge a Propriedade Intelectual, que consiste no regime jurídico que protege os frutos da criatividade humana impulsionada por espírito dinâmico e inconformado com a disponibilidade das coisas que o rodeia, servindo-lhe, ainda, às suas necessidades diversas, seja de ordem utilitária, identitária, expressivas, artísticas ou estéticas. Coube ao direito regular o interesse humano sobre suas ideias, primordialmente, aquelas criações que se observavam um intenso interesse econômico, seja por razões essenciais, necessárias, utilitárias e, até, de mero deleite subjetivo estético.

A Propriedade Intelectual, portanto, assumiu papel de protagonista nas economias, pois rapidamente se percebeu o seu papel estratégico nos mercados, construindo um conjunto normativo dedicado à proteção das criações intelectuais humanas como manifestação de seu espírito inventivo e de seu discernimento utilitário com reflexos econômicos. (CABRAL, 2006, p. 177) O conhecimento, a criatividade, passou a representar poder, e onde este se manifesta, lá, também, manifestar-se-ão o direito e a política.

Sob o seu manto de regulação, há institutos bem diversos, alguns bem conhecidos como as marcas e patentes, outros nem tanto, como as topografias de circuitos integrados e as cultivares⁴³. Dessa forma, dada a vastidão de criações humanas sob as quais recaem interesses econômicos, houve a bipartição da própria Propriedade Intelectual⁴⁴, para fins de organização

⁴² Texto original: “Intellectual property is an economically significant type of intangible personal property including trade secrets, symbols, copyrights and patents”.

⁴³ Trata-se de variedade de vegetal superior que seja dotado de capacidade de distinção de outras conhecidas (art. 3º da Lei 9.456/97). “Cultivares são variedades vegetais cultivadas, ou seja, plantas com características específicas consideradas melhorias em relação à planta original resultante de atividade humana por meio de métodos agrônômicos tradicionais, como o cruzamento controlado de espécimes, inseminação artificial e outros, e novos métodos, como a engenharia genética.” (MAGALHÃES, 2011, p. 202)

⁴⁴ De acordo com a World Intellectual Property Organization (Organização Mundial de Propriedade Intelectual) (WIPO, 2016), “Propriedade Intelectual (PI) refere-se a criações da mente tais como invenções, obras literárias e artísticas, desenhos e símbolos, nomes e imagens utilizadas no comércio. PI é protegida por lei, por exemplo, patentes, direitos autorais e marcas comerciais, que permitem que as pessoas ganhem reconhecimento ou benefício financeiro daquilo que eles inventam ou criam. Ao encontrar o justo equilíbrio entre os interesses dos inovadores e o interesse público em geral, o sistema PI objetiva promover um ambiente em que a criatividade e a inovação

e categorização de seus institutos de forma mais eficiente. Pode-se afirmar a existência de uma segmentação em seu tronco com duas áreas: o Direito Autoral e a Propriedade Industrial (Direito Industrial). Na lição de Paes (2001, p. 39):

o direito chamado intelectual é abrangente da Propriedade Industrial e do Direito do Autor. O Direito do Autor exercita-se sobre as obras artísticas, literárias e científicas, desde que possam ser consideradas criações com originalidade e trazidas à exteriorização.

O Direito Autoral protege as criações humanas artísticas, científicas e literárias. A Propriedade Industrial se dedica à defesa das criações intelectuais de aplicação na atividade econômica, como as patentes, as marcas, os desenhos industriais e as indicações geográficas, entre outros (PEREIRA, 2006, p. 16 et seq). De fato, há áreas cinzentas que não se enquadram bem nessas duas categorias, como os programas de computador (softwares), que fomenta, ainda hoje, controvérsias quanto à sua natureza - ou seja, se seria espécie de propriedade industrial, direito autoral ou perfaria bem *sui generis* não enquadrado nessa dicotomia didática.

Quaisquer dos segmentos, seja a Propriedade Industrial ou os Direitos Autorais, reconhecem ao titular dos seus direitos a exploração econômica exclusiva por um determinado período, que sofre variação de acordo com a natureza do bem tutelado. Trata-se de cristalino reconhecimento legal público (estatal) pelo esforço, seja de quem for, que traga inovação com potencialidade econômica. Assim, o direito protetivo de uso exclusivo passa a configurar prêmio assecuratório da possibilidade de apropriação dos resultados econômicos passíveis de serem obtidos.

Dessa forma, a proteção da Propriedade Intelectual é reconhecidamente essencial ao desenvolvimento econômico, refletindo a consolidação do domínio de novas tecnologias, garantindo a identificação de origem das atividades econômicas empresariais ou permitindo a proteção às manifestações estéticas, artísticas, científicas e literárias. O desenvolvimento humano é afetado pelas regras do seu jogo. Afinal, é a Propriedade Intelectual que influencia, diretamente, em como o conhecimento e criatividade serão criados e administrados, além do mais importante, como serão difundidos e, conseqüentemente, acessíveis à população em

possam florescer".(Tradução nossa).Texto original: "Intellectual property (IP) refers to creations of the mind such as inventions, literary and artistic works, designs and symbols, names and images used in commerce. IP is protected in law by, for example, patents, copyright and trademarks, which enable people to earn recognition or financial benefit from what they invent or create. By striking the right balance between the interests of innovators and the wider public interest, the IP system aims to foster an environment in which creativity and innovation can flourish."

geral. Shadlen (2009, p. 41) completa, “como pilares de sistemas nacionais de inovação, os regimes de Propriedade Industrial conduzem as mudanças tecnológicas através de seus efeitos sobre a criação e difusão do conhecimento” (tradução nossa)⁴⁵.

Há, na sua origem, um discurso consolidado de compensação em prol dos titulares dos institutos protegidos pela Propriedade Intelectual. A ideia é que, sendo a inovação tecnológica normalmente fruto de muitos investimentos e esforços, justa se torna a ideia de concessão de exploração exclusiva, por determinado período, para que se possa compensar os gastos realizados e estimular novos avanços com os eventuais ganhos obtidos. Por essas razões, tem respaldo no nosso texto constitucional, sendo posta como garantia fundamental no art. 5º, XXVII, XXVIII, e XXIX, da Constituição Federal de 1988 e, desse modo, gravado como cláusula pétrea. Esta proteção dos bens intelectuais demonstra sua importância contemporânea, tanto que foram alçados ao nível de direitos fundamentais.

Todavia, há quem discorde do posicionamento da Propriedade Industrial “ao nível de direito fundamental do homem”. (FERREIRA FILHO, 1983, p. 618) No mesmo sentido, José Afonso da Silva (1993, p. 25) concorda que:

o dispositivo que a define e assegura está entre os dos direitos individuais, sem razão plausível para isso, pois evidentemente não tem natureza de direito fundamental do homem. Caberia entre as normas da ordem econômica.

Em face dos objetivos do presente estudo, abordar-se-á, em seguida, o regramento da propriedade industrial, para só depois se adentrar na questão marcária. O recorte retira de nosso foco os direitos autorais, pois se distanciam do objeto central desta tese. Objetiva-se, com essa abordagem, ainda que brevemente, esclarecer a relevância da propriedade industrial no contexto empresarial e econômico.

3.2 SISTEMA DE PROTEÇÃO DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL COMO BASE JURÍDICA FUNDAMENTAL PARA A GLOBALIZAÇÃO ECONÔMICA

A detenção de conhecimento sempre foi historicamente instrumento de dominação entre os homens. Contudo, a evolução humana foi demonstrando a utilidade das relações diplomáticas por meio da tentativa de negociação de denominadores comuns dos interesses dos povos. Nessa esteira, a guerra perde espaço, apesar de persistir como instrumento de

⁴⁵ Texto original: “As pillars of national systems of innovation, IP regimes drive technological change through their effect on knowledge-creation and knowledge-diffusion.”

imposição de vontade. Fortalecem-se, portanto, os acordos multinacionais de regulação econômica que permitem as relações de troca e asseguram o desenvolvimento das prioridades econômicas de cada país. Obviamente, como toda relação histórica humana, os negociantes não estão em pé de igualdade nesse contexto; pelo contrário, comumente estão longe disso.

A proteção da Propriedade Industrial é considerada, pela doutrina do G7 - nata dominadora entre os Estados de Centro no sistema-mundo (WALLERSTEIN, 1976, pp. 230-232)-, um dogma econômico essencial ao desenvolvimento econômico dos países, refletindo a consolidação do domínio de novas tecnologias e garantindo a identificação de origem de atividades econômicas empresariais. Para se chegar a esse ponto, recomenda-se um retorno às origens da consolidação de seus institutos.

No mundo, houve uma rápida aceleração do avanço tecnológico. Se se tomar de base a revolução industrial (século XVIII) até os dias atuais, são menos de três séculos; porém, são anos responsáveis por transformações profundas no modo de produção humana. Obviamente, o foco desse estudo é a marca, mas se precisa entender a evolução do fenômeno jurídico da propriedade industrial como um todo:

A atribuição de marca aos produtos é uma prática que tem mais de 2 mil anos de idade. Os gregos e os romanos, com suas sofisticadas iniciativas econômicas e comerciais, desenvolveram as “marcas de fabricante” para estabelecer a origem de determinados produtos. Isso foi necessário depois da expansão do Império Romano, que interpôs uma grande distância entre o produtor e o consumidor. Anteriormente, o produtor e o consumidor mantinham uma relação pessoal na mesma aldeia ou cidade, e entre eles desenvolvia-se um laço pessoal da confiança. Com a dilatação das distâncias, e das questões comerciais resultantes do aumento de importações e exportações, aquele nível de confiança pessoal tornou-se impossível. O consumidor devia confiar nas evidências que estava da marca do fabricante para assegurar-se de que os produtos que estava comprando eram da mesma qualidade. (ELLWOOD, 2004, p. 20)

Obviamente, fazer um estudo histórico aprofundado implicaria em um levantamento de fatos ocorridos em milênios - seria um afastamento dos fins a que esse trabalho se propõe. Faz-se, portanto, um recorte, neste estudo, para se analisar a realidade pós-revolução industrial, ocorrida na segunda metade do século XVIII, quando a revolução industrial abalaria os paradigmas de organização dos meios de produção e, conseqüentemente, da propriedade.

O direito será, também, outro, acompanhando o fenômeno produtivo. Afinal, sendo o direito espécie de manifestação cultural, ele não está imune às alterações das estruturas

sociais, ainda mais quando se refere àquelas mais profundas. Para Julius V. Kirchmann (1848), citado por Karl Engisch (1964, p. 9):

O sol, a lua, as estrelas brilham hoje da mesma forma que há milhares de anos; A rosa desabrocha ainda hoje tal como no paraíso; o Direito, porém, tornou-se desde então diferente. O casamento, a família, o Estado, a propriedade, passaram pelas mais diversas configurações.

De fato, a revolução tecnológica, ou de conhecimento, alterou de forma qualitativa e quantitativa no processo de produção. Sem dúvida, parte desse resultado se deve às máquinas inventadas que geraram uma nova produção, sem paradigmas com a realidade anterior. Passou-se a produzir mais, gastando-se menos. A mecanização do meio produtivo gerou efeitos irreversíveis para a humanidade. O homem operário, operador das máquinas, o homem industrial, nascia ali.

O capitalismo surgia em suas mais puras feições liberais, inspirado pelos discursos políticos de Rousseau e Montesquieu, e as ideias econômicas de Adam Smith. Na seara religiosa, ocorreram profundas cisões na doutrina católica; surgia a doutrina protestante, sendo o lucro entendido como uma recompensa pelo trabalho realizado. A decadência das corporações de ofício, *guildas*, deu lugar ao surgimento dos polos industriais como fonte de poder econômico. Dessa forma, a Revolução Industrial foi responsável pela afirmação de uma nova classe social sedenta de poder político: os industriais. Estes não se confundiam com os burgueses comerciantes, que repassavam os produtos daqueles no varejo ao mercado consumidor em que atuavam. Senise Lisboa (In: SIMÃO FILHO, Adalberto; DE LUCCA, 2000, p. 142) afirma que a Revolução Industrial foi "responsável pelo surgimento de uma nova classe da burguesia – a dos fabricantes –, que acabaram por prevalecer economicamente sobre os comerciantes." O liberalismo econômico acabaria por consolidar o capitalismo, centrado em seus alicerces básicos: propriedade privada, autonomia da vontade, liberdade (contratual e livre iniciativa) e concorrência, além da aceitação e defesa do lucro. Para Brito (2002, p. 27): "O sistema de economia de mercado tem como elemento determinante de sua existência uma ordem jurídica eficaz e, mais especificamente, um direito de defesa da concorrência, cujo objetivo maior é alcançar o bem-estar social"

Esse novo modelo de produzir exigia, cada vez mais, novos mercados. Uma só indústria era capaz de atender à necessidade de milhares e, conseqüentemente, a geografia dos negócios tinha que ser ajustada. As empresas eram forçadas nessa nova realidade; grupos econômicos idealizavam não mais a conquista de mercados locais, mas regionais, nacionais e

internacionais. Tratava-se de produção em massa, numa sociedade padronizada, de *Standards*, com o intuito de fácil disseminação de produtos aos consumidores. O discurso liberal ressoava liberdade e igualdade formal massificada. Aparecem os contratos de adesão, ou de massa, colocando os consumidores como aderentes sem força de negociação, comumente em posição de desvantagem jurídica tolerada, então, pelo império da lei e pelo voluntarismo exacerbado, pautado naquela igualdade formal.

O conhecimento gerado se tornara essencial para as economias e, portanto, para o poder econômico e político. Assim, a criação de mecanismos de preservação do conhecimento, ou seja, de sua proteção, ou mesmo apropriação, representaria, por contrapartida lógica, a instrumentalização da manutenção do poder. De fato, nesse momento histórico do mundo industrial, o homem provoca a integração da ciência aos meios e processos produtivos de tal maneira que a separação entre ciência e produção jamais voltaria a existir até os dias atuais. Ora, se a Propriedade Industrial tem a capacidade justamente de formalizar o poder exercido pelos agentes econômicos sobre o conhecimento, essa passa a ser a era do Direito Industrial.

Nesse sentido, Nero (1998, p. 29) explica que se trata:

[...]portanto, de uma especificidade: a propriedade intelectual só assume a relevância que lhe é atualmente imputada no mundo contemporâneo, sobretudo, a partir do momento em que a própria ciência passa a ser incorporada diretamente aos processos produtivos, enquanto força produtiva especializada.

O desenvolvimento industrial provocou a necessidade de se fomentar legislações protetivas do então novo direito de propriedade industrial. No que tange à questão patenteária, era primordial garantir a proteção aos inventos (novas tecnologias) por meio da exclusividade de exploração econômica concedida ao invento. Dessa forma, incentivava-se a inovação tecnológica, pois ela representaria, quando protegida, a exploração econômica de um monopólio legalmente concedido e constitutivo de grande vantagem de mercado sobre os concorrentes.

Como marcos legislativos, no fim do século XVIII, foram publicadas a *PatentAct*, Lei norte-americana de 10 de abril de 1790, e a *Lei Chapellier*, lei francesa de 07 de janeiro de 1791. A primeira é considerada a base moderna do sistema de patentes (PIERANGELI, 2003, p. 49; SOARES, 1998a, pp. 35-36). A segunda, por sua vez, também inspirou o sistema mundial de proteção das invenções com seu conceito de novidade como sendo aquilo que não está compreendido no estado da técnica ou arte (PIERANGELI, 2003, p. 51), e com seu

princípio da publicidade assegurando aos interessados o acesso as informações da invenção para averiguar se de fato era algo novo ou uma contrafação (SOARES, 1998a, p. 37). Importante registrar que a origem da Propriedade Industrial é anterior ao desenvolvimento industrial, sendo tida como embrionária ainda na Idade Média, quando se propaga o uso de privilégios comerciais. A questão é que a concessão desses privilégios não se baseava em critérios objetivos como a originalidade da invenção, mas normalmente por critérios políticos ou de mera benesse econômica (PIERANGELI, 2003, p. 45 et seq).

De fato, com o desenvolvimento do próprio capitalismo e sua consolidação do modo de produção industrial, a propriedade industrial vai sendo elevada ao centro dos interesses diplomáticos. Assim, no século XIX, o capitalismo, decididamente, aliou-se à Propriedade Industrial. Abraham Lincoln (ABRAHAMLINCOLNONLINE, 2013), décimo sexto presidente norte-americano (1861-1865), teria declarado, em 1859, que a lei de patentes "fixava para o inventor, por um tempo limitado, o uso exclusivo da sua invenção; e, assim, acrescentou o combustível do interesse ao fogo do gênio, na descoberta e produção de coisas novas e úteis" (tradução nossa)⁴⁶. Lincoln (ABRAHAMLINCOLNONLINE, 2013) era inventore, em 22 de maio de 1849, recebeu a Carta Patente N° 6469, dispositivo para levantar barcos sobre cardumes (tradução nossa)⁴⁷. Invenção que nunca se transformou em produto.

Uma forte produção em massa exigia novos mercados, mas a limitação territorial das normas jurídicas estatais, inclusive aquelas que asseguravam a propriedade industrial dos agentes econômicos, era um empecilho ao pleno desenvolvimento de suas atividades econômicas. A razão econômica não reconhecia as fronteiras típicas e bem demarcadas da razão de estado (política). Era preciso estender os direitos de exclusividade, seja patenteária e/ou marcária, para os mercados internacionais, evitando a contrafação e conflitos de signos que seriam extremamente prejudiciais economicamente ao primeiro e original titular. Soares (1998b, p. 51) expõe que:

[...] procurando estreitar ainda mais essas relações entre os povos, almejando que seus titulares de direitos tivessem os mesmos além de suas fronteiras, para que pudessem, inclusive, desenvolver o seu mister, sob o mesmo prisma inicial, e, notadamente, para que houvesse o respeito integral aos direitos anteriormente adquiridos nos países originários, resolveu-se que alguma coisa deveria ser feita para atingir esses grandes objetivos.

⁴⁶ Texto original: "secured to the inventor, for a limited time, the exclusive use of his invention; and thereby added the fuel of interest to the fire of genius, in the discovery and production of new and useful things."

⁴⁷ Texto original: "for a device to lift boats over shoals".

O prenúncio cristalino e fundamento essencial permissível da globalização é a Convenção da União de Paris (CUP), de 20 de março de 1883. Com este tratado internacional, fincaram-se as bases delimitadoras de uma zona de circulação de bens com a possibilidade de se assegurar a procedência da oferta e o controle sobre eventuais avanços tecnológicos, nos mercados dos países aderentes à CUP. Entre os países signatários, estabeleceu-se o princípio da igualdade: haveria o compromisso de mútuo respeito aos direitos de propriedade industrial de seus nacionais baseado no princípio da reciprocidade, típico do direito internacional. Assim, no âmbito da união criada, a legislação de um país tinha que tratar um estrangeiro unionista em pé de igualdade com o seu nacional (SOARES, 1998b, p. 52).

Inicialmente, apenas 14 (catorze) países foram signatários desse acordo internacional, sendo o Brasil um deles. Contudo, a CUP foi passando por revisões: Bruxelas (1900), Washington (1911), Haia (1925), Londres (1934), Lisboa (1958) e Estocolmo (1967)⁴⁸. Ao longo desse tempo, a rede do território unionista se expandiu; atualmente, tem-se 176 (cento e setenta e cinco) países signatários (WIPO, 2016). A convenção unionista acabou, gradualmente, por criar um processo de uniformização legislativa essencial para demarcar um fértil e plano (homogêneo) território à exploração econômica com base nos avanços tecnológicos protegidos pelo manto do Direito Industrial. Inicialmente, a uniformização era mais uma harmonização legislativa. Mas, com o passar do tempo, está se aproximando de uma real unificação normativa, principalmente no que se refere aos institutos mais clássicos da Propriedade Industrial, como as marcas, as patentes e os desenhos industriais⁴⁹.

Com a aceitação da CUP, além das patentes, as marcas estavam protegidas e com elas a possibilidade de se adentrar em um mercado fruindo o renome já conquistado em outro, seja através da sua qualidade diferenciada, ou por massiva publicidade, não raras vezes, de caráter internacional. Por outro lado, as patentes permitiam o monopólio de exploração de seu objeto e, assim, a potencialização dos lucros em um mercado. De fato, embora a patente muitas vezes represente, prontamente, a vantagem de exclusividade de exploração de um produto, esse diferencial seria pouco útil se o mercado consumidor não fosse capaz de identificar com segurança onde obter tal produto em meio a tantos ofertados.

⁴⁸ A revisão da CUP de Estocolmo provocou mudanças nas regras da convenção e foi incorporada ao direito brasileiro pelo Decreto n. 75.572 de 08 de abril de 1975. No entanto, o Brasil fez uso de reservas, que só foram revistas, pelo Decreto nº 635, de 21 de Agosto de 1992, quando, então, adere à CUP totalmente, sem quaisquer restrições.

⁴⁹ Para mais informações sobre direito global e a padronização dos instrumentos jurídicos por meio da uniformização harmônica ou unificadora, veja-se Feitosa (2007, pp. 265-274).

Em 1891, foi celebrado o Tratado de Madri sobre registro internacional de Marcas, que passou pelas revisões de Bruxelas (1900), Washington (1911), Haia (1925), Londres (1934), todas em concomitante com as revisões da União de Paris (CUP). Assim, criou-se a União de Madri, atualmente com 113 países que representam mais de 80% do comércio mundial - o Brasil, no entanto, não é signatário. Contudo, dada a importância crescente das marcas, o Tratado de Madri teve uma importante revisão específica em Nice (1957), voltando a ter uma revisão compartilhada com a CUP em Estocolmo (1967), que sofreu emenda em Genebra (1977)(WIPO, 2016).

A patente precisa de uma referência de mercado para que se possa conhecer quem de fato a explora e qual produto realmente a incorporou. Por isso apresenta certas vantagens: é justamente a marca que constrói a identidade do produto no mercado, tornando-se essencial ao detentor da patente. Tudo isso, só é possível pela generalização ou uniformização das normas de Propriedade Industrial. Feitosa (2007, p. 273) conclui que:

O que se torna inquestionável, no quadro das alterações provocadas pela globalização, é uma forte tendência de mudança no comportamento dos agentes econômicos que, lançando mão de estratégias e mecanismos os mais variados, procuram se beneficiar da capacidade de generalidade das normas jurídicas.

A nossa jovem República começa a estruturar melhor o aparato estatal para o tratamento da Propriedade Industrial. Adveio o Decreto nº 22.989, de 26 de Julho de 1933, da pena do Presidente Getúlio Vargas, que criou o Departamento Nacional da Propriedade Industrial e dava outras providências, alinhando nossa regulação interna à CUP.

A associação de marcas, desenhos industriais e patentes é a real estratégia de consolidação de mercado. Por isso, há mais de um século a CUP vem plantando as bases para um sistema global de proteção à Propriedade Industrial. Com a convenção unionista, os países dominantes, em termos tecnológicos, puderam adentrar em outros mercados, das mais diversas formas, com relativa segurança, pois os princípios fundamentais de Propriedade Industrial estavam assegurados. Por exemplo, a estratégia das multinacionais em ocupar novos espaços produtivos nos países não desenvolvidos ou da periferia era motivada por pretensões de conquista de mercados ou mesmo simples diminuições de custos. Mas para barganhar em troca da oferta de empregos e recolhimento de impostos, exigia-se que a sua Propriedade Industrial estivesse assegurada. Assim, no que tange à detenção tecnológica com exclusividade do conhecimento, essa restava assegurada, mantida em segredo e, quando possível, protegida via propriedade intelectual. Nesse contexto, sem qualquer dúvida, as

disputas de poder também passaram ao campo tecnológico. Afinal, o domínio de tecnologias inovadoras representa cristalina vantagem econômica e política.

Há uma supervalorização da marca como estratégias nacionais e internacionais de adaptação do sistema capitalista. A marca de forma indireta amplia os domínios políticos e, obviamente, econômicos dos estados a quem se ligam por meio dos agentes econômicos que são seus titulares. Ademais, houve também a mundialização marcária por meio do compartilhamento de marcas. Desenvolveram-se vários contratos que tem a marca como objeto de centro, a exemplo das da franquia, concessão, representação, licença. De fato, a necessidade inata de troca entre os grupos estimula o instituto da *marca*, que é disseminada, conjuntamente, com os produtos e serviços, como fenômeno integrante da globalização econômica, na circulação mundial de bens.

Nesse diapasão, especialmente após a segunda Guerra Mundial, quando grandes empresas multinacionais passaram a dominar importantes segmentos da indústria, a disseminação do modo de produzir pelo globo não significou acessibilidade de conhecimento. Embora a CUP seja decisiva nesse processo de uniformização legislativa, outros tratados também merecem destaque: a) o Tratado de Estocolmo, de 14 de Julho de 1967, criou a Organização Mundial de Propriedade Industrial (OMPI) - The World Intellectual Property Organization - WIPO, entrando em vigor em 1970 e foi emendado em 1979; a OMPI, em 1974, passou a ser uma agência especial das Nações Unidas (WIPO, 2016); b) Tratado de Locarno sobre desenhos industriais (Locarno Agreement Establishing an International Classification for Industrial Designs), de 8 de outubro de 1968, conta com 54 países signatários e o Brasil não é membro signatário (WIPO, 2016); c) O PCT – Patent Cooperation Treaty – Tratado de Cooperação de Patentes, de 19 de junho 1970, fruto de um tratado multilateral que possibilita uma patente mundial⁵⁰ sob a organização da OMPI; possui atualmente 148 países signatários, sendo o Brasil um deles (WIPO, 2016).

Na seara marcária, houve a criação da Classificação Internacional de Nice de Produtos e Serviços para o Registro de Marcas, em 15 de junho de 1957, na revisão da União de Madri, contando atualmente com 84 países signatários (WIPO, 2016). A ideia é unificar o regramento das classes que segmentam as atividades econômicas relacionadas aos produtos e serviços, que devem ser apontadas pelo requerente do pedido de registro da marca. Os países membros do Acordo de Nice adotam a Classificação de Nice para o registro de marcas. Essa

⁵⁰ Os pedidos de patentes mundiais de invenção, via PCT, realizados no Brasil, em 2015, por residentes, foram apenas 131, de um total de 22.468, isto é, as patentes de residentes são apenas 0,58% dos pedidos solicitados. Temos 99,42% pedidos de patentes de invenção de não residentes (INPI, 2016).

uniformização foi passo decisivo para a marca internacional. Dessa forma, em 1989, foi celebrado o Protocolo de Madri⁵¹, relacionado ao Registro Internacional de Marcas de competência da OMPI (WIPO). O Brasil ainda não participa do registro internacional.

No Brasil, como reflexos das importantes mudanças estruturais no sistema global de proteção à Propriedade Industrial, há o fortalecimento de nosso aparato estatal voltado à sua gestão: criou-se o Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI), por meio da Lei nº 5.648, de 11 de dezembro de 1970; logo depois, adveio a Lei nº 5.772, de 21 de dezembro de 1971, chamada de Código de Propriedade Industrial.

A OMPI é um marco de consolidação da ideia de harmonização jurídica da matéria de Propriedade Industrial. Isso interessava aos países desenvolvidos, ou de centro, pois representava um fórum de otimização das questões que lhes interessavam. Não é preciso muito esforço para se observar que esses, mesmos países de centro, tinham o poder de manipulação do jogo da construção das normas uniformizadas. Contudo, principalmente na década de 80, os países em desenvolvimento passaram a criar empecilhos aos interesses clássicos dos países desenvolvidos, fortalecendo-se no debate com base na regra da igualdade do voto. O sistema de um Estado, um voto, passou a ser um problema. Sendo os países em desenvolvimento e subdesenvolvidos ampla maioria, as pretensões dos desenvolvidos passaram a ser ameaçadas ou retardadas.

Merece atenção o seguinte fato: após a segunda guerra mundial, um novo fenômeno geopolítico se desenvolve no mundo, trata-se da Guerra Fria (*Cold War*). A disputa política tinha como fundo uma acirrada batalha ideológica e econômica entre as duas superpotências do mundo. De um lado, os EUA lideravam o ocidente capitalista, enquanto a, então, União Soviética capitaneava o oriente socialista. Durante essa fase, essa rinha ideológica tornava mais lenta a definição de regras comuns em todas as áreas e, no que tange à Propriedade Industrial, não era outra a conclusão. Contudo, com a crise comunista europeia, a queda do muro de Berlim e a própria dissolução da União Soviética, um contexto favorável ao avanço da unificação da Propriedade Industrial estava formado. Obviamente, mais uma vez, todo esse movimento será guiado pelos países de centro, em especial pelos EUA.

Nesse ambiente, inicia-se uma doutrina econômica para a América Latina denominada de Consenso de Washington⁵². A América Latina estava em busca de um modelo

⁵¹ O protocolo de Madri (1989) não deve ser confundido com o Tratado de Madri (1891) que deu origem à União de Madri.

⁵² “Em novembro de 1989, reuniram-se na capital dos Estados Unidos funcionários do governo norte-americano e dos organismos financeiros internacionais ali sediados - FMI, Banco Mundial e BID - especializados em assuntos latino-americanos. O objetivo do encontro, convocado pelo Institute for

próprio – a exemplo do modelo desenvolvimentista da Cepal – sem muito sucesso, e, nesse momento, os americanos se apresentavam como timoneiros da História, baseados na economia de mercado e no Estado democrático (BARBOSA, 1994, p. 08). O Consenso de Washington avaliou 10 áreas: 1. disciplina fiscal; 2. priorização dos gastos públicos; 3. reforma tributária; 4. liberalização financeira; 5. regime cambial; 6. liberalização comercial; 7. investimento direto estrangeiro; 8. privatização; 9. desregulação; e 10. propriedade intelectual (BARBOSA, 1994, p. 18). Assim, a questão da propriedade industrial permaneceu no centro da questão econômica. A ideia propagada era de que a concorrência leal no mercado global pressuponha respeito aos direitos de Propriedade Intelectual, como uma recompensa pelos pesados investimentos na busca das inovações tecnológicas (PIRES, 2006).

No Brasil atual, a Propriedade Industrial recebe atenção constitucional, sendo garantida no art. 5º, inc. XXIX, da Constituição Federal. Posteriormente, e de forma complementar, estabeleceu-se a Lei 9.279/1996, ou o Código da Propriedade Industrial, que abrange o disciplinamento das criações intelectuais industriais, incluídas as marcas, as patentes, as indicações geográficas e os desenhos industriais, além de tratar da concorrência desleal.

Ápice desse processo foi o Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio – *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights* – (TRIPS). (PIRES, 2006) Os países de centro fizeram uso da estratégia denominada de *forumshifting* horizontal: troca do ambiente de debate. Saíram da OMPI para a OMC, conseguindo a imposição do tratamento da matéria da Propriedade Industrial como uma questão de comércio internacional. Há críticas à inclusão da propriedade intelectual no jogo do comércio mundial e até mesmo ao fórum da OMC, como a de Bhagwati (2008, p. 71) a seguir: “assim, a proteção da propriedade intelectual tem a ver com a coleta de royalties, não com o comércio” (Tradução nossa)⁵³.

O Acordo TRIPS permitiu ainda punir os que não se alinhavam às normas harmonizadas, por meio dos denominados mecanismos de *enforcement*.⁵⁴ Uma diferença

International Economics, sob o título ‘Latin American Adjustment: How Much Has Happened?’, era proceder a uma avaliação das reformas econômicas empreendidas nos países da região. Para relatar a experiência de seus países também estiveram presentes diversos economistas latino-americanos. Às conclusões dessa reunião é que se daria, subsequente, a denominação informal de ‘Consenso de Washington’.” (BARBOSA, 1994, p. 05) Acesso em 15 de Janeiro de 2016.

⁵³ Texto original: “Thus, intellectual property protection has to do with collecting royalties, not with trade”.

⁵⁴ “Como resultado, o *TRIPS* proporcionou a harmonização internacional das regras de PI e a homogeneização dos sistemas nacionais de proteção. Ou seja, o caráter obrigatório das cláusulas do

cristalina do TRIPS para a Convenção de Paris é justamente esse efeito vinculante aos Estados, que podiam ser punidos por estar em seu seio penalidades previamente acordadas por todos os signatários. Na OMC, o TRIPS estabeleceu um Órgão de Solução de Controvérsias (OSC), para julgar disputas e litígios de Propriedade Industrial. Ademais, novos temas de Propriedade Industrial, que não constavam nos regramentos nacionais, como os softwares e os semicondutores, foram postos em jogo numa pressão centrípeta.

Outro ponto que merece destaque quanto ao TRIPS, que se traduziu em vitória da posição dos países de centro, foi a inserção, em seus termos, da possibilidade de patenteamento nos setores de medicamentos e alimentos⁵⁵. Muitos países, o Brasil era um deles, adotavam uma política protetiva nesses setores. O TRIPS, tal qual em outros setores, obriga seus signatários a conceder patentes de até 20 anos nos setores citados. É fácil perceber a importância dessa questão diretamente relacionada com os Direitos Humanos por sua repercussão na saúde e alimentação global. Há, hoje, um forte movimento reflexivo acerca do TRIPS, no que tange às dificuldades dos países em desenvolvimento conseguirem uma posição mais equilibrada no cenário global da Propriedade Industrial. Nguyen (2010, p. 287) assevera que:

Atualmente, não é fácil para um membro de país em desenvolvimento extensivamente reconstruir sua legislação internade Propriedade Intelectual sem infringir os padrões mínimos globalizados que estão bem estabelecidos pelo Acordo TRIPS. (Tradução nossa)⁵⁶

A própria Lei 9.279/1996 ou o Código da Propriedade Industrial atual do Brasil é um reflexo direto da adesão ao *TRIPS*. O resultado final dessa questão da proteção patentearia dos alimentos e fármacos foi a criação das patentes pipeline. Trata-se de um modelo de patente prevista nos arts. 230 e 231, da Lei 9.279/96, que recepcionou patentes de medicamentos e alimentos já deferidos no exterior. A patente pipeline é voltada para os setores tecnológicos de medicamentos e alimentos e foi requerida apenas no período de um ano após a publicação –

acordo estabeleceu um sistema único, submetendo países com níveis de desenvolvimento científico-tecnológico díspares a um padrão similar de proteção; e limitou a possibilidade de diferenciação entre setores passíveis de proteção.” (BORGES, 2015)

⁵⁵ O Artigo 27 do *TRIPS*⁵⁵ estabelece: “Sem prejuízo do disposto nos parágrafos 2 e 3 abaixo, qualquer invenção, de produto ou de processo, em todos os setores tecnológicos, será patenteável, desde que seja nova, envolva um passo inventivo e seja passível de aplicação industrial.” (Grifonosso)

⁵⁶ Texto original: “Currently, it is not easy for developing country Member extensively to reconstruct their domestic IP law without infringing the globalized minimum standards which are well established by the TRIPS Agreement

de maio de 1996 até maio de 1997. A grande crítica às patentes pipelines é que elas não foram concedidas com base nos mesmos critérios das demais. Houve, tão somente, uma análise formal, e se revalidaram os termos da patente concedida no exterior. Miranda (2009, p. 06) explica que:

Como essas invenções já haviam sido depositadas em outros países, as informações contidas nas patentes já estavam publicadas em revistas de propriedade industrial e outros meios. Portanto, quando tais pedidos foram depositados no Brasil, já não cumpriam o requisito de novidade, pois as informações já estavam em domínio público. Isto ocorre, pois o Brasil adota o princípio da novidade absoluta (artigo 11, §1º da LPI) em matéria de patente, ou seja, se a tecnologia para a qual se pede proteção já se tornou pública em qualquer país, em qualquer lugar, em qualquer tempo, não existe privilégio possível a ser reivindicado. (MIRANDA, 2009, p. 06).

Na realidade atual, países como os Estados Unidos retomaram seu avanço na busca por um cenário ainda mais favorável aos seus interesses. Está-se na época do *TRIPS-plus*, que consiste em acordos que vão além do exigido pelo *TRIPS*. O *TRIPS-plus* consiste em acordos preferenciais bilaterais, afastando-se da esfera multilateral e de seus fóruns próprios, como a OMPI e a OMC. São exemplos o CAFTA-DR; US-Chile; US-Colômbia; US-Panamá; e US-Peru. Os EUA vêm implementando forte política de acordos preferenciais comerciais, como os Tratados de Livre Comércio (“Free Trade Agreements”) que inserem cláusulas *TRIPS-plus*⁵⁷. Como evidencia Bhagwati (2008, p. 95):

Assim, os Estados Unidos agora introduzem trabalho e questões ambientais em acordos bilaterais, e as restrições ao uso de controles de capital e acordos de proteção à propriedade intelectual que vão bem além do que o Acordo TRIPS da OMC requer. Com o Acordo de Comércio Preferencial bilateral negociado com diferentes exigências dos Estados Unidos ao longo dos últimos 20 anos, há muita diversidade, o que faz entrar em colapso um formato unificado para os Acordos de Comércio Preferenciais. (Tradução nossa)⁵⁸

Assim, pode-se falar em momentos de globalização da Propriedade Industrial: a) o primeira denomina-se de fase de agrupamento; é retratada pela CUP e suas revisões em busca

⁵⁷ O EUA já possui 20 *Free Trade Agreements* celebrados: onde 11 deles são com países da América Latina. (USTR, 2016) Disponível em: <<https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements>>. Acesso em: 05/02/2016.)

⁵⁸ Texto original: “Thus, the United States now introduces labor and environmental issues into bilaterals, and also restrictions on use of capital controls and enhanced agreements on intellectual property protection that go well beyond what the TRIPs agreement at the WTO requires. With bilateral PTAs negotiated with different requirements by the United States over the past 20 years, there is a lot diversity, which makes collapsing the PTAs into one unified format difficult”.

da uniformização jurídica da Propriedade Industrial e atração de mais partícipes; b) o segundo é a fase da cobrança, representada pelo *TRIPS*, que passa a permitir punições para os países que não seguem suas diretrizes; c) o terceiro e último momento é a fase de aprofundamento, retratada pelo *TRIPS-plus*; fundado na supremacia econômica dos países mais ricos, reforça sua posição na matéria de Propriedade Industrial em acordos diretos com outros países⁵⁹.

É preciso registrar que, se a Propriedade Industrial nasceu de puro substrato liberal, ela não permaneceu imune aos adventos que redesenharam o mundo capitalista, entre eles, em destaque, o Estado Social. Assim, eventos como as encíclicas papais *Rerum Novarum* (1891), de Leão XIII, e *Quadragesimo Anno* (1931), de Pio XI, as Cartas constitucionais de Weimar (1919) e do México (1917), e a Revolução Russa (1917) são alguns dos marcos da criação de uma ideologia forjadora do Estado social e, conseqüentemente, da função social da propriedade⁶⁰.

O Estado Social passou grandes guerras mundiais, causadora de uma crise econômica intensa. Contudo, os horrores vividos justificaria o espírito interventor do Estado. A ideia de fraternidade ganha espaço, fortalecem-se os direitos difusos e coletivos. Tem-se a ascensão de direitos como o do consumidor, do meio ambiente, além de outros direitos que tutelam vulneráveis.

No fenômeno global, existe um desafio de adequação dos interesses capitalistas em jogo: de um lado, o fluxo de imersão no mercado de forma agressiva para se conquistar mais espaço; do outro, a criação de mecanismos de assunção dos riscos próprios do universo econômico empresarial. O desenvolvimento das relações comerciais também deve resguardar a justiça social e buscar a solidariedade nas relações. No âmbito atual da Constituição Federal - que no art. 3º, I, pondera que o desenvolvimento pressupõe a construção de uma sociedade livre, justa e solidária -, a valorização do trabalho, ao lado de outras formas de relativização da livre iniciativa, como por exemplo, a função social da propriedade, indica a relevância de valores sociais na condução econômica. É o que revela qualquer exame no matiz principiológico da ordem econômica na CF/88 (Art. 170).

⁵⁹ O Artigo 1 do *TRIPS* estabelece: “Os Membros poderão, mas não estarão obrigados a prover, em sua legislação, proteção mais ampla que a exigida neste Acordo, desde que tal proteção não contrarie as disposições deste Acordo. Os Membros determinarão livremente a forma apropriada de implementaras disposições deste Acordo no âmbito de seus respectivos sistema e prática jurídicos.” Observa-se que a redação permite o aprofundamento dos direitos, com a sua ampliação e, embora se refira a uma “livre implementação”, há a possibilidade de se influenciar nela por meio do *TRIPS-plus*.

⁶⁰ Esta questão foi tratada com mais detalhe no Capítulo I, item 1.4 “Propriedade privada e sua funcionalidade social”.

Assim, a Propriedade Industrial também sofreu certa influência da função social da propriedade e seu espírito cooperativo. São exemplos dessa inspiração social: a exceção bolar, a licença compulsória, a importação paralela e a obrigação de produção doméstica. O Brasil, inclusive, já fez uso do Licenciamento Compulsório no caso dos medicamentos componentes do coquetel anti-AIDS⁶¹ - seu regramento contido na Lei nº 9279/1996 é considerado de vanguarda no mundo (SHADLEN, 2009). A estratégia das cláusulas *TRIPS-plus* é, também, limitar a utilização de medidas como a licença compulsória (SHADLEN, 2009) e a importação paralela (MENEZES, 2013).

O percurso que se expõe nesse estudo demonstra que a regulação de Propriedade Industrial foi sendo harmonizada num processo de uniformização que favorecia, primordialmente, o grande capital transnacional que caça oportunidades de investimento sem qualquer limite de fronteira, mas que necessita de uma segurança jurídica para as apostas que faz. Essas condições eram vitais para a esperança de se construir um mercado global.

Sendo a globalização um fenômeno complexo de relações sociais prioritariamente econômicas entre os diversos países do mundo, que se traduz na construção de mercados transnacionais⁶², havia a necessidade de condições de segurança para os agentes econômicos partícipes desse processo. Entre essas condições, a proteção do direito imaterial era essencial para a possibilidade de atração de interessados diante dos variáveis riscos típicos de qualquer expansão.

Ao final, a Propriedade Industrial restou consolidada como instrumento de viabilização da globalização econômica. Durante as décadas de 80 e 90, o Brasil, entre outros países, sofreu ameaças de retaliações econômicas diretas, por não se adequar ao sistema mundial de proteção industrial⁶³. A política internacional dos países de centro pressionava os países que não reconheciam a proteção dos direitos industriais, afinal representavam mercados inseguros à circulação dos produtos e serviços sem a garantia de suas marcas, patentes, desenhos industriais etc. Observaram-se, facilmente, as evidências da

⁶¹ No dia 25 de abril de 2007, foi publicada a Portaria 886 de 24/04/2007 (BRASIL, 2007) que declarou o antirretroviral “efavirenz” de interesse público para fins de concessão de licença compulsória.

⁶² Para Boaventura (2002a, p. 85), a globalização seria o “conjunto de relações sociais que se traduzem na intensificação das interações transnacionais, sejam elas práticas interestatais, práticas capitalistas globais ou práticas sociais e culturais transnacionais”.

⁶³ BARBOSA relata que “A questão do aumento da proteção à propriedade intelectual é particularmente fértil em contradições. No plano bilateral, vêm os Estados Unidos pressionando os países latinoamericanos a adotar com vigência imediata, por via de reforma da legislação interna desses países, o que denominam de padrões de ‘classe internacional’.” (1994, p. 25) Acesso em 15 de Janeiro de 2016.

internacionalização no Sistema protetivo da propriedade industrial - PCT, TRIPS, *pipelines*, marcas de alto renome e notoriamente conhecidas, etc. Ao fim, a ideia de uniformização foi vencedora.

A análise feita é uma síntese, longe de esgotar todas as variáveis influenciadoras. Pretendeu-se destacar o papel da Propriedade Industrial como mecanismo de viabilização da globalização. O capitalismo mostra sempre um forte poder de adaptação; nos momentos críticos que aparenta vulnerabilidade é que se reafirma. Sem dúvida, sua sobrevivência é expansionista, e foi na Propriedade Industrial que o capitalismo encontrou o suporte necessário para percorrer novos campos com as regras que lhe interessam. Agora, será a marca que se tratará mais adiante, contextualizando-a nesse cenário, bem como apresentando o regime jurídico marcário com as espécies de marcas e a abrangência que o ordenamento jurídico brasileiro dá a sua proteção, além da própria natureza que é conferida ao instituto.

3.3 DIREITO MARCÁRIO

Observou-se, até aqui, que o gênero Propriedade Intelectual possui, como espécie, além dos Direitos Autorais (copyrights), a Propriedade Industrial. Por sua vez, a Propriedade Industrial possui diversos institutos jurídicos, entre eles, a patente, o desenho industrial, as indicações geográficas, circuitos topográficos e os cultivares. No entanto, esta tese centra-se na marca como ponto atrativo do seu interesse de estudo. Precisam-se fincar balizas clássicas quanto ao conceito de marca, suas espécies e como se organiza o regime de sua proteção em nosso ordenamento jurídico. Todo esse contexto, longe de esgotar a temática das marcas, constitui parcela importante do que se pode denominar de Direito Marcário.

O Direito Marcário seria a disciplina jurídica voltada ao estudo das marcas, ou ainda, o complexo normativo regulador dos direitos dos titulares das marcas. A relevância das marcas no mundo empresarial atual e a complexidade de relações jurídicas que potencialmente podem ser desencadeadas pela marca justificam a configuração de uma área própria. Portanto, o que, aqui, denomina-se de Direito Marcário consiste nas normas de regulamentação da marca e de sua proteção.

3.3.1 Conceito de Marca

A marca é o instituto jurídico da Propriedade Industrial que consiste em todo sinal perceptível, seja nominal, figurativo, ou híbrido, que remeta a ideia de origem de um bem (produto ou serviço) com distinção de outros. Soares (2000, p. 16) define que:

a marca é o sinal gráfico, figurativo ou de qualquer natureza, isolado ou combinado e que se destina à apresentação do produto e/ou do serviço ao mercado. Por isso deve ser distintiva, especial e inconfundível. Consistindo a marca num sinal qualquer, e empregada esta palavra genericamente, subentende-se que a marca é tudo, dispensando-se assim qualquer forma enumerativa, exemplificativa ou restritiva. Este sinal comumente se apresenta de forma gráfica, tendo por objeto a letra, sílaba, palavra, conjunto de palavras; o número ou co+njunto de números; o risco, traço, conjunto de riscos ou traços; a sua forma figurativa ou ainda o conjunto das primeiras com esta última.

Sua missão primordial é a identificação dos bens aos quais é afixada, com a possibilidade de identificar os responsáveis pela sua oferta, ou seja, informa ao mercado consumidor e, até mesmo, aos concorrentes quem participa e está, portanto, co-dividindo o ambiente de mercado.

O conceito legal de marca pode ser extraído da Lei nº 9.279/1996, que entende as marcas como sinais distintivos visualmente perceptíveis⁶⁴. Há cristalino destaque para o aspecto visual como o caracterizador sensível da marca. Dessa forma, a marca deve ser vista perceptível ao olhar, para que possa efetivamente se consagrar como instituto protegido da Propriedade Industrial. Note-se que a essência imagética marcária emerge facilmente percebível pelo sentido da visão, que é uma fonte informativa para o raciocínio humano. Não se protege qualquer base física que materializasse ou cartularizasse o símbolo, mas ele próprio como criação de conceito ideal. Assim, o mercado reconhece na marca a matriz informativa que atribui qualidade ao produto ou ao serviço, auxiliando na escolha que o consumidor deve realizar entre todos os bens ofertados. Logo, sua natureza jurídica é de bem⁶⁵ móvel imaterial, incorpóreo ou intangível.

Negrão (2010, p. 167) completa que:

⁶⁴ Lei Federal nº 9.279/96 de 11 de setembro de 1990 - Art. 122. São suscetíveis de registro como marca os sinais distintivos visualmente perceptíveis, não compreendidos nas proibições legais.

⁶⁵ [...] para as empresas as marcas representam uma propriedade legal incrivelmente valiosa que pode influenciar o comportamento do consumidor, ser comprada e vendida e, ainda, oferecer a segurança de receitas futuras e estáveis para seu proprietário [...] (KOTLER, 2006, p. 269).

Do ponto de vista do estabelecimento e identificando sua natureza jurídica, a marca pode ser conceituada como um direito de propriedade incorpóreo, integrante do estabelecimento, que tem como funções distinguir produtos e serviços e, em alguns casos, identificar sua origem e atestar o atendimento desses quanto a certas normas e especificações técnicas.

Importante ressaltar que a limitação ao aspecto visual já foi superada em diversos países. Os interesses econômicos não se limitam aos signos visuais, extrapolando essa seara, para recair, também, sob aquilo que é perceptível por outros sentidos, à exemplo do olfato, da audição e do paladar. Há registro de pedidos de marcas olfativas deferidas no Reino Unido⁶⁶, de marcas sonoras em países europeus e nos EUA⁶⁷. Há quem acredite que, apesar da aparente opção pelos sinais destinados à vista humana, a Lei n.º 9.279/96, obliquamente, dispõe de mecanismos que abrem uma janela para os demais sentidos do homem. Tenta-se demonstrar que uma exegese sistemática e teleológica do diploma legal em foco mostra que, na realidade, o direito brasileiro tem amplo espaço para os sinais plurissensoriais (CORREIA, 2004).

A Directiva 2008/95/EC do Parlamento Europeu, de 22 de Outubro de 2008 - que trata das marcas e uniformização da regulação marcária na Comunidade Europeia - trouxe o conceito de marcas no seu artigo 2⁶⁸. A questão central no conceito europeu é opção pela expressão “os sinais susceptíveis de representação gráfica” (Tradução nossa). Essa escolha se diferencia da linha brasileira. Enquanto no Brasil se exigem “sinais distintivos visualmente perceptíveis”, na Europa basta que o sinal seja “capaz de representação gráfica”. Essa sutil diferença, para alguns, faz com que haja uma permissividade maior das marcas não convencionais na Comunidade Europeia. Uma marca sonora, por exemplo, pode ser traduzida em sinais de representação gráfica, como uma partitura, por exemplo. Uma marca olfativa pode ser descrita, e assim por diante.

⁶⁶ A União Europeia, através de algumas Diretivas, já admite novas formas de marcas, como sons, sinais e cheiros. Não obstante, perdura a exigência de representação gráfica da marca, o que sofre críticas dos interessados nessas novas modalidades de marcas. (SCHAAL, 2003).

⁶⁷ O grito do Tarzan foi registrado pela rede NBC americana, sendo Referido como "The Tarzan Yell". (CORREA, 2004)

⁶⁸ Directiva 2008/95/EC do Parlamento Europeu, de 22 de Outubro de 2008: “Artigo 2 - Sinais de que uma marca pode consistir: uma marca pode consistir de todos os sinais susceptíveis de representação gráfica, palavras específicas, incluindo nomes pessoais, desenhos, letras, números, a forma do produto ou da respectiva embalagem, desde que esses sinais sejam adequados para distinguir os produtos ou serviços de uma empresa dos de outras empresas.” (Tradução nossa) Texto original: “Article 2 - Signs of which a trademark may consist: A trademark may consist of any signs capable of being represented graphically, particularly words, including personal names, designs, letters, numerals, the shape of goods or of their packaging, provided that such signs are capable of distinguishing the goods or services of one undertaking from those of other undertakings.” (UNIÃO EUROPEIA, 2016).

Os estudiosos do *marketing* já reconhecem que, nos dias atuais, com o desenvolvimento das estratégias de oferta, os sinais não tradicionais começam a ganhar bastante espaço nas estratégias empresariais, incluindo elementos como som e aroma. Sendo essa uma realidade atual em diversos países, nos próximos anos, arrisca-se o prognóstico de que os elementos não tradicionais e plurissensoriais, ou multisensoriais, serão cada vez mais utilizados como ferramentas integrantes do planejamento estratégico dos fornecedores no mercado de consumo. Os sinais tradicionais já apresentam certas limitações na função de identificar e diferenciar um produto devido ao excesso de estímulos visuais a que está exposto o consumidor (LIMA JR; MACHADO; TOLEDO, 2011). Contudo, não se pode olvidar que há muito a se adaptar nas respectivas legislações para o seu global reconhecimento. Porém, superada a fase de reconhecimento, certamente a etapa seguinte será a pressão internacional do mercado para a uniformização das legislações, em processo similar ao já ocorrido com as patentes e marcas visuais.

Superada a questão de ser convencional ou não, sendo captada por quaisquer dos sentidos, a marca consiste em um influente variável nas escolhas feitas pelo mercado consumidor. Esse poder de influenciar as escolhas é relevante para os agentes econômicos, e faz dela um vital ativo intangível do capital empresarial. Eis a razão da crescente atenção e gastos de grandes fortunas em campanhas publicitárias que as expõem com a finalidade de direcionar o consumidor. Há uma retroalimentação entre as marcas e a publicidade. A comunicação social de massa engrandece e consolida as marcas que ostenta e, por outro lado, a marca revigora a publicidade que a propaga. Dominique Quessada (2003, p. 12) exprime o seguinte pensamento:

Por seu trabalho de imposição de ordens e de vetorização da ordem (de organização da ordem), a publicidade consiste fundamentalmente na criação e na definição de territórios (os territórios das marcas) aos quais aderem pessoas.

Na atualidade, as marcas são criações profissionais, pensadas estrategicamente de acordo com o segmento econômico de sua atuação. A espontaneidade e acaso são histórias, geralmente do passado. As marcas transportam em seu núcleo informativo conceitos e valores preconcebidos à luz do interesse empresarial.

Dado esse papel, representam-se as marcas como os faróis do oceano (mercado) de consumo. Os consumidores são os navegantes que observam os sinais ao seu alcance e tentam

se movimentar, preferencialmente, até atracar em um porto seguro, aqui representado pela marca e seu renome:

As marcas são faróis mercadológicos fincados na mente dos consumidores por meio da associação de valores, experiências e discursos que os capturam, desde a infância até o último suspiro. As imagens, como elementos vitais do processo de cognição humana, são adaptáveis às necessidades da velocidade e da transitoriedade do corpo social. Dessa forma, elas são idealizadas para servirem de ofertas preconcebidas aprisionadoras da atenção do consumidor que está preso à teia publicitária, sendo sujeito passivo de um bombardeio imagético. (CABRAL, 2014, p. 333)

A essência imagética potencializa a cognição humana das marcas, fazendo com que, mesmo crianças e analfabetos, tenham plena consciência de sua significação. Ademais, os símbolos se adéquam à realidade atual, cujas necessidades múltiplas exigem ainda dinamismo informativo. Finalmente, percebe-se que os signos marcários são pensados para servirem de isca à atenção do consumidor, que vive, hoje, em um mundo de espaços publicitários quase que absolutos, pelo menos nos perímetros urbanos. Bauman (2010, p. 33-34) explica que:

A cultura de hoje é feita de *ofertas*, não de *normas*. Como observou Pierre Bourdieu, a cultura vive de sedução, não de regulamentação; de relações públicas, não de controle policial; da criação de novas necessidades/desejos/exigências, não de coerção. Esta nossa sociedade é uma sociedade de consumidores. E, como o resto do mundo visto e pelos consumidores, a cultura também se transforma num armazém de produtos destinados ao consumo, cada qual concorrendo com os outros para conquistar a atenção inconstante/errante dos potenciais consumidores.

Ademais, as marcas seguem o fluxo global. Conforme examinado, com a adoção de mecanismos de uniformização legislativa dos ordenamentos jurídicos nacionais, as marcas passaram a ter um trânsito transnacional acompanhando os capitais dos grandes investimentos econômicos. Um signo marcário de uma grande empresa se tornou, conforme o caso, um símbolo de respeito, cobiça ou segurança mundial, pois está ele protegido em todo o mundo.

3.3.2 Das Espécies de Marcas

As marcas podem ser classificadas segundo critérios diversos que serão examinados nesse sub-tópico, com o objetivo de se visualizar sua importância no mundo empresarial contemporâneo. As marcas podem ser classificadas segundo o bem que referenciam a devida origem: a) Marca de serviço: consiste na marca que designa uma atividade econômica de prestação de serviços patrocinada por profissional liberal, ou empresário; b) Marca de produto: consiste na marca utilizada para distinguir um produto de outro ofertado no mercado; e c) Marca de certificação: o símbolo distintivo utilizado faz uma diferenciação de um dado produto ou serviço, mas para certificar que o mesmo apresenta certas qualidades, características ou especificações (art. 123, da Lei nº 9.279 de 1996 - Código de Propriedade Industrial).

A marca certificadora propicia ao produto ou serviço certificado um *plus* diante dos demais concorrentes, por esse apresentar determinado padrão de eficiência e/ou qualidade. Smith et al (1993, p. 121) explicam que:

uma marca de certificação é usada em cima ou em conexão com bens ou serviços para se certificar da região ou de sua origem, composição, modo de fabricação, qualidade, precisão, ou outras características, bens ou serviços, ou que a prestação de serviço foi realizada por membros de uma União ou outra organização.⁶⁹

Soares (2000, p. 49) caminha neste norte, quando entende que “a função de garantia é o elemento essencial da marca de certificação em muitos países onde cada marca é reconhecida e protegida por lei.” No Brasil, marcas de certificações famosas que podem ser citadas como exemplo são o Inmetro e a ABNT.

⁶⁹ Texto original: “A certification mark is used upon or in connection with goods or services to certify the regional or their origin, composition, mode of manufacture, quality, accuracy, or other characteristics of goods or services or that the work or labor in the goods or services was performed by members of a union or other organization.”

FIGURA I – MARCAS DE CERTIFICAÇÃO

FONTE: INMETRO, 2016& ABNT, 2016

As marcas podem ser classificadas, também, no que diz respeito à sua apresentação, podendo ser classificadas como:

- a) nominativa, quando composta apenas de algarismos alfabéticos e/ou numéricos. São exemplos de marcas nominativas: GLOBO, MERCEDES BENZ e BANCO DO BRASIL;
- b) figurativa, se formada exclusivamente por símbolos, figuras ou ideogramas linguísticos – esses últimos comuns nas línguas orientais – sem dizeres ou palavras escritas. São exemplos:

FIGURA II – MARCAS FIGURATIVAS

FONTE: MANUAL DE MARCAS, 2016

- c) mista ao associar elementos figurativos com nominativos concomitantemente, ou seja, sua composição se utiliza de letras ou números em conjunto com signos ou ideogramas. (SOARES, 1998b, pp. 47-47). Também se considera mista a marca que, embora seja nominativa, tenha uma grafia especial ou estilizada que lhe particularize. Podem-se citar como exemplos:

FIGURA III – MARCAS MISTAS



FONTE: MANUAL DE MARCAS, 2016

- d) tridimensional que consiste na marca constituída de uma configuração morfológica, representa um contorno físico do produto ou serviço – “São aquelas constituídas pela figura plástica de produto ou de embalagem, cuja forma esteja dissociada de qualquer efeito técnico. É o formato, a configuração, ou a conformação física de um produto ou de embalagem”. (GOYANES, 2007, p. 18). São muito comuns em alguns segmentos, como o de bebidas e de perfumaria para dar originalidade e identidade exclusiva ao produto. Abaixo, exemplos de marcas tridimensionais:

FIGURA IV – MARCAS TRIDIMENSIONAIS



FONTE: MANUAL DE MARCAS, 2016

Comumente os empresários criam uma identidade marcária plural, apresentando-se das diversas formas listadas. Ou seja, fortalecem uma marca nominal e uma figurativa que podem ser utilizadas isoladamente ou combinadas. Observe-se, por exemplo, a marca Ferrari segundo a sua apresentação, ela tanto é utilizada isoladamente nas formas nominativa e figurativa, como também, em conjunto associadas ou mista:

FIGURA V – MARCA PLURAL



FONTE: FERRARI, 2016

As marcas podem, também, ser classificadas de acordo com o universo de bens que designam. Sob esse prisma, as marcas são: a) individual, quando distingue um bem isoladamente, seja um produto, serviço ou mesmo um empresário; ou b) coletiva, quando caracterizada por ser utilizada para identificar bens cuja origem se relaciona com uma organização coletiva.⁷⁰ Estas últimas podem ser: b1) públicas aquelas pertencentes à Administração pública; ou b2) privadas, as que têm como titulares pessoas jurídicas de direito privado, por exemplo, as associações e fundações.

⁷⁰ Soares (2000, p.44) explica que “as marcas coletivas diferem substancialmente das marcas individuais, posto que, na verdade, podem ser usadas em conjunto. Enquanto as primeiras destinam-se a assinalar e distinguir os produtos de um sem-número de produtores ou industriais, com o fim precípuo de indicar a origem, a excelência, qualidade e autenticidade de produtos; as outras (individuais) restringem-se à marcação de produtos de uma indústria ou ainda, em alguns casos, de um grupo de industriais, sob égide de pessoa jurídica de natureza privada.” Smith et al (1993, p. 1121) a define como uma marca que indica que o responsável do produto ou serviço pertence a uma organização, nos seguintes termos: “a marca coletiva é uma marca distintiva ou símbolo usada para indicar tanto o produtor ou fornecedor que pertence a um sindicato, associação comercial, sociedade fraterna, ou outra organização ou bens ou serviços que são produzidos por membros de um grupo coletivo.” (Tradução nossa) Texto original: “a collective Mark is a distinctive Mark or symbol used to indicate either that the producer or provider belongs to a trade union, trade association, fraternal society, or other organization or that the goods or services are produced by members of a collective group.”

Há marcas especiais em virtude de alta respeitabilidade, quais sejam: a) Marca de alto renome: consiste na marca que possui registro no INPI – Instituto Nacional de Propriedade Industrial e que por sua grande reputação no mercado recebe proteção especial, em todos os ramos da atividade econômica. Ela foi registrada em uma classe, mas tem sua proteção ampliada para as demais em virtude de sua respeitabilidade (Art. 125 da Lei nº. 9.279 de 1996); e b) Marca Notoriamente Conhecida: é a categoria que representa a marca consagrada em um dado ramo de atividade econômica, que independentemente de registro no INPI, detém proteção especial em seu segmento (Art. 125 da Lei nº. 9.279 de 1996). A diferença da marca notoriamente conhecida para a de alto renome é que não se exige registro para sua proteção, no entanto, a exclusividade do direito de sua utilização está adstrita ao seu segmento econômico efetivo, a sua classe. Soares (2000, p. 64) explicita que: “a marca notoriamente conhecida está limitada aos produtos ou serviços e àquela outros que se lhe são semelhantes ou afins e também ao seu elemento distintivo que, por sua vez, abrange os que forem iguais ou semelhantes.”

Pode-se concluir que a marca de alto renome consiste em exceção ao princípio da especialidade, já que a lei expande sua proteção para todos os ramos de atividade. Contudo, está sujeita ao princípio da territorialidade, pois a proteção se limita ao território nacional. Por sua vez, a marca notoriamente conhecida, está sob a normatividade do princípio da especialidade, já que sua proteção só é efetivada em ser ramo de atividade original. Porém, no que tange ao princípio da territorialidade, a marca notoriamente conhecida representa cristalina exceção, pois se reconhece no território nacional uma proteção concedida internacionalmente, independentemente, de pedido de registro no INPI.

Todavia, Schmidt (2007, p. 47) discorda da posição exposta, pois entende que a notoriedade a ser debatida é no país que se pretende o reconhecimento da marca independentemente de protesto, que só haveria exceção de fato ao princípio da territorialidade se a notoriedade a ser tomada por base fosse a do país de origem da marca. Realizada esta exposição das espécies marcárias, passa-se a tratar do regime jurídico das marcas.

3.3.3 O Regime Jurídico das Marcas no Brasil: os Princípios Norteadores do Direito Marcário

No âmbito jurídico, a proteção marcária no Brasil foi inserida em sede constitucional a partir da Constituição Federal de 1891, em seu art. 72:

A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 27 - A lei assegurará também a propriedade das marcas de fábrica.

A referida proteção continuou presente no contexto constitucional da Carta Magna de 1988, no art. 5º, inc. XXIX. Na esfera infraconstitucional, as marcas também estão disciplinadas pela Lei nº 9.279, de 1996, também denominada de Código da Propriedade Industrial. De fato, trata-se de importante diploma legal que tem por objeto a proteção das criações intelectuais industriais, incluídas as marcas, as patentes, as indicações geográficas e os desenhos industriais, além de se ocupar do combate à concorrência desleal.

Como visto anteriormente, toda a proteção atribuída no direito interno é lastreada por uma firme base internacional da matéria com tratados internacionais, como a convenção da União de Paris para a Proteção a Propriedade Industrial (CUP), bem como o Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio.

A teoria jurídica do Direito Marcário é formada de fontes plurais e multidisciplinares. Há nítida influência da economia, marketing, ciências sociais, psicologia, além de outros direitos e ramos jurídicos. Ademais, como se viu, anteriormente as marcas são institutos centrais no fenômeno da globalização e desde sua concepção a marca é um produto tratado com extremo profissionalismo - quando ela é idealizada por *experts* de *marketing*, para atingir os *targets* ou nichos de Mercado. Salomon (2011, p. 32) destaca que, “[...]com frequência tem imagens claramente definidas, ou ‘personalidades’, criadas pela propaganda do produto, por sua embalagem, pela caracterização visual da marca e por outras estratégias de marketing”.

Outro ponto interessante é compreender que ideias fundamentais traduzidas em princípios fortes nem sempre vão encontrar ressonância no Direito Marcário de forma relevante. Atente-se a questão da igualdade, por exemplo. A luz do neoliberalismo, a igualdade de condições de mercado é pressuposto formal de condições iniciais de disputa de mercado, preferencialmente com o mínimo de interferências do estado. No entanto, para sobreviver na disputa de forte concorrência, os empresários desenvolvem estratégias de diferenciação para que possam ser percebidos. Ou seja, embora haja o pleito de um direito à igualdade, há, de certa maneira, um direito à desigualdade ou de diferenciar-se:

[...] a igualdade não é um princípio de atuação no mercado, já que são os desiguais que se destacam e conquistam espaços diferenciados. Infere-se, então, ser por meio da desigualdade que mercados são dominados e se

conquista a preferência de mais consumidores. Nessa realidade, a marca é um ativo econômico central dos mais relevantes, o que resultou em um reconhecimento legal da necessidade de sua proteção. (CABRAL, 2014a, pp. 334-335).

O direito a diferenciar-se é muito mais resguardado e efetivo no Direito Marcário, porque dele resulta a construção das relações de poder:

:

Em resumo, o mercado dos bens simbólicos tem as suas leis, que não são as da comunicação universal entre sujeitos universais: a tendência para a partilha indefinida das nações que impressionou todos os observadores compreende-se se se vir que, na lógica propriamente simbólica da distinção – em que existir não é somente ser diferente mas também ser reconhecido legitimamente diferente e em que, por outras palavras, a existência real da identidade supõe a possibilidade real, juridicamente e politicamente garantida, de afirmar oficialmente a diferença – qualquer unificação, que assimile aquilo que é diferente, encerra o princípio da dominação de uma identidade sobre a outra, de negação de uma identidade por outra. (BOURDIEU, 2010, p. 129)

Não se pode olvidar da importante função integrativa dos princípios jurídicos. Giorgio Del Vecchio (2003, p. 8) assenta este posicionamento, advogando que é impossível prever e regular todas as hipóteses. Por isso, em caso de lacuna da lei, como fonte do direito o legislador “indica a analogia e, depois, quando também esta não socorra, os princípios gerais do direito.” Neste sentido, Saraiva (2005, p. 33) afirma: “os princípios também atuam como fonte integradora da norma, suprimindo as omissões e lacunas do ordenamento jurídico.”

Ou seja, na ausência de uma norma específica, os princípios jurídicos são convocados como normas auxiliaadoras na resposta do intérprete legal. A inafastabilidade do judiciário e a necessidade preeminente de solução do problema jurídico concreto impõem uma resposta do aplicador do direito. Assim sendo, os princípios jurídicos se apresentam como instrumentos de auxílio aos interessados e ao próprio Estado-Juiz na missão de fundamentação dos pleitos e julgamentos, principalmente quando não há normatização explícita da questão posta em relevância.

Assim, passa-se ao tratamento dos princípios que se julgam fundamentais ao Direito Marcário. Mas, antes, dois alertas: a) o primeiro, o de que os princípios aqui pinçados certamente não esgotam os elencados na doutrina, apenas se apresentam como um núcleo de grande relevância normativa para as marcas; b) o segundo, que muitos desses princípios são incidentes para além das marcas, ou seja, regem a Propriedade Industrial, por vezes, como um

todo. A principiologia marcaria é fundamental para compreensão da dinâmica sistêmica normativa que ambienta a marca e, conseqüentemente, a tese aqui apresentada da Catividade.

3.3.3.1 Princípio do desenvolvimento econômico e tecnológico

Desenvolvimento é um fenômeno plural da evolução civilizatória humana. Assim, possui diversos primas, que são faces de um prisma multifacetário⁷¹. O termo é emprestado das ciências biológicas pelas ciências sociais, principalmente pela economia, residindo aqui o atrelamento equivocado com a ideia de crescimento econômico. No entanto, o conceito de desenvolvimento evoluiu para outras searas, como, por exemplo, etnodesenvolvimento, ecodesenvolvimento, desenvolvimento social, político, humano (FEITOSA, 2012, p. 41 a 43). A tentativa, aqui, é, de forma sucinta, tratar apenas dos aspectos econômico e tecnológico do desenvolvimento:

[...] o complexo fenômeno do desenvolvimento é múltiplo e integrado, verdadeiro feixe de impulsos do homem para uma consolidação mais ampla que sua mera subsistência ou mesmo sua sobrevivência no planeta. Seu fim último é a sua dignidade. E esta não comporta limitações, pois quanto mais plena for, mais próxima estará de sua essência. (FEITOSA; CABRAL In: FERRAZ et al, 2013, p. 60)

Há relevância na distinção entre crescimento e desenvolvimento econômico. Crescimento é termo ligado à uma parâmetro quantitativo, por sua vez, o desenvolvimento é qualitativo. Assim, nem sempre crescimento econômico representado por incremento dos números da economia, como o PIB por exemplo. Desenvolvimento implica num acompanhamento de outros fatores, muito comumente de ordem outra, como os sociais⁷². Os Estados buscam obter crescimento econômico que signifique desenvolvimento econômico. Compreende-se, atualmente, o porquê de o PIB se relacionar ao crescimento econômico, enquanto o IDH ganha status de desenvolvimento.

Por isso, a palavra desenvolvimento é repetida dezenas de vezes no texto constitucional. Mas, especificamente, quanto ao desenvolvimento tecnológico, temos o art. 218, da CF/88, como ponto central, sendo disposto que cabe ao Estado promover o

⁷¹ O tema do Desenvolvimento foi tratado no Capítulo I, tópico 1.2 “Desenvolvimento como direito: do econômico ao humano”.

⁷² Como se pode observar, “embora possa haver taxas elevadas de crescimento econômico e aumentos de produtividade, a modernização não contribui para melhor as condições de vida da maioria da população” BERCOVICI (2005, p. 53).

desenvolvimento tecnológico.⁷³ Na perspectiva econômica, pode-se destacar: a) a competência da União para elaborar e executar planos nacionais e regionais de desenvolvimento econômico e social (Art. 21, IX c/c Art. 43, II da CF/88); b) O papel do Estado de normatizar e regular a atividade econômica, conforme o planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado (Art. 174, § 1º). Ademais, o art. 219, da CF/88⁷⁴, une as duas perspectivas de desenvolvimento aqui tratadas: econômica e tecnológica - considerando dever do Estado incentivar o mercado interno como meio de desenvolvimento sócio-econômico e a realização da autonomia tecnológica do País.

Quando se examina o texto constitucional à luz do Direito Marcário, não se pode olvidar de que se garante à propriedade das marcas, tendo em vista o interesse social e o *desenvolvimento tecnológico* e econômico do País (Art. 5º, XXIX). Assim, o CPI, em seu art. 2º *caput*, consolida a ideia de que a defesa da propriedade industrial, mediante a concessão de registro de marcas (inciso III), consiste em importante fator de interesse social e de desenvolvimento tecnológico e econômico do País.

Aliás, a concorrência obriga o aprimoramento, com o escopo de aperfeiçoar a utilidade dos produtos e serviços ofertados, reduzir preços, ou, ainda, avançar no estado das técnicas produtivas. Bastos (1996, p. 38) realça o papel do avanço tecnológico, na disputa lícita pela ampliação de mercados, entendendo que:

A competitividade sustentada, exclusivamente, por baixos salários e favores fiscais/creditícios/cambiais, tem sido classificada como "espúria" por diversas correntes do pensamento econômico contemporâneo. Isso porque a competitividade dos sistemas produtivos deve apoiar-se principalmente nos avanços da Ciência e da Tecnologia, razão pela qual os investimentos em pesquisa e desenvolvimento devem ser ampliados, redirecionados e reforçados.

Afinal, se conhecimento é poder, esse é exercido por meio essencialmente econômico no mundo capitalista, onde a acumulação de riquezas é obtida pela circulação de bens. Ora, nessa circulação é imperiosa a salvaguarda das marcas, como elementos de farol de consumo, guiando consumidores e agregando valores aos bens ofertados.

⁷³ “O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação.”

⁷⁴ “O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal.”

3.3.3.2 Princípio do interesse social ou função social da marca

Já se abordou, no capítulo anterior deste estudo, a função social da propriedade. Este princípio geral da propriedade não distingue a propriedade material da imaterial, por isso deve ser realizado também no âmbito da propriedade industrial. Lisboa (2001, p. 16) leciona que:

Sob tal contexto, a propriedade, inclusive a empresarial, deverá realmente atender a sua função social, sendo exercida a atividade de fornecimento de produtos e serviços no mercado de consumo em um sistema econômico no qual prevalece a livre concorrência sem o abuso da posição dominante de mercado, proporcionando-se meios para a efetiva defesa do consumidor e a redução das desigualdades sociais.

A priori, o interesse social é mais amplo que a questão da propriedade, porém se entende aqui uma aproximação umbilical no Direito Macário. O interesse social se manifesta justamente por meio do viés social da propriedade. A opção tomada foi de justapor esses princípios, pois, no Direito Marcário, suas incidências, se não se encontram inteiramente na interseção de ambos, estão nitidamente complementares.

As marcas movem recursos vultosos, sendo considerada, como já visto, importante ativo empresarial. Nessa dimensão de propagadora de investimentos, a marca permite a apreensão de lucros aos seus titulares, contudo há a expectativa de que a sociedade como um todo, também, seja beneficiada. Desta forma, é justo que a sociedade espere retirar proveito coletivamente, também, das marcas. A sociedade permite e gera o intenso lucro ao empreendedor (titular das marcas), porém almeja uma contrapartida, um proveito social. Carvalhosa (1973, p. 345) expõe que:

A economicidade, transcendendo ao plano do meramente econômico, em termos de rentabilidade ou lucratividade, afirma-se exatamente como critério ou método normativamente imposto ou sugerido de obtenção prioritária de um lucro social ou coletivo, do qual a remuneração compensatória dos capitais diretamente empregados é mero instrumento, nem sempre imprescindível, se bem que instrumentavelmente almejável.

Muitos apontam a utilização efetiva ou princípio da caducidade como uma derivação do interesse social e da função social da propriedade. De fato, a relação é clara e, considera-se, neste estudo, o princípio da caducidade um subprincípio da função social da marca. Contudo, pela sua importância, a caducidade estará tratada adiante em tópico próprio. O desafio, no Direito Marcário é, justamente, extrair esse interesse social das suas normas.

Oportuno é rememorar que a Propriedade Industrial nasce com nítido e acentuado viés liberal e, assim, preserva-se ainda hoje com a vitória do neoliberalismo. Dada a importância desse princípio para os fins propostos desta tese, ele será tratado com mais afinco ao fim deste capítulo⁷⁵.

3.3.3.3 Princípio da Territorialidade

A territorialidade é a limitação geográfica da proteção nacional concedida - outro princípio consagrado na legislação internacional, via CUP (art. 6º). Cada Estado signatário, ao proteger uma marca, só assegura a proteção ao signo requerido no âmbito restrito do seu domínio territorial. Não deixa de representar uma reserva de soberania dos Estados signatários, que, no caso brasileiro, alinha-se com os arts. 1º, I (soberania como fundamento da República) e 170, I (soberania como princípio da ordem econômica), da CF/88.

Dessa forma, o interessado em proteger uma marca internacional deve requerer seu registro em cada órgão nacional ou comunitário competente para que possa gozar a proteção desejada no âmbito de cada um dos seus territórios. *Prima facie*, o princípio da territorialidade pode se apresentar contrário aos interesses uniformizadores globais. Contudo, como se verá adiante, ele é bastante relativizado pelos princípios da reciprocidade e da prioridade, que serão tratados mais adiante.

3.3.3.4 Princípio da Anterioridade

Por esse importante princípio, entende-se que, havendo conflito de interesse pela mesma marca, deve a marca mais antiga requerida prevalecer sobre a que foi depositada a menos tempo. Muito comum a utilização desses princípios nas querelas judiciais, em que empresários distintos de um segmento de mercado demonstram interesse pela mesma marca.

Esta é, sem dúvida, uma das principais razões para que o interessado em uma marca a proteja o quanto antes, afim de se salvaguardar de co-interessado no mesmo signo distintivo. Nesse sentido, embora não seja o único princípio a ser levado em conta nas disputas por marcas, devendo a especialidade e a territorialidade também ser consideradas, a anterioridade,

⁷⁵ Tópico 3.3.3.11 Princípio da Efetiva Exploração (Caducidade).

há muito, está consolidada em nossa jurisprudência como princípio fundamental no direito marcário⁷⁶.

3.3.3.5 Princípio da Originalidade, Disponibilidade ou Novidade

A marca deve ser original, ao ponto de não colidir com outra já registrada, tendo signos inovadores suficientes para sua distinção com as demais já existentes, estando, portanto, disponível para o reconhecimento legal de sua proteção. A legislação (art. 124, do CPI - Lei nº 9.279/1996) lista diversas proibições ao se registrar uma marca, entre elas, por exemplo: (a) os brasões oficiais; (b) sinal contrário à moral e aos bons costumes; (c) reprodução ou imitação de elemento característico ou diferenciador de empresa de terceiros, nome civil ou sua assinatura, nome de família ou patronímico e imagem de terceiros, salvo com consentimento do titular, herdeiros ou sucessores; (d) reprodução ou imitação, no todo ou em parte, ainda que com acréscimo, de marca alheia registrada; (e) sinal que imite ou reproduza, no todo ou em parte, marca que o requerente evidentemente não poderia desconhecer em razão de sua atividade, cujo titular seja sediado ou domiciliado em território nacional ou em país com o qual o Brasil mantenha acordo ou que assegure reciprocidade de tratamento; e (f) marca que reproduza ou imite, no todo ou em parte, marca notoriamente conhecida⁷⁷. Assim, a disponibilidade consiste na inexistência de fatos impeditivos, que normalmente configuram direito de preferência alheio sobre uma determinada marca (SCHMIDT, 2007, pp. 37 et seq).

Importante ressaltar que o princípio da anterioridade, já analisado, também pode ser fator de indisponibilidade, já que um pedido anterior vai prevalecer sobre o mais recente. Por isso, a originalidade é vital, pois, inexistindo algo semelhante ao signo já registrado, ou em vias de ser com um requerimento prévio já depositado, as chances da obtenção do registro são potencializadas.

⁷⁶ “Nome comercial. Marca. Princípio da anterioridade. Ausência de registro da marca pela empresa ré. Utilização de patronímico. Precedentes da Corte. 1. A circunstância do uso de patronímico não altera o princípio maior da proteção ao nome comercial, subordinado ao princípio da anterioridade, nos termos do art. 8º da Convenção de Paris, na forma da revisão de Haia de 1925. 2. Dispondo a autora de registro de marca em diversas categorias, não pode a empresa ré, que não dispõe sequer de registro, havendo nos autos indicação de mero pedido, invadir a exclusividade nas classes registradas, que impede a utilização por terceiros. 3. Recurso especial conhecido e provido.” (REsp 406.763/SP, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/09/2002, DJ 11/11/2002, p. 212)

⁷⁷ Essa última hipótese de indisponibilidade está prevista no art. 126, §2º do CPI (Lei nº 9.279/1996).

3.3.3.6 Princípio da Especialidade

As marcas são idealizadas para servir primordialmente de referência ao consumo por meio da indicação de origem de produtos ou serviços. Essa ligação marca-produto ou marca-serviço é umbilical. Não existe marca sem produto ou serviço como se demonstrará adiante na explanação do Princípio da efetiva utilização ou da caducidade. A proteção legal pretendida pelo registro abrange o uso da marca em quaisquer meios de divulgação relativos à atividade do seu titular (Art. 131 do CPI). Portanto, ao requerer o registro marcário, o interessado deve promover a especificação dos produtos e serviços que pretende apor a marca objeto do pedido, bem como indicar a classe a que o signo pertence.

Por classe da marca se entende a segmentação das atividades econômicas de produtos e serviços. No Brasil, atualmente, dividem-se os produtos e serviços em 41 (quarenta e um) grupos (classes). Como visto, existe a Classificação Internacional de Nice de Produtos e Serviços para o Registro de Marcas criada pelo Tratado de Nice (1957) – uma das importantes revisões do Tratado de Madri (1891) – porém o Brasil não é signatário.

Dessa forma, podem-se encontrar marcas nominais idênticas registradas em classes diferentes, pois se entende que não há violação ao primeiro registro deferido, uma vez que os produtos ou serviços, sendo de classes diferentes, não apresentam, normalmente, afinidades e, conseqüentemente, não causaram confusão no mercado. A premissa fundante é a de que os consumidores saberão distinguir cada marca, cada produto ou serviço, apesar da coincidência nominal.

Schmidt (2007, p. 49) afirma que:

Se um terceiro usar marca idêntica, mas para identificar produto ou serviço inteiramente diverso, não haverá violação. Da mesma forma, nada impede a convivência de marcas diversas para identificar um mesmo tipo de produto. A proteção à marca só é absoluta dentro de sua relatividade, ou seja, atentando para os produtos ou serviços a que se refere.

O princípio da especialidade acabou por se tornar importante pedra de toque da jurisprudência nacional, para fins de solução de colidência entre marcas, permitindo⁷⁸ ou

⁷⁸ “PROPRIEDADE INDUSTRIAL. COLIDÊNCIA DE MARCAS. POSSIBILIDADE DE CONFUSÃO AFASTADA. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. MARCA NOTÓRIA. ART. 126 DA LEI 9.279/96. ADMITIDA A CONVIVÊNCIA DAS MARCAS EM LITÍGIO. PRECEDENTES. 1. (...) 2. Segundo o princípio da especialidade das marcas, não há colidência entre os signos semelhantes ou até mesmo idênticos, se os produtos que distinguem são diferentes. 3. Reconhecida a notoriedade da marca MILLER pelo tribunal de origem, incide o art. 126 da Lei

proibindo⁷⁹ a convivência entre marcas semelhantes de acordo com a capacidade de distinção entre os produtos ou serviços que referenciam.

Importante registrar que a jurisprudência atual entende o princípio da especialidade potencializado, para além das barreiras das classes. Ou seja, a ideia atual é buscar a possível afinidade ou não da marca com os produtos, mesmo que estes últimos estejam em classes de registro distintas. Assim, se uma determinada pessoa, detentora de registro marcário, em uma certa classe, observa que outra usa marca similar a sua, capaz de causar confusão ao mercado de consumo, poderá se opor ao novo registro, mesmo que em classe distinta. Ou seja, a especialidade examina se os produtos entre os concorrentes podem ser gravados com a mesma marca sem a equivocada mensagem que pertencem à mesma origem. A resposta gira em torno de que as marcas semelhantes induzem o mercado à percepção de que os produtos são da mesma origem; a decisão tem caminhado para a impossibilidade de coexistência entre as marcas. Na hipótese contrária, se o mercado não tem a percepção de uma mesma origem dos produtos, as marcas, por mais que sejam semelhantes, poderão coexistir, conforme julgado:

DIREITO MARCÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE REGISTRO DE MARCA. 1. MARCAS SEMELHANTES. DUPLICIDADE DE REGISTRO. CLASSES DISTINTAS. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. ATUAÇÃO

nº 9.279/96, que confere proteção especial à marca notoriamente conhecida em seu ramo de atividade. 4. Afastada a possibilidade de erro ou confusão do público entre as marcas MILLER, da recorrida, e MÜLLER FRANCO e MILER, da recorrente, ante a ausência de semelhança dos produtos que representam, possível a convivência dos signos em exame. Precedentes. 5. Recurso especial a que se nega provimento.” (REsp 1079344/RJ, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 21/06/2012, DJe 29/06/2012)

⁷⁹ “RECURSO ESPECIAL. DIREITO EMPRESARIAL. PROPRIEDADE INDUSTRIAL. DIREITO MARCÁRIO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. ART. 124, XIX, DA LEI N. 9.279/96. IMPOSSIBILIDADE DE REGISTRO DE MARCA IDÊNTICA À OUTRA JÁ REGISTRADA PARA PRODUTO AFIM. TIC TAC (BOLACHA RECHEADA) CONSTITUI REPRODUÇÃO DA MARCA TIC TAC (BALA). PRODUTOS QUE GUARDAM RELAÇÃO DE AFINIDADE. INDEFERIMENTO DO REGISTRO QUE DEVE SER MANTIDO. 1. Pretensão da autora de anular o ato do INPI que indeferiu o registro da marca TIC TAC para a distinção de biscoitos recheados. 2. Marca nominativa que configura reprodução de marca já registrada, TIC TAC, distintiva de bala. 3. Produtos que guardam relação de afinidade, pois se inserem no mesmo nicho comercial, visando a um público consumidor semelhante e utilizando os mesmos canais de comercialização. 4. Aplicação do princípio da especialidade que não deve se ater de forma mecânica à Classificação Internacional de Produtos e Serviços, podendo extrapolar os limites de uma classe sempre que, pela relação de afinidade dos produtos, houver possibilidade de se gerar dúvida no consumidor. 5. Caso concreto em que a concessão do registro pleiteado pela autora ensejaria, no consumidor, uma provável e inverídica associação dos biscoitos recheados com as pastilhas TIC TAC comercializadas pelas rés. 6. Indeferimento do registro que deve ser mantido, à luz do art. 124, XIX, da Lei n. 9.279/96. 7. RECURSOS ESPECIAIS PROVIDOS.” (REsp 1340933/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/03/2015, DJe 17/03/2015)

NO MESMO SEGUIMENTO MERCADOLÓGICO. CONFUSÃO CONCRETA. (...) 1. Na esteira dos precedentes do STJ, o registro de marcas semelhantes, ainda que em classe distintas, porém destinadas a identificar produtos ou serviços que guardem relação de afinidade, inseridos no mesmo segmento mercadológico, devem ser obstados. 2. O princípio da especialidade não se restringe à Classificação Internacional de Produtos e Serviços, devendo levar em consideração o potencial concreto de se gerar dúvida no consumidor e desvirtuar a concorrência. Precedentes. 3. (...) 8. Recurso especial de Angel Móveis Ltda. conhecido e desprovido. Recurso especial do Instituto Nacional da Propriedade Industrial - INPI conhecido e parcialmente provido, apenas para isentá-lo do pagamento de custas processuais.” (REsp 1258662/PR, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 02/02/2016, DJe 05/02/2016)

Assim, o princípio da especialidade vem sendo adotado com frequência como forma de se garantir e oportunizar o uso dos símbolos marcários de forma ampla, mesmo quando similares e até idênticos nominalmente. Contudo, o ponto irrenunciável é a capacidade do mercado consumidor distinguir as marcas. Ou seja, se os símbolos remetem a idéia de origem comum e causam confusão ao mercado consumidor a utilização deve ser reconhecida a apenas um agente econômico.

3.3.3.7 Princípio da Publicidade

Longe de ser exclusivo do Direito Marcário, o princípio da publicidade é herdado da teoria dos próprios direitos reais, já que a marca, como bem móvel (art. 5º, CPI), constitui objeto do direito de propriedade. Ainda mais, sua natureza imaterial e os altos interesses em jogo fazem do registro um ato atributivo/constitutivo do direito. Assim, tratando-se de marca, sua aquisição ou transferência deve ser acessível ao conhecimento de qualquer interessado, primordialmente, para os do segmento de mercado, que sofrerão, indiretamente, as consequências do registro. Afinal, quando se obtém o registro marcário, o direito de exclusividade consiste em obrigação geral negativa de todos os demais agentes de mercado do segmento do titular da marca para que se abstenham de adotar o signo protegido em suas atividades.

Assim, todos os atos administrativos do processo de registro de marca devem ser públicos, já que suas decisões, como visto, interferem no próprio mercado. A preocupação e importância da publicidade fez com que o INPI organizasse a RPI – Revista de Propriedade Industrial. A RPI foi criada desde a época do antigo Departamento Nacional de Propriedade

Industrial – DNPI⁸⁰, para se aprimorar o conhecimento a que tinha que ser dadas as decisões brasileiras em matéria de Propriedade Industrial. Hoje, para melhor ordenar os atos publicados na RPI, o INPI divide as publicações em duas seções: a seção I (Patentes) e a seção II (Marcas). A dedicação de toda uma seção para as marcas demonstra sua importância e volume de trabalho para o INPI. Ressalte-se, finalmente, que a RPI se encontra disponível em meio digital, no sítio oficial do INPI (INPI, 2016), o que facilita e democratiza o acesso a importantes informações.

3.3.3.8 Princípio da Reciprocidade ou do Tratamento Nacional

A carga internacional da Propriedade Industrial traz ao centro do Direito Marcário a reciprocidade. O Art. 2º, da CUP, obriga aos países signatários que os nacionais unionistas, ou seja, pessoas de qualquer membro signatário desse Tratado, possam exercer os mesmos direitos que o país concede a um nacional seu. Da mesma forma, O CPI anuncia sua aplicação ao pedido de patente ou de registro proveniente do exterior e depositado no País por quem tenha proteção assegurada por tratado ou convenção em vigor no Brasil (Art. 3º, I) e aos nacionais ou pessoas domiciliadas em país que assegure aos brasileiros ou pessoas domiciliadas no Brasil a reciprocidade de direitos iguais ou equivalentes (Art. 3º, I).

3.3.3.9 Princípio da Prioridade

Trata-se de princípio com base na CUP, comumente denominado Princípio da Prioridade Unionista, pois é uma das grandes conquistas do tratado. Previsto no art. 4º, da CUP, garante, a quem apresentar pedido de registro de marca em qualquer país signatário do tratado, direito de prioridade para apresentar o pedido do mesmo signo marcário em qualquer outro país unionista, no prazo de seis meses, contados do pedido original. Trata-se de evidente dispositivo de unificação das legislações de Propriedade Industrial no mundo, derrubando fronteiras, permitindo a consolidação de marcas internacionais, tudo isso em prol da globalização.

Além da absorção do texto da CUP em nosso sistema jurídico (Decreto nº 635, de 21 de Agosto de 1992.), nosso CPI dispõe que, ao pedido de registro de marca depositado em país que mantenha acordo com o Brasil ou em organização internacional, que produza efeito

⁸⁰ Ambos criados no Decreto nº 22.989, de 26 de Julho de 1933.

de depósito nacional, seja assegurado direito de prioridade. A prioridade deve ser levantada e comprovada formalmente no depósito, por documento hábil da origem, contendo o número, a data e a reprodução do pedido ou do registro, acompanhado de tradução simples. Pode, ainda, ser suplementada dentro de 60 (sessenta) dias, por outras prioridades anteriores à data do depósito no Brasil. Há a possibilidade de extensão em até 4 (quatro) meses, contados do depósito, para a comprovação, sob pena de perda da prioridade. (Art. 127 e §§).

3.3.3.10 Princípio da Exclusividade (*erga omnes*)

Este é um princípio comum derivado da propriedade em geral e de seu caráter exclusivo em prol do proprietário. Representa o poder absoluto do proprietário em relação à coisa sob a qual exerce seu senhorio ou relação dominial. Aspecto, portanto, clássico do direito de propriedade, a exclusividade também caracteriza a propriedade imaterial.

Sob a perspectiva da Propriedade Industrial se trata da capacidade que tem o titular da marca de impedir a utilização do seu Direito Marcário sem sua devida anuência. A oponibilidade *erga omnes* é característica marcante de todo direito real. Ele pode ser oponível contra todos. Portanto, qualquer pessoa que impeça ou dificulte que o titular da marca registrada exerça suas faculdades legais pode ser compelida pelo Estado-Juiz a cessar o impedimento ou as dificuldades que deu causa. Assim, após a aquisição da propriedade da marca, que só ocorre com o registro no INPI, passa o titular a ter seu uso exclusivo em todo o território nacional (Art. 129 do CPI).

3.3.3.11 Princípio da Efetiva Exploração (Caducidade)

Subprincípio do Princípio do interesse social ou da função social da marca (SCHMIDT, 2007, p. 36), a efetiva exploração impõe que o interessado em obter e manter registro de marca exerça, efetivamente, atividade econômica com utilização da marca, no segmento econômico que informa (classe da marca no requerimento). A obtenção do registro não pode ter intuito especulativo - uma reserva marcaria para uma possível, mas incerta, utilização futura. O monopólio legal é benefício que deve ter uma contrapartida, e o mínimo que se pode esperar é a utilização efetiva da marca, para que contribua com o desenvolvimento econômico do país.

O CPI prevê que o registro de marca já concedido se extingue pela caducidade (Art. 142, III). A caducidade do registro marcário é caracterizada pelo decurso de 5 (cinco) anos da sua concessão - se o uso da marca não tiver sido iniciado no Brasil (Art. 143, I), ou o uso da marca tiver sido interrompido por mais de 5 (cinco) anos consecutivos, ou se, no mesmo prazo, a marca tiver sido usada com modificação que implique alteração de seu caráter distintivo original, tal como constante do certificado de registro (Art. 143, II). A caducidade deve ser requerida por interessado em obter a marca, sendo o prazo referido contados a partir da data do requerimento.

O titular da marca sob julgamento de possível caducidade deve justificar o desuso da marca por razões legítimas, ou demonstrar o uso seu efetivo, após intimado para se manifestar no prazo de 60 (sessenta) dias, para que evite a extinção de seu registro (Art. 143, §§ 1º e 2º):

A prova mais evidente de utilização de uma marca conferida a registro para assinalar e distinguir ‘produtos’, é a sua própria aposição ao produto, se isto for possível, ou melhor ainda, se as condições do produto permitirem. (SOARES, 1984, p. 47)

Há grande importância de se demonstrar o respeito ao princípio da especialidade, pois a marca deverá estar sendo utilizada nos produtos ou serviços constantes do certificado, sob pena de caducar parcialmente o registro em relação às atividades de que não foram feitos uso (Art. 144). Ao final, a decisão administrativa declaratória, ou denegatória de caducidade, será tomada, cabendo recurso ainda na esfera do INPI (Art. 146).

3.3.4 O Procedimento de Registro de Marca

A proteção da marca no Brasil ocorre por meio de registro. Qualquer pessoa exercente de atividade econômica lícita possui legitimidade para realizar o pedido de registro de marca junto ao INPI, responsável pela condução do processo administrativo que tem como missão respeitar os parâmetros de legalidade impostos no ordenamento jurídico. Exige-se o exercício efetivo da atividade para que o sistema de proteção só opere em favor das marcas que realmente estão inseridas no mercado, sem conceder muito espaço para especulações. Assim, a almejada exclusividade de utilização da marca é reservada para aqueles que estão na disputa de mercado com exercício de atividade econômica voltada à circulação efetiva de produtos ou serviços ofertados pelo interessado.

Pode-se observar certa relativização na questão da efetiva utilização das marcas, quando se está no âmbito de marcas coletivas e de certificação. Os interessados na proteção de marca coletiva podem se dedicar à atividade distinta daquela exercida por seus membros, entretanto, devem enquadrar o pedido protetivo relacionado com as classes correspondentes aos produtos ou serviços ofertados por seus membros. No que se refere à proteção da marca de certificação, o interessado em registro desta espécie não pode patrocinar atividade econômica que se confunda com as espécies de produtos ou serviços a serem certificados - a ideia é de afastamento, para que se possa atestar imparcialmente as diversas empresas (seus produtos e serviços) que disputam o mercado.

Quando se parte para o registro, é recomendável uma busca prévia nos arquivos do INPI para verificar possível existência ou não de registro anterior do mesmo sinal. Concluída a busca prévia, não havendo óbice ao registro pretendido, deve ser feito o requerimento de registro de marca. O depósito do pedido de registro de marca consiste no ingresso do procedimento administrativo por meio do formulário padrão e da documentação exigida legalmente. Pedido formalizado, o INPI promove um exame de averiguação documental, denominado de “exame formal”.

Observados corretamente os documentos, o pedido é tido como devidamente instruído e é publicado na RPI para dar publicidade a todos os eventuais interessados. Inicia-se o prazo para apresentação de oposição em 60 (sessenta) dias. A oposição é a peça de resistência que um terceiro interessado possui para manifestar seu desejo de impedir o registro pleiteado. Expirado o prazo citado sem apresentação de oposição, o pedido vai para o exame de mérito. Ao contrário, havendo oposição, o requerente do registro deve ser notificado para se manifestar em 60 (sessenta) dias. O INPI poderá, também, formular exigências, que deverão ser respondidas no prazo de 60 (sessenta) dias. Finalmente, o INPI deve julgar a querela entre os interessados. Após o julgamento da eventual oposição, sendo a mesma inacolhida, ou não havendo oposição, o exame de mérito se realizará e se centrará nos critérios para o registro marcário: a novidade, a veracidade, a capacidade distintiva e a licitude para a obtenção do registro.

Após o exame de mérito, profere-se decisão, deferindo ou indeferindo o pedido de registro. Em caso de indeferimento do pedido, cabe recurso ao presidente do INPI, no prazo de 60 (sessenta) dias, que, se for pela manutenção do indeferimento, encerrará a instância administrativa. Na hipótese de deferimento do pedido diretamente, ou por meio de deferimento do recurso ao presidente do INPI, deve-se efetuar e comprovar o pagamento das taxas relativas à expedição do certificado de registro marcário e ao primeiro decênio de

vigência do registro no prazo de 60 (sessenta) dias. Após o pagamento das taxas, é publicada a concessão do registro de marca na RPI, que poderá ser revista, na esfera administrativa, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, contados desta publicação.

Uma vez realizado o registro, fica assegurado ao titular a utilização exclusiva da marca registrada pelo período de 10 (dez) anos em todo o território brasileiro. Esse prazo é renovável por períodos iguais e sucessivos (Art. 133 da Lei nº. 9.279 de 1996), podendo o titular do direito marcário o manter por tempo indeterminável. Não o fazendo, será extinto o registro e a marca estará, novamente, a disposição de quaisquer interessados. Este princípio da efetiva utilização da marca possui uma perspectiva de respeito à função social da propriedade que, *in casu*, é de natureza imaterial.

3.3.5 Dos Direitos Marcários Advindos do Registro Competente

A legislação de Propriedade Industrial confere ao titular de registro de marca os direitos de (Art. 130 I, II, e III, da Lei nº. 9.279, de 1996): a) utilizar a Marca registrada com exclusividade. Ressalte-se que a amplitude do direito marcário abrange o uso da marca em quaisquer impressos, documentos relativos à atividade do seu titular, inclusive publicidade (art. 131, da Lei nº. 9.279, de 1996, - princípio da especialidade); b) ceder seu registro: transferir para outro os direitos marcários que é titular; c) licenciar seu uso: pode o titular colher frutos civis de sua marca por meio de autorizações de uso (licenças), cuja remuneração (*royalties*⁸¹) é livremente pactuada; d) zelar pela sua integridade material ou reputação: impedir a utilização por terceiros não autorizados, bem como defender o renome de sua marca em caso de ataques patrocinados por qualquer um. A aposição de marcas em produtos sem autorização de seu titular é conhecida popularmente como um ato de pirataria, que tecnicamente se denomina contrafação. Paes (1982, p. 106), classificando os crimes contra as marcas registradas, fala da “usurpação”, que seria a espécie de contrafação em que há “aplicação de uma marca verdadeira a artigo outro que não o legítimo” (PAES, Paulo Roberto Tavares. Propriedade Industrial. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 106).

Há limites aos direitos marcários que, para realizações de fins de interesse do mercado, serão relativizados. Nessa linha, o titular não poderá (Art. 132, da Lei nº. 9.279, de

⁸¹ Termo de origem inglesa, derivado do vocábulo inglês *royal*, que significa "real" no sentido de "realeza" ou "do rei". Surgiu dos direitos que os reis tinham de receber pagamento pela exploração de suas terras. Hoje, se utiliza principalmente na acepção de valores pecuniários relativos à exploração de bens imateriais por terceiros.

1996): a) impedir que comerciantes utilizem suas marcas, juntamente com a marca do produto, na sua promoção e comercialização. O objetivo é a preservação da circulação de bens, pois os comerciantes podem exibir marcas alheias para divulgar seus negócios, caso contrário, ficariam engessados principalmente em matéria de publicidade; b) impedir que eventuais fabricantes de produtos acessórios utilizem a marca para se referir à destinação do produto, desde que seja obedecido o princípio da lealdade concorrencial; c) impedir a livre circulação de produto colocado no mercado interno, por si ou por outrem, com seu consentimento; d) e impedir que a marca seja citada em discurso, obra ou qualquer outra publicação, desde que a referência seja feita sem conotação comercial e sem prejuízo para seu caráter distintivo.

Observadas as peculiaridades do regime jurídico de proteção das marcas, pode-se abordar com mais profundidade a função social marcária, que é uma das bases da presente tese. É o que será formulado no subtópico seguinte.

3.4 A FUNÇÃO SOCIAL DAS MARCAS

Intenta-se destacar o Princípio da Função Social Marcária dada a sua importância à luz da tese da Catividade Marcária que se desenvolve neste trabalho. No ordenamento jurídico brasileiro, a função social de toda e qualquer espécie de propriedade possui guarida constitucional (CF/1988, Art. 5º, inciso XXIII, Art. 170, III). Trata-se de princípio conformador da ordem social que propõe um ajuste ao prisma liberal da propriedade. Um ajuste na visão da propriedade como garantia individual plena e inabalável, para a garantia social de um direito de acesso à propriedade ou que ela traga funcionalidades que propague benefícios coletivos.

A funcionalidade social das marcas é uma leitura do próprio significado da marca, ou seja, de seu papel na sociedade. Como afirma Batey sobre os significados da marca:

Embora a natureza desses significados evolua com o tempo, uma marca vai continuar sendo um agrupamento de significados. Aliás, esses significados precisam ser constantemente renovados, modificados, polidos e, quando necessário, trocados. Sem um significado, a marca não existe: Elas são, em primeiro lugar e acima de tudo, diversos significados. Se não fosse por isso, seria impossível falar sobre imagens, personalidade ou posições de marca. Quando criamos as experiências, o objetivo é comunicar os significados. (BATEY, 2010, p. 31)

Adiante, propõem-se perspectivas clássicas da função social marcária. São abordadas suas funções: informativa; distintiva; divulgadora; e lealdade concorrencial. Todas numa

tentativa de desvendar alguns significados da marca. Ademais, a tese da Catividade Marcária defende uma releitura dessas funcionalidades, não para negá-las, mas para ampliá-las em harmonia aos anseios de uma sociedade de riscos propagados pelo consumo.

3.4.1 Função Informativa ou Identitária

A marca é um sinal de precedência, no sentido de que indica um momento prévio relevante para o mercado. Na matemática, o termo “produto” indica o resultado de uma operação de multiplicação (MICHAELIS, 2014). No mercado de consumo, os produtos são resultados de múltiplos atos prévios que vão da idealização ou planejamento do mesmo, passando pela fabricação, distribuição, oferta, até a aquisição pelo consumidor. A forma como esses atos são conduzidos são essenciais no resultado ou produto final. Assim, o zelo, a atenção em cada etapa, a originalidade, a escolha de boas matérias-primas, são todos fatores importantes, verdadeiras variáveis vitais na qualidade final obtida no produto.

Em qualquer segmento, os empresários que desenvolvem um know-how capaz de atender para o máximo de variáveis relevantes no seu processo de produção são, justamente, aqueles que conquistam destaque no mercado. Assim, quando um produto ou serviço é bem fornecido, o mercado deseja conhecer sua procedência. Há uma tendência de se buscar a repetição de experiências positivas de consumo. Ora, qual a melhor forma de referenciar um produto? Sem dúvida, a resposta dessa pergunta passa pela marca.

A marca, desde os primórdios, serviu como fonte informativa, indicando a fonte de origem do produto ou serviço marcado. São diversos os relatos históricos do uso de símbolos em produtos: desde a antiguidade, seja em Roma ou na Grécia (PIERANGELI, 2003, pp. 26 et seq.).

Ainda cedo, o homem percebeu que a marcação de suas criações era umamaneira de informar o mercadoque exercia certa atividade. Com a evolução das relações econômicas, a marca continua informando essa origem e até bem mais. Observe-se a marca de certificação, em que, de acordo com o exame que é feito nos produtos ou serviços, a marca atesta qualidades ou características de interesse do mercado. Por vezes, são marcas que indicam um grupo econômico e não um produto específico, mas que contribui com a transmissão de outro dado importante ao mercado. Na verdade, a marca informa e cria informações, pois vai registrando um histórico de consumo, formado por experiências que os consumidores experimentam na utilização dos produtos e serviços que está grafada. Ao final, forma-se um

arquivo informativo que é acessado, sempre que uma nova oportunidade de consumo do produto ou serviço se apresenta, para que o consumidor realize sua tomada de decisão.

Assim, a marca faz essa função informativa ao identificar um produto ou serviço, inclusive lhe associando a experiências anteriores que foram satisfatórias. Essa associação vai ser mais forte, quanto mais forem repetidas. Explica Batey(2010, pp. 27-28) que “embora as associações de marca se fortaleçam e se consolidem pelo tempo por meio da repetição, elas enfraquecem se não forem repetidas.” Finalmente, a relação marca-produto, ou marca-serviço, denuncia as suas origens, informa, assim, os responsáveis pela sua exposição, isto é, quem está convidando à negociação. Nesse processo, tanto os consumidores quanto os concorrentes que dividem o ambiente de mercado reconhecem os agentes econômicos por trás daquele bem marcado⁸².

3.4.2 Função Distintiva

A função distintiva é aquela que consiste na capacidade da marca de identificar os diversos agentes de mercado em jogo pela preferência do mercado. Embora, em certo aspecto, distinguir um ofertante de outro seja informar os interessados a importância da instrumentalidade distintiva em si, isso justifica seu tratamento em apartado nessa análise funcional. De fato, reconhece-se na marca uma relevante fonte informativa, que atribui uma associação entre um dado produto ou serviço a um signo ou sinal original, assim permitindo a diferenciação entre os demais bens similares que disputam o mesmo mercado e, conseqüentemente, dos responsáveis por eles.

O consumidor utiliza a marca para realizar sua escolha, considerando os diferentes produtos apresentados com distinção, em um segmento de mercado, pelos símbolos que ostentam. Estão todos lá os produtos na mesma prateleira, clamando pela atenção do consumidor; contudo, o que fará diferença na escolha a ser tomada? Certamente, a marca o fará. A experiência pretérita de consumo, a escolha reiterada (fiel), a embalagem e, até mesmo, o preço serão referenciados a partir da marca, que acabará diferenciando a situação de um ofertante em relação ao outro.

Para a realização dessa importante função existe o princípio da originalidade no Direito Marcário. Eis a razão para que a marca deva ser original, não podendo imitar outra já existente nos registros oficiais: não causar confusões no mercado, principalmente entre

⁸² No reconhecimento de Kotler a “[...] marca é uma oferta de uma fonte conhecida.” (2006, p. 22).

consumidores que, legitimamente esperam que as marcas anunciem ofertas distintas em disputa por suas escolhas. Campos (1996, p. 247) explicita o teor ético-jurídico dos meios utilizados pelo concorrente na captação de clientela. Veja-se:

O objetivo do anunciante é conseguir que o consumidor adquira seu produto ou serviço, e o aspecto jurídico e ético dessa questão diz respeito aos meios que são utilizados para fazer com que esse consumidor decida-se pela compra de determinado bem em detrimento do de outra empresa concorrente.

A marca chama a atenção do consumidor convidando a uma direção, propondo determinado caminho. Eis o exercício da marca como farol de mercado, guiando a Nau do consumo no mar de ofertas.

3.4.3 Função Divulgadora

Ao lado da função informativa, em sua complementação, tem-se a função divulgadora. Como sinal distintivo, a marca informa origem de um bem, seja um produto ou serviço. Portanto, exerce a função de orientadora para o consumo e se torna referência para escolha de mercado. Além de ter como funcionalidade a identificação dos próprios bens, aos quais é aposta, a marca acaba por servir para divulgá-los.

A sua conexão com os produtos é tanta que, após a absorção da marca no acervo memorial do mercado, basta sua mera exibição ou citação que os consumidores já fazem, automaticamente, a vinculação com os produtos que são apostos. Esse fenômeno provoca uma inversão na hierarquia das importâncias entre a marca e o produto. De certa forma, a marca é criada para ser posta em um produto. Seria o produto o bem principal que exigiu a criação da marca (acessório) que o segue. Contudo, com o passar do tempo, a marca ganha tanta relevância no mercado que passa a divulgar um produto, ou até uma gama de diversos deles, que, só por tê-la gravado, já atrai o interesse ao consumo.

Ao final, nesse processo de construção contínuo, surgem supermarcas que se sobrepõem aos produtos, pois a sua vinculação a eles já é suficiente para a aceitação no mercado. Há, inclusive, o reconhecimento legal desse processo de expansão marcária nas marcas de alto renome - aquela que, registrada no INPI, mesmo que em uma só classe, pela sua respeitabilidade no mercado, recebe proteção geral em todos os ramos da atividade econômica. Importante destacar que o reconhecimento de uma marca de alto renome é um processo técnico que exige uma preparação gabaritada para análise. O Superior Tribunal de

Justiça, calcado na teoria da separação dos poderes, vem reconhecendo limitações do juízo judicial para a análise dessa matéria de identificação da marca de alto renome, não aceitando que o próprio judiciário tome o lugar do INPI:

RECURSO ESPECIAL. PROPRIEDADE INDUSTRIAL. MARCA DE ALTO RENOME. NÃO RECONHECIMENTO. ATRIBUIÇÕES TÍPICAS DO INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL - INPI. CONTROLE DO PODER JUDICIÁRIO. MÉRITO ADMINISTRATIVO. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. 1. Cinge-se a controvérsia a analisar se a marca da recorrente enquadra-se na categoria normativa denominada de marca de alto renome, conforme amparada pelo artigo 125 da Lei nº 9.279/1996. 2. Na hipótese, os seguintes fatos são incontroversos: é notório o prestígio da marca Omega na fabricação mundial de relógios e a empresa recorrida situa-se no ramo local de móveis, não havendo risco de causar confusão ou associação com marca recorrente. 3. A instância ordinária concluiu: a) que a recorrente não faz jus à proteção marcária em todos os ramos de atividade; b) que o signo Omega não pode ser considerado uma exceção ao princípio da especialidade a ponto de impedir que terceiros façam uso dele e c) que o signo em análise é uma marca fraca, insuscetível da deferência legal insculpida no artigo 125 da Lei nº 9.279/1996. 4. O Poder Judiciário não pode substituir o Instituto Nacional da Propriedade Industrial - INPI na sua função administrativa típica de avaliar o atendimento aos critérios normativos essenciais à caracterização do alto renome de uma marca, haja vista o princípio da separação dos poderes. Precedentes do STJ. 5. No caso concreto, o INPI indeferiu a qualificação jurídica de alto renome (artigo 125 da Lei nº 9.279/1996) à marca Omega. 6. Recurso especial não provido. (REsp 1124613/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 01/09/2015, DJe 08/09/2015)

A função divulgadora faz das marcas “produtos” centrais da atividade publicitária. Para verificação do que isso significa, desafia-se o leitor à realização do seguinte exercício: assistir aos comerciais televisivos e observar se neles há exibição de produtos e/ou marcas. O resultado é o de que se verificarão, eventualmente, comerciais sem produtos, mas não sem marca. Por isso, as marcas se propagaram por todos os espaços públicos que possam ser cooptados aos fins publicitários; sejam os outdoors, os letreiros das fachadas, os pôsteres ou as placas publicitárias em grandes eventos culturais ou esportivos. Quessada(2003, p. 12) exprime o seguinte pensamento:

Por seu trabalho de imposição de ordens e de vetorização da ordem (de organização da ordem), a publicidade consiste fundamentalmente na criação e na definição de territórios (os territórios das marcas) aos quais aderem pessoas. Uma das razões que fez da marca um ativo de primeira ordem no patrimônio empresarial.

Por isso, a atração implementada pelos signos distintivos é determinante para o sucesso das atividades mercadológicas, seja na captação inaugural do consumidor ou na fidelização. A dimensão do presente estudo perpassa o âmbito empresarial, visto que as estratégias que embasam esse poder atrativo marcário atuam sobre as mais diversas esferas, passando a ser, assim, não apenas um vetor econômico, mas também com ares de valor cultural e social: Ademais, como aduz NUNES, a lógica da sociedade de consumo é no sentido de que as necessidades são pretextos para vender aquilo que se produz. Assim, se não há necessidades, inventam-se e os desejos são produzidos juntamente com os bens. (NUNES, 2003, p. 58).

3.4.4 Função Da Lealdade Concorrencial

A marca não deve ser instrumento de ilícito concorrencial. Portanto, as marcas impõem um dever de lealdade aos concorrentes, que não devem invadir o território dos símbolos uns dos outros. É da essência do capitalismo a disputa de mercado entre os agentes econômicos. Malard(1996, p.57) identifica que:

O sistema capitalista se sustenta sobre dois pilares: a propriedade privada e a livre iniciativa. O Estado, com a revolução burguesa, assume o papel de protetor desse sistema, que se desenvolve a partir da consagração da liberdade de apropriação de bens e dos meios de produção, liberdade que se mantém intangível até o princípio deste século, quando se pôs em questionamento a necessidade do bem-estar coletivo.

No entanto, os concorrentes devem pautar sua conduta no fenômeno concorrencial com respeito. A questão da defesa da concorrência é um princípio constitucional da ordem econômica. Há o resguardo da liberdade de concorrência, podendo o agente de mercado praticar condutas que busquem a otimização de produtividade. O sucesso lícito é respeitado. Ele é pautado na eficiência gerencial, na minimização de custos de produção. Entretanto, quem escolhe percorrer pela ilegalidade, seja denegrindo a imagem do concorrente, ou outros atos, quaisquer que sejam, eivados de ilicitude, não é protegido.

Ao direito constitucional de explorar atividade econômica, expresso no princípio da livre iniciativa como fundamento da organização da economia, corresponde o dever, imposto a todos, de o respeitar. Em relação ao estado, esse dever se traduz na inconstitucionalidade de exigências administrativas não fundadas na lei, para o estabelecimento e funcionamento de uma empresa (CF, art. 170, parágrafo único). Em relação aos particulares, se

traduz pela ilicitude de determinadas práticas concorrenciais. Por ilícita conceituo todas as formas de concorrência sancionada pela lei, independentemente da natureza civil, penal ou administrativa da sanção.” (COELHO, 2011, p. 189).

Interessante ver que a marca é expressão da livre iniciativa empresarial de poder exercer atividades econômicas sem estar sujeito a perseguições ou privilégios casuístas do Estado, concomitantemente, há regras gerais válidas para todos. Quem desrespeita as regras marcarias, extrapola sua livre iniciativa, pois violou a liberdade de concorrência, normalmente afetando interesses de outros agentes de mercado. Aguillar (In: SUNDFELD; VIEIRA, 1999, pp. 273-274) caminha neste norte:

O princípio da liberdade de concorrência é o contraponto do princípio da livre iniciativa e não seu sinônimo, como alguma doutrina acaba sustentando. O agente econômico é livre para empreender o que bem entenda, desde que não prejudique a liberdade, de outros agentes econômicos, de concorrer.

É o que pode se exemplificar com a contrafação marcária. O violador do direito de marcas age para além do legal, ou aceitável, como de sua livre iniciativa, afeta a liberdade de concorrência, pois usurpa direito de outro concorrente, além de transmitir mensagem falsa para os consumidores. A jurisprudência consagra esse princípio comumente em suas decisões como forma de combate à concorrência desleal.

PROPRIEDADE INDUSTRIAL. MARCA. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER. RECONVENÇÃO. ENVASE DE AGUARDENTE. LITOGRAFIA EM GARRAFAS REUTILIZÁVEIS. CONCORRÊNCIA DESLEAL. ABUSO DE PODER ECONÔMICO. (...) 3. A questão sub judice vai além da mera análise acerca da suposta utilização indevida da marca "Ypióca" pela recorrente, ao envasar sua cachaça nas garrafas litografadas pela recorrida, passando pela verificação da própria legitimidade de inserção dessa marca nos vasilhames utilizados para envasar os aguardentes, os quais seriam reutilizáveis por todas as empresas do segmento. 4. O titular da marca possui a prerrogativa de utilizá-la, com exclusividade, no âmbito dessa especialidade, em todo o território nacional pelo prazo de duração do registro no INPI e a finalidade da proteção ao uso das marcas é dupla: por um lado protegê-la contra usurpação, proveito econômico parasitário e o desvio desleal de clientela alheia e, por outro, evitar que o consumidor seja confundido quanto à procedência do produto. (...) (REsp 1418171/CE, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 01/04/2014, DJe 10/04/2014)

Pode-se, também, enxergar a proximidade da função social marcária da lealdade concorrencial com o princípio geral da boa-fé. Ambos balizam as fronteiras da legalidade ao desenvolvimento da atividade empresarial, para que empreenda apenas ações desejadas que equilibrem a competição empresarial.

Ações, portanto, que possam ser repetidas e adotadas como prática geral. No uso da marca, a orientação é a mesma: lealdade nas ações patrocinadas. Como ilustração de outra prática ilegal que pode ser realizada por meio da marca, tem-se a ilicitude concorrencial na publicidade comparativa – também chamada de Publicidade Comparativa Marcária (CABRAL, 2006, p. 185 et seq.). Duval (1976, p. 138) define a publicidade comparativa como a que "se qualifica pelo *confronto* dos artigos, produtos ou serviços de um concorrente com os de seu rival, no sentido de realçar as qualidades do primeiro e depreciar as do segundo."

3.5 CONCLUSÕES RELATIVAS AO SEGUNDO CAPÍTULO

A marca é o vetor de responsabilidade adotado na tese da "Catividade Marcária", por isso se fez necessário o percurso sobre o regime jurídico das marcas. Contudo, foi necessária uma exposição além da mera teoria dogmática do direito marcário. Para isso, se percorreu as linhas gerais da Propriedade intelectual e do seu ramo, o Direito Industrial. Demonstrou-se que o sistema de proteção da Propriedade Industrial serviu de base jurídica fundamental para a globalização econômica, sendo a marca apresentada como farol de consumo e elemento primordial para a concretude do fenômeno da globalização.

Adentrou-se no Direito Marcário e se constatou o seu viés clássico liberal. Um direito voltado aos interesses do titular da marca, que protege a marca como patrimônio empresarial intangível fundamental. Nessa linha, evidenciou-se os direitos que se originam com o registro da marca. Observou-se, também, os princípios norteadores do Direito Marcário, diversos deles, sempre, tentando-se expor sua aplicação prática na resolução de conflitos marcários.

Finalmente, se dedicou o capítulo à função social das marcas, em suas diversas perspectivas informativa ou identitária, distintiva, divulgadora e de lealdade concorrencial. Contudo, todos esses aspectos da função social das marcas são aspectos tradicionalmente levantados pela doutrina com nítida origem no liberalismo. A evolução das relações econômicas impõe uma nova visão sobre a marca, é o que se fará mais adiante na fundamentação da Catividade Marcária, passando-se, inclusive pela uma ampliação dessa função social marcária.

Contudo, antes, faz-se necessária, no próximo capítulo, o exame da da teoria geral da responsabilidade civil. Afinal, a Catividade Marcária é uma tese de responsabilidade civil empresarial nas relações de consumo com a utilização da marca como vetor indicativo do fenômeno de compensação pelos danos gerados. Assim, ato contínuo se estudará as bases da responsabilidade civil, para que se possa enquadrar a Catividade Marcária em seus institutos consolidados e, depois, demonstrar em que a mesma pretende inovar e auxiliar na solução de problemas práticos que desafiam os hermeneutas ao tentar respostas em prol dos consumidores.

IV RESPONSABILIDADE CIVIL EMPRESARIAL

4.1 O sentimento de responsabilidade: de Prometeu a Adão. 4.2 O conceito de responsabilidade civil. 4.3 Elementos gerais da responsabilidade civil. 4.3.1 O agente responsável. 4.3.2 Da Conduta. 4.3.3 Do Dano: Da necessidade ao risco. 4.3.4 Do nexo causal. 4.4 Vertentes contemporâneas da teoria da responsabilidade civil. 4.4.1 Responsabilidade e culpa. 4.4.2 Responsabilidade e risco. 4.4.3 Responsabilidade e sanção. 4.5 Classificações da Responsabilidade Civil. 4.5.1 Responsabilidade Civil contratual e extracontratual. 4.5.2 Responsabilidade individual e compartilhada. 4.6 Excludentes de responsabilidade. 4.7 Direito Empresarial contemporâneo: Teoria da Empresa e responsabilidade. 4.7.1 Poucas notas acerca das sociedades mercantis às empresas com escopo social; do liberalismo ao neoliberalismo: a empresa sempre no centro. 4.7.2 O Direito Empresarial. 4.7.3 A Teoria da Empresa. 4.7.4 A empresa, o empresário e as operações empresariais societárias: conceitos fundamentais da teoria da empresa. 4.8 Formulações finais do capítulo.

4.1 O SENTIMENTO DE RESPONSABILIDADE: DE PROMETEU A ADÃO

A Catividade Marcária, como se verá no próximo capítulo, apresenta-se como um fundamento de responsabilidade civil empresarial. Portanto, configura-se relevante que se promova ao menos uma análise introdutória de como se opera o fenômeno da responsabilização civil⁸³. Far-se-á, primeiramente, uma abordagem geral da responsabilidade. Desta forma, inicialmente, dedicar-se-á um tópico à responsabilidade civil, seus contornos e sua configuração com a exposição de seus elementos constituintes. Assim, de forma objetiva, estuda-se o agente responsável, a conduta, o dano, a culpa, a sanção.

⁸³ Em todo o presente estudo, utiliza-se fenômeno com a concepção de um evento dinâmico, nem sempre físico, porém perceptível. Neste sentido Lalande: “O que aparece à consciência, o que é percebido, tanto na ordem física como psíquica.” (LALANDE, 1999, p.394). Mais adiante o mesmo autor afirma: “O fenômeno é o fato em movimento, é a passagem de um fato para outro, é o fato que se transforma de instante a instante.” (LALANDE, 1999, p.395)

Depois se tratará, especificamente, da seara empresarial, perpassando, antes pelos institutos fundamentais da Teoria da Empresa que inspira o atual Direito Empresarial. Tentar-se-á, também, destacar-se, dentre as teorias da responsabilidade civil, a teoria do risco, pois nela também se encontra um dos alicerces da Catividade Marcária.

A responsabilidade é um fenômeno mais amplo que o mundo jurídico; consiste em fenômeno cultural da vida em sociedade. Os mitos religiosos demonstram essa expressão cultural já arraigada no humano ainda na Antiguidade, o que serve para se vincular a uma possível relação indissociável: responsabilidade-sociedade. De forma menos lapidada, talvez até bruta, pode-se perceber a responsabilidade como uma resposta negativa de reprovação dos outros, ou simplesmente dos comuns. Responsável é o ser que responde, àquele que, portanto, entrega respostas. No entanto, há nessa reação do responsável cristalino ônus semântico, embutindo-se um sentimento de reprovação por determinado fato que deu causa ou que deveria, ao menos, ter o compromisso de tentar evitar. Eis o ônus: um peso moral ou jurídico no sentido de explicar-se sobre o assunto ao qual foi responsabilizado. Ilustrações a seguir, tentarão comprovar o afirmado.

O mito clássico grego de Prometeu – “aquele que pensa antes, o prevenido” (SCHWAB, 1995, p. 19): Zeus, o deus dos deuses, chefe maior do Olimpo, ao derrotar seu pai Crono, juntamente com toda a velha dinastia, implementou uma política persecutória com os antigos inimigos, sendo comum a adoção de castigos. Sua insatisfação com a criação da humanidade é um bom exemplo de responsabilidade nos antigos. Prometeu era primo-irmão de Zeus e criara os homens a partir da argila com a ajuda de Atena, deusa da sabedoria, que deu a criação daquele o *sopro divino* de que necessitavam para abrigar a alma. Prometeu ensinou a sua criação, como por exemplo, a veneração aos Deuses como forma de garantir sua proteção. No entanto, a ignorância dos homens ainda os fazia altamente dependentes de seu criador. Para aplacar essa relação de dependência, dotando os homens de maior autonomia, Prometeu os apresentou ao fogo, tecnologia que necessitavam para sua evolução.

Ao saber do ocorrido, Zeus ficou furioso. Prometeu o desrespeitara, pois havia proibido a entrega do fogo. A sua vontade era a lei, e a lei fora violada. Por seu apego à humanidade, Prometeu foi responsabilizado. Seu cruel castigo foi dado por Zeus: foi acorrentado a um penhasco rochoso, onde, diariamente, os abutres se alimentavam de seu fígado. A regeneração do fígado divino faria da pena imposta um sofrimento eterno. Neste

mito⁸⁴grego, há uma relação de responsabilização. A primeira do próprio Prometeu (*responsável*) em relação à desobediência à lei (*fato/ação*), abala a imagem de Zeus (*dano moral*) e, assim, sofre o acorrentamento no penhasco (*sanção*).

Se o fenômeno da responsabilização for buscado no cristianismo, encontrado será com facilidade. Na doutrina cristã, o mito de Adão é um forte exemplo de responsabilidade: oser puro, criado pelo Senhor Todo Poderoso, imaginou, segundo sua própria semelhança, a figura de uma mulher e, entregando-lhe Eva, sua metade, carne da sua carne oriunda de sua costela. A felicidade no Éden é interrompida quando a inocente Eva é ludibriada pela cobra. Ao experimentar o sabor proibido da maçã (fruto proibido), Eva desrespeita o comando divino (norma), ato compartilhado por Adão (coautor). Deus, então, os castiga com a expulsão do Jardim do Éden, condenados ao trabalho e à vergonha⁸⁵. Nesse mitocristão, Adão e Eva (*responsáveis*) são castigados com a expulsão do paraíso (*sanção*) por provarem da maçã proibida (*fato/ação*).

Em ambos os mitos, os elementos: agente (*responsável*) e fato (*ação*), podemos ainda encontrar similitude com a responsabilidade civil, em que o agente responde (*responsável*) por fato (conduta: *ação/omissão*); são elementos fundamentais da relação jurídica de responsabilidade. O que se evidencia, com estes simples exemplos, é a ideia de responsabilidade presente como forma de controle social das ações humanas em sociedades. Obviamente, falando-se de Antiguidade, há uma origem divina na norma, afinal todo poder emanava dos deuses.

A premissa que se pretende fincar é a de que a responsabilidade é cultural. A responsabilidade é um sentimento histórico, arraigado secularmente na convivência social como princípio de garantia de coexistência do corpo coletivo. Acompanha a humanidade desde sempre, e evolui. Como fenômeno cultural, não se pode esperar dela que se preserve estática. Ao contrário, sua evolução é constante. Em termos atuais, inserto em um complexo mundo de relações plurais, o homem se depara com situações novas e, não raras as vezes, arriscadas. O poder transformador do seu próprio ambiente assegurou à espécie humana o seu desenvolvimento, criando desafios inimagináveis.

⁸⁴ “O mito funciona como recurso linguístico no discurso ideológico de quem tem condições de através dele, exercer dominação social.” (GRAU, 2001, p.25)

⁸⁵ Vale a transcrição do Versículo 16, do capítulo III, do Gênesis, onde Deus castiga Eva: “Para a mulher Deus disse: - Vou aumentar o seu sofrimento na gravidez, e com muita dor você dará à luz filhos. Apesar disso, você terá desejo de estar com seu marido, e ele a dominará.” (In: Bíblia Sagrada, 2000, p.05.)

Ao discorrer sobre o poder fatal do homem sobre a existência global e, portanto, do seu dever de “não destruir”, Hans Jonas reflete acerca da moralidade do homem e de “[...] sua responsabilidade da proteção do humano como tal. Esse é o seu ‘dever’ mais modesto e, ao mesmo tempo, o mais severo. Assim, aquilo que liga a vontade ao dever, o *poder*, é justamente o que desloca a responsabilidade para o centro da moral.” (2015, p. 217)

Numa sociedade tecnológica, então, o nível de exploração dos recursos e consumo põe em risco o próprio “existir”. Assim, o que se observa é uma crescente preocupação com a assunção dos mais variados riscos. Essa distribuição de riscos é um desafio da organização humana enquanto missão civilizatória que, juridicamente, desemboca no campo da responsabilidade. Passa-se a sua abordagem jurídica a seguir.

4.2 O CONCEITO DE RESPONSABILIDADE CIVIL

O desafio de se conceituar responsabilidade jurídica de forma ampla é tremendo. Muitos autores se esforçam e apresentam pontos que consideram centrais na ideia de responsabilidade, na tentativa de construção de um conceito satisfatório.

O termo “*responsabilidade*”, segundo a etimologia, tem origem no latim. “*respondere*”, significando uma relação de garantia entre alguém e algo. Diniz (2002c, p. 3) leciona que “o vocábulo ‘responsabilidade’ é oriundo do verbo latino *respondere*, designando o fato de ter alguém se constituído garantidor de algo. José de Aguiar Dias ensina que: “Josserand considera responsável aquele que em definitivo suporta um dano. Toma a responsabilidade civil no sentido mais amplo, tanto que abrange na qualificação de responsável o causador do dano a si mesmo” (2006, p. 22)

Rui Stoco afirma que, civilmente, a responsabilidade pode ser vista da seguinte forma: “da prática do ato ilícito decorre a responsabilidade do agente”. (1995, p. 45). Cavalieri Filho (2006, p. 23) traz, portanto, a responsabilidade como consequência da ilicitude:

Entende-se, assim, por *dever jurídico*, a conduta externa de uma pessoa imposta pelo Direito Positivo por exigência da convivência social. Não se trata de simples conselho, advertência ou recomendação, mas de uma ordem ou comando dirigido à inteligência e a vontade dos indivíduos, de sorte que impor deveres jurídicos importa criar obrigações.

Contudo, a responsabilização de uma forma ampla não advém exclusivamente do ilícito. Pode advir de práticas legais, como ocorre no direito tributário, quando condutas lícitas

são eleitas pela lei instituidora do tributo como fato gerador ou hipótese de incidência tributária. Stoco (1995, p. 46), de forma mais abrangente, enxerga que a responsabilidade é o resultado da ação humana em face de um dever ou obrigação. Faz-se preciso se questionar se há diferenciação entre obrigação e responsabilidade. De fato, pode-se entender a obrigação como um gênero mais amplo, um dever legal, enquanto a responsabilidade seria pautada no ilícito, ou na resistência de se cumprir um dever, como entende Lisboa (2012, p. 264). Didier Jr (2009, p. 246) segue mesma linha, ao explicar que:

O estudo da responsabilidade patrimonial e, sobretudo, a distinção entre responsabilidade e obrigação, deve-se à teoria formulada pelo alemão Alois Brinz – divide a obrigação em Schuld und Haftung. Dela nasce uma visão dualista do vínculo obrigacional, decomposto em dois elementos: o débito (Schuld) e a responsabilidade (Haftung). Os adeptos dessa teoria defendem que o débito (Schuld) e a responsabilidade/garantia (Haftung) coexistem na relação obrigacional, mas o Haftung só emerge com o inadimplemento.

Didier Jr (2009, p. 248) esclarece que:

Defendem que o dever jurídico imposto ao devedor de cumprir a prestação é objeto de relação obrigacional. Já a responsabilidade seria a susceptibilidade do patrimônio do devedor (e outros) à execução. Para a satisfação da dívida, típica relação de direito processual [...]. Inúmeros juristas, contudo, mantêm uma visão unitarista de obrigação, sem conseguir dela destacadas débito e responsabilidade. Seriam faces de um mesmo vínculo.

Cavaliere Filho (2006, p. 24) distingue obrigação de responsabilidade: “*obrigação* é sempre um dever jurídico originário; *responsabilidade* é um dever jurídico sucessivo, conseqüente à violação do primeiro.” Ademais, a obrigação surge, por vezes, sem uma necessária contrapartida de ação pelo obrigado. Exemplifica-se com as normas penais, que tipificam condutas como crimes (“matar alguém” - Art. 121 do CP) sem que você as tenha praticado, mas gera uma obrigação (dever jurídico) de respeito à vida dos demais.

Já na responsabilidade haveria a necessidade de uma conduta prévia por parte do responsável que atrairia o vínculo obrigacional. Veja-se que, mesmo quando a lei cria uma responsabilidade por ato de outrem, há uma ligação fática do responsável com o terceiro. No Direito Tributário, por exemplo, tem-se que a interessante figura do sujeito passivo é o responsável pelo cumprimento da obrigação tributária principal e ou acessória – contudo, essa sujeição pode ser direta ou indireta, tanto que o contribuinte é o sujeito passivo que possui relação pessoal e direta com o fato gerador da obrigação.

Já o denominado “responsável tributário” é aquele cuja sujeição ao cumprimento da obrigação se dá de maneira indireta, decorrente de disposição legal, mas que não se relaciona pessoalmente e diretamente com o fato gerador fiscal. Mesmo sem ligação direta, a lei o elegeu para responder por seus efeitos tributários. Contudo, a escolha não é aleatória. Deve-se ter conectividade entre o responsável escolhido e o fato gerador do tributo, mesmo quando praticado por outro, o “contribuinte”. Na lição de Sabbag:

Em primeiro lugar, o responsável é um terceiro, mas o legislador não tem liberdade para designar qualquer terceiro como responsável tributário, porque o mencionado dispositivo legal determina que esse terceiro tenha uma vinculação de qualquer natureza com o fato gerador da respectiva obrigação. Assim, esse vínculo pode ser de qualquer espécie, menos de natureza pessoal e direito, porque quem o tem é o contribuinte. (2006, p.180).

Finalmente, buscando-se o conceito da responsabilidade jurídica, e não tão somente da civil, propõe-se a responsabilidade como o fenômeno jurídico de imposição legal de um dever ou obrigação a alguém, em virtude de fato que, relacionado a ato pessoal seu, de pessoa ou ente despersonalizado, que possui o dever de tutela ou de administração. Desta forma, encerra-se este tópico com a ideia de que a *responsabilidade* sempre foi um fenômeno social expresso como reflexo de sua imprescindibilidade para a vida em sociedade.

Vale a lembrança inicial do dilema econômico: humanidade busca nos bens disponíveis a satisfação de suas necessidades. Ocorre que as necessidades humanas são ilimitadas, enquanto os bens que as atendem são limitados; é a lei da escassez: recursos são finitos, mas as necessidades são infinitas (NUSDEO, 2000). Por isso, difundiu-se, com a evolução da própria civilização humana, o respeito aos bens com o combate ao desperdício, como forma de sua autopreservação. Este mesmo sentimento natural de autodefesa gerou a promoção de um acúmulo de bens, para se socorrer em tempos de dificuldade.

Ao passo que se preservam os bens que são considerados úteis economicamente, formam-se patrimônios cuja missão é tentar superar ou amenizar as necessidades que surjam na jornada da vida. O patrimônio representa uma universalidade de bens materiais e imateriais de um dado titular. No fundo, constitui-se, portanto, uma reserva, que é acionada sempre que preciso, ou se preservando, para que os descendentes dele também possam usufruir. Dada a sua relevância no contexto social, quando este patrimônio sofre um atentado (dano), que provoca sua diminuição, impede o seu uso, ou gera sua utilização precoce, ou, ainda,

desnecessária, o seu titular recorre ao fenómeno da responsabilização civil para buscar uma compensação.

Para Stoco, “a responsabilidade civil envolve, antes de tudo, o dano, o prejuízo, o desfalque, o desequilíbrio ou descompensação do património de alguém.” (2001, p.93). E mais à frente cita lição de Duez (2001, p. 93):

[...]a responsabilidade que denominaremos civil, ainda que o termo se presta a alguma ambiguidade, para distingui-la dos aspectos precedentemente indicados, é referente aqui à ordem patrimonial. Um caso de responsabilidade civil supõe, antes de tudo, um equilíbrio económico a ser restabelecido entre dois patrimónios.

Este ato atentatório ao património de alguém consiste no ato ilícito, que sofre uma repreensão social, por meio da obrigação jurídica de recomposição do dano que causou. A responsabilidade pode ser tida como um mandamento imperativo de recomposição do dano. Senise Lisboa entende que “responsabilidade é, na acepção jurídica do termo, o dever jurídico de recomposição do dano”. (2001, p. 19). Esta recomposição não deve ser compreendida como o retorno exato ao *status quo ante*, mas uma situação equivalente que regenere o património. O dano nem sempre poderá ser recomposto totalmente. No entanto, ainda assim, responsabilizar-se-á o agente na busca de uma dada compensação, ou mesmo para fins pedagógicos, de desestimular a continuidade da prática tida por indesejada.

Pedro Nunes entende a responsabilidade como um “dever jurídico, imposto a cada um, de responder por ação ou omissão imputável que importem na lesão do direito de outrem, protegido pela lei.” (1999, p. 948). Acrescenta-se ao conceito de *responsabilidade* a obrigação de responder por atos de terceiros, mostrando que a responsabilidade extrapola a esfera dos atos do responsável, e arremata, afirmando que tal obrigação se dá “*em virtude de lei ou convenção*”, lembrando, portanto, da clássica classificação de responsabilidade contratual e legal (NÁUFEL, 1998, p. 729). Guimarães apresenta responsabilidade como “dever jurídico a todos imposto de responder por ação ou omissão imputável que signifique lesão ao direito de outrem, protegido por lei”, praticamente o mesmo conceito dado acima por Pedro Nunes (1999, p. 482).

Observa-se na doutrina exposta que o abraço da responsabilidade se funda na ilicitude da conduta. Pode-se, assim, definir a responsabilidade civil como a faculdade jurídica que possui o lesado, material ou moralmente, de ser compensado pelo prejuízo provocado por conduta omissiva ou comissiva de outro diretamente ou indiretamente. É próximo a este norte

que a maioria dos doutrinadores entende estar a responsabilidade civil. Importante destacar que há uma racionalidade distributiva na ideia de responsabilidade civil. A indenização é aferida pelo Estado-juiz, que devolve o dever de indenizar como reflexo reativo à ação indesejada que causou dano.

No presente estudo, a responsabilidade civil é importante, pois a Catividade Marcária consiste em proposta inovadora de consolidação das marcas como um de seus vetores. Assim, o estudo aqui patrocinado nesse capítulo não abrange as demais esferas de responsabilidade na seara jurídica, como a penal, ou administrativa. Nos subtópicos seguintes, serão abordados aspectos relativos à responsabilização civil. De forma sucinta, diversos temas relacionados ao fenômeno jurídico da responsabilização civil serão expostos. O objetivo é a compreensão da responsabilidade civil em geral, para que se possa abordar a responsabilidade civil empresarial por meio da Catividade Marcária, destacando-se suas peculiaridades.

4.3 ELEMENTOS GERAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade pode ser vista como um vínculo, uma ligação, uma relação jurídica. Indicar o responsável sempre remete à tarefa de se relacionar alguém a algo. Esta relação (alguém → algo) pode ser colocada da seguinte forma:

AGENTE (RESPONSÁVEL) ↔ FATO (CONDUTA: AÇÃO/OMISSÃO) ↔ NEXO CAUSAL ↔ DANO

Esses podem ser elencados como os elementos gerais da responsabilidade civil. Por isso, adiante, tratar-se-á de cada um deles. O objetivo é definir os parâmetros que serão adotados para contextualizar, mais a frente, a Catividade Marcária.

4.3.1 O Agente Responsável

A identificação do agente é uma missão primordial no fenômeno da responsabilidade. O agente, o responsável é, afinal, aquele que irá dar a resposta, ou seja, ire responder. Então, *quem são os responsáveis?* Apesar de a ideia de responsabilidade, contemporaneamente, estar associada à humanidade, nem sempre houve essa exclusividade. As coisas e os animais já foram, em outros tempos, “responsáveis”. O homem não era o único

agente responsável pelos fatos causadores de dano - julgamento de animais (cavalos, gafanhotos) e de coisas (pedras) é relatado na história.

A luz da atualidade, não tão somente os seres humanos, detém essa capacidade jurídica, pois ela foi ampliada para todas as “pessoas”, reconhecidas no ordenamento jurídico e, até, para entes despersonalizados, mas sujeitos de direito. Afinal, todas as formas jurídicas servem ao homem, como ressalta Serpa Lopes (1988, p. 249):

Duas são as classes de pessoas: pessoas físicas e pessoas jurídicas: as primeiras – pessoas físicas – como já se disseram, são representadas pelo ser humano, que tem essa qualidade originariamente consolidada a partir do seu nascimento; as segundas – pessoas jurídicas – embora sem as qualidades físicas das pessoas naturais, todavia existem com a mesma atribuição das pessoas físicas, em tudo quanto seja compatível com a sua própria natureza, mas que no fundo, não passam de elementos postos a serviço do homem, ou seja, da pessoa natural.

Assim, as pessoas naturais, as jurídicas públicas ou privadas, os condomínios, a massa falida, o espólio, o nascituro, todos podem sofrer efeitos do fenômeno da responsabilização jurídica. A responsabilidade civil se concentra na pessoa causadora do prejuízo, esforçando-se na busca de uma compensação que se adapte às peculiaridades do ilícito cometido. Normalmente, esta harmonização, ou compensação, ocorre através de obrigação pecuniária que é imposta ao responsável pela conduta ilícita. Como alerta Rodrigues (2002, p. 6):

Realmente o problema em foco é o de saber se o prejuízo experimentado pela vítima deve ou não ser reparado por quem o causou. Se a resposta for afirmativa, cumpre indagar em que condições e de que maneira será tal prejuízo reparado. Esse é o campo que a teoria da responsabilidade civil procura cobrir.

As pessoas naturais adquirem sua personalidade com o nascimento com vida, sendo assegurados os direitos do nascituro⁸⁶. No entanto, a lei exclui algumas pessoas que não são capazes de responder por seus atos, ou seja, que a responsabilidade não os abraça. Os menores de 16 (dezesseis) anos são incapacitados legalmente para o fenômeno da responsabilização (3º do Código Civil, Lei nº 10.406 de 2002). Outros grupos serão colocados numa área de penumbra entre a capacidade e a incapacidade de responsabilização. São eles: maiores de 16 e menores de 18 anos; os ébrios habituais e viciados em tóxico; aqueles que, por causa

⁸⁶ Código Civil, Lei nº 10.406 de 2002, art. 2º: “A personalidade civil da pessoa começa com o nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; e os pródigos (4º do Código Civil, Lei nº 10.406 de 2002). Além disso, a capacidade dos indígenas será especial e regulada por legislação especial.

Portanto, quando o agente causador do dano é alguém enquadrado em tais grupos, eles são substituídos no fenômeno de responsabilização. Incapazes de serem responsabilizados por seus atos, um substituto passa a assumir a responsabilidade. É o caso do chamamento dos pais para responderem em substituição aos filhos menores, ou do tutor em substituição ao tutelado. Conclui-se da necessidade de capacidade (desenvolvimento pleno da personalidade jurídica) para a atribuição de responsabilidade civil às pessoas naturais.

As pessoas jurídicas, por sua vez, são formadas pela formalização de um registro, cujas exigências variam de acordo com a espécie. Nas pessoas jurídicas, a expressão de vontade ocorre por meio dos diretores, sócios, associados da entidade. Porém, juridicamente, pela autonomia de personalidade que adquiriram, seus atos são tidos como sendo independentes das vontades individuais desses. Portanto, a pessoa jurídica é dotada da capacidade jurídica de responder com seu patrimônio pelo chamamento da responsabilidade.

No entanto, não se pode olvidar da teoria da desconsideração da pessoa jurídica, que incide nos casos em que a pessoa jurídica serve como instrumento de condutas ilícitas. A teoria da desconsideração está cada vez mais presente no direito brasileiro, seja no Direito Concorrencial, Consumidor, Ambiental, Econômico ou Tributário - já existem dispositivos de sua previsão. Logo, depreende-se que a estrutura legal da personalidade jurídica deve servir a um fim social (desenvolvimento econômico-social, etc.), que se desvirtuado, pode provocar a sua superação para que se alcance os responsáveis, seus sócios, pessoas naturais por trás de sua gestão ou capital.

Nessa esteira do que foi demonstrado, pode-se concluir que só há *responsabilidade* onde existir a capacidade de sujeição obrigacional, que é representada pela faculdade jurídica de se ter *direitos e obrigações*.

4.3.2 Da Conduta

A responsabilidade civil encontra seu marco inicial em uma necessária conduta imputável a alguém, que, em geral, será o agente responsabilizado e, conseqüentemente, aderirá forçosamente ao dever de indenizar. A conduta, etimologicamente, advém do latim, mais precisamente do vocábulo “*conducta*”. A “conduta” se funda numa ideia de comportamento humano, de um ato do homem. Para alguns autores, conduta seria um ato

mais individual e estreito, enquanto comportamento seriam reações estereotipadas e mais gerais. Para outros não caberia distinções entre conduta e comportamento. (LALANDE, 1999, p. 173).

A conduta é elemento central para configuração da responsabilidade civil, seja ela uma ação positiva, portanto de natureza comissiva, seja uma ação negativa, de feição omissiva. Gonçalves (2003, p.32) afirma que:

Ação ou omissão – Inicialmente, refere-se à lei a qualquer pessoa que, por ação ou omissão, venha a causar dano a outrem. A responsabilidade pode derivar de ato próprio, de ato de terceiro que esteja sob a guarda do agente, e ainda de danos causados por coisas e animais que lhe pertençam.

Esta atuação humana, agindo ou se omitindo de patrocinar uma ação, é essencial para a reparação do dano (tutela ressarcitória), fundado num dever jurídico violado, seja um dever geral de abstenção ou um dever geral de agir (SENISE, 2012, p. 295).

O ato ilícito, portanto, é sempre um *comportamento* voluntário que infringe um dever jurídico, e não que simplesmente prometa ou ameace infringi-lo, de tal sorte que, desde o momento em que um ato ilícito foi praticado, está-se diante de um processo executivo, e não diante de uma simples manifestação de vontade. Nem por isso, entretanto, o ato ilícito dispensa uma manifestação de vontade. Antes, pelo contrário, por ser um ato de conduta, um comportamento humano, é preciso que ele seja voluntário, como mais adiante será ressaltado. Em conclusão, *ato ilícito* é o conjunto de pressupostos da responsabilidade. (CAVALIERI FILHO, 2006, p. 34)

No entanto, a conduta atrativa da responsabilidade nem sempre é um ato exclusivo do agente a ser responsabilizado. A responsabilização pode ser fundada em ato direto do responsável, como indireto. Nesta primeira hipótese, a conduta lesiva é patrocinada pelo agente que arcará com as consequências de seu próprio ato. Em contraponto, nesta última, ou seja, no ato indireto, alguém patrocina a conduta, mas por motivo de uma relação jurídica anterior, o chamamento da responsabilidade recai sobre outro. Dessa última forma, há um agente, o patrocinador do ato, distinto do responsável, aquele a quem será atribuído o dever de indenizar. São exemplos de responsabilidade por atos indiretos: a) a hipótese dos pais, que respondem pelos atos dos filhos menores; b) do empregador que responde pelos atos de seus prepostos; c) do proprietário de veículo automotor pelos atos do condutor:

Diniz (2002c, p. 34) apresenta a visão de Soudart: “Soudart a define como o dever de reparar dano decorrente de fato de que se é autor direto ou indireto.” A mesma autora traz o

conceito de Savatier que “a considera como a obrigação de alguém reparar dano causado a outrem por fato seu, ou pelo fato das pessoas ou coisas que dele dependam.” (2002c, p. 34)

Parece-nos inegável a existência de um núcleo moral na conduta eleita como passível de responsabilidade. Longe de se enveredar no tortuoso debate dos limites da moral e do direito, ambos como objetos de conteúdo deontológico do interesse humano, possuem íntima relação, já que aquela é fonte também desse. Um homem quieto é, em geral, um homem prudente, que não se arrisca desnecessariamente. Assim, o direito costuma eleger as condutas reprováveis com inevitável senso moral.

Enfim, quanto menos se age, menor é a nossa responsabilidade, e, na ausência de um dever positivo, evitar a ação pode constituir uma recomendação de prudência. Em suma, entendida assim, a “responsabilidade” não fixa fins, mas é imposição inteiramente formal de todo agir causal entre seres humanos, dos quais se pode exigir uma prestação de contas. Assim, ela é precondição da moral, mas não a própria moral. O sentimento que caracteriza a responsabilidade – não importa se pressentimento ou reação posterior – é de fato moral (disposição de assumir seus atos). (JONAS, 2015, p. 166).

O direito tece um feixe normativo que forma uma teia de responsabilidade, tentando, assim, capturar as condutas indesejadas e provocar uma retribuição ressarcitória ao eventual prejudicado. Contudo, há eminente caráter educativo ou pedagógico nesse processo eletivo, pois se pretende fomentar o que podemos denominar de assunção espontânea de responsabilidade, que se traduz nesse sentimento moral de assumir os próprios atos. Trata-se de movimento autoconsciente, um “foi mal” ou “aqui estou, para reconhecer minha falta”.

4.3.3 Do Dano: da necessidade ao risco

A ideia de dano é uma perspectiva da ideia de perda. Quem dano sofre, perde. Perder, por sua vez, é tornar indisponível algo, ou uma oportunidade, ou, ao menos, fazer com que algo se afaste de sua plena potencialidade ou normalidade de utilização. Em todos esses sentidos, perder é sofrer os efeitos de uma diminuição quantitativa ou qualitativa. No âmbito estritamente patrimonial, é comum a perda quantitativa traduzir-se em um custo ou valor possível, com certa facilidade, de ser aferido monetariamente. Já no âmbito moral, sendo intangível e subjetivo, essa mensuração da perda, que se afigura, agora, de viés qualitativo, não é tão cartesiana para uma simples aplicação de uma fórmula exata de repercussão

monetária. Assim, o dano foi e continua hoje representando um desafio interessante aos juristas e economistas.

A luz dessas considerações, o dano pode ser entendido como um abalo em bem jurídico do lesado. Constitui-se numa perda experimentada no patrimônio da vítima. Patrimônio, aqui, posiciona-se em sua acepção ampla, não se restringindo a um conjunto de bens materiais, mas, pelo contrário, abrangendo a universalidade intangível de bens, inclusive direitos de uma dada pessoa.

Apesar de se entender superada a limitação “patrimonial” a uma materialidade, na doutrina é usual uma abordagem restrita, utilizando-se o vocábulo “patrimônio”, como sendo uma universalidade de bens materiais. Como também é comum a utilização da expressão “dano patrimonial”, em sentido exclusivo de “dano material”. Gonçalves (2003, p. 628), por exemplo, leciona:

Dano material é o que repercute no patrimônio do lesado. Patrimônio é o conjunto das relações jurídicas de uma pessoa apreciáveis em dinheiro. Avalia-se o dano material tendo em vista a diminuição sofrida no patrimônio.

Neste sentido, ainda:

Para se definir o dano patrimonial ter-se-á que partir do conceito de patrimônio, visto que o termo ‘dano patrimonial’ vincula a noção de lesão ao conceito de patrimônio. O patrimônio é uma universalidade jurídica constituída pelo conjunto de bens de uma pessoa, sendo, portanto, um dos atributos da personalidade e como tal intangível. (DINIZ, 2002c, p. 61)

Assim, posiciona-se esse trabalho entendendo que a natureza patrimonial, portanto, pode ser de perspectiva material ou moral. É material o dano sofrido pelo lesado em seus bens corpóreos, por sua vez, é moral o dano que atinge a sua honra, seja numa referência objetiva (a imagem, por exemplo), seja numa perspectiva biopsíquica de ordem subjetiva (constrangimento, aborrecimento excepcional). Diniz, entendendo patrimônio como restrito à materialidade, define o dano moral como “a lesão de interesses não patrimoniais de pessoa física ou jurídica, provocada pelo fato lesivo.” (2002c, p.81). Constatando-se dano, emerge uma possível pretensão da tutela ressarcitória em prol do lesado, para que seja recompensado pelo ilícito danoso. (CABRAL, 2006, p. 130).

São muitas as classificações possíveis do dano. No entanto, sendo esse levantamento uma síntese da matéria, elege-se algumas categorizações que se entende úteis ao debate proposto na presente tese. Assim, quanto à ilicitude o dano pode ser dividido em legal ou contratual. Ou seja, pode surgir por desrespeito a determinado preceito legal, ou à convenção a que o agente estava obrigado. O dano legal ou extracontratual é cometido por violação à lei lato sensu. Por sua vez, o dano contratual viola um liame obrigacional específico que une o agente da conduta lesiva ao detentor do patrimônio lesado. Tal classificação ganha relevância, pois se mostra útil para uma possível identificação da responsabilidade contratual, derivada de um contrato entre o responsável e o lesado, ou extracontratual, derivada da lei, sem vínculo direto entre os envolvidos. No entanto, sofre crítica daqueles que entende que o contrato se funda em última estância na lei, não havendo, portanto, uma distinção efetiva, pois o contratual há de ser legal.

Pode o dano, ainda, se apresentar imediato⁸⁷, denominando-se emergente ou mediato, caracterizando, nesta hipótese, lucros cessantes. O dano emergente se caracteriza por uma lesão imediatamente posterior a conduta lesiva. Já os lucros cessantes é uma repercussão mediata e negativa ao patrimônio do lesado que ocorre no futuro próximo em decorrência da conduta ilícita. GONÇALVES entende que: “Assim, o dano, em toda a sua extensão, há de abranger aquilo que efetivamente se perdeu e aquilo que se deixou de lucrar: o dano emergente e o lucro cessante.” (GONÇALVES, 2003, p. 529). Esta última categoria de dano corresponde àquilo que o vitimado pela conduta ilícita iria perceber caso a mesma não tivesse sido patrocinada. Não é o bastante uma eventualidade, uma hipótese remota de obtenção de ganhos, mas, ao contrário, necessita a demonstração de uma lógica de alta probabilidade, ou seja, que aquele bônus ou receita não experimentada naturalmente ocorreria.

A responsabilidade civil tem uma forte relação com o dano. Sua funcionalidade mais evidente e reiterada se evidencia na esfera da recomposição do dano. Entende-se, comumente, que não se pode falar em responsabilidade, sem a ocorrência de um prejuízo. Para fins de responsabilidade civil, esta conduta deve causar um prejuízo, trazendo, assim, a insigne da

⁸⁷ Diniz apresenta conceito um tanto diverso: “Dano positivo ou emergente, que consiste num *déficit* real e efetivo no patrimônio do lesado, isto é, numa concreta diminuição em sua fortuna, seja porque se depreciou o ativo, seja porque aumentou o passivo, sendo, pois, imprescindível que a vítima tenha, efetivamente, experimentado um real prejuízo, visto que não são passíveis de indenização danos eventuais ou potenciais, a não ser que sejam consequência necessária, certa, inevitável e previsível da ação.” (DINIZ, 2002c, p.63).

ilicitude. Sob esta perspectiva, a responsabilidade fica condicionada a apuração concreta do dano, ou seja, sua demonstração inequívoca:

O *dano* é um dos pressupostos da responsabilidade civil, contratual ou extracontratual, visto que não poderá haver ação de indenização sem a existência de um prejuízo. Só haverá responsabilidade civil se houver um dano a reparar. Isto é assim porque a responsabilidade resulta em obrigação de ressarcir, que logicamente, não poderá concretizar-se onde nada há que reparar. (DINIZ, 2002, p.55).

A doutrina, há muito, já se posicionou que não há que se falar em responsabilidade civil sem a ocorrência do dano. O dano seria, nessa direção, um pré-requisito essencial para caracterização da responsabilidade civil. É próximo a esse norte que a grande maioria dos doutrinadores entende estar a responsabilidade civil. Assim, o dano era tido como necessário ao abraço da responsabilidade civil. Sem dano identificado e mensurado, não haveria de se ter responsabilidade. A responsabilidade civil decorre da “ação ou omissão, seja culposa ou dolosa, produzindo prejuízo” (CRETELLA JR., 1980, p. 43)⁸⁸. Essa relação se apresentava firme e suficiente dentro da doutrina jurídica, até que, com a complexidade da vida moderna, observaram-se diversas hipóteses marcadas pela dificuldade de comprovação do dano. O mundo jurídico contemporâneo, diante da complexidade das relações que desafiam sua capacidade de regulamentação, flexibilizou este posicionamento do dano necessário ao abraço da responsabilidade.

Um passo primeiro foi a presunção de dano. Em variadas ações ilícitas, o agente passou a ser responsabilizado sem que seja necessária a efetiva comprovação/demonstração do dano. É da inclusão indevida do nome de consumidores nos cadastros restritivos de crédito, suspensão indevida de auxílio previdenciário, entre outros. O dano se tornou *in re ipsa*, ou presumível:

PREVIDENCIÁRIO. RESPONSABILIDADE CIVIL. CESSAÇÃO INDEVIDA DE AUXÍLIO-ACIDENTE POR ERRO NA IDENTIFICAÇÃO DO ÓBITO DE HOMÔNIMO DO BENEFICIÁRIO. DANO MORAL IN RE IPSA. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. NÃO OCORRÊNCIA. SÚMULA 83/STJ. 1. A irrisignação do INSS se restringe, basicamente, ao entendimento perfilhado pelo acórdão de origem de que a cessação indevida do benefício previdenciário implicaria dano moral in re ipsa, apontando divergência jurisprudencial em relação a precedentes do Tribunal Regional Federal da 4ª Região em que se exigira a prova do dano moral para autorizar sua indenização. 2. Não obstante o

⁸⁸ Atrelando o dano à responsabilidade, tem-se ainda Lisboa (2012, p. 263).

posicionamento dissonante entre os arestos colacionados pelo recorrente, o Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de dispensar a prova do sofrimento psicológico em inúmeros situações, a exemplo da inscrição indevida em cadastro de inadimplentes (AgRg no AREsp 331.184/RS, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, DJe 5/5/2014), da suspensão indevida do fornecimento de água por débitos pretéritos (AgRg no AREsp 484.166/RS, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 8/5/2014), do protesto indevido de título (AgRg no AREsp 444.194/SC, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, DJe 16/5/2014), da recusa indevida ou injustificada, pela operadora de plano de saúde, em autorizar a cobertura financeira de tratamento médico a que esteja legal ou contratualmente obrigada (AgRg no AREsp 144.028/SP, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, DJe 14/4/2014), entre outros. 3. No caso concreto, o acórdão de origem traz situação em que o INSS suspendeu o auxílio-doença em virtude da equivocada identificação do óbito de homônimo do autor. Nessas circunstâncias, é presumível o sofrimento e a angústia de quem, de inopino, é privado da sua fonte de subsistência mensal, e, no caso, o benefício previdenciário decorre de auxílio-acidente. 4. Agravo Regimental não provido.” (AgRg no AREsp 486.376/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/06/2014, DJe 14/08/2014)

Essa mudança de paradigma na caracterização da responsabilidade civil se fazia necessária. O dano, hoje, é o dano em potencial, possível ou provável, mas não necessariamente constatado a primeira vista. A própria ideia de responsabilização como instrumento de restauração ou reparação ao estado anterior ao dano, certamente, entrou em crise. O contexto atual consolidou a ideia de que há fatos cujo dano é irreparável, não sendo possível o retorno ao *status quo ante*. Surge a ascensão da visão compensatória, em que os esforços são no sentido de construção de uma teoria de compensação, mais do que de reparação.

No que tange a uma tutela privada, ou seja, na defesa de interesses individuais, é exigido, ainda, que o dano seja certo e atual. A certeza – ou, pela experiência humana, presunção de que ele tenha ocorrido - do dano é sua demonstração evidente. A finalidade de se exigir a certeza é assegurar que a responsabilização é realmente devida. A atualidade opera no sentido de que o dano deve se apresentar ainda não compensado, aguardando a contrapartida do lesado, sua reparação ou compensação. Gonçalves (2003, pp. 530-531) explica o elemento da certeza:

O requisito da ‘certeza’ do dano afasta a possibilidade de reparação do dano meramente hipotético ou eventual, que poderá não se concretizar. Tanto assim que, na apuração dos lucros cessantes, não basta a simples possibilidade de realização do lucro, embora não seja indispensável e absoluta certeza de que este se teria verificado sem a interferência do evento

danoso. O que deve existir é uma possibilidade objetiva que resulte do curso normal das coisas, como se infere do advérbio “razoavelmente”, colocado no art. 402 do Código Civil (‘o que razoavelmente deixou de lucrar’). Tal advérbio não significa que se pagará aquilo que for razoável (ideia quantitativa) e sim que se pagará se se puder, razoavelmente, admitir que houvesse lucro cessante (ideia que se prende à existência mesma do prejuízo).

Dessa forma, a responsabilidade civil continua sua saga em busca da existência do dano, mas a constatação efetiva desse já não representa condição *sine qua non* para a sua incidência. A mera potencialidade de dano já gera o dever de reparação. No mais, a ideia de reparação/restauração parece perder corpo em favor da ideia de compensação para aquele agente que sofreu ou poderia ter sofrido o dano, além de desestimular o agente responsável pela conduta. Afinal, a educação social se mostra como uma necessidade e as sanções e responsabilidade servem de instrumento pedagógico. O dano, portanto, não se retirou do fenômeno da responsabilidade, mas foi relativizado, não ocupando mais, necessariamente, seu centro.

4.3.4 Do Nexo Causal

Após a incursão na perspectiva do dano e da conduta, é fundamental estabelecer uma relação entre ambas para que se surja a possibilidade do dever de compensar o atingido por aquele. De fato, no fenômeno da responsabilidade civil, o nexo de causalidade entre a conduta do agente e o dano tem sido considerado pressuposto lógico fundamental. Stoco (2001, p. 106) leciona que: “Na etiologia da responsabilidade civil, estão presentes três elementos, ditos essências na doutrina subjetivista: a ofensa a uma norma preexistente ou erro de conduta; um dano; e o nexo de causalidade entre uma e outro.”

Esta ligação é que traz a relação do responsabilizado com a lesão que deu causa diretamente, ou que tinha o dever legal de não permiti-la.

A racionalidade humana impõe a busca de um sentido denunciante para o apontamento do vínculo obrigacional da responsabilidade. Há a necessidade, desta forma, de uma relação de causa e efeito, de produção e produto, entre a conduta e o dano ocorrido, para que se possa responsabilizar. A lógica linear é simples: agir é assumir os riscos de suas consequências. Contudo, na investigação de identificação dessas consequências, só serão “suas” aquelas que demonstrarem estreito vínculo causal com a ação. Os danos são

investigados em sua origem, o que lhe provocou, ou seja, qual é sua causa ativa, a razão que lhe é ligada por proximidade que denuncia sua previsibilidade. Como alerta Jonas, “Mas isso somente se houver um nexo causal estreito com a ação, de maneira que a imputação seja evidente e suas consequências não se percam no imprevisível.” (2015, p. 165). Afinal, no senso lógico-jurídico moderno, seria de extrema injustiça atribuir aos indivíduos legitimidade passiva para o ressarcimento de danos, cuja conduta não patrocinou, ou, sequer, comunicam-se, em outros termos, sem nexo algum. É fundamental, portanto, que a responsabilidade civil se fundaem uma interação da conduta imputada ao agente com o prejuízo evidenciado pela vítima. A lógica normativa que defende Cavalieri Filho é a de que:

Fazer juízo sobre o nexo causal é estabelecer, a partir de fatos concretos, a relação de causa e efeito que entre eles existe (ou não existe) – o que deve ser realizado por raciocínio lógico e à luz do sistema normativo. *Lógico* porque consiste num ele referencial entre elementos de fato; *normativo* porque tem contornos e limites impostos pelos sistemas de Direito, segundo o qual a responsabilidade civil só se estabelece em relação aos efeitos diretos e imediatos causados pela conduta do agente. (2006, p. 77).

Questão essencial que desafia o estudo do nexo causal é a da possível pluralidade de causas no dano. Numa relação jurídica pode se observar, verdadeiramente, um feixe de relações jurídicas menores interligadas na sua composição. O direito amplia a legitimidade nestes casos de diversas causas do dano, que podem envolver diversos agentes patrocinadores da conduta lesiva, em maior ou menor grau, unidos por atos sucessivos, e evidenciando comunicabilidade entre as relações. Portanto, no fenômeno da responsabilização, trabalho nem sempre simples pode ser tido na investigação das causas comuns que geraram certo dano, as concausas:

A teoria do nexo causal encerra dificuldades porque, em razão do aparecimento de concausas, a pesquisa da verdadeira causa do dano nem sempre é fácil. Essas concausas podem ser sucessivas ou simultâneas. Nas últimas, há um só dano, ocasionado por mais de uma causa. É a hipótese de um dano que pode ser atribuído a várias pessoas. O Código Civil, em matéria de responsabilidade extracontratual, dispõe que a responsabilidade é solidária neste caso (cf.art.942, parágrafo único). (GONÇALVES, 2003, p.521).

Para Cavalieri Filho “Concausa é outra causa que, juntando-se à principal, concorre para o resultado. Ela não inicia e nem interrompe o processo causal, apenas o reforça, tal como um rio menor que deságua em outro maior, aumentando-lhe o caudal.” (2006, p. 84). Como exemplo de ampliação da legitimidade passiva, cita-se a relação consumerista, onde todos os fornecedores de uma cadeia produtiva podem ser responsabilizados, embora, contratualmente, não estejam todos formalmente vinculados. Lisboa apresenta lição neste sentido: “A responsabilidade pelo vício do produto é objetiva e solidária de todos os fornecedores que integram a cadeia econômica.” (LISBOA, 2001, p.203).

Da mesma forma que o nexos causal pode vincular uma pluralidade de causas a um dano, ocorre também a possibilidade de haver uma conduta que provoque danos diversos ou a titulares plurais. Nessa senda, ocorre a amplitude da legitimidade ativa da pretensão compensatória, pois a titularidade do bem lesado é plural, seja coletiva ou mesmo difusa (indeterminável). Como exemplo, tem-se o dano concorrencial: nele, a conduta ilícita atinge o mercado, legitimando toda a sociedade a agir, sendo necessária a atuação do Ministério Público nesses casos.

4.4 VERTENTES CONTEMPORÂNEAS DA TEORIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Na contemporaneidade, estão consolidadas duas vertentes da teoria da responsabilidade civil: a subjetiva e objetiva. Essas modalidades de configuração do abraço da responsabilidade são definidoras dos elementos necessários para a configuração da obrigação de ressarcimento a ser adimplida pelo responsabilizado.

A teoria subjetiva exige para configuração do fenômeno de responsabilização do agente os seguintes elementos: a) a conduta (ação ou omissão); b) o evento danoso (dano); c) nexos de causalidade entre a conduta e o dano; d) culpa do agente (imprudência, negligência e imperícia). Tem-se a teoria da responsabilidade subjetiva prevista como regra da seara civil. Teoria adotada pelo antigo Código Civil, Lei nº 3.071 de 1916: “Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.” Permaneceu como regra do Código Civil (Lei nº 10.406 de 2002) vigente: “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, e causar prejuízo a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

Gonçalves (2003, p. 21) explica que:

Diz-se, pois, ser ‘subjettiva’ a responsabilidade quando se esteia na ideia de culpa. A prova da culpa do agente passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável. Dentro desta concepção, a responsabilidade do causador do dano somente se configura se agiu com dolo ou culpa.

Contudo, ao longo do tempo, a culpa se mostrou incapaz de satisfazer a uma sociedade que, cada vez mais, enfrentava novos perigos de sua forma de organização socioeconômica. Como relata Nader (2010, p. 103):

No curso do séc. XIX os tribunais, diante da insuficiência da culpa para atender às novas demandas de uma sociedade modernizada e geradora de riscos, atenuavam o rigor da teoria subjettiva. Ao final do séc. XIX, impulsionados pelos fatos da época (*ex facto, ius oritur*), os juristas enunciaram a teoria objetiva ou do risco, reconhecendo o dever de reparação de dano, mesmo sem culpa do agente, desde que detentor do engenho ou recurso tecnológico criador de riscos. A nova concepção foi exposta em 1888 por Mataja, na Alemanha; em 1894 por Orlando, na Itália; em 1897 por Saleilles e Josserand, na França.

Por sua vez, na responsabilidade objetiva há a obrigação de indenizar sem a necessidade de aferição da culpa. Gonçalves (2003, p. 21) explica que:

A lei impõe, entretanto, a certas pessoas, em determinadas situações, a reparação de um dano cometido sem culpa. Quando isto acontece, diz-se que a responsabilidade é legal ou ‘objetiva’, porque prescinde da culpa e se satisfaz apenas com o dano e o nexo de causalidade.

Nesta teoria são exigidos os seguintes elementos: a) a conduta (ação ou omissão); b) o evento danoso (dano); c) e o nexo de causalidade entre a conduta e o dano. É desnecessária, como de fato o é, a comprovação de culpa do agente, ficando a indenização mais fácil de ser obtida, já que superada a culpabilidade do agente – este responde independentemente de sua constatação. Esta teoria se tornou a mais incidente no mundo contemporâneo, conquistando importantes espaços no universo jurídico, principalmente nos direitos de terceira dimensão: com características de direitos difusos, o bem tutelado é de interesse de um grupo indeterminado de pessoas. Na teoria objetiva, a responsabilidade se justifica, pois mesmo que o agente possa ter agido sem culpa, o resultado de sua conduta provocou dano, e este fato, por si só, já atrai a ideia de reprovação de sua ação ou omissão. Conforme expõe Vasconcelos (2003, p. 135), “deslocou-se o enfoque da culpa para o dano, realçando-se a diferença entre

dano patrimonial e dano moral e mesclando-se a importância da fixação do nexo de causalidade”.

No Código Civil, a regra da responsabilidade objetiva foi prevista no art. 927, Parágrafo único, quando determina que:

Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. (BRASIL, 2016)

A ideia da responsabilidade por risco é fundada na seguinte premissa de justiça distributiva: quem se beneficia com a atividade que desenvolve tem o dever de absorver seus ônus. Nader (2010, p. 105) exemplifica o seguinte, a respeito da aplicabilidade do dispositivo em comento:

A teoria se funda no princípio “*ubi emolumentum ibi onus esse debet*” (i.e., a vantagem está sempre relacionada a um ônus”). Incluem-se, entre outras fontes de riscos, as atividades desenvolvidas por companhias elétricas, construtoras, empresas produtoras ou que manipulam combustíveis, geram energia nuclear, exploram minas, elementos radioativos ou engenhos nucleares. Pela matéria-prima ou aparelhos empregados, tais engenhos são ameaça constante à incolumidade física, saúde ou patrimônio das pessoas. Ao se projetar um prédio de muitos andares, sabe-se, pela estatística, que na construção haverá acidentes de trabalho; não obstante, o prédio é edificado e, com isso, ocorrem lesões nos operários. Não seria justo, nem moral, que se exigissem das vítimas as provas de culpa *lato sensu*. A estas cabem apenas os ônus da prova do nexo de causalidade.

Importante destacar que, de forma alguma pode se entender que há rol taxativo ou limitado de atividades abrangidas pela ideia de “atividade” prevista no parágrafo único, do Art. 927, do Código Civil. Essa construção cabe ao cotidiano histórico, que de acordo com suas necessidades incitará os debates de configuração ou não de atividade de risco. Expostas as duas vertentes, subjetiva e objetiva, é possível uma análise comparativa de sua praticidade para o vitimado por danos. Para Nader (2010, p. 105):

Em princípio, é indubitavelmente mais simples a apuração da responsabilidade fundada em risco do que em culpa. Naquela, basta a constatação do dano e o nexo de causalidade, enquanto nesta, além da comprovação de tais elementos, indispensável é a apuração da forma como o agente se conduziu: se houve culpa *lato sensu* ou não. Na realidade, nem sempre a apuração da responsabilidade objetiva é tão simples assim, pois há casos em que a vítima deve provar que a relação é de risco, nos termos previstos pelo parágrafo único do art. 927. O agente, como matéria de defesa,

pode sustentar e provar, se para tanto tiver elementos, que a atividade desenvolvida normalmente não implica, por sua natureza, ‘risco para os direitos de outrem.

De fato, tal qual a visão exposta por Nader, apresenta-se evidente que a culpa é elemento que obstaculiza a compensação almejada ou a reparação pelo dano de que se foi vítima. Tanto que é nítido o movimento da objetivação do fenômeno da responsabilidade civil com as diversas áreas do direito que a adotaram nas últimas décadas.

4.4.1 Responsabilidade e Culpa

A conduta do agente é a fonte fática da responsabilidade. Eis o fato gerador, portanto, do vínculo obrigacional do responsável: uma conduta (ação ou omissão) indesejada socialmente com reflexo legal de ilicitude. Contudo, em alguns contextos legais, a conduta deve ser mais que vinculada ao dano, não bastando, apenas, demonstrar a relação de causalidade entre ambos. Por vezes, numa ótica subjetivista da responsabilidade, a culpa se faz necessária para configurar o dever compensatório. Mas o que é a “culpa”? Conceituar “culpa” é tarefa desafiadora.⁸⁹. Apresenta-se, comumente, culpa como o elemento do fenômeno da responsabilização caracterizado pela omissão, quando a lei impõe o dever de agir, ou pela imprudência, na ação patrocinada sem a devida cautela, em face do discernimento médio. Vê-se, portanto, que a ideia de culpa se liga a um dever de prudência. Para Lalande (1999, p. 881) prudência seria a: “Qualidade do caráter que consiste na reflexão e na previdência pelas quais se evitam os perigos da vida.”

O sistema civil de responsabilidade exige a necessidade de culpa em sua sistemática subjetiva. No entanto, culpa não consiste em desejar o dano ou praticar o ilícito, não sendo essencial, para a responsabilização, que o agente almeje atingir o resultado lesivo. Para a responsabilização civil, a intenção deliberada de prejudicar não compõe elemento constitutivo

⁸⁹ Marcel Planiol define culpa, confundindo-a com a própria responsabilidade, para ele: “culpa é a infração de uma obrigação preexistente, de que a lei ordena a reparação quando causou um dano a outrem.” (PLANIOL, Marcel. *Traité élémentaire de Droit Civil*, vol. II, apud STOCO, Rui. Tratado de Responsabilidade Civil: Responsabilidade Civil e sua interpretação doutrinária e jurisprudencial. 5ª ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.96). Lisboa aparta os conceitos de responsabilidade e culpa, nas seguintes palavras: “Os elementos culpa e risco são, portanto, completamente estranhos à definição de responsabilidade, mas podem estar presentes em uma determinada situação, conforme o sistema jurídico adotado.” (LISBOA, 2001, p.20).

essencial. A responsabilidade civil, para Cretella Jr., decorre da ação ou omissão, seja culposa ou dolosa, produzindo prejuízo (1980, p. 43).

Basta, para a configuração da responsabilidade civil, que o agente, ao se conduzir, tenha assumido a probabilidade do acontecimento danoso, por não se cercar dos cuidados necessários, numa ação ou omissão indevida. Em regra, no ordenamento civil, esta assunção se caracterizará por uma imprudência ou negligência (culpa – teoria subjetiva), e, excepcionalmente, pelo risco da atividade que eleger praticar (teoria objetiva – com culpa presumida).

Habita, no núcleo da culpabilidade, uma matéria moral traduzida na censura social ao comportamento previsivelmente lesivo a alguém. Justamente, por se poder reconhecer essa probabilidade de dano, poderia a ação ou omissão ter sido evitada e, conseqüentemente, o próprio dano não existiria. Varela leciona, neste sentido: “Agir com culpa significa atuar o agente em termos de, pessoalmente, merecer a censura ou reprovação na sua conduta, quando, em face das circunstâncias concretas da situação caiba afirmar que ele podia e devia ter agido de outro modo.” (VARELA *apud* GONÇALVES, 2003, p.475).

Há diferença técnica entre culpa e o dolo pode ser assim descrita: no dolo, a intenção de agir é deliberada, buscando-se um evento danoso; no que tange à culpa, consiste numa assunção de acontecimento de dano possível e até provável, embora indesejado, por ação (imprudência) ou omissão (negligência): “Dolo, portanto, é a violação deliberada, consciente, intencional, do dever jurídico.” (GONÇALVES, 2003, p.32). Diniz distingue culpa e dolo; no entanto, caracteriza a imperícia como modalidade específica de culpa nos seguintes termos:

A culpa em sentido amplo, como violação de um dever jurídico, imputável a alguém, em decorrência de fato intencional ou de omissão de diligência ou cautela, compreende: o dolo, que é a violação intencional do dever jurídico, e a culpa em sentido estrito, caracterizada pela imperícia, imprudência ou negligência, sem qualquer deliberação de violar um dever. (DINIZ, 2002, p.40).

O dolo não é exigido na esfera civil da responsabilidade como elemento de sua configuração, como visto. Quando muito, exige-se a culpa e se tem essa como suficiente para a responsabilização. Contudo, não se pode dizer que o dolo é irrelevante para a responsabilidade civil, pois pode servir de fator agravante da sanção que será imposta. Ademais, o dolo é um elemento muitas vezes investigado na seara da responsabilidade penal justamente como uma maneira de compensar a sociedade pela quebra da regra de conduta que julga relevante.

Pode-se classificar a culpa segundo alguns critérios: culpa positiva e negativa, segundo o tipo de conduta - assim, está compreendido, na culpa positiva, um comportamento comissivo, na negativa, tem-se uma conduta omissiva; a culpa pode ser classificada de acordo com a fonte do mandamento imperativo que impedia a conduta do agente - neste sentido, tem-se a culpa contratual, quando se viola um negócio jurídico bilateral, e a culpa extracontratual (aquiliana), que viola norma jurídica diretamente. Stoco sintetiza a ideia de culpa nos seguintes termos:

Desse modo, deve haver um comportamento do agente, positivo (ação) ou negativo (omissão), que, desrespeitando a ordem jurídica, cause prejuízo a outrem, pela ofensa a bem ou a direito deste. Esse comportamento (comissivo ou omissivo) deve ser imputável à consciência do agente, por dolo (intenção) ou por culpa (negligência, imprudência ou imperícia), contrariando, seja um dever geral do ordenamento jurídico (delito civil), seja uma obrigação em concreto (inexecução da obrigação ou de contrato). (2001, p.94).

A culpa pode, ainda, ser tida como direta, quando ocorre omissão (negativa) ou ação própria (positiva). Sendo culpa indireta aquela que deriva de conduta é de outro. Na linha da culpa indireta, pode-se configurá-la pela fiscalização falha de seus tutelados ou prepostos (*in vigilando*), bem como pela má escolha de seus representantes (*in eligendo*). (CABRAL, 2006). GONÇALVES explicita que:

A culpa pode ser, ainda, *in eligendo*: decorre da má escolha do representante, do preposto; *in vigilando*: decorre da ausência de fiscalização; *in committendo*: decorre de uma ação, de um ato positivo; *in omittendo*: decorre de uma omissão, quando havia o dever de não se abster; *in custodiendo*: decorre da falta de cuidados na guarda de algum animal ou de algum objeto. (GONÇALVES, 2003, p.33)

Seja qual for a modalidade de culpa a ideia de imprudência ou omissão negligente estará em sua essência. O culpado é o agente que age além do que deveria ou, ainda, aquele que se quedou inerte ou não foi hábil para agir quando a conduta era uma obrigação legitimamente esperada. Seja essa ação extrapolada, ou seja, a inação negligente se enxergará nelas a necessidade de responder pelos danos ocasionados.

4.4.2 Responsabilidade e risco

Em face da aceitação, cada vez mais ampla, da teoria objetiva, a culpa, hoje, não pode ser tida como pressuposto essencial, sempre presente, para a configuração da responsabilidade civil. O risco da atividade patrocinada pelo agente ganha relevância, fazendo

com que o ordenamento jurídico lhe impute o dever de indenizar, mesmo quando a culpa não se evidencie. Assim, a visão da responsabilidade arraigada na culpa foi sendo superada. Esta evolução da teoria da responsabilidade teve a importância de efetivar a proteção de certas relações jurídicas, normalmente, caracterizadas pela dificuldade de apuração da culpa. Evita-se a não reparação por dificuldade de prova da culpa. Josserand expõe a capacidade de adequação da objetivação da responsabilidade à nova realidade pós Revolução Industrial, nos seguintes termos:

Essa preocupação dos juristas se inspirava principalmente no convencimento de que uma teoria da responsabilidade, baseada no tradicional conceito de culpa, apresentava-se talvez inadequada para atender àquele anseio de ressarcimento, acima apontado. Isso porque, impor à vítima, como pressuposto para ser ressarcida do prejuízo experimentado, o encargo de demonstrar não só o liame de causalidade, como por igual comportamento culposos do agente causador do dano, equivalia a deixá-la irressarcida, pois, em numerosíssimos casos, o ônus de prova surgirá como barreira intransponível. (JOSSERAND, Louis. *Évolutions et actualités*, p. 29, apud RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil: Responsabilidade Civil* (De acordo com o novo Código Civil – Lei n. 10.406, de 10-1-2002.). Vol. 4. São Paulo: Saraiva: 2002, p. 152).

Segundo essa teoria, aquele que, através de sua atividade, cria um risco de dano para terceiros deve ser obrigado a repará-lo, ainda que sua atividade e o seu comportamento sejam isentos de culpa. Num primeiro estágio, a alteração do modelo de responsabilidade foi operada pela ideia de que a culpa poderia ser presumida. De certa maneira, a presunção de culpa não retirava a culpa dos elementos da responsabilidade, porém representava, na prática, a inversão do ônus da prova. Uma das áreas sensíveis a essas mudanças no fenômeno da responsabilização, situando-se sempre na vanguarda do processo de evolução da reparação dos danos, foi o contrato de transporte. No Brasil, o Decreto nº 2.681, de 7 de dezembro de 1912 reconheceu a responsabilidade com culpa presumida dos agentes econômicos responsáveis pelo transporte férreo. O Código Civil de 1916 foi na linha da responsabilidade por culpa (art. 159). Como PEREIRA relata, no entanto, a teoria do risco foi ganhando espaço:

Uma forte corrente procurou deslocar o fundamento da responsabilidade da culpa para o risco, mas perdeu-se logo fragmentando-se em subteorias: do *risco-proveito*, que impunha a responsabilidade ao que sacasse vantagem ao empreendimento gerador do dano (*bui emolumentum, ibi onus*); do *risco profissional* adstrito aos acidentes de trabalho; ou mais amplamente do *risco criado* ou do *risco excepcional*, no direito público; e do *risco social*, imaginada por Duguit, com base no princípio da solidariedade. E os defensores do risco polemizaram a responsabilidade civil, em

vez de articularem uma doutrina aceitável. Aos poucos foi se concentrando a doutrina, no conceito do “risco criado”. (PEREIRA, 2010, p.510).

Segundo a teoria do risco criado, toda atividade, econômica ou de qualquer outra natureza, é uma fonte criadora de riscos. O responsável pelo seu exercício, o agente da conduta ao optar patrocinar a atividade deve assegurá-la dos riscos gerados, portanto, obriga-se a indenizar qualquer lesado ou vítima de danos ocasionados por sua atividade. Por isso, a ideia do risco criado é considerada mais ampla que a teoria do risco-proveito.

Apesar de toda inovação trazida, no atual Código Civil (2002), a culpa se manteve como elemento da responsabilidade geral da culpa (arts. 186 e 927), contudo trouxe a possibilidade da lei especificar hipóteses de responsabilidade objetiva, independentemente de culpa, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem (Parágrafo Único do art. 927). No próprio Código Civil, estabelecem-se outras hipóteses de responsabilidade objetiva, como por exemplo, a dos empresários individuais e as empresas que respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação (Art. 931) e a dos pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia (Arts. 932, I e 933). Assim, a responsabilização objetiva foi ampliada em nosso ordenamento, inclusive pela existência de diversos diplomas legais (CDC, Lei n. 6938/1981 de proteção ambiental, Lei n. 12.529/2011 de defesa da concorrência, a responsabilidade do Estado no Art. 37, § 6o, da CF/88) que a adotaram como regra em importantes áreas. Assim, mostra-se que no sistema atual, as suas vertentes estão previstas, contudo as áreas de incidência da responsabilidade objetiva são por demais amplas o que evidencia a sua predominância. Consolidou-se a ideia do risco como um elemento de atração da responsabilidade. Pois, quem se aproveita dos prêmios de uma atividade (bônus), deve, também, arcar com os prejuízos causados (ônus).

Uma das teorias que procuram justificar a responsabilidade objetiva é a teoria do risco. Para esta teoria, toda pessoa que exerce alguma atividade cria um risco de dano para terceiros. E deve ser obrigada a repará-lo, ainda que sua conduta seja isenta de culpa. A responsabilidade civil desloca-se da noção de culpa para a ideia de risco, ora encarada como “risco-proveito”, que se funda no princípio segundo o qual é reparável pelo dano causado a outrem em consequência de uma atividade realizada em benefício do responsável (*ubiemolumentum, ibi ônus*); ora mais genericamente como “risco criado”, a que se subordina todo aquele que, sem indagação de culpa expuser a suportá-lo. (GONÇALVES, 2003, p.22)

Igualmente, há o fundamento da objetivação na ideia de equidade, de socialização de resultados e, conseqüentemente, de responsabilidades. Afinal, se alguém se propõe ao exercício de determinada atividade para eventualmente angariar vantagens com a sua exploração, deve ter o respeito legal e a segurança jurídica sobre os resultados legítimos. Porém, dentre os resultados possíveis, inclui-se a potencialidade de se ocasionar prejuízos a alguém por acidentes, deslizos, enfim, equívocos na condução dessa atividade. Apresenta-se natural, que a coletividade também exija o respeito legal ao patrimônio alheio e à segurança jurídica de recomposição dos danos causados pela atividade. De fato, a ideia do risco permitia essa maior segurança. Em razão disso, foi tomando o lugar da teoria da culpa. Como ressalta Pereira:

[...] atualmente o nosso direito se encaminha para a inversão do fundamento da responsabilidade civil. Se antes a regra era a da responsabilidade com culpa, hoje já podemos afirmar que esta está se tornando exceção, sendo a regra era a da responsabilidade com culpa. (2010, p.512).

Hoje, a teoria objetiva está presente, no ordenamento jurídico brasileiro, na recomposição dos danos ambientais, consumeristas e concorrenciais por exemplo. Importante destacar que, nessa vertente, existem variações teóricas, como a teoria da responsabilidade por risco integral, em que se tem um posicionamento mais severo. Nem mesmo as excludentes clássicas de responsabilidades (caso fortuito, e força maior) operaram efeito no sentido de eximir de responsabilidade o agente. Tal teoria vem sendo aplicada em desfavor do Estado, em algumas atividades por seu risco ambiental (Art. 21, XXIII, c da CF).

Tal qual explicita Ferreira:

Apesar de a maioria da doutrina não fazer distinção, alguns doutrinadores dividem a teoria objetiva em duas modalidades: a do risco administrativo, que admite causas excludentes da responsabilidade do Estado, no caso de culpa da vítima, de terceiros ou força maior, e a do risco integral, que não admite excludente. A diferença entre as duas teorias está, portanto, na admissão ou não de causas que excluem de responsabilidade o Estado e que, portanto, isentam ou não o Estado da obrigação de indenizar. (2006, p.284)

Comumente se critica a adoção do risco com a ideia de que é um exagero, ou mesmo uma injustiça, atribuir-se a quem não agiu com culpa o ônus de reparar danos. Haveria, assim, uma pesada carga transferida àqueles sujeitos passíveis de absorver os riscos nas relações jurídicas de responsabilidade civil. Na verdade, na medida exposta, o ordenamento legal só

faz essa transferência para aqueles que recebem os benefícios da atividade produtora de riscos. Portanto, de início, já existe uma compensação. Não se trata só de transferência de encargos, mas assunção de ônus e bônus que advêm de uma única origem: a atividade geradora de riscos. Como observa Nader, no que tange às atividades empresariais, elas habilmente incorporam os riscos em seus custos, que refletem no processo de precificação:

Argumenta-se, também, contra a teoria do risco, que a sua adoção em lei pode constituir um desestímulo à constituição de novas empresas, que se sujeitariam a prejuízos imprevisíveis. Ainda que este fosse o preço, a teoria se justificaria, dada a proteção dispensada a quem sofre os danos. Na prática, tal desestímulo inexistente, pois as empresas recorrem aos contratos de seguro, que socializam os prejuízos, além de embutirem nos preços os custos da garantia. (NADER, 2010, p.107).

Ou seja, os riscos são absorvidos e socializados via custos-preços. Ademais, a noção de justiça contemporânea também passa por eleições de poder e dever. Os empresários podem agir, mas devem suportar as consequências dos riscos gerados pela atividade; eles podem absorver esse encargo mais facilmente que os consumidores, que são mais vulneráveis - portanto, devem fazê-lo. Assim, na perspectiva objetiva da responsabilidade, a culpa é excluída como pressuposto, bastando a configuração do dano, a demonstração da conduta e a evidência do nexo de causalidade entre estes. De acordo com a tendência atual, importante é o papel dos julgadores na definição de seus limites, já que esta é uma evolução que ainda continua se desenvolvendo.

Dada a importância da teoria do risco na presente tese, seu tratamento será retomado no capítulo final, quando se mostrará que a Catividade Marcária é uma tese fundamentada na ideia de risco empresarial.

4.4.3 Responsabilidade e Sanção

Já se expôs a ideia de que a responsabilidade é um fenômeno resposta, uma reação contra uma ação indesejada de alguém no mundo civil. A obrigação compensatória resulta na imposição de uma sanção civil ao responsável pela conduta (omissão/ação) que criou o atentado à licitude e provocou dano. A sanção, como reflexo da conduta, deve ser inspirada nela à luz da proporcionalidade. Por isso, a forma e o conteúdo da ação, além da intenção do agente, são questões relevantes na determinação da sanção compensatória.

A tutela jurídica é a concretude jurídica da norma abstrata que promove a efetivação dos direitos.⁹⁰ Representa a missão institucional do próprio Estado-Juiz, que deve ter a devida habilidade de harmonizar o reconhecimento e exercício de todos os valores postos nas normas jurídicas.⁹¹ No que se refere à tutela civil, historicamente, denunciava um viés repressivo como resposta à lesão ou dano provocado pelo agente da conduta. No entanto, a evolução do direito civil e processual civil passou a exigir novas formas de tutela. Mesmo a tutela ressarcitória do dano evoluiu, como se verá, abandonando a necessidade da culpa como seu pressuposto em atividades de interesse público. Porém, era necessário mais que a recomposição do dano já concretizado (tutela repressiva).

Fez-se preciso uma resposta preventiva da tutela jurídica para se evitar o dano, ou seja, inibir a prática da conduta danosa, evitando-se o dano, ou ainda o seu agravamento. Seria possível discorrer sobre as mais variadas classificações doutrinárias acerca das espécies de tutela jurídica. No entanto, isso não seria recomendável em virtude do espaço limitado deste trabalho, bem como de seu objeto já delimitado. Por estas razões, apenas serão tratadas as espécies de tutelas que importam às pretensões de demonstração da Catividade Marcária.

A tutela ressarcitória é a tutela de caráter repressivo que reconhece legítima a pretensão do prejudicado, no sentido de obter indenização pelo dano sofrido (LORENZETTI, 1998, p. 344). Sua instrumentalização ocorre por meio de uma decisão judicial que ordena um pagamento pecuniário.

Por sua vez, a tutela inibitória é a tutela de caráter preventivo que reconhece legítima a pretensão do prejudicado, no sentido de evitar ou cessar conduta ilícita potencialmente causadora de dano. Sua instrumentalização ocorre por meio de uma decisão judicial que ordena o não patrocínio da conduta ilícita, arbitrando-se multo em caso de desrespeito da mesma. Observa-se que a tutela inibitória serve tanto para que se evite um ilícito futuro (LORENZETTI, 1998, p. 344), como também atende à pretensão de interrupção de um ilícito já iniciado (MARINONI, 2004, p. 85). Destaque-se que, por sua própria finalidade preventiva, esta espécie de tutela exige apenas que um ato ilícito tenha sido cometido, e não que tenha havido um dano decorrente de ato ilícito (MARINONI, 2004, p. 81). Importante assinalar que as tutelas descritas não são excludentes. De fato, embora tenham a possibilidade de serem pretendidas de forma autônoma, faculta-se ao autor processual cumular as

⁹⁰ Para Couture: “Por tutela jurídica se entiende, particularmente en el léxico de la escuela alemana, la satisfacción efectiva de los fines del derecho, la realización de la paz social mediante la vigencia de las normas jurídicas (Rechtsschutzbedurfniss).” (2005, p. 391).

⁹¹ Couture afirma: “La tutela jurídica, en cuanto efectividad del goce de los derechos, supone la vigencia de todos os valores jurídicos armoniosamente combinados entre sí.”(2005, p 392).

pretensões ressarcitórias e inibitórias em uma única ação. Nesta hipótese, as suas pretensões recebem a prestação jurisdicional em conjunto.

Voltando-se, especificamente, para a tutela ressarcitória, o desafio da proporcionalidade impõe que não pode a sanção ser ínfima, demasiadamente menor ou ridícula, diante da conduta a ser repreendida, para que não se acabe por estimular condutas indesejadas semelhantes. Na investigação da prudência proporcional, há uma dúplici preocupação sob a perspectiva do combate à irresponsabilidade. Dois interesses buscam ser compensados: o primeiro é o que corresponde à expectativa individual da pessoa que foi lesionada; o segundo é o coletivo. Toda a sociedade busca segurança, reconhecendo-se, através do exemplo de reprovação, via imposição de sanção, um eficiente desestímulo das práticas e condutas nocivas ou não toleradas.

Os responsabilizados, como também, terceiros, devem ter, na sanção, um episódio sócio pedagógico. Ademais, deve-se equilibrar os dissabores entre o responsável e o lesado, afinal, uma sanção insignificante configuraria um desrespeito latente à equidade, sob a ótica do que absorveu o dano. Do mesmo modo, numa lógica reversa, não se pode onerar o responsável com condenação exagerada, extremamente severa, brutal, ou desproporcional. O excesso da sanção se traduziria em violação ao princípio da equidade em seu desfavor. A lição aristotélica do meio-termo parece ainda recomendar a proporcionalidade da sanção:

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. OBRIGAÇÃO DE TRANSFERÊNCIA DE EMPRÉSTIMO. NÃO CUMPRIMENTO. INSCRIÇÃO INDEVIDA EM CADASTROS DE INADIMPLENTES. REGISTRO DE INFRAÇÕES DE TRÂNSITO. DANO MORAL. REVISÃO DO VALOR. NÃO PROVIMENTO. (...) 2. Admite a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, excepcionalmente, em recurso especial, reexaminar o valor fixado a título de indenização por danos morais, quando ínfimo ou exagerado. Hipótese, todavia, em que o valor foi estabelecido na instância ordinária, atendendo às circunstâncias de fato da causa, de forma condizente com os princípios da proporcionalidade e razoabilidade. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 814.136/SC, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 02/02/2016, DJe 05/02/2016)

A sanção deve, portanto, ser adequada ao dano que se compensa. No caso de dano material, a sanção, normalmente, é mais exata em sua equiparação ao dano, pois este se apresenta de forma objetiva, mais facilmente auferida. Assim, a sanção vai corresponder a um valor pecuniário apurado na instrução processual, ou arbitrado, ou mesmo transacionado entre os envolvidos. A tutela compensatória impõe ao responsabilizado uma reposição ao lesado -

na tentativa de retorno ao *status quo ante* - pela monta pecuniária que este necessita para remediar o dano. Por isso, processualmente, exige-se a comprovação dos danos materiais de forma concreta, para sua liquidação precisa. Eis o direito à reparação integral pelos danos de ordem material infligidos (art. 5º, V e X, da CF; art. 994, do Código Civil): a indenização deve ser medida pela extensão do dano que a inspira. A efetiva reparação dos danos materiais é um direito fundamental vítima do evento⁹².

O desafio da proporcionalidade da sanção diante da responsabilidade se torna bem mais complexa no caso de dano moral. O instrumento de sanção civil, que continua a se apresentar em pecúnia não consegue aferir com exatidão a extensão do dano causado em patrimônio evidentemente intangível. Observa-se que não se tem sequer pacificação quanto aos critérios a serem adotados para a aferição da compensação por dano moral. O dolo pode ser um agravante, por exemplo. Aquele que deliberadamente pretende infligir prejuízo a outrem merece atenção distinta daquele que o fez, sem medir bem seus atos ou de forma indesejada.

Também é comum se adotar critérios socioeconômicos, tanto considerando a situação do lesado quanto a do responsabilizado. A crítica que pode ser feita sobre a utilização de tais critérios é a de que são provocadores de situações desconfortáveis. Uma negativação indevida de um consumidor nos cadastros de inadimplência pode fornecer uma demonstração. Caso o consumidor negativado seja homem humilde ou pobre, por exemplo, um operário, sua indenização será, provavelmente, inferior à indenização pelo mesmo fato ocorrido, desta feita, com um juiz de direito. A condição social, como critério socioeconômico de quantificação do dano moral, cria uma presunção odiosa, que a pessoa com maior visibilidade social sofreu um maior abalo moral. (CABRAL, 2006)

4.5 CLASSIFICAÇÕES DA RESPONSABILIDADE CIVIL

⁹² O STJ ao examinar a questão da limitação tarifária imposta pela Convenção de Varsóvia à luz do ordenamento constitucional entendeu que “Efetivamente, a limitação prévia e abstrata da indenização não atenderia, sequer, indiretamente, ao princípio da proporcionalidade, notadamente porque teria o condão de esvaziar a própria função satisfativa da reparação, ante a completa desconsideração da gravidade e da efetiva repercussão dos danos injustamente percebidos pela vítima do evento.” (REsp 1289629/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/10/2015, DJe 03/11/2015)

As classificações servem primordialmente para fins didáticos. Ao categorizar qualquer objeto, apenas se promovem divisões no gênero, ou sob outro ângulo, agrupamento de espécies com base em certos critérios arbitrariamente eleitos pelo autor da classificação. Contudo, algumas classificações são importantes, pois acabam por influenciar os estudos das disciplinas dedicadas ao objeto. No direito não é diferente, não o é, também, na responsabilidade civil. Sem pretensão de se alongar, apresentam-se apenas classificações que se entendem relevante para a compreensão da tese exposta.

4.5.1 Responsabilidade Civil contratual e extracontratual

Uma distinção relevante da responsabilidade civil, na doutrina e em certos aspectos legais, é quanto à existência ou não de vínculo jurídico direto entre o agente responsável e lesado. Vários ordenamentos jurídicos caminharam por essa via dual ou binária (CARLUCCI, 2008). Com base nesse critério, a responsabilidade pode ser tida como contratual ou extracontratual:

É com base nessa dicotomia que a doutrina divide a responsabilidade civil em contratual e extracontratual, isto é, de acordo com a qualidade da violação. Se preexiste um vínculo obrigacional, e o dever de indenizar é consequência do inadimplemento, temos a responsabilidade contratual, também chamada de ilícito contratual ou relativo: se esse dever surge em virtude de lesão a direito subjetivo, sem que entre o ofensor e a vítima preexista qualquer relação jurídica que o possibilite, temos a responsabilidade extracontratual, também chamada de ilícito aquiliano ou absoluto. (CAVALIERI FILHO, 2006, p. 38).

A responsabilidade contratual advém de um vínculo jurídico contratual anterior entre o responsável e o que sofreu o dano. Por sua vez, a responsabilidade extracontratual ou aquiliana deriva de um dever legal sem que preexista deveres convencionais entre o causador do dano e o lesado. Carlucci (2008, p. 30) entende que “incorre em responsabilidade extrajudicialquem causa danos contrários ao dever geral de não prejudicar o outro” (Tradução nossa)⁹³

Por sua vez, Gonçalves expõe:

Na responsabilidade extracontratual, o agente infringe um dever legal, e, na contratual, descumpre o avençado, tornando-se inadimplente. Nesta existe uma

⁹³ Texto original: “incurre en responsabilidad extracontractual quien causa un daño contrariando el deber genérico de no dañar a outro.”

convenção prévia entre as partes, que não é cumprida. Na responsabilidade extracontratual, nenhum vínculo jurídico existe entre a vítima e o causador do dano, quando este pratica o ato ilícito. (2003, p.26).

A síntese de Carlucci é eficaz para que se entenda que, na responsabilidade extracontratual, há uma violação de um dever legal geral de todos de não prejudicar ninguém com seus atos. A origem é a lei, sem uma manifestação volitiva específica existente entre vítima do dano e o agente responsável. Na responsabilidade contratual, o agente é responsável por uma violação específica a um vínculo que criou deliberadamente perante outro. Como evidencia Carlucci (2008, p. 30), “[...] incorre em responsabilidade contratual quem provoca danos ao violar um dever específico, que lhe une a outro sujeito”. (Tradução nossa)⁹⁴ Contudo, apesar de bastante adotada nas codificações pelo globo inclusive, a nossa classificação vem sendo desprestigiada, pois não se encontram razões técnicas convincentes para um regime dicotômico com base nesse critério. Quanto às modalidades contratual ou extracontratual de responsabilidade, Carlucci (2008, p. 31) argumenta que a distinção “[...] não é baseada na natureza das coisas; Dessa forma, trata-se apenas de uma diferença de regime, e não de essência.” (Tradução nossa)⁹⁵

Há uma tendência na atualidade de superação dessa distinção, com a unificação do regime de responsabilidade civil com a própria descodificação da matéria. Importantes legislações que regulam a responsabilidade civil não mais se adequam a divisão com base contratual. Exemplo disso é o próprio Código de Defesa do Consumidor - CDC. Essa parece ser uma tendência mundial, como defende Carlucci (2008, p. 68).

Na verdade, modernos regimes especiais aplicáveis a determinados danos não fazem a distinção estudada: ex., as novas leis que regem os danos ao meio ambiente, fornecimento de produtos, por violação dos direitos de propriedade intelectual e industrial, por ataques abusivos da livre concorrência. (Tradução nossa)⁹⁶

⁹⁴ Texto original: “incurre en responsabilidad contractual quien causa un daño al contravenir un deber específico que lo une a otro sujeto.”.

⁹⁵ Texto original: “non se sustenta em la naturaleza de las cosas; dicho de outro modo, solo se trata de una diferencia de régimen y no de esencia.”.

⁹⁶ Texto original: “En efecto, los modernos regímenes especiales que regulan ciertos daños no hacen la distinción estudiada; por ej., las nuevas leyes que rigen los daños causados al ambiente, por productos elaborados, por violación de derechos intelectuales y la propiedad industrial, por ataques abusivos a la libre competencia, etc”

No mesmo sentido, Tolsada (1997, p. 109), defendendo a unificação, afirma que países como a Polônia e Hungria aboliram a distinção, o que lhe levou a constatar que “desaparecidas as diferenças, desapareceram as dúvida sobre qual a ação mais recomendada para a vítima.”⁹⁷. O que se mostra é que de fato o dualismo apresentado na distinção da responsabilidade civil contratual da extracontratual não parece ter grande importância prática, já que o disciplinamento jurídico posto as aproximou quanto à forma de ressarcimento dos danos, prescrição e consequência, seja de um ilícito geral ou de um inadimplemento específico.

Ehrdardt Jr. (2014) propõe uma nova configuração na clássica divisão em comento. Para ele, a classificação seria tecnicamente mais precisa se adotasse as categorias de responsabilidade civil negocial e extranegocial. Funda-se a proposta na ideia de que o regime da responsabilidade dita contratual é aplicada “aos danos provocados pelo inadimplemento de atos unilaterais”. (2014, p. 119). Assim, o termo “contratual” é restrito, pois se refere apenas ao negócio jurídico bilateral, não abrangendo o negócio jurídico unilateral, como a promessa de recompensa ou gestão de negócio. Da mesma forma, critica a terminologia adotada de “extracontratual”, pois entende ser um gênero do fenômeno da responsabilização, em que a “contratual” seria espécie, conforme argumenta:

Na verdade, sob a expressão “responsabilidade extracontratual”, designa-se todo e qualquer dever de reparar o injusto prejuízo, causado ao lesado, que teve origem na relação de direito absoluto, ou seja, trata-se do regime geral da responsabilidade em nosso sistema, vale dizer direito comum aplicável em matéria de danos, do qual a responsabilidade “contratual”, ou melhor, negocial, é mera especialização, uma vez que continua sujeita aos princípios e regras gerais daquela. (Ehrdardt Jr., 2014, p. 119)

A proposta de Ehrdardt Jr. (2014), de fato, mostra-se interessante e bem fundamentada. Contudo, como o próprio autor destaca em sua obra a tradição da distinção aqui em comento acaba por recomendar a manutenção da mesma para os fins do presente estudo.

4.5.2 Responsabilidade Individual e Compartilhada

⁹⁷ Texto original: “desaparecida las diferencias, desaparecida la duda sobre cuál sea la acción más recomendable para la víctima.”

A responsabilidade pode ser uma obrigação solitária que recai sobre uma única pessoa ou responsável que arcará com as consequências do ato combatido. Trata-se, nessa hipótese, de responsabilidade individual. Assim, individualmente, costuma se apresentar o chamamento da responsabilidade. Porém, a responsabilização pode ser um fenômeno compartilhado. O concurso de agentes que juntos contribuem para a construção fática da conduta omissiva ou comissiva vai acarretar na responsabilidade compartida. Nesse aspecto, ganha relevância de se discutir como se operará a responsabilidade e sua divisão entre os coobrigados ou corresponsáveis. Existe a possibilidade de se ter uma responsabilidade subsidiária⁹⁸ ou solidária.

A subsidiariedade é uma relação obrigacional sucessiva no fenômeno da responsabilidade. Ou seja, há um codevedor principal que deve ser chamado em primeiro momento apenas na hipótese de não adimplir o seu dever legal de ressarcimento - que o seu coobrigado será chamado ao cumprimento da indenização subsidiária.

Na solidariedade⁹⁹, a pluralidade de pessoas comprometidas com o dano é tratada igualmente por força de lei. Responder solidariamente pelo descumprimento da obrigação é responder ao dever de indenizar, em conjunto com outros, mesmo que não seja o agente direto da conduta. Dada sua força obrigacional, a solidariedade não pode ser presumida - só existirá se a lei impuser (Art. 265, do Código Civil) ou da vontade das partes (Art. 265, do Código Civil). A escolha de quem irá pagar cabe ao credor: tanto poderá ele acionar um, alguns ou todos os devedores. Pode-se concluir que, na hipótese de existir mais de um coobrigado na responsabilidade civil, há a possibilidade de litisconsórcio passivo em eventual na tutela

⁹⁸ TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. TRIBUTO DECLARADO PELO CONTRIBUINTE. CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. DISPENSA. RESPONSABILIDADE DO SÓCIO. TRIBUTO NÃO PAGO PELA SOCIEDADE. 1. A jurisprudência desta Corte, reafirmada pela Seção inclusive em julgamento pelo regime do art. 543-C do CPC, é no sentido de que "a apresentação de Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais – DCTF, de Guia de Informação e Apuração do ICMS – GIA, ou de outra declaração dessa natureza, prevista em lei, é modo de constituição do crédito tributário, dispensando, para isso, qualquer outra providência por parte do Fisco" (REsp 962.379, 1ª Seção, DJ de 28.10.08). 2. É igualmente pacífica a jurisprudência do STJ no sentido de que a simples falta de pagamento do tributo não configura, por si só, nem em tese, circunstância que acarreta a responsabilidade subsidiária do sócio, prevista no art. 135 do CTN. É indispensável, para tanto, que tenha agido com excesso de poderes ou infração à lei, ao contrato social ou ao estatuto da empresa (EResp 374.139/RS, 1ª Seção, DJ de 28.02.2005). 3. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, parcialmente provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08. (REsp 1101728/SP, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 11/03/2009, DJe 23/03/2009)

⁹⁹ Art. 264, do Código Civil: "Há solidariedade, quando na mesma obrigação concorre mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito, ou obrigado, à dívida toda."

ressarcitória. No entanto, este litisconsórcio é de natureza facultativa, pois será o lesado (credor da obrigação) que decidirá da conveniência ou não de sua formação¹⁰⁰.

Tanto na solidariedade¹⁰¹, quanto na subsidiariedade, o co-devedor é quem cumpre com a obrigação, e não o devedor principal da mesma. Normalmente, por não ser o agente direto da conduta causadora do dano, detém o direito de regresso. A ação regressiva, ou em regresso, é a busca de ressarcimento de um coobrigado contra outro que tinha o dever primeiro de cumprir a obrigação.

4.6 EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE

Não há sistema de responsabilidade civil absoluto. Se não houvesse as excludentes de responsabilidade, estar-se-ia diante de um regime de risco integral total. O risco integral, portanto, é exceção particular. Por exemplo, tem-se aplicado o risco integral nos danos ambientais. Observe-se o seguinte julgado:

RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANO AMBIENTAL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. DANOS DECORRENTES DO ROMPIMENTO DE BARRAGEM. ACIDENTE AMBIENTAL OCORRIDO, EM JANEIRO DE 2007, NOS MUNICÍPIOS DE MIRAÍ E MURIAÉ, ESTADO DE MINAS GERAIS. TEORIA DO RISCO INTEGRAL. NEXO DE CAUSALIDADE. 1. Para fins do art. 543-C do Código de Processo Civil: a) a responsabilidade por dano ambiental é objetiva, informada pela teoria do risco integral, sendo o nexo de causalidade o fator aglutinante que permite que o risco se integre na unidade do ato, sendo descabida a invocação, pela empresa responsável pelo dano ambiental, de excludentes de responsabilidade civil para afastar sua obrigação de indenizar; b) em decorrência do acidente, a empresa deve recompor os danos materiais e morais causados e c) na fixação da indenização por danos morais, recomendável que o arbitramento seja feito caso a caso e com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível socioeconômico do autor, e, ainda, ao porte da empresa, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, de modo que, de um lado, não haja enriquecimento sem causa de quem recebe a indenização e, de outro, haja efetiva compensação pelos danos morais experimentados por aquele que fora

¹⁰⁰ Art. 275, do Código Civil: “O credor tem direito a exigir e receber de um ou de alguns dos devedores, parcial ou totalmente, a dívida comum; se o pagamento tiver sido parcial, todos os demais devedores continuam obrigados solidariamente pelo resto. Parágrafo único. Não importará renúncia da solidariedade a propositura de ação pelo credor contra um ou alguns dos devedores.”

¹⁰¹ Art. 283, do Código Civil: “O devedor que satisfaz a dívida por inteiro tem direito a exigir de cada um dos co-devedores a sua quota, dividindo-se igualmente por todos a do insolvente, se o houver, presumindo-se iguais, no débito, as partes de todos os co-devedores.”

lesado. 2. No caso concreto, recurso especial a que se nega provimento. (REsp 1374284/MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 27/08/2014, DJe 05/09/2014)

Assim, admitem-se exceções jurídicas, em que, embora ocorra um dano, a responsabilização não exigirá do possível responsável uma resposta de compensação. Entre estas hipóteses, tem-se: a culpa exclusiva do lesado, fato de terceiro, o estado de necessidade, a força maior e o caso fortuito. Por isso que Cavalieri Filho (2006, p. 89) afirma que:

Causas de exclusão do nexo causal, são, pois casos de impossibilidade superveniente do cumprimento da obrigação não imputáveis ao devedor ou agente. Essa impossibilidade, de acordo com a doutrina tradicional, ocorre nas hipóteses de caso fortuito, força maior, fato exclusivo da vítima ou de terceiro.

Primeiramente, em qualquer evento danoso, há de se investigar se a vítima não foi a responsável pela conduta provocadora do prejuízo. O lesado pode ser o exclusivo responsável pelo dano, eximindo o agente da conduta de responsabilidade: por exemplo, a pessoa que se joga contra um carro em movimento, em via pública sem faixa de pedestres, numa tentativa de suicídio. Obviamente, fato de terceiro ataca a relação de causalidade, pois a conduta lesiva tem origem em outrem: em verdade, o suposto responsável não agiu para provocar o dano (RODRIGUES, 2002, p. 164).

O estado de necessidade (arts. 188, II, 929, 930, do Código Civil - Lei nº 10.406 de 2002) impõe um comportamento diante do espírito de autopreservação, retirando a responsabilidade do agente causador do dano se o perigo foi provocado pela vítima. É o estado de quem, para se defender de ataque injusto, culmina por engendrar esforços em conter ou interromper o agressor e acaba por lhe provocar um dano. Haveria, aqui, conduta e dano ligados por um elo causal e, até mesmo, a presença da intencionalidade no ato. Contudo, a razão, ou causa primeira, parte, em verdade, da conduta alheia (do agressor, por exemplo), sendo a conduta investigada uma mera resposta ou consequência dessas. A força maior e o caso fortuito são os fatos necessários, cujos efeitos são irresistíveis e inevitáveis (). art. 393, parágrafo único do Código Civil (Lei nº 10.406 de 2002).

Tanto na teoria subjetiva, quanto na objetiva, admite-se a exclusão do vínculo de responsabilização por forças exteriores ao homem e cujos efeitos não eram possíveis de se evitar, como no caso fortuito e na força maior. Dessa forma, o devedor não responde pelos danos oriundos de caso fortuito ou de força maior. Só responderá, nessas hipóteses, se expressamente houver assumido o risco deles ocorrerem (art. 393, Código Civil). No caso

fortuito e força maior, não existe a culpa do agente pelo dano causado, já que o evento tem como principais características a imprevisibilidade e a inevitabilidade, deixando de haver qualquer nexo causal entre o dano da vítima e o ato do autor. Diniz (2009, p. 116) afirma que:

Na força maior, ou *ActofGod* conhece-se a causa que dá origem ao evento, pois se trata de um fato da natureza, como p. ex., raio que provoca incêndio, inundação que danifica produtos, geada que estraga lavoura, implicando ideia de relatividade, já que a força do acontecimento é maior que a suposta, devendo-se fazer uma consideração prévia do estado do sujeito e das circunstâncias espaciotemporais, para que caracterize como eficácia liberatória de responsabilidade civil. No caso fortuito o acidente que gera o dano advém de: 1) causa desconhecida, como cabo elétrico aéreo que se rompe e cai sobre fios telefônicos, causando incêndio, a explosão de caldeia de usina, ou a quebra de peça de máquina em funcionamento provocando morte; ou 2) fato de terceiro, como greve, motim, mudança de governo, colocação do bem fora do comércio, que cause graves acidentes ou danos devido à impossibilidade de cumprimento de certas obrigações.

Haveria em todas as hipóteses abordadas uma interferência contextual que desconstitui o nexo de causalidade, não podendo, assim, atribuir-se a responsabilidade ao agente:

Há certos fatos que interferem nos acontecimentos ilícitos e rompem o nexo causal, excluindo a responsabilidade do agente. As principais excludentes da responsabilidade civil, que envolvem a negação do liame de causalidade e serão estudadas no final desta obra, são: o estado de necessidade, a legítima defesa, a culpa da vítima, o fato de terceiro, a cláusula de não indenizar e o caso fortuito ou força maior. (GONÇALVES, 2003, p. 526)

Ou seja, em verdade, as excludentes estudadas desconstitui o nexo de causalidade entre a conduta do agente e o dano sofrido pela vítima, sem o qual não há como se falar em responsabilidade.

4.7 DIREITO EMPRESARIAL CONTEMPORÂNEO: TEORIA DA EMPRESA E RESPONSABILIDADE

Este tópico possui como proposta examinar o fenômeno empresarial sob o enfoque do seu processo de organização jurídica. O intuito é compreender o contexto da empresa, já

que a tese da Catividade Marcária apresentada afeta, diretamente, a responsabilidade empresarial.

Após a breve exposição histórica da empresa, partir-se-á para a o estudo da Teoria da Empresa, desde a conceituação da empresa, bem como do empresário. Empreende-se uma tentativa de dissipar a névoa de dúvidas habitualmente causada pelos intermináveis conflitos terminológicos, ora colocando a empresa como sujeito de direito, ora como objeto. O que se almeja é distinguir a empresa, o empresário e a sociedade empresária.

4.7.1 Escopo social das sociedades mercantis - do liberalismo ao neoliberalismo

Sabe-se que, apesar de a atividade comercial ser concomitante com a organização social humana, tendo como fase embrionária o escambo, foi com a invenção da moeda que se deu o seu desenvolvimento de forma mais célere. No entanto, como gênese desse estudo, ter-se-á a realidade pós-revolução industrial. Assim, o início dessa análise evolutiva se inicia na segunda metade do século XVIII, quando a revolução industrial abalaria os paradigmas de organização dos meios de produção e, consequentemente, da propriedade ¹⁰².

Obviamente que a mudança de todos estes paradigmas afetaria frontalmente o direito. Afinal o direito como manifestação cultural não se aparta das modificações das estruturas sociais. Esta evolução do direito a reboque das transformações cotidianas foi abordada por Julius V. Kirchmann (1848), citado por Karl Engish (1964, p. 09):

O sol, a lua, as estrelas brilham hoje da mesma forma que há milhares de anos; A rosa desabrocha ainda hoje tal como no paraíso; o Direito, porém, tornou-se desde então diferente. O casamento, a família, o Estado, a propriedade, passaram pelas mais diversas configurações.

A chamada revolução industrial é, antes de tudo, um processo de apreensão do saber. Trata-se de revolução tecnológica, em que os novos conhecimentos permitiram salto qualitativo e quantitativo no processo de produção. Novas máquinas capazes de um resultado sem precedentes modificavam as relações de trabalho, o homem urbano não era mais, apenas,

¹⁰² Obviamente que a mudança de todos estes paradigmas afetaria frontalmente o direito. Afinal o direito como manifestação cultural não se aparta das modificações das estruturas sociais. Esta evolução do direito a reboque das transformações cotidianas foi abordada por Julius V. Kirchmann (1848) *“O sol, a lua, as estrelas brilham hoje da mesma forma que há milhares de anos; A rosa desabrocha ainda hoje tal como no paraíso; o Direito, porém, tornou-se desde então diferente. O casamento, a família, o Estado, a propriedade, passaram pelas mais diversas configurações.”* (Apud Karl Engish in *Introdução ao pensamento jurídico*, 3 ed., tradução J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1964, p. 09).

o nobre, ou comerciante, e seus servos, mas também o operário. A indústria era neófito, mas atraía os capitais pelos resultados positivos que apresentava.

Assim, necessitava-se de estruturas jurídicas que abarcassem essa atividade e as protegessem. Justifica-se a instrumentalização da empresa como beneficiadora da vida em sociedade por sua capacidade de potencializar a produção de bens. Esta revolução de produção exigiu adequações jurídicas, servindo de impulso inicial para criação do instituto da pessoa jurídica. O intuito era a criação de um aparato protetivo para aqueles que se arriscavam no exercício de dada atividade econômica.

O mundo moderno foi forjado pela evolução da atividade econômica, que tinha na empresa elemento preponderante de influência. Essa relevância cada vez mais influente e fluente dos grupos econômicos na sociedade findou no surgimento e reconhecimento do fenômeno do poder econômico. Esse poder não estatal, mas extremamente interessado nas medidas e ações governamentais, passou a transitar direta ou indiretamente pela estrutura administrativa do Estado. Nesse percurso *intragabinetes*, não raras vezes velado, sem qualquer anúncio, eram determinados os ajustes de interesse do poder econômico (CABRAL, 2006).

A produção industrial se mostra um novo produzir potencializado, passando a se denominar de “produção em massa”. A massificação exigia uma sociedade receptiva com padrões novos de consumo, que absorvesse os bens produzidos. Este estudo diz respeito à formação dessa nova sociedade: uma sociedade despersonalizada por estatísticas financeiras, em que os indivíduos são consumidores. Uma sociedade de liberdade vigiada, e que busca uma inatingível igualdade formal. Os contratos são de adesão, ou também massificados, colocando os aderentes em posição de desvantagem jurídica tolerada pela lei, que impõe limites vastos ao voluntarismo.

No seu início, a exploração exacerbada dos mais vulneráveis, além de concentração de capital, gerou um sentimento de desequilíbrio. A doutrina socialista reage atacando o capitalismo, que passa a ser considerado injusto pelos adeptos das mais variadas vertentes do socialismo. Karl Marx, Engels, Proudhon, entre outros criavam o ataque à propriedade privada, a luta de classes, a ditadura do proletariado. De outra banda, velhos poderes também estavam insatisfeitos. A igreja católica se sentia enfraquecida, sem seu poder econômico e bélico de outrora, além de temer o socialismo, não abandonando, assim, o capitalismo – embora defendia questões sociais.

O final do século XIX, e início do século XX, seria determinante para a promulgação das Cartas de Weimar (1919) e do México (1917), sob o fantasma da Revolução Russa

(1917). Diplomas cuja importância histórica consiste na adoção de um novo modelo de Estado, como resposta ao Estado liberal. Um Estado que reconhecesse sua competência em um campo mais vasto de atuação, um Estado participativo e interventor, que ganharia a alcunha de “Estado Social”, com sua propriedade vinculada a uma função social.

Após as grandes guerras mundiais, a humanidade, traumatizada pelos horrores vividos, acaba por justificar o espírito interventor do Estado: a humanidade anseia por fraternidade, ocorre à ascensão dos direitos difusos e coletivos, a tutela dos direitos do consumidor, a defesa do meio ambiente, além de outros direitos, todos alçados ao centro do debate. O consumidor, mesmo com uma legislação protetiva, é continuamente desrespeitado. Há concorrência, apesar de a legislação antitruste se enfraquecer com a formação de cartéis, ou quando menos, oligopólios. A atual conjectura econômica global parece reconhecer definitivamente a vitória do capitalismo como sistema econômico, apesar de o último século e a última década, historicamente, marcar uma série de sucessivas crises colossais.

No centro desse processo evolutivo está a empresa. A mesma empresa é vista como fator imerso neste mar revolto de mudança de paradigmas, e também sofre mutações. Se por um lado é fera, predadora, caçadora como agente determinante lançada ao exercício da atividade econômica de resultados, em outro acaba por ser caça, pertencendo também ao próprio mercado consumidor. O Código de Defesa do Consumidor (1991, p. 114):

O Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 2º, define consumidor como qualquer pessoa física ou jurídica que adquire produto como destinatário final. Arruda Alvim alerta que, no entanto, tal proteção ao consumidor-empresa é abrandada pelo próprio Código consumerista, em seu art. 51, I, recorrendo textualmente: “sendo o consumidor pessoa jurídica, a hipossuficiência que normalmente caracteriza este pólo da relação de consumo, pode não ser tão evidente, conforme o caso concreto, como nas relações de consumo em que o consumidor é pessoa física.

É ainda bela, com um novo escopo de ordem social, elemento indispensável à manutenção coletiva, merecendo a tutela devida, principalmente, quanto à continuidade de sua atividade. Há um ato de reconhecimento da dependência daqueles cujo trabalho lhe é entregue para alocação no meio empresarial. Daí, o abrandamento do sistema jurídico falimentar, e de todo o direito empresarial que passa a defender a continuidade da empresa como princípio.

Constata-se, ainda, a consolidação de entidades que não mais objetivam a atividade econômica, com seus bônus (lucro) e ônus (risco), mas a consecução de um objetivo específico de colaboração social. É o que se constata da gênese formativa das fundações e

associações. Registre-se, ainda, o cooperativismo, como mecanismo híbrido de econômico e social. Esta socialização do econômico é o que parece representar a tendência contemporânea, no sentido de se consolidar a função social da empresa.

O capitalismo se mostra fluído e líquido, adequando-se às novas realidades de forma ímpar no trâmite de suas ações. Eis que nos momentos críticos em que aparenta vulnerabilidade é que se reafirma, suas crises são inovações e reinvenções de seu próprio existir. A empresa é, no entanto, a célula neural do capitalismo e seu mercado cerebral: suas comunicações são impulsivas, nem sempre racionais – são como ondas econômicas, ora produtivas, ora especulativas, produtoras das sinapses financeiras.

A empresa é uma manifestação econômica de uma entidade complexa, criada pela engenhosidade humana para aperfeiçoar o atendimento de suas necessidades. Bulgarelli demonstra a funcionalidade das sociedades empresariais, proporcionada pela separação patrimonial de seu patrimônio, do patrimônio particular dos sócios (1989, p. 259). Assim, em seu primeiro momento, consolida-se a empresa como instrumento facilitador dos empreendimentos humanos na seara econômica; em outro momento, como agente realizador de ações sociais. A seguir, discorrer-se-á acerca da empresa e do empresário. Abordar-se-ão ainda as forças complementares que norteiam o fenômeno empresarial, passando antes pela exposição da definição do direito empresarial e da teoria da empresa.

4.7.2 O direito empresarial

O contexto da atividade econômica do século XX acabaria por abalar o Direito Comercial. Disciplina que antes se centrava nos atos de comércio, passou a ser representada pela atividade econômica estruturada (empresa), numa série de fatores que se faziam enxergar concatenados no estabelecimento empresarial. Martins (2005, p. 78) afirma que os “[...] atos de comércio serão os atos praticados pelos comerciantes, no exercício de sua profissão, e como tais ficam sempre sujeitos à lei comercial.” O comércio em si não esgotava mais as hipóteses de interesses juridicamente protegidos no meio da empresa.

O Direito Comercial se modificara do estudo dos atos de comércio, em uma visão objetiva, para a percepção da empresa, numa perspectiva subjetiva de estruturação. Passou-se da mera percepção de exteriorização de uma ação (ato) própria de comércio, para se valorar o meio pelo qual os atos e demais fatores se organizavam. Fábio Ulhoa Coelho (2011, p. 41) esclarece, quanto ao objeto do direito comercial:

o ramo jurídico que tem por objeto os meios socialmente estruturados de superação dos conflitos de interesses exercentes de atividades econômicas de produção ou circulação de bens ou serviços de que necessitamos todos para viver.

Alguns autores assimilaram a mudança da natureza do objeto da disciplina ainda tratando-a sob a expressão clássica “*Direito Comercial*”. Rubens Requião (2003, pp. 06-08). afirma que o “direito comercial passa a ser o direito das empresas mercantis”, mas não abandona a expressão clássica.

Diante deste novo cenário, os juristas passaram a questionar o Direito Comercial, exigindo uma atualização, ou mesmo decretando sua decadência. Neste contexto, embora alguns reduzam a uma questão meramente terminológica, passou-se a consagrar a terminologia de *Direito Empresarial* em searas onde antes eram de atuação do Direito Comercial, sendo, ainda, passíveis de registro outros avanços de novas disciplinas que acabaram por questionar o dimensionamento e a competência do Direito Comercial. Rubens Requião relata a tentativa do Prof. Van Ryan de substituir a denominação “direito comercial” pela expressão “direito econômico” (2003, pp. 06-08).

O Direito Empresarial passou a ter como objeto a empresa. E daí retirou muito daquilo que pertencia ao Direito Comercial. Desta forma, pode-se conceituar o Direito Empresarial como o complexo normativo voltado às relações jurídicas que permeiam o ambiente do exercício da atividade econômica organizada em estruturas formais de otimização de resultados para sua apropriação. Fazzio Junior (2013, p. 10), apesar de invocar a terminologia Direito Comercial, o define como “complexo normativo positivo” que “focaliza as relações jurídicas derivadas do exercício da atividade empresarial.”

Por estes motivos, compartilha-se a visão de que o “Direito Empresarial” é etapa evolutiva do “Direito Comercial”, vindo em socorro de um ajuste terminológico à realidade contemporânea sem, contudo, invalidar a tradição terminológica que representa esta última expressão (MAMEDE, 2004, pp. 40 et seq).

4.7.3 A teoria da empresa

A Teoria da Empresa é a responsável pela consolidação do Direito Empresarial. Representa a construção teórica, primordialmente, de autoria dos juristas italianos da década de quarenta do século XX. Acabou por substituir a teoria dos atos de comércio (de inspiração francesa) como embasamento central da doutrina do então Direito Comercial.

A teoria dos atos de comércio tem suas bases no Código Napoleônico (1807). Sua grande contribuição foi no sentido de que, naquela altura, em um mundo liberal, onde ao Estado não cabia mais o papel de escolha de quem poderia ou não comerciar, o foco de objetivação do direito passou a ser o ato de comércio, e não mais o comerciante. Ou seja, para a teoria (objetiva) dos atos de comércio, o importante era a natureza do ato praticado, e não a qualificação de quem o praticava. Na verdade, a condição de comerciante ocupava uma relevância secundária. Este tratamento objetivo dado pela teoria dos atos de comércio conseguiu a autonomia do Direito Comercial em relação ao Direito Civil.

Apesar de suas contribuições, a teoria dos atos de comércio sempre sofreu com a definição do que seria efetivamente um ato de comércio. Os autores apontavam como ato de comércio aquele que se destinava à promoção de uma relação de troca, tendo como escopo o lucro. Mas os embates doutrinários jamais chegaram a um consenso. Rubens Requião (2003, p. 13) expôs acerca da celeuma de definição de atos de comércio: “Não é preciso muito esforço de imaginação para se concluir da precariedade de um sistema jurídico que não se encontra capacitado, sequer, para definir seu conceito fundamental.”

A teoria da empresa surge por volta de 1942, na Itália, em pleno facismo¹⁰³. Sua adoção muda o curso do Direito Comercial, saindo dos atos de comércio para adentrar na empresa. Essa é entendida como a atividade exercida na busca do lucro através da circulação de bens e serviços. Afirma-se, assim, que a teoria da empresa retomou o subjetivismo no Direito Comercial. Isto, pois, apesar de seu enfoque estar na empresa, dedica-se à identificação do empresário, o patrocinador do fenômeno empresarial.

Esta mudança de paradigma acalentou uma gama maior de atividades que as abraçadas pela teoria de comércio. A teoria da empresa permitiu uma ampliação do rol de atividades que sofreriam a incidência das normas de cunho empresarial. Na verdade, a teoria da empresa se adaptou mais facilmente à realidade complexa que se desenhara nos mais de cem anos após o Código Napoleônico, quando a teoria dos atos de comércio se consagrou. Como exemplo de atividades que passaram a serem vistas como pertencentes ao Direito Comercial, após a teoria da empresa, tem-se as prestadoras de serviços, as atividades agrícolas, entre outras.

¹⁰³ Interessante demonstração acerca da visão facista da empresa pode ser vista em COELHO, Fábio Ulhoa (2011, pp. 30-34). Quanto à razão da indicação do ano de 1942 como momento do surgimento da teoria da empresa, esta se fundamenta na oportunidade em que foi instituído o *Código Civil* italiano. Este diploma legal normatiza, a um só tempo, a matéria civil e comercial, modelo que, décadas depois, seria seguido no Brasil com o Código Civil.

Enfim, a teoria da empresa organiza um novo Direito Comercial que muitos passarão a denominar de Direito Empresarial. Esta construção teórica se insere formalmente no ordenamento jurídico brasileiro com o Código Civil de 2002, que dedica diversos dispositivos à regulamentação da empresa. Mamede (2004, p. 40) expõe que:

O Direito de Empresa surge, positivamente, como último ato desse processo evolutivo, quando a Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, expressamente revoga a primeira parte do Código Comercial, deixando em vigor apenas a parte correspondente ao comércio marítimo (parte segunda), certo que a parte terceira, que cuidava das quebras, já fora revogada há muito. Em seu lugar, o novo Código Civil trouxe, no Livro II da Parte Especial, a compreender os artigos 966 a 1.195, as regras que regulam o Direito de Empresa.

Este Direito Empresarial centrará suas forças na atividade (empresa), importando nesta muito mais a complexidade de seu desenvolvimento do que mesmo o gênero que se dedica. Para uma melhor compreensão da Teoria da Empresa, em seguida, abordar-se-ão os seus conceitos fundamentais de empresa e empresário.

4.7.4 Empresa, empresário e operações empresariais societárias

A origem etimológica de empresa é latina, mais precisamente, do vocábulo *imprehendere*. Mamede (2004, p. 39), ao citar Houaiss, afirma que a palavra encontra raiz no latim vulgar *imprehendere*, originando, na Itália do século XIII, a palavra *impresa*, ganhando no séc. XVII a acepção de "organização produtora de bens econômicos". Mamede (2004, p. 39) articula a ideia de que:

Empreender (*imprehendere*) guarda relações etimológicas com a negação da idéia de prender (*prehendere*), o que permite recuperar a idéia inicial do trabalho como expressão da realização humana, negando a opressão da necessidade natural pela constituição de um meio para sua superação, ou seja, para assegurar aos seres humanos uma existência digna, como estipulado pelos artigos 1º, III, e 170, *caput*, da Constituição da República. Ficam claras, destarte, as motivadoras da proteção constitucional da livre iniciativa.

A empresa se apresenta como entidade de difícil definição conceitual. Economistas, administradores, contabilistas e juristas, em décadas, apesar das tentativas, não lograram êxito

na uniformização conceitual. Muito pelo contrário, o conceito de empresa tem se mostrado verdadeira tormenta para as ditas ciências sociais ou *humanas*. Demonstra Sousa (1980, p. 294) que apesar da falta de um consenso conceitual a relevância da empresa é tamanha que se pretende sustentar uma *teoria da empresa* onde esta seria ponto central. No entanto, o autor critica a dispersão doutrinária em torno do conceito de empresa, o que se refere como “eternas discussões sem chegarem a um alvo certo”.

Em toda a numerosa legislação brasileira não se encontra uma definição direta de empresa.¹⁰⁴ Esta dificuldade se deve, preponderantemente, à multiplicidade de fatores envolvidos no fenômeno empresarial, bem como à pluralidade de prismas capazes de se enfocar estes mesmo elementos.

Independente desta problemática conceitual, o Direito não poderia se furtar ao desafio de conhecer e regulamentar esta nova figura: a empresa. Tendo a missão de ordenar as relações sociais mais relevantes à sociedade, a ciência jurídica, incorporando-as como *relações jurídicas*, passou a disciplinar o fenômeno empresarial, sem definir, no entanto, o que seria a empresa. Promovendo-se um retorno à pluralidade acima mencionada, é possível se reconhecer que, além deste elemento quantitativo (pluralidade de fatores envolvidos), há um elemento qualitativo, formado pela complexidade com que se relacionam estes fatores entre si, e destes com a sociedade. Essa complexidade da empresa é refletida pela sua diversificação em forma, aliada as novas formas técnicas de produzir, que de longe se afastou do ícone do comerciante, regulado pelo primordial Direito Comercial. Segundo lição de Waldírio Bugarelli (1980, p. 17), a empresa é a “organização complexa dos fatores clássicos da produção”.

Alguns autores enxergam a empresa sob o prisma da unidade econômica em que está inserida. Nogueira De Faria (1967, p. 665) entende as empresas como “organizações técnico-econômicas, estruturadas para consubstanciar os anseios da livre iniciativa.” Fábio Nusdeo adota um conceito econômico da empresa como “unidade produtora cuja tarefa é combinar fatores de produção com o fim de oferecer ao mercado bens ou serviços” (2000, p. 246). Na verdade, Nusdeo (2000, p. 247) vê na empresa toda e qualquer atividade econômica de combinação de fatores de produção, sem adotar a complexidade de nível “organizacional” para distingui-la

Neste sentido, operam confusão da empresa com o estabelecimento empresarial. Aquela, conforme já se afirmou, trata-se de uma atividade, e não de uma coisa. O

¹⁰⁴ Há especulações indiretas como na CLT (Decreto-Lei nº. 5.452 de 1943), art. 2º, bem como no art. 5º do Decreto-Lei nº 900/69, bem como no art. 966 do Código Civil (Lei nº. 10.406/2002).

estabelecimento empresarial consiste no conjunto de bens engajados na empresa, ou seja, na atividade econômica a que se dedica o empresário. Fábio Ulhoa Coelho (2011, p. 112) entende o estabelecimento comercial como o “conjunto de bens que o empresário reúne para exploração de sua atividade econômica”. No art. 1.142 do Código Civil (Lei nº. 10.406/2002), encontra-se o conceito legal de estabelecimento empresarial: “Considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária.”.

Pode-se ter a empresa como instrumento da atividade exercida e comandada por aquele que se lança na atividade de organização dos fatores produtivos. Gladston Mamede (2004, p. 39) entende que “A empresa é um desses espaços de conjunção de esforços para a realização coletiva do trabalho e consecução de seus resultados, ou seja, para a produção.” Nesta concepção, a empresa deixa de ser *um fim*, e se torna *um meio* de realização dos interesses do empresário. Marcelo Bertoldi (2001, p. 56) afirma que:

[...] a empresa nada mais é senão a atividade desenvolvida pelo empresário, sujeito de direito. É a materialização da iniciativa criadora do empresário, da projeção patrimonial de seu trabalho de organização dos distintos fatores produtivos.

Washington Peluso Albino de Sousa apresenta argumentação neste sentido, embora acabe por não enfrentar o conceito de empresa (1980, pp. 298-301). Adota, por fim, a ideia da empresa como sujeito de direito (1980, p. 311).

Encontram-se, ainda, outros pontos de análise da empresa onde diversos autores buscam novas abordagens de seu entendimento.¹⁰⁵ Não se julga supérfluo o estudo pormenorizado destas diversas acepções doutrinárias, porém em face do espaço e objetivo deste estudo, as abordagens já apresentadas mostram-se suficientes. Deixa-se para outras oportunidades a continuidade do aqui iniciado.¹⁰⁶

Quanto ao seu aspecto subjetivo, surge a necessidade de reconhecer nesse novo ambiente (fenômeno empresarial) uma figura nova: o empreendedor (empresário). Aqui, aproxima-se a discussão centrada na definição sobre se a empresa é a titular de direitos por ser

¹⁰⁵ Aspectos diversos, por exemplo são levantados por Asquinni, *In Profili dell'impresa* (Milão, 1943) apud Bulgarelli, W. (1980, p. 18), SOUSA, W. P. Albino de (1980, p. 307), REQUIÃO, R. (2003, pp. 55-56), e COELHO, F. U. (2011, pp. 32-33). Asquinni entende haver a empresa como empresário (perfil subjetivo); como atividade ou empreendimento (perfil funcional); como patrimônio, estabelecimento (perfil objetivo); como instituição (perfil corporativo).

¹⁰⁶ Fábio Konder Comparato faz uma crítica a esta busca de adequação da empresa em alguma categoria jurídica, solicitando mais apego ao mundo fático (1995, p. 04).

sujeito, ou se representa tão somente um objeto jurídico de outrem. A ideia de que a empresa estaria mais bem alocada como sujeito de direito não merece prosperar.

O empresário está para a *teoria da empresa* assim como o comerciante está para a *teoria dos atos de comércio*. Nesta última, o comerciante era aquele que se dedicava habitualmente ao comércio (Código Comercial, Lei nº 556, de 1850, arts. 1º ao 9º).

Para alguns autores o empresário não seria mais que o comerciante da pós-modernidade, dos dias atuais (BERTOLDI, 2001, p. 57). Tal pensamento coaduna com a ideia de que o Direito Empresarial seria o sucessor na cadeia evolutiva do Direito Comercial. A visão de sucessão transmite a concepção de existência posterior numa dada esfera, e nunca concomitantemente. No entanto, ao menos no ordenamento jurídico brasileiro o direito empresarial parece conviver com o Direito Comercial, que continua disciplinando matérias próprias.¹⁰⁷ O empresário teve sua definição expressa no Código Civil (Art. 966, do Código Civil – Lei nº 10.406/2002).

Sendo empresário, em seu conceito legal, aquele que exerce atividade econômica organizada, de forma profissional, para a produção ou a circulação de bens ou serviços. Dentro desse profissionalismo, a doutrina entende estar contida a habitualidade no exercício da atividade empresarial. Ou seja, exige-se dedicação contínua do empresário na perseguição do seu fim, que é a produção ou a circulação de bens ou serviços imediatamente, para a realização do lucro de forma mediata. Na busca dos seus fins acima mencionados, há, pelo empresário, o *exercício de atividade econômica*¹⁰⁸ *organizada*. É justamente neste último adjetivo que se encontra a celeuma atual da doutrina adepta da teoria da empresa que se tratará adiante.

Feitas estas considerações elementares quanto ao empresário, enfrentar-se-á o conceito de empresa. O próprio Código Civil serve de instrumento para realizar o anunciado. Embora este diploma legal não traga o conceito de empresa, ao conceituar o *empresário* traz, implicitamente, o que o legislador adotou por empresa. Tem-se o empresário como

¹⁰⁷ Exemplo do tratamento do direito marítimo comercial.

¹⁰⁸ Eros Roberto Grau apresenta a proposta que segue: “A seguinte convenção, então, proponho: atividade econômica em sentido amplo conota gênero; atividade econômica em sentido estrito, a espécie.” (2001, pp. 134-135). A atividade econômica em sentido estrito é a parcela da ordem econômica que cabe a iniciativa privada estritamente. Em sentido amplo estariam abrangidos os serviços públicos dentro da atividade econômica. Esta cadeia de raciocínio levará o autor a seguinte afirmação: “*intervenção é atuação estatal na área da atividade econômica em sentido estrito; exploração de atividade econômica em sentido estrito e prestação de serviço público estão sujeitas a distintos regimes jurídicos (arts. 173 e 175 da Constituição de 1988).*” (Ob. Cit. p. 141) No que tange a temática deste estudo, a *atividade econômica* contida no Código Civil de 2002 é atividade econômica em sentido estrito.

responsável de uma atividade econômica organizada, sendo a empresa, justamente, esta atividade.

A organização da atividade econômica deve estar pautada no esforço de coordenação dos diversos fatores de produção. Comumente, estes fatores são divididos em grupos, normalmente, em número de quatro: capital, mão-de-obra, insumos (matéria prima) e tecnologia. Assim sendo, cabe ao empresário se capacitar para desenvolver habilidades que o permitam ordenar tais fatores de produção com êxito em sua atividade. Contudo, a doutrina ainda não foi capaz de definir o grau de habilidade, ou a forma de exercício necessária para caracterização da organização empresarial, nem a quantidade dos fatores de produção, também, necessária, para caracterizar a complexidade que, anteriormente, afirmou-se ser característica da empresa.

Sem estarem definidos estes pontos, fica tortuoso determinar o teor de *organização*. Por isso, reconhecer que um dado empreendimento econômico atingiu nível de organização empresarial passará por determinar a quantidade de capital, mão-de-obra, e insumos disponíveis, bem como a existência de tecnologia utilizada. Surgem questões do seguinte tipo: um pequeno fiteiro pode ser considerado uma empresa? A resposta aponta para a negativa, dada a simplicidade (ausência de complexidade) das relações de seus fatores de produção. Mas se a questão é assim posta: Uma franquia de fiteiros em shoppings centers pode ser considerada empresa? A resposta, agora, apresenta-se afirmativa. A complexidade de formatação de uma franquia exige uma organização de diversos fatores produtivos, de forma a se diferenciar do empreendimento de padrões simplórios do exemplo anterior. Entretanto, em um enfoque mais pragmático, caberá a jurisprudência definir tais limites, e distinções que aqui se expõe.

Desta forma, entende-se *empresa* como a atividade econômica coordenada por empresário (seja individualmente, em EIRELI, ou em sociedade), com nível de organização necessária a consecução de seu fim mediato (lucro) e imediato (produção e circulação de bens e serviços). Emprega-se uma pluralidade de fatores de produção que interagem entre si e com a sociedade de forma complexa para a otimização de resultados.

Sem dúvida, arraigada no individualismo, na perspectiva do empresário, o lucro é o fim principal, sendo a circulação de bens ou serviços, no máximo, fim secundário ou instrumental, mero meio de realização daquele (lucro). Contudo, numa lógica inversa, na ótica da sociedade, a função social da empresa essencial consiste na circulação de bens e serviços, promovendo desenvolvimento socioeconômico, através da geração de empregos, criação de inovações tecnológicas, incidência tributária, gerando desenvolvimento humano, e

crescimento econômico. Pode-se ver uma função social secundária no lucro: ele representaria recompensa social pela atitude empreendedora do empresário, na busca de atender as necessidades de desenvolvimento socioeconômico e pela assunção dos riscos.

A ideia de que a empresa estaria mais bem alocada na posição de sujeito de direito, do que na de objeto, não merece prosperar. Pois, a empresa é um objeto jurídico cujo sujeito de direitos e obrigações que lhes são inerentes é o empresário. Neste sentido se apresenta Mamede (2004, p. 45) quando afirma que: “Não há uma identificação entre pessoa e empreendimento, ou seja, entre empresário e empresa, ocupando esses conceitos as posições de sujeito e de objeto da relação jurídica empresarial.” Assim, como sujeitos de direitos, no fenômeno empresarial, têm-se: a) os empresários individuais (como pessoas naturais); b) as EIRELI - empresa individual de responsabilidade limitada (pessoa jurídica constituída por indivíduo singular que lhe é titular) (arts. 44, VI e 980-A, do Código Civil - Lei nº 10.406/2002); e c) sociedades empresárias (pessoa jurídica constituída com pluralidade de sócios). Bertoldi leciona: “A empresa é a atividade explorada pela sociedade, e o empresário é a própria sociedade e não as pessoas que a constituem, daí a denominação sociedade empresária.” (2001, p. 56) A empresa consiste na atividade exercida por estes sujeitos nos moldes do conceito dado anteriormente.¹⁰⁹ Na primeira hipótese, o empresário individual deverá proceder seu registro (arts. 967, 968, 972, e 973 do Código Civil (Lei nº. 10.406/2002). para o exercício de sua profissão, arcando com responsabilidade ilimitada pela empresa que representa. Na segunda hipótese, a sociedade (personificada ou não), como manifestação pactual, realiza negócio jurídico onde se define a empresa que será exercida. Em todos os casos a empresa é o objeto, não se confundindo com os sujeitos que aqui foram determinados.

Como se sabe, um fenômeno há muito estudado e, constatado, é o da concentração de capital. Ocorre que concentração de capital costuma representar concentração empresarial que se instrumentaliza por meio de operações societárias que são realizadas entre empresas. Por isso, o direito empresarial regula tais atos como forma de organizar a dinâmica do capital voltado às atividades econômicas. Entre as operações que consistem relações societárias mais comuns estão: as sociedades de simples participação, as coligadas ou filiadas, a controlada e a controladora.

A sociedade de simples participação ocorre quando uma sociedade participa como sócia de outra com menos de 10% (dez por cento) do seu capital com direito a voto

¹⁰⁹ Pois há a possibilidade de uma sociedade pactuada sob o regime das sociedades simples, fugindo a esfera das sociedades empresariais. Esta classificação de sociedades simples e empresariais foi adotada pelo Código Civil de 2002, encerrando a antiga classificação entre sociedades civis e mercantis ou comerciais.

(Código Civil, art. 1.100). Já a segunda, sociedade coligada, consiste nas situações em que uma sociedade participa com 10%(dez por cento) ou mais do seu capital de outra sociedade, mas sem controlá-la, ou seja, sem ser isoladamente determinante em sua gestão. Nas coligadas ou filiadas, portanto, as sociedades mantêm as relações societárias entre si. Contudo, em razão da pouca participação de uma em outra, não há a presunção de ações administrativas coordenadas (Lei das S/A, art. 243, §1º e Código Civil, art. 1099).

Por sua vez, na terceira forma, a *controlada*, é aquela de cujo capital outra sociedade participa, como sócia majoritária e, dessa forma, com capacidade de controlá-la por meio de eleição da maioria de seus administradores. Finalmente, a *controladora* é, exatamente, a sociedade que participa da maioria do capital social de outra sociedade (controlada), com capacidade de controlá-la, isto é, de elegerem a maioria de seus administradores (Lei das S/A, arts. 243, §2º, 246e, do Código Civil, art. 1098)- essas seriam as modalidades mais comuns de grupos econômicos de fato. Para Borba (2007, p. 533): “O grupo será considerado de fato ou de direito, segundo tenha ou não tenha sido objeto de um ato formal de constituição.” A sociedade controladora e suas controladas podem constituir grupo de sociedades, mediante convenção pela qual se obriguem a combinar recursos ou esforços para a realização comuns. Dessa forma, constituem grupos econômicos de direito. Negrão (2010, p. 511) entende o grupo de direito como *holding*:

O grupo de direito, também chamado *holding* [...] se estabelece mediante convenção pela qual as sociedades se obrigam a combinar recursos ou esforços para a realização dos respectivos objetos ou a participar de atividades ou empreendimentos comuns. [...] A ligação entre elas identifica-se com a expressão “grupo de sociedades” ou, simplesmente, “grupo”, criando uma nova estrutura administrativa e, ainda, podendo instituir órgão de deliberação colegiada e cargos de direção geral.

Há ainda o Consórcio definido como sociedades, sob o mesmo controle ou não, quando se unem para executar determinado empreendimento e compartilhar lucros e responsabilidades daí decorrentes e na forma pactuada entre elas (Lei das S/A - Lei nº 6.404/1976, art. 278). No consórcio, há a definição de suas “[...] obrigações entre as sociedades às condições previstas no respectivo contrato, respondendo cada uma por suas obrigações, sem presunção de solidariedade.” Negrão (2010, p. 512). Importante ressaltar que não há a personificação do consórcio, a ele não é outorgado personalidade jurídica por sua formalização.

Essas relações ocorrem por meio de operações societárias que provocam tanto concentração como a desconcentração de empresas, sendo todas essas operações regulamentadas pelo Código Civil. Nesse sentido, tem-se: (i) a transformação (mudança do modelo societário de uma sociedade, de uma limitada para sociedade anônima, consoante elucida os arts. 1113/1115);(ii) fusão (união de duas ou mais sociedades que se extinguem dando lugar à criação de uma nova, que as sucede em todos os direitos e obrigações, sendo regido pelos arts. 1119/1121); (iii) Incorporação (operação na qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações, segundo arts. 1116/1118); (iv) Cisão (consiste no desdobramento da sociedade existente em, pelo menos, duas novas sociedades, criadas para suceder a transmitente extinta. (art. 229 da Lei das S/A (Lei nº 6.404/1976).

De fato, com base na Lei das S/A, pode-se concluir que os grupos econômicos com coparticipação societária se dividem em formais ou informais. Formais são os grupos de sociedades, controladas e controladora brasileira, que estabelecem convenção explicitando os seus membros e fins comuns, que deve ser arquivada na Junta Comercial da sede da controladora(arts. 265, 269 e 271, da Lei das S/A - Lei nº 6.404/1976). O grupo não adquire personalidade jurídica própria, e seus membros conservam personalidade e patrimônios distintos. Contudo, o grupo de sociedades adota a designação "grupo de sociedades" ou "grupo" (arts. 266 e 267, da Lei das S/A - Lei nº 6.404/1976)." Os grupos informais são aqueles que prescindem da formalidade de registro da convenção grupal, mas se denuncia pelas relações societárias entre si representadas pela coparticipação societária que evidenciam o poder de uma líder (controladora) sobre as demais (controladas).

Deixa-se este tópico com o entendimento de que a empresa é o objeto do fenômeno empresarial, em que o empresário (individual ou a sociedade) encontra-se como titular de direitos e obrigações. A seguir, promover-se-á o estudo das formas de estruturação das empresas.

4.8 FORMULAÇÕES FINAIS DO CAPÍTULO

No presente capítulo, apresentou-se um estudo da responsabilidade civil. Espera-se ter identificado os contornos gerais deste fenômeno e as suas peculiaridades, embora em apertada síntese - devido aos limites científicos que são aqui exigidos. Afinal, o que se defende, na presente tese, é um novo vetor de responsabilidade civil para empresários por

catividade das marcas. Assim, pode-se enquadrar a espécie de responsabilidade que se delineia adiante com a Catividade Marcária.

Ademais, sendo a tese inserta no ambiente, primordialmente, empresarial, fez-se um levantamento da Teoria da Empresa e dos aspectos jurídicos básicos do Direito Empresarial, especialmente da normatização societária. Afinal, as estruturas societárias, pela sua amplitude e diversidade de modelos, não só criam uma barreira jurídica de proteção ao capital, como dificultam a informação precisa de quem são os patrocinadores reais das atividades. Essa questão da identificação da origem do capital pode ser importante na seara atual da responsabilidade civil empresarial. A Catividade Marcária pode auxiliar, como se verá adiante, nesse processo de identificação dos agentes econômicos partícipes do jogo de mercado, facilitando a socialização dos riscos em prol dos consumidores.

V CATIVIDADE MARCÁRIA NA ERA *TIMES SQUARE* DA SOCIEDADE DE RISCO

5.1 A marca global na era *Times Square*. 5.2 Da sociedade de risco em um contexto de globalização das relações empresariais. 5.3 Consumidor: o vulnerável universal. 5.4 Compartilhamento Marcário. 5.4.1 Da Franquia. 5.4.2 Contratos de intermediação (Agência, distribuição, representação e concessão comercial). 5.4.3 Da Licença de marca e do Co-Branding. 5.4.4 Compartilhamento marcário como elemento de caracterização de grupo econômico de fato. 5.5 Catividade Marcária. 5.5.1 Catividade Marcária como fenômeno socioeconômico. 5.5.2 Catividade Marcária como fenômeno jurídico. 5.5.2.1 A necessária ampliação da função social de marca. 5.5.2.2 O cooperativismo de riscos. 5.5.2.3 Livre iniciativa responsável. 5.5.2.4 Princípio da Confiança. 5.5.2.5 Teoria da Aparência. 6. Conclusões finais do capítulo.

5.1 A MARCA GLOBAL NA ERA *TIMES SQUARE*

O empenho econômico gerado pelo sistema capitalista de produção se caracteriza pelo expansionismo dos agentes de mercado. Aos Estados coube a tarefa de assegurar condições necessárias para o pleno desenvolvimento da economia, ou seja, pavimentar as vias de acesso para que os empresários pudessem transitar com mais rapidez e segurança. Deve-se registrar, embora que, do Estado Liberal, passando pelo social (WelfareState), até o atual Estado Regulador (Neoliberal), houve distinções significativas de como se administrar a fórmula econômica. Contudo, cada país, ao seu modo, buscou melhorias de sua posição no cenário do tabuleiro global, aperfeiçoamento esse caracterizado pela busca de crescimento das suas empresas nacionais ou de capital nacional, que se traduzisse em uma balança comercial positiva.

Para definição e entendimento do fenômeno da Catividade Marcária, ponto central da presente tese, faz-se preciso compreender a realidade com temporânea da força das marcas. O estágio atual é o da marca que não reconhece fronteiras, aquela que é percebida por mercados integrados, ou seja, este é o momento da marca global. O que se observa é, inclusive, um fenômeno de homogeneização de valores culturais expresso pelo consumo que, por sua vez, é denunciado pela similitude de preferências evidenciada pela escolha das mesmas marcas. Contudo, alerta-se que a tese da Catividade Marcária não é destinada apenas às grandes marcas globais. Como se demonstrará adiante, a Catividade Marcária, sob a ótica jurídica,

aplica-se sempre que houver compartilhamento marcário, seja de marca global, nacional ou mesmo regional ou local.

Assim, a marca, impulsionada por uma colossal fortuna dispensada ao marketing, conquistou os espaços da civilização humana, ocupando hoje espaços públicos, privados, e até mesmo os mais íntimos ou de restrito acesso familiar. Esteja onde for, a marca lá está. Note-se que sempre há marcas a serem observadas em volta: seja em um notebook ou Page, na TV, na caneta, no ar condicionado ou, simplesmente, na roupa que se veste. Denomina-se, nesse estudo, o contexto marcário contemporâneo como a Era *Times Square*¹¹⁰, tomando-se como referência o ponto turístico mais visitado no mundo.¹¹¹

FIGURA VI – TIMES SQUARE



FONTE: Foto da *Times Square* em Dezembro de 2011 (arquivo pessoal do autor)

A *Times Square* é uma das mais famosas áreas de entretenimento do mundo atual. Inicialmente denominada de *Longacre Square*, com a construção do *Times Building*, passou a sediar o *The New York Times*, o tradicional periódico nova-iorquino, nome que acabou rebatizando o nome da praça que se tornaria um ícone do mundo capitalista.

¹¹⁰ A famosa praça de Manhattan, Nova York que consiste numa das áreas mais valorizadas da cidade. Cf. BBC. **Times Square vira zona de pedestres**. Disponível em: <http://www.bbc.co.uk/portuguese/multimedia/2009/05/090525_timesquareebc.shtml>. Acesso: 05 de Abril 2013.

¹¹¹ Estima-se que quase 40 milhões de turistas estiveram na Times Square em 2010. CF. APPLETON, Kate; RICO, Beattie; ADRIEN, Glover; LYNDSEY, Matthews; JOSUÉ, Pramís; SHIELDS, Ann. **Abraçar a sabedoria das multidões, adicionando atrações do mundo mais visitados turísticos à sua lista de balde**. Disponível em: <<http://www.travelandleisure.com/articles/worlds-most-visited-tourist-attractions/1>>. Acesso: 05 de Abril 2013.

No mesmo ano de 1904, a *Times Square* passou a ser utilizada como ponto de celebração dos festejos de réveillon¹¹². A área começou a chamar a atenção do cenário cultural, e vários teatros foram instalados com seus letreiros luminosos e chamativos. Toda essa ebulição imagética e sua feição policromática chamavam, cada vez mais, a atenção das pessoas.

Logo cedo, nas primeiras décadas do século passado, a *Times Square* tornou-se ponto de encontro de grandes personalidades culturais como Fred Astaire e Charlie Chaplin. Contudo, com a grande fama e aglomerações, o espaço passou a atrair a criminalidade, tornando-se ainda ponto de atividades como jogos e prostituição. Porém, continuava a ser um ponto de intenso movimento e o interesse das empresas crescia para se buscar espaços publicitários.

Grandes marcas como a Macy's e a Coca-Cola passaram a ter anúncios fixos permanentes. O colorido publicitário se ampliava e o desfile das marcas se consolidava. Por isso, fotografar a *Times Square* à noite se tornou tradição. As luzes, os coloridos irresistíveis das marcas expostas nos letreiros atraíam os admiradores daquele novo mundo luminoso. As famosas luzes só foram apagadas durante o período da Segunda Grande Guerra, em maio de 1942, quando o prefeito La Guardia criou o “*dimout*” (apagão), que consistia num *blackout* obrigatório da cidade para evitar a orientação dos inimigos em possíveis ataques aéreos ou navais¹¹³ à Nova York¹¹⁴.

FIGURA VII – DIM-OUT

¹¹²MCNY (Museum of the City of New York). Disponível em:<<http://blog.mcny.org/2015/07/14/from-dazzling-to-dirty-and-back-again-a-brief-history-of-times-square/>>. Acesso em: 12 dez. de 2015

¹¹³MCNY (Museum of the City of New York). Disponível em:<<http://blog.mcny.org/2015/07/14/from-dazzling-to-dirty-and-back-again-a-brief-history-of-times-square/>>. Acesso em: 12 dez. de 2015

¹¹⁴MCNY (Museum of the City of New York). Disponível em:<<http://blog.mcny.org/2015/07/14/from-dazzling-to-dirty-and-back-again-a-brief-history-of-times-square/>>. Acesso em: 12 dez. de 2015



Dim – Out Traffic. Times Square durante o “apagão”.
R.W. Shipman. Museum of the City of New
York.PhotoArchives.

O contraste da imagem acima com a realidade notória da *Times Square* evidencia o quanto ela se tornou símbolo de poder e de luxo. Assim, a própria história da *Times Square* parece se confundir com a do próprio capitalismo, com seus altos e baixos. Aquilo que era sua força, o grande fluxo de pessoas, tornou-se seu mal. As atividades ilícitas e a violência da criminalidade do tráfico de drogas fez com que o espaço ganhasse fama de área perigosa e de boemia desenfreada, além de ponto de pornografia. A famosa película de Martin Scorsese “*Táxi Driver*” demonstra bem esse cenário decadente da *Times Square*, com Robert De Niro interpretando o taxista Travis Bickle - em seus monólogos, retrata o ambiente pesado da área. De qualquer forma, seja nas gloriosas décadas iniciais, seja nas décadas de 50 até 80, quando a imagem do local estava abalada, os anúncios publicitários só faziam crescer e dominar mais o lugar.

Na década de noventa, o prefeito Rudolph Giuliani chega com seu programa de “tolerância zero”¹¹⁵. O combate rigoroso ao tráfico de droga e à criminalidade em geral surtiu efeitos na *Times Square*. O programa incluiu a limpeza constante das ruas, prisão, mesmo de pequenos infratores, a compra de vários teatros, o fim do cinema pornô, entre outras medidas, para que a *Times Square* resgatasse sua respeitabilidade e desse um passo decisivo como

¹¹⁵ DAYLY NEWS. Disponível em <<http://www.nydailynews.com/new-york/manhattan/interactive-changing-face-times-square-article-1.2528294>>. Acesso em: 13 jan. de 2016.

ponto turístico. Assim, nesse novo século, as opções de lazer, gastronomia, teatro e cultura em geral se multiplicaram e tornaram-na o ponto turístico mais famoso e mais visitado do planeta.

O consumismo atual que caracteriza o mundo contemporâneo tem nas marcas e suas publicidades o foco de tensão dos desejos. Assim se escolhe a designação de “Era *Times Square*” a atualidade do mundo capitalista. Explica-se a eleição da fervorosa praça em razão de que milhões de pessoas, todos os anos, peregrinam até essa cena nova-iorquina. Entretanto, o horizonte não exhibirá uma paisagem natural única ou uma obra ou feito que possam ser entendidos como fruto de elementos únicos da transformação humana, a exemplo de um grande monumento em homenagem a um evento histórico, pessoa célebre, ou mesmo a uma conquista de um povo.

De fato, a *Times Square* é o templo das marcas, sua magistral e exclusiva atração consiste apenas em um desfile de marcas. Ou seja, a paisagem mais visitada do mundo é uma área cercada de prédios repletos de telões e painéis luminosos que, de forma ininterrupta, vinte e quatro horas por dia exibem marcas e suas publicidades. Um mundo de LED, neon, e luzes em geral reproduzindo publicidade num bombardeio de marcas criativas, que capturam a atenção e cativam os consumidores. Ir a Nova York inclui, hoje, passar obrigatoriamente na *Times Square*. Lindstrom convida seu leitor a passear pela Times Square:

Vamos dar uma volta pela Times Square. Vamos fingir que somos turistas com pescoços estivados e olhos irresistivelmente atraídos para cima ao olharmos com afeição para os *outdoors* gigantescos que parecem obliterar todo o céu. Notícias e cotações das empresas em néon vermelho que circundam os prédios, *outdoors* de sete metros de altura de homens só de roupa de baixo, mulheres de *lingerie* rosa, vidros de perfume gigantescos, tequila, relógios incrustados de diamantes para homens e mulheres modernos e abastados. Isso sem falar no borrão fantasmagórico de logomarcas, tudo desde Virgin Records a Starbucks, Skechers, Maxell e Yahoo!. E o mesmo ataque visual está acontecendo em Tóquio, Londres, Hong Kong e de todas as mecas comerciais mundo afora. (LINDSTROM, 2009, p.125).

Como destaca Lindstrom o “ataque visual” aos consumidores é global. Ocorre na Av. Paulista, em São Paulo, ou na *Champs-Élysées*, em Paris, ou mesmo na Edson Ramalho, em João Pessoa - PB, ou na Av. Brasília, em Campina Grande -PB. Na *era Times Square*, as marcas são veneradas. As pessoas rendidas ao consumismo colocam as marcas como objetivo de suas vidas, seja uma bolsa feminina famosa, seja um carro esportivo, ou mesmo um uísque especialmente engarrafado por décadas. Assim, as marcas transitam livremente por todos os espaços, pois todo lugar é mercado (território): uma aldeia global, formada por cidadãos (consumidores), que fala uma língua única (o discurso publicitário). Nessa nova realidade

conceitual, o patrimônio empresarial mais valioso é intangível¹¹⁶: todos são consumidores. O significado deve estar marcado, os bens se associam a um valor consumível, até as pessoas estão marcadas também:

Os indivíduos pertencem às tribos sociais que ostentam seus totens (suas marcas) como senhas essenciais de inserção e permanência em seu seio coletivo. O indivíduo é o que consome, seja vestindo, bebendo, viajando etc. (CABRAL, 2014, p. 332).

Os habitantes da aldeia global são identificados pelas marcas que propagam, pois assim elas afirmam seu ser e sua essência. Quessada (2003, p. 134) afirma que, “as marcas jogam, assim com a ameaça de invisibilidade [...]. A pessoa se cobre de marcas para significar sua existência; ela se cobre de marcas para não desaparecer.” Chevalier e Mazzalovo (2007, p. 342) corroboram com essa ideia quando afirmam que “[...] marcas possuem significado. Como as palavras em nossa língua, elas contam nossa própria história e precisamos delas para afirmar nossa humanidade.”:

Se você ampliar só um pouco o conceito de tribo, notará que uma marca cria uma espécie de tribo. Dependendo de seu Unique Buying State (Estado Único de Compra), você pode se juntar a quantas tribos quiser, quando quiser e se sentir parte de algo maior do que você próprio. Você pode pertencer à tribo Callaway quando jogar golfe, à tribo VW quando for de carro para o trabalho e à tribo Williams-Sonoma quando preparar uma refeição. Você é parte de um clã seletor (ou assim se sente) quando compra produtos dessas pessoas nitidamente diferenciadas. As marcas são as pequenas deusas da vida moderna, cada uma regendo uma necessidade, uma atividade, uma disposição ou situação diferente. Entretanto, você está no controle. (NEUMEIER, 2008, pp. 40-41)

Esta é a realidade da marca global. Uma marca que se torna referência de um segmento de mercado, que transpassa seu mercado por continentes, pois conseguiu, não raras vezes, a consolidação por meio da fidelização dos consumidores. Chevalier e Mazzalovo (2007, p. 327) lembram que “é muito conveniente comprar em todos os lugares os mesmos produtos que você usa em casa e com a mesma confiança.” Nesse processo de conquista da preferência de consumo, sem dúvida o marketing atua em seu centro decisório no eterno desafio de associar valores às marcas. Quanto mais universais esses valores (segurança, sucesso, sofisticação, por exemplo), maior será o mercado, mais abrangente será o alcance da marca, a despeito de todo relativismo cultural.

¹¹⁶ A própria marca é contabilmente um ativo intangível.

Na atualidade, ciência e marketing se uniram para cativar consumidores. No neuromarketing, há especialistas em entender a mente humana e desvendar as chaves do processo decisório durante a atividade de consumo:

Como você vai ler, logo percebi que o neuromarketing, um intrigante casamento do marketing com a ciência, era a janela para a mente humana que esperávamos havia tanto tempo. O neuromarketing é a chave para abrir o que chamo de nossa “lógica de consumo” — os pensamentos, sentimentos e desejos subconscientes que impulsionam as decisões de compra que tomamos em todos os dias de nossas vidas. (LINDSTROM, 2009, p. 13)

Todo esse poder tecnológico ou científico deve ser protegido de todos os prismas. Se as patentes servem para tal mister, as marcas se situam na ponta de mercado e necessitam igualmente de forte proteção para assegurar a possibilidade de se aferir os resultados econômicos esperados. Por isso, a marca global só se sustenta quando é possível a sua defesa. De toda conquista obtida, trazem-se os louros do sucesso e também consigo a cobiça alheia.

As marcas dominantes são as que serão imitadas, copiadas, contrafeitas ou pirateadas. Tal fato provoca a necessidade de um firme aparato jurídico que seja acessível ao titular da marca para coibir tais práticas de concorrência ilícita ou desleal. Por isso, ao final, entende-se que a marca global da era *Times Square* só é possível diante da uniformização legislativa no âmbito internacional¹¹⁷.

Como demonstrado, esse processo de uniformização tem como marco essencial a CUP e vem, continuamente, evoluindo, seja na via plurilateral (União de Madri¹¹⁸) ou via bilateral (TRIPS-*plus*). Esta estratégia de harmonização permite a proteção de propriedade industrial e, consequentemente, das marcas que passam a indicar referências de origem mundialmente reconhecidas, servindo de indicação aos consumidores para realizações de suas escolhas que são padronizadas por sonhos comuns criados pela publicidade massificada em esfera global. Assim, a marca global é produto da uniformização legal mundial. Este é a síntese que transformou a marca no farol do mercado global.

¹¹⁷ Cf. Capítulo IV desta tese.

¹¹⁸ De acordo com a WIPO, 113 países são signatários hoje, o que representam mais de 80% do comércio mundial.

5.2 DA SOCIEDADE DE RISCO EM UM CONTEXTO DE GLOBALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES EMPRESARIAIS

A mundialização dos mercados é um fenômeno de conquistas de massas globais e torna superlativas as ações do homem, intensificando a produção, a publicidade, as necessidades e os contratos. Nesse contexto, pode-se afirmar que a sociedade atual tem características tão plurais que é de difícil definição ou mesmo categorização. Entre as diversas tentativas de definição dessa sociedade, a ideia do risco se apresenta como uma hipótese interessante de consolidação de um novo momento civilizatório, o qual se tornou ainda mais atraente após o esfacelamento de algumas dicotomias fundamentais na geopolítica global, como o velho conflito capitalismo versus socialismo e o fim da chamada Guerra Fria.

Esse admirável mundo novo global clama por solidariedade, entre ondas de nacionalismo e preconceitos enraizados. A humanização do direito ainda não conquistou sua efetividade e tudo, por não raras vezes, parece um grande palco de atores utilitaristas que, ao fim, desempenham seus papéis apenas com o intuito de beneficiar-se economicamente do que pode ser colhido. Por outro lado, a vulnerabilidade de alguns grupos sociais é, cada vez mais, acentuada.

O quadro é ainda mais grave quando se trata do direito dito privado, posto que, na ânsia de produção da necessária riqueza para sustentação de modelos sociais consumistas, o risco torna-se incontrolável e elemento inerente à sociedade. Deste modo, viver em sociedade passar a ser arriscar-se muito além de uma força imponderável, mas como consequência de opção por um modelo de ilimitadas necessidades satisfeitas por múltiplas hipóteses ofertadas em uma conjuntura de frenética disputa. A globalização impõe aos agentes econômicos a busca por novos espaços a serem conquistados, sob pena de serem engolidos pela concorrência.

Refletindo sobre o tema, Ulrich Beck (2013) consagrou, a partir da sua obra, a ideia de sociedade de risco. Na sociedade moderna atual, para alguns pós-moderna – como Marques (2012) –, alta modernidade – como Giddens (2002) – ou modernidade tardia, o conhecimento adquirido que permite o atual modelo de desenvolvimento gera riscos incontroláveis. Nesse sentido, a sociedade atual admite que seu conhecimento seja, simplesmente e essencialmente, arriscado. De fato, o conhecimento científico que foi conquistado até hoje, apesar de aniquilador dos mitos e superstições, está longe de ser seguro. É um conhecimento, também, transitório, até ansioso, ávido a lucrar, e por isso nem sempre cauteloso. É um conhecimento que, a qualquer momento, pode ser modificado, desde que os

interesses buscados sejam deslocados para um novo modelo capaz de expandir a lucratividade auferida ou, simplesmente, uma nova descoberta ou teoria o torne obsoleto:

No turbilhão de mudanças, é muito mais atraente o conhecimento criado para usar e jogar fora, o conhecimento pronto para utilização e eliminação instantâneas, o tipo de conhecimento prometido pelos programas de computador que entram e saem das prateleiras das lojas num ritmo cada vez mais acelerado. (BAUMAN, 2010, p. 42)

O mesmo conhecimento que liberta do misticismo e ilumina as trevas acabou por gerar novos riscos que não existiam, e que passam a representar, quiçá, perigos mais destrutivos. O que dizer de um ataque bélico nuclear, por exemplo? Nesses cenários, os riscos foram potencializados a um patamar nunca visto. Assim, “[...] no processo de modernização, são desencadeado riscos e potenciais de autoameaça numa medida até então desconhecida.”. (BECK, 2013, p. 23). Ou como demonstra Giddens, evidenciando a nova potencialidade dos riscos:

A modernidade reduz o risco geral de certas áreas e modos de vida, mas ao mesmo tempo introduz novos parâmetros de risco, pouco conhecidos ou inteiramente desconhecidos em épocas anteriores. Esses parâmetros incluem riscos de alta consequência, derivados do caráter globalizado dos sistemas sociais da modernidade. O mundo moderno tardio — o mundo do que chamo de alta modernidade — é apocalíptico não porque se dirija inevitavelmente à calamidade, mas porque introduz riscos que gerações anteriores não tiveram que enfrentar. Por mais que tenha havido progresso na negociação internacional e no controle das armas, uma vez que continuarem a existir armas nucleares, ou mesmo o conhecimento necessário para construí-las, e uma vez que a ciência e a tecnologia continuarem a se envolver com a criação de novos armamentos, o risco da guerra maciçamente destrutiva permanecerá. (2002, pp.11-12).

A própria questão energética é outro bom exemplo. Os países consomem seus recursos naturais em busca de energia, em fontes não renováveis, que colocam em risco até mesmo as fontes renováveis. O tema da energia nuclear não pode deixar de ser polêmico; as pequenas amostras de seus acidentes, como os casos de Chernobyl (1986)¹¹⁹ e Fukushima (2011), são suficientes para justificar uma reflexão profunda sobre as escolhas feitas, bem como para evidenciar que os riscos são colossais. Na temática nuclear, todos são vulneráveis, pois a radioatividade não escolhe gênero, raça, nacionalidade, ou posição econômica.

¹¹⁹ O caso de Chernobyl é um dos fatores que inspira a teoria de Ulrich Beck como o próprio autor confessa nas suas palavras acerca de sua própria obra (BECK, 2013, pp. 07 et seq.).

O fato é que a produção de bens para a satisfação das necessidades da humanidade provoca, inexoravelmente, riscosem vários aspectos. Interessante que a insatisfação com seu estado é a marca humana em termos de progresso. A cada novo processo descoberto, não se está buscando necessariamente a cura de um mal. Ao revés, na sua imensa maioria, há apenas um inconformismo enraizado que parece almejar uma inatingível perfeição. Jonas, ao refletir sobre os grandes riscos da tecnologia, combate a visão do progresso a qualquer custo como uma necessidade irresistível. No que tange a esses riscos, afirma:

Porque estes não são assumidos com a finalidade de salvar o que existe ou abolir o insuportável, mas para melhorar permanentemente o já alcançado, isto é, para o progresso, cuja versão mais pretensiosa pretende construir um paraíso terrestre. Assim, o progresso e suas obras situam-se antes sob o signo da soberba que da necessidade. (Jonas, 2015, p. 85)

Na mesma linha crítica, é possível se questionar se o progresso pode ser considerado um processo evolutivo que coloca a nossa própria condição humana básica (a existência) em risco. Afinal, desde os primórdios da Revolução Industrial se consolidou a ideia de que todo o processo de desenvolvimento do *industrial way of production* (modo de produção industrial) nada mais seria do que uma consequência natural, quase inevitável, do acúmulo de saber humano. A nossa razão, ou racionalidade, nos levaria, mais cedo ou tarde, ao modo de produção em massa. Na visão de Beck (2002, p. 58):

Se houver qualquer coisa que produz a unidade em meio às divisões políticas arraigadas, então é a convicção de que estamos aprisionados pela nossa dependência de racionalidade; que as forças produtivas dão lugar à libertação que nos escraviza; que somos cativos de uma razão que ameaça se transformar em seu contrário; ou que se diferenciam por função, para o ponto onde tudo sempre se torna mais funcional e mais diferenciado. Estas são todas as variações teóricas sobre a experiência básica da era do fatalismo industrial. (Tradução nossa)¹²⁰

Esse fatalismo industrial a que se dedica Beck parece nos levar ao progresso incansavelmente. Porém, e se a humanidade e seu racionalismo estiverem enganados? Se o rumo que está se tomando for a extinção da própria espécie humana? A sociedade industrial é

¹²⁰ Texto original: “If there is anything that produces unity across the entrenched political divides, then it is the conviction that we are imprisoned by our dependence on rationality; that productive forces give rise to the liberation that enslaves us; that we are captives of a reason that threatens to turn into its contrary; or that we differentiate by function, to the point where everything always becomes more functional and more differentiated. These are all theoretical variations on the basic experience of the age, that of industrial fatalism.”

vista pelos partícipes da teoria da sociedade de risco em um contexto de êxito duvidoso, pois estaria o modelo atual denunciando que os altos perigos criados são incontrolláveis e potencialmente destrutivos de nossa civilização. Alega-se que o projeto do capitalismo não previu que seu excessivo êxito de produção acabasse também um excesso desmedido de consumo por uma população crescente. Jonas (2015, p. 235-236) denomina de “programa baconiano” a dominação científica da natureza em prol da humanidade e faz a crítica dos seus excessos de produção e consumo (“êxito econômico”), além de advertir do problema do “êxito biológico” da humanidade superpopulosa. Na síntese de Alexandre (2000, p. 154):

Ainda em Giddens, um entendimento do que vem a ser risco na alta modernidade, significa uma consciência de existência de um lado sombrio da modernidade, coisa que os fundadores da sociologia, Marx, Durkheim e Weber deixaram de certa forma de considerar. Nestes três autores, para Giddens, as consequências da modernidade em termos de uma preocupação com os limites do uso da racionalidade científica e dos danos ambientais resultados das práticas industriais não foram considerados. Marx aduzia claramente a uma superação das necessidades impostas pela natureza tomada a partir do aperfeiçoamento do uso da técnica, de maneira tal que o incremento da industrialização somente deveria libertar mais o trabalhador e que nesse rumo a luta de classes estaria com seus dias contados. Durkheim precisava que a felicidade da sociedade moderna era alcançável exatamente através do industrialismo, se aperfeiçoada a solidariedade orgânica com cooperativas e associativismos. Weber desprezava a modernidade pela sua crueza racionalizante e burocratizante, porém ele nunca imaginou que essas duas características da modernidade se somariam a uma perda de controle com riscos sociais e ambientais.

A sociedade de risco, sob essa ótica, consiste em uma realidade formada por fluxos de riscos, em diversos níveis e escalas interligadas em dimensões difusas, não sempre muito claras ou perceptíveis, onde ninguém está inatingível. Como afirma Beck (2013, p. 36): “atinge-se, por assim dizer, uma superprodução de riscos, que em parte se relativizam, em parte se complementam, em parte invadem o terreno uns dos outros.” Importante observar que os riscos são plurais e multiníveis, ou seja, por mais que seja natural a preocupação com os grandes e apocalípticos riscos, há, também, riscos menores, sejam médios ou pequenos criados nesse mesmo contexto.

Pode-se propor um paralelo entre riscos e interesses para uma categorização, tendo como critério a abrangência de sua extensão. Usando-se por base a legislação do consumidor (art. 81, do CDC). Assim, ter-se-iam riscos menores ou individuais, individuais homogêneos, coletivos e difusos: individual seria o risco que coloca em xeque a segurança jurídica, física ou patrimonial, de um indivíduo isoladamente; individual homogêneo seria o risco que pode atingir uma coletividade, mas tem uma origem comum – como a queda de um avião; os riscos

coletivos assim entendidos os transindividuais, de natureza indivisível, mas que colocam um grupo em perigo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária, por uma relação jurídica base, ou seja, expõe pessoas determinadas – como a contaminação de um poço de uma determinada comunidade; os grandes riscos seriam difusos, pois se apresentam transindividuais, de natureza indivisível, expondo pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato – como um vazamento radioativo.

Independentemente da sua extensão, todo risco pode implicar em custos. Eis a razão pela qual, num mercado acirrado por uma concorrência feroz, cada agente competidor, a sua maneira, luta com afinco para conquistar espaços e se esquivar dos riscos que os permeiam, seja ele o produtor ou não dos perigos que marcam sua trajetória. É o que Beck (2013, p. 36) explicita, afirmando que “Cada ponto de vista interessado procura armar-se com definições de risco, para poder dessa maneira rechaçar os riscos que ameaçam seu bolso.”. Sobrevém, porém, que, mesmo entendendo pela inevitabilidade de alguns riscos, na verdade, a ampla maioria deles são aceitáveis, no sentido em que simplesmente são assumidos como necessários na busca do bem maior. Os riscos não são necessariamente imprevisíveis, mas ao contrário, previstos e assimilados como naturais, em um sistema no qual a engrenagem não pode parar, e eventuais reparos devem ser feitos em movimento, ainda que os danos sejam severos. É como se as vantagens econômicas compensassem os prejuízos sofridos por alguns, como pelos consumidores, seja particular ou coletivamente considerado:

Na modernidade tardia, a produção social de riqueza é acompanhada sistematicamente pela produção social de riscos. Conseqüentemente, aos problemas e conflitos distributivos da sociedade da escassez sobrepõem-se os problemas e conflitos surgidos a partir da produção, definição e distribuição de riscos científico-tecnologicamente produzidos. (BECK, 2013, p. 23)

Essa forma de produção do mundo globalizado impõe níveis nunca imaginados de utilização de recursos, sejam naturais ou não. A ideia de risco não é simplesmente a noção de perigo, está além. Quanto ao perigo, a humanidade sempre conviveu com este, seja ele provindo da natureza ou do próprio homem, o “outro”. Contudo, no processo de evolução da organização civilizatória, o homem foi transformando seu meio ambiente, na tentativa de reduzir seus riscos. Obviamente, ponto importantíssimo é a evolução dos meios econômicos, com sua propulsão fincada no acúmulo de conhecimento que gerou, a cada dia, novas tecnologias. Ao final, se a natureza parecia estar sendo controlada, o outro também poderia ser domado.

Diante dessa conjectura, traduzida em uma sociedade na qual os riscos são tantos e tão severos, algo necessita ser feito para, se possível, eliminá-los; quando da impossível eliminação, devem-se mitigá-los e, quando materializado o risco em danos, a socialização destes últimos é preciso, a fim de que determinados grupos sociais não estejam sempre em posição de inferioridade. Afinal, mais que previsível, o erro é humano, está na nossa essência mortal inexorável, como, fatalmente, defende Beck (2002, p. 127):

O erro humano não é a causa de todo o mal, como eles tentam nos dizer, após cada acidente. Muito pelo contrário, é uma proteção eficaz contra as visões tecnocráticas de onipotência. Nós, seres humanos, cometemos erros. Essa é talvez a última certeza que nos resta. Temos o direito de cometer erros. Um desenvolvimento que exclui isto leva ainda mais ao dogmatismo ou ao abismo - e, provavelmente, ambos.(Tradução nossa)¹²¹

Portanto, o erro será sempre uma realidade de nossos atos. Assentada essa premissa, a grande questão passa a ser o que se está disposto a apostar no erro; quais riscos que se quer correr quando, eventualmente, o erro acontece. A teoria da sociedade do risco tenta alertar para a necessidade de se repensar os riscos, principalmente os catastróficos.

A pessimista visão de Beck (2002, p. 184) é a de que:

As consequências do progresso não só feririam as pessoas, mas esta lesão também seria uma experiência desagradável gravada em suas mentes. Isto é o que vai decidir o futuro da democracia: somos dependentes dos especialistas para cada detalhe, em questões relacionadas com a sobrevivência, ou a perceptibilidade, culturalmente fabricada de perigos, restaura-nos o autoritário ou uma tecnocracia crítica? Ou há uma maneira de contra-agindo em face da impotência e expropriação do perigos cotidianos da civilização?(Tradução nossa)¹²²

¹²¹ Texto original: Human error is not the cause of all evil, as they try to tell us after every accident. Quite the reverse, it is an effective protection against technocratic visions of omnipotence. We humans make mistakes. That is perhaps the last certainty that remains for us. We are entitled to make mistakes. A development that forecloses this leads further into dogmatism or the abyss – and probably both.

¹²² Texto original: “The consequences of progress would not only injure people, but this injury would also be an unpleasant experience engraved on their minds. This is what will decide the future of democracy: are we dependent on the experts for every detail in issues concerning survival, or does the culturally manufactured perceptibility of hazards restore to us the authoritarian or a critical technocracy? Or is there a way of counter-acting the disempowerment and expropriation of everyday life hazard civilization?”

Contudo, se é verdade que muito se tem feito, no que tange a reflexões dos grandes riscos, como os ambientais, por exemplo, com uma ampla divulgação da mídia de seus problemas, pressões políticas por leis mais severas, tratados internacionais como o de Kioto; o mesmo já não se pode referenciar quanto aos danos menores, apesar dos plurais meios de defesa anti-risco. Ramos, com o direito ambiental, vem debatendo e alertando quanto aos grandes riscos, mas é preciso também se buscar amenizar os riscos menores.

Na linha da proteção contra os riscos gerados, existem instrumentos plurais que buscam combatê-los ou amenizá-los. Os instrumentos de combate aos riscos podem ser econômicos (seguros, provisões de recursos para atender as demandas geradas pelos riscos, etc.), jurídicos (tentativa de exclusão de responsabilidades contratualmente, cláusulas penais, etc.) e, obviamente, políticos (pressão nos legisladores por normas que isentem responsabilidade ou imponha limites, propagação de valores que interessem na administração dos riscos, etc.). Todos, em alguma medida, sociais.

Nesse contexto, alguns grupos sociais, por mais que se possa identificar alguma organização ou mobilização, em seu benefício, seja política, social ou mesmo econômico, continuam em acentuada posição de vulnerabilidade. Uma vulnerabilidade tão plural, cujo reflexo jurídico é, apenas, mais uma face desse prisma de hipossuficiências. Uma potencialidade jurídica mitigada por arcaicos modelos e instrumentos que não resolvem seus anseios jurídicos, nem sequer efetivam os direitos basilares já conquistados. Nesse vasto rol de vulneráveis estão os consumidores, ao lado de outros grupos, como, por exemplo, os menores, os idosos, os deficientes, os indígenas, as pequenas empresas, etc.

Ora, apesar de o que chamamos de resistência aos riscos ser uma prática geral, as estratégias adotadas oscilam muito entre cada grupo, principalmente quando se trata dos vulneráveis. No caso da vulnerabilidade do consumidor, há hoje diversos estudos que fortalecem o seu reconhecimento e que afastam a ideia da autonomia da vontade ou liberdade de escolha como traço marcante deste grupo. O combate à ideia da autonomia do consumidor gerou o reconhecimento de que:

[...] o mito da *soberania do consumidor* é um reflexo do mito liberal do contratualismo, que reduz toda a vida em sociedade – nomeadamente a vida econômica – a *relações contratuais* livremente assumidas por indivíduos livres, independentes e iguais em direitos, cada um dos quais dispõe de informação completa sobre todas as alternativas possíveis e sabe perfeitamente o que quer. (NUNES, 2003, p. 57).

Ao que parece, essa ideia de liberdade de contratar parece mais ser uma abstração jurídica que facilita a não responsabilização do produtor pelas variadas facetas de um risco que ele produz e conhece, mas aceita como fazendo parte de uma cadeia de consumo em que o principal objetivo é o lucro. Ademais, sendo os consumidores um grupo de vulneráveis amplo, a sua homogeneidade econômica também é um mito, pois existem os hipervulneráveis¹²³ por exemplo - os consumidores pobres possuem ainda menos condições de resistência aos riscos que os mais abastados. Eis a desigual distribuição dos riscos, seja entre grupos ou, internamente, no seio de um mesmo grupo.

Assim, a vida em sociedade exige uma política de riscos que deve ser praticada por uma coletividade que expresse seus valores na sua defesa comum. Como recomenda Hiskes (1998, p. 184): “É puramente uma política e não moral, a comunidade, definindo os seus membros e seus entendimentos de forma pragmática enquanto a necessidade de decisões surge e na própria ação de tomá-las.”¹²⁴.

Nas palavras de Beck (2013, p.41), “A história da distribuição de riscos mostra que estes se atêm, assim como as riquezas, ao esquema de classe – mas de modo inverso: as riquezas se acumulam em cima, os riscos em baixo.” Apesar disso, o próprio Beck (2013, pp. 23et seq; 41et seq.), em outros momentos, defende que a sociedade de riscos da modernidade tardia se afasta da modernidade industrial pela superação da ideia de classes, pois os grandes riscos “civilizacionais” colocariam todos em xeque. Inclusive os que se aproveitaram economicamente e produziram os riscos são também atingidos. A esse processo ele denomina de efeito bumerangue.

Em face dessa situação, no presente capítulo, tem-se como foco a possibilidade da Catividade Marcária ser um instrumento de responsabilização empresarial na sociedade de risco. Essa instrumentalidade da Catividade Marcária será construída em benefício de uma categoria específica de vulneráveis: os consumidores.

¹²³ Marques e Miragem (2012, p. 184) citam a REsp 586.316/MG, j. 17.04.2007, rel. Min. Herman Benjamim.

¹²⁴ Texto original: “It is purely a political, not moral, community, defining its members and its understandings in pragmatic fashion as the need for decisions arises and in the very activity of making them.”

5.3 CONSUMIDOR: O VULNERÁVEL UNIVERSAL

O consumo é uma perspectiva humana inexorável, pois se origina em sua luta pela sobrevivência. Por isso, desde o século passado, as questões de consumo vêm ocupando espaço privilegiado nos foros de debate sobre o futuro do mundo e a essencialidade de se reconhecer direitos aos consumidores. A Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas, em sua 29ª Sessão, em 1973, em Genebra, reconheceu basicamente os direitos fundamentais do consumidor. Já na Europa, a Loi Royer (França, 1973), a AGB Gesetz (dispositivo legal de 1976 protegendo os consumidores alemães das cláusulas abusivas), a Lei Portuguesa nº 29, de 1981, e a Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (Espanha, 1984) foram pioneiras.

No Brasil, o Direito do Consumidor, enquanto fonte de normas reguladoras das relações de consumo, foi implementado com a promulgação da Lei nº 8.078, de 1990, fruto de um árduo trabalho que se iniciou com a redemocratização do país. Consolidou-se o Direito do Consumidor, ou das relações de consumo, que consiste em uma ordem disciplinadora dos pactos de consumo entre o consumidor e o fornecedor, em respeito à proteção constitucionalmente prevista (Arts.5º, XXXII, Art.170, V da CF/88). Nas últimas décadas, desde a promulgação do Código de Defesa do Consumidor, a consciência de cidadania do consumidor brasileiro vem ampliando-se. Tal fato provocou mudanças no comportamento de fornecedores/prestadores de serviços.

A relação de consumo foi definida legalmente pela aquisição ou utilização de produtos e serviços para a satisfação de necessidades humanas diretas, já que consumidor deve ser o destinatário final. O conceito legal é o de que consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final (Art. 2º do CDC). Por sua vez, fornecedor foi definido como toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos – qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial – ou prestação de serviços – atividade remunerada fornecida no mercado de consumo (Art. 3º do CDC).

No Direito argentino, registre-se que houve o reconhecimento da importância da marca na relação de fornecimento, quando a sua lei consumerista (Lei nº 24.240/1993¹²⁵) definiu o fornecedor como sendo:

Art. 2 - Fornecedor —É a pessoa singular ou coletiva, de natureza pública ou privada, que desenvolve profissionalmente, mesmo ocasionalmente, as atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, **concessão de marca**, distribuição e comercialização de produtos e serviços destinados aos consumidores ou usuários. Cada fornecedor é obrigado a cumprir com esta lei. ¹²⁶ (Tradução nossa)

Atribuiu-se, assim, a ideia de que, nos contratos de concessão que tem a marca como objeto, há a configuração dos partícipes como fornecedores. Ressalte-se que não se trata de cessão marcária ou licenciamento - quando se repassa a titularidade de uma marca ou se autoriza seu uso para outro -, mas sim de concessão comercial, contrato que, no direito brasileiro, não possui ampla regulação. Apenas, na lei nº 6.729/1979 (Lei Ferrari), disciplina-se a concessão comercial entre produtores e distribuidores de veículos automotores de via terrestre.

Importante assinalar, que no capítulo seguinte, se demonstra que a legislação argentina responsabiliza de forma mais ampla que o artigo 2º pode indicar *prima facie*. Pois, no art. 40 da Lei nº 24.240/1993 responsabiliza pelos vícios e risco dos produtos ou serviços quem haja posto sua marca neles. Assim, na Lei Argentina, independentemente da questão da responsabilização, mesmo com a menção restrita do contrato de concessão, a marca já foi adotada como elemento de identificação da própria relação de consumo, o que é um avanço a luz do fenômeno da Catividade Marcária.

Mesma orientação ocorreu anos antes, na comunidade européia com a Diretiva Européia n. 85/374/CEE que traz em suas considerações ou exposições de motivo:

¹²⁵ ARGENTINA, DEFENSA DEL CONSUMIDOR - Ley Nº 24.240/1993 - Normas de Protección y Defensa de los Consumidores. Autoridad de Aplicación. Procedimiento y Sanciones. Disposiciones Finales. Sancionada: Setiembre 22 de 1993. Promulgada Parcialmente: Octubre 13 de 1993. Disponível em: <<http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/638/texact.htm>>. Acesso em: 02 fev. de 2016.

¹²⁶ Texto original: ARTICULO 2º — PROVEEDOR — Es la persona física o jurídica de naturaleza pública o privada, que desarrolla de manera profesional, aun ocasionalmente, actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, **concesión de marca**, distribución y comercialización de bienes y servicios, destinados a consumidores o usuarios. Todo proveedor está obligado al cumplimiento de la presente ley. (Grifo do autor)

Considerando que a protecção do consumidor exige que todos os participantes no processo de produção sejam responsabilizados se o produto acabado, a parte componente ou a matéria-prima por eles fornecidos apresentarem qualquer defeito; que, pelo mesmo motivo, deve ser responsabilizado o importador de produtos na Comunidade, bem como qualquer pessoa que se apresente como produtor, mediante a aposição do seu nome, marca ou qualquer outro sinal distintivo, ou qualquer pessoa que forneça um produto cujo produtor não possa ser identificado; (EUROPA, 2016)

Trata-se claramente do reconhecimento expresso do poder da marca não como indicativo de origem per si. Ou seja, a marca não aponta uma sociedade empresária ou qualquer outra estrutura jurídica formal como fornecedora, a marca aparece como a própria fornecedora dos bens em que está aposta. Desta feita, a mesma Diretiva Europeia n. 85/374/CEE, define fornecedor do seguinte modo:

Artigo 3º

1. O termo «produtor» designa o fabricante de um produto acabado, o 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. (EUROPA, 2016)

De fato, quem patrocina o ato de colocar sua marca em produtos ou serviços convida o consumidor à escolha de si próprio. Mesmo que não seja o fabricante do bem ou prestador do serviço, é o indutor da catividade da escolha consumerista por aparecer sê-lo ou, ao menos, configurar como um fiador do negócio a ser celebrado. Trata-se, portanto, de clara hipótese de fornecedor aparente, pois é a marca que, a luz da percepção sensorial humana, reluz com maior brilho na oferta. Registra-se que as marcas certamente ocupam espaços nessa relação, pois estão apostas nos produtos e vinculadas aos prestadores de serviço para atrair a atenção do consumidor. Assim, pode-se enxergar uma relação de consumo da seguinte forma:

FIGURA VIII – RELAÇÃO DE CONSUMO

FORNECEDOR → (PRODUTOS MARCAS® / SERVIÇOS MARCAS®) → CONSUMIDOR

O Direito das Relações de Consumo cria um feixe de direitos elementares voltados ao equilíbrio da relação consumerista (art. 6º, do CDC). Não se deve entender como um rol taxativo dos direitos consumeristas, mas como um arcabouço mínimo voltado ao consumidor, como forma de reconhecimento acerca do princípio da vulnerabilidade previsto como base do sistema protetivo. De fato, a Política Nacional das Relações de Consumo é instituída pelo CDC e tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores e o respeito a sua dignidade, além de promover harmonia das relações de consumo. Entre outros, destaca-se o princípio do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo (Art. 4º, I).

No âmbito da tutela especial do consumidor, efetivamente, ele é sem dúvida a parte mais fraca, vulnerável, se se tiver em conta que os detentores dos meios de produção é que detêm todo o controle do mercado, ou seja, sobre o que produzir, como produzir e para quem produzir, sem falar-se na fixação de suas margens de lucro. (GRINOVER et al., 2004, p. 62).

O sistema legal reconhece o consumidor como o ocupante de uma posição desfavorável na relação jurídica de consumo. Poder-se-ia se questionar, então, em que consistiria esse desprestígio locacional? Basicamente, o consumidor é tido por vulnerável por estar diretamente sujeito aos riscos inerentes à relação de consumo, sejam os acidentes ou vícios derivados dos bens que consome. Marques e Miragem (2012, p. 15) entendem que:

O direito privado não pode prescindir do reconhecimento da fraqueza de certos grupos da sociedade, que afinal se apresenta como ponto de encontro entre a função individual que tradicionalmente lhe é reconhecida, e sua função social, afirmada no direito privado solidário que emerge da Constituição. (2012, p. 15).

Na lição de Lôbo (2012, p. 31).: “A relação contratual de consumo caracteriza-se pela ostensiva e necessária tutela do consumidor, qualificado como juridicamente vulnerável, para delimitação e contenção do poder negocial dominante do fornecedor”.

Esse poder maior do fornecedor é posicional e inexorável. De sua posição de controle, o fornecedor cria, escolhe, manipula, sem nenhuma semântica pejorativa, aquilo que será ofertado, e seus desígnios deságuam no oceano dos consumidores, que são incentivados sempre a surfar a última onda propagada nas publicidades. O consumidor não tem acesso às informações gerais ou qualquer controle sob a produção, por isso não há simetria no processo decisório de consumo. Para se chegar a esse ponto protetivo, foi necessária uma superação do modelo liberal puro que considerava a expressão volitiva autônoma e não admitia, assim, ingerências externas. Na visão de Tartuce (2014, pp. 32-33):

Com a mitigação do modelo liberal da autonomia da vontade e a massificação dos contratos, percebe-se uma discrepância na discussão e aplicação das regras comerciais, o que justifica a presunção de vulnerabilidade, reconhecida como uma condição jurídica, pelo tratamento legal de proteção. Tal presunção é absoluta ou *iure et de iure*, não aceitando a declinação ou prova em contrário, em hipótese alguma. (2014, pp. 32-33).

Realmente, a condição de vulnerável é dada, imediatamente, no momento em que se reconhece a configuração de destinatário final dos produtos ou serviços adquiridos ou utilizados. Sendo indissociável ao consumidor, a vulnerabilidade não pode ser questionada; para seu afastamento, é preciso se desfigurar a relação consumerista. A consideração da vulnerabilidade do consumidor, assim, passa a ser norma de ordem pública e de força cogente (art. 1º, CDC).

Por isso, em termos práticos, em diversos contextos fáticos a discussão fundamental na jurisprudência passa pela definição se está ou não configurada a relação de consumo. Nesse debate, duas teorias se apresentam: a finalista e a maximalista. Na teoria finalista, o consumidor seria o responsável pela retirada do bem de circulação por uma necessidade sua. Assim, adquirir bem para sua inserção em outro processo produtivo, mesmo que nele ocorra a consumação desse bem, descaracteriza a existência de uma relação de consumo. Então, haveria a relação de consumo e a relação de insumo, que ocorre quando - embora haja um

adquirente final - o produto ou serviço é introduzido em uma nova cadeia produtiva. Essa é a orientação mais comum no STJ¹²⁷.

Por sua vez, na teoria maximalista, parte-se da ideia de adquirente final, considerando consumidor quem retira o bem de circulação e o consome sem a preocupação de se atender ou não uma necessidade pessoal ou profissional. Ela vai entender que a vulnerabilidade, em seus múltiplos aspectos (econômica, técnica, informacional, jurídica, etc.), é o núcleo caracterizador e atrativo da incidência normativa do direito do consumidor. Assim, alarga-se o conceito de consumidor, que pode estar presente mesmo quando ocorre a inserção do bem em processo produtivo de responsabilidade do consumidor: facilita a configuração do consumidor pessoa jurídica, consumidor profissional ou consumidor-empresário. E, assim, o STJ vem excepcionalmente pinçando contextos fáticos de vulnerabilidade que formam uma casuística de aplicação da teoria maximalista¹²⁸.

A despeito das questões pontuais de definição do conceito de consumidor que são importantes para a doutrina consumerista, pode-se compreender que todos são consumidores em um dado momento. Assim, entende-se ser o consumidor, enquanto categoria, o vulnerável universal. É comum listar diversos grupos como vulneráveis, a exemplo de idosos, crianças, indígenas, trabalhadores, negros, mulheres, microempresários – embora todos sejam consumidores. Portanto, a característica mais humana da Era *Times Square*, sem dúvida, é a imersão social dos indivíduos no modo de vida capitalista que o tornam cativos da rede de fornecimento, ou seja, transformam-no, inexoravelmente, em consumidor.

O consumidor-dependente é um produto de um modo de vida que se faz viver em cenários onde a regra é a especialidade, ou a alienação dos meios de produção, na visão de Marx. Sempre se empurram os indivíduos para a ocupação de uma parte do processo da vida social, de tal forma que se torna necessário que outros lhe provejam os demais aspectos. A figura do *homo faber*, de Hannah Arendt (2010), o indivíduo dedicado ao trabalho, atividade instrumental que lhe alicerça as necessidades, encaixa-se nesse contexto atual. Arendt sentencia que “o trabalho e o consumo são apenas dois estágios do mesmo processo, imposto ao homem pela necessidade da vida”. (2010, p. 156). Afinal, de tão mergulhado no seu trabalho, na necessidade de se tornar *workaholic*, o homem mede seus resultados ou a si

¹²⁷ Cf. AgRg no AREsp 527.979/SC, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/12/2015, DJe 02/02/2016.

¹²⁸ Cf. REsp 476.428/SC, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/04/2005, DJ 09/05/2005 p. 390; AgRg no AREsp 626.223/RN, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 08/09/2015, DJe 15/09/2015.

próprio pela sua capacidade de consumo: o consumo é a finalidade do *homo faber*. Nesta relação, necessária, por incapacidade de se satisfazer autonomamente, e finalista, por ser o que almeja com seus esforços, o homem contemporâneo se arrisca na tentativa utilitarista de se realizar.

Saliente-se, a luz da Era *Times Square*, que o consumidor, além de não possuir controle sob a forma de produção daquilo que se adquire, é instigado ao consumo por ferramentas de marketing psicoindutoras de seus desejos. A publicidade lhe seduz, demonstrando o que há de mais atraente nos produtos e serviços. Porém, ignoram-se as deficiências e os riscos que são renegados, quando muito, ao exílio de letras pequeninas nos rótulos, manuais de instruções ou bulas. Não há qualquer simetria de informações entre os fornecedores e consumidores. A marca é inserida nesse processo para cativar o consumidor, pois ela representará um porto seguro, quanto mais experimentada for ou conhecida se tornar: “A base da marca é a confiança. Os clientes confiam na marca quando suas experiências são coerentes ou quando elas atingem suas expectativas.” (NEUMEIER, 2008, p. 149). Assim, os consumidores depositam suas esperanças de satisfação na marca. Supõe-se que o produto gravado com uma marca de renome é um produto seguro; acredita-se que estão se elidindo os riscos de consumo ao optar por um símbolo marcário que conhecem.

O paradoxal é que, se este homem contemporâneo é bem sucedido graças ao alto grau de conhecimento que foi capaz de atingir e acumular, esse poderoso conhecimento tecnológico, como visto anteriormente, ampliou seus riscos. Seja numa escala quantitativa, seja numa perspectiva qualitativa, pois num ponto máximo de riscos, pode-se chegar ao clímax de um perigo apocalíptico de origem exclusivamente gerada ou fabricada pelo homem. Ao final, o bem sucedido senhor do planeta Terra, o homem é um consumidor vulnerável à complexa cadeia de relações que criou. Até mesmo as pessoas jurídicas, criações jurídicas artificiais para servir a expansão política e econômica dos homens, acostam-se na experiência de estar em risco do “ser” consumidor. Eis, indubitavelmente, o vulnerável universal na Era *Times Square*: o consumidor.

5.4 COMPARTILHAMENTO MARCÁRIO

O sucesso da marca atrai interesse sobre esse elemento essencial ao capitalismo de mercado. Como já visto, sendo a marca um instrumento de consolidação da atividade empresarial, o seu compartilhamento passou a representar a possibilidade de bons negócios para os contratantes envolvidos. A coordenação de esforços e co-participação nos resultados

de um processo de desenvolvimento de um conceito atrai capitais de diversas fontes, mas com o mesmo fim: cativar o consumidor.

A exaltação da marca é produto de estratégias e diretrizes econômicas de dominação de mercados resultantes da sua essencialidade ao sistema capitalista¹²⁹. Assim, a consagração econômica da marca passou a explorar um signo protegido de formas múltiplas, principalmente, por compartilhamento entre agentes econômicos que atuam no mercado. Entre os diversos modelos de contratos que passaram a tratar de compartilhamento de marcas se encontram, destacadamente, a franquia, a concessão, a representação, a licença ou licenciamento de marca, e oco-branding.

Não se pretende, aqui, uma longa incursão sobre os modelos ou espécies contratuais listados, mas uma rápida incursão por seus conceitos e características vitais em relação à participação da marca empresarial em seu contexto. Por isso, de forma objetiva, dedicam-se algumas impressões sobre esses contratos como forma de se visualizar, sob o prisma prático, o campo de incidência da Catividade Marcária. Afinal, um dos pilares dessa teoria, como se evidenciará adiante, é o compartilhamento marcário pelos agentes econômicos.

5.4.1 Da Franquia

A franquia é um dos contratos que podem sofrer relevante impacto da tese de responsabilidade civil fundada na Catividade Marcária. Por isso, a esta espécie de pacto se dedica um pouco mais de espaço. A IFA – International Franchise Association (Instituição Internacional sobre Franquia) define o *Franchising*:

Franchising é simplesmente um método para expandir um negócio e distribuição de bens e serviços através de uma relação de licenciamento. Na franquia, os franqueadores (uma pessoa ou empresa que concede a licença a terceiros para a realização de um negócio sob suas marcas) não só especificam os produtos e serviços que serão oferecidos pelos franqueados (uma pessoa ou empresa que é concedida a licença para fazer negócios sob o nome da marca e do comércio pelo franqueador), mas também proporcionam-lhes um sistema operacional, marca e suporte. (IFA, 2016) (Tradução nossa)¹³⁰

¹²⁹ O sistema internacional da propriedade industrial é criado, ainda, no fim do século XIX com a Convenção da União de Paris - CUP (1883), cuja consolidação ocorreu, durante o século XX, nas suas revisões, desde Bruxelas (1900), passando por Washington (1911), Haia (1925), Londres (1934), Lisboa (1958) e Estocolmo (1967).

¹³⁰ Texto original: Franchising is simply a method for expanding a business and distributing goods and services through a licensing relationship. In franchising, franchisors (a person or company that grants the license to a third party for the conducting of a business under their marks) not only

O *Franchising* é visto como método de expansão dos negócios (produtos ou serviços) do franqueador, que licencia sua marca registrada e repassa seu conhecimento sobre um segmento econômico ao franqueado, que, em contrapartida, paga taxas em favor daquele, comumente denominadas de *royalties*. Tecnicamente, o contrato que liga as duas partes é a franquia. Para Nelson Abrão, a franquia:

É um contrato pelo qual o titular de uma marca de indústria, comércio ou serviço (franqueador), concede seu uso a outro empresário (franqueado), posicionado no nível de distribuição, prestando-lhe assistência no que concerne aos meios e métodos para viabilizar a exploração dessa concessão, mediante o pagamento de uma entrada e um percentual sobre o volume dos negócios realizados pelo franqueado. (1984, p.10)

Veja que Abrão destaca a marca, o que Fran Martins também o faz:

Franquia é o contrato que liga uma pessoa a uma empresa para que esta, mediante condições especiais, conceda à primeira o direito de comercializar marcas ou produtos de sua propriedade sem que, contudo, a essa esteja ligada por vínculo ou subordinação. O franqueado, além dos produtos que vai comercializar, recebe do franqueador permanente assistência técnica e comercial, inclusive no que se refere à publicidade dos produtos. (MARTINS, 1986, p. 567).

A franquia é contrato típico regulado pela Lei nº 8.955/94. O referido diploma legal define franquia em seu art. 2º:

Art. 2º Franquia empresarial é o sistema pelo qual um franqueador cede ao franqueado o direito de uso de marca ou patente, associado ao direito de distribuição exclusiva ou semi-exclusiva de produtos ou serviços e, eventualmente, também ao direito de uso de tecnologia de implantação e administração de negócios ou sistema operacional desenvolvidos ou detidos pelo franqueador, mediante remuneração direta, sem que, no entanto, fique caracterizado vínculo empregatício. (BRASIL, 2015)

Desse modo, a franquia seria um contrato empresarial típico, pelo qual o franqueador, potencializando a distribuição e venda de seus produtos ou serviços, licencia onerosamente ao franqueado um complexo de direitos, entre eles o uso de sua marca e de seu *Know-how*, de forma exclusiva ou não, incluindo-se a assistência técnica permanente para o

specify the products and services that will be offered by the franchisees (a person or company who is granted the license to do business under the trademark and trade name by the franchisor), but also provide them with an operating system, brand and support.

desenvolvimento da empresa. Franqueador e franqueado são, em termos de estrutura empresarial (societária, registro individual e, agora, EIRELI), autônomos e independentes; não há nenhuma relação societária estrita, ou seja, formalmente, na franquia, as partes não são sociedades coligadas ou controladas à luz da legislação.

Fazzio Junior entende que:

as obrigações assumidas pelo franqueado, dentre elas as trabalhistas, não são transferidas para o franqueador. A franquia engloba apenas a utilização da marca, do nome e do material necessário ao exercício da atividade comercial. (2013, p. 516).

Essa é a visão clássica do Direito Empresarial. A realidade tem mostrado que, em momento algum, a opção de assistência como visto “eventual” fica no âmbito de decisão do franqueado. Pelo contrário, os franqueadores vêm, cada vez mais, colocando a assistência administrativa como obrigatória ao objeto contrato, sob o argumento de proteção ao renome de sua marca franqueada. O real motivo é a proteção da marca que ainda justifica a cobrança a maior dos valores dos *royalties* com a inserção da assistência/consultoria e o repasse de métodos/rotinas de administração.

Nesse quadro, os franqueadores controlam praticamente tudo: da estrutura arquitetônica do imóvel sede da franquia à forma de disposição das peças na vitrine, ao quadro de pessoal do franqueado. Em todos esses aspectos, a marca é posta no centro, tanto para a preservação de sua identidade visual, como também para se assegurar um ambiente padrão alinhado com os valores que propaga aos consumidores. Evidenciando essa linha, apesar de entender que não há coobrigação entre as partes, admite Waldo Fazzio Júnior (2005, 564) a ingerência do franqueador nos negócios do franqueado:

São obrigações do franqueado: comercializar exclusivamente produtos franqueados; adquirir a matéria-prima indicada pelo franqueador; utilizar os equipamentos constantes no projeto de instalação; cobrar os preços fixados pelo franqueador; pagar pela utilização da franquia; formar e preparar o seu pessoal conforme os padrões do franqueador. (FAZZIO JÚNIOR, 2013, p. 515)

Ressalte-se, ainda, que os franqueadores normalmente colocam que seus *royalties* serão correspondentes a um valor “X” ou um percentual do faturamento mensal do franqueado - o que for maior. Veja que Abrão, em seu conceito, atenta para “um percentual sobre o volume dos negócios realizados pelo franqueado”. Ou seja, há compartilhamento de

resultados, apesar de não serem sócios o franqueador e o franqueado; já que não se enquadram no conceito legal de sociedade (CC, 981), acabam por realizar importante característica societária.

5.4.2 Contratos de Intermediação (Agência, Distribuição, Representação e Concessão Comercial)

São considerados contratos de intermediação a agência, distribuição e a representação comercial, havendo um esforço da doutrina para se tentar diferenciá-los de forma objetiva. Na agência, o agenciador promove negócios para o preponente agenciado em certa área pactuada, de forma não eventual e independente, em troca de uma remuneração. De fato, o Código Civil coloca os dois primeiros de forma umbilicalmente ligados, pois a distribuição englobaria o de agência¹³¹ com o acréscimo de um elemento: disponibilidade pelo agente da coisa objeto dos negócios intermediados (CC, 710):

Desta forma, pode-se conceituar doutrinariamente o contrato de agência puro (ou simples) como a modalidade contratual celebrada entre o fabricante, denominado na relação contratual como principal ou preponente, e a pessoa física ou pessoa jurídica que se responsabiliza pela gestão do interesse do principal, denominada como agente, este atua com autonomia e independência, representando-o economicamente e mediante remuneração. [...] Por fim, o contrato de agência e distribuição (ou agência qualificada), conforme o art. 710 do CC, apenas distingue-se do contrato de agência puro porque o chamado distribuidor, neste caso, além de agenciar os interesses do principal, ele mantém a posse do objeto a ser negociado com o eventual adquirente [...] caracterizando-se a distribuição quando o agente tiver à sua disposição a coisa a ser negociada). (LIMA, 2008, p. 346).

Costuma-se se nomear genericamente de contratos da distribuição os pactos que se caracterizam por constituir em ferramenta de expansão da clientela de um dos contratantes, sendo exemplos a representação comercial, agência, comissão, revenda ou concessão comercial, e até a franquia. Contudo, a espécie tipificada no Código Civil é o contrato de distribuição estrito senso, em que o agente presta serviço de atração de clientela para quem o contrata, sendo possuidor direto da mercadoria do preponente, com poderes de concluir a compra e venda via sua tradição ao comprador captado. Assim, o vendedor é o comitente, que é o dono da mercadoria, não o agente, que se trata de mero representante - este último apenas intermedeia a transação e recebe a remuneração pactuada (comissão). Assim, há uma relação

¹³¹ Agência e distribuição são modalidades contratuais distintas. “Este elemento (ter consigo ou não a coisa a ser comercializada), pois é a nota distintiva entre as duas espécies contratuais” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2008, p. 384).

de preposição, na qual, o comitente é representado pelo agente que age em nome e por conta do mandante.

Há modalidade especial de distribuição ou agência que é o contrato de representação comercial. Esta modalidade é regulada em lei especial (Lei n. 4.886/65), que entende ser a representação comercial o pacto em que uma pessoa, não sendo empregada, registrada no Conselho Regional de Representantes Comerciais, promove habitualmente a mediação de negócios mercantis, agenciando clientes, para o representado (Art. 1º). Para Gagliano e Pamplona Filho defendem que a representação comercial seria outra espécie de contrato distinto da agência ou da distribuição, pois representação seria mais ampla. Contudo destaca em sua fundamentação que a representação teria no registro em Conselho Profissional próprio sua principal característica de distinção. Assim, afirmam que “temos, na realidade, três contratos autônomos: agência, distribuição e representação comercial.” (2008, p. 390)

O disciplinamento especial acaba por impor algumas distinções entre a agência geral e a especial da representação comercial. Um exemplo que pode ser citado é o tratamento das zonas de atuação exclusiva do agente/representante: no Código Civil, a exclusividade é presumida, na Lei n. 4.886/65; a exclusividade deve ser pactuada expressamente.

Em todos estes contratos, é comum o atrelamento de cláusulas que impõe ao agente ou representante a fidelidade a uma marca dentro de um dado segmento. Por isso, a identificação do agente muitas vezes passa pela marca que compartilha com o representado/comitente. Ademais, junto aos seus clientes, embora não sejam necessariamente consumidores, a marca passa a ser a referência identitária do agente. Justamente por esta razão, esses contratos podem também ser afetados pela tese da Catividade Marcária.

A concessão ou concessão comercial é um contrato em que o concedente autoriza o concessionário a comercializar seus produtos normalmente, com uma definição de área de atuação, seja com exclusividade ou com controle de concorrência em relação a outros concessionários. A concessão é contrato atípico, não sendo regulado de forma geral no direito brasileiro. Diferencia-se do contrato de agência e do de distribuição por ter o concessionário a propriedade dos bens que adquire perante concedente. Assim, o concessionário patrocina uma “revenda”, designação, inclusive, tida por sinônimo da “concessão comercial”.

Contudo, apenas, na lei nº 6.729/1979 (Lei Ferrari), disciplina-se a concessão comercial entre produtores e distribuidores de veículos automotores de via terrestre. O disciplinamento do setor automotivo se deve a sua relevância na economia nacional, bem como a características de proteção do capital nacional que está muito mais concentrado no âmbito dos concessionários. A Lei Ferrari estabelece, como objeto do contrato de concessão

entre produtores e distribuidores de veículos automotores de via terrestre, a comercialização de veículos automotores e componentes fornecidos pela concedente, a prestação de assistência técnica a esses produtos, e o uso gratuito de marca da concedente como identificação (Art. 3º).

A legislação, em diversos momentos, refere-se à Convenção de Marca para cada fabricante concedente. A relevância do mercado automobilístico com forte influência na economia e grande força de pressão política fez com que a lei tornasse obrigatória, a fim de que cada marca pactue sua própria convenção. Nas convenções, regulam-se detalhadas questões entre concedente e concessionária, mesmo aquelas em que a lei não tratou. Contudo, as disposições formuladas nestas convenções não podem conflitar com aquilo que a lei federal determina.

O que chama a atenção é a denominação escolhida na lei “Convenção de Marca”. A eleição dessa nomenclatura, entre tantas outras possíveis, nada mais representa do que o reconhecimento do poder das marcas como referência de mercado. Portanto, está presente uma das premissas básicas da Catividade Marcária. No mercado automobilístico, a marca é um símbolo propagador de valores fortíssimos, que chegam, por vezes, a representar uma nação, na disputa por um mercado global e economicamente estratégico. Por isso, a marca é elemento primordial do contrato, determinando a lei que a concessão comercial compreende e, ainda, a obrigação de se resguardar a integridade da marca e dos interesses coletivos do concedente e da rede de distribuição (Art. 16).

5.4.3 Da Licença de Marca e do Co-Branding

A licença de marca é o negócio jurídico em que o titular de uma marca registrada (licenciante) autoriza seu uso por outra pessoa (licenciada) para que possa explorá-la no seu segmento correspondente. Segundo o art. 139, do CPI/96, o titular de registro ou o depositante de pedido de registro poderá celebrar contrato de licença para uso da marca, sem prejuízo de seu direito de exercer controle efetivo sobre as especificações, natureza e qualidade dos respectivos produtos ou serviços. Assim, o licenciante não perde o controle da marca, continua seu proprietário e tem a capacidade de preservar seu padrão ou atrelamento aos valores que lhe interessa. Por sua vez, o licenciado se beneficia de uma marca já registrada e pode ainda ser outorgados poderes para que possa agir em defesa da marca, sem prejuízo dos seus próprios direitos definidos na licença.

A força da identidade da marca foi reconhecida recentemente em um julgado importante do STJ, cuja tese vencedora traz entendimento em prol dos licenciantes quanto à

obrigação implícita ex lege de se preservar a apresentação visual da marca. Afinal, a marca para preservar sua catividade precisa de respeito aos padrões predefinidos pelo seu titular, ou seja, faz-se imperiosa uma uniformização de seu uso nas estratégias de compartilhamento.¹³²

A legislação não obriga que toda licença de marca seja averbada no INPI; contudo, para que produza efeitos em relação a terceiros, a averbação referida é exigida (Art. 140). Requião explica que:

O contrato de licença de uso será averbado no INPI, para que produza efeitos contra terceiros, podendo o licenciado ser investido dos poderes para agir em defesa da marca, sem prejuízo de iguais direitos do titular. O pedido de averbação será examinado pelo INPI, que decidirá pelo seu deferimento ou não, cabendo recurso da decisão denegatória. (2003, p. 265).

Portanto, no que tange às regras da relação licenciante-licenciado, o registro é dispensável. Por isso, muitos contratos atípicos e complexos acabam em seu bojo trazendo, entre outras avenças, uma licença de marca; contudo não há averbação no INPI. Tal fato demonstra que, muitas vezes, não há nada mais que contratos privados, sem qualquer acessibilidade às informações para os consumidores que, eventualmente, desejassem conhecer quem está por traz de uma marca ofertada. O STJ, em julgado que discutia uma possível indenização entre licenciante e licenciado, asseverou esta dificuldade de acesso às informações, servindo a marca de referência ao mercado:

Com essas considerações, é possível a visualização de hipóteses em que a violação da marca trará consequências meramente econômicas, como o não pagamento de royalties; e outras hipóteses em que haverá também o dano moral decorrente da projeção de uma imagem negativa no mercado – imagem esta que será vinculada ao titular da marca, pois, de regra, não é dado ao mercado consumidor conhecer os acordos empresariais para produção e fornecimento do produto por parceiros licenciados. E é justamente nessa segunda hipótese que se inserem as alegações iniciais da recorrente San Remo, proprietária da marca licenciada. [...]Assim, será possível sempre se visualizar, em decorrência de um dano moral, a existência

¹³²RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. PROPRIEDADE INDUSTRIAL. MARCA. LICENÇA DE USO. PROTEÇÃO LEGAL. ALTERAÇÃO CONCEITUAL DA MARCA. NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO DO LICENCIADO AOS NOVOS PADRÕES.(...) 3. A marca é mais que mera denominação: traz em si o conceito do produto ou serviço que a carrega; possui feição concorrencial, distinguindo-a dos concorrentes; facilita o reconhecimento e a captação de clientes; diminui o risco para a clientela, que conta com a padronização dos produtos, serviços, atendimento e demais atributos que a cercam. 4. A licença de uso gera o compromisso, ex lege, de o licenciador zelar pela integridade e reputação da marca. É da essência da própria marca que o uso por terceiros deve respeitar-lhe as características, pois a inobservância dos traços distintivos desvirtua a sua existência. 5. A não observância dos padrões dos produtos e serviços pela licenciada para o uso da marca demonstra o uso indevido e autoriza a tutela inibitória para impedir a utilização. 6. Recurso especial conhecido em parte e desprovido. (REsp 1387244/DF, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/02/2014, DJe 10/03/2014)

simultânea de danos materiais, ainda que por vezes sua quantificação não seja possível. Isso porque o dano extrapatrimonial, por trazer abalo a honra objetiva da titular da marca, é apto, em tese, a se alastrar para outros bens e produtos, até para outras marcas porventura titularizadas pela mesma pessoa jurídica. (BRASIL – STJ REsp 1368210/SP, voto da Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/06/2013, DJe 17/06/2013)

Ademais, tratando-se de licença, é importante se distinguir elada cessão de marca. A cessão é regulada em lei e consiste na transferência de titularidade da marca com a repercussão de todos os direitos inerentes a esta condição, como, por exemplo, o uso exclusivo e a defesa da marca. Pelo art. 134, da Lei 9.279/96, tanto o pedido de registro quanto o próprio registro concedido poderão ser cedidos, desde que o cessionário atenda aos requisitos legais para requerer tal registro. Requião explica a cessão de forma ampla:

Cessão da marca. Como bens imateriais que são, suscetíveis de registro e consequentemente objeto de direito de propriedade, as marcas concedidas ou seus pedidos de registro podem ser cedidas ou transferidas a qualquer título, por ato *inter vivos* ou *causa mortis*, em sucessão legítima ou testamentária, como admite o art. 134 da lei nº 9.279/96. O novo titular, cessionário, deverá atender aos requisitos legais para requerer tal registro, ou seja, deverá atender àqueles requisitos previstos no art. 128. (2003, p. 264) (Grifo do autor).

A condição imposta para que haja acessão é a de que a negociação compreenda todos os registros ou pedidos, em nome do cedente, de marcas iguais ou semelhantes, relativas a produto ou serviço idêntico, semelhante ou afim, sob pena de cancelamento dos registros ou arquivamentos dos pedidos que não foram cedidos expressamente. O Art. 136, do CPI, impõe ao INPI as anotações da cessão de marca, fazendo constar a qualificação completa do cessionário, o que é compreensível, pois se precisa ter atualizado os dados dos titulares da marca e o cessionário é, justamente, o novo titular.

O licenciamento marcário, de certa forma, está presente em todas as outras modalidades relatadas anteriormente, algumas obrigatoriamente, como na franquia e na concessão automobilística, em outras facultativamente, como na agência e distribuição. É a espécie geral formadora do compartilhamento de marcas, pois através de seus ajustes agentes econômicos distintos se fortalecem numa estratégia de identificação visual comum.

O ditado popular “A união faz a força!” é, também, uma verdade econômica. O problema dos órgãos de regulação econômica, notadamente os de finalidade antitruste, é não permitir que a união provoque concentrações econômicas que redundem em controle de mercado monopolistas ou oligopolistas. Assim, sob a ótica dos agentes econômicos,

estratégias de atuação são pensadas para otimização de custos que, obviamente, interfere positivamente nos resultados da atividade. O Co-Branding é uma dessas estratégias.

O Co-branding consiste na partilha de uma marca ou dupla aposição de marcas num produto ou serviço ofertado, conjuntamente, por empresários distintos. Há uma associação entre empresários num dado mercado por considerarem que união ou junção das marcas potencializam os possíveis resultados econômicos. Um exemplo de segmento de mercado que utiliza bastante o co-branding é a área financeira, com os cartões de crédito associados a marcas de grandes empresas, como as companhias aéreas com o banco do titular, com benefícios especiais em planos de milhagem.

FIGURA IX – EXEMPLO DE CO-BRANDING



FONTE: Site do ITAU (2016)

No exemplo acima, todas as marcas são fortes; trata-se da líder do mercado de transporte aéreo de passageiros, com o maior banco nacional unido com a maior bandeira mundial de cartão de crédito. Contudo, juntas pelo Co-Branding, todas potencializam seus negócios, prometendo mais vantagens ao consumidor e agregando maior valor de mercado para seus serviços e, ainda, compartilhando os custos de uma ação massiva de marketing. Por meio do co-branding, a sinergia da aliança marcária fortalece a catividade, permitindo a adesão do consumidor fiel de uma marca migrar para outra e vice-versa. Obviamente, maior vai ser esse fluxo migratório quanto maior for a similitude dos significados e valores construídos pela marca.

Um movimento comum de co-branding é a associação de marca-negócio com marca-celebridade – essa última consiste nas marcas ligadas a pessoas, nomeadamente, figuras públicas como desportistas, atores, músicos, e artistas em geral. O co-branding não é contrato típico, portanto, juridicamente pode se realizar instrumentalmente de muitas formas. Pode ser

celebrado via licenças de marca recíproca ou até mesmo a criação de uma pessoa jurídica comum como resultado de um plano maior de *joint venture* (parceria empresarial) -é comum cláusulas de confidencialidade, independência das marcas, plano estratégico de mercado, pagamentos e *royalties*, etc. (GODINHO, 2016). Exemplos de grande sucesso de co-branding são exemplificados a seguir:

FIGURA X – SUCESSOS DO CO-BRANDING



FONTE: mundodomarketing, 2016

A união das marcas Omo¹³³ (sabão em pó) e Comfort¹³⁴ (amaciante), duas grandes marcas de produtos de limpeza, celebraram um sabão co-branding num novo produto que promove a união de sabão em pó com o amaciante de roupas. O co-branding OMO-COMFORT pode ser classificado como intra-holding complementar, pois pertencem às marcas ao mesmo grupo econômico “Unilever” e os produtos originalmente marcados eram de uma mesma categoria (limpeza), mas de subcategorias complementares (sabão e amaciante). A parceria de sucesso entre Bob’s¹³⁵ e Ovomaltine¹³⁶: a grande rede brasileira de fast food se aliou à empresa de chocolate em pó para o fortalecimento de um dos seus produtos (milkshake), que se tornou referência em seu segmento. O co-branding BOB’S-OVOMALTINE pode ser classificado como extra-holding complementar, pois as marcas pertencem a grupos econômicos distintos e os produtos originalmente marcados são de uma mesma categoria (alimentação/lanchonete), mas de subcategorias complementares (sanduíche e milk-shake).

¹³³ Marca secular do grupo Unilever de origem inglesa registrada em 1908.

¹³⁴ Marca do grupo Unilever de origem inglesa registrada em 1969.

¹³⁵ Marca do grupo Brazil Fast Food de origem brasileira registrada em 1952.

¹³⁶ Marca do grupo Associated British Foods PLC de origem suíça registrada em 1904.

Finalmente, associações como a da ACER¹³⁷ e Ferrari¹³⁸ estão cada vez mais comuns. Amítica marca automobilística é associada a uma das jovens marcas globais da área tecnológica (computadores). Esse tipo de parceria traz benefícios interessantes para os envolvidos, para além de eventuais valores envolvidos na transação, havendo uma absorção de valores e significado. A Ferrari se associa ao moderno mercado tecnológico, mantendo sua áurea de arrojada e de tecnologia de ponta. A Acer absorve a respeitabilidade quase mítica da Ferrari, com sua legião de aficionados no mundo inteiro. O co-branding ACER-FERRARI pode ser classificado como extra-holding autônomo, pois as marcas pertencem a grupos econômicos distintos e os produtos originalmente marcados são de categorias distintas (computadores/automóveis).

5.4.4 Compartilhamento Marcário como Elemento de Caracterização de Grupo Econômico de Fato

Em todos os diversos pactos referidos, exemplificativamente se pôde constatar que o exercício de uma composição marcária promove o crescimento do renome da marca. Quanto mais vista, mais lembrada. Quanto mais lembrada, mais escolhidos os produtos que ostentam as marcas compartilhadas. Ao final, a repetição fortalece a consolidação em seu mercado, consegue-se a conquista de novos espaços pelos compossuidores, o que permite atrair um número maior de consumidores. Por isso, muitas vezes, inclusive a marca, como bem móvel negociável que é, passa a ser compartilhada por outros empresários que se beneficiam com a propagação coletiva do símbolo marcário, o qual fortalece a sua catividade em relação ao mercado de consumo. A marca como farol de mercado é o estandarte da linha de batalha frontal no mercado; os consumidores veem o seu alinhamento repetitivo (compartilhamento), mas não é informado das exatas definições de limites do uso do símbolo entre os contratantes (compartilhadores).

Para o consumidor, muitas vezes, sequer é possível se perceber que uma dada marca está sendo ofertada, formalmente, por outro fornecedor dotado de estrutura empresarial (sociedade, EIRELI ou individual) autônoma com a devida permissão do titular marcário que lhe autoriza o uso da marca por qualquer via contratual. Essa assimetria de informações, ou conhecimento de que é tudo a mesma coisa, permite, não raras vezes, que o consumidor não saiba a quem acionar em caso de reparação por danos causados, o que dificulta a reparação

¹³⁷ Marca da Acer Incorporated foi originada em Taiwan sendo registrada em 1976.

¹³⁸ Marca do grupo Fiat S.p.A. de origem italiana registrada em 1947.

dos danos elencada como um direito básico do consumidor no art. 6º, no CDC. Interessante a proposta de Konder para a caracterização do fenômeno da conexidade contratual:

São conexos os contratos que, para além de sua função individual específica, apresentam juntos uma função ulterior. Em virtude de sua ligação, aqueles negócios estruturalmente independentes perseguem uma finalidade que ultrapassa a mera soma das suas próprias finalidades individuais. (2006, p. 189)

O titular de uma marca, quando a explora por meio de sucessivos contratos de quaisquer modalidades que ensejam em licença marcária entre partes contratantes, ainda que distintas, por mais que representem negociações independentes, mais do que o negócio de cada um, a rede de compartilhamento marcário formada, interessa a todos, pois o uso reiterado da marca pelo grupo fortalece seu conceito perante o mercado como um símbolo de força. A realidade de compartilhamento marcário por sua força atrativa se alinha ao pensamento exposto acerca dos contratos cativos, pois as marcas se fortalecem por meio de método de massificação publicitária, aprisionando os consumidores pela apreensão de seus desejos e necessidades, em uma complexa cadeia de fornecedores.

A Catividade Marcária representa um processo de dominação de espaços por construção de uma afinidade calculada entre consumidores e marcas, que se relacionam na aprisionadora rede de ofertas inexoravelmente nos espaços públicos e privados de convívio social na era pós-moderna. O problema é que, ao ser exposta aos riscos da vida consumerista, e ser vitimada com um acidente de consumo ou mesmo dano, nem sempre a indicação da estrutura empresarial formal é suficiente para a devida reparação ou compensação ao lesado. Não se pode olvidar que a publicidade exhibe os valores eleitos pelo produtor como elementos característicos do produto ou serviço atrelado à marca. Assim, o controle dos valores e desejos se concentra no pólo do fornecimento. Da mesma forma, no anseio de expansão de suas atividades, os empresários delineiam novas relações jurídicas, contratuais ou não, como consequência das estratégias de conquista mercadológica.

Na esfera do consumidor, o indivíduo é o que consome, seja vestindo, bebendo, viajando etc., sendo o contrato um instrumento de “jurisdicalização de uma ou mais relações negociais travadas entre as partes que dele participam e por ele se obrigam”. (GRAU, 2005, p. 15). Como já descreveram Vasconcelos e Cabral:

Logo, surgem contratos múltiplos, conexos, cativos, entre outros numa denúncia da proliferação de novas formas de se relacionar no mercado da

pós-modernidade. Os contratos cativos consistem numa série de contratos ou relações contratuais que criam relações jurídicas complexas de longa duração envolvendo agentes econômicos de uma cadeia de fornecimento e impondo uma posição de dependência ou catividade dos consumidores. Isso se coaduna com o perfil atual de indução ao consumo de bens materiais ou não através de exposição à publicidade agressiva, além de outras estratégias de *marketing*, que expõem os consumidores a graves riscos na vida em sociedade e produzem grande insegurança quanto ao futuro, portanto são exemplos desses contratos cativos os bancários, fornecimento de água, luz e telefone, entre outros. (2014).

Avulta de importância e atualidade, a questão da conexidade contratual que, explicado por Konder (2006) como mais do que uma pluralidade de contratos, significa a vinculação capaz de produzir efeitos especiais, no âmbito jurídico e não apenas econômico, aos contratos por ele interligados e, também, para além da limitação da ideia de relatividade contratual. Há ainda a ideia de Lorenzetti (1999) sobre redes contratuais que destaca a complexidade das múltiplas relações envolvidas, destacando o seu caráter sistêmico, de forma que o efeito em um dos elementos reflete nos demais.

Finalmente, a realidade de compartilhamento marcário por sua força atrativa alinha-se ao pensamento exposto acerca dos contratos cativos, em que citamos Marques (2006), pois as marcas se fortalecem por meio de método de massificação publicitária, aprisionando os consumidores pela apreensão de seus desejos e necessidades em uma cadeia de fornecedores. O problema é que a vulnerabilidade dos consumidores é constante e geral, ou seja, em qualquer área ou momento do processo produtivo. As necessidades fisiológicas e sociais tornam todos dependentes dos produtos e serviços. Contudo, há severa impotência em relação ao que lhe é ofertado, o que amplia os riscos diante de uma incontestável assimetria de informações em relação ao fornecedor. Esse desequilíbrio informacional se exemplifica pela extrema dificuldade de identificar, para além da marca, quem é o real responsável pelo produto ou serviço adquirido, o que se agrava com o processo de compartilhamento de marcas. São tantos grupos, tantas holdings, tantos co-brandings, tudo desconhecido por detrás da oferta; o consumidor acaba por cair num abismo informacional.

No mundo atual, o déficit informacional dos consumidores é cada vez mais profundo. A jurisprudência, porém, está demonstrando uma tendência de valorizar as informações prestadas, mesmo que através da marca ou aparência, e daí tirando instrumentos de compensação desta vulnerabilidade intrínseca do papel de consumidor. (MARQUES; MIRAGEM, 2012, p. 15).

De fato, o único ponto facilmente perceptível no mercado de consumo são as marcas. Essa vulnerabilidade, ou seu reconhecimento, é relevante valor social na condução econômica, o que reflete ainda na principiologia constitucional da ordem econômica de proteção geral aos consumidores. Ora, o mercado deveria ter um espírito igualitário de regras comuns, para que se pudesse desenvolver um jogo justo, uma disputa igualitária. Contudo, a concorrência obriga aos empresários a desenvolver uma diferenciação dos demais concorrentes para que possam ser notados em um mercado cada vez mais acirrado por uma disputa global. A igualdade, portanto, cede à desigualdade, para que o agente de mercado possa se diferenciar e se destacar no mercado de consumo. É essa diferenciação que atrai o consumidor, conquistando sua opção por uma primeira experiência de consumo (captação inaugural) ou, o mais cobiçado pelos fornecedores, manter-se como opção permanente de consumo (fidelidade). Essa *vis attractiva* marcária não pode ser compreendida como um fenômeno estritamente econômico, mas deve ser reconhecida uma repercussão jurídica. A marca, como elemento distintivo, serve à desigualdade.

Na ideia de que existir não é somente ser diferente, mas também ser reconhecido legitimamente diferente e em que, por outras palavras, a existência real da identidade supõe a possibilidade real, juridicamente e politicamente garantida, de afirmar oficialmente a diferença – qualquer unificação, que assimile aquilo que é diferente, encerra o princípio da dominação de uma identidade sobre a outra, de negação de uma identidade por outra. (BOURDIEU, 2010, p. 129)

Em qualquer disputa, cada concorrente busca o melhor para si. O sistema econômico mundial é, por essência, conflituoso, de modo que as empresas estão sempre buscando novas maneiras para maximizar os seus lucros, a exemplo do desenvolvimento de novos signos marcários. Wallerstein demonstra que:

Um sistema-mundo é um sistema social, que tem limites, estruturas, grupos de membros, regras de legitimação e coerência. A sua vida é formada por forças em conflito que o mantém unido pela tensão e o separa na forma como cada grupo procura, eternamente, para remodelá-lo a seu favor. (1976, p. 229 et seq.).

Portanto, a assimetria informacional entre fornecedor e consumidor é inflamada pelos conflitos concorrenciais entre empresários em um bombardeio publicitário que

disseminam riscos. A constante missão do sistema regulatório econômico é ter a capacidade de identificar as falhas de mercado que geram riscos que afetam os consumidores. Tanto que as normas jurídicas, não raras vezes, têm justamente esse escopo de corrigir as reconhecidas falhas de mercado, fomentando a concorrência e protegendo os consumidores. Se o mercado, naturalmente, não permite que os consumidores sejam beneficiados em troca de uma contraprestação justa, não seria correto falar em uma exacerbação do lucro por ausência de responsabilidade civil por riscos que são perceptíveis pelos produtores no momento em que colocam algum produto ou serviço no mercado.

A questão que se pode propor é: pode a marca servir de meio ou instrumento de disciplinamento do mercado? Entende-se que sim. A marca faz bem mais que apontar origem do produto: ela materializa uma ideia, um conceito, um comportamento, uma expectativa iminente de satisfação de desejos. Mas não é só. O elemento identificador também serve aos concorrentes do fornecedor marcado, que identificam os seus aliados ou rivais. Os agentes econômicos jogam uniformizados pelas marcas. Assim:

[...] a marca serve como uma espécie de uniforme identificador das equipes partícipes do jogo concorrencial. Entretanto, há nítida dificuldade de se identificar os contornos dessas relações e suas consequências no direito econômico e do desenvolvimento. (VASCONCELOS; CABRAL, 2014).

Ou como explica Ellwood:

A marca, portanto, funciona como um tipo de bandeira, acenando aos consumidores, provocando a consciência ou lembrança do produto e diferenciando-o da concorrência. Essa função da comunicação é a base da gestão de marcas em uma empresa. Até que ponto as marcas podem comunicar uma mensagem junto ao consumidor ainda está sob debate. Celia Lury, socióloga do Goldsmiths' College, na London University, define marca como um marcador: “Um marcador é muito diferente de uma mensagem no sentido de que o conteúdo de um marcador é muito menos, mas, não obstante o fato de que aponta para algo reconhecível, é tão importante quanto o significado em uma mensagem. (2004, p. 19)

Essa percepção uniformizada que o mercado de consumo tem sobre aqueles que compartilham marcas implica num depósito de confiança nas alianças marcárias. A luz da perspectiva do consumidor, o compartilhamento marcário transmite uma aparência de associação articulada que se beneficia de uma logística informacional comum e fortalece o

renome de todo o grupo. Porém, gera a legítima expectativa de que haja esforços comuns para se elidir riscos ou, quando não possível, para amenizar os resultados danos deles decorrentes. Por estas razões, a premissa básica da Catividade Marcária para utilização da marca como vetor de responsabilidade civil empresarial em prol dos consumidores é a de que o compartilhamento marcário configura grupo econômico empresarial de fato.

Os grupos econômicos são resultados das relações entre empresários, principalmente, entre as sociedades empresárias. Por meio de ações coordenadas ou harmonizadas, tem-se o objetivo de potencialização dos resultados econômicos dos partícipes acordos realizados. O espectro das consequências dos acertos entre os componentes do grupo é vasto. Essas relações consistem em negócios jurídicos que possibilitam concentração da exploração da atividade econômica e diminuição dos custos, mas podem limitar ou prejudicar a livre concorrência e gerar domínio de mercado. O estudo dos grupos econômicos desafia os juristas, pois as dificuldades são enormes como relata Bulgarelli:

As dificuldades evidentemente são inúmeras: a. além da variação indescritível das formas como se apresenta, na prática, também a apontada falta de normas legislativas a respeito, permanecendo ainda hoje, a maior parte dos países com uma legislação fragmentária; b. a ausência de decisões jurisprudenciais conseqüentes ou não; c. a falta de dados concretos até mesmo sobre as práticas adotadas, dado senão o segredo, ao menos a descrição que envolve, quase sempre, tais coligações, conseqüente também da necessidade de fugir, em muitos casos, à pressão fiscal ou de se subtrair aos problemas da licitude – gerando um verdadeiro divórcio entre a realidade econômica e a forma jurídica empregada –, constituem outras tantas dificuldades que se apresenta ao estudioso. (1997 pp. 51-52).

De fato, décadas depois, a análise de Bulgarelli permanece atual. Na legislação pouco se inovou, apenas houve algum aperfeiçoamento nas normas do Código Civil e na legislação concorrencial, porém sem enfrentar amplamente ou mesmo diretamente a matéria dos grupos econômicos. Na jurisprudência, o maior debate em torno dos grupos econômicos se dá em torno do art. 124, I do CTN, para a caracterização de grupo econômico com responsabilidade tributária solidária¹³⁹, ou do art. 2º, da CLT. Finalmente, quanto à comum confidencialidade das operações, mais uma vez, a realidade contemporânea é, ainda, a mesma. Exatamente por isso, já se demonstrou a existência de um déficit informacional dos consumidores. No entanto,

¹³⁹ CTN (LEI Nº 5.172, DE 25 DE OUTUBRO DE 1966.) - Art. 124. São solidariamente obrigadas: I - as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal. (BRASIL, 2016)

a marca é, muitas vezes, a ponta do iceberg das negociações, ou seja, é a única indicação de um compartilhamento de interesses entre os agentes econômicos que pode ser percebida facilmente emergida no oceano de ofertas.

A despeito do desafio descrito, temos uma legislação posta que trata de grupos econômicos formais que são aqueles compostos por relações contratuais materializadas nas próprias constituições societárias nos registros empresariais. São as já vistas relações societárias que provocam a comunicação dos quadros societários das empresas e podem resultar em unidade de gestão. São exemplos dessas relações as sociedades de simples participação, coligadas ou filiadas, controlada e controladora. Ademais, permite-se o consórcio de sociedades em que a autonomia de gestão é preservada e os quadros societários, ou seja, a composição de sócio não se comunicam. Todo esse processo se dá a partir de operações societárias que provocam tanto concentração como a desconcentração de empresas, desde transformação – alteração do modelo societário de uma sociedade – até a fusão, incorporação e cisão, em que sociedades são criadas e extintas continuamente.

Além dos grupos econômicos societários formais, há legislação que combate o cartel, que é considerado um grupo econômico de fato. A formação de cartel é representada por acordos entre agentes econômicos visando: a) à fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas; b) ao controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas; c) ao controle, em detrimento da concorrência, de rede de distribuição ou de fornecedores (Art. 4º da Lei Nº 8.137/1990)¹⁴⁰. Porém, como se observa, não há a definição de grupo econômico, muito menos a definição de critérios objetivos para sua formação.

De fato, a doutrina costuma indicar dois requisitos para formação dos grupos: a) a participação societária comum; b) a existência de uma coordenação administrativa. Ferri destacava que no fundo o critério é controle ou ingerência, seja interno (por participação social) ou externo, que ocorre por uma relação contratual qualquer, mas que não se evidencia no controle de cotas ou acionário das empresas afetadas. Por isso, ter-se-ia um controle de direito – formalizado nos contratos ou estatutos sociais empresariais – e um de fato, que acabavam por constituir numa influência das decisões administrativas mesmo sem constar no quadro social. (BULGARELLI, 1997). Ademais, os grupos se destacam na realidade atual por representarem importante técnica de concentração empresarial com vantagens econômicas de diminuição de custos operacionais. Ferraz elenca uma série de medidas que podem se dar pela formação dos grupos de sociedades:

¹⁴⁰ Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências.

A partir daí, afirma-se que o grupo de sociedades qualifica todas as demais técnicas da concentração empresarial: a) às rescisões sucedem as transferências de ativos; b) as designações de administradores comuns são substituídas pelo cruzamento de participações sociais; c) os acordos de votos (pelos quais se opera a distribuição de influências e poderes dentro das filiais) são substituídos pelas cessões ou aquisições de ações; d) as próprias sociedades-mães de diferentes grupos podem associar-se, por meio da criação de filiais comuns (joint ventures). Além disso, e) o movimento de constituição dos grupos de sociedades começa a chegar a seu ponto máximo, atualmente sendo visível a constituição de grupos de sociedades que se agrupam em entidades ainda mais potentes. Assim, afirma-se graficamente que a vida dos grupos de sociedade é um verdadeiro carrossel de técnicas jurídicas. (2012, pp. 20 et seq.).

O que se mostra essencial para se configurar qualquer grupo, seja de fato ou de direito, é o co-interesse que possa ser identificado com nitidez e justifique ações coordenadas. Nos grupos de direito ou formais, a existência de interesse comum é derivação lógica e financeira dos capitais envolvidos nas coparticipações societárias; atualmente, comumente aportados via uma sociedade *holding*. O problema mais complexo, no entanto, é como configurar interesses compartilhados em um grupo de fato. Esse é o desafio que se propõe a Catividade Marcária resolver em hipóteses de marcas compartilhadas.

Assim, Ferraz destaca que:

Segundo citado anteriormente, dois são os elementos definidores do conceito de grupo de sociedades em sentido estrito: a independência jurídica e a unidade de direção econômica. 1) O primeiro aspecto caracterizador do grupo é a independência jurídica das sociedades integrantes do grupo. As sociedades agrupadas conservam, ainda que sob uma direção econômica unitária, sua personalidade jurídica própria, mantendo tanto sua autonomia patrimonial como organizativa. Ademais, é esse o elemento que nos permite distinguir o grupo de outras técnicas de concentração empresarial, as quais comportam o desaparecimento da individualidade jurídica das entidades envolvidas⁷. 2) O segundo elemento é a unidade de direção econômica das entidades envolvidas. Ainda que cada uma das sociedades do grupo se mantenha formalmente como um ente jurídico distinto, a verdade é que, sob o ponto de vista da realidade material, as sociedades dependem, em maior ou menor grau, da vontade e interesses do todo econômico, tal como ele seja definido pela sociedade líder do grupo. (2012, p. 17).

Quando há o compartilhamento marcário pelas modalidades que se descreveu anteriormente, é possível perceber que os contratantes preservam claramente sua independência jurídica. Até porque, como grupo de fato, as sociedades não recebem interferência de sócios componentes do quadro social, mas se articulam entre si por motivos de interesse comum econômico. O que resta é averiguar a existência ou não de uma direção econômica das atividades envolvidas, ou seja, justamente, do segundo elemento definido por Ferraz. Aqui, a identificação do líder é feita pelo titular da marca compartilhada. Como visto, o licenciamento comumente vem com uma série de obrigações e diretrizes que visam preservar a imagem da marca e sua respeitabilidade no mercado. Ao definir os limites de atuação do licenciado, o licenciante age como líder de grupo, estabelecendo balizas e orientações que devem nortear a condução dos negócios daquele. Em realidade, não se pode dizer que essa direção jurídica seja mais formal ou direta imersa, internamente, no seio do agente econômico, pois, como demonstrado, nos grupos de fato a grande característica é o oposto, o controle externo. Bulgarelli, analisando o fenômeno dos grupos, mostra-se favorável a ideia de que sua caracterização passa por uma conexão econômico-jurídica, podendo ser contratual geral, ou especialmente societário, sendo importantes essas questões para a:

responsabilidade das sociedades controladoras ou sociedades-mães pelas obrigações contraídas pelas sociedades controladas, ou sociedades-filhas, ou sucursais ou filiais “em comum” – difícil de resolver à luz dos postulados mais simples do direito societário, com base na personalidade jurídica. (BULGARELLI, 1997, p. 101).

O compartilhamento marcário, sem a mais mínima dúvida, representa uma conexão econômico-jurídica configurada por um contrato com nítido interesse de aferir ganhos de mercado. Ademais, a ingerência do titular da marca, sob o fim de preservar a marca, acaba por forçar uma coordenação grupal diante da identidade de interesses de cativar mais consumidores. Assim, a marca se valida como elemento configurador do grupo de sociedade ou grupo econômico de fato por controle externo. Inclusive Bulgarelli (1997) aponta como característica do grupo econômico sem perda de personalidade jurídica de vínculo contratual externo a cláusula de exclusividade. Observou-se que, nos contratos de compartilhamento marcário, a referida cláusula é comum, seja para beneficiar o titular da marca licenciante, seja para preservar mercado ao licenciado. Atente-se que, em termos de grupos econômicos de fato, a CLT dispõe uma previsão bastante aberta:

Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

(...)

§ 2º - Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas. (BRASIL, 2016)

A legislação do trabalho tutela um hipossuficiente: o trabalhador. Isso justifica a amplitude da norma, que tenta abranger mais responsáveis pelas obrigações trabalhistas por meio de um conceito mais aberto de grupo econômico. Da mesma forma, a tese aqui exposta milita em favor do consumidor, o vulnerável universal, não podendo se desconsiderar que a flexibilização dos termos conceituais dos elementos configuradores do grupo econômico deve se operar para que se possa harmonizar a relação jurídica com o fornecedor.

Imagine-se um contrato de franquia. A CLT se ajusta perfeitamente ao contexto da franquia. Na franquia temos empresas (atividades econômicas organizadas – CC art. 966) que são exercidas sob a estrutura de pessoas jurídicas próprias do franqueador e franqueado. A questão é examinar qual a relação entre franqueador e franqueado, e se essa interação se compatibiliza com as situações previstas no Art. 2º, § 2º, da CLT. Entre franqueador e franqueado não há vínculo empregatício, conforme determina o art. 1º, da Lei nº 8.955/94. Portanto, a relação de emprego está descartada, sob pena de se defender entendimento *contra legem*.

Será, então, que o franqueado está sob a administração do franqueador? Acredita-se que não. A administração é tema próprio do universo empresarial, com ampla regulação no Código Civil (arts. 1011, 1062, § 2º, do CC) e que exige o desempenho da função por uma pessoa física. A relação nas franquias é, normalmente, entre pessoas jurídicas, o que tecnicamente impede caracterizar a relação entre franqueador e franqueado como de administrador e administrado. Administração, no universo empresarial, portanto, apresenta uma acepção mais restrita, referindo-se à instrumentalização legal da representação dos empresários na condução de seus negócios e, primordialmente dentro desse gênero, das sociedades empresárias.

Resta examinar as hipóteses de “controle” e “direção” como hipóteses de caracterização da relação entre as partes do contrato de franquia. O termo “controle”, como

visto, pode ter a acepção externa. O controlador, sem pertencer ao quadro social, acaba por outros meios contratuais, tendo influência na definição da administração e gestão da sociedade controlada. Portanto, nesse sentido há controle do franqueador sob o franqueado. Koury, apesar de focada na desconsideração, aponta elementos caracterizadores de grupos econômicos:

A noção de controle, aliada à existência de um interesse comum entre as empresas agrupadas, é o critério orientador básico para a aplicação da Disregard Doctrine aos grupos de empresas (...) a consistência da anterior conclusão fundamenta-se nos critérios mais comumente utilizados na determinação do interesse comum entre as empresas agrupadas, que são: a existência de uma política de grupo, a subcapitalização, a confusão aparente de personalidades ou de esferas de atividades e a confusão de patrimônios. (KOURY, 1997, pp. 199-200).

Finalmente, eis a “direção” como hipótese. A direção, em alguns momentos, é tratada como sinônimo de administração. Basta observar as normas de domicílio (art. 75, CC) ou na estrutura de gestão das sociedades por ações (a diretoria, art. 1091, CC). Contudo, o termo “direção”, tal qual *ipsis litteris* utilizado no Art. 2º, § 2º, da CLT, só se encontra no Código Civil em duas situações: a) como gestão do contrato de empreitada (art. 622); b) como representação do núcleo familiar (arts. 1567 – *direção da sociedade conjugal* - e 1570 – *direção da família*).

Portanto, não há uma restrição técnica, no Código Civil, à adoção do termo “direção”, além da sinonímia com o vocábulo “administração”, em sentido estrito, como representação formal das pessoas jurídicas, notadamente das sociedades empresárias. Se assim não o for, a sua presença na norma laboral seria despicienda. Buscamos apenas dar efetividade ao termo inserido no mandamento normativo posto. Evoluindo a ideia, direção é o ato ou efeito de dirigir, podendo ser entendido como o poder de definição de escolhas a serem seguidas por outrem para o alcance de um dado objetivo. O franqueador assume as escolhas do franqueado na tentativa de direcioná-lo ao fim almejado de proteção do renome de sua cadeia (marca) e de obtenção de lucros que serão repartidos ou, na hipótese menos incisiva, viabilizar o pagamento dos sacro-royalties.

Finalmente, a ingerência do franqueador sobre o franqueado, muitas delastambém fundada na marca, provoca uma sincronização de procedimentos no mercado que propaga a ideia de uma coordenação ou atuação conjunta típica de grupo. A própria apresentação

ostensiva da marca e demais elementos visuais, arquitetônicos, todos padronizados, enraíza a mensagem de grupo para cativar o consumidor. Se assim realmente agem, assim, legalmente, podem ser tidos como grupo econômico de fato.

Os argumentos aqui levantados, embora tenham sido destinados à questão da franquia, os foram exemplificativamente e, além disso, podem muito bem se adequar as outras modalidades de compartilhamento marcário. Assim, demonstrado o pressuposto de que as marcas compartilhadas formam grupo econômico de fato, além das razões expostas pela força com que atrai consumidores, parte-se para delinear os fundamentos da Catividade Marcária.

5.5 CATIVIDADE MARCÁRIA

O mercado de consumo se move iluminado por marcas, sejam elas nos painéis publicitários, nas telas do computador, na televisão, ou mesmo nos cinemas, de modo que, tradicionalmente, a marca serve de referência para o consumo e influi diretamente nas escolhas de mercado. Essa força da marca é mais que mero detalhe secundário ou sem maior significado. O processo de consumo se orienta pelas marcas, o consumidor vê o farol luminoso indicativo que o atrai, prometendo-lhe porto seguro para a sua âncora dos desejos.

Contudo, para os fins dessa tese, promove-se uma divisão da Catividade Marcária em duas vertentes: socioeconômica e jurídica. Dessa forma, nos tópicos seguintes se demonstra cada um desses prismas com seus devidos fundamentos. O que se pretende é instituir as bases teóricas da teoria da Catividade Marcária que permitam a sua análise e compreensão, bem como a almejada validação na seara prática jurídica. Espera-se contribuir para uma fundamentação sólida quanto a possibilidade de se ter a marca como vetor de responsabilidade civil.

5.5.1 Catividade Marcária como Fenômeno Socioeconômico

Na perspectiva socioeconômica, a Catividade Marcária é fenômeno de mercado, compondo o cotidiano empresarial na circulação de bens e nas relações sociais entre os indivíduos. Na sua gênese, está a atividade publicitária como expressão final da ciência do marketing. Reconhecidamente, na conjuntura atual, fortunas são dispensadas na construção das marcas, por meio de campanhas publicitárias e profissionais da área, cada vez mais, especializados na construção de marcas renomadas. Estima-se que no ano de 2013 foram

gastos no mundo US\$ 1.521.420.000.000 (Um trilhão, quinhentos e vinte e um bilhões e quatrocentos e vinte milhões de dólares) em publicidade. A projeção é que, até 2019, os gastos chegarão aos dois trilhões (MCKINSEY, 2016). No centro de todo esse volume estão as marcas. Observe-se a lista das marcas mais valiosas do mundo (FORBES, 2016):

FIGURA XI – MARCAS MAIS VALIOSAS DO MUNDO

AS ® MARCAS MAIS VALIOSAS DO MUNDO			
Posição	Marca	Valor da marca US\$	Variação para 2014
1º	 Apple	145,3 bilhões	+17%
2º	 Microsoft	69,3 bilhões	+10%
3º	 Google	65,6 bilhões	+16%
4º	 Coca-Cola	56 bilhões	0%
5º	 IBM	49,8 bilhões	4%
6º	 McDonald's	39,5 bilhões	- 1%

7º	 Samsung	37,9 bilhões	8%
8º	 Toyota	37,8 bilhões	21%
9º	 General Electric	37,5 bilhões	1%
10º	 Facebook	36,5 bilhões	54%

FONTE: Pesquisa direta

De fato, nessa relação marca-publicidade, pode-se entender que:

Cria-se um sistema de retroalimentação em que a publicidade, como espécie de comunicação social de massa, fortalece a marca que ostenta e, por outro lado, a marca fortalece a própria publicidade que a propaga. (VASCONCELOS; CABRAL, 2014).

Eros e Forgioni ressaltam que:

A publicidade tem por escopo, de uma forma geral, incentivar a aquisição de um produto, aumentando as vendas do anunciante, ou fixar determinada marca perante o público adquirente. Não obstante, quando da promoção da publicidade, informações sobre o bem a ser adquirido são passadas aos consumidores. A publicidade é dotada de certo “conteúdo informativo”, embora seu fim não seja informar. (2005, p.329).

Nesse processo, a publicidade ocupou os espaços humanos de forma nunca antes vista, potencializada pelas novas tecnologias e suas novas mídias, principalmente o meio digital que se mostra apto a propagar mensagens sem limitações territoriais. Assim, as fronteiras do mercado foram alargadas, sendo formada uma rede complexa de ofertas que captura os

consumidores por meio do estímulo às necessidades e valores socialmente difundidos. O mercado de consumo registra suas experiências por meio de associações, o lugar, o cheiro, o sabor, etc., forma uma cadeia multissensorial de estímulos. No entanto, a associação mais comum, por ser premeditada pelo próprio fornecedor, é a marca dada a sua força cognitiva imagética.

Em síntese, todas as experiências sensoriais positivas acabam por cativar o consumidor. Portanto, “A fidelidade à marca proporciona à empresa previsibilidade e segurança de demanda, além de criar barreiras que tornam mais difícil para outras empresas ingressar no mercado”. (KOTLER, 2006, p. 269). O produto, ou serviço marcado, sempre remete à ideia pretérita de uma experiência que se pretende positiva para que, no conjunto de diversas experiências ao longo do tempo, construa-se o renome do signo marcário em um dado segmento de mercado. Mesmo em caso de marca nova, pretende-se marcar posição nesse sentido, para que, no futuro, possa servir de referência de mercado. Em todas as hipóteses, agrega-se valor a sua participação em uma sociedade consumista em que as necessidades humanas, consideradas como ilimitadas, merecem o amplo esforço atual para o seu atendimento. O anseio é sempre a construção de um significado único ou exclusivo entre o consumidor e o fornecedor por meio da marca. É justamente essa relação criada que interfere nas escolhas que são feitas pelos consumidores. Como relata Ellwod:

Outros analistas (Campbell, 1988; McLuhan, 1968) argumentam que as marcas têm um papel mais significativo do que a própria mensagem. As opiniões de ambos enfatizam o papel da marca ao incorporar o significado compartilhado entre o produtor e o consumidor. Esse significado compartilhado é a aura que a marca desenvolve com o passar do tempo na cultura dos consumidores. É a capacidade de ser reconhecida e diferenciada que permite aos consumidores fazer as escolhas detalhadas entre produtos e serviços que são virtualmente idênticos. (2004, p. 19)

Assim, ao enxergar a marca, o consumidor é capturado pelo seu próprio cérebro, aderindo à proposta ofertada, até mesmo, implícita. Quessada (2003, p. 12) exprime o seguinte pensamento:

Por seu trabalho de imposição de ordens e de vetorização da ordem (de organização da ordem), a publicidade consiste fundamentalmente na criação e na definição de territórios (os territórios das marcas) aos quais aderem pessoas.

Nesse ponto, tem-se uma contínua criação e renovação de necessidades, em um fenômeno socioeconômico de inserção e pertencimento social, no qual a publicidade é vital, pois atiga, consolida e constrói carências e desejos. Trata-se da função criativa ou persuasiva da publicidade.

Há ainda uma função criativa na publicidade. Na verdade, a publicidade posta como elo entre os produtos, serviços, fornecedores, e os consumidores, acaba por criar conceitos, expectativas e necessidades. [...] Aqui a publicidade é verdadeira construtora de imagens (conceitos), e assim acaba provocando expectativas em seu destinatário, que não raras vezes apesar de não precisar do produto ofertado, acaba sentindo uma necessidade de adquiri-lo ou readquiri-lo. (CABRAL in PORTO, 2014, p. 84).

Nesse sentido, também expõe Dupas (2002, p. 51), a “[...] comunicação e as mídias, os comunicadores e os publicitários, selecionam as imagens daquilo que querem que o mundo venha a ser, especialmente ornadas de artifícios sedutores e, por isso, mais vulneráveis”. Ademais, como aduz Nunes (2003, p. 58), a lógica da sociedade de consumo é no sentido de que “as necessidades são pretextos para vender aquilo que se produz.” Assim, se não há necessidades, inventam-se, e os desejos são produzidos juntamente com os bens. Na Era *Times Square*, este é o contexto: as marcas são celebridades, pois celebrizam as pessoas que as ostentam ao absorver os valores que propaga, sendo que todos eles estão vinculados às necessidades reconhecidas ou construídas pelos fornecedores.

Observe-se a divisão dos espaços representativos do trabalho e divertimento (playfulness)¹⁴¹ diante da realidade contemporânea. Na Era *Times Square*, a publicidade não encontra limitação alguma, todos os espaços lhe são acessíveis, uma vez que é possível sua inserção tanto no trabalho quanto no divertimento. Pode-se concluir que inexistem espaços sociais *apublicitários* ou não publicitários. Seja qual for o sítio, lá poderá estar uma oportunidade de convite ao consumo. Em um jantar romântico, o casal escolherá um restaurante de renome (marca relevante na escolha), onde sentará e escolherá um vinho de boa qualidade (marca relevante), para acompanhar a degustação de uma especialidade da casa. Quando observar o ambiente, provavelmente, no bar verá a exibição de marcas patrocinadoras da casa, talvez, nas paredes do local, também haverá reverências marcarias. Até no momento de ir ao banheiro, poderá se deparar, no mictório, com uma publicidade qualquer. A cadeia marcária não cessa, mesmo num íntimo momento de lazer e celebração. Na conclusão de Aaker:

¹⁴¹ Utiliza-se aqui a proposta de classificação dos espaços sociais apresentada por Hannah Arendt (2010, pp.156et seq.).

A relevância de marca tem o potencial de ser ao mesmo tempo força motriz e a explicação da dinâmica de mercado, da emergência e da decadência de categorias e subcategorias e do destino das marcas ligadas a elas. As marcas que conseguem criar e gerenciar novas categorias e subcategorias, tornando os concorrentes irrelevantes, irão prosperar. As outras ficarão presas no atoleiro das batalhas de mercado debilitantes ou perderão sua relevância e posição de mercado. (2011, p. 17)

São por estas razões que a marca é pensada como ativo de primeira ordem no mundo empresarial, pois constrói o feixe de valores (sofisticação, segurança, cuidado, etc.) que passa a se vincular à atividade exercida e, conseqüentemente, ao produto ou serviço que oferta. Essas novas categorias de que fala Aaker representam a ascensão da marca em seu segmento de tal forma que sua capacidade de distinção para as demais a torna detentora de uma atenção ou conceito per si. Nesse processo, os consumidores vão se identificando com esses valores, ou vão consolidando suas preferências com bases em experiências pretéritas positivas de consumo, as quais não estão necessariamente limitadas pelas delimitações regionais, tendo em vista o processo de globalização que liga produtores e consumidores em qualquer parte do mundo. Como já se externou:

A Catividade Marcária é fundamentada no fato de que as escolhas e preferências dos consumidores se pautam na marca, pois nela se deposita o conceito ou renome como variante de decisão de aquisição. Variante qualitativa seja pelo atributo de procedência, de antiguidade no mercado, ou mesmo, associativa, que remete às experiências pretéritas de consumo e de satisfação de necessidades similares anteriormente manifestadas. (VASCONCELOS; CABRAL, 2014).

No final, a Catividade Marcária é formada por um feixe complexo de informações com referência na marca global, mas com conteúdo em marcas de outras dimensões, como a marca nacional, regional e/ou local. Não por acaso, a marca criou uma especialidade de marketing, o *branding*, que significa o estudo das estratégias de fortalecimento e criação de um renome marcário. “O branding diz respeito a criar estruturas mentais e ajudar o consumidor a organizar o seu conhecimento sobre produtos e serviços, de forma que torne sua tomada de decisão mais esclarecida e, nesse processo, gere valor à empresa.” (KOTLER, 2006, p. 270). O que, no entanto, normalmente, se preserva como essência no processo de *branding* é que, seja a marca uma gigante global ou uma micro e iniciante marca local, o seu detentor estará idealizando formas de vinculá-las aos valores socialmente relevantes que entende ser atrativos ao seu segmento de mercado de consumo. “Coca-Cola, Calvin Klein,

Gucci, Tommy Hilfiger e Marlboro, entre outras, tornaram-se líderes em suas categorias de produto compreendendo as motivações e os desejos do consumidor e criando imagens relevantes e cativantes para o ser produto.” (KOTLER, 2006, p. 270).

Um fenômeno interessante, que demonstra a ampla capacidade da Catividade Marcária como fenômeno socioeconômico, é o da marca sinônimo ou marca sinônimo de categoria. Em alguns casos, a incorporação dos valores do segmento de mercado em uma marca que o disputa com outras ocorre de forma tão forte que ela incorpora em seu símbolo a própria categoria ou subcategoria de produtos em que concorre: é o exemplo da marca “Cotonete”, da Johnson & Johnson, ou do “Leite Moça” pertencente à Nestlé. O mesmo ocorre com marcas de produtos revolucionários que incorporam um novo conceito que trazem ao mercado, porque muitas vezes representam um avanço tecnológico que eliminam uma concorrência imediata - por exemplo, o “Iphone”, da Apple.

Na linguagem, essa troca da marca pela categoria de produto, pode ser tida como uma metonímia, pois um termo substitui outro. Esse processo representa uma forte Catividade Marcária que captura toda a sua categoria de mercado à luz dos próprios consumidores. Comumente, essa conquista da categoria de mercado pela marca entrega a liderança de mercado ao titular da marca diante da significação que a marca passa a representar. Por outro lado, essa consolidação da marca que acaba por ser confundida com a categoria de mercado pode passar a enfraquecer a marca, pois, com o passar do tempo, ela pode passar a não ser mais percebida como de uma origem específica pelo mercado. É o que Ellwood denomina de “aprovação cultural da marca” nos seguintes termos:

A aprovação cultural da marca funciona na ambientação e no posicionamento da marca com um todo. As marcas que maximizam o uso do valor cultural costumam ser as líderes espirituais em uma categoria empresarial; o nome de sua marca tornou-se o nome da categoria. Exemplos desses são a Gillete, a Maisena e a Aspirina. Essas marcas tornaram-se um substantivo comum, isto é, cortar como uma gillete, colocar maisena no bolo, tomar uma aspirina. Os consumidores falam sobre essas marcas em vez de uma marca específica que possuam ou desejem de fato. As marcas que conseguem alcançar esse *status* de culto desfrutam das vantagens de uma formidável campanha de marketing de boca a boca. (2004, p. 207)

Assim, o marketing, ou, mais especialmente, o *branding*, tornou-se a arte de cativar o consumidor. A Catividade Marcária faz com que o consumidor preso entre marcas opte por uma delas como saída, a ideia do *branding* é dar razões para que uma marca se sobressaia

sobre outra. O que não quer dizer, necessariamente, eliminar a concorrência. Como se observa na explicação de Aaker:

O objetivo não é simplesmente derrotar a concorrência, mas torna-la irrelevante ao convencer os clientes a comprarem uma categoria ou subcategoria para a qual todas ou quase todas as marcas alternativas não são consideradas relevantes, pois não têm visibilidade ou credibilidade no contexto. O resultado pode ser um mercado para o qual não haverá concorrência durante um longo período de tempo ou no qual a concorrência será menor ou mais fraca. Esse é o segredo para o sucesso financeiro duradouro. (2011, p. 27)

Alie-se, nesse cenário, a transitoriedade das necessidades humanas, representada, pela sua rápida renovação ou reincidência, o que faz com que os produtos e serviços também se caracterizem pela pouca durabilidade, seja física ou funcional. É o que se tem comumente chamado de obsolescência programada: “o consumismo de hoje não consiste em acumular objetos, mas em seu gozo descartável.” (BAUMAN, 2010, p. 42). A Catividade Marcária como fenômeno socioeconômico, portanto, é fortalecida por um processo de renovação e criação dessas necessidades consumistas, na exata medida em que um modelo novo é estrategicamente lançado a cada ano ou temporada, alimentando a fome de consumir.

As crianças da Era *Times Square* passam por uma alfabetização marcária prévia ao domínio linguístico. Por meio do seu conteúdo imagético, as crianças são aprisionadas por símbolos que são associados aos seus desejos nutridos por uma publicidade especializada em lhes conquistar. Uma “Peppa Pig” será percebida como símbolo de alegria por uma criança, mesmo antes de ela dominar vocábulos mais elementares como, por exemplo, “papai” ou “mamãe”. Nascemos cativados pelas marcas:

FIGURA XII – CATIVADOS PELAS MARCA



FONTE: metodoyou, 2016

Ao final, com o passar do tempo, e até mesmo, com o comportamento reiterado dos consumidores de escolherem aquele determinado produto/serviço, a marca adquire renome e passa a ser o farol maior de referência na jornada de consumo. Batey ressalta o processo de *marketing* por trás de uma marca que, aliado à experiência de consumo dos partícipes do mercado, provocam o substrato do renome marcário:

Vale repetir que uma marca é criada não só como resultado das atividades de um marqueteiro (o estímulo, ou *input*), mas também – e isso é o principal – como resultado da leitura e da reação do consumidor a essas atividades (o que ele depreende da mensagem). Do ponto de vista do marqueteiro, a marca é uma promessa, um pacto. Da perspectiva do consumidor, é uma série de associações, percepções e expectativas que existem em sua cabeça. {...} Com o tempo, experiências e encontros vão formando um conjunto de associações, influenciando a percepção da marca e gerando a rede associativa, ou *anagrama da marca*. (BATEY, 2010, p. 27-28)

A sociedade de consumo, entrelaçada com as informações transmitidas pelas marcas, é resultado da Era *Times Square* e seu bombardeio publicitário: o consumo se desenvolve a partir do incremento das atividades publicitárias calcadas nas construções dos significados marcários. São nas publicidades ou propagandas em geral que se encontra o *habitat* natural das marcas. Por isso, as marcas são, antes, projetos de captação da atenção dos consumidores, e se realizam no momento em que essa percepção conquistada se transforma em opção de consumo. Eis a teia publicitária que aprisiona o consumidor que, inserido na sociedade de consumo, não está imune ao seu magnetismo imagético. A questão da cultura de oferta de que fala Bauman criticamente:

Tanto as mercadorias quanto seus anúncios publicitários são pensados para suscitar desejos e fisgar vontades (para “impacto máximo e obsolescência instantânea”, citando a famosa máxima de George Steiner). Os comerciantes e publicitários responsáveis confiam no casamento entre o poder de sedução das ofertas e o profundo impulso de seus clientes potenciais de “estar sempre um passo à frente dos outros” e de “levar vantagem”. Ao contrário da era da construção das nações, a cultura líquido-moderna não tem “pessoas” a cultivar, mas clientes a seduzir. (2010, p. 36)

O consumismo passa pela atração das marcas. Assim, exaltação da marca é produto de estratégias e diretrizes econômicas de dominação de mercados resultantes da sua

essencialidade ao sistema capitalista, sendo a Catividade Marcária importante aspecto resultante desse processo. Fortalecida a marca, ela passa a ter ainda mais potencial de assumir a posição de objeto próprio das relações negociais no mundo empresarial. Uma grande marca faz com que ela seja melhor negócio que o produto que antes ela identificava. Por isso, com a evolução das estratégias de ocupação de mercado, foram sendo criadas, cada vez mais, novas formas de contratos que atraíam a marca para seu contexto.

A realidade atual, também, apresenta uma complexa teia contratual que formam um fluxo de relações jurídicas concatenadas por interesses econômicos. No que tange à marca, não é diferente. A marca vem sendo objeto de diversos contratos que geram o seu compartilhamento e, por isso, potencializam a Catividade Marcária, na medida em que quando mais agentes econômicos as ostentam, mais pessoas recebem a sua mensagem valorativa e consolida seu renome. A questão dos contratos que provem o compartilhamento marcário será tratada mais adiante. Contudo, é importante se compreender que se inspira na ideia de catividade contratual para identificar o que denominamos de *Catividade Marcária*. Marques (2006, pp. 91-92) explicita a noção dos contratos que denomina de “cativos”:

Trata-se de uma série de novos contratos ou relações contratuais que utilizam os métodos de contratação de massa (através de contratos de adesão ou de condições gerais dos contratos) para fornecer serviços especiais no mercado, criando relações jurídicas de longa duração, envolvendo uma cadeia de fornecedores organizados entre si e com uma característica determinante: a posição de ‘catividade’ ou ‘dependência’ dos clientes, consumidores.

Pelo exposto, coloca-se a ideia da Catividade Marcária como um fenômeno socioeconômico que representa a *vis attractiva* das marcas, que apreende os desejos dos consumidores e adquirentes em geral, na sedução do discurso publicitário criador de valores e necessidades associadas aos signos marcários que são escolhidos, justamente, segundo essa vinculação axio-volitiva. Este fenômeno surge quando a marca se tornou um elemento central da escolha do consumidor.

5.5.2 Catividade Marcária como Fenômeno Jurídico

A vida em sociedade é uma busca de identidade, afinal o animal político aristotélico necessita experimentar um pertencimento a uma “polis” ou grupo. Assim, cada grupo cria um

meio social dotado de características que lhe permite validar os partícipes ou seus comuns. De modo inverso, as pessoas procuram identificar esses traços característicos do meio para obter o reconhecimento social almejado. Bauman destaca:

É nisso que nós, habitantes do líquido mundo moderno, somos diferentes. Buscamos, construímos e mantemos as referências comuns de nossas identidades *em movimento* – lutando para nos juntarmos aos grupos igualmente móveis e velozes que procuramos, construímos e tentamos manter vivos por um momento, mas não por muito tempo. (2005, p. 32)

Na Era *Times Square*, com seus desejos líquidos e transitórios, o consumo é expressão do ser. Pelo consumo, da mesma forma, as pessoas se expõem aos riscos em sociedade. O consumo, enfim, passa a ser essencial para o sistema econômico, pois é a sua alimentação e razão de existir não só socialmente, como economicamente. Por isso, “[...] o reconhecimento dos direitos do consumidor como direitos fundamentais confere nova direção ao desenvolvimento da atividade econômica”. (BOTREL, 2009, p. 55). A premissa desse estudo é a Catividade Marcária; assim, reconhece-se, no símbolo marcário, a capacidade de influência comportamental dos consumidores.

Nessa vertente, propõe-se a tentativa de superação da consolidada vertente liberal clássica, em que foi calcada toda a Propriedade Industrial, o que se pode denominar de *marca-propriedade*. Tradicionalmente, todo o sistema de proteção das marcas está calcado na premissa da marca-propriedade, seguindo a ideia do liberalismo econômico que enaltece a propriedade privada. Constitucionalmente¹⁴², está consagrada como direito fundamental, além de ser exaustivamente disciplinada no âmbito infraconstitucional (art. 1228, do Código Civil Brasileiro). A marca compõe o patrimônio do seu titular e, portanto, é bem objeto do direito de propriedade absoluto e oponível aos terceiros, aos quais se impõe a obrigação negativa de não utilizar o signo protegido sem a necessária e prévia autorização do seu titular. Passa-se a reconhecer a necessidade de um novo olhar sobre a marca, não como instrumento de poder econômico, mas de defesa contra os riscos econômicos. Assim, para além da marca-propriedade, tem-se que pensar numa nova marca, a *marca-risco*. Da proteção da marca, para a proteção em face da marca. Na constatação de Marques E Miragem:

¹⁴² Artigo 5º, incisos XXII e art. 170, II da Constituição Federal. No entanto, a função social é exigida também constitucionalmente como sombra de legitimação de sua titularidade (artigo 5º, inciso XXIII e artigo 170, incisos III da Constituição Federal).

Vive-se atualmente em uma sociedade pós-moderna, sociedade de consumo e de produção de massa, sociedade de serviços, sociedade da informação, altamente acelerada, globalizada e desmaterializada. Esta circunstância produz novas realidades e novas perguntas para o direito, mas também oferece a oportunidade que se produzam novas respostas. (2012, p. 19).

Para essa transição, algumas bases devem ser alicerçadas em busca de novas respostas. Onde estaria a fundamentação da Catividade Marcária como fenômeno jurídico de responsabilidade civil? Entende-se que o escopo de utilização da marca como vetor de responsabilidade civil empresarial passa pelas seguintes questões: função social marcária, cooperativismo dos riscos, livre iniciativa responsável, princípio da confiança e teoria da aparência. Sendo assim, a responsabilização civil dos empresários com fundamento na Catividade Marcária outorga novo e importante aspecto à função social das marcas, como melhor será explanado no tópico seguinte.

5.5.2.1 A Necessária Ampliação da Função Social da Marca

A função social marcária foi estudada no Capítulo 3 da tese. Conforme se observou, a marca, tendo natureza patrimonial de bem intangível, não está imune à incidência do princípio da função social da propriedade. Permite-se que a marca canalize um intenso volume de lucro em favor dos seus titulares, mas se almeja uma contrapartida em prol do coletivo. Contudo, para além do discurso explicativo da existência de uma função social das marcas, deve-se ter em mente a necessidade de uma efetiva realização de vantagens sociais a partir desse instrumento de poder econômico.

A doutrina, tipicamente, inspirada no viés liberal originário nos regramentos de Propriedade Industrial, aponta obrigatoriedade legal de utilização efetiva dos símbolos registrados como marca e o princípio da caducidade como exemplos de uma efetiva função social da propriedade marcária. Realmente essas questões são importantes limitadoras da propriedade marcária, mas não podem estagnar a efetivação de sua função social. Afinal, entende-se que a sociedade é um fenômeno humano dinâmico, com uma relatividade acentuada de valores e necessidades com o passar do tempo. Portanto, qualquer análise de função social da propriedade, passa, necessariamente, por readequações das leituras anteriores para que se possa constatar a necessidade ou não de se destacar um novo prisma socialmente relevante a ser dado à propriedade.

A marca está igualmente sujeita ao mesmo fenômeno de adequação de sua função social, para que se busque sempre a sua efetivação em favor do bem comum. A Catividade Marcária, ao se utilizar da marca como vetor de responsabilidade civil dos fornecedores em prol do consumidor, opera uma nova angulação na leitura das marcas quanto à função social da propriedade. A regulação atual da Propriedade Industrial enquadra a marca como patrimônio relevante do titular e a protege, principalmente contra terceiros; trata-se assim de um direito em favor das marcas e seus titulares.

Entretanto o direito não mais se encerra na visão patrimonialista. Inclusive, longe disso, a dignidade da pessoa humana se mostra o espectro axiológico central da ordem jurídica, caminhando-se aliada com o princípio da solidariedade social, extraído do art. 3º, I, da Constituição Federal. Dessa maneira, o desenvolvimento deve levar a uma sociedade livre, justa e solidária, embora não refratária da manutenção do sistema econômico e concorrencial com base na propriedade privada mais com efetiva função social. Em decorrência dessa perspectiva humanitária, os danos não podem ser suportados pelos mais vulneráveis. Enquanto os fornecedores que compartilham marcas se abastecem das vantagens de suas alianças, devem também cooperar nos riscos criados. Caberia, cada vez mais, ao Direito promover a cooperação entre os indivíduos na realização dos fins da sociedade contemporânea. (HIRONAKA, 2002).

Ademais, deve-se valorizar a função social dos pactos; para isso a observação dos interesses sociais em jogo, principalmente dos não contratantes, mas atingidos pelos acordos celebrados: “um dos principais efeitos da função social dos contratos é a consideração de interesses não contratantes em sua tutela, de maneira a perceber o contrato inserido em seu contexto social.” (KONDER, 2006, p. 274). Para Martins Costa (2004), se a função social atua enquanto fundamento do contrato, no modo de seu exercício também deve ela incidir nos efeitos daí advindos, o que abrange a responsabilização. Esses conceitos crescem de importância na questão da Catividade Marcária, em que todos os componentes da cadeia contratual obtêm vantagens diretas e indiretas com a marca compartilhada.

Assim, a marca compartilhada, via os mais variados contratos, tem funções sociais internas e externas a realizar. Como Jorge Junior ressalta, de uma forma geral, “Há que se assinalar dois efeitos da aplicação do princípio da função social do contrato: um efeito “interno”, restrito às partes contratantes, denominado também intersubjetivo ou *intra partes*. E um efeito “externo”, denominado transubjetivo ou *ultra partes*.” (2013, p.52). A Catividade Marcária dá, propriamente, um efeito “externo” ou *ultra partes* a função social dos contratos de compartilhamento marcário. Dessa forma, o pacto entre co-utentes da marca

ultrapassa, em seus efeitos, as partes que o celebra. Em outras palavras, não há que se falar em relatividade contratual à luz de uma realidade em que terceiros vulneráveis são impactados de forma relevante por acordos que não anuíram, autorizaram ou, sequer, foram informados. Como explicita, mais uma vez, Jorge Junior:

Efeito ‘*ultra partes*’: também chamado de efeito *externo* ou *transubjetivo*. Esse efeito rompe com o *princípio da relatividade dos efeitos do contrato*, permitindo que terceiros, que não fizeram parte do ajuste, possam ser afetados por ele. Esse princípio foi posto em relevo no Brasil por Antonio Junqueira de Azevedo em parecer sempre lembrado pela doutrina especializada e que consiste em propor a responsabilização de terceiro (daquele que não é parte no contrato) por ter lesado algum interesse de ambas as partes ou de alguma das partes contratantes. (2013, p.54).

Nessa perspectiva, pautado na compreensão da força das marcas, o Direito e ocupou de proteger a marca sob o prisma patrimonial, permitindo a sua exploração por aquele declarado seu titular por meio do registro. Devido à sua importância para a estabilidade das relações comerciais e fixação das empresas no mercado com o domínio de sua clientela, desenvolveu-se uma preocupação quanto à proteção concorrencial do direito marcário. A marca era uma arma vital na batalha contra a concorrência. Porém, não se tem uma proteção quanto à repercussão de danos que a marca pode causar. Protege-se “a marca” no mercado, mas não da atuação “da marca” nele.

Ressalte-se que os instrumentos da função social da marca, hoje, reconhecidos – uso efetivo como condição para registro e caducidade pelo não uso – são de interesse direto dos fornecedores, não dos consumidores. Pois, em ambas as hipóteses, o que se tem de resultado é a disponibilidade do símbolo caduco ou não utilizado para o ser por outro interessado; ou seja, outro agente econômico fornecedor.

A festejada propriedade das marcas gera um bônus concorrencial, mas deve ter uma contrapartida que represente uma adequada função social. Para além dos argumentos clássicos de instrumento que serve de fomento ao desenvolvimento econômico, a função social marcária constrói sólido pavimento como uma nova forma de responsabilidade empresarial pelo compartilhamento de marcas, beneficiando os consumidores que são os vulneráveis da relação jurídico-social. De forma cristalina, a adoção da Catividade Marcária amplia a função social das marcas, pois se estaria socializando-a por meio de assunção de riscos empresariais entre aqueles que patrocina e fruem de seu compartilhamento.

5.5.2.2 O Cooperativismo dos Riscos

A sociedade de riscos desafia a organização humana a como lhe dar com as consequências da sociedade de consumo, produzida por modo de produzir pautado no domínio de tecnologias que se renovam constantemente. Nessa tortuosa missão, alguns critérios devem ser escolhidos para a definição da distribuição dos riscos e responsabilidades pelos eventuais eventos que concretizam as hipóteses indesejadas que repercutem sob os expostos aos perigos. Como visto, nas relações sociais, alguns partícipes estão em maior risco, pois demonstram uma vulnerabilidade inerente à posição que ocupam. É o caso do consumidor.

Tratando-se da relação de consumo, sendo o consumidor seu elo menos informado e mais frágil, não é possível que suporte as repercussões negativas do consumo sequer de forma igualitária. Por isso, a legislação reconhece a vulnerabilidade do consumidor e estabelece como princípio a reparação efetiva de quaisquer danos sofridos. Resta, por exclusão lógica, ao fornecedor engendrar esforços para a compensação do consumidor, quando constatados os danos ocorridos. Contudo, a distribuição dos riscos não se encerra por aí. A legislação é sensível às dificuldades pelas quais passa o consumidor quando busca a reparação que lhe é devida, principalmente no âmbito judicial. Por esta razão, visando à facilitação da defesa dos interesses dos consumidores, impõe-se uma responsabilidade compartilhada entre fornecedores por acidente de consumo e/ou vício de produtos (arts. 12, 18 e 19, do CDC). Da mesma forma, a legislação determina a solidariedade de fornecedores quando houver mais de um responsável pela causa do dano (art. 25, §§ 1º e 2º, do CDC).

A Catividade Marcária auxilia nessa necessária distribuição dos riscos, pois agrupa fornecedores pelo uso de uma marca comum e os atribui uma corresponsabilidade pelos danos suportados pelos consumidores. A própria ideia de desenvolvimento absorve o ideal distributivo, como ressalta Salomão Filho:

É óbvio, e quase dispensa menção, o fato de que muito mais do que instrumento para o desenvolvimento a ideia de redistribuição integra o próprio conceito de desenvolvimento. É filosoficamente impensável e historicamente errôneo imaginar que é possível dissociar desenvolvimento econômico e distribuição de seus frutos. (2002, p.39)

A distribuição de frutos exige a lembrança de que eles são os resultados da atividade econômica, sejam positivos ou negativos - os bônus e os ônus, portanto. Obviamente, a

Catividade Marcária se desenvolve sob a perspectiva dos ônus da atividade, na simetria de liberdade e responsabilidade. Os fornecedores devem responder pelos riscos que provocaram com o compartilhamento de marcas e afetaram os consumidores. Dessa forma, a noção de repartição de riscos é ínsita a de exploração conjunta de determinado empreendimento, porque permite essa redistribuição e o verdadeiro desenvolvimento, o que pode ser visto como “um processo de expansão das liberdades reais que as pessoas desfrutam” (SEN, 2000, p. 52). Assim, ainda, consegue-se convergir à responsabilização via marca com os princípios desenvolvimentistas, já que a Catividade Marcária, de forma forçosa, impõe aos fornecedores uma cooperação na reparação do dano consumerista. Como anuncia Salomão Filho, ao discorrer sob os princípios jurídicos desenvolvimentistas:

Finalmente, o terceiro princípio, quase que ponto de chegada dos três anteriores, é o estímulo à cooperação. Não parece haver dúvida que, para que a esfera econômica possa se autocontrolar, com certo grau de independência da esfera política, é necessária a introdução de princípios cooperativos na esfera econômica e a eliminação do individualismo exacerbado. (2002, p.39).

O individualismo - da clássica visão de que a constituição societária das pessoas distintas elide a configuração de grupo econômico e torna as sociedades autônomas - deve ser superado. O compartilhamento de marcas pode e deve configurar grupo econômico de fato e, portanto, gerar corresponsabilidades entre os seus membros. A Catividade Marcária permite essa configuração e se adéqua às condições para soluções cooperativas. Observe-se que “Três são as condições mínimas para o sucesso de soluções cooperativas: pequeno número de participantes, existência de informação sobre o comportamento dos demais e existência de relação continuada nos agentes.” (SALOMAO FILHO, 2002, p.51-52). Tomando-se por base as modalidades contratuais que exemplificaram o compartilhamento marcário, tem-se: a) que é possível a identificação e quantificação dos seus membros, pois o número de partícipes tende a ser pequena em relação ao número total de concorrentes de mercado - já que são apenas aqueles que se apresentam sob o mesmo bloco cujo estandarte é a marca comum; b) eles se reconhecem, alinham comportamentos em prol do renome da marca, existindo, portanto, informação comportamental internamente no grupo; c) sendo a marca o farol de consumo que atrai e cativa os consumidores, a relação dos agentes econômicos e o signo marcário é nitidamente continuada, uma vez que o tempo fortalece a respeitabilidade da marca no mercado.

Quando fornecedores resolvem pactuar o uso comum de marcas, eles passam a mensagem de atuação coordenada e devem, por isso, compartilhar a assunção dos riscos. Os consumidores, ao observarem o mesmo símbolo nas atividades, interpretam e esperam uma cooperação entre aqueles que ostentam marcas iguais. Não sendo possível exigir deste grupo socialmente vulnerável que conheçam os contratos internamente desenvolvidos entre as empresas, a fim de promover o símbolo marcário e difundi-lo na sociedade de consumo. Ademais, a lei pode e deve fomentar a cooperação. Pode-se até ser mais incisivo: a legislação tem o papel de impor comportamentos cooperativos, principalmente se for para se realizar princípios e valores socialmente relevantes. Salomão Filho demonstra essa missão legislativa quando defende:

Em primeiro lugar, como já se viu, a cooperação, diversamente do comportamento individual, não aparece naturalmente na sociedade. Não há nessa afirmação qualquer concepção hobbesiana da natureza humana, mas, simplesmente o reconhecimento de que existem condicionantes sociais a dificultar seu comportamento. Esse condicionante é, basicamente, o receio do comportamento estratégico da contraparte. Se assim é, e essa parece ser uma presunção no mínimo razoável, então basta ao Direito criar as condições para que desapareça esse receio para que a cooperação encontre campo fértil. (2002, p.53).

Demonstra-se, com isso, a plena possibilidade de a Catividade Marcária servir de instrumento do cooperativismo dos riscos empresariais, notadamente nas relações de consumo, em que o fornecedor que compartilha a marca pode ser responsabilizado pelo ato diretamente praticado por outro. Essa cooperação tem outro aspecto positivo, cria um fluxo de fiscalização comportamental entre os partícipes do compartilhamento de marcas que tenderão a evitar as distorções de ações praticadas por qualquer deles.

Até mesmo dentro da ótica do atual movimento de *compliance* (agir de acordo com uma norma ou regra) empresarial, a tese exposta se encaixa positivamente. Exige-se, cada vez mais, que as empresas ajam com transparência, para que se comprove facilmente o cumprimento de seus deveres nos diversos níveis, não só legais como morais e/ou sociais. Por isso, os regimentos internos empresariais têm buscado a certificação de processos e/ou qualidades do negócio que, muitas vezes, acabam por conter exigências mais severas que as da lei em geral. Estar em *compliance* é ser adepto às boas práticas, sendo estas aquelas valorizadas socialmente e que repercutem positivamente no mercado. Respeito ao consumidor e reparar com efetividade seus eventuais danos é algo bem valorizado.

Finalmente, o estabelecimento de uma fundamentação jurídica para promover o desenvolvimento socioeconômico do mercado consumerista ao redistribuir os ônus empresariais entre os propagadores das mesmas marcas responde à justiça distributiva e aos cooperativismos dos riscos.

5.5.2.3 Livre Iniciativa Responsável

Explorar o mercado, seduzi-lo e conquistá-lo por meio de marcas construtoras de necessidades, desejos e conceitos, representa uma ampla liberdade econômica. Contudo, implica também em assumir riscos empresariais, inclusive nas diversificadas hipóteses de compartilhamento de marcas. A ideia esposada da Catividade Marcária milita em favor de uma regulação econômica desenvolvimentista na sociedade de risco, de forma a evitar que estes, embora sejam sociais, recaiam, insistentemente, com maior incidência em grupos vulneráveis, quando os produtores têm melhores condições para tais e já conhecem desses riscos no momento das contratações.

Importante resgatar a compreensão de que a ideia de liberdade traz implícita em sua essência mais nuclear o risco. Exercer o direito de liberdade é ter a autonomia de decidir se expor a riscos, primordialmente, na perspectiva econômica da livre iniciativa. O risco é elemento motriz dos conquistadores do mercado que o tomam em busca de superá-lo, mas cientes de que ele existe. Hiskes (1998, p. 10) ilustra esse contexto se utilizando do exemplo americano:

Liberalismo, pelo menos até meados do século XX, abraçou as ideias de risco e se arriscar como parte de sua promessa de autonomia pessoal e responsabilidade. Na verdade, como eu argumento no capítulo quatro, um dos grandes documentos do liberalismo - A Constituição dos EUA – garante em suas primeiras 10 emendas, a liberdade para assumir os riscos como uma questão de direito. Como consequência, especialmente nos Estados Unidos, a convergência da política liberal com uma economia de mercado livre valoriza o risco, tomando-o como essencial (e essencialmente) dentro do ethos da liberdade pessoal. O capitalismo, é claro, tenta a fusão de liberdade e de tomada de risco, alargando a promessa de recompensa futura para aqueles dispostos a correr os riscos em que se coloca tudo em jogo. Quando casado com os apelos do 'Novo Mundo' ou 'Desbraveo Oeste', este pacto com o futuro garante que os cidadãos dos Estados Unidos tenham uma

relação íntima com risco, o que é propagado em sua cultura. (Tradução nossa)¹⁴³

O exemplo relatado por Hiskes do direito de livremente “correr riscos”, segundo a autonomia individual gravada na constituição americana, é uma demonstração de que, mesmo no modelo liberal de Estado, a liberdade é necessária, mas é fonte de riscos. A missão esboçada aqui é a de fortalecer a fundamentação da Catividade Marcária para seu papel de vetor de responsabilização empresarial.

Demonstrou-se, no Capítulo 2 desta tese, a configuração do Estado de Direito Capitalista e seu viés desenvolvimentista. Já lá, destacou-se o atrelamento da liberdade com a responsabilidade. Sem dúvida, tem-se no Brasil um Estado centrado na propriedade privada e na livre iniciativa, mas com uma função social e um axioma humano em busca de uma dignidade. Na visão de Hayek (2006, p. 105), “a liberdade não significa apenas que o indivíduo tem a oportunidade ea responsabilidade de escolha, mas também deve arcar com as consequências de suas ações e receber elogios ou críticas para eles. Liberdade e responsabilidade são inseparáveis”.¹⁴⁴ Assim, se a função social da propriedade freia o seu individualismo privatista, a livre iniciativa tem seu breque, ou trava, justamente, na responsabilidade.

O que se pode reconhecer é que a vida moderna, há séculos, é permeada pelos riscos. A vida humana tornou-se uma avaliação permanente dos riscos, seja para o reconhecimento de sua existência, seja para a tomada de decisão de que vale a pena ou não se sujeitar às suas consequências. Nesse processo, muitos conflitos de interesses surgem. Acaba-se por formar um poder político representado por essa autoridade de se escolher quais os riscos que devemos correr. Na seara das marcas, se elas podem ser utilizadas numa gama de funções

¹⁴³Texto original: Liberalism at least till the mid-twentieth century, embraced the ideas of risk and risk taking as part of its promise of individual autonomy and responsibility. Indeed, as I argue in chapter four, one of the great documents of liberalism – the US Constitution – guarantees in its first 10 amendments the liberty to take risks as a matter of right. Partly as a consequence, especially in the United States, the convergence of liberal politics with a free market economy valorized risk taking as essential (and essentially) within the ethos of individual freedom. Capitalism, of course, attempts the merger of liberty and risk taking by extending the promise of future reward to those willing to run the risks of laying it all on the line. When wedded to the siren calls of the “New World” or “Going West”, this pact with the future ensured that citizens of the United States have an intimate relationship with risk that is bred into their cultural legacy.

¹⁴⁴Texto original: “la libertad no solo significa que el individuo tiene la oportunidad y responsabilidad de la elección, sino también que debe soportar las consecuencias de sus acciones y recibir alabanzas o censuras por ellas. La libertad y la responsabilidad son inseparables.”

sociais (informativa; distintiva; divulgadora; e lealdade concorrencial¹⁴⁵) apontadas pela doutrina clássica - mas, claramente, a serviço dos titulares da marca, na missão de cativar consumidores -, ela deve responder pelos eventuais efeitos danosos dos riscos que fomentam. Ou seja, as marcas, por meio de seus titulares, elegem os riscos e, portanto, exercem o poder de escolha dos eventuais perigos a que serão expostos os consumidores. No texto de Hiskes (2006, p. 27):

Não é uma revelação que a vida moderna é cheia de riscos, e que a ciência moderna, cheia de advertências. O que é novo é a percepção de que o medo que experimentamos é um reconhecimento do poder que arriscar (e conhecimento do risco) exerce em nossas vidas. Como argumentei antes, esse poder precisa ser visto como uma característica do conflito dos interesses que produz riscos tecnológicos emergentes. Simplificando, os riscos para a minha saúde ou a subsistência são os riscos que outra pessoa gera, em nome do lucro, de si ou país. Em outras palavras, o poder do risco é um poder político em praticamente todos os aspectos da nossa vida social, as organizações políticas de risco, devemos também concluir, estão em toda parte também. Como risco, em si, é inerente a nossas vidas.(Tradução nossa)¹⁴⁶

Observa-se que a Catividade Marcária deve ser tida como fenômeno jurídico hábil para expressar esse poder político de eleição dos riscos. Aceita-se a marca como meio de cativar a preferência do consumidor por meio da rede aprisionadora de ofertas que é submetido, contudo, impõe aos agentes econômicos a corresponsabilidade pelo compartilhamento marcário. A catividade servirá, como se verá, de técnica de empoderamento dos consumidores. Finalmente, o que se demonstra é a ampla capacidade da marca servir de vetor de responsabilidade, faltando apenas o seu ajuste dentro da teoria da responsabilidade civil.

¹⁴⁵ Cf. Capítulo 3.

¹⁴⁶ Texto original: It is not a revelation that modern life is full of risks and modern science full of warnings. What is new is the realization that the dread we experience is a recognition of the power that risk (and knowledge of risk) exerts in our lives. As I argued earlier, this power needs to be seen as a feature of the conflict of the interests that produces emergent technological risks. Simply put, the risks to my health or livelihood are the risks someone else generates in the name of profit, self, or country. In other words, the power risk is a political power in virtually every aspect of our social lives, the politics of risk, we must also conclude, is everywhere also. Likeriskitself, it pervadesourlives.

5.5.2.4 Princípio da Confiança

Há nas relações de consumo uma forte inclinação à falta de transparência, ocasionada pela assimetria informacional de que é vítima o consumidor, além da ânsia do mercado fornecedor em lucrar – fato que, por vezes, acaba por gerar riscos maiores do que os previstos –, ou pior, quando eles são intencionalmente omitidos. Por isso, no direito do consumidor, a transparência, mais que uma recomendação, é um princípio legal que se impõe sobre os fornecedores, reconhecendo aos consumidores o direito à informação (art. 6º, inciso III, do CDC).

Atrelado ao princípio da transparência, situa-se o princípio da confiança, afinal, o consumidor acredita no produto ou serviço e celebra o contrato com a expectativa de que seus fins esperados se realizem. Há a proteção jurídica de uma cláusula aberta na legislação, que pode ser posta como a “legítima expectativa do consumidor”. Resguarda-se, por meio do princípio da confiança, as esperanças razoáveis que o consumidor nutre ao adquirir bem para satisfação de suas necessidades. Aponta-se a vinculação do fornecedor à oferta (art. 30, do CDC), como exemplo da incidência do princípio da confiança. Assim, desde a fase anterior ao contrato de consumo, ou seja, pré-contratualmente, procura-se assegurar ao consumidor que o que lhe é prometido será cumprido. Embute-se na confiança objetiva do sistema posto a obrigação de se evitar riscos e prejuízos causados pelos produtos e serviços.

Assim, o princípio da confiança perpassa umbilicalmente pela questão informacional na relação de consumo. Não se aceita que fornecedores deliberadamente, ou mesmo culposamente, omitam informações que são relevantes às expectativas dos consumidores. O contrato, por exemplo, deve ser inteligível, sendo redigido com clareza e precisão, obrigando-se que as cláusulas que ensejam em limitação dos direitos dos consumidores devam ser postas com destaque facilmente perceptível (art. 54, §§ 3º e 4º, do CDC). Um ponto interessante do princípio da confiança é a de que ela possui um substrato psicológico, afinal, resta ao consumidor confiar, pois, ao contratar, ninguém pode acreditar que será lesado.

Os fornecedores alimentam um discurso contraditório: os riscos que criam são frutos de um fatalismo econômico ou industrial, como se fossem inevitáveis -porém se sabe que muitos riscos poderiam ser evitados. Na verdade, corre-se o risco intencionalmente, pois a opção de controle maior ou de sua eliminação, simplesmente, é antieconômica. Como explica Beck (2002, p. 65):

A solução política superficial a esta contradição central de uma sociedade que se auto-põe em perigo é propagar e salvaguardar um fatalismo industrial em que os produtos do sistema não são (atribuíveis) devidos ao sistema; e em que a culpabilidade, o que já não podem ser impingidos sobre o mundo externo, é supostamente derivada de um destino criado internamente, inelutável e natural da civilização. (Tradução nossa)¹⁴⁷

Justamente essa solução política superficial de correr riscos já está tomada. O perigo está lançado, contudo, o consumidor não pode esperar que sua saúde, segurança ou patrimônio estejam correndo riscos incontroláveis. Por isso, o princípio da confiança se consolidou como freio de práticas dos fornecedores que confrontam as legítimas projeções do consumidor quanto à experiência de consumo. Em interessante julgado, o STJ entendeu que o fornecedor violou o princípio da confiança quando reduziu o conteúdo de seus produtos sem o devido destaque da alteração ocorrida:

ADMINISTRATIVO. CONSUMIDOR. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. VÍCIO DE QUANTIDADE. VENDA DE REFRIGERANTE EM VOLUME MENOR QUE O HABITUAL. REDUÇÃO DE CONTEÚDO INFORMADA NA PARTE INFERIOR DO RÓTULO E EM LETRAS REDUZIDAS. INOBSERVÂNCIA DO DEVER DE INFORMAÇÃO. DEVER POSITIVO DO FORNECEDOR DE INFORMAR. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONFIANÇA. PRODUTO ANTIGO NO MERCADO. FRUSTRAÇÃO DAS EXPECTATIVAS LEGÍTIMAS DO CONSUMIDOR. MULTA APLICADA PELO PROCON. POSSIBILIDADE. (...) 1. No caso, o Procon estadual instaurou processo administrativo contra a recorrente pela prática da infração às relações de consumo conhecida como "maquiagem de produto" e "aumento disfarçado de preços", por alterar quantitativamente o conteúdo dos refrigerantes "Coca Cola", "Fanta", "Sprite" e "Kuat" de 600 ml para 500 ml, sem informar clara e precisamente aos consumidores, porquanto a informação foi aposta na parte inferior do rótulo e em letras reduzidas. (...) 6. O dever de informação positiva do fornecedor tem importância direta no surgimento e na manutenção da confiança por parte do consumidor. A informação deficiente frustra as legítimas expectativas do consumidor, maculando sua confiança.(...).(STJ - REsp: 1364915 MG 2013/0021637-0, Relator: Ministro

¹⁴⁷Texto original: The superficial political solution to this central contradiction of a self-endangering society is to propagate and safeguard an industrial fatalism in which the products of the system are not (attributably) due to the system; and in which the culpability, which can no longer be palmed off on the external world, is supposed to derive from an internally created, ineluctable natural destiny of civilization.

HUMBERTO MARTINS, Data de Julgamento: 14/05/2013, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 24/05/2013)

A Catividade Marcária se apoia, também, no princípio da confiança. Como já anteriormente demonstrado, a marca é o depósito de confiabilidade dos consumidores, sendo ponto nuclear de um conceito axiológico e empírico que se torna referência em certo segmento de mercado. Ao identificar a marca, o consumidor resgata um conceito preestabelecido que lhe traz segurança de que suas expectativas em relação ao produto ou serviço ofertado serão atendidas, ao menos, como previamente prometido pelo fornecedor, no discurso publicitário que lhe foi destinado.

5.5.2.5 Teoria da Aparência

A Teoria da Aparência é consagrada em nossa jurisprudência que acabou por forjar importante princípio jurídico, muitas vezes, incidente sobre as relações empresariais. Contudo, trata-se de norma não positivada e, por isso, sua configuração suscita eternos debates. A ideia de se proteger aquilo que é aparente é antiga nos ordenamentos jurídicos. Cita-se, por exemplo, a importante questão da proteção possessória, que advém da aparência típica do domínio sobre a coisa possuída. Ademais, a Teoria da Aparência se alinha com o Princípio da Boa-fé que se trata de um dos mais relevantes princípios do Direito Civil. Afinal, o aparente é aquilo que se mostra, que se escolheu ou permitiu estar amostra e, portanto, deve ser tido como relevante, para se eliminar uma tortuosa investigação de todas as informações que são prestadas. Assim, nesse sentido, a Teoria da Aparência serve à razoabilidade, pois descer sempre às minúcias tornaria a dinâmica vida na sociedade de riscos uma tormenta.

O princípio da confiança e a Teoria da Aparência se complementam bastante, já que militam em prol de conferir segurança às operações jurídicas em geral, apontando uma regra de confiabilidade e de boa-fé para que os envolvidos ajam com segurança. Em contrapartida, estratégias maliciosas, ou atos ilícitos que caminham em sentido oposto, dificultando o acesso à informação correta ou agindo erroneamente na impressão do outro sobre dado negócio, podem encontrar na Teoria da Aparência eficiente freio.

Na perspectiva consumerista, a aparência deve ser ainda mais prestigiada, afinal, a assimetria de informações e a vulnerabilidade do consumidor justificam a proteção da sua irradiação de confiança nas relações que opta diante de suas necessidades. Por isso, a própria responsabilidade extracontratual da cadeia linear de consumo prevista no CDC (art. 12) é

exemplo cristalino de uma aparência protegida. O poder judiciário vem indicando a necessidade de se ter sensibilidade com as situações aparentes¹⁴⁸. Observe-se a ementa do julgado abaixo do STJ:

RESPONSABILIDADE CIVIL. CÓDIGO DO CONSUMIDOR. BANCO POSTAL. SERVIÇO PRESTADO PELA ECT. ATIVIDADE DE CORRESPONDENTE BANCÁRIO. INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. ATIVIDADE QUE TRAZ, EM SUA ESSÊNCIA RISCO À SEGURANÇA. ASSALTO NO INTERIOR DE AGÊNCIA.FORTUITO INTERNO. DANOS MORAIS E MATERIAIS DEVIDOS. (...)

6. Além de prestar atividades tipicamente bancárias, a ECT oferece publicamente esses serviços (equipamentos, logomarca, prestígio etc.), de forma que, ao menos de forma aparente, de um banco estamos a tratar; aos olhos do usuário, inclusive em razão do nome e da prática comercial, não se pode concluir de outro modo, a não ser pelo fato de que o consumidor efetivamente crê que o banco postal (correspondente bancário) nada mais é do que um banco com funcionamento dentro de agência dos Correios. (...) 8. Na hipótese, o serviço prestado pelos Correios foi inadequado e ineficiente porque descumpriu o dever de segurança legitimamente esperado pelo consumidor, não havendo falar em caso fortuito para fins de exclusão da responsabilidade com rompimento da relação de causalidade, mas sim fortuito interno, porquanto incide na proteção dos riscos esperados da atividade empresarial desenvolvida.9. De fato, dentro do seu poder de livremente contratar e oferecer diversos tipos de serviços, ao agregar a atividade de correspondente bancário ao seu empreendimento, acabou por criar risco inerente à própria atividade das instituições financeiras, devendo por isso responder pelos danos que esta nova atribuição tenha gerado aos seus consumidores, uma vez que atraiu para si o ônus de fornecer a segurança legitimamente esperada para esse tipo de negócio.(...) (REsp 1183121/SC, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 24/02/2015, DJe 07/04/2015)

¹⁴⁸ Exemplos: a) caso em que um lava-jato que funcionava dentro de um estacionamento, sendo que as duas atividades de responsabilidade de pessoas jurídicas diferentes, casou dano ao carro do consumidor durante a lavagem. Tanto o lava-jato quanto o estacionamento foram condenados a reparar os danos, pois aparentavam um só negócio. (Apelação Cível nº 0243797-6, Sexta Câmara Cível do TAMG, Andradas, Rel. Dês. Maciel Pereira, j. 02.10.1997, Decisão: Unânime.); b) Consolidou-se a Teoria da Aparência na aplicação do ART. 932, III, do Código Civil, como hipótese de responsabilidade objetiva (REsp 1365339/SP, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 02/04/2013, DJe 16/04/2013).

Observa-se, no caso acima, que se entendeu que a ECT, ao ampliar seus serviços ofertados por meio da criação do “banco postal”, agiu com aparência de banco ou instituição financeira. Assim, atraiu os riscos inerentes à atividade bancária e deve, também, absorver os ônus, com base na boa-fé e confiança depositada pelo consumidor usuário do serviço - inclusive na marca que foi referida como elemento de prestígio. Assim, embora não citada de forma expressa, o fundamento da decisão se encontra na Teoria da Aparência.

A Catividade Marcária, por sua vez, apoia-se igualmente numa ideia de aparência, pois possui, como uma de suas vigas, a formação de um grupo econômico de fato por compartilhamento de marcas. Os agentes econômicos, ao compossuírem a marca, por quaisquer das modalidades contratuais elencadas, acabam por permitir a aplicação da Teoria da Aparência que os unirá como grupo responsável, já que é o grupo que conjuntamente logra benefícios da respeitabilidade da marca compartilhada.

A luz do exposto, as situações em que se evidenciar que a marca é decisiva para a escolha do consumidor, desenha-se uma hipótese de aparência que merece ser protegida em nome da segurança jurídica, que deve ser dedicada a quem age de boa-fé. Ressalte-se que, na esfera consumerista, a boa-fé é exigida de forma objetiva a incidir sobre todo o sistema de defesa do consumidor (Art. 4º, III e Art. 51, IV, do CDC).

Trata-se de autêntica “cláusula geral” abrigada na generalidade das relações jurídicas, que determina adotem, os partícipes de tais relações, comportamento que não a avilte. {...} A boa-fé objetiva acopla-se à relação com a *forma* que possui no momento da vinculação e, ao longo do tempo, vai se transmudando, porque apta a absorver as alterações da realidade jurídica/social/econômica, do ambiente institucional. (EROS; FORGIONI, 2005, p.318) (Grifo do autor).

Agir objetivamente de boa-fé passa por um dever de lealdade com o outro contratante, além da percepção das finalidades do contrato para que se possa contribuir com a sua realização. A Teoria da Aparência se alia à Catividade Marcária em busca do reconhecimento da boa-fé do consumidor, que espera da marca a garantia de que o produto ou serviço está apto a lhe satisfazer com segurança, elidindo riscos.

5.6 CONCLUSÕES FINAIS DO CAPÍTULO

O esforço que se patrocinou nesse capítulo foi buscar configurar a realidade contemporânea de uma sociedade consumista, líquida, fluída, multissensorialmente aflorada para agir impulsivamente na busca de seus efêmeros e substituíveis desejos. Trata-se da Era *Times Square*: o habitat natural da marca global. Uma realidade composta por um bombardeio de marcas expelidas por canhões das mídias publicitárias, para onde as pessoas são atraídas e capturadas em seus anseios de inserções sociais.

Todo esse movimento ocorrendo na denominada sociedade de risco, em um contexto de globalização das relações empresariais. Essa sociedade que se deleita em subjugar à natureza, sob as bênçãos da ciência e suas criações tecnológicas, mas que ignora os riscos que produz, negligenciando principalmente informações para alguns grupos. Nesse contexto, o mercado consumidor sofre de forma aguda com a assimetria informacional e, em outro turno, ainda é incentivado a consumir sem limites, expondo-se a riscos multiníveis. Assim, nessa sociedade de risco, o consumidor é o vulnerável universal.

A marca como farol de consumo orienta os consumidores, que desconhecem os contratos sociais que estruturam os grupos econômicos formais ou não, ou estão sem acesso às informações de complexas redes contratuais que estabelecem compartilhamento marcário. Contratos como a Franquia, os contratos de intermediação e demais modalidades que geram o licenciamento de marca criam grupos econômicos de fato, formando uma coordenação articulada entre os seus membros.

Nesse momento da pesquisa, foi apresentada a Catividade Marcária em seu duplo aspecto: como fenômeno socioeconômico e como fenômeno jurídico. Deu-se ênfase ao último aspecto, quando se demonstrou que são múltiplos os fatores capazes de pavimentar a fundamentação em prol da Catividade Marcária na Era *Times Square* da sociedade de risco. Há o reconhecimento da necessária ampliação da função social de marca, superando-se a marca-propriedade para a construção de um novo significado da marca: a marca-risco. Uma marca que promove o cooperativismo de riscos, por meio de uma livre iniciativa responsável. Uma marca que propaga respeitabilidade e constrói seu renome deve observar estritamente o princípio da confiança nas relações de consumo, já que fornecedores que compartilham marcas aparentam ser um só corpo ou, ao menos, um time engajado e coordenado para conquistar e cativar consumidores.

Afinal, parte-se para o último capítulo, no qual se demonstrarão as bases dogmáticas de adequação da Catividade Marcária ao direito posto na seara da responsabilidade civil.

Pretende-se demonstrar, assim, que a Catividade Marcária serve de fundamento da responsabilidade civil empresarial por risco em prol dos consumidores. Para reforçar essa tese, ainda, busca-se uma demonstração da aplicabilidade prática da teoria defendida por meio de uma casuística exemplificativa. Espera-se acrescentar, ao final, novas perspectivas de defesa dos interesses do consumidor.

VI CATIVIDADE MARCÁRIA COMO VETOR DE RESPONSABILIDADE VIA CADEIA DE FORNECIMENTO NÃO LINEAR

6.1 Da Catividade Marcária como fundamento da responsabilidade civil empresarial por risco em prol dos consumidores. 6.2 Da aplicabilidade prática da Catividade Marcária na responsabilização civil: casuística exemplificativa. 6.2.1 Catividade Marcária como elemento de identificação da cadeia de fornecimento de produtos com autonomia de estruturação societária e gestões autônomas. 6.2.2 Catividade Marcária como elemento de identificação da cadeia de fornecimento de serviço com autonomia de estruturação societária e gestões autônomas. 6.2.3 Cadeia de fornecimento global articulada em rede marcária por licenciamento e transferência de Know-how ou importação. 6.2.4 Cadeia de fornecimento marcária por concessão comercial com autonomia e estruturação societária. 6.3 Catividade Marcária: Uma síntese propositiva. 6.4 Conclusões finais do capítulo.

6.1 DA CATIVIDADE MARCÁRIA COMO FUNDAMENTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL EMPRESARIAL POR RISCO EM PROL DOS CONSUMIDORES

Atualmente, sobretudo em razão das mudanças originadas pelo processo de globalização, a força das marcas é considerada como baliza fundamental no processo econômico, de modo que pode ser plenamente concebida como vetor de responsabilidade civil em prol dos consumidores que formam uma classe de vulneráveis. É que se reconhece, historicamente, a dificuldade dos consumidores no processo de responsabilização pelos danos sofridos nas relações consumeristas. Apesar da evolução normativa, como é o caso do Código de Defesa do Consumidor, ainda continuam presentes situações em que a reparação consumerista é tida por inalcançável.

Uma das razões pela qual isso ocorre se deve à cadeia de fornecimento ser complexa e formada por meio de uma rede de contratos que acentuam a vulnerabilidade do consumidor, ampliando sua assimetria informacional, especialmente quando se está diante de contratos não publicizados e, até, tácitos, cujo conteúdo não está ao alcance do consumidor. A Catividade Marcária, neste aspecto, permite, de forma objetiva, a identificação dos partícipes da cadeia de fornecimento pelo compartilhamento da marca, que, consequentemente, deveria sugerir a absorção conjunta dos riscos.

Sendo assim, após a sua exposição sob as perspectivas socioeconômica e jurídica, neste tópico, a Catividade Marcária será evidenciada como paradigma de responsabilização a partir da marca, examinando-se sua viabilidade de enquadramento no nosso direito posto, notadamente, na ideia de risco presente no parágrafo único do artigo 927, do Código Civil

Brasileiro. Não se pode olvidar que a responsabilidade civil é desafiada pelo risco. Afinal, o desenvolvimento econômico capitalista pautado na livre iniciativa e na proteção da propriedade privada não pode renegar o risco de danos. Por isso, os riscos inerentes a uma atividade econômica são fatores de análise, desde seu planejamento prévio até a sua dissolução.

A responsabilidade civil consiste em atributo reativo do Estado para ação do sujeito, que é indesejada à luz do sistema jurídico. A conduta que causa um atentado patrimonial a alguém, seja por diminuição efetiva ou perda de um provável e legítimo acréscimo, pode ensejar o dever de recomposição, a fim de tentar restabelecer, de certa forma, o *status quo ante*. Esse fenômeno é evolutivo, pois cabe ao Estado, por meio de seus poderes, buscar satisfazer essa perspectiva de compensação de acordo com os novos modos de produzir e, conseqüentemente, de se relacionar entre os agentes em sociedade. O desafio de acompanhar a realidade é ainda maior na seara econômica empresarial. A Era *Times Square* é a era da sedução, da captura dos desejos, da catividade do consumidor, seria a quinta fase da produção e distribuição de Didier Ferrier, conforme explica Marques e Miragem (2012, p. 90):

A quinta fase, segundo Ferrier, a fase consumerista. Aqui há uma cadeia de fornecedores/empresários envolvida, direta ou indiretamente, para “seduzir”, conquistar e se possível fidelizar o consumidor. Preocupações como a da segurança, qualidade, confiabilidade e imagem de produtos e marcas de serviços, assim como a preocupação com o preço, que deve ser acessível e moderado, e com o conforto e a facilidade no ato de comprar são preocupações constantes de nosso tempo.

Observa-se que é impossível falar da sedução atual do mercado sem associá-la às marcas. Portanto, como visto, as marcas, se são referência ao consumo, devem também inspirar a confiança do consumidor. Afinal, quando se escolhe um produto ou serviço, deposita-se credibilidade na marca e se passa a ter legítimas expectativas de que não haverá desapontamento. Por isso, a marca deve ser considerada como elemento motor de responsabilidade, já que é elemento propagador de riscos. Assim, entre tantas teorias que fundamentam o abraço da responsabilização civil, destaca-se, para fins do presente estudo, a teoria do risco, cada vez mais explorada no nosso sistema civilista. A escolha dessa teoria justifica-se pela preocupação compartilhada da ideia de que os perigos criados por ações de uns podem atingir outros, que são sujeitos totalmente alheios à causa do dano. Ou seja,

existem agentes cujas condutas provocam riscos que, se causarem danos, devem ser de responsabilidade de seus patrocinadores.

A seara da responsabilidade civil está sempre permeada pela noção de equidade: a justa recomposição ao lesado sofredor do dano pelo agente que o provocou. Ademais, a contrapartida entre ação e reação, a simetria entre ônus e bônus está sempre a inspirar o fenômeno da responsabilização. Estudou-se, no capítulo anterior, que o disciplinamento da responsabilidade civil está previsto no art. 927, associado ao arts. 186 e 187, como regra inicial do nosso Código Civil. Contudo, a regra da responsabilidade objetiva é a eleita em dano causado por atividade de risco, nos exatos termos do art. 927, parágrafo único: “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.” (BRASIL, 2016). Na exposição de Nader (2010, p. 104), sobre o alcance do dispositivo como expressão da responsabilidade objetiva, tem-se que:

De acordo com a teoria objetiva, consagrada pelo Código Civil de 2002 nos termos do parágrafo único do art. 927, desde que um dano decorra de uma atividade normalmente geradora de riscos torna-se dispensável a culpa, pois o agente será responsável pelo único fato de possuir o controle da fonte geradora. Em sua defesa poderá apenas sustentar a falta da causalidade entre a atividade geradora de risco e dano. Em nada o beneficia a prova de que envidou todos os esforços para que o dano não se verificasse. Tal prova é relevante apenas em se tratando de responsabilidade subjetiva.

Percebe-se, tão somente pela rápida leitura do dispositivo em comento, que o legislador deixou uma cláusula aberta com o acréscimo da expressão “ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, riscos para os direitos de outrem”, não limitando as possibilidades de aplicação da teoria do risco. Trata-se de cláusula aberta, justamente para permitir que a evolução dos fatos cotidianos, mesmo que cada vez mais complexos, sejam solucionados à luz de um direito posto hábil a se flexibilizar diante de novos contextos.

Como afirma Bittar, a complexidade inerente às relações econômicas também é sentida na impossibilidade de ter-se uma legislação cuja amplitude semântica seja capaz de abarcar todos os comportamentos econômicos possíveis, mormente em tempos de globalização e de atipicidade das diversas formas de estabelecimento de relações contratuais(2002). No direito as mudanças não configuram necessariamente distanciamentos, conforme Feitosa, as transformações experimentadas pelo contrato, ao longo dos tempos, não

foram rupturas com a tradição anterior (2007). No entanto, a dificuldade de exaustão legislativa não significa a impossibilidade de identificação de diretrizes que sejam capazes de reequilibrar relações disformes, de modo a efetivar a tutela de direitos lesados ou exercidos de modo abusivo. Da mesma forma, municiar o texto normativo de novas interpretações não é romper com o passado, mas evoluir para celebrá-lo no presente, permitindo que continue cumprindo sua missão de tutela interesses de forma mais adequada. Já alertava PEREIRA ao comentar o art. 927, parágrafo único, que o papel da jurisprudência seria relevante na sua interpretação:

Caberá à jurisprudência, com a colaboração da doutrina, concretizar o que significa atividade que implique por sua natureza risco para os direitos de outrem, já que em princípio quase toda a atividade humana gera risco para outra pessoa, o que levaria a crer que no atual sistema a responsabilidade objetiva é a regra e a subjetiva a exceção. Não parece ter a lei restringido as hipóteses para atividade econômica, pois expressamente utilizou apenas o termo atividade. (PEREIRA, 2010, p.512).

Não há dúvidas quanto à novidade do enfoque da marca como instrumento de aplicabilidade da teoria do risco para fins de reparação dos danos causados por atividades empresariais, mas se entende que se faz preciso encontrar no ordenamento bases que lhe permitam florescer com segurança. No caso, o parágrafo único, do art. 927, do Código Civil, fundamenta a teoria aqui exposta da Catividade Marcária, fornecendo-lhe a necessária base de sustentação. A ideia legal de “atividade”, alinha-se com a “atividade empresarial”, que é espécie do gênero “atividade” econômica. Esse dispositivo pouco estudado abre um grande espaço de aplicação, pois amplia as possibilidades de adoção da teoria do risco no fenômeno da responsabilização. Segundo Vasconcelos (2003), quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem, uma nova visão de responsabilidade é possível em decorrência da inovação que trouxe o art. 927, do Código Civil de 2002, que elege aplicar a responsabilidade objetiva. Gonçalves (2012, p. 30) expõe:

No regime anterior, as atividades perigosas eram somente aquelas assim definidas em lei especial. As que não o fossem enquadravam-se na norma geral do Código Civil, que consagrava a responsabilidade subjetiva. O referido parágrafo único do art. 927 do novo diploma, além de não revogar as leis especiais existentes, e de ressaltar as que vierem a ser promulgadas, permite que a jurisprudência considere determinadas atividades já existentes, ou que vierem a existir, como perigosas ou de risco. Essa é, sem dúvida, a

principal inovação do Código Civil de 2002, no campo da responsabilidade civil.

Cabe aos juristas a missão de delinear os contornos da norma que foi recepcionada pela doutrina como detentora de imenso potencial renovador da responsabilidade civil. Essa função hermenêutica se estende, também, à definição de risco, comumente, entendido como a exposição de perigos que devem ser combatidos pelo exercente da atividade. Alguns querem restringir essa interpretação de riscos, o que se mostra inapropriado. Como afirmado, trata-se de cláusula aberta, que deve ser moldada diante dos desafios que lhe são propostos. Defende-se, nesse estudo, que os riscos devem ser interpretados de forma abrangente, sem que possa a atividade causar danos efetivos a terceiro - não haveria solução mais natural que o dever de recomposição ou compensação por seu causador. Desse modo, a jurisprudência vem reconhecendo situações em que pessoas, sujeitos lesados por exposição aos riscos, merecem indenização pelo patrocinador da atividade. É o caso dos danos sofridos em acidentes aéreos¹⁴⁹, atropelamentos¹⁵⁰, e acidentes de trabalho¹⁵¹, por exemplo.

A Catividade Marcária vem ampliar as hipóteses de incidência do dispositivo em comento, quando há compartilhamento marcário. A determinação do parágrafo único, do art. 927, do Código Civil, como dispositivo aberto, deve ser interpretada à luz da realidade contemporânea. Não raras vezes, a atividade econômica exercida por certo agente causa danos, mas a identificação real desse agente é dificuldade por meio de estratégias organizacionais societárias, que não são despretensiosas, mas pensadas a fim de cada vez mais perseguir a maximização dos lucros por diversos fatores, desde planejamento tributário, ganhos operacionais e, também, com a isenção de responsabilidade por danos causados, cujos custos não são internalizados.

Na prática, em sua atuação de mercado, os grupos ou blocos empresariais só são facilmente identificados pelas marcas que compartilham. Outras formas de identificação, como a composição societária, ou existência de coordenação administrativa, são extremamente custosas, morosas e inacessíveis ao consumidor no momento da tomada de decisão de contratação. Ademais, exemplificativamente, demonstrou-se uma gama

¹⁴⁹ TJ-SC - AC: 50920 SC 1999.005092-0, Relator: Dionizio Jenczak, Data de Julgamento: 13/06/2003, Terceira Câmara de Direito Civil, Data de Publicação: Apelação cível n. 1999.005092-0, de Itajaí.

¹⁵⁰ STJ - REsp: 185659 SP 1998/0060138-4, Relator: Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, Data de Julgamento: 26/06/2000, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 18.09.2000 p. 126 RSTJ vol. 150 p. 26.

¹⁵¹ TST - RR: 2408220125150112, Relator: Maria de Assis Calsing, Data de Julgamento: 25/03/2015, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 31/03/2015.

diversificada de tipos contratuais, que, no entanto, querem apenas co-usufruir benefícios do renome marcário, mas pretendem autonomia em termos de responsabilização, com o fim de isentar das consequências do seu mau uso, ou riscos, alguns contratantes formadores das cadeias de fornecimento.

Quanto à adequação da teoria da Catividade Marcária à teoria do risco da responsabilidade civil, há nítido enquadramento. Sob a perspectiva do risco-proveito, é cristalino que o compartilhamento marcário beneficia a todos os agentes econômicos formadores do grupo de fato. A marca se fortalece com o co-uso e, conseqüentemente, todos incrementam o exercício de sua atividade sob o manto de um símbolo de maior renome e alcance. Nader (2010, p. 108) elucida a regra geral da ideia da teoria do risco-proveito:

Pela teoria do risco-proveito, responsável pelos prejuízos individuais ou trasindividuais é quem se beneficia das atividades de risco. Natural que o agente, a favor de quem todo um mecanismo é acionado e lhe traz resultados favoráveis, repare os danos causados a outrem. As maiores dificuldades na plena definição do tipo *sub examine* dizem respeito à noção de *proveito*. Discute-se quanto aos elementos necessários à sua configuração. O proveito deveria ser necessariamente econômico? Diante das dificuldades que se apresentaram na resposta, muitos autores optaram pela teoria do risco criado.

Assim, na hipótese de compartilhamento de marca, não resta dúvida de proveito econômico, muitas vezes por pagamentos de valores pactuados em contratos de licenciamentos, os denominados royalties. Mas, mesmo nas licenças gratuitas, há proveito direto com a propagação da marca e, portanto, com o passar do tempo, sua consolidação no mercado implica em sua valorização. Inclusive as marcas são, cada vez mais, valorizadas como ativos nos balanços empresariais.

Em última razão, haveria pelo menos lucro indireto nos componentes da cadeia de fornecimento ao se apoiarem mutuamente na construção de uma marca forte co-utilizada. Assim, lucro indireto é, também, proveito econômico. Aliás, a jurisprudência já reconheceu hipóteses em que o lucro indireto foi suficiente para o abraço da responsabilidade. Como exemplo, nessa linha, é a responsabilidade empresarial sobre os estacionamento mesmo quando disponibilizados de forma gratuita para a clientela que foi simulada pelo STJ:

Súmula 130/STJ: Data do Julgamento 29/03/1995 – Enunciado: A empresa responde, perante o cliente, pela reparação de dano ou furto de veículo ocorridos em seu estacionamento. Em decisão recente o entendimento sendo

aplicado. Segue ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. RELAÇÃO DE CONSUMO. FURTO DE CAMINHÃO EM ESTACIONAMENTO GRATUITO. FACILIDADE OFERECIDA POR POSTO DE COMBUSTÍVEL. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 07/STJ. RESPONSABILIDADE DO FORNECEDOR POR DANOS CAUSADOS NO ESTACIONAMENTO. MATÉRIA CONSOLIDADA NA SÚMULA 130/STJ. ADEQUAÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA. MANUTENÇÃO PELOS SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. (AgRg no AREsp 609.976/SE, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/12/2015, DJe 02/02/2016).

Da mesma forma, há ideia de lucro indireto para legitimar a cobrança de direitos autorais:

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DIREITOS AUTORAIS. EVENTO GRATUITO REALIZADO POR MUNICÍPIO. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE CONCLUIU PELO LUCRO INDIRETO AUFERIDO. REVISÃO DA CONCLUSÃO OBSTADA EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. SÚMULA STJ/7. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL LEVANTA A TESE DE QUE O CASO VERSA SOBRE FOMENTO ADMINISTRATIVO. INOVAÇÃO RECURSAL 1.- O Tribunal estadual, atendo-se às circunstâncias fáticas-probatórias dos autos, entendeu que o Município auferiu lucro indireto com a realização de evento carnavalesco. 2.- A alteração na conclusão do julgado acerca da inexistência de lucro indireto ensejaria o revolvimento do quadro fático-probatório dos autos, o que é vedado em sede de Recurso Especial, ante os termos da Súmula STJ/07. Precedentes. 3.- Nas razões do Agravo Regimental, traz o Agravante a tese de que na hipótese não há que se falar em lucro indireto, mas sim em fomento administrativo. Inovação recursal vedada em razão da preclusão consumativa. 4.- Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 1197356/ES, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 28/05/2013, DJe 13/06/2013)

Contudo, a Catividade Marcária deve ir além do risco-proveito. A ideia é que, na seara consumerista, como forma de humanização de seus institutos, consiste em tese filiada a teoria do risco criado. Isso, portanto, significa um abraço ainda mais amplo do fenômeno da responsabilização civil. Conforme explica Cavalieri Filho (2006, p.157):

A teoria do *risco criado* tem, entre nós, como seu mais ardoroso adepto, o insigne Caio Mário, que assim a sintetiza: “aquele que, em razão de sua atividade ou profissão, cria um perigo, está sujeito à reparação do dano que causar, salvo prova de haver adotado todas as medidas idôneas a evitá-lo”.[...]A teoria do *risco criado*, conclui o Mestre, importa ampliação do conceito do *risco-proveito*. Aumenta os encargos do agente; é, porém, mais

equitativa para a vítima, que não tem que provar que o dano resultou de uma vantagem ou de um benefício obtido pelo causador do dano. Deve este assumir as consequências de sua atividade.

Assim, diante da vulnerabilidade do consumidor, ajusta-se mais adequadamente à Catividade Marcária a teoria do risco criado que a do risco-proveito. Afinal, a harmonização das relações de consumo deve operar, de tal forma, que se possa reequilibrar o seu contexto, compensando as assimetrias posicionais das partes envolvidas. No que tange aos riscos, não resta dúvida que os consumidores estão demasiadamente expostos, como também sua hipossuficiência técnica e jurídica dificulta a recepção de severo ônus probatório nas discussões judiciais. Assim, filiando-se a Catividade Marcária à teoria do risco criado, atenta-se para essa realidade mais árida do consumidor e, portanto, realiza-se o princípio de equidade de forma mais efetiva.

Pautada na marca, a tese que, aqui, defende-se tem forte ligação com a oferta no mercado de consumo. A catividade ou aprisionamento do consumidor se dá na complexa e incessante cadeia de ofertas, em que as marcas são faróis balizadores do consumo. Portanto, a conduta formadora do risco, o zigoto de responsabilização eclode na fase pré-contratual da relação de consumo, irradiando efeitos para as demais etapas. O compartilhamento marcário é princípio motor do fio com o qual é tecida a rede capturadora das eleições dos consumidores. Os agentes econômicos co-utentes da marca formam um bloco de co-representantes de uma marca, reciprocamente se autorizando em suas ações para um fortalecimento mútuo perante a concorrência.

Dessa forma, ganha particular relevância o dispositivo do art. 34, do CDC, quando estabelece que “O fornecedor do produto ou serviço é solidariamente responsável pelos atos de seus prepostos ou representantes autônomos.” (BRASIL, 2016). Obviamente, não são os partícipes do grupo de compartilhamento marcário prepostos uns dos outros. A preposição para sua caracterização exige um nível de subordinação acentuada. Assim, o regramento civil (art. 1.170, do CC) dos prepostos impede que negociem “por conta própria ou de terceiro, nem participar, embora indiretamente, de operação do mesmo gênero da que lhe foi cometida, sob pena de responder por perdas e danos e de serem retidos pelo preponente os lucros da operação.” (Brasil, 2016). Fica, portanto, descaracterizada a preposição entre os agentes econômicos da compartilhadores de marca.

Por outro lado, a representação é perfeitamente aceitável. O compartilhamento marcário acaba por configurar uma relação plurilateral de representação recíproca entre os

membros do grupo econômico em homenagem à respeitabilidade da marca. Assim, o campo de atração da marca se amplia e fortalece por sua repetição e padronização no mercado. Ora, é justamente o compartilhamento marcário que permite essa expansão da marca e com dupla vantagem, o titular da marca desenvolve seu negócio com o aporte de capital alheio. Por sua vez, o co-utente economiza recursos ao ingressar com um símbolo já reconhecido pelos consumidores com familiar ou respeitado. Ademais, os custos de publicidade podem ser compartilhados, ou mesmo quando não o são, pode-se dizer que a publicidade de um aproveita a do outro dentro dos diversos níveis eventuais de limitação geográfica de atuação ou das mídias eleitas para profusão da mensagem publicitária. O STJ tem mostrado tendência dessa interpretação ampliada na representação:

CONSUMIDOR. CONTRATO. SEGURO. APÓLICE NÃO EMITIDA. ACEITAÇÃO DO SEGURO. RESPONSABILIDADE. SEGURADORA E CORRETORES. CADEIA DE FORNECIMENTO. SOLIDARIEDADE. 1. A melhor exegese dos arts. 14 e 18 do CDC indica que todos aqueles que participam da introdução do produto ou serviço no mercado devem responder solidariamente por eventual defeito ou vício, isto é, imputa-se a toda a cadeia de fornecimento a responsabilidade pela garantia de qualidade e adequação. 2. O art. 34 do CDC materializa a teoria da aparência, fazendo com que os deveres de boa-fé, cooperação, transparência e informação alcancem todos os fornecedores, diretos ou indiretos, principais ou auxiliares, enfim todos aqueles que, aos olhos do consumidor, participem da cadeia de fornecimento. 3. No sistema do CDC fica a critério do consumidor a escolha dos fornecedores solidários que irão integrar o polo passivo da ação. Poderá exercitar sua pretensão contra todos ou apenas contra alguns desses fornecedores, conforme sua comodidade e/ou conveniência. 4. O art. 126 do DL nº 73/66 não afasta a responsabilidade solidária entre corretoras e seguradoras; ao contrário, confirma-a, fixando o direito de regresso destas por danos causados por aquelas. 5. Tendo o consumidor realizado a vistoria prévia, assinado proposta e pago a primeira parcela do prêmio, pressupõe-se ter havido a aceitação da seguradora quanto à contratação do seguro, não lhe sendo mais possível exercer a faculdade de recusar a proposta. 6. Recurso especial não provido. (REsp 1077911/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/10/2011, DJe 14/10/2011)

Porém, a solidariedade é característica ampla da normatização consumerista, estabelecendo, de forma irrestrita que, tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo (parágrafo único, do Art. 7º, do CDC). E, novamente, no art. 25, §1º, impõe que, existindo mais de um

responsável pela provocação do dano, todos responderão solidariamente pela responsabilidade por fato ou vícios do produto ou dos serviços. Assim, não restam dúvidas quanto à colocação da Catividade Marcária entre as espécies de responsabilidade solidária. Pode-se, dessa forma, responsabilizar qualquer agente compartilhador do símbolo marcário.

A evolução das relações de consumo impõe um novo olhar sobre a marca. Na legislação argentina, quando se trata da responsabilidade por danos aos consumidores, tem-se um interessante dispositivo que aproxima a marca do centro do fenômeno da responsabilização. Trata-se do artigo 40, da Lei nº 24.240, de 22/09/1993 (ARGENTINA, 2016), que regula o Consumo:

ARTIGO 40. - Se o dano para o consumidor é resultante de defeito ou risco da coisa ou prestação de serviços, responderá o produtor, o fabricante, o importador, o distribuidor, o fornecedor, o vendedor e quem colocou sua marca em produto ou serviço.¹⁵² (Tradução nossa)

A lei argentina, como se observa, parte da teoria do risco e, entre outras hipóteses de fornecedores legitimados ao abraço da responsabilidade, indica “quem tenha posto sua marca no produto ou serviço” como responsável pelos danos. Embora não trate amplamente de compartilhamento de marca, o artigo 40 acima parte de uma premissa de beneficiamento por aquele que coloque seu símbolo econômico (marca) num produto; portanto, haverá de, em contrapartida, assegurar a reparação dos danos causados. O mesmo acontece na tese da Catividade Marcária, pois os contratos de compartilhamento marcário favorecem um sistema no qual é possível aproveitar-se das vantagens advindas da utilização de uma marca já consolidada no mercado, mas não se responsabilizar por esta (em termos de danos e riscos), deixando o consumidor em uma posição de vulnerabilidade ainda maior.

O exemplo argentino demonstra que se tem muito a avançar no caminho da marca-risco. A Catividade Marcária demonstra que a configuração de estratégias de grupos empresariais nem sempre se formalizam por estruturas societárias comuns, como as citadas ou como contratos formais - como os consórcios. A articulação de ações se dá por mero acerto proveniente de contratos privados, sem registro de acesso público, ou até mesmo verbais ou, ainda, tácitos. Essa é a grande dificuldade que se encontra, na atualidade, a doutrina jurídica,

¹⁵² Texto original: ARTÍCULO 40. — Si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de La prestación Del servicio, responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio.

mesmo a empresarialista que não se dedica com afinco às questões dessa ordem de contratos privados que traduzem uma condução orquestrada dos agentes econômicos no mercado. Contudo, a complexidade e dinamismo das relações contemporâneas de mercado clamam por uma visão atual sobre essa matéria.

Propõem-se duas questões basilares, duas premissas para que se possa defender a ideia da Catividade Marcária que se segue. A primeira premissa que se apresentou, anteriormente, foi a superação da ideia de que grupo econômico necessita de um acordo formal para sua caracterização. A aferição da existência ou não de contratos formais é importante na seara fiscal e administrativa para verificação de responsabilidades pessoais na gestão. Ou seja, de fato as relações formais ganham relevo para se investigar a real autonomia administrativa que cada ente tem no grupo, quanto ao seu posicionamento nos contextos de controlados ou controladores.

Contudo, há uma série de ações coordenadas com a finalidade de ganho de mercado, que não implicam em uma gestão subordinada, mas em ações articuladas na apresentação e conquista do mercado, com o único objetido de rateio dos ganhos provenientes. Ou seja, os empresários articulam-se em acordos que os co-beneficiam, mas não perdem suas autonomias de gestão, criam uma rede de interesses comuns. Inclusive, muitos desses acordos são transitórios e podem ser rescindidos ou não renovados quando lhe convierem, na busca de algo mais vantajoso. Porém, enquanto vigentes, interesses comuns geram ações coordenadas e pontuais ingerências de um líder (titular da marca) sob os demais, com o fito de manter o grupo coeso e integrado ao plano comum: majorar ganhos.

Por exemplo, tomemos em questão um acordo de licenciamento de marcas. A empresa detentora da marca (licenciante) permite que outra (licenciada) coloque a marca “X” nos produtos. Ora, ao negociarem o compartilhamento da marca, produtos diversos ou, ao menos, de origem diversa se apresentam no mercado como comuns. Ao consumidor é a marca que se oferta; portanto, na condução dessa articulação de mercado, os contratantes do licenciamento formam um grupo econômico informal, delimitado na oferta compartilhada de um produto grafado com o mesmo signo marcário. Lógico que, dentro de uma normalidade, o licenciante se preocupará com a qualidade dos produtos no mercado, afinal a colocação de produtos fora de padrão podem enfraquecer o apelo da marcaperante os consumidores.

A esta altura já se pode visualizar que a co-responsabilidade entre os compartilhadores da marca representa um considerável impacto econômico aos agentes econômicos partícipes do grupo. Contudo, é importante se entender que a Catividade Marcária não deve ser vista como hipótese de co-responsabilização irrestrita, pautada apenas no compartilhamento de

marca em qualquer contexto. A limitação dessa tese ocorre a partir da segunda premissa: a Catividade Marcária se justifica como instrumento de equidade em prol da proteção de grupos vulneráveis. Por isso, demonstrou-se que o maior desses grupos é o consumidor que é tido como vulnerável universal. Assim, a caracterização de grupos econômicos de fato por compartilhamento de marca é um grande instrumento de proteção aos grupos vulneráveis via fenômeno da responsabilização civil.

É essa aplicabilidade voltada para os hipossuficientes, com sensibilidade diante de suas fragilidades, que respalda a Catividade Marcária. Quanto à eventual insistência de que, ainda que em prol do consumidor, a tese exposta causa uma grave externalidade econômica, a resposta é simples: o capitalismo já demonstrou, historicamente, sua capacidade de adaptação às mudanças legislativas ou de interpretação jurídica que lhe impuseram novos investimentos. Quando os direitos trabalhistas surgiram, vozes denunciaram sua irracionalidade econômica. Isso não impediu a evolução legislativa, nem, muito menos, a expansão capitalista. O próprio CDC também foi atacado por setores detentores do poder econômico como possível inviabilizador da economia. A história demonstrou o oposto.

Para novas realidades, novas ações são necessárias. O fato é que os consumidores, no entanto, não conseguem visualizar a forma organizacional dos grupos econômicos formais e informais com clareza, seja por desconhecimento das formalidades legais, seja pelas dificuldades burocráticas de acesso aos documentos necessários a tal intento, ou ainda, por simples existência de pactos tácitos. Nesse contexto, a marca pode constituir esse elemento de identificação ou associação entre empresários de forma objetiva e de fácil identificação. Assim, há nítida potencialidade de consolidação de uma nova concepção de uma organização empresarial não formal ou grupo econômico de fato pelo fenômeno de compartilhamento das marcas. Em todas as hipóteses, a dificuldade de recomposição de um dano pode ser solucionada, fundamentando-se na Catividade Marcária que gera a responsabilização dos co-utentes da marca. Afinal, a vulnerabilidade do consumidor aliada à função social da propriedade recomenda que o elo mais fraco da relação consumerista seja protegido, e não o contrário. Vale o alerta de Jonas (2015, p. 328):

A ruptura com o reino da necessidade priva a liberdade do seu objeto. Sem a necessidade, a liberdade se torna vã, como a força sem resistência. Liberdade vazia, assim como poder vazio, se abole a si mesma, como ocorre com o interesse em uma ação empreendida a contragosto.

Pode-se, certamente, utilizar-se da responsabilidade civil para a propagação da justiça social e do reequilíbrio da relação consumerista, promovendo um desenvolvimento socioeconômico obrigacionalmente sustentável para os consumidores com base na Catividade Marcária. Portanto, fomentando um novo poder em favor do consumidor vulnerável, que será mais amplamente e facilmente ressarcido quando prejudicado pela exposição que sofreu aos riscos do consumir.

6.2 DA APLICABILIDADE PRÁTICA DA CATIVIDADE MARCÁRIA NA RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL: CASUÍSTICA EXEMPLIFICATIVA

Sendo a responsabilidade civil um sistema de preservação patrimonial, a questão que surge diante de casos práticos é: “Qual a propriedade deve ser privilegiada, a do consumidor mais vulnerável, ou a do fornecedor que se beneficia das marcas que compartilha?”. Obviamente, discute-se, aqui, poder. Neste estudo, pretende-se utilizar a responsabilidade civil como instrumento de justiça social e reequilíbrio da relação consumerista, tomando por base a Catividade Marcária, a fim de reconhecer um novo poder em auxílio ao consumidor lesado. Afinal, o consumidor é, aqui, tratado como o grupo vulnerável universal, já que todos, em certa situação, são consumidores.

Nesse sentido, parece já estar ultrapassada a ideia, em face de crescente humanização do direito civil, de que a relevância da marca está circunscrita à necessidade de sua proteção enquanto propriedade. A marca-propriedade deve conviver com a marca-risco. Os consumidores, em atenção ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, também precisam ser protegidos da marca e dos efeitos que esta gera sob o ponto de vista de influenciar as decisões mercadológicas, mas não ser fator determinante no momento da responsabilização civil de quem a utiliza. Portanto, da proteção da marca, caminhamos para proteção em face da marca.

Nesse momento, espera-se validar a tese da Catividade Marcária por meio de análises de casos hipotéticos e reais, podendo este trabalho servir de instrumento de efetivação do direito do consumidor de reparação integral. Dividem-se os exemplos em categorias que possam agrupar a casuística da Catividade Marcária.

6.2.1 Catividade Marcária como Elemento de Identificação da Cadeia de Fornecimento de Produtos com Autonomia de Estruturação Societária e Gestões Autônomas

A divisão entre produtos e serviços se justifica em razão da forma que se organizou a responsabilidade civil nas relações de consumo no CDC, optando-se por dispositivos distintos que regulam a compensação pelos danos quando são sofridos por produtos ou serviços. A distinção que se encontra ainda no disciplinamento consumerista é a Responsabilidade pelo Fato de Produto (arts. 12-17, do CDC) e Serviço e a Responsabilidade pelo vício de Produto e Serviço. O fato de produto ou serviço consiste no liame de responsabilização fundado por defeito, que se caracteriza por uma anomalia no produto ou serviço que gere um “acidente de consumo” (efeitos extrínsecos ao produto), ou seja, quando se põe, de algum modo, em risco a saúde, e/ou segurança do consumidor.

Por isso, é comum a lição de que a responsabilidade de fato gera problema na relação de consumo que extrapola os limites do produto ou serviço. No que tange aos produtos, tem-se que:

Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos. § 1º O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais: I - sua apresentação; II - o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam; III - a época em que foi colocado em circulação.

Atente-se que o artigo transcrito se refere ao “fabricante, o produtor, o construtor”, e não ao termo genérico “fornecedores”. Lista-os, individualmente, em vez de se utilizar de fórmula geral. Quando se individualiza o rol de fornecedores, estabelece-se a ideia de que apenas eles serão responsabilizados por eventual acidente de consumo. O fornecimento não consiste em ato estanque e isolado; pelo contrário, o comum é que seja um processo plural com diversos partícipes que contribuem até a oferta final que cativa o consumidor. A esse processo de alocação de agentes econômicos na atividade de distribuição de produtos e serviços se pode denominar de cadeia de fornecimento. Ou como descreve Marques:

A cadeia de fornecimento é um fenômeno econômico de organização do modo de produção e distribuição, do modo de fornecimento de serviços complexos, envolvendo grande número de atores que unem esforços e atividades para uma finalidade comum, qual seja a de poder oferecer no mercado produtos e serviços para os consumidores. (2006, p. 402)

O comerciante foi excluído propositalmente do art. 12. A doutrina se esforça para entender os efeitos dessa opção legislativa de isolamento do comerciante. A responsabilidade por fato do produto do comerciante está regulada no art. 13, do CDC:

Art. 13. O comerciante é igualmente responsável, nos termos do artigo anterior, quando: I - o fabricante, o construtor, o produtor ou o importador não puderem ser identificados; II - o produto for fornecido sem identificação clara do seu fabricante, produtor, construtor ou importador; III - não conservar adequadamente os produtos perecíveis. Parágrafo único. Aquele que efetivar o pagamento ao prejudicado poderá exercer o direito de regresso contra os demais responsáveis, segundo sua participação na causação do evento danoso.

O sistema excepciona o comerciante que, em regra, não responde pelos defeitos dos produtos (responsabilidade de fato), apenas o fabricante, construtor e produtor. Porém, a responsabilidade por fato de produto defeituoso pode ser atribuída ao comerciante se houver uma das hipóteses do art. 13, do CDC, acima transcrito. Muitos produtos, por sua própria natureza, são ofertados pelo comerciante sem identificar o produtor ou fabricante, é o exemplo dos hortifrutigranjeiros. Por isso, o inciso I transfere a responsabilidade ao comerciante - o mesmo ocorre no inciso II. Porém, aqui, a ideia é a de que o fabricante foi indicado insuficientemente, e, assim, o comerciante assumiu o risco pelo produto, já que violou o dever de informação do consumidor. Essas hipóteses dos inciso I e II consistem basicamente na mesma ideia de que, se o consumidor tem dificuldades de identificar o fabricante, produtor, construtor ou importador, o comerciante responderá por eles. Apenas no inciso III há uma responsabilidade por ato próprio direto, pois o acondicionamento adequado do produto é de nítida responsabilidade de todos da cadeia produtiva sem exceção, inclusive para o comerciante.

Para se ilustrar o que se debate, nesse momento, imagine-se um supermercado “HIPERPÓTESE”, que vende um produto achocolatado da “Nestlé”. Se o produto é ofertado dentro do vencimento e foi acondicionado de forma correta, mas, no entanto, o consumidor, ao utilizá-lo, passa mal, sendo internado para tratamento hospitalar. Trata-se de fato ou defeito do produto que causa acidente de consumo que afetou a saúde e segurança do

consumidor. Comprovando-se que o problema foi originado de uma má composição do produto, evidencia-se um defeito de fabricação de responsabilidade exclusiva da Nestlé, com fulcro no art. 12. O supermercado “HIPERPÓTESE” é o comerciante e, nesse caso, não poderia ser responsabilizado, pois identificou o fabricante e acondicionou adequadamente o produto, não incidindo qualquer hipótese do art. 13.

Para Tartuce (2014, p. 142), essa sistemática dos arts. 12 e 13, do CDC, acaba por configurar uma exceção à solidariedade do fenômeno da responsabilização civil nas relações de consumo, pois os comerciantes só responderiam de forma subsidiária, sendo a responsabilidade imediata dos fabricantes. No mesmo sentido, Denari declara que “A responsabilidade do comerciante, nos acidentes de consumo, é meramente subsidiária, pois os obrigados principais são aqueles elencados no art. 12.” (GRINOVER et al., 2004, p. 192).

Contudo, não se coaduna com essa interpretação no presente estudo. Não há responsabilidade subsidiária, em regra, nas relações de consumo - é a exceção. O mandamento do parágrafo único, do art. 7º, do CDC, é cristalino em prol da solidariedade, desde que se identifique participação na conduta danosa. Assim, quando o art. 13 aduz que o comerciante “é igualmente responsável”, deve-se entender que a responsabilidade será objetiva, tal qual o art. 12, que impõe que seja “independentemente da existência de culpa”. Em nada a igualdade expressa justifica a responsabilidade solidária. Nesse sentido, Marques et al (2004, p. 412) asserem que:

Considerando que o *caput* do art. 13 impõe a aplicação do art. 12 também para o comerciante, podemos concluir que, nestes casos, a sua responsabilidade solidária é a mesma do fabricante, oriunda de uma imputação objetiva, dependendo somente do defeito e do nexo de causal entre defeito e dano.

A questão que desafia é se encontrar um exemplo fático em que haveria a solidariedade entre comerciante e fabricante. Porque, se ocorrer quaisquer das hipóteses dos incisos I e II, o fabricante não é conhecido, e se a hipótese for puramente a do inciso III, do art. 13, a responsabilidade deverá ser exclusiva do comerciante. Afinal, o acondicionamento inadequado em nada se liga ao fabricante; inexistente, na hipótese, nexo causal com o dano. Contudo, se de alguma forma possa se concluir que houve a participação de fabricante e comerciante na criação do dano, ambos respondem solidariamente, pois essa é a exegese que se extrai do parágrafo único do art. 7º, do CDC.

No que se referem aos vícios de produto, eles são problemas que não extrapolam a natureza do produto e, portanto não trazem danos que colocam em risco a saúde ou a segurança do consumidor. Na responsabilidade por vício de produtos, as dúvidas não ocorrem com a mesma intensidade, uma vez que a opção legislativa foi pela generalização dos fornecedores. Não há indicação específica dos partícipes da cadeia de escoamento produtivo; apenas se divide a responsabilidade pelo vício de qualidade (art. 18) e pelo vício de quantidade (art. 19) do produto.

No vício de qualidade, o produto apresenta um problema de essência, o que compromete a relação de consumo, pois não expressa o real objeto adquirido ou não com a qualidade de que legitimamente se podia esperar dele. Por sua vez, nos vícios de quantidade, a questão que adentra na ilicitude é meramente de monta ou física. Os arts. 18 e 19, do CDC, que tratam da responsabilidade por vício, referem-se a “fornecedores”, portanto tem uma maior abrangência de incidência, sem interessar as minúcias da posição de cada membro na cadeia de distribuição do produto.

Imagine-se, novamente, o supermercado “HIPERPÓTESE”, que vende um produto achocolatado da “Nestlé”. Se o produto é ofertado dentro do vencimento e foi acondicionado de forma correta, mas, no entanto, o consumidor, ao intentar utilizá-lo, percebe que seu conteúdo está estragado, com forte odor, mas o consumidor não ingeriu o produto, evitando, assim, comprometer a sua saúde.

Neste caso, trata-se de vício de qualidade do produto, que não chegou a causar acidente de consumo, pois não afetou a saúde e segurança do consumidor. Comprovando-se que o problema foi originado de uma má composição do produto, evidencia-se um defeito de fabricação, porém a responsabilidade será compartilhada entre a Nestlé e o supermercado “HIPERPÓTESE”, com fulcro no art. 18, do CDC. O supermercado “HIPERPÓTESE” é o comerciante, mas, nesse caso, poderá ser responsabilizado, mesmo identificando o fabricante e acondicionando adequadamente o produto.

Diferenciadas as hipóteses de responsabilidade dos fornecedores com base nos produtos à luz da visão comum da doutrina, propõe-se o seguinte quadro da responsabilidade civil por danos de produtos:

FIGURA XIII – QUADRO SINÓTICO

Quadro sinótico da responsabilidade civil nas relações de consumo por danos ocasionados por produtos		
Espécie de Responsabilidade	Fundamento Legal	Características
Responsabilidade pelo fato do produto ou defeito	Arts. 7º, parágrafo único, 12 e 13do CDC	Responsabilidade objetiva, em regra, individualizada, mas que havendo concurso de ações pode ser solidária entre fabricante, produtor, importador e comerciante conforme dispõe o parágrafo único do art. 7º.
Responsabilidade pelo vício de qualidade do produto	Art. 18 do CDC	Responsabilidade objetiva e solidária entre os fornecedores da cadeia de fornecimento
Responsabilidade pelo vício de quantidade do produto	Art. 19 do CDC	Responsabilidade objetiva e solidária entre os fornecedores da cadeia de fornecimento

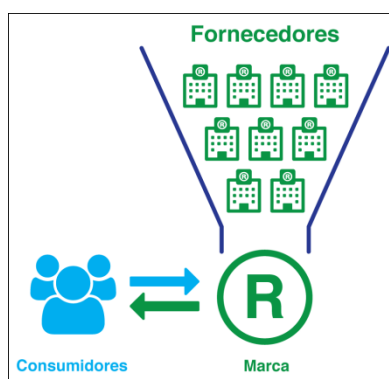
Ocorre que o direito posto ignora, pelo menos de forma expressa, o poder das marcas. Não há sequer previsão do fornecedor aparente, aquele que apõe sua marca em produto (GRINOVER et al., 2004, p. 181). Assim, boa parte da doutrina ignora nessa análise o papel vital das marcas. Pizarro (1997, p. 378), ao comentar o discurso clássico da marca como referência de identidade do fabricante ou de origem, conclui acertadamente:

No nosso tempo, este esquema tenha sido excedido. A marca já não tem como função essencial identificar a origem do produto, sobre o qual, muitas vezes, o consumidor ignora a identidade do fabricante. Mais ainda: costuma ser comum que sejam vários fabricantes ou produtores aqueles que estão envolvidos no desenvolvimento de um determinado produto, usando a mesma marca, queobtematravés de diferentes relações contratuais (licença, concessão, franquia) (Tradução nossa)¹⁵³.

¹⁵³ Texto original: En nuestro tiempo, este esquema ha sido superado. La marca ya no tiene como función esencial distinguir el origen del producto, a punto que, frecuentemente, el consumidor ignora la identidad del fabricante. Más todavía: suele ser común que sean varios fabricantes o productores los que intervienen en la elaboración de un determinado producto, utilizando una misma marca, a la que acceden através de diferentes relaciones contractuales (licencia, concesión, franquicia).

Eis o admirável novo mundo da Era *Times Square*, a marca não faz mais referência, ela se tornou “a” referência de consumo. A marca-risco é produto desse novo contexto. Os consumidores se orientam com base no espírito axiológico que apreenderam da marca, seja pelo discurso publicitário fruto do neuromarketing, pelas suas próprias experiências pretéritas ou, não raramente, por ambos os fatores. Os consumidores são bombardeados por marcas, essas explodem em sinapses nervosas durante o processo de tomada de decisão. É com as marcas que elas se relacionam; com elas expressam sua vontade de contratar, pois é nelas que depositam sua confiança. Por isso, eis a representação imagética da relação de consumo em que se funda a Catividade Marcária:

FIGURA XIV – REPRESENTAÇÃO IMAGÉTICA DA CATIVIDADE MARCÁRIA



FONTE: Pesquisa Direta

A cadeia de fornecimento pode conter um grupo econômico de fato que se articula em torno da marca. Esse grupo, independente dos laços contratuais que realiza, e por mais plural que seja em termos de partícipes, apresenta-se uniformizado via marca ao mercado. As estruturas empresariais de cada fornecedor (F1, F2, F3 etc.) não apresentam necessariamente sócios comuns. Pode-se ter uma total assimetria dos quadros societários dos membros dos grupos que, inclusive, possuem autonomia de gestão. Porém, como já visto, os consumidores se orientam pela marca, pois é ela que lhe é apresentada, por uma escolha deliberada do grupo que se fortalece dessa padronização sensorial. O ordenamento jurídico deve ser hábil a dar respostas aos problemas advindos da realidade. Logo, impõe-se que os conceitos dos

institutos jurídicos sejam remodelados, de forma a proteger o consumidor exposto a um contexto concorrencial agressivo que invadiu todos os espaços da vida em sociedade.

Pegue-se como exemplo a prática, cada vez mais comum, em que os supermercados colocam sua marca em produtos. Porém, o fabricante é uma pessoa jurídica totalmente alheia a qualquer grupo formal ou de relações societárias com o supermercado. Essa estratégia é uma espécie de “terceirização de produção”, em que a grande rede de supermercado, ciente de seu renome, contrata fabricantes de produtos cujas marcas são mais baratas e apõem sua marca sobre os produtos que adquire. A operação normalmente provoca a majoração dos preços, pois os produtos passam automaticamente a serem “conhecidos” pelo mercado consumidor: o comerciante coloca sua marca em produto com fabricante distinto e perfeitamente identificado.

Materialize-se, mais uma vez, hipoteticamente, o caso: dessa vez, o supermercado “HIPERPÓTESE” contrata o fabricante de achocolatado local “JAMPALAT” para lhe comprar a produção e por a marca “HIPERPÓTESE” no lugar daquela. Se o produto é ofertado dentro do vencimento e foi acondicionado de forma correta, mas, no entanto, o consumidor, ao utilizá-lo, compromete a sua saúde e necessita de atendimento médico. Trata-se de defeito do produto que causou acidente de consumo. Comprovando-se que o problema foi originado de uma má composição do produto, evidencia-se um defeito de fabricação.

Ora, de quem será a responsabilidade? A aplicação fria dos arts. 12 e 13, do CDC, *prima facie*, indicaria a responsabilidade exclusiva da fabricante “JAMPALAT”. Contudo, a marca “HIPERPÓTESE” faz do supermercado o fornecedor aparente, pois foi nela que o consumidor lesado depositou sua confiança ao escolher o produto. Defende-se, pela Catividade Marcária, que a aposição de marca configura efetiva ação contribuinte para o dano, pois foi relevante para a escolha do produto pelo consumidor, enquadrando-se na hipótese legal do parágrafo único do art. 7º, do CDC, já que teria “mais de um autor a ofensa”. As condutas podem ser identificadas facilmente. O fabricante errou a composição do produto. Já o comerciante, apresentou-se, aparentemente, como responsável pelo produto ao emprestar a respeitabilidade de seu nome. Assim, defende-se a responsabilidade solidária a responsabilidade da fabricante “JAMPALAT” com o comerciante supermercado “HIPERPÓTESE”.

Destaque-se que essa é a resposta que alguns ordenamentos jurídicos vêm dando aos casos desta espécie, como já exemplificamos no artigo 40, da Lei nº 24.240, de 22/09/1993 (ARGENTINA, 2016), que regula o Consumo na Argentina: “Se o dano para o consumidor

resultante de defeito ou riscos da coisa ou do serviço, irá responder ao produtor, fabricante, (...) e quem colocou sua marca em um produto ou serviço.¹⁵⁴ (Tradução nossa)

A utilização da marca como vetor de responsabilidade traz muito mais segurança ao consumidor e oferece uma resposta mais justa e adequada ao problema proposto. Afinal, não raras vezes, o grupo do supermercado será mais forte economicamente que o fabricante local contratado. Ademais, há uma simplificação em termos de defesa dos interesses do consumidor, que deixa o debate da real contribuição de cada fornecedor para ser decidido entre eles, de acordo com os pactos que eventualmente tenham celebrados.

Outra hipótese com que a Catividade Marcária vem contribuir como facilitadora dos direitos do consumidor vulnerável é a hipótese de compartilhamento marcário entre comerciante e fabricante, mesmo com estruturas societárias independentes. Dentre as franquias de distribuição, há bons exemplos desse fato. Lobo explica que, nas franquias de distribuição, “os bens são produzidos pelo franqueador, ou por terceiros fornecedores, comprovadamente eficientes e testados, selecionados pela central de compras e de distribuição do franqueador, e repassados ao franqueado, para vendê-los ao consumidor final.” (2000, p. 27).

Pense-se na hipótese de um consumidor que adquire o produto em uma loja franqueada do Boticário. Ao usar o perfume, o mesmo provoca queimadura em seu corpo. De quem será a responsabilidade? Mais uma vez, a leitura isolada dos arts. 12 e 13, do CDC, *prima facie*, indicaria a responsabilidade exclusiva da fabricante/franqueadora. Contudo, como a comerciante/franqueada utiliza a mesma marca “Boticário”, para o mercado consumidor há a um fornecedor aparente único, um grupo econômico de fato por compartilhamento marcário. Em verdade, o consumidor lesado depositou sua confiança ao escolher o produto na marca “Boticário”, que representa não só no produto, mas o título do estabelecimento posto em chamativa placa luminosa.

Defende-se, pela Catividade Marcária, que o compartilhamento de marca configura efetiva ação contribuinte para o dano, pois foi relevante para a escolha do produto pelo consumidor, enquadrando-se na hipótese legal do parágrafo único do art. 7º, do CDC, já que teria “mais de um autor a ofensa”. Mais ainda, da mesma forma, é aplicável o art. 34, já que a rede de franqueados perfaz co-representantes autônomos da marca. As condutas podem ser identificadas facilmente. O fabricante/franqueado errou a composição do produto. Já o

¹⁵⁴ Texto original: Si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán el productor, el fabricante, (...) y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio.

comerciante/franqueado apresentou-se, aparentemente, como responsável pelo produto ao compartilhar a marca “Boticário”. Por sua vez, toda a cadeia compartilha os bônus da respeitabilidade da marca e, portanto, influencia na construção do renome que foi a causa de escolha do consumidor. Assim, defende-se a responsabilidade solidária entre fabricante/franqueador, comerciante/franqueado e, qualquer outro co-utente da marca membro da rede de franquia.

A tese da Catividade Marcária deve ainda ser eficiente quanto ao seu não enquadramento nas hipóteses de excludente de responsabilidade. Há, no art. 12, §3º, do CDC, as causas de excludente de responsabilidade por fato de produto, sendo elas: a) a não colocação do produto no mercado; b) inexistência do defeito; c) a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro. Dentre essas, existindo comprovadamente o defeito na composição do produto, não há que se falar nas hipóteses de sua inexistência e de culpa exclusiva de consumidor ou terceiro.

O argumento que, certamente, apegar-se-ão os opositores da ideia é a de que os membros da cadeia, principalmente, outros franqueados, não são os que colocaram o perfume/produto no mercado. Portanto, nessa linha de raciocínio, haveria o rompimento do nexo causal com o dano causado pelo consumidor. Será que não, realmente? Deve-se abrir a visão que abrange a relação de consumo. A relação nunca foi volitivamente consumidor-franqueado/comerciante, a relação volitiva foi cativamente consumidor-marca (Boticário). Assim, o consumidor se guiou na marca, pouco conhecendo as estruturas de direção, poder ou associação que habitam os bastidores da publicidade que é aprisionado. Dessa forma, os demais franqueados que resolveram ingressar na rede de compartilhamento marcário ajudaram na captura do consumidor ao criar, construir, consolidar, ou, ao menos, fortalecer a reputação da marca. Todos os que se beneficiam desse fluxo publicitário que patrocinam, devem, também, partilhar os danos que causam.

Ademais, como já exposto, o grupo de compartilhamento marcário se apresenta como um grupo econômico de fato em torno do nome “Boticário”. Assim, o consumidor tem na “Boticário” – como ideal de marca, de grupo – a destinatária de sua credibilidade, e sua fornecedora aparente. A cadeia de fornecimento deixa de ser linear e passa a ser considerada em rede, quando se utiliza o foco da Catividade Marcária.

6.2.2 Catividade Marcária como Elemento de Identificação da Cadeia de Fornecimento de Serviço com Autonomia de Estruturação Societária e Gestões Autônomas

Pode-se raciocinar acerca do tema, refletindo sobre a questão da execução precisa dos serviços que foram contratados pelo consumidor, bem como sua eventual reparação na hipótese de dano, à luz da responsabilização pelo fato do serviço prevista no CDC.

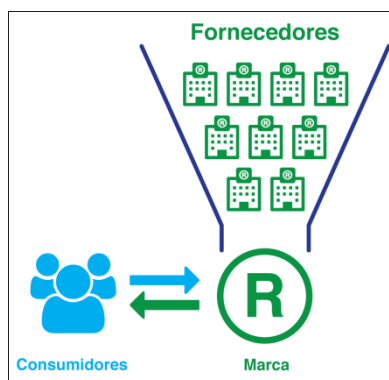
A identificação das etapas de cada partícipe na cadeia de fornecimento de serviços é menos perceptível que na de produtos, na qual se pode ver um fabricante, um distribuidor, um atacadista, um varejista, etc. Por essa razão, a pluralidade de fornecedores na cadeia de serviços não é tão estratificada quanto em relação aos produtos. Contudo, isso não implica na inexistência de pluralidade de fornecedores na cadeia de serviço. A questão que ganha relevo é: “Como identificar essa cadeia?” Preliminarmente, deve-se entender que a não fragmentação dos partícipes na redação do dispositivo do art. 14, do CDC propicia a generalização da responsabilidade da cadeia de fornecimento como um todo. Nesse sentido, Benjamin:

Ao contrário do que sucede no art. 12, o Código, no art. 14, não fragmenta a responsabilidade, colocando de um lado o comerciante (distribuidor ou varejista), e do outro o fabricante, o produtor, o construtor e o importador. Fala-se apenas em 'fornecedor', gênero que inclui todos os partícipes da cadeia de produção e distribuição. Tal ocorre porque, via de regra, o fornecedor do serviço é o próprio prestador, aquele, pessoa física ou jurídica, que entrega a prestação. É certo que os serviços podem ser prestados através da contratação de terceiros. Neste caso todos são responsáveis objetivamente pelos acidentes de consumo causados pelo serviço prestado. (1991, p.78)

Dessa forma, como se observa, é possível uma cadeia de fornecimento de serviço com múltiplos fornecedores. Assim, superada a questão da potencialidade de pluralidade, passa-se para a resposta ao desafio de identificação dos partícipes da cadeia de fornecimento. Ora, nesse caso, nenhum outro elemento é tão útil como pedra de toque de identificação de uma coordenação de interesses entre fornecedores que a marca. Ela serve de elemento central e essencial de identificação. Na franquia, por exemplo, na qual o processo de fornecimento de um serviço passa pelo *know-how* e o licenciamento de marca para que o empresário (franqueado), represente uma rede coordenada por outro (franqueador). O franqueador tem uma participação direta no processo de execução do serviço e, conseqüentemente, em seus defeitos, ou, ao menos, na má eleição do franqueado que autorizou ofertar o serviço. Ademais,

existe um núcleo de convergências de interesses em todo o grupo: a marca. Lembremos a representação imagética da relação de consumo em que se baseia a Catividade Marcária:

FIGURA XV – REPRESENTAÇÃO IMAGÉTICA DA CATIVIDADE MARCÁRIA



FONTE: Pesquisa Direta

Para se iniciar a perspectiva prática da análise, sob o enfoque do risco, suponha-se o problema da contratação de um fornecedor componente de uma Cadeia de fornecimento articulada em rede com autonomia de estruturação societária. Até mesmo a gestão é independente com cada membro do grupo escolhendo sua diretoria segundo seus interesses, tomam suas decisões administrativas de acordo com as diretrizes que julgam mais adequadas a sua realidade. Há, portanto, autonomia de gestão. Contudo, no que tange à marca, todos se articulam para que se mantenham um padrão de apresentação, compartilham publicidades comuns, anunciam que agem em conjunto na otimização da oferta que fazem. Imagine-se, assim, a necessidade de um consumidor em pactuar a prestação de serviço de um plano de saúde nacional, denominado, hipoteticamente, de “MED-UNION”, que promete cobertura nacional aos seus usuários, alegando fazer parte de uma rede que ostenta a mesma logomarca.

Ora, com tais informações propagadas, o consumidor passa a identificar que todo estabelecimento de saúde, hospital, clínicas, consultórios em geral, em que há a aposição do símbolo marcário “MED-UNION” são integrantes da mesma rede de fornecimento, determinando áreas de atuação exclusiva de acordo com o domicílio do usuário. Há a construção de um conceito de confiança; nesse caso, é aceitável que o consumidor desconheça a estruturação formal das sociedades que participam do compartilhamento marcário, esperando de forma legítima o atendimento de qualquer necessidade médica coberta contratualmente por toda a rede co-utente da marca. Contudo, imagine-se que o consumidor contratou a “MED-UNION-CG”, localizada em Campina Grande-PB, mas procura um

atendimento médico em entidade que ostenta a mesma marca “MED-UNION”, quando viajava em Recife-PE. O pedido de atendimento é denegado pela “MED-UNION-PE”, pessoa jurídica diversa com administração autônoma, alegando inadimplência de repasses anteriores pela “MED-UNION-CG” relativos aos seus usuários quando atendidos na sua rede.

Importante visualizar que a conexão da rede de fornecimento se dá pelo uso comum da marca independentemente de uma formalização maior ou menor. Tais pactos podem ser tácitos, inclusive. Sustenta-se que a Catividade Marcária tem uma incidência que extrapola as relações em que o acordo entre os agentes econômicos de compartilhamento seja expresso. A tese que se apresenta pode ser usada em hipóteses de pactos tácitos ou de compartilhamento fático sem pacto.

A articulação de ações e publicidades comuns e, muitas vezes, até mesmo sites da “rede” de fornecimento constroem, à luz da boa-fé objetiva, uma aparência de grupo, cujo estandarte aglutinador maior é a marca. Nota-se que tais características (compartilhamento marcário + coordenação publicitária) configuram grupo econômico de fato e, portanto, à luz do parágrafo único do art. 927, do Código Civil, cumulado com os arts. 7º, parágrafo único, 25 e 34, do CDC, devem responder pelos riscos que provocam de forma objetiva e solidariamente. O tema vem despertando o debate no judiciário. O STJ, analisando a legitimidade passiva de cooperativas médicas, em decisão por maioria, excluiu da lide a cooperativa integrante de uma rede de compartilhamento marcário:

RECURSO ESPECIAL - PLANO DE SAÚDE - NEGATIVA DE COBERTURA - DEFEITO DO PRODUTO - LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM - UNIMED DA FEDERAÇÃO ORIGINALMENTE CONTRATADA PELO SEGURADO - RECURSO PROVIDO. 1. As Operadoras de Planos de Assistência à Saúde ofereceram um Plano Privado de Assistência à Saúde (produto), que será prestado por profissionais ou serviços de saúde, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando a assistência médica, hospitalar e odontológica (prestação de serviço). 2. A não autorização para a realização do exame laboratorial caracteriza o fato do produto, pois, além do vício (não autorização para a realização do exame laboratorial), nos termos do entendimento uníssono desta Corte, o comportamento abusivo por parte da operadora de Plano de Saúde, extrapolando o simples descumprimento de cláusula contratual ou a esfera do mero aborrecimento, é ensejador do dano moral. 3. Defeituoso o Plano Privado de Assistência à Saúde (produto), a responsabilidade-legitimidade é da Operadora de Planos de Assistência à Saúde com quem o Segurado o adquiriu (artigo 12 do CDC). 4. Recurso especial provido. (REsp 1140107/PR, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/03/2011, DJe 04/04/2011)

Observa que os fundamentos do julgado acima foram pautados na relação imediata de aquisição do plano entre o consumidor e operadora contratada diretamente. Não visualizou os sulgadores da maioria vencedora uma rede concatenada e cativadora do consumidor. Assim, preservou-se uma visão limitada da relação de consumo aos contratantes diretos. Ocorre que, recentemente, o STJ vem consolidando uma mudança de postura, abandonando a visão limitada da relação contratual direta. Nesse sentido, em outra oportunidade, o STJ se pronunciou da seguinte maneira:

PROCESSO CIVIL E DIREITO DO CONSUMIDOR. PLANO DE SAÚDE. SOCIEDADES COOPERATIVAS UNIMED. LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. 1. O direito à informação e o princípio da vinculação da publicidade refletem a imposição da transparência e da boa-fé nos métodos comerciais, na publicidade e nos contratos, de modo que o fornecedor de produtos ou serviços se responsabiliza também pelas expectativas que a sua publicidade desperta no consumidor, mormente no que tange ao uso coletivo de uma mesma marca. 2. A publicidade do Sistema Unimed busca instigar o indivíduo à contratação mediante a convicção de que se trata de uma entidade única com atuação em âmbito nacional, não sendo informado ao filiado sobre a autonomia e a independência de suas unidades, o que só faz reforçar nele a ideia de que esse sistema lhe oferece uma maior gama de serviços e facilidades. 3. Ademais, a complexa estrutura das cooperativas prestadoras de serviço, se, por um lado, visa ao estímulo e reforço do sistema cooperativo regido pela Lei n. 5.764/1971, possibilitando a atuação sob uma mesma marca e a constituição de sociedades cooperativas singulares, federações de cooperativas e confederações; por outro lado, tem como efeito externo a responsabilização de toda a cadeia de fornecimento - no caso, o Sistema Unimed - de forma solidária, uma vez que não se pode exigir do consumidor que conheça as intrincadas relações entre os diversos membros dessa cadeia, mormente quando a publicidade veiculada pelo grupo faz-lhe crer que se trata de uma entidade una. 4. Destarte, o fato de várias sociedades explorarem uma mesma marca, ainda que com personalidades jurídicas distintas - por não ter havido a informação clara ao consumidor acerca de eventuais diferenças no conteúdo dos serviços ou na cobertura oferecida por cada uma -, traz como consequência a possibilidade de serem acionadas a responder solidariamente pelas obrigações contratadas por qualquer delas. 5. Recurso especial não provido. (REsp 1377899/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 18/12/2014, DJe 11/02/2015)

Observa que os fundamentos do julgado acima foram: a) princípio da vinculação da publicidade; b) uso coletivo da marca; c) Publicidade coordenada ao interesse comum; e d)

assimetria informacional do consumidor. Essa fundamentação se alinha perfeitamente com a tese da Catividade Marcária que foi exposta no capítulo anterior, quanto aos seus fundamentos jurídicos e socioeconômicos. Dessa forma, o consumidor hipotético da “MED-UNION-CG”, localizada em Campina Grande-PB, mas que busca atendimento médico em outro membro da rede de serviços da marca “MED-UNION”, deve ter o atendimento assegurado em toda a rede. Assim, a negativa de atendimento ao usuário gera danos morais e, talvez, materiais, que devem ser ressarcidos.

Obviamente, a “MED-UNION-CG” terá uma obrigação contratual com o consumidor. No entanto, sua condição financeira em xeque pode, justamente, ser uma barreira intransponível à efetiva reparação que aquele faz jus. Aqui, nesse ponto, a Catividade Marcária pode ser vital, garantindo uma reparação mais fácil, pois a configuração do grupo econômico de fato, atraindo a aplicabilidade da teoria do risco-proveito, já que todos os membros da rede se locupletavam com lucros indiretos e diretos com a formação da cadeia não linear ou em rede.

Imagine, ainda, que o usuário de um plano de cobertura nacional da “MED-UNION-CG” altera seu domicílio: sai de Campina Grande para Maceió. Por qual motivo deveria se preocupar com a mudança também de seu plano de saúde, se a cobertura é nacional? Ocorre, que, no entanto, a “MED-UNION-MCZ”, domiciliada em Maceió-AL, alega restrições ao atendimento constante de um usuário da “MED-UNION-CG” e oferta uma mudança de seguradora da rede para desburocratizar autorizações de atendimento. Ocorre que, no entanto, o mesmo plano ofertado ao usuário é 30% mais caro na “MED-UNION-MCZ” que na “MED-UNION-CG”, além disso, haveria um período de carência de alguns meses para certos exames e tratamento de algumas patologias.

Se as componentes da rede atuam no mercado em publicidade articulada exibem o mesmo símbolo Marcário, seguem os mesmos padrões de planos de saúde, por que seria o consumidor forçado a substituir seu vínculo jurídico direto dentro da rede com ônus? A resposta que se impõe à luz da Catividade Marcária, no mínimo, é a de que ele não necessitaria alterar seu vínculo direto originário com a rede de fornecedores, pois merece ser tratado igualmente por todos os membros cadeia que foi cativado. Talvez a imposição de que a troca de vínculo direto dentro da rede de fornecedores sem quaisquer ônus seja medida muito forte, já que se reconhece que os componentes da rede têm autonomia de gestão, o que implica em posturas independentes e, conseqüentemente, custos diferenciados. Dessa forma, forçar um membro da rede à aceitação de usuário proveniente de outro partícipe, com condições de preço diferenciado, poderia por em risco a saúde financeira de todos do grupo.

Entretanto, obrigar o consumidor vulnerável a onerar sua relação de dependência com a cadeia de fornecimento sob a marca “MED-UNION”, sem qualquer ampliação dos serviços e/ou benefícios, seria medida ainda mais absurda.

6.2.3 Cadeia de Fornecimento Global Articulada em Rede Marcária por Licenciamento e Transferência de Know-How ou Importação

A sociedade de riscos é uma sociedade de grandes tecnologias que implementaram a globalização econômica, em que a marca tem papel relevante na padronização dos desejos dos consumidores. A universalidade das trocas de bens se apoia nas informações também globais, o que gera a internacionalização da publicidade empresarial e de suas marcas. Assim, há que se considerar que as marcas mundialmente difundidas repercutem nas relações jurídicas travadas em cada mercado consumidor nacional conquistado ou em disputa. Percebe-se o reconhecimento jurisprudencial de que nosso ordenamento jurídico deve ser hábil a dar respostas aos problemas advindos da ordem globalizada. Logo se impõe a novos olhares não limitados que não sejam territorialmente estanques, mas exposto a um contexto concorrencial da globalização que ultrapassa as fronteiras nacionais.

A Catividade Marcária, como demonstrado, serve para identificar um grupo econômico fático que se articula com ações em torno da marca. Se a teoria exposta serviu para se ampliar e consolidar a cadeia de fornecedores de serviço, o mesmo ocorre com a possibilidade de sua utilização para configurar cadeias transnacionais de fornecimento. Por exemplo, a aquisição de um produto de uma marca por consumidor no exterior, em que, já no Brasil, apresenta defeito no produto. Isso forçaria um empresário nacional com estrutura empresarial independente a reparar eventuais danos sofridos? Essa a questão que será aqui analisada.

Nestes casos, inclusive, é muito comum a utilização do argumento de inexistência do mesmo quadro societário, motivo pelo qual se torna dificultosa a tarefa prática de responsabilizar o contratante direto, bem como de caracterizar uma relação de grupo econômico formal entre o fornecedor estrangeiro e o nacional que se utiliza da marca no Brasil. Algumas vezes pode até ter uma relação direta societária, o que se permitiria uma desconsideração da personalidade jurídica ordinária ou inversa. Mas, em outras vezes, não há nada além de um mero contrato de licenciamento marcário, ou simples compartilhamento de marcas fático.

Dentro dessa rede de contratos conexos e padrões ordinários de interpretação do fenômeno da responsabilidade civil, a busca pela individualidade da culpa ou do agente pode oferecer respostas bem distintas quanto ao dever ou não de indenizar - muitas vezes em detrimento da parte mais vulnerável, que é o consumidor. A escolha do produto se deu com base na marca, porém, no Brasil, a pessoa jurídica responsável pelo produto com a mesma marca alega não ter responsabilidade. Isto poderia ser evitado se a marca fosse o fundamento da responsabilidade civil, já que, na hipótese, era o atrativo e decisivo fator de escolha que levou o consumidor a escolher o produto. Foi o que aconteceu no famoso caso da filmadora “PANASONIC”, no qual o STJ decidiu pela responsabilidade de uma pessoa jurídica brasileira quanto ao produto fabricado no exterior, com a menção expressa à “respeitabilidade da marca” e a busca de equilíbrio entre o ônus das “deficiências dos produtos” e o bônus da fruição “de marcas mundialmente conhecidas” –(REsp 63.981/SP, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, Rel. p/ Acórdão Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 11/04/2000, DJ 20/11/2000, p. 296.) (ANEXO A):

DIREITO DO CONSUMIDOR. FILMADORA ADQUIRIDA NO EXTERIOR. DEFEITO DA MERCADORIA. RESPONSABILIDADE DA EMPRESA NACIONAL DA MESMA MARCA ("PANASONIC"). ECONOMIA GLOBALIZADA. PROPAGANDA. PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR. PECULIARIDADES DA ESPÉCIE. SITUAÇÕES A PONDERAR NOS CASOS CONCRETOS. NULIDADE DO ACÓRDÃO ESTADUAL REJEITADA, PORQUE SUFICIENTEMENTE FUNDAMENTADO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO NO MÉRITO, POR MAIORIA.

I - Se a economia globalizada não mais tem fronteiras rígidas e estimula e favorece a livre concorrência, imprescindível que as leis de proteção ao consumidor ganhem maior expressão em sua exegese, na busca do equilíbrio que deve reger as relações jurídicas, dimensionando-se, inclusive, o fator risco, inerente à competitividade do comércio e dos negócios mercantis, sobretudo quando em escala internacional, em que presentes empresas poderosas, multinacionais, com filiais em vários países, sem falar nas vendas hoje efetuadas pelo processo tecnológico da informática e no forte mercado consumidor que representa o nosso País.

II - O mercado consumidor, não há como negar, vê-se hoje "bombardeado" diuturnamente por intensa e hábil propaganda, a induzir a aquisição de produtos, notadamente os sofisticados de procedência estrangeira, levando em linha de conta diversos fatores, dentre os quais, e com relevo, a respeitabilidade da marca.

III - Se empresas nacionais se beneficiam de marcas mundialmente conhecidas, incumbe-lhes responder também pelas deficiências dos produtos

que anunciam e comercializam, não sendo razoável destinar-se ao consumidor as consequências negativas dos negócios envolvendo objetos defeituosos.

IV - Impõe-se, no entanto, nos casos concretos, ponderar as situações existentes.

V - Rejeita-se a nulidade argüida quando sem lastro na lei ou nos autos.

(REsp 63.981/SP, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, Rel. p/ Acórdão Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 11/04/2000, DJ 20/11/2000, p. 296)

A decisão acima é considerada um marco na evolução jurisprudencial do tema. Contudo, ainda não foi compreendida em muitas instâncias do judiciário, pois, apesar de seu acerto, o que se percebe é que lhe carece uma fundamentação mais robusta. Ressalte-se que a Panasonic tentou até mesmo ação rescisória atacando a coisa julgada, contudo não logrou êxito (STJ - AR: 2931 SP 2003/0167501-0, Relator: Ministro CASTRO FILHO, Data de Julgamento: 24/08/2005, S2 - SEGUNDA SEÇÃO, Data de Publicação: DJ 01/02/2006 p. 425LEXSTJ vol. 199 p. 33RDR vol. 39 p. 152RDR vol. 38 p. 160REVPRO vol. 136 p. 205.). Da mesma forma, a primeira turma recursal cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul reconheceu o vínculo por meio da marca entre fabricante estrangeira e importadora nacional:

É legítima passivamente a importadora exclusiva de produto estrangeiro, uma vez é parte integrante de negócio globalizado, com extensão mundial, prevalecendo-se da confiança depositada na marca para efetuar seus negócios. Se a empresa nacional beneficia-se da marca do produto defeituoso, deve também honrar com a sua garantia legal.(BRASIL, 2007)BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Recurso Cível nº 71001234657 da 1ª Turma Recursal Cível. Relator: Ricardo Torres Hermann. Porto Alegre, 24 maio 2007.)

Como se vê, em qualquer das conjecturas versadas, a Catividade Marcária é o fundamento das decisões. Trata-se de fundamento objetivo e mais eficiente para o vínculo de responsabilização. Mas ainda que não seja esse o termo usado, os precedentes citados demonstram que a marca pode ser esse vetor responsabilidade. Para tanto, o que se precisa é o encontro de um espaço próprio, no ordenamento jurídico posto, para a fundamentação das decisões, pois, identificando a catividade como *ratio decidendi* dos julgados, esta poderá ser aplicada em hipóteses semelhantes, a fim de oferecer uma tutela mais completa aos direitos dos consumidores, pelo menos quando a marca for elemento atrativo essencial, sendo decisiva manifestação volitiva do consumidor. Ora, esse espaço já foi definido no direito posto com a interpretação dada ao parágrafo único do art. 927, do Código Civil, cumulado com os arts. 7º,

parágrafo único, 25 e 34, do CDC: devem os detentores da marca responder pelos riscos que provocam de forma objetiva e solidariamente. Assim, nessa linha de raciocínio, a Catividade Marcária, aliada à construção da ideia de risco, é capaz de permitir a efetiva proteção do consumidor, com a conquista de sólido território de fundamentação.

6.2.4 Cadeia de Fornecimento Marcária por Concessão Comercial com Autonomia de Estruturação Societária

No exemplo anterior, descreveu-se uma hipótese centrada em uma grande marca mundial. Contudo esse fenômeno de aprisionamento das preferências dos consumidores não ocorre apenas na seara internacional global, porque ele se reproduz, nacionalmente e, até, regionalmente. Mas, no âmbito interno, como já se viu no item 6.1 acima, os problemas também existem. Assim, neste tópico, dada a importância socioeconômica da indústria automotiva no país¹⁵⁵, examina-se especificamente a concessão comercial.

Quando um consumidor adquire um veículo em uma concessionária de uma grande rede automotiva, seja pela antiguidade no mercado, o design, ou preço, a marca costuma ser decisiva na composição da decisão. A confiança, portanto, do consumidor se pauta na marca, normalmente, experimentada em um mercado agressivo e muito visado a nível global. Imagine-se, no entanto, que o veículo adquirido apresente sérios problemas e acabe por, reiteradamente, necessitar reparos. Ao procurar à concessionária que lhe vendeu o bem, o consumidor se depara com o seu fechamento por falência e, sendo seu crédito quirografário pouco privilegiado, há possibilidades consideráveis de não ser ressarcido em eventual ação indenizatória a ser patrocinada. Mas e se uma nova concessionária da marca da rede automotiva acaba de ser instalada na cidade em outro local, com grupo totalmente distintos de sócios investidores? Haveria sucessão de responsabilidade? E a concedente que elege suas concessionárias e é a titular da marca, não seria corresponsável?

¹⁵⁵ Segundo dados do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, no Brasil, o setor automotivo corresponde próximo de 23% do PIB industrial. “A produção mundial de veículos em 2014 foi de 89,7 milhões de unidades, dos quais 3,1 milhões foram produzidos no Brasil, o que o classifica como 8º maior produtor mundial de veículos ,atrás da China, Estados Unidos, Japão, Alemanha, Coréia do Sul, Índia e México. No que tange ao tamanho do mercado, em igual ano o Brasil comercializou 3,4 milhões de veículos, atrás apenas da China (23,4 milhões), Estados Unidos (16,8 milhões) e Japão (5,5 milhões). Porém, no ano corrente (2015), o país apresenta-se como o 7º maior mercado (números disponíveis até março).” (BRASIL, 2016) Em: Disponível em: <<http://www.mdic.gov.br/sitio/interna/interna.php?area=2&menu=327>>. Acesso em: 24 de mar. 2016.

Pelo estabelecimento empresarial, a resposta é negativa, pois a nova concessionária instala-se em local diverso com composição societária distinta. A teoria da desconsideração também poderá ser ineficiente, prejudicando a tutela do consumidor, ainda que a marca do carro tenha sido o elemento central da escolha.

Infere-se disso que a nova concessionária certamente se beneficiará dos casos de sucesso da antiga e do renome construído pela marca, mas não compartilhará os deveres oriundos dos casos de insucesso. Nesse norte, a Catividade Marcária serve de fundamento de responsabilidade entre as concessionárias, como também entre essas e a concedente automotiva, pois todos que compartilham a marca são co-utentes dela em suas atividades. Com base nos casos ilustrados, conclui-se pela aplicabilidade da Catividade Marcária como uma fundamentação teórica de responsabilização civil que possa dar uma resposta efetiva aos problemas tanto do comércio global quanto do nacional, com vistas à proteção ao consumidor pelos danos sofridos por produtos ou serviços defeituosos ou com vícios quaisquer que sejam.

A proteção aos consumidores carece de aperfeiçoamentos para uma abrangência semântica quanto ao risco. As teorias de Beck e Giddens, embora dedicadas com maior ênfase à preocupação de grandes riscos ou riscos civilizatórios como forma de responder às necessidades de uma nova realidade mais complexa, não deixam de reconhecer a existência de outros riscos menores que, individuais ou coletivos, replicam-se exponencialmente, principalmente em grupos mais frágeis. O consumidor como vulnerável universal possui maior predisposição ao dano e detém menos capacidade de absorção dos efeitos do evento danoso. Isso é agravado quando não se facilita a identificação do direcionamento da responsabilidade.

Nesse campo, a Catividade Marcária pode contribuir, entre os riscos de consumo individuais, coletivos ou difusos, para fundamentar a responsabilidade civil empresarial em prol dos consumidores. Por isso, fez-se preciso uma reflexão maior acerca de conceitos como o de “cadeia de fornecimento”, ou mesmo de “grupos econômicos de fato”. Nesse sentido, a Catividade Marcária está apta a fundamentar novas configurações de grupos econômicos fáticos pelo compartilhamento de marcas, sejam eles estrangeiros ou nacionais. No entanto, as estruturas contratuais complexas dos dias atuais criam grupos econômicos formais e informais que são dificilmente identificados pelo mercado de consumo. Justamente quando um consumidor sofre um dano oriundo de uma prestação de serviço, a dificuldade de identificar os membros da cadeia de fornecimento acentua sua vulnerabilidade.

Como visto, o parágrafo único do art. 927, do Código Civil, cumulado com os arts. 7º, parágrafo único, 25 e 34, do Código de Defesa do Consumidor, assegura fundamentação legal

para que os componentes do grupo fático por compartilhamento de marca respondam pelos riscos que provocam de forma objetiva e solidariamente. Assim, nessa linha de raciocínio, a Catividade Marcária aliada celebra um reforço na proteção do consumidor em busca de sua efetiva reparação.

O presente estudo almeja mais que fomentar o debate do alcance da possível utilização da marca como vetor de responsabilidade, mas influenciar na consolidação da tendência dessa funcionalidade social da marca. A questão tem sido enfrentada com dificuldade pelos Tribunais, com decisões conflitantes e com fundamentação nem sempre condizente com a importância do tema debatido. Observe-se o julgado (ANEXO B) a seguir para exemplificar a polêmica existente:

APELAÇÃO - CONTRATO DE COMPRA E VENDA - DEVOLUÇÃO PRESTAÇÕES PAGAS - FABRICANTE - CONCESSIONÁRIA DE VEÍCULOS - FALÊNCIA - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA - INOCORRÊNCIA. Não há como reconhecer a responsabilidade solidária da empresa fabricante que não participa da relação comercial empreendida entre a concessionária e o consumidor final pela falta de entrega do bem. Hipótese em que a concessionária age com autonomia na comercialização do veículo. V.V.: (Des. Antônio Bispo) INDENIZAÇÃO - DANOS MATERIAIS - COMPRA DE VEÍCULO PARA ENTREGA FUTURA - FALÊNCIA DA CONCESSIONÁRIA - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO FABRICANTE DO VEÍCULO - INCIDÊNCIA DO CDC - TEORIA DA APARÊNCIA. A Lei n 6.729/79, conhecida como Lei Ferrari, disciplina a concessão comercial entre produtores e distribuidores de veículos automotores de via terrestre e não tem o condão de interferir na relação consumerista que se estabelece a partir do momento que se concretiza a contratação para a venda do veículo e afastar a incidência do CDC. Aplica-se a teoria da aparência em favor do consumidor que adquire veículo em concessionária que negocia veículos de uma única marca, o que enseja a responsabilidade solidária do fabricante.(TJ-MG - AC: 10349080214613001 MG, Relator: Tiago Pinto, Data de Julgamento: 03/04/2014, Câmaras Cíveis / 15ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 11/04/2014)

Na ementa já ficou exposta a cizânia interpretativa, em que o voto vencido colocava a concedente como corresponsável solidária da concessionária falida que não entregou carro ao adquirente consumidor. No entanto, por maioria, a 15ª Câmara Cível do TJMG entendeu não ter como se reconhecer a aludida responsabilidade solidária, pois a concedente/fabricante não participou da relação comercial com o consumidor final. No voto do Relator, o mesmo consignou que:

Segundo a narrativa inicial, a autora firmou contrato de compra e venda de um veículo com a Ford Auto Boa Vista Ltda., concessionária da requerida. A despeito de pagar as prestações regularmente, a concessionária não entregou o veículo e encerrou suas atividades, sem dar qualquer satisfação aos clientes. Invocando a teoria da aparência, diz que a ré é solidariamente responsável pelos atos de suas concessionárias, ressaltando que "firmou contrato com a concessionária por entender que tal contrato contava com a chancela e garantia da Ford". Com isso, requereu a condenação da ré ao ressarcimento dos danos sofridos. (BRASIL, STJ).(TJ-MG - AC: 10349080214613001 MG, Relator: Tiago Pinto, Data de Julgamento: 03/04/2014, Câmaras Cíveis / 15ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação:11/04/2014)

A fundamentação da pretensão demonstra que a marca “FORD” ocupou o centro da decisão na aquisição do bem. A concessão existente fazia com que a concedente Ford Motor Company Brasil Ltda. tolerasse que a concessionária incorporasse a marca até mesmo em seu nome empresarial “Ford Auto Boa Vista Ltda.”. Contudo, a defesa da concedente, a despeito da apresentação de estratégias de publicidade coordenadas e compartilhamento marcário, sustentou a ilegitimidade passiva, pois seriam sociedades distintas, vinculadas por contrato de concessão comercial, enquanto a relação da consumidora estaria adstrita à relatividade contratual, já que o seu pacto fora firmado somente com a concessionária. A concedente atacava, assim, o nexo de causalidade entre o dano sofrido pela autora e qualquer conduta que pudesse ser imputada como sua.

A sentença de primeiro grau “julgou procedentes os pedidos iniciais para condenar a requerida à devolução dos valores pagos pela autora, a serem apurados em liquidação de sentença.” - é o que consta do relatório. Contudo, em sua fundamentação, o relator reverteu o resultado do processo acreditando:

Soma-se a isso que não há qualquer elemento nos autos que vincule a apelada à fabricante do veículo. Ainda que seja possível enquadrar a apelante no conceito de fornecedor do Código de Defesa do Consumidor, e a apelada no conceito de consumidor, nesse caso a relação de consumo não se travou entre eles, mas sim entre a apelada e a concessionária de veículos. Registra-se que não se verificou qualquer repasse dos valores pagos pela apelada à fabricante do veículo. Os boletos de pagamento não fazem qualquer menção a apelante, nem mesmo como beneficiária. [...] DÁ-SE PROVIMENTO AO RECURSO para julgar improcedentes os pedidos iniciais. Custas processuais, inclusive as recursais, e os honorários advocatícios que ora fixo

em R\$2.000,00 (dois mil reais), pela apelada. Fica suspensa a exigibilidade por litigar sob o pálio da justiça gratuita. (BRASIL, 2016)

A interpretação dada à solução da questão ignora a catividade da marca FORD e faz uma exegese extremamente formal e individualista com base na visualização de estruturas societárias autônomas e de relações contratuais estanques e sob a égide da relatividade contratual. Em outras palavras, o julgado desconhece a Catividade Marcária, não visualiza grupo econômico entre a concessionária e concedente, nem reconhece uma função social externa aos contratos envolvidos (concessão e consumo – compra e venda). Por sua vez, o voto do Des. Antônio Bispo revisor alega:

Assim, nos termos do artigo 18 da Lei 8.078/90 está caracterizada a responsabilidade solidária entre a requerida e a concessionária FORD Auto Boa Vista Ltda. que contratou com a autora a venda de um veículo MARCA FORD (fls. 19/22), em razão da rotulagem ou mensagem publicitária, que induziu o consumidor a entender estar contratando também com o fabricante. [...] Nesse contexto, a responsabilidade civil da montadora concedente decorre não do fato de ter ou não participado efetivamente do indigitado contrato, mas do fato de ter se mantido inerte, permitindo que uma concessionária que levava seu nome firmasse contrato com o consumidor, transmitindo-lhe a aparência de direito de garantia da montadora concedente pelo contrato que estava firmando. Aplica-se ao caso a teoria da aparência, já que restou provada uma situação de fato que levou o consumidor, ao se relacionar com a concessionária, acreditar que o contrato estava garantido pela montadora concedente. (BRASIL, 2016)

A fundamentação do voto divergente e vencido do revisor está totalmente alinhada com a tese da Catividade Marcária. Observa-se a ênfase dada a marca FORD como elemento de realização do contrato, além de que enxergou o nexo de causalidade na permissividade da concedente em que a concessionária que levava seu nome contratasse com aparência de garantia da montadora. Fica cristalino, à luz do relatado na decisão, que não restou dúvida de que a marca fora elemento de orientação na contratação, servindo de farol a indicar o caminho para a parte autora da ação. Claramente, ao não cumprir com o contrato, a concedente quebra o princípio da confiança e impõe que a parte mais vulnerável sofra as consequências mais nefastas economicamente não havendo socialização dos riscos. A temática se mostra por demais incerta nos tribunais, quando no próprio acórdão em análise, o voto vencido citava precedente do STJ, nos seguintes termos:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. COMPRA DE AUTOMÓVEL. CONCESSIONÁRIA. ENTREGA. NÃO OCORRÊNCIA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO FABRICANTE. ART. 18 DA LEI N. 8.078/90. 1.- Em princípio, considerando o sistema de comercialização de automóvel, através de concessionárias autorizadas, são solidariamente responsáveis o fabricante e o comerciante que aliena o veículo. 2.- Tratando-se de responsabilidade solidária, a demanda pode ser direcionada contra qualquer dos co-obrigados. A existência de solidariedade, no entanto, não impede que seja apurado, no caso concreto, o nexo de causalidade entre as condutas dos supostos responsáveis para concluir-se pela responsabilidade de apenas um deles. 3.- Recurso Especial provido para restabelecer a sentença de 1º Grau, que julgou procedente a ação (e-Stj, fls. 169, autos originários, fls. 165). (REsp 1155730/SP, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/08/2011, DJe 09/09/2011).

Observa-se que, anos antes, o STJ já tinha se posicionado pela solidariedade de concedente e concessionária pela não entrega de veículo ao consumidor adquirente com jurisprudência consolidada. O acórdão acima transcrito aponta precedente de 2003, nos seguintes termos:

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. COMPRA DE AUTOMÓVEL NOVO. DEFEITO DE FÁBRICA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO FABRICANTE E DA CONCESSIONÁRIA. ART. 18 DA LEI N. 8.078/90. CASO CONCRETO. RESPONSABILIDADE DA CONCESSIONÁRIA AFASTADA. DECISÃO ANTERIOR IRRECORRIDA. PRECLUSÃO. JULGAMENTO EXTRA-PETITA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. DANOS MORAIS. (...). I - Em princípio, considerando o sistema de comercialização de automóvel, através de concessionárias autorizadas, são solidariamente responsáveis o fabricante e o comerciante que aliena o veículo. II - Tratando-se de responsabilidade solidária, a demanda pode ser direcionada contra qualquer dos co-obrigados. A existência de solidariedade, no entanto, não impede que seja apurado, no caso concreto, o nexo de causalidade entre as condutas dos supostos responsáveis para concluir-se pela responsabilidade de apenas um deles. (...). (REsp 402.356/MA, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 25/03/2003, DJ 23/06/2003)

As decisões do STJ têm sido fundamentadas não na marca, mas na simples interpretação de uma solidariedade imposta pelos arts. 7º, parágrafo único e 34, do Código de Defesa do Consumidor. Acontece, que muitas dessas decisões não apresentam uma

fundamentação adequada, de onde se extrai a ideia de solidariedade e a individualização das condutas. Por isso, se entende que a tese da Catividade Marcária fortaleceria a fundamentação nesses casos. Ademais, o que espanta é a constatação de que, apesar de uma década de decisões consolidadas no STJ - no sentido de que, em “princípio, considerando o sistema de comercialização de automóvel, através de concessionárias autorizadas, são solidariamente responsáveis o fabricante e o comerciante que aliena o veículo” -, os tribunais inferiores ainda decidem de forma diversa em janelas abertas pelo próprio STJ quando no precedente transcrito afirma que “A existência de solidariedade, no entanto, não impede que seja apurado, no caso concreto, o nexo de causalidade entre as condutas dos supostos responsáveis para concluir-se pela responsabilidade de apenas um deles.”.

Ora, a luz da Catividade Marcária não há hipótese de exclusão do nexo de causalidade da solidariedade de ambos (concedente e concessionária), pois a conduta causadora do dano se baseia no compartilhamento marcário que fora decisivo na escolha do consumidor ao optar pelo produto defeituoso. Ou seja, desde o momento que os fornecedores resolveram compartilhar a marca, co-asseguraram que cumpririam as obrigações assumidas com os consumidores. Todos esses precedentes anteriores se basearam na concessão comercial formal com base, portanto, na Lei Ferrari (nº 6.729/1979). A questão pode se tornar ainda mais interessante se analisarmos a possibilidade de uma concessão comercial tácita. A referida legislação impõe que o contrato seja escrito (arts. 16, II e 20).

No entanto, muitas vezes as montadoras fabricantes de automóveis toleram que empresários ostentem suas marcas, por vezes até com compromissos de exclusividade sem que haja a formalização efetiva de uma concessão comercial nos moldes regradados na Lei Ferrari. É preciso compreender que a lei especial citada veio, muito mais, como forma de estabelecer balizas e proteções à rede concessionária que normalmente representa o capital nacional, enquanto a concedentes costumam ser resultantes do capital internacional, já que o mercado automotivo é globalmente oligopolista¹⁵⁶. Portanto, a flexibilização da forma escrita é muito mais prejudicial ao autorizado a usar a marca do grupo (pretendo concessionário fático) que a fabricante – que seria a concedente tácita. Nesse contexto, tem-se um interessante julgado (Anexo C):

¹⁵⁶ Segundo dados do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, a indústria automobilística do Brasil tem apenas 31 fabricantes responsáveis por 1,5 milhão de empregos diretos e indiretos. (BRASIL, 2016) Em: Disponível em: <<http://www.mdic.gov.br/sitio/interna/interna.php?area=2&menu=327>> Acesso em: 24 de março de 2016.

APELAÇÃO CÍVEL - INDENIZATÓRIA - DANOS MATERIAIS E MORAIS - ANTECIPAÇÃO DE TUTELA - VEÍCULO QUE APÓS INÚMEROS REPAROS REALIZADOS PELA 1ª RÉ SE INCENDEIA NA GARAGEM DO 2º AUTOR - AUTORES SÃO IRMÃOS, SENDO O VEÍCULO A ÚNICA FONTE DE RENDA DE AMBOS - SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA - TEORIA DA APARÊNCIA - CONDENAÇÃO SOLIDÁRIA DAS RÉS AO PAGAMENTO DE DANOS MATERIAIS, MORAIS E PERDAS E DANOS - DANOS MORAIS FIXADOS EM R\$15.000,00 (QUINZE MIL REAIS) PARA CADA AUTOR - APELO SOMENTE DO 2º RÉU (MERCEDES BENZ) - AUSÊNCIA DE AMPARO À PRETENSÃO RECURSAL -- MANUTENÇÃO DA SENTENÇA - AGRAVO RETIDO REJEITADO - NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO.1 - Pleito que requer indenização por danos materiais e morais decorrentes de falha na prestação do serviço por parte da 1ª ré (Nadisa Retífica). Veículo tipo microônibus fabricado pela 2ª ré (Mercedes Benz). Inúmeros reparos realizados na oficina da 1ª ré em decorrência de defeitos apresentados. Perda total do veículo em virtude de incêndio iniciado no filtro de combustível, consequência de vazamento de óleo diesel. (...) 3 - Agravo Retido interposto pela 2ª Ré em face de decisão saneadora que indeferiu preliminar de inépcia da inicial, ilegitimidade ativa e passiva, e, falta de interesse de agir. 4 - Apelo somente da 2ª Ré (Mercedes Benz). Arguição de ilegitimidade ativa e passiva, inépcia da inicial e interesse de agir. Preliminar de nulidade da decisão que não acolheu os embargos de declaração por ausência de fundamentação do decisum. No mérito, afirmação de não integrar a 1ª Ré (Nadisa Veículos) o quadro de concessionárias da recorrente. Inaplicabilidade da Teoria da Aparência. (..) 7 - Laudo pericial comprovando a divulgação visual da marca associando as duas rés. Aplicação da Teoria da Aparência. Solidariedade. Incidência das normas protetivas do Código de Defesa do Consumidor. (...)REJEIÇÃO DO AGRAVO RETIDO. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO. (TJRJ - ACÓRDÃO 0000823-87.2003.8.19.0058 – APELAÇÃO Relator SIDNEY HARTUNG BUARQUE - QUARTA CÂMARA CÍVEL Data de julgamento: 06/09/2011 Data de publicação: 12/09/2011)

A decisão acima do TJRJ reconheceu a marca como vínculo caracterizador de uma aparente concessão entre a Nadisa Retífica e a 2ª ré Mercedes Benz. Toda a fundamentação do voto do relator foi centrada na tolerância da global Mercedez Benz em permitir que uma retífica local se utilizasse de sua marca. Para isso, houve a aplicação da teoria da aparência, pois se entendeu legítimo que o consumidor entendesse que a Nadisa Retífica fosse uma concessionária da Mercedes Benz, dada a utilização ostensiva da marca dessa última. Ademais, foi requerido um laudo pericial que atestou a associação (compartilhamento) marcário. Leia-se trecho da fundamentação:

No caso em tela, inobstante os argumentos da apelante de que a 1ª Ré não integrava o quadro de concessionárias da ora recorrente, incide aqui a chamada “Teoria da Aparência”. A utilização da marca Mercedes Benz induziu o consumidor a crer que, de fato, estava contratando com a 2ª ré, não havendo como dissociar a imagem da “Mercedes Benz” da 1ª Ré, NADISA RETÍFICA. Tal fato ficou claramente caracterizado através do laudo pericial quando alegou o *expert, in verbis*: “(...) A empresa Nadisa Retífica é tradicional no ramo de retífica de motores, mesmo não sendo oficialmente uma empresa credenciada Mercedes Benz, ela mantém em seus quadros funcionários e equipamentos que permitem um serviço de qualidade. Tanto que a própria Mercedes Benz, intencionalmente ou não, permitiu que ela continuasse a divulgação visual associando as duas firmas.” Além disso, embora afirme a apelante que não possa responder pelos serviços supostamente defeituosos prestados pela 1ª Ré, ambas as sociedades beneficiam da divulgação da marca uma da outra. (TJRJ - ACÓRDÃO 0000823-87.2003.8.19.0058 – APELAÇÃO Voto do Relator SIDNEY HARTUNG BUARQUE - QUARTA CÂMARA CÍVEL Data de julgamento: 06/09/2011 Data de publicação: 12/09/2011)

A decisão prolatada ainda apresenta outros pontos relevantes quais sejam: a) aplicação do CDC; e b) a solidariedade da fabricante tendo a marca como vetor, mesmo que os serviços reparatórios possivelmente causadores do incêndio fossem realizados por empresa não concessionária. Quanto à questão da relação de consumo, o que chama a atenção é que se aplicou a teoria maximalista, pois foi reconhecido que, em relação aos irmãos proprietários, “o referido veículo constitui a única fonte de renda de ambos”. Assim, utilizava-se o microônibus para uma atividade produtiva, o que costuma descaracterizar a relação de consumo para os adeptos da teoria finalista.

Por sua vez, ao se observar a jurisprudência consolidada do STJ, no que tange à solidariedade entre concedente e concessionária, há referência a não entrega do veículo ou a veículos com defeito de fábrica, mas não tratam de uma má prestação de serviço da concessionária. Ora, se um veículo não é entregue, pode-se não ter nenhuma ação direta da concessionária quanto ao conhecimento da transação comercial de fato. Sua responsabilidade decorre da Catividade Marcária ou de um dever de fiscalizar as concessionárias que elegeu para ostentar sua marca no mercado. Na hipótese dos defeitos de fábrica, sua responsabilidade é direta, pois a montagem ou fabricação fica ao seu encargo, portanto, ainda, mais natural que seja responsabilizada. Porém, o último caso tratado explicita que “Inúmeros reparos realizados na oficina da 1ª ré em decorrência de defeitos apresentados. Perda total do veículo em virtude de incêndio iniciado no filtro de combustível, consequência de vazamento de óleo diesel.” Ou seja, a fabricante Mercedes Benz foi responsabilizada por má prestação de serviço

da Nadisa Retífica (oficina) que aparentava ser sua concessionária por utilizar a marca mundialmente conhecida. Portanto, trata-se de decisão que avança na responsabilização solidária entre os partícipes da concessão comercial automotiva e que foi possível por se utilizar a marca como vetor.

A decisão referida do TJRJ sofreu recurso especial, contudo não houve o exame da questão a fundo. Embora a ementa do julgado pareça admitir a possibilidade de solidariedade entre a concedente e concessionária via teoria da aparência, tecnicamente, o recurso não foi admitido por encontrar óbice na súmula nº 7, do STJ, conforme se constata abaixo:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO (ART. 544 DO CPC) - RESPONSABILIDADE CIVIL - SOLIDARIEDADE DO DEVER DE INDENIZAR - RECONHECIMENTO - TEORIA DA APARÊNCIA - SÚMULA N. 7 DO STJ - INSURGÊNCIA DA RÉ. 1. O egrégio Tribunal origem assinalou o dever de indenizar da recorrente por conta da teoria da aparência. 2. Sendo assim, para acolhimento do apelo extremo, seria imprescindível derruir a afirmação contida no decisum atacado, o que, forçosamente, ensejaria em rediscussão de matéria fática, incidindo, na espécie, o óbice da Súmula n. 7 deste Superior Tribunal de Justiça, motivo pelo qual é manifesto o descabimento do recurso especial. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 166.598/RJ, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 17/09/2013, DJe 30/09/2013)

A súmula nº 7¹⁵⁷ impede que, em sede de recurso especial, haja simples reexame fático-probatório. Portanto, as provas não foram reavaliadas e as questões aqui examinadas não foram enfrentadas pelo relator (ANEXO D). Contudo, espera-se ter demonstrado a importância do tema dada a relevância cotidiana das relações consumeristas no setor automotivo, bem como se evidenciou a utilidade da Catividade Marcária, que pode servir de fundamento hábil a fortalecer a tendência já demonstrada da responsabilidade solidária entre os partícipes da concessão comercial.

¹⁵⁷ STJ - Súmula 7: A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.

6.3 CATIVIDADE MARCÁRIA: UMA SÍNTESE PROPOSITIVA

Empreendido o esforço de se estruturar as premissas e bases de uma construção teórica e prática em torno da ideia da marca-risco, resta um último momento de reflexão. Sendo a Catividade Marcária um fenômeno plural com perspectivas socioeconômica e jurídica, nessa última, observou-se a capacidade da marca servir de vetor de responsabilidade empresarial nas cadeias de fornecimento que compartilham marcas.

Afinal, principalmente na seara consumerista, a responsabilidade civil tem a missão de harmonizar uma relação, geralmente, de início, desequilibrada, em prol do pólo mais vulnerável. Justamente, diante da vulnerabilidade do consumidor, qualquer técnica interpretativa do sistema legal, que permita novos instrumentos de suporte à sua reparação, apresenta-se relevante. Marques e Miragem sintetizam um quadro geral preciso do ambiente jurídico em que Catividade Marcária surge:

Um dos elementos diferenciadores que permite melhor a compreensão das relações sob a égide do direito privado é a função dos institutos jurídicos moldados. Em outras palavras, das relações de direito privado podem ser civis, empresariais ou de consumo. E não há como retirar da análise do aplicador da lei a visão funcional destas relações e suas consequências. Há uma mudança de paradigma no fato do direito privado atual concentrar-se não mais no ato (de comércio ou de consumo/destruição) e sim na atividade, não mais naquele que declara (liberdade contratual), mas no que recebe a declaração (confiança despertada), não mais nas relações bilaterais, mas nas redes, sistemas e grupos de contratos. Não se protege a propriedade e a posse *per se*; condiciona-se ou delimita-se esta proteção segundo o atendimento de sua função social. (2012, p. 88).

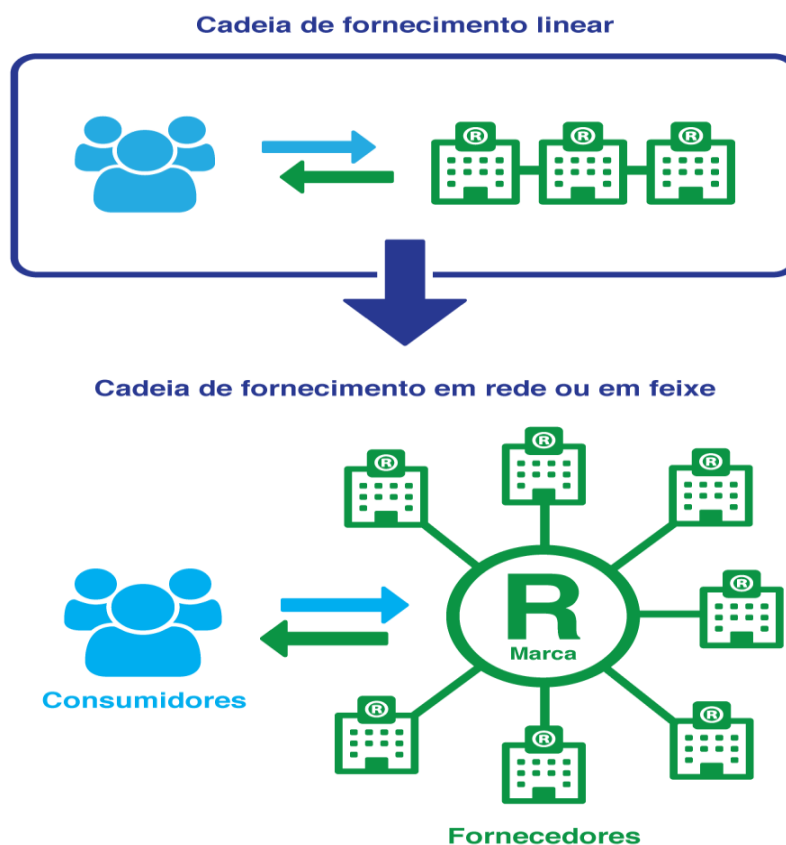
A Catividade Marcária está imersa em um novo direito privado com nítida preocupação funcional a partir da marca em relação às consequências que ela produz quando cativa consumidores em uma rede complexa de fornecimento. É importante se superar a velha e estática ideia das relações jurídicas lineares, inclusive no Direito do Consumidor. Outras propostas vêm surgindo, como por exemplo a de Rangel e seu consumo sustentável helicoidal, que transcende a linha rígida relacional:

Desse contexto surge a necessidade de transcender o consumo linear por meio de novo arquétipo modelar alinhado à sustentabilidade e capaz de evidenciar as interfaces entre o mercado e o meio ambiente. O modelo jurídico teórico-imagético helicoidal de relação de consumo se mostra mais adequado para ilustrar as complexas e dinâmicas relações interssistêmicas e

intergeracionais entre consumo, sociedade e meio ambiente. (RANGEL, 2016, p. 236)

No que tange à Catividade Marcária, da mesma forma, não se estreita o foco para mera relação linear consumidor com seu fornecedor imediato, mas com um fornecedor *bystander* mediato: o grupo econômico de fato que partilha a marca. Esta é uma relação, nitidamente, em rede, em que, nela, o consumidor está aprisionado, pois fora cativado pelos seus próprios anseios previamente estudados e capturados pelos fornecedores que se agrupam por detrás de um escudo marcário. Faz-se possível uma demonstração imagética da evolução que se pretende impulsionar com a tese aqui exposta, superando-se a cadeia linear para se constatar a cadeia de fornecimento em feixe ou em rede. Assim, eis a síntese figurativa da evolução proposta:

FIGURA XVI– EVOLUÇÃO DA CATIVIDADE MARCÁRIA



FONTE: Pesquisa Direta

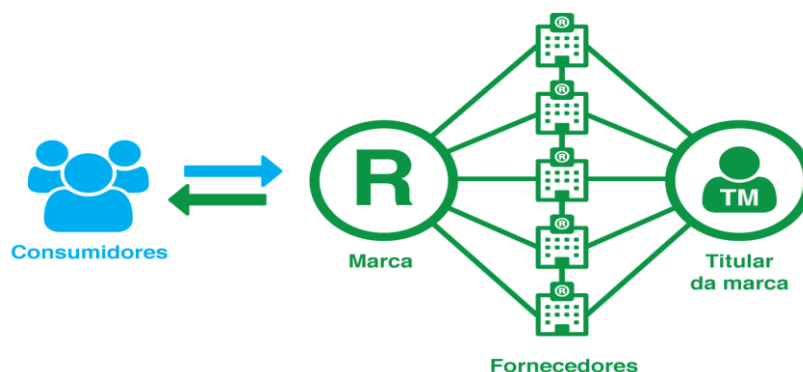
A ideia de uma cadeia de fornecimento linear não se adéqua mais ao tempo atual. A realidade impõe uma revisão nesse conceito simplista, para que a vulnerabilidade latente dos consumidores expostos aos riscos não controlados pelos fornecedores possa ser amenizada. A harmonização de uma relação jurídica, não raras vezes, faz necessário dotar uma das partes de instrumentos reativos para aplacar a força ou poder exagerado exercido pela outra. Um novo olhar sobre as cadeias de fornecimento se faz necessário. Franca Filho expressa a necessidade de se ir além do que está expresso na letra da lei ao concluir que, “O direito, por conta dessa indispensável sensibilidade, está muito longe de ser apenas ‘sola escriptura’; o direito é também a constante busca pela intuição emocional do justo.” (FRANCA FILHO, 2011, pp. 88-89). Ao agrupar os compartilhadores de uma marca, a Catividade Marcária promove uma atenuação na assimetria de poderes e tensões existentes entre consumidores e fornecedores corresponsáveis.

O grupo econômico de fato dos co-utentes marcários configura uma cadeia não linear ou em rede, pois são, justamente, unidos ou conectados pelos interesses que depositam na imagem da marca. Trata-se de um fornecimento em feixe de ofertas, em que concorrentes coordenados de capital autônomo se articulam sob a diretriz de uma marca. Essa nova configuração representa a ampliação do conceito de fornecedor nas relações de consumo e, perpassando pela questão da responsabilidade solidária, acaba por proporcionar mais segurança jurídica à atividade de consumo, pois amplia consideravelmente a chance de compensação ou ressarcimento do consumidor.

O que se constata é que as pessoas escolhem seus produtos e serviços levando em conta as marcas. As lojas e seus títulos de estabelecimentos são, quase sempre, marcas. O consumidor só conhece a marca, não sendo informado das estruturas empresariais, societárias ou não, que estão por detrás das marcas. A relação de consumo, por isso, pauta-se na marca, pois é com ela que se referencia o consumidor. O fornecedor passa, assim, a ser a marca, ou seja, o grupo que compartilha o mesmo signo empresarial.

Mesmo havendo um fornecedor direto, um dos compartilhadores, há uma série de outros partícipes da mesma rede que são fornecedores *by standers*, ou seja, estão próximos da relação direta de consumo e dela se beneficiam com o fortalecimento da marca. Portanto, podem esses fornecedores *by standers*, igualmente, responder pelos danos causados por qualquer partícipe da cadeia em rede que se entrelaçam. Propõe-se um novo modelo imagético para a responsabilidade civil por Catividade Marcária nas relações de consumo:

FIGURA XVII – CATIVIDADE MARCÁRIA COMO VETOR DE RESPONSABILIDADE CIVIL



FONTE: Pesquisa Direta

Quanto à possível crítica de uma excessiva oneração da atividade empresarial por danos praticados por outrem (co-utente da marca), respeitosamente não há razão para esse temor. Primeiro, que a ação não é de outrem, mas própria. No entanto, está atribuída, aqui, ao grupo de compartilhamento marcário. Segundo, a atividade econômica no sistema capitalista costuma melhor se autotutelar quando sabe que está diante de riscos econômicos, inclusive derivados de decisões judiciais. Por isso, como ressalta Cunha, embora tratando de temática diversa (*punitive damage*), as legislações e/ou suas interpretações podem ter o caráter de *law enforcement* – regulação que fomento o respeito ao Direito – com um imperativo ético-moral bem elevado de indução às práticas socialmente desejadas (2012, p. 104). A Catividade Marcária, ao reforçar uma responsabilidade solidária em rede, faz com que o próprio grupo atente para a licitude de suas práticas internamente, uma vez que a repercussão de um ilícito recai em todos. Finalmente, espera-se que esse novo modelo de configuração da relação jurídica de consumo torne a proteção aos consumidores mais efetiva.

6.4 CONCLUSÕES FINAIS DO CAPÍTULO

Chegou a oportunidade de se discorrer acerca da CATIVIDADE MARCÁRIA COMO VETOR DE RESPONSABILIDADE VIA CADEIA DE FORNECIMENTO NÃO LINEAR. Conclui-se pela sua total adequação ao direito posto, servindo assim a Catividade Marcária como fundamento da responsabilidade civil empresarial por risco em prol dos consumidores.

A aplicabilidade prática também foi demonstrada por meio de um estudo de uma casuística exemplificativa. Observou-se sua utilidade tanto na cadeia de fornecimento de produtos como de serviços, em ambos os casos, mesmo quando os membros do grupo de compartilhamento marcário apresentam autonomia de estruturação societária e praticam gestões autônomas. Da mesma forma, houve o exame e validação da Catividade Marcária para solução de casos pontuais como na identificação da cadeia de fornecimento global articulada em rede marcária por licenciamento e transferência de Know-how ou importação. Também se observou a praticidade da teoria exposta na configuração de cadeia de fornecimento marcária por concessão comercial.

Finalmente, apresentou-se, via Catividade Marcária, uma síntese propositiva para se superar a ideia de uma cadeia de fornecimento linear. O contexto da sociedade de risco impõe, sob pena de agravamento da vulnerabilidade dos consumidores, a defesa de seus interesses quando diante de uma cadeia de fornecimento aparente aglutinada pela marca co-utilizada. O fornecimento hoje opera em múltiplas formatações, entre elas, demonstrou-se a viabilidade de se configurar uma cadeia não linear ou em rede formada por fornecedores que agem sob a mesma marca. Sem dúvida, a Catividade Marcária permite um alargamento positivo do conceito de fornecedor para implementação, em prol do consumidor, de uma responsabilidade solidária pelos danos que lhe forem causados por qualquer partícipe da cadeia.

A Catividade Marcária representa uma nova perspectiva da função social da marca na era *Times Square*, a marca-risco que deve agasalhar seus efeitos negativos sob o consumidor cativado em complexas redes de compartilhamento marcário. O que se obtém, ao crepúsculo das ideias lançadas, é um cenário de proteção mais efetiva aos consumidores. Afinal, a memorável e marcante lição de Antoine de Saint-Exupéry (2015, p. 74), através da personagem Pequeno Príncipe, mostra-se atual: “Tu te tornas eternamente responsável por aquilo que cativas”. Portanto, se os fornecedores da era Times Square estão licenciados a fabricar sonhos, que possam, responsavelmente, amparar aqueles que, eventualmente, frustram.

CONCLUSÕES

A tese exposta é de que Catividade Marcária como fenômeno referencial do mercado de consumo serve de prático e objetivo vetor de responsabilidade civil dos fornecedores na sociedade de risco em prol dos consumidores. Ao longo dos capítulos da tese, diversos institutos foram analisados e os fundamentos jurídicos dessa adequação da marca na configuração de uma nova relação de consumo foram examinados. Assim, ao final desse percurso, propõem-se as seguintes conclusões por tópicos:

1. O hegemônico sistema econômico capitalista resulta inexoravelmente nas multiplicações dos riscos que são incontroláveis e causadores de danos, desde os altos perigos criados, que põem em risco a civilização, até os menores, que, embora individuais, replicam-se exponencialmente, principalmente em grupos socialmente mais frágeis. Esses grupos sociais possuem maior predisposição ao dano, e, pior, sua situação os coloca em desvantagem mais acentuada, ainda, quanto à capacidade de absorção do evento danoso.
2. Os grupos empresariais econômicos se aliam em complexas redes de contratos, orquestrando-se interesses comuns, em que o consumidor, no entanto, não consegue visualizar a forma organizacional dos grupos econômicos formais e informais com clareza, evidenciando uma assimetria informacional que lhe é desfavorável;
3. A marca se presta à identificação ou associação entre empresários de forma objetiva e prática; portanto há nítida potencialidade de consolidação de uma nova concepção de uma organização empresarial não formal ou grupo econômico de fato pelo fenômeno de compartilhamento das marcas, servindo de instrumento de proteção aos grupos vulneráveis via fenômeno da responsabilização civil;
4. A marca, como toda propriedade, também deve ser reinterpretada por uma função social que deve ser evolutiva. A função social marcária pode construir sólido pavimento no processo de responsabilização empresarial via a tese da Catividade Marcária como vetor de responsabilidade empresarial;
5. A Catividade Marcária socializa a marca por meio de assunção de riscos empresariais entre aqueles que patrocinam e fruem de seu compartilhamento via as mais variáveis modalidades contratuais;

6. Conceitos tradicionais de responsabilização podem ser adaptados para atender a nova realidade de cadeias de fornecimento complexas em prol da parte mais vulnerável da relação de consumo, é o que se instrumentaliza via Catividade Marcária;
7. Há respaldo legal que dê suporte ao uso da Catividade Marcária na hipótese de responsabilização por riscos com fulcro no parágrafo único do art. 927, do Código Civil, bem como na seara consumerista - mais especificamente, nos arts. 7º, parágrafo único, 25 e 34 do CDC;
8. Na Catividade Marcária, supera-se a consolidada vertente liberal da marca-propriedade, e se passa em pensar na marca-risco. Essa redefinição da marca e da responsabilidade civil atende à tutela dos direitos e aos objetivos constitucionais de construção de uma sociedade mais justa e solidária, embora não refratária da manutenção do sistema econômico e concorrencial com base na propriedade privada, mas com efetiva função social.
9. O estabelecimento de uma fundamentação jurídica para redistribuir os ônus empresariais entre os propagadores das mesmas marcas responde à justiça distributiva, já que esses mesmos sujeitos repartem os benefícios da marca comum. Ao promover uma redistribuição dos ônus empresariais entre os membros da cadeia de fornecimento, a Catividade Marcária contribui para a efetiva tutela reparatória do consumidor;
10. A Catividade Marcária avulta de importância e atualidade, visto que se afina com os entendimentos vanguardistas acerca da redefinição da regulação econômica em busca do desenvolvimento humano e sua sintonia com as novas relações engendradas na sociedade globalizante, de forma a evitar que as injustiças sociais sejam aprofundadas, constituindo-se o Direito num instrumento de harmonização social e equilíbrio das relações;
11. A teoria da Catividade Marcária pode se aprofundar e ser fundamento para a responsabilização empresarial nas relações de consumo. A responsabilidade civil consumerista precisa rever seus conceitos tradicionais para buscar responder aos desafios da sociedade de risco, com suas cadeias de fornecimento em feixe ou cadeia e de difícil individualização de condutas;
12. Respalhando-se em posicionamentos jurisprudenciais, intentou-se demonstrar que o campo de aplicabilidade da Catividade Marcária é amplo e merece ser mais

investigado em sua casuística, podendo transbordar o próprio direito do consumidor em prol de outros grupos em situação de vulnerabilidade;

13. A ideia esposada milita em favor de uma regulação econômica desenvolvimentista na sociedade de risco, de forma a evitar que estes, embora sejam sociais, recaiam, insistentemente, com maior incidência em grupos vulneráveis.

A complexidade da temática da Catividade Marcária, pelas diversas implicações jurídicas que seus desdobramentos provocam, justifica a continuação deste estudo em outra oportunidade acadêmica. No entanto, para fins do estudo proposto, espera-se ter sido possível a estruturação de um novo olhar sobre a marca e sua funcionalidade social, ao comprovar a possibilidade de que o titular e co-utentes da marca se tornam responsáveis pelos danos causados aos consumidores que esta cativou.

REFERÊNCIAS

AAKER, David. **Relevância de marca:** como deixar seus concorrentes para trás. Porto Alegre: Bookman, 2011.

ABRÃO, Nelson. **Da franquia comercial.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

ABRAHAM Lincoln Online. Disponível em: <abrahamlincolnonline.org>. Acesso em: 06 de fev. 2013.

ALBINO DE SOUSA, Washington Peluso Albino de. **Direito Econômico.** São Paulo: Saraiva, 1980.

ALVES, Waldon Volpiceli. **Uma Breve História das Crises Econômicas.** Rio de Janeiro: Sinergia, 2011.

ALVIM, Arruda, [et. Al.]. **Código do Consumidor Comentado e Legislação Correlata.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

AMIN FERRAZ, Daniel Amin. O grupo de sociedades: mecanismo de inserção da empresa transnacional na nova ordem econômica internacional. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 9, n. 1, pp. 15-25, jan./jun. 2012.

AGUILLAR, Fernando Herren. Direito Econômico e Globalização. In: SUNDFELD, Carlos Ari; VIEIRA, Oscar Vilhena (Coords.). **Direito Global.** São Paulo: Max Limonad, 1999. pp. 269-278.

ALEXANDRE, Agripa Faria. **A dinâmica da sociedade de risco segundo Antony Giddens e Ulrich Beck.** **Geosul**, Florianópolis, v. 15, n. 30, p. 150-167, jan. 2000. ISSN 2177-5230. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/geosul/article/view/14312>>. Acesso em: 09 Jun. 2015.

APPLETON, Kate; RICO, Beattie; ADRIEN, Glover; LYNDSEY, Matthews; JOSUÉ, Pramís; SHIELDS, Ann. **Abraçar a sabedoria das multidões, adicionando atrações do mundo mais visitados turísticas à sua lista de balde.** Disponível em: <<http://www.travelandleisure.com/articles/worlds-most-visited-tourist-attractions/1>>. Acesso: 05 de Abril 2013.

ARENDT, Hannah. **Origens do Totalitarismo.** Tradução: Roberto Raposo São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

_____. **A Condição Humana.** Tradução Roberto Raposo. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

ARGENTINA. **Lei n. 24.240 de 13 de outubro de 1993.** Disponível em: <<http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/638/texact.htm>>. Acesso em: 31 de mar. de 2016.

ATIENZA, Manuel. **Marx y los Derechos Humanos**. Madrid: Mezquita, 1983.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2010.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1990.

BATISTA, Paulo Nogueira. **O CONSENSO DE WASHINGTON**: A visão neoliberal dos problemas latino-americanos (1994). Disponível em: <http://www.usp.br/fau/cursos/graduacao/arq_urbanismo/disciplinas/aup0270/4dossie/nogueira94/nog94-cons-washn.pdf>. Acesso em: 15/01/2016.

BATEY, Mark. **O Significado da Marca**: como as marcas ganham vida na mente dos consumidores. Rio de Janeiro: Best Business, 2010.

BAUMAN, Zigmunt. **Identidade**. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2005.

_____. **Capitalismo parasitário**. Trad. Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2010.

BBC. **Times Square vira zona de pedestres**. Disponível em: <http://www.bbc.co.uk/portuguese/multimedia/2009/05/090525_timesquareebc.shtml>. Acesso: 05 de Abril 2013.

BECK, Ulrich. **Ecological Politics in an Age of Risk**. Cambridge: Polity Press, 2002.

_____. **Sociedade de Risco**: rumo a uma outra modernidade. São Paulo: Editora 34, 2013.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. Arts. 12 a 27. In: OLIVEIRA, Juarez de. (Coord.). **Comentários ao Código de Proteção do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1991.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento**: uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005.

BERLIN, Isaiah. **A força das ideias**. Trad. Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

_____. **La Traición de la libertad** - seis enemigos de la libertad humana. Trad. Maria Antonia Neira Bigorra. México: Fondo de Cultura Económica, 2006.

BERTOLDI, Marcelo. **Curso avançado de direito comercial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BÍBLIA. Português. **Bíblia Sagrada**: Nova tradução na linguagem de hoje. Barueri: Sociedade Bíblica do Brasil, 2000.

BITTAR, Carlos Alberto; BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Tutela dos Direitos da Personalidade e dos Direitos Autorais nas Atividades Empresariais**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BHAGWATI, Jagdish. **Termites in the Trading System**: how preferential agreements undermine free trade. New York: Oxford University Press, 2008.

BITTAR, Carlos Alberto. **Tutela dos Direitos da Personalidade e dos Direitos Autorais nas Atividades Empresariais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BOBBIO, Norberto. **Locke e o Direito Natural**. Brasília: UnB, 1977.

_____. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. **Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant**. São Paulo: Mandarim, 2000.

_____. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Brasília: UnB, 2006.

_____. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Maria Celeste C. J. Santos. 10 ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

BONAVIDES, Paulo. Os Direitos Humanos e a Democracia. **In Direitos Humanos como Educação para a Justiça**. *Reinaldo Pereira e Silva org.* São Paulo: LTr, 1998.

_____. et al. **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito Societário**. 10. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

BORGES, Luciana. **Regime Internacional de Propriedade Intelectual**: imposição normativa estadunidense através das cláusulas *TRIPS-plus*. (TCC de Graduação de Direito) João Pessoa, UNIPE/PB. 2015.

BOTREL, Sérgio. **Direito Societário Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2009.

BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.

BRASIL. **Código Comercial**. Lei nº 556, de 25 de junho de 1850. Código Comercial. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/LEIS/L0556-1850.htm> Acesso em: 20 de fevereiro de 2016.

_____. **Código Civil**. Disponível em: <planalto.gov.br>. Acesso em: 05 junho 2015.

_____. **Leinº 8.955 de 15 de dezembro de 1994**. Dispõe sobre o contrato de franquia empresarial (franchising) e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8955.htm>. Acesso em: 05. ago. 2015.

_____. **Código de Defesa do Consumidor.** Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm> Acesso em: 20 de fevereiro de 2016.

_____. **Código Tributário Nacional.** Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/ccivil/Leis/L5172.htm>> Acesso em: 20 de fevereiro de 2016.

_____. **Consolidação das Leis do Trabalho.** Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del5452.htm>> Acesso em: 20 de fevereiro de 2016.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988).** Brasília: Senado Federal, 2016.

_____. **Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976.** Dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/CCIVIL/LEIS/L6385.htm>> Acesso em: 20 de fevereiro de 2016.

_____. **Lei nº. 8.884, de 11 de junho de 1994.** Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/ccivil/LEIS/L8884.htm>> Acesso em: 20 de fevereiro de 2016.

_____. **Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996.** Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/CCIVIL/Leis/L9279.htm>> Acesso em: 20 de fevereiro de 2016.

_____. **Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998.** Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/CCIVIL/LEIS/L9610.htm>> Acesso em: 20 de fevereiro de 2016.

_____. **Decreto nº 22.989, de 26 de Julho de 1933.** Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/CCIVIL/LEIS/L9610.htm>> Acesso em: 20 de fevereiro de 2016.

_____. **Decreto n. 1.355, de 30 de dezembro de 1994.** Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/CCIVIL/LEIS/L9610.htm>> Acesso em: 20 de fevereiro de 2016.

_____. **INMETRO.** Disponível em: <<http://www.inmetro.gov.br/>>. Acesso em: abr. 2016.

_____. **ABNT.** Disponível em: <<http://www.abnt.gov.br/>>. Acesso em: abr. 2016.

_____. **Manual de Marcas**. Disponível em: <<http://www.inpi.gov.br/>>. Acesso em: abr. 2016.

_____. **Ferrari**. Disponível em: <<http://www.ferrari.com/>>. Acesso em: abr. 2016.

_____. **Lei 9.279/1996**. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/CCIVIL/LEIS/L9610.htm>> Acesso em: 20 de fevereiro de 2016.

_____. **STJ**. AgRg no AREsp 486.376/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/06/2014, DJe 14/08/2014.

_____. _____. REsp 406.763/SP, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/09/2002, DJ 11/11/2002, p. 212.

_____. _____. REsp 1258662/PR, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 02/02/2016, DJe 05/02/2016.

_____. _____. REsp 1418171/CE, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 01/04/2014, DJe 10/04/2014.

_____. _____. AgRg no AREsp 144.028/SP, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, DJe 14/4/2014.

_____. _____. AgRg no AREsp 486.376/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/06/2014, DJe 14/08/2014.

_____. **Fundo Soberano do Brasil (FSB)**. Lei 11.887/2008 (LEI ORDINÁRIA) 24/12/2008. Disponível em: <legislação.planalto.org.br>. Acesso em: 22 maio 2013.

_____. **MJ**. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: 18 mar. 2013.

BREMMER, Ian. **The End of the Free Market: who wins the war between States and Corporations?** New York: Portfolio, 2010.

BRITO, Beatriz Gontijo de. **Concentração de Empresas no Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BUGARELLI, Waldírio. **Estudos e Pareceres de Direito Empresarial: O Direito das Empresas**. 1. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

_____. **Problemas de direito empresarial moderno**: contratos comerciais, falências e concordatas, propriedade industrial, concorrência desleal e proteção ao consumidor, responsabilidade civil, títulos de crédito e sociedades. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

_____. **Concentração de empresas e direito antitruste.** 3.ed. São Paulo: Atlas, 1997.

CABRAL, André Luiz Cavalcanti. **Ilícito Concorrencial na Publicidade Comparativa.** UFPB: João Pessoa, 2006.

_____. **Humanização do Direito Civil Constitucional.** Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer Feitosa et. all (org). Florianópolis: Conceito Editorial, 2014a.

_____. O fenômeno Publicitário: um estudo conceitual e funcional. In: PORTO, Elisabete Araújo (Org.). **Contribuições para a Ciência Jurídica à luz dos Direitos Sociais.** Rio de Janeiro: Publit, 2014. Cap. III, p. 70-95.

CABRAL, André Luiz Cavalcanti; FEITOSA, Maria Luiza Alencar. A marca como categoria do direito do desenvolvimento e seu papel no direito ao desenvolvimento. In: FERRAZ, Carolina. Valença; LEITE, Glauber Salomão; CECATO, Maria Áurea; NEWTON, Paulla Christianne (Org.) **Direito e Desenvolvimento humano sustentável.** São Paulo: Verbatim LTDA, 2013. pp. 51-72.

CAMPOS, Maria Luiza de Sabóia. **Publicidade:** responsabilidade civil perante o consumidor. São Paulo: Cultural Paulista, 1996.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.**3.ed. Coimbra: Almedina, 1999.

_____. _____. 5.ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CARLUCCI, Aída Kelmajer. El sistema dualista de responsabilidad contractual y extracontractual en Argentina. Reflexiones sobre la inconveniencia de su supervivência. In: **Revista Anales Derecho UC:** temas de responsabilidad civil.Santiago, mar. 2008, pp. 29-69..

CARVALHOSA, Modesto. **Direito Econômico.**São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil.** 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CECHIN, Andrei. **A natureza como limite da economia:** a contribuição de Nicholas Georgescu-Roeger. São Paulo: Senac São Paulo/Edusp, 2010.

CHAVES BASTOS, Eduardo Marcos. **Estudos Introdutórios de Direito Econômico .** Aurélio Wander Bastos (Org.). Brasília: Brasília Jurídica Ltda., 1996.

CHEVALIER, Michel; MAZZALOVO, Gérald. **Pró Logo.** São Paulo: Panda Books, 2007.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial.** Vol. 1. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

COMPARATO, Fábio Konder. **Direito Empresarial:** estudos e pareceres. São Paulo: Saraiva, 1995.

CONSTANT, Benjamin. **Da Liberdade dos Antigos Comparada à dos Modernos**. Porto Alegre: L&PM, 1985.

CORREA, José Antonio B. L. Faria. A dimensão plurissensorial das marcas: a proteção da marca sonora na lei brasileira. **Revista da ABPI**, edição de março/abril de 2004. Disponível em: <<http://copat.de/markenformen/eugh-kom/dannemann.pdf>> Acesso em: 06 de fevereiro de 2016.

CORTINA, Adela. **Cidadãos do Mundo**: para uma teoria da cidadania. São Paulo: Loyola, 2005.

COULANGES, Fustel de. **Cidade Antiga**: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e Roma. v. 1. 9.ed. Trad. Fernando de Aguiar. Porto: Imprensa Portuguesa, 1957.

COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del Derecho Procesal Civil**. 4. ed. Buenos Aires: Editorial B de F, 2005.

CRESPIGNY, Anthony de. **Ideologias Políticas**. Trad. Sérgio Duarte. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981.

CRETELLA JÚNIOR, José. **O Estado e a Obrigação de Indenizar**. São Paulo: Saraiva, 1980.

CUNHA, Wladimir Alcebíades Marinho Falcão. **Danos extrapatrimoniais e função punitiva**. (Tese de Doutorado) São Paulo, USP. 2012.

DEL VECCHIO, Giorgio. **Princípios Gerais do Direito**. São Paulo: Líder, 2003.

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. 9. Ed. Salvador: Juspodvim, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais.v. 03, 17.ed., São Paulo: Saraiva, 2002a.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: direitos reais.v. 04, 18.ed., São Paulo: Saraiva, 2002b.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: responsabilidade civil. V.07, 16. ed. São Paulo: Saraiva: 2002c.

DOUZINAS, Costas. **O Fim dos Direitos Humanos**. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

DUPAS, Gilberto. **Ética e Poder na Sociedade da Informação**. 2.ed. São Paulo: Editora UNESP, 2002.

DUVAL, Hermano. **Concorrência Desleal**. São Paulo:Saraiva, 1976.

EFE. **Pesquisa Mostra que 65% da Flórida Apoia Lei que Permite Matar em Defesa Própria.** Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/efe/2012/07/16/pesquisa-mostra-que-65-da-florida-apoia-lei-que-permite-matar-em-defesa-propria.htm>>. Acesso: 25 mar. 2013.

EHRDARDT JR., Marcos. **Responsabilidade Civil pelo inadimplemento de boa-fé.** Belo Horizonte: Fórum, 2014.

ELLWOOD, Iain. **O Livro Essencial das Marcas.** São Paulo: Clio Editora, 2004.

ENGELS, Friedrich. **A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado.** Trad. Ciro Mioranza. São Paulo: Escala Educacional, 2009.

ENGISH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico.** 3. ed. Tradução J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1964.

ESTADOS UNIDOS. Disponível em: <<https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements>>. Acesso em: 05/02/2016.

FEITOSA, Maria Luiza Pereira Alencar Mayer. **Paradigmas Inconclusos:** os contratos entre a autonomia privada, a regulação estatal e a globalização dos mercados. Coimbra (Portugal): Coimbra Editora, 2007.

_____. **Direito Econômico da Energia e Direito Econômico do Desenvolvimento. Superando a visão tradicional.** São Paulo: 2012, pp. 25-46.

FEITOSA, Maria Luiza Pereira Alencar Mayer; FRANCO, Fernanda Cristina Oliveira; PETERKE, Sven; VENTURA, Victor Feitosa Alencar Mayer. **Direitos Humanos de Solidariedade:** avanços e impasses. Curitiba: Annris, 2013.

FEITOSA, Maria Luiza Pereira Alencar Mayer; CABRAL, André Luiz Cavalcanti. A marca como categoria do direito do desenvolvimento e seu possível papel no contexto do direito ao desenvolvimento. In: FERRAZ, Carolina Valença et al (Coords.). **Direito e Desenvolvimento Humano Sustentável.** São Paulo: Verbatim, 2013, pp. 51-72.

FAZZIO JUNIOR, Waldo. **Manual de Direito Comercial.** 14. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão; NEWTON, Paulla Christianne da Costa (Org.). **Cidadania Plural e Diversidade:** a construção do princípio fundamental da igualdade nas diferenças. São Paulo: Verbatim, 2012.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição.** 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1983.

_____. **Direitos humanos fundamentais.** São Paulo: Saraiva, 2002.

FERREIRA, Aparecido Hernani. **Responsabilidade do Estado:** reparação por dano moral e patrimonial. Campinas, SP. Servanda Editora, 2006.

FLORES, Joaquín H errera. **Los derechos humanos como productos culturales.** Madrid: Catarata, 2005.

FOUCAULT, Michel. **Em defesa da Sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FRANCA FILHO, Marcílio Toscano. **A cegueira da justiça**: dialogo iconográfico entre arte e direito. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editora, 2011.

GAGLIANO Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. Vol. IV. Tomo 2. São Paulo: Saraiva, 2008.

GIDDENS, Anthony. **Modernidade e Identidade**. Tradução DE Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2002.

GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**: de acordo com o Novo Código Civil (Lei n.10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOYANES, Marcelo. **Tópicos em Propriedade Intelectual**: marcas, direitos autorais, designs, e pirataria. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **O Direto Posto e o Direito Pressuposto**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **O Estado, a Epresa e o Ccontrato**. São Paulo: Malheiros, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini, [et al.]. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri (Org.). **Dicionário Técnico Jurídico**. 2ª ed. São Paulo: Rideel, 1999.

HAYEK, Friedrich August. **Los fundamentos de la libertad**. Trad. José Vicente Torrente. 7ª ed. Madrid: Unión, 2006.

_____. **Camino de Servidumbre**. 3.ed. Trad. José Vergara. Madrid: Alianza, 2011.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade Pressuposta**. São Paulo: USP, 2002.

HISKES, Richard P. **Democracy, Risk, and Community**: Technological Hazards and the Evolution of Liberalism. New York: Oxford University Press, 1998.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil**. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Abril Cultura, 1979.

INPI. **Estatísticas preliminares** – a partir de 2013. Disponível em: <<http://www.inpi.gov.br/estatisticas/estatisticas-preliminares-2013-a-partir-de-2013>>. Acesso em: 04 fev 2016.

IFA. **International Franchise Association**. Disponível em: <<http://www.franchise.org>> Acesso em 02/01/2016.

ISA, Gómez Felipe. **El Derecho al Desarrollo como Derecho Humano**. Bilbao: Universidad de Deusto, 1999.

JACOBS, Jane. **A Natureza das Economias**. Tradução Paulo Anthero Soares Barbosa. São Paulo: Beca Produções Culturais, 2001.

JELLINEK, Georg. **La Declaracion de los Derechos del Hombre y del Ciudadano**. 2. ed. Trad. Adolfo Posada. Granada: Comares, 2009.

JONAS, Hans. **O Princípio Responsabilidade**: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC-Rio, 2015.

JORGE JÚNIOR, Alberto Gosson. **Direito dos Contratos**. 1.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

KAHN, Paul. **El Análisis Cultural del Derecho**. Barcelona: Editorial Gedisa, 2001.

KANT, Immanuel. **Sobre la Paz Perpetua**. 7. ed. Trad. Joaquín Abellán. Madrid: Tecnos, 2005.

_____. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1985.

KIERKGAARD, Sören. **O Desespero Humano**. Trad. Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2003.

KONDER, Carlos Nelson. **Contratos Conexos**. Grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

KOTLER, Philip. **Administração de Marketing**. Trad. Mônica Rosenberg, Brasil Ramos Fernandes, Cláudia Freire. 12. ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2006.

KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. **A Desconsideração e os Grupos de Empresas em alguns Ordenamentos Jurídicos Estrangeiros**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

LALANDE, André. **Vocabulário Técnico e Crítico da Filosofia**. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. **Direito dos Contratos**: Direito Civil.vol.3 São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

LIMA JUNIOR. José Carlos de; MACHADO, Marcos; TOLEDO, Geraldo Luciano.O uso e a proteção de sinais não tradicionais no processo de identificação e diferenciação de uma marca. **Revista Estratégica**, v. 11, n. 1 (2011). Disponível em: <http://estrategica.fAAP.br/ojs/index.php/estrategica/article/view/40/42>> Acesso em: 06 de fevereiro de 2016.

LINDSTROM, Martin. **A Lógica do Consumo**: verdades e mentiras sobre por que comparamos.Tradução Marcello Lino. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009.

LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade civil nas relações de consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. A livre iniciativa e os direitos do consumidor. In: SIMÃO FILHO, Adalberto; DE LUCCA, Newton (Orgs). **Direito Empresarial contemporâneo**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000. p. 137-184.

_____. **Manual de Direito Civil, v. 2**: direito das obrigações e responsabilidade civil. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOBO, Jorge. **Contratos de Franchising**.Rio de Janeiro:Forense, 2000.

LÔBO, Paulo. **Contratos**.São Paulo: Saraiva, 2012.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. Trad. Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2002.

LOPES, Maria Elizabete Vilaça. O Consumidor e a Publicidade. **Revista de Direito do Consumidor** (Coord. Antônio Herman V. Benjamin), vol.1, São Paulo, Revista dos Tribunais, p.149-183, mar.1992.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de Direito Civil**: introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos. Vol.1. 6 ed. rev. e atual. pelo Prof. José Serpa Santa Maria. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A., 1988.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. **Tratado de los Contratos**. Tomo 1. Buenos Aires-Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 1999.

LUTERO, Martinho. **A Liberdade do Cristão**. Trad.Ciro Mioranza. São Paulo:Escala,2007.

MACKEY, Robert. **Holandês Intrigado por falsa alegação de Santorum de eutanásia forçada**. Disponível em: <<http://thelede.blogs.nytimes.com/2012/02/22/dutch-puzzled-by-santorums-false-claim-they-practise-forced-euthanasia/>>. Acesso em: 26 mar. 2013.

MAGALHÃES, Vladmir Garcia. **Propriedade Intelectual: biotecnologia e biodiversidade**. São Paulo: Editora Fiuza, 2011.

MALARD, Neide Terezinha. **Estudos Introdutórios de Direito Econômico**. Aurélio Wander Bastos (Org.). Brasília: Brasília Jurídica Ltda., 1996.

MAMEDE, Gladston. **Direito Empresarial Brasileiro: Empresa e Atuação Empresarial**. Vol. 1, São Paulo: Atlas, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A Antecipação da Tutela**. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Rt, 2006.

MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O Novo Direito Privado e a Proteção dos Vulneráveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARTINS, Fran. **Contratos e Obrigações Comerciais**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

_____. **Curso de Direito Comercial: empresa comercial, empresários individuais, microempresas, sociedades comerciais, fundo de comércio**. Atualizador: Carlos Henrique Abrão. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MARTINS-COSTA, Judith. **Notas sobre o Princípio da Função Social do Contrato**. Revista literária de Direito, n. 37. São Paulo: Jurídica Brasileira, ago/set 2004.

MARX, Karl Heinrich. **O Capital**. Trad. Regis Barbosa e Flávio R. Kothe. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1996.

_____. **Para a Questão Judaica**. Trad. José Barata-Moura. São Paulo: Expressão Popular, 2009.

MESZÁROS, István. **Filosofia, Ideologia e Ciência Social**. Trad. Ester Vaisman. São Paulo: Boitempo Editorial, 2008.

MICHAELIS. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=produto>>. Acesso em: 23 out. 2014.

MIRANDA, Pedro Henrique Marques Villardi; SILVA, Francisco Viegas Neves da; PEREIRA, Amanda Mey Carmo. **Perguntas e Respostas sobre Patentes Pipeline: como afetam sua saúde?** Rio de Janeiro: ABIA, 2009.

MONCADA, Luís S. Cabral de. **Direito Econômico**. 2.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1988.

MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis**. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2002.

MORO, Maitê Cecília Fabbri. Direito de marcas: abordagem das marcas notórias na Lei 9.279/1996 e nos acordos internacionais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**. V. 7.3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

NÁUFEL, José. **Novo Dicionário Jurídico Brasileiro**. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

NEGRÃO, Ricardo. **Manual de Direito Comercial e de Empresa**: teoria geral da empresa e direito societário. v. 1. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

NERO, Patrícia Aurélia Del. **Propriedade Intelectual**: a tutela jurídica da biotecnologia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

NEUMEIER, Marty. **O Abismo da Marca**. São Paulo: Bookman, 2008.

NGUYEN, Tu Thanh. **Competition Law, Technology Transfer and TRIPS Agreement**: implications for developing countries. Cheltenham: Edward Elgar, 2010.

NICZ, Alvacir Alfredo. **A Liberdade de Iniciativa na Constituição**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1981.

NOGUEIRA DE FARIA, A. **Organização de empresas**. Vol. 3. Rio de Janeiro: Distribuidora Record Editora, 1967.

NORMANHA FILHO, Miguel Arrantes. **A propaganda não é a alma do negócio, o marketing sim**: uma abordagem terminológica e conceitual. Dissertação de Mestrado, Centro Universitário Ibero Americano, 2002. Disponível em <<http://revista.unibrasil.com.br/index.php/retdu/article/viewFile/71/101>>. Acesso em: 12 de dezembro de 2014.

NUNES, António José Avelãs. **Neoliberalismo e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia**: introdução ao direito econômico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

NYE, Andrea. **Teoria Feminista e as Filosofias do Homem**. Trad. Nathanael C. Caixeiro. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1995.

ORTIZ, Maria Helena Rodriguez (org.). **Justiça Social**: uma questão de direito. Rio de Janeiro: DP&A, 2004.

PAES, Paulo Roberto Tavares. **Propriedade Industrial**. São Paulo: Saraiva, 1982.

_____. **Direito Empresarial**: estudos e pareceres. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2001.

PEREIRA, Luiz Fernando C. **Tutela Jurisdicional da Propriedade Industrial**: aspectos processuais da Lei 9.279/96. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PIZARRO, Ramón Daniel. Responsabilidad civil del que pone la marca en un producto defectuoso y en un servicio defectuosamente prestado. In: BUERES; A. J.; CARLUCCI, A. K. (Org.). **Responsabilidad por Daños en el Tercer Milenio**: homenaje al professor Doctor Atilio Aníbal Alterini. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1997, pp. 365-377.

PETROBRÁS. Disponível em: <<http://www.petrobras.com.br/pt/quem-somos/nossa-historia/>>. Acesso em: 20 mar. 2015.

PETTER, Lafayette Josué. **Princípios Constitucionais da Ordem Econômica** – o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PIERANGELI, José Henrique. **Crimes contra a Propriedade Industrial e Crimes contra a Concorrência Desleal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PIRES, Marcos Cordeiro. A “nova ordem mundial” e o Consenso de Washington. **Revista Novos Rumos**. Ano 21. Nº 45. pp. 20-29, 2006. Disponível em: <<http://www2.marilia.unesp.br/revistas/index.php/novosrumos/issue/view/175>>. Acesso em: 13/08/2015.

POPPER, Karl Raimund. **A Sociedade Aberta e seus Inimigos**. Trad. de Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia, 1998.

POUND, Roscoe. **Las Grandes Tendências del Pensamento Jurídico**. Tradución y estudio preliminar por José Puig Brutau. Granada: Comares, 2004.

PROUDHON, Pierre-Joseph. **O Que é a propriedade?** 2.ed. Trad. Marília Caeiro. Lisboa: Editorial Estampa, 1975.

QUESSADA, Dominique. **O Poder da Publicidade na Sociedade Consumida pelas Marcas**: como a globalização impõe produtos, sonhos e ilusões. Tradução de Joana A. D. Melo. São Paulo: Futura, 2003.

RABAY, Gustavo. **Direito Processual Constitucional**. Recife: Nossa Livraria, 2005.

RANGEL, Alfredo Ribeiro. **Consumo helicoidal**: da tutela para o consumo à proteção em face do consumo. (Tese de Doutorado) João Pessoa, UFPB. 2016.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. Vol. 1, 25 ed., São Paulo: Saraiva, 2003.

REVISTA ÉPOCA. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EMI240676-15223,00-ESTADO+LTDA.html>>. Acesso em: 29 abr. 2015.

REVISTA EXAME. As 100 Maiores Empresas do Brasil – 2013. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/negocios/empresas/melhores-e-maiores/ranking/2013/>>. Acesso em: 23 abr. 2013.

RIZZATTO NUNES. **Curso de Direito Consumidor**. 2. ed. revista, modificada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2005.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**: responsabilidade civil [De acordo como o novo Código Civil – Lei n. 10.406, de 10-1-2002.]. Vol. 4. São Paulo: Saraiva: 2002.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a Origem e os Fundamentos da Desigualdade entre os Homens**. Trad. Iracema Gomes Soares. Brasília: Universidade de Brasília, 1985.

_____. **Do contrato Social**. Trad. Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2002.

_____. **Do Contrato Social**. Trad. Antônio P. Machado. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

SABBAG, Eduardo de Moraes. **Elementos do Direito**. Direito Tributário. 8.ed. São Paulo: Premier Máxima, 2006.

SAINT-EXUPÉRY, Antonie de. **O Pequeno Príncipe**. Trad. Dom Marcos Barbosa. Ed. 49. Rio de Janeiro: Agir, 2015.

SALOMAO FILHO, Calixto. **Regulação e desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

SARAIVA, Renato. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. São Paulo: Método, 2005.

SOUZA SANTOS, Boaventura de (Org). **A Globalização e as Ciências Sociais**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2002a.

_____. **Poderá o direito ser emancipatório?**. Revista Critica da Ciências Sociais, Coimbra, vol. 65, p. 3 – 76, 2003.

SANTOS, Fernando Gherardini. **Direito do Marketing**: uma abordagem jurídica do marketing empresarial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SCHAAL, Carsten. **The Registration of Smell Trademarks in Europe**: another EU Harmonisation Challenge. Lex E-Scripta (2003). Disponível em: <<http://www.inter-lawyer.com/lex-e-scripta/articles/trademarks-registration-smell-EU.htm>> Acesso em: 06 de fevereiro de 2016.

SCHWAB, Gustav. **As Mais Belas Histórias da Antiguidade Clássica**. São Paulo: Paz e terra, 1995.

SCHMIDT, Lelio Denicoli. Princípios aplicáveis aos sinais distintivos. **Propriedade Intelectual: Sinais Distintivos e Tutela Judicial e Administrativa**. São Paulo: Saraiva, 2007, pp.29-80.

SCHUMPETER, Joseph Alois. **Teoria do Desenvolvimento Econômico**: uma investigação sobre lucros, capital, crédito, juro e o ciclo econômico. Trad. Maria Silvia Possas. São Paulo: Nova Cultural Ltda., 1997.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. 7.ed. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

SÈROUSSI, Roland. **Introdução ao direito inglês e norte-americano**. São Paulo: Landy, 2001.

SHADLEN, Kenneth C. The politics of Patent and Drugs in Brazil and Mexico: the industrial bases of health policies. **Revista Compative Politics**, vol 42, nº 1, outubro/2009, pp. 41-58.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1993.

SILVA PEREIRA, Caio Mário da. **Instituições de Direito Civil**. 14. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010.

SMITH, Adam. **A Riqueza das Nações** - investigação sobre sua natureza e suas causas. Trad. Luiz João Baraúna. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

SMITH, Len Young; MANN, Richard A.; ROBERTS, Barry S. **Business Law and the Regulation of Business**. 4.ed. St. Paul, Minneapolis-USA: West Publishing Company, 1993.

SOARES, José Carlos Tinoco. **Caducidade do registro de marca**: revisão administrativa e revogação do ato administrativo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1984.

_____. **Tratado de Propriedade Industrial**: patentes e seus sucedâneos. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1998a.

_____. **Processo Civil nos Crimes contra a Propriedade Industrial**. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1998b.

_____. **Marcas vs. Nome Comercial**: conflitos. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2000.

SOLOMON, Michael R. **O Comportamento do Consumidor**: comprando, possuindo e sendo. Trad. Luiz Carlos de Queiroz Faria. 9.ed. Porto Alegre: Bookman, 2011.

SOUZA SANTOS, Boaventura de (org). **A Globalização e as Ciências Sociais**. 2 ed. São Paulo: Cortez, 2002.

STOCO, Rui. **Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

TAVARES NETO, José Querino; KOZICKI, Katya. Do “eu” para o “outro”: a alteridade como pressuposto para uma (re) significação dos direitos humanos. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**. Curitiba, nº 47, p. 65-80, 2008.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito do Consumidor**: direito material e processual. 3.ed. São Paulo: Método, 2014.

TOLSADA, Mariano Yzquierdo. La unificación de la responsabilidad civil contractual y extracontractual (visión europea). In: BUERES; A. J.; CARLUCCI, A. K. (Org.). **Responsabilidad por Daños en el Tercer Milenio**: homenaje al professor Doctor Atílio Aníbal Alterini. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1997, pp. 105-111.

TOMUSCHAT, Christian. **Human Rights**: between idealism and realism. 2.ed. Oxford: Oxford University Press, 2008.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

USTR. **Office of United States Trade Representative**. Disponível em: <<https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements>>. Acesso em: 05/02/2016.

UNIÃO EUROPÉIA. **Diretiva Européia nº 2008/95/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de outubro de 2008**. Disponível em: <https://oami.europa.eu/tunnel-web/secure/webdav/guest/document_library/contentPd fs/trade_marks/trade_mark_definition/ctm_directive_en.pdf>. Acesso em: 05 de fevereiro de 2016.

USP. **Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 25 mar. 2013.

VASCONCELOS, Fernando A. **Internet**: responsabilidade do provedor pelos danos praticados. Curitiba: Juruá, 2003.

VASCONCELOS, Fernando A.; CABRAL, André Luiz Cavalcanti. Cativeiro Marcária como fundamento da responsabilidade civil do fornecedor por fato do serviço. In: I ENCONTRO DE INTERNACIONALIZAÇÃO DO CONPEDI, Barcelona, 2014. **Anais**. Barcelona: Conselho Nacional de pesquisa e pós-graduação em Direito, 2014.

VATICAN. Papa Leão XIII. **Carta Encíclica «Rerum Novarum» do Sumo Pontífice**. Disponível em: <http://www.vatican.va/holy_father/leo_xiii/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum_po.html>. Acesso em: 18 mar. 2013.

VATICAN. Papa Pio XI. **Carta Encíclica «Quadragesimo Anno» do Sumo Pontífice**. Disponível em: http://www.vatican.va/holy_father/pius_xi/encyclicals/documents/hf_p-xi_enc_19310515_quadragesimo-anno_po.html>. Acesso em: 18 mar. 2013.

VILLEY, Michel. **Filosofia do Direito:** definições e fins do direito - os meios do direito. Trad. Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WALLERSTEIN, Immanuel. **The Modern World-System.** New York: Academic Press, 1976.

WARNKOENIG, Léopold Auguste. **Instituições de Direito Romano Privado.** Tradução de Antonio Maria Chaves de Mello. Rio de Janeiro: B. L. Garnier Livreiro-Editor, 1863.

WIPO. WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION. Disponível em: <<http://www.wipo.int>>. Acesso em: em 05 de fevereiro de 2016.

ZAKARIA, Fareed. **The Future of Freedom:** liberal democracy at home and abroad. New York: W. W. Norton & Company, 2004.

ANEXO A – STJ - RECURSO ESPECIAL Nº 63.981 - SP**EMENTA**

DIREITO DO CONSUMIDOR. FILMADORA ADQUIRIDA NO EXTERIOR. DEFEITO DA MERCADORIA. RESPONSABILIDADE DA EMPRESA NACIONAL DA MESMA MARCA (“PANASONIC”). ECONOMIA GLOBALIZADA. PROPAGANDA. PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR. PECULIARIDADES DA ESPÉCIE. SITUAÇÕES A PONDERAR NOS CASOS CONCRETOS. NULIDADE DO ACÓRDÃO ESTADUAL REJEITADA, PORQUE SUFICIENTEMENTE FUNDAMENTADO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO NO MÉRITO, POR MAIORIA.

I - Se a economia globalizada não mais tem fronteiras rígidas e estimula e favorece a livre concorrência, imprescindível que as leis de proteção ao consumidor ganhem maior expressão em sua exegese, na busca do equilíbrio que deve reger as relações jurídicas, dimensionando-se, inclusive, o fator risco, inerente à competitividade do comércio e dos negócios mercantis, sobretudo quando em escala internacional, em que presentes empresas poderosas, multinacionais, com filiais em vários países, sem falar nas vendas hoje efetuadas pelo processo tecnológico da informática e no forte mercado consumidor que representa o nosso País.

II - O mercado consumidor, não há como negar, vê-se hoje "bombardeado" diuturnamente por intensa e hábil propaganda, a induzir a aquisição de produtos, notadamente os sofisticados de procedência estrangeira, levando em linha de conta diversos fatores, dentre os quais, e com relevo, a respeitabilidade da marca.

III - Se empresas nacionais se beneficiam de marcas mundialmente conhecidas, incumbe-lhes responder também pelas deficiências dos produtos que anunciam e comercializam, não sendo razoável destinar-se ao consumidor as consequências negativas dos negócios envolvendo objetos defeituosos.

IV - Impõe-se, no entanto, nos casos concretos, ponderar as situações existentes.

V - Rejeita-se a nulidade argüida quando sem lastro na lei ou nos autos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, prosseguindo no julgamento, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, vencidos os Ministros Relator e Barros Monteiro. Votaram com o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira os Ministros César Asfor Rocha e Ruy Rosado de Aguiar.

Brasília, 11 de abril de 2000 (data do julgamento).

Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR. Presidente

Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA. Relator p/ Acórdão

RECURSO ESPECIAL Nº 63.981 - SP**RELATÓRIO**

O EXMO. SR. MINISTRO ALDIR PASSARINHO JÚNIOR: -Início por aproveitar o relatório que integra o acórdão recorrido, **litteris** (fl. 133):

"Apelação interposta por Plínio Gustavo Prado Garcia, postulando em causa própria, visando a reforma da r. decisão de fls. 93/95, a qual julgou extinto o processo com fundamento no artigo 267, VI do CPC, e que o condenou ao pagamento das custas, despesas do processo e honorários, fixados em 10% sobre o valor da causa.

Aduziu, em suas razões recursais, que as preliminaresargüidas se confundem com o mérito, além do que há nulidade da sentença, pela ausência de relatório (sua parte essencial). Mo mérito, afirma que a apelada, Panasonic do Brasil Ltda, deve ser responsabilizada pela qualidade do produto que, por ele, foi adquirido em outro país, para efeitos de sua garantia.

Contra-arrazoados, subiram os autos e, por v. acórdão proferido pela Colenda 5ª Câmara Especial de Julho de 1994 do Primeiro Tribunal de Alçada Civil, os autos foram remetidos a este Egrégio Tribunal."

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo negouprovimento à apelação, entendendo que não estava obrigada a Panasonic do Brasil Ltda. a emprestar garantia a produto produzido e comercializado pela matriz ou filiais no exterior (fls. 136/140).

Inconformado, o autor interpõe recurso especial com base na letra "a" da Constituição Federal, alegando, em síntese, que a empresa ré deve se responsabilizar por defeito de equipamento adquirido em Miami, Estados Unidos da América, porque integra a multinacional com sede em Osaka, Japão, e que, por produzir produtos da mesma marca, colabora indiretamente com a venda dos produtos em terras alienígenas. Diz que se auferem lucros mundialmente, a garantia também deve ser global.

Aduz o recorrente que a decisão contraria os arts. 3º, 6º, IV, 28, parágrafo 5º do Código de Defesa do Consumidor, por não reconhecer os direitos fundamentais alusivos ao adquirente da mercadoria, parte mais fraca na relação de consumo.

Afirma, ainda, que a sentença monocrática é nula, pois deixou de considerar os aspectos apontados na exordial relativamente aos direitos do consumidor, tais como a caracterização de conglomerado multinacional, a conceituação de fornecedor, e à interpretação não restritiva da expressão "colocar o produto no mercado" prevista no art. 12, parágrafo 3º, I, do CDC, de sorte que a omissão, desconsiderada pela Corte **a quo**, importou em ofensa ao art. 458, I e II, do CPC.

Contra-razões às fls. 161/171, sustentando, preliminarmente, a falta de prequestionamento. Acrescenta que a ação deveria ter sido promovida perante a Justiça Norte-Americana, contra a empresa vendedora, e não contra a ré, que não participou da produção, venda e nem assegurou garantia ao produto. Afirma que apesar de vinculadas à mesma matriz, no Japão, tanto a Panasonic Americana como a Brasileira, ora recorrida, são empresas distintas, que elaboram mercadorias próprias, prestando, cada qual, a sua garantia de forma independente. Salienta, mais, que não se enquadra no conceito de fornecedor previsto no art. 3º do CDC, ressaltando que, segundo admite o recorrente, a câmara por ele comprada no exterior era um produto recém lançado, que não tinha similar no Brasil. Esclarece que não houve publicidade enganosa, posto que ao divulgar a marca Panasonic ela o faz referentemente aos produtos que fabrica em território nacional, e que sendo o contrato firmado com o fabricante estrangeiro, inclusive em língua inglesa, é evidente que não pode extrapolar aquele território, referindo-se ao disposto no art. 12, parágrafo 3º, I, do CDC, que exonera a ré quando não haja colocado o produto no mercado. Também assere que não se configura o grupo empresarial do art. 28, parágrafo 5º, do CDC, à míngua de inexistência de registro de "contrato de controle" na Junta Comercial.

O recurso especial foi admitido na instância de origem pelo despacho presidencial de fls. 173/175.

É o relatório.

02.12.99/4ª Turma

RECURSO ESPECIAL Nº 63.981 - SP

VOTO

O EXMO. SR.MINISTRO ALDIR PASSARINHO JÚNIOR (RELATOR): - Como visto do relatório, trata-se de ação ordinária em que se discute o direito do autor, que adquiriu uma máquina filmadora, marca Panasonic, em Miami, Estados Unidos da América, que mais tarde veio a se apresentar defeituosa, tê-la reparada pela Panasonic do Brasil Ltda, em face da garantia dada na venda do produto pela empresa americana.

O recurso especial foi aviado pela letra "a" do permissivo constitucional, alegando-se contrariedade ao art. 458, I e II, da lei adjetiva civil, porque o acórdão teria chancelado sentença nula, bem assim aos arts. 3º, 6º, IV, 28, parágrafo 5º do Código de Defesa do Consumidor.

As questões foram abordadas pelo Tribunal **a quo**, de sorte que satisfeito está o pressuposto do prequestionamento.

O voto condutor do acórdão, relatado pelo eminente Desembargador Toledo César, diz o seguinte (fls. 136/139):

"O autor, que milita em causa própria, em uma viagem aos Estados Unidos, América do Norte, adquiriu uma câmera de vídeo, descrita na petição inicial, da marca Panasonic, com garantia contratual de um ano e que teria apresentado defeito de fabricação.

Imputando à ré um caráter de subsidiariedade com a fabricante, busca o necessário ressarcimento, mas o douto magistrado julgou extinto o processo por considerar a ré parte ilegítima para responder por aqueles danos.

Ainda que a sentença tenha sido bastante lacônica, em termos de relatório, há que se atentar para o fato de que se trata de decisão extintiva do feito e que, nos termos do artigo 459 do CPC, poderá adotar uma forma concisa.

A única omissão foi exatamente do resumo da petição inicial, o que não vem em prejuízo ao autor.

No mais, a matéria preliminar, mesmo, confunde-se com o mérito e a ela estava restrita, inexistindo qualquer nulidade a ser declarada.

Quanto ao apelo, em si, também merece confirmação a respeitável sentença, porque, ainda que a ré passa ser uma empresa subsidiária da fabricante do produto, ou similar àquela que o colocou no mercado, há que se considerar que são personalidades jurídicas distintas, que atuam no comércio internacional, sem qualquer liame por uma responsabilidade subsidiária, como a pretendida pelo autor, ainda que habilmente numa indevida extensão, não só de um pretendido direito constitucional, como de uma proteção do Código de Defesa do Consumidor.

A distinção entre pessoas jurídicas é essencial para a caracterização ou descaracterização de um direito contra uma delas, não arcando a congênere com a responsabilidade pelos atos praticados por outra.

A fabricante poderá ter, no Brasil ou em qualquer outro país, diversas empresas representantes que comercializem os seus produtos, mas, para a responsabilização derivada do Código de Defesa do Consumidor, há a necessidade de que ela tenha sido a veiculadora do produto, ou tenha praticado qualquer dos atos previstos nos artigos 18 e seguintes da Lei 8.078, de 11/09/90.

*A **contrariu sensu**, responde sempre a fabricante, juntamente com o comerciante que proporcionou a venda.*

Mas o que prepondera para a exclusão da responsabilidade da ré é a redação do artigo 12 da mencionada lei, que coloca como responsáveis 'o fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador'.

Em nenhuma dessas hipóteses se insere a pessoa jurídica que, no Brasil, comercializa os bens da fabricante, e, se os fabrica, não serão os mesmos.

Da mesma forma não se caracteriza qualquer das hipóteses do artigo 13, donde não se falar em infração aos artigos 3º, 6º, IV e 28 desse Código, porque a apelada não é fornecedora do bem que teria apresentado o vício, e tem apenas uma relação contratual com fabricante.

Não se poderá dizer que isso ofenda os direitos do consumidor, sequer a então exagerada pretensão da descaracterização da pessoa jurídica, porque a apelada é empresa distinta da fabricante e daquela que vendeu o produto.

Ademais, não foi ela que o colocou no mercado, não se podendo falar em teoria do risco, exatamente por esses mesmos argumentos.

Nos seus comentários ao Código de Defesa do Consumidor, Arruda e Tereza Alvim elencam todas as hipóteses em que a responsabilidade do artigo 18 ocorre, mas essa solidariedade, 'instituto jurídico previsto no Código de Defesa do Consumidor, será aplicada com os contornos estabelecidos na lei civil', contornos esses constantes nos artigos 904/915 do CC, bem como no seu artigo 18 (autores citados, 'Código do Consumidor Comentado', RT).

As pessoas jurídicas nascem, vivem e morrem, como as naturais, e como elas têm diversa estrutura de caracterização, e a lei civil não estabelece solidariedade passiva - sequer a novel legislação - entre duas firmas, apenas porque têm o mesmo nome ou o mesmo interesse comercial.

O que prevalece é o fato de caráter objetivo, ou seja, a responsabilidade pela fabricação, pela venda ou veiculação de qualquer tipo de propaganda do bem especificado.

O mundo comercial evolui e oferece diversas faces, em sua constante mutação.

Surgem, agora, as franquias, e, adotada a tese do apelante, qualquer delas poderia responder por atos da outra, o que seria, igualmente, um contrasenso jurídico.

Mesmo que se tratasse de um conglomerado multinacional, as pessoas jurídicas são distintas, e o princípio da objetividade é o mesmo.

Em face do exposto, negam provimento ao recurso, para manter a r. sentença, pelos seus próprios e jurídicos fundamentos.”

De início, também não identifico nulidade da decisão monocrática, porquanto a mesma se acha fundamentada, não sendo absolutamente viciada pelo fato de haver dado à controvérsia exegese diversa daquela pretendida pela parte autora. E, no tocante ao relatório, conquanto sucinto, tenho que suficiente para atender aos requisitos processuais, mesmo porque suprido eventual defeito pela parte decisória.

Com relação ao mérito propriamente dito, estou em que o aresto merece confirmação.

Os dispositivos legais tidos como afrontados são os seguintes, todos do CDC:

"Art. 3º. Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestações de serviços.

.....

“Art. 6º. São direitos básicos do consumidor:

...

IV - a proteção contra publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços.”

.....

“Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

...

§ 5º. Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores”.

A questão fundamental que surge, é que a mercadoria em discussão - máquina filmadora - não foi nem comprada no Brasil, nem, tão pouco, de empresa que a produziu, comercializou ou garantiu.

Trata-se de uma relação de consumo realizada, por inteiro, em Miami, Estados Unidos da América, em que, circunstancialmente, o autor-recorrente, é domiciliado no Brasil. Tal fato não serve, entretanto, para estender a garantia para outro país, especialmente contra empresa diversa, posto que a Panasonic do Brasil Ltda, ora ré-recorrida, não é a mesma que produziu, comercializou e garantiu o equipamento, mas, sim, a Panasonic Company (fl. 10).

Como, portanto, aplicar um Código de Defesa do Consumidor brasileiro, a um negócio feito no exterior, entre uma empresa estrangeira e um turista brasileiro.

Quando um viajante adquire uma mercadoria estrangeira, ele o faz, usualmente, dentro da sua quota fiscal, sem o pagamento do oneroso imposto de importação, pelo que o bem sai consideravelmente mais em conta que o produto nacional. É uma opção que tem, porém também um risco, exatamente o de comprar um equipamento sem condições de garantia, ou de manutenção dispendiosa.

A atividade da empresa que produz o equipamento no território nacional, a seu turno, se sujeita ao pagamento de impostos nacionais, notoriamente mais elevados que os cobrados no exterior, gerando empregos e divisas para o Brasil.

Não há fundamento jurídico portanto, em que, sem qualquer previsão legal ou contratual, a Panasonic brasileira, que tem determinada linha de produtos, na qual não se insere o modelo de filmadora em comento, que é exclusivo do mercado americano (fl. 18), seja responsabilizada pelo reparo do produto em tela.

Imagine-se, aliás, como seria difícil ou impossível a todas as empresas de um conglomerado, na Europa, Américas do Sul, Central e do Norte, África, etc, manterem estoque de peças e treinamento de pessoal para todo e qualquer produto, ainda que sua fabricação seja específica de apenas um ou poucos países.

Por exemplo, um modelo de automóvel sofisticado produzido nos Estados Unidos pela General Motors e importado autonomamente pelo comprador para o Brasil, teria de ser reparado, gratuitamente, em qualquer concessionária Chevrolet, inobstante o pessoal não tivesse ferramentaria. ou capacitação para tanto. Uma fábrica brasileira de televisores, que fosse filial da empresa brasileira ou americana, teria de reparar uma agenda eletrônica ou bateadeira elétrica da mesma marca, ainda que inteiramente divorciada da sua linha de produtos. E por aí vai...

E o mais grave é que, a prevalecer esse entendimento, todos os produtos contrabandeados, tais como computadores, vídeos-cassete, toca-fitas, *CD players*, *DVD*, etc., serão automaticamente beneficiados, passando a ser garantidos pelas empresas brasileiras da mesma marca.

A sentença monocrática observou, inclusive, que os locais indicados para manutenção do equipamento durante a garantia são situados em cidades e estados norte-americanos, ratificando a territorialidade da garantia naquele país (fl. 94).

Assim, não tenho que a Lei n. 8.078/90 não alcança a relação de consumo contratada no exterior, nos termos aqui configurados (sem ressalva contratual em contrário), inaplicáveis à espécie, por impertinentes ao caso, os arts. 3º e 28, parágrafo 5º, do citado diploma.

E se aplicável fosse o CDC, a incidência seria da regra do seu art. 12, parágrafo 3º, inciso I, que reza:

"§ 3º. O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar:

I - QUE NÃO COLOCOU O PRODUTO NO MERCADO;"

Tão pouco há que se falar em propaganda enganosa, visto que divulgar a marca Panasonic no Brasil, relativamente aos produtos aqui fabricados, não significa, em hipótese alguma, induzir consumidores brasileiros a imaginar que a compra de equipamentos Panasonic no exterior estaria coberta por garantia.

No particular, verifica-se que a compra da máquina filmadora se deu em setembro de 1991, e que antes disso, em março daquele mesmo ano, a empresa ré vinha publicando comunicados nos jornais alertando exatamente para o oposto (cf. fls. 9, 20/21).

Ante o exposto, não conheço do recurso especial.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL Nº 63.981/SP**VOTO**

O SR.MINISTRO BARROS MONTEIRO: Sr. Presidente, vou rogar vênua ao Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira para acompanhar o voto do Sr. Ministro-Relator, que, penso, examinou exaustivamente a questão ora posta.

Trata-se de um equipamento adquirido no exterior e, portanto, não se cuida de um produto nacional. E não vejo, tal como S. Ex^a o Eminent Relator, malferidos os artigos insertos no Código de Defesa do Consumidor no caso presente.

A fabricante deste aparelho (uma filmadora), sediada no Japão, é uma pessoa jurídica distinta daquela que está estabelecida no Brasil. E, tal como S. Ex^a, o Eminent Relator, mencionou, não é caso de desconsiderar-se a personalidade jurídica na forma como estabelece a art. 28 da Lei 8.078, de 1990, pois, no caso, não se pode cogitar de abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos de contrato social.

E há, ainda, mais um aspecto salientado pelo Eminent Relator de que, no caso, a ré não colocou o produto no mercado, incidindo, pois, a norma do art. 12, § 3º, do CDC.

Em suma e em conclusão, estou acompanhando inteiramente o Sr. Ministro-Relator, não conhecendo do recurso.

RECURSO ESPECIAL Nº 63.981 - SP**V O T O****O SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA:**

Ouvi com a merecida atenção a excelente sustentação feita, assim como o duto voto do Sr. Ministro Relator.

Vou pedir vênua, no entanto, para divergir de S. Exa., sem embargo também da rica fundamentação do acórdão impugnado.

São respeitabilíssimas as considerações feitas pelo Sr. Ministro Relator, com a costueira excelência dos seus votos, que me dispense de reproduzir porque acabamos de ouvi-las e integrarão o acórdão, a afastarem a invocada responsabilidade solidária e a incidência das apontadas normas legais, notadamente as concernentes ao Código de Defesa do Consumidor.

Em primeiro plano, também não descortino a argüida nulidade do acórdão do eg. Tribunal de Justiça de São Paulo, por vulneração do art. 458, CPC. Com efeito, desse vício não padece o julgado paulista, suficientemente fundamentado.

No mérito, no entanto, tenho para mim que, por estarmos vivendo em uma nova realidade, imposta pela economia globalizada, temos também presente um novo quadro jurídico, sendo imprescindível que haja uma interpretação afinada com essa realidade. Não basta, assim, a proteção calcada em limites internos e em diplomas legais tradicionais, quando se sabe que o Código brasileiro de proteção ao consumidor é um dos mais avançados textos legais existentes, diversamente do que se dá, em regra, com o nosso direito privado positivo tradicional, de que são exemplos o Código Comercial, de 1.850, e o Código Civil, de 1.916, que em muitos pontos já não mais se harmonizam com a realidade dos nossos dias.

Destarte, se a economia globalizada não tem fronteiras rígidas e estimula e favorece a livre concorrência, é preciso que as leis de proteção ao consumidor ganhem maior expressão em sua exegese, na busca do equilíbrio que deve reger as relações jurídicas, dimensionando-se, inclusive, o fator risco, inerente à competitividade do comércio e dos negócios mercantis, sobretudo quando em escala internacional, em que presentes empresas poderosas, multinacionais, com sucursais em vários países, sem falar nas vendas hoje efetuadas pelo processo tecnológico da informática e no mercado consumidor que representa o nosso País.

O mercado consumidor, não se pode negar, vê-se hoje "bombardeado" por intensa e hábil propaganda, a induzir a aquisição de produtos levando em linha de conta diversos fatores, dentre os quais, e com relevo, a respeitabilidade da marca.

Dentro dessa moldura, não há como dissociar a imagem da recorrida "Panasonic do Brasil Ltda" da marca mundialmente conhecida "Panasonic". Logo, se aquela se beneficia desta, e vice-versa, devem, uma e outra, arcar igualmente com as consequências de eventuais deficiências dos produtos que anunciam e comercializam, não sendo razoável que seja o consumidor, a parte mais frágil nessa relação, aquele a suportar as consequências negativas da venda feita irregularmente, porque defeituoso o objeto.

Claro que há, nos casos concretos, situações a ponderar. **In casu**, todavia, as circunstâncias favorecem o consumidor, pelo que tenho por violado o direito nacional invocado, conhecendo do recurso e, com renovada vênia, lhe dando provimento.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

QUARTA TURMA

Nro. Registro: 1995/0018349-8

RESP 00063981/SP

PAUTA: 02 / 12 / 1999

JULGADO: 02/12/1999

Relator Exmo. Sr. Min. ALDIR PASSARINHO JÚNIOR

Presidente da Sessão Exmo. Sr. Min. RUY ROSADO DE AGUIAR

Subprocurador-Geral da República EXMO. SR. DR. FRANCISCO ADALBERTO NÓBREGA

Secretário (a) CLÓUDIA AUSTREGÉSILO DE ATHAYDE

AUTUAÇÃO

RECTE : PLINTO GUSTAVO PRADO GARCIA

ADVOGADO : PLINTO GUSTAVO PRADO GARCIA (EM CAUSA PROPRIA)

RECDO : PANASONIC DO BRASIL LTDA

ADVOGADO : CARMEM LAIZE COELHO MONTEIRO E OUTROS

SUSTENTAÇÃO ORAL - Sustentou, oralmente, o Dr. Plínio Gustavo Prado Garcia, Recorrente, em causa própria.

CERTIDÃO: Certifico que a egrégia QUARTA TURMA ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Após os votos dos Srs. Ministros Relator e Barros Monteiro, não conhecendo do recurso, e do Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, conhecendo do recurso e lhe dando provimento, pediu VISTA o Sr. Ministro César Asfor Rocha.

Aguarda o Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 2 de dezembro de 1999

SECRETÁRIO (A) **ECURSO ESPECIAL Nº 63.981 - SP (95/0018349-8)**

EMENTA**DIREITO DO CONSUMIDOR. MERCADORIA ADQUIRIDA NO EXTERIOR COM DEFEITO. OBRIGAÇÃO DA EMPRESA NACIONAL DA MESMA MARCA DE REPARAR O DANO.**

A realidade atual indica que estamos vivendo em um mundo de economia globalizada.

As grandes corporações perderam a marca da nacionalidade para se tornarem empresas mundiais. Saíram de provincianismo e alcançaram a universalidade.

Pelas peculiaridades da espécie, a Panasonic do Brasil Ltda. responde pelo defeito de mercadoria da marca Panasonic adquirida no exterior.

Recurso conhecido e provido.

VOTO VISTA**O EXMO. SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA: -**

O eminente Ministro **Aldir Passarinho Junior** assim relatou o feito:

*"Início por aproveitar o relatório que integra o acórdão recorrido, **litteris** (fl. 133):*

‘Apelação interposta por Plínio Gustavo Prado Garcia. postulando em causa própria, visando a reforma da r. decisão de fls. 93/95, a qual julgou extinto o processo com fundamento no artigo 267, VI do CPC, e que o condenou ao pagamento das custas, despesas do processo e honorários, fixados em 10% sobre o valor da causa.

Aduziu, em suas razões recursais, que as preliminares argüidas se confundem com o mérito, além do que há nulidade da sentença, pela ausência de relatório (sua parte essencial). No mérito, afirma que a apelada, Panasonic do Brasil Ltda, deve ser responsabilizada pela qualidade do produto que, por ele, foi adquirido em outro país, para efeitos de sua garantia.

Contra-arrazoados, subiram os autos e, por v. acórdão proferido pela Colenda 5ª Câmara Especial de Julho de 1994 do Primeiro Tribunal de Alçada Civil, os autos foram remetidos a este Egrégio Tribunal'.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo negou provimento à apelação, entendendo que não estava obrigada a Panasonic do Brasil Ltda. a emprestar garantia a produto produzido e comercializado pela matriz ou filiais no exterior (fls. 136/140).

Inconformado, o autor interpõe recurso especial com base na letra "a" da Constituição Federal, alegando, em síntese, que a empresa ré deve se responsabilizar por defeito de equipamento adquirido em Miami, Estados Unidos da América, porque integra a multinacional com sede em Osaka, Japão, e que, por produzir produtos da mesma marca, colabora indiretamente com a venda dos produtos em terras alienígenas. Diz que se auferem lucros mundialmente, a garantia também deve ser global.

Aduz a recorrente que a decisão contraria os arts. 3º, 6º, IV, 28, parágrafo 5º do Código de Defesa do Consumidor, por não reconhecer os direitos fundamentais alusivos ao adquirente da mercadoria, parte mais fraca na relação de consumo.

*Afirma, ainda, que a sentença monocrática é nula, pois deixou de considerar os aspectos apontados na exordial relativamente aos direitos do consumidor, tais como a caracterização de conglomerado multinacional, a conceituação de fornecedor, e à interpretação não restritiva da expressão “colocar o produto no mercado” prevista no art. 12, parágrafo 3º, I, do CDC), de sorte que a omissão, desconsiderada pela Corte **a quo**, importou em ofensa ao art. 458, I e II, do CPC.*

Contra-razões às fls. 161/171, sustentando, preliminarmente, a falta de prequestionamento. Acrescenta que a ação deveria ter sido promovida perante a Justiça Norte-Americana, contra a empresa vendedora, e não contra a ré, que não participou da produção, venda e nem assegurou garantia ao produto. Afirma que apesar de vinculadas à mesma matriz, no Japão, tanto a Panasonic Americana como a

Brasileira, ora recorrida, são empresas distintas, que elaboram mercadorias próprias, prestando, cada qual, a sua garantia de forma independente. Salienta, mais, que não se enquadra no conceito de fornecedor previsto no art. 3º do CDC, ressaltando que, segundo admite o recorrente, a câmara por ele comprada no exterior era um produto recém lançado, que não tinha similar no Brasil. Esclarece que não houve publicidade enganosa, posto que ao divulgar a marca Panasonic ela o faz referentemente aos produtos que fabrica em território nacional, e que sendo o contrato firmado com o fabricante estrangeiro, inclusive em língua inglesa, é evidente que não pode extrapolar aquele território, referindo-se ao disposto no art. 12, parágrafo 3º, I, do CDC, que exonera a ré quando não haja colocado o produto no mercado. Também assere que não se configura o grupo empresarial do art. 28, parágrafo 5º, do CDC, à míngua de inexistência de registro de “contrato de controle” na Junta Comercial.

O recurso especial foi admitido na instância de origem pelo despacho presidencial de fls. 173/175”.

Para não conhecer do recurso. Sua Excelência proferiu o seguinte judicioso voto:

"Como visto do relatório, trata-se de ação ordinária em que se discute o direito do autor, que adquiriu uma máquina filmadora, marca Panasonic, em Miami, Estados Unidos da América, que mais tarde veio a se apresentar defeituosa, tê-la reparada pela Panasonic do Brasil Ltda, em face da garantia dada na venda do produto.

O recurso especial foi aviado pela letra “a” do permissivo constitucional, alegando-se contrariedade ao art. 458, I e II, da lei adjetiva civil, porque o acórdão teria chancelado sentença nula, bem assim aos arts. 3º, 6º, IV, 28, parágrafo 5º do Código de Defesa do Consumidor.

*As questões foram abordadas pelo Tribunal **a quo**, de sorte que satisfeito está o pressuposto do prequestionamento.*

O voto condutor do acórdão, relatado pelo eminente Desembargador Toledo César, diz o seguinte (fls. 136/139):

‘O autor, que milita em causa própria, em uma viagem aos Estados Unidos, América do Norte, adquiriu uma câmera de vídeo, descrita na petição inicial, da marca Panasonic, com garantia contratual de um ano e que teria apresentado defeito de fabricação.

Imputando à ré um caráter de subsidiariedade com a fabricante, busca o necessário ressarcimento, mas o douto magistrado julgou extinto o processo por considerar a ré parte ilegítima para responder por aqueles danos.

Ainda que a sentença tenha sido bastante lacônica, em termos de relatório, há que se atentar para o fato de que se trata de decisão extintiva do feito e que, nos termos do artigo 459 do CPC, poderá adotar uma forma concisa.

A única omissão foi exatamente do resumo da petição inicial, o que não vem em prejuízo ao autor.

No mais, a matéria preliminar, mesmo, confunde-se com o mérito e a ela estava restrita, inexistindo qualquer nulidade a ser declarada.

Quanto ao apelo, em si, também merece confirmação a respeitável sentença, porque, ainda que a ré possa ser uma empresa subsidiária da fabricante do produto, ou similar àquela que o colocou no mercado, há que se considerar que são personalidades jurídicas distintas, que atuam no comércio internacional, sem qualquer liame por uma responsabilidade subsidiária, como a pretendida pelo autor, ainda que habilmente numa indevida extensão, não só de um pretendido direito constitucional, como de uma proteção do Código de Defesa do Consumidor.

A distinção entre pessoas jurídicas é essencial para a caracterização ou descaracterização de um direito contra uma delas, não arcando a congênere com a responsabilidade pelos atos praticados por outra.

A fabricante poderá ter, no Brasil ou em qualquer outro país, diversas empresas representantes que comercializem os seus produtos, mas, para a responsabilização derivada do Código de Defesa do Consumidor, há a necessidade de que ela tenha sido a veiculadora do produto, ou tenha praticado qualquer dos atos previstos nos artigos 18 e seguintes da Lei 8.078, de 11/09/90.

*A **contrariu sensu**, responde sempre a fabricante, juntamente com o comerciante que proporcionou a venda.*

Mas o que prepondera para a exclusão da responsabilidade da ré é a redação do artigo 12 da mencionada lei, que coloca como responsáveis ‘o fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador’.

Em nenhuma dessas hipóteses se insere a pessoa jurídica que, no Brasil, comercializa os bens da fabricante, e, se os fabrica, não serão os mesmos.

Da mesma forma não se caracteriza qualquer das hipóteses do artigo 13, donde não se falar em infração aos artigos 3º, 6º, IV e 28 desse Código, porque a apelada não é fornecedora do bem que teria apresentado o vício, e tem apenas uma relação contratual com a fabricante.

Não se poderá dizer que isso ofenda os direitos do consumidor, sequer a então exagerada pretensão da descaracterização da pessoa jurídica, porque a apelada é empresa distinta da fabricante e daquela que vendeu o produto.

Ademais, não foi ela que o colocou no mercado, não se podendo falar em teoria do risco, exatamente por esses mesmos argumentos.

Nos seus comentários ao Código de Defesa do Consumidor, Arruda e Tereza Alvim elencam todas as hipóteses em que a responsabilidade do artigo 18 ocorre, mas essa solidariedade, ‘instituto jurídico previsto no Código de Defesa do Consumidor, será aplicada com os contornos estabelecidos na lei civil’, contornos esses constantes nos artigos 904/915 do CC, bem como no seu artigo 18 (autores citados, ‘Código do Consumidor Comentado’, RT).

As pessoas jurídicas nascem, vivem e morrem, como as naturais, e como elas têm diversa estrutura de caracterização, e a lei civil não estabelece solidariedade passiva - sequer a novel legislação - entre duas firmas, apenas porque têm o mesmo nome ou o mesmo interesse comercial.

O que prevalece é o fato de caráter objetivo, ou seja, a responsabilidade pela fabricação, pela venda ou veiculação de qualquer tipo de propaganda do bem especificado.

O mundo comercial evolui e oferece diversas faces, em sua constante mutação.

Surgem, agora, as franquias, e, adotada a tese do apelante, qualquer delas poderia responder por atos da outra, o que seria, igualmente, um contrasenso jurídico.

Mesmo que se tratasse de um conglomerado multinacional, as pessoas jurídicas são distintas, e o princípio da objetividade é o mesmo.

Em face do exposto, negam provimento ao recurso, para manter a r. sentença, pelos seus próprios e jurídicos fundamentos’.

Com relação ao mérito propriamente dito, estou em que o aresto merece confirmação.

Os dispositivos legais tidos como afrontados são os seguintes, todos do CDC:

‘Art. 3º. Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestações de serviços’.

‘Art. 6º. São direitos básicos do consumidor:

...

IV - a proteção contra publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços.’

‘Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A

desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

...

§ 5º. Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores’.

A questão fundamental que surge, é que a mercadoria em discussão - máquina filmadora - não foi nem comprada no Brasil, nem, tão pouco, de empresa que a produziu, comercializou ou garantiu.

Trata-se de uma relação de consumo realizada, por inteiro, em Miami, Estados Unidos da América, em que, circunstancialmente, o autor-recorrente, é domiciliado no Brasil. Tal fato não serve, entretanto, para estender a garantia para outro país, especialmente contra empresa diversa, posto que a Panasonic do Brasil Ltda, ora ré-recorrida, não é a mesma que produziu, comercializou e garantiu o equipamento, mas, sim, a Panasonic Company (fl. 10).

Como, portanto, aplicar um Código de Defesa do Consumidor brasileiro, a um negócio feito no exterior, entre uma empresa estrangeira e um turista brasileiro.

Quando um viajante adquire uma mercadoria estrangeira, ele o faz, usualmente, dentro da sua quota fiscal, sem o pagamento do oneroso imposto de importação, pelo que o bem sai consideravelmente mais em conta que o produto nacional. É uma opção que tem, porém também um risco, exatamente o de comprar um equipamento sem condições de garantia, ou de manutenção despendiosa.

A atividade da empresa que produz o equipamento no território nacional, a seu turno, se sujeita ao pagamento de impostos nacionais, notoriamente mais elevados que os cobrados no exterior, gerando empregos e divisas para o Brasil.

Não há fundamento jurídico portanto, em que, sem qualquer previsão legal ou contratual, a Panasonic brasileira, que tem determinada linha de produtos, na qual não se insere o modelo de filmadora em comento, que é exclusivo do mercado americano (fl. 18), seja responsabilizada pelo reparo do produto em tela.

Imagine-se, aliás, como seria difícil ou impossível a todas as empresas de um conglomerado, na Europa, Américas do Sul, Central e do Norte, África, etc, manterem estoque de peças e treinamento de pessoal para todo e qualquer produto, ainda que sua fabricação seja específica de apenas um ou poucos países.

Por exemplo, um modelo de automóvel sofisticado produzido nos Estados Unidos pela General Motors e importado autonomamente pelo comprador para o Brasil. teria de ser reparado, gratuitamente, em qualquer concessionária Chevrolet, inobstante o pessoal não tivesse ferramentaria ou capacitação para tanto. Uma fábrica brasileira de televisores, que fosse filialda empresa brasileira ou americana, teria de reparar uma agenda eletrônica da mesma marca, ainda inteiramente divorciada da sua linha de produtos. E por aí vai...

E o mais grave é que, a prevalecer esse entendimento, todos os produtos contrabandeados, tais como computadores, vídeos-cassete, toca-fitas, CD players, DVD, etc., serão automaticamente beneficiados, passando a ser garantidos pelas empresas brasileiras da mesma marca.

A sentença monocrática observou, inclusive, que os locais indicados para manutenção do equipamento durante a garantia são situados em cidades e estados norte-americanos, ratificando a territorialidade da garantia naquele país (fl. 94).

Assim, não tenho que a Lei n. 8.078/90 não alcança a relação de consumo contratada no exterior, nos termos aqui configurados (sem ressalva contratual em contrário), inaplicáveis à espécie, por impertinentes ao caso, os arts. 3º e 28, parágrafo 5º, do citado diploma.

E se aplicável fosse o CDC, a incidência seria da regra do seu art. 12, parágrafo 3º, inciso I, que reza:

'§ 3º. O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar:

I - QUE NÃO COLOCOU O PRODUTO NO MERCADO'

Tão pouco há que se falar em propaganda enganosa, visto que divulgar a marca Panasonic no Brasil, relativamente aos produtos aqui fabricados, não significa, em hipótese alguma, induzir

consumidores brasileiros a imaginar que a compra de equipamentos Panasonic no exterior estaria coberta por garantia.

No particular, verifica-se que a compra da máquina filmadora se deu em setembro de 1991, e que antes disso, em março daquele mesmo ano, a empresa ré vinha publicando comunicados nos jornais alertando exatamente para o oposto (cf. fls. 9, 20/21)”

Sua Excelência foi acompanhado pelo eminente Ministro **Barros Monteiro**, mas antes o eminente Ministro **Sálvio de Figueiredo Teixeira** dissentiu, conhecendo do recurso e lhe dando provimento.

Pedi vista dos autos para melhor exame da matéria, sobretudo tendo em conta o seu ineditismo.

É por todos consabido que a realidade atual indica que estamos vivendo em um mundo de economia globalizada.

Hoje é numerosa a existência de grandes corporações supra-nacionais que até podem ter a principal sede de seus negócios em um determinado país sem que, contudo, nele estejam sendo necessariamente exercidas as suas principais atividades ou sendo auferidos os seus maiores lucros.

Essas grandes corporações perderam a marca da nacionalidade para se tornarem empresas mundiais. Saíram do provincianismo e alcançaram a universalidade.

É certo que podem até ter, por conveniências políticas, contábeis ou fiscais, em cada país, uma personalidade jurídica distinta, mas que se acham unidas por receberem a mesma atuação estratégica, e guardarem em comum a sujeição a um mesmo comando.

Nenhuma delas é uma ilha isolada, tanto que a propaganda, ainda que possa respeitar determinadas peculiaridades locais, é a mesma em todos os cantos, sobretudo no que se reportar a consolidar a fixação de sua marca.

Quem compra urna máquina filmadora Panasonic em qualquer país que seja, o faz movido pela propaganda que lhe impulsiona a acreditar na respeitabilidade dessa marca, acreditando na correção da fabricação desses produtos e certo de que, seja em que país esteja, será reparado por qualquer vício ou defeito que possa posteriormente surgir.

A recorrida se apresenta com o nome Panasonic do Brasil Ltda., que lhe confere, só por isso mesmo, enorme credibilidade.

Certamente, para portar esse nome, tem, no mínimo, o beneplácito de quem fabrica esses produtos isso se não for efetiva integrante de um mesmo conglomerado econômico, ainda que possa não ser nas configurações usuais.

Por outro lado, o sucesso de suas atividades muito está a dever ao elevado conceito que essa marca mundialmente desfruta, sendo, inquestionavelmente, beneficiada em razão desse conceito e da propaganda mundial que é feita em torno dela.

Ora, aproveitando, essa empresa nacional, todas as vantagens que são decorrentes desse conceito mundial, evidentemente que ela tem que oferecer algo em contra-partida aos consumidores dessa marca, e o mínimo que disso possa decorrer é o de reparar o dano sofrido por quem compra mercadoria defeituosa, acreditando no produto.

Por outro lado, o Código de Defesa do Consumidor implantou uma configuração jurídica nova às relações de consumo existentes no Brasil, impondo uma proteção mais efetiva tanto aos interesses coletivos como aos chamados direitos difusos.

Observo que, no caso, o produto de que se cogita (máquina filmadora) é de legítima fabricação da Panasonic, não sendo, pois, falsificada. Se não fosse assim, não se poderia impor à recorrida o dever da reparação, salvo se ficasse provado que a mercadoria tivesse sido adquirida em algum estabelecimento que portasse o seu nome.

Por essas considerações e pelas demais postas pelo eminente Ministro **Sálvio de Figueiredo Teixeira**, acompanho Sua Excelência para conhecer do recurso e lhe dar provimento, com a devida vênua dos eminentes Ministros **Aldir Passarinho Junior** e **Barros Monteiro**. ECURSO ESPECIAL Nº 63.981 - SAO PAULO (1995/0018349-8)

VOTO VOGAL

O MINISTRO RUY ROSADO DE AGUIAR (PRESIDENTE): -

Peço vênia para votar de acordo com o entendimento divergente, acompanhando o voto do Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, com as considerações do Min. Cesar Asfor Rocha.

A empresa que vende seus produtos em diversos países do mundo, e assim se beneficia do regime de globalização comercial, deve responder pelas suas obrigações com a mesma extensão. A quebra das fronteiras para a venda há de trazer consigo a correspondente quebra das fronteiras para manter a garantia da qualidade do produto. Do contrário, a empresa multinacional recebe o bônus que significa a possibilidade de ampliar o mercado para a colocação da mercadoria que produz, elevando-o a um plano universal, mas se exonera do ônus de assumir a responsabilidade de fabricante ou fornecedor, invocando a seu favor a existência da fronteira. Esse limite, que não impede a sua expansão, não pode servir para reduzir a sua obrigação.

No caso dos autos, o consumidor adquiriu um produto Panasonic em outro país, internalizou-o e hoje o aparelho apresenta defeito. A Panasonic do Brasil, que o próprio nome já indica pertencer ao mesmo grupo da empresa fabricante, embora com sede em outro lugar, tem a responsabilidade de cumprir com a obrigação de assistência assumida pelo fabricante. Nem sequer é necessário recorrer à desconsideração da pessoa jurídica (aplicável à hipótese nos termos do art. 28, par. 5º, do CDC), uma vez que se trata do mesmo grupo societário, "empresas vinculados à mesma matriz", conforme admitido nos autos, razão pela qual a filial estabelecida no Brasil aqui responde subsidiariamente pelas responsabilidades previstas no Código, na forma do art. 28, § 2º.

As dificuldades que decorrem da diversidade de modelos são próprias do negócio e devem ser resolvidas por quem participa do mercado e lucra com os seus produtos, pouco importando o lugar da venda ou da residência do consumidor, desde que existente aqui a extensão do grupo empresarial fabricante. Também não impressiona o argumento de que pode haver produto contrabandeado que apresenta defeito. Será uma outra situação, pois as relações com o fisco não se confundem com a relação de consumo entre a fábrica e o comprador; a necessidade da prestação de serviços de assistência pode até ser uma boa oportunidade para o cumprimento da exigência fiscal.

Por fim, devo observar que esse tipo de responsabilização em nada prejudica a concorrência, antes zela para que se a mantenha em nível compatível com as condições da empresa e, de certo modo, agrega ao seu produto a segurança de assistência independentemente do lugar da venda, distinguindo-a das que não podem oferecer o mesmo serviço.

Por isso, com a devida vênia, conheço e dou provimento.

É o voto.

ANEXO B – APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0349.08.021461-3/001 TJMG

EMENTA: APELAÇÃO - CONTRATO DE COMPRA E VENDA - DEVOLUÇÃO PRESTAÇÕES PAGAS - FABRICANTE - CONCESSIONÁRIA DE VEÍCULOS - FALÊNCIA - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA - INOCORRÊNCIA. Não há como reconhecer a responsabilidade solidária da empresa fabricante que não participa da relação comercial empreendida entre a concessionária e o consumidor final pela falta de entrega do bem. Hipótese em que a concessionária age com autonomia na comercialização do veículo. V.V.: (Des. Antônio Bispo) INDENIZAÇÃO - DANOS MATERIAIS - COMPRA DE VEÍCULO PARA ENTREGA FUTURA - FALÊNCIA DA CONCESSIONÁRIA - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO FABRICANTE DO VEÍCULO - INCIDÊNCIA DO CDC - TEORIA DA APARÊNCIA. A Lei n 6.729/79, conhecida como Lei Ferrari, disciplina a concessão comercial entre produtores e distribuidores de veículos automotores de via terrestre e não tem o condão de interferir na relação consumerista que se estabelece a partir do momento que se concretiza a contratação para a venda do veículo e afastar a incidência do CDC. Aplica-se a teoria da aparência em favor do consumidor que adquire veículo em concessionária que negocia veículos de uma única marca, o que enseja a responsabilidade solidária do fabricante.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0349.08.021461-3/001 - COMARCA DE JACUTINGA - APELANTE (S): FORD MOTOR COMPANY BRASIL LTDA - APELADO (A)(S):MARILENE APARECIDA BANDEIRA BRAGA

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a 15ª CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos em DAR PROVIMENTO AO RECURSO, VENCIDO O REVISOR.

DES. TIAGO PINTO

RELATOR.

DES. TIAGO PINTO (RELATOR)

V O T O

Foi ajuizada ação de indenização por danos morais por Marilene Aparecida Bandeira Braga a Ford Motor Company Brasil Ltda.

Segundo a narrativa inicial, a autora firmou contrato de compra e venda de um veículo com a Ford Auto Boa Vista Ltda., concessionária da requerida. A despeito de pagar as prestações regularmente, a concessionária não entregou o veículo e encerrou suas atividades, sem dar qualquer satisfação aos clientes. Invocando a teoria da aparência, diz que a ré é solidariamente responsável pelos atos de suas concessionárias, ressaltando que "firmou contrato com a concessionária por entender que tal contrato contava com a chancela e garantia da Ford". Com isso, requereu a condenação da ré ao ressarcimento dos danos sofridos.

Em defesa, a ré alegou que não teria legitimidade para figurar no polo passivo da lide. Disse que as empresas são distintas, vinculadas por contrato de concessão comercial, e que o contrato de compra do veículo foi firmado somente com a concessionária, não podendo ser responsabilizada por eventual descumprimento de contrato que não firmou. Em mérito, afirmou que não há nexo de causalidade entre o dano sofrido pela autora e qualquer ato seu e impugnou os danos alegados na inicial. Bateu pela extinção do feito sem resolução de mérito ou pela improcedência dos pedidos iniciais.

Sobreveio a sentença de fls. 163/169, a qual afastou a preliminar de ilegitimidade passiva da ré e julgou procedentes os pedidos iniciais para condenar a requerida à devolução dos valores pagos pela autora, a serem apurados em liquidação de sentença.

A ré apelou.

Nas razões de recurso de fls. 181/194, a apelante retoma as discussões postas na contestação no sentido de que não tem legitimidade para responder a demanda, tampouco responsabilidade sobre eventual descumprimento de contrato por parte de uma de suas concessionárias. Pede a reforma da sentença.

Contrarrazões às fls. 222/236.

É o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

A preliminar de ilegitimidade passiva se confunde com o próprio mérito da apelação, sobre a

ausência de responsabilidade da requerida por ato praticado por concessionária dela, e, por isso, serão analisadas em conjunto.

A Lei 6.729/79 disciplina o contrato de concessão comercial entre o fabricante de veículos e a concessionária, que ficará responsável pelas vendas dos veículos e pelo serviço de reparos e trocas. Esta lei, chamada de Lei Ferrari, distingue as responsabilidades entre as empresas, tornando evidente se tratar de pessoas jurídicas distintas.

No contrato de concessão de venda de veículos, a concessionária realiza a compra do produto do fabricante para posterior venda ao consumidor final, atuando com total autonomia.

Sendo assim, não há como impor a apelante, fabricante do veículo, responsabilidade pelo inadimplemento de contrato firmado unicamente com a concessionária, já que entre elas não há qualquer relação de representação ou subordinação, restringindo-se o controle à verificação dos termos do contrato de concessão.

Soma-se a isso que não há qualquer elemento nos autos que vincule a apelada à fabricante do veículo. Ainda que seja possível enquadrar a apelante no conceito de fornecedor do Código de Defesa do Consumidor, e a apelada no conceito de consumidor, nesse caso a relação de consumo não se travou entre eles, mas sim entre a apelada e a concessionária de veículos.

Registra-se que não se verificou qualquer repasse dos valores pagos pela apelada à fabricante do veículo. Os boletos de pagamento não fazem qualquer menção a apelante, nem mesmo como beneficiária.

Logo, não há como imputar à apelante, fabricante do veículo, responsabilidade pelos danos sofridos pela apelada, por não ter relação com ela, nem ter praticado qualquer ato ilícito, culposo ou doloso, não havendo qualquer nexo de causalidade entre os danos alegados pela apelada e algum ato praticado pela apelante, nem com propaganda que tenha veiculado.

Feitas essas considerações, DÁ-SE PROVIMENTO AO RECURSO para julgar improcedentes os pedidos iniciais.

Custas processuais, inclusive as recursais, e os honorários advocatícios que ora fixo em R\$2.000,00 (dois mil reais), pela apelada. Fica suspensa a exigibilidade por litigar sob o pálio da justiça gratuita.

DES. ANTÔNIO BISPO (REVISOR)

Com a devida vênia, divirjo do voto proferido pelo eminente Desembargador relator.

Primeiramente, cumpre ressaltar que a Lei 6.729/79 não se aplica ao caso em exame.

Conhecida como Lei Ferrari, a referida Lei 6.729/79 disciplina a concessão comercial entre produtores e distribuidores de veículos automotores de via terrestre.

Trata-se de diploma legal destinado a normatizar as relações havidas entre concessionária e fabricante e, portanto, não tem o condão de interferir na relação consumerista que se estabelece a partir do momento em que se concretiza a contratação para compra e venda de veículos, afastando a incidência do CDC.

As disposições legais em comento, no que se referem à independência das relações comerciais entre as partes não são oponíveis ao consumidor, que está resguardado pelas normas do CDC.

A propósito, estabelece a norma do artigo 18 da Lei 8.078/90:

"Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com a indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas".

Assim, nos termos do artigo 18 da Lei 8.078/90 está caracterizada a responsabilidade solidária entre a requerida e a concessionária FORD Auto Boa Vista Ltda. que contratou com a autora a venda de um veículo MARCA FORD (fls. 19/22), em razão da rotulagem ou mensagem publicitária, que induziu o consumidor a entender estar contratando também com o fabricante.

Apenas a título ilustrativo, a fim de demonstrar a aplicabilidade do CDC ao caso em comento, cumpre citar a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1155730/SP, "verbis":

"RECURSO ESPECIAL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. COMPRA DE AUTOMÓVEL. CONCESSIONÁRIA. ENTREGA. NÃO OCORRÊNCIA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO FABRICANTE. ART. 18 DA LEI N. 8.078/90. 1.- Em princípio, considerando o sistema de comercialização de automóvel, através de concessionárias

autorizadas, são solidariamente responsáveis o fabricante e o comerciante que aliena o veículo. 2.- Tratando-se de responsabilidade solidária, a demanda pode ser direcionada contra qualquer dos co-obrigados. A existência de solidariedade, no entanto, não impede que seja apurado, no caso concreto, o nexo de causalidade entre as condutas dos supostos responsáveis para concluir-se pela responsabilidade de apenas um deles. 3.- Recurso Especial provido para restabelecer a sentença de 1º Grau, que julgou procedente a ação (e-Stj, fls. 169, autos originários, fls. 165)" (REsp 1155730/SP, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/08/2011, DJe 09/09/2011).

Nesse contexto, a responsabilidade civil da montadora concedente decorre não do fato de ter ou não participado efetivamente do indigitado contrato, mas do fato de ter se mantido inerte, permitindo que uma concessionária que levava seu nome firmasse contrato com o consumidor, transmitindo-lhe a aparência de direito de garantia da montadora concedente pelo contrato que estava firmando.

Aplica-se ao caso a teoria da aparência, já que restou provada uma situação de fato que levou o consumidor, ao se relacionar com a concessionária, acreditar que o contrato estava garantido pela montadora concedente.

Sobre o tema, Vicente Ráo (O direito e a Vida dos Direitos, 5ª edição anotada e atualizada por Ovídio Rocha Barros Sandoval, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 620-621), lecionando sobre direitos aparentes e titularidade aparente de direitos, leciona:

"Na vida jurídica, uma pessoa, frequentemente, é tida por todos como titular de um direito, ou de um estado, quando não o é, na realidade; e se esta pessoa pratica um ato jurídico com terceiro de boa-fé, tal ato poderá ser mantido e, eventualmente, ser oposto ao verdadeiro titular do direito" (Vergé-Ripert e Daligny in Rép. De Droit, Dalloz, 1951, vb. Apparence). Depois de haverem, assim, exposto a noção da aparência do direito, os citados autores reconhecem que "une tellesituationnepeutmanquer de surprendre", porque na verdade, fere a liberdade de consentimento, contradiz a regra segundo a qual - "nemodat quod non habet", - nomoplus juris ad aliumtransferre potestquam ipse habet"e, em última análise, consagra o triunfo do fato sobre o direito, razões estas pelas quais certos autores, como, por exemplo, Laurent (Traité, v. XIII, ns. 281 e ss., e v. XVI, n. 499) se recusam a admitir possam os chamados direitos aparentes produzir efeitos jurídicos. Contudo Vergé-Ripert e Dalignu acrescentam que,"apesar da força incontestável desses 'argumentos', a teoria da aparência deve ser aceita, por ser imposta pelas necessidades sociais e pelo interesse público. É muitas vezes impossível, dizem eles, conhecer a situação jurídica exata de uma pessoa ou de um bem, ou saber se a situação exterior corresponde ou não, efetivamente, à situação real: "quando todos pensam e tudo permite pensar que a situação aparente é a manifestação exterior da situação jurídica, não se pode desconhecer a situação criada nesta base, nem se atingir a segurança dos negócios e a livre circulação dos bens". (...)

d) as relações sociais se baseiam na ciência de cada qual na regularidade de seu direito e tem cada qual a obrigação de não iludir a confinação que em outrem houver inspirado. Assim sendo, não poderá impugnar o ato praticado pelo titular aparente o titular que, por sua atividade ou inatividade, houver dado margem para se criar uma situação tal que haja permitido ao terceiro acreditar na regularidade do direito do titular aparente (Emmanuel Levy, "ResponsabilitéetContrat" in Rév. Crit., 1899, p. 341); (...)"

Mediante tais considerações, NEGÓ PROVIMENTO AO RECURSO para manter integralmente a bem lançada sentença proferida em primeiro grau, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Custas, pela agravante.

DES. PAULO MENDES ÁLVARES - De acordo com o (a) Relator (a).

ANEXO C – APELAÇÃO CÍVEL - TJRJ - ACÓRDÃO 0000823-87.2003.8.19.0058

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO 4ª CÂMARA CÍVEL
Relator: Desembargador SIDNEY HARTUNG BUARQUE APELAÇÃO CÍVEL Nº 0000823-87.2003.8.19.0058 Apelante (2º réu): MERCEDES BENZ DO BRASIL LTDA. Apelados (autores): PAULO CÉSAR IVO FERREIRA E HILTON CÉSAR IVO FERREIRA. APELAÇÃO CÍVEL – INDENIZATÓRIA – DANOS MATERIAIS E MORAIS – ANTECIPAÇÃO DE TUTELA - VEÍCULO QUE APÓS INÚMEROS REPAROS REALIZADOS PELA 1ª RÉ SE INCENDEIA NA GARAGEM DO 2º AUTOR – AUTORES SÃO IRMÃOS, SENDO O VEÍCULO A ÚNICA FONTE DE RENDA DE AMBOS - SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA – TEORIA DA APARÊNCIA – CONDENAÇÃO SOLIDÁRIA DAS RÉS AO PAGAMENTO DE DANOS MATERIAIS, MORAIS E PERDAS E DANOS – DANOS MORAIS FIXADOS EM R\$15.000,00 (QUINZE MIL REAIS) PARA CADA AUTOR - APELO SOMENTE DO 2º RÉU (MERCEDES BENZ) – AUSÊNCIA DE AMPARO À PRETENSÃO RECURSAL — MANUTENÇÃO DA SENTENÇA - AGRAVO RETIDO REJEITADO – NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO. 1 – Pleito que requer indenização por danos materiais e morais decorrentes de falha na prestação do serviço por parte da 1ª ré (Nadisa Retífica). Veículo tipo microônibus fabricado pela 2ª ré (Mercedes Benz). Inúmeros reparos realizados na oficina da 1ª ré em decorrência de defeitos apresentados. Perda total do veículo em virtude de incêndio iniciado no filtro de combustível, consequência de vazamento de óleo diesel. Autores são 2 irmãos e o referido veículo constitui a única fonte de renda de ambos. 2 - Sentença de procedência dos pedidos. Danos materiais: pagamento do valor integral do veículo e lucros cessantes, na proporção de R\$200,00 (duzentos reais) para cada dia útil de trabalho dos autores, a contar do evento danoso (incêndio), até a data na qual o veículo completaria 5 (cinco) anos. - Danos morais fixados no valor de R\$15.000,00 (quinze mil reais) para cada um dos autores, eis que comprovado o abalo psicológico sofrido por ambos, que se viram privados de sua única fonte de renda. 3 – Agravo Retido interposto pela 2ª Ré em face de decisão saneadora que indeferiu preliminar de inépcia da inicial, ilegitimidade ativa e passiva, e, falta de interesse de agir. 4 - Apelo somente da 2ª Ré (Mercedes Benz). Arguição de ilegitimidade ativa e passiva, inépcia da inicial e interesse de agir. Preliminar de nulidade da decisão que não acolheu os embargos de declaração por ausência de fundamentação do decisum. No mérito, afirmação de não integrar a 1ª Ré (Nadisa Veículos) o quadro de concessionárias da recorrente. Inaplicabilidade da Teoria da Aparência. 5 – Rejeição do Agravo Retido da 2ª Ré diante da inocorrência de inépcia da inicial, à luz dos elementos contidos na mesma, bem como as peças que a instruem. Observância comprovada dos arts. 282 e 283 do Código de Processo Civil. Falta de evidências à ausência de interesse de agir. Ilegitimidade passiva ad causam desconfigurada, eis que a recorrente é o fabricante do veículo objeto da demanda. Legitimidade ativa comprovada através de documentos acostados aos autos. 6 – Rejeição da preliminar de ausência de fundamentação da decisão que não acolheu os embargos de declaração. Violação do art. 93, IX, da Constituição Federal não configurada. 7 – Laudo pericial comprovando a divulgação visual da marca associando as duas rés. Aplicação da Teoria da Aparência.

Solidariedade. Incidência das normas protetivas do Código de Defesa do Consumidor. Danos materiais comprovados e não especificamente impugnados. Dano moral in re ipsa. Valor fixado no montante de R\$15.000,00 (quinze mil reais) para cada autor que merece ser mantido ante o profundo abalo psicológico sofrido por ambos, devido a privação da única fonte de renda dos autores. 8 - Honorários fixados por força da sucumbência e com observância ao critério da razoabilidade, merecendo manutenção. Inteligência do art. 20, § 4º, do CPC. – Manutenção da sentença por seus próprios fundamentos. REJEIÇÃO DO AGRAVO RETIDO. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO. (TJRJ - ACÓRDÃO 0000823-87.2003.8.19.0058 – APELAÇÃO Relator SIDNEY HARTUNG BUARQUE - QUARTA CÂMARA CÍVEL Data de julgamento: 06/09/2011 Data de publicação: 12/09/2011)

INTEIRO TEOR:

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO 4ª CÂMARA CÍVEL
Relator: Desembargador SIDNEY HARTUNG BUARQUE APELAÇÃO CÍVEL Nº 0000823-87.2003.8.19.0058 Apelante (2º réu): MERCEDES BENZ DO BRASIL LTDA. Apelados (autores): PAULO CÉSAR IVO FERREIRA E HILTON CÉSAR IVO FERREIRA. APELAÇÃO CÍVEL – INDENIZATÓRIA – DANOS MATERIAIS E MORAIS – ANTECIPAÇÃO DE TUTELA - VEÍCULO QUE APÓS INÚMEROS REPAROS REALIZADOS PELA 1ª RÉ SE INCENDEIA NA GARAGEM DO 2º AUTOR – AUTORES SÃO IRMÃOS, SENDO O VEÍCULO A ÚNICA FONTE DE RENDA DE AMBOS - SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA – TEORIA DA APARÊNCIA – CONDENAÇÃO SOLIDÁRIA DAS RÉS AO PAGAMENTO DE DANOS MATERIAIS, MORAIS E PERDAS E DANOS – DANOS MORAIS FIXADOS EM R\$15.000,00 (QUINZE MIL REAIS) PARA CADA AUTOR - APELO SOMENTE DO 2º RÉU (MERCEDES BENZ) – AUSÊNCIA DE AMPARO À PRETENSÃO RECURSAL — MANUTENÇÃO DA SENTENÇA - AGRAVO RETIDO REJEITADO – NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO. 1 – Pleito que requer indenização por danos materiais e morais decorrentes de falha na prestação do serviço por parte da 1ª ré (Nadisa Retífica). Veículo tipo microônibus fabricado pela 2ª ré (Mercedes Benz). Inúmeros reparos realizados na oficina da 1ª ré em decorrência de defeitos apresentados. Perda total do veículo em virtude de incêndio iniciado no filtro de combustível, consequência de vazamento de óleo diesel. Autores são 2 irmãos e o referido veículo constitui a única fonte de renda de ambos. 2 - Sentença de procedência dos pedidos. Danos materiais: pagamento do valor integral do veículo e lucros cessantes, na proporção de R\$200,00 (duzentos reais) para cada dia útil de trabalho dos autores, a contar do evento danoso (incêndio), até a data na qual o veículo completaria 5(cinco) anos. - Danos morais fixados no valor de R\$15.000,00 (quinze mil reais) para cada um dos autores, eis que comprovado o abalo psicológico sofrido por ambos, que se viram privados de sua única fonte de renda. 3 – Agravo Retido interposto pela 2ª Ré em face de decisão saneadora que indeferiu preliminar de inépcia da inicial, ilegitimidade ativa e passiva, e, falta de interesse de agir. 4 - Apelo somente da 2ª Ré (Mercedes Benz). Arguição de ilegitimidade ativa e passiva, inépcia

da inicial e interesse de agir. Preliminar de nulidade da decisão que não acolheu os embargos de declaração por ausência de fundamentação do decism. No mérito, afirmação de não integrar a 1ª Ré (Nadisa Veículos) o quadro de concessionárias da recorrente. Inaplicabilidade da Teoria da Aparência. 5 – Rejeição do Agravo Retido da 2ª Ré diante da inocorrência de inépcia da inicial, à luz dos elementos contidos na mesma, bem como as peças que a instruem. Observância comprovada dos arts. 282 e 283 do Código de Processo Civil. Falta de evidências à ausência de interesse de agir. Ilegitimidade passiva ad causam desconfigurada, eis que a recorrente é o fabricante do veículo objeto da demanda. Legitimidade ativa comprovada através de documentos acostados aos autos. 6 – Rejeição da preliminar de ausência de fundamentação da decisão que não acolheu os embargos de declaração. Violação do art. 93, IX, da Constituição Federal não configurada. 7 – Laudo pericial comprovando a divulgação visual da marca associando as duas rés. Aplicação da Teoria da Aparência. Solidariedade. Incidência das normas protetivas do Código de Defesa do Consumidor. Danos materiais comprovados e não especificamente impugnados. Dano moral in reipsa. Valor fixado no montante de R\$15.000,00 (quinze mil reais) para cada autor que merece ser mantido ante o profundo abalo psicológico sofrido por ambos, devido a privação da única fonte de renda dos autores. 8 - Honorários fixados por força da sucumbência e com observância ao critério da razoabilidade, merecendo manutenção. Inteligência do art. 20, § 4º, do CPC. – Manutenção da sentença por seus próprios fundamentos. REJEIÇÃO DO AGRAVO RETIDO. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO.

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de Apelação n.º 0000823-87.2003.8.19.0058, em que é Apelante MERCEDES BENZ DO BRASIL LTDA. e Apelados PAULO CÉSAR IVO FERREIRA E HILTON CÉSAR IVO FERREIRA ACORDAM os Desembargadores desta 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, POR UNANIMIDADE, em REJEITAR O AGRAVO RETIDO e NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO, mantendo-se a r. sentença de apelada, por seus próprios fundamentos, na forma regimental.

Trata-se de ação indenizatória, com pedido de antecipação de tutela, proposta pelo procedimento ordinário, por PAULO CÉSAR IVO FERREIRA E OUTRO, em face de NACIONAL DIESEL – NADISA RETÍFICA – Retífica de Motores ME e MERCEDES BENZ DO BRASIL S.A., alegando, em apertada síntese que, o 1º autor era proprietário do veículo marca Mercedes Benz, tipo microônibus, ano 1998, placa KRN 0534, desde julho de 2002, sendo certo que o mesmo e seu irmão exploravam comercialmente o automóvel com a realização de fretes e lotação. Aduz, ainda, que o veículo era a única fonte de renda dos autores, que o submetiam a revisões periódicas de manutenção perante a 1ª ré.

Ocorre que em 10/11/2002, o referido veículo apresentou seu primeiro defeito, sendo rebocado para a oficina da 1ª ré, representante autorizada da 2ª ré, a fim de proceder à retífica geral do motor e a revisão da bomba injetora com montagem do motor. Alguns dias após a saída do automóvel da oficina, o mesmo apresentou problemas, tendo dado entrada naquele estabelecimento por diversas outras vezes.

Ressalte-se que na madrugada do dia 19/03/2003, o referido veículo foi destruído pelo fogo, em decorrência de um incêndio que teve início no filtro de combustível do automóvel, conforme registrado em ocorrência policial.

Requerem os autores, em sede de antecipação de tutela, a disponibilização de um veículo com as mesmas características do automóvel incendiado, bem como que seus nomes não sejam inscritos em cadastros de proteção ao crédito pelo não pagamento das prestações, eis que o veículo era produto de contrato de financiamento. No mérito, pleiteiam : 1) a condenação das rés ao pagamento dos danos materiais no valor de R\$36.781,36 (trinta e seis mil setecentos e oitenta e um reais e trinta e seis centavos), referente à entrada do financiamento do veículo mais as prestações já quitadas, e R\$23.562,72 (vinte e três mil quinhentos e sessenta e dois reais e setenta e dois centavos), relativos às prestações vincendas; 2) a condenação das rés em lucros cessantes até o término da demanda; e, 3) a condenação em danos morais. Requer, ainda, a condenação das rés em verbas sucumbenciais e honorários advocatícios. A inicial veio instruída com os documentos de fls.13-54.

Decisão a fls. 56-57, deferindo a antecipação da tutela.

Citada, ofertou a 2ª ré contestação que segue a fls.92-111, pela qual, em sede de preliminar, arguiu inépcia da inicial, ilegitimidade ativa e passiva e falta de interesse de agir. No mérito, afirmou que não possui nenhuma responsabilidade no caso em tela, eis que a 1ª ré não é sua concessionária. Alega, ainda, a inadequada manutenção do veículo que deve ter sido submetido a condições extremas de utilização indevidas. Requer a improcedência dos pedidos. Com a contestação vieram os documentos de fls. 112-119.

A fls. 121-131 foi interposto agravo de instrumento pela 2ª ré em face da decisão que antecipou os efeitos da tutela (fls. 56-57), recebendo o mesmo efeito suspensivo (fls. 135).

Contestação da 1ª ré apresentada a fls. 137-142, alegando que realizou os serviços necessários à manutenção do veículo, ressaltando, porém, que as peças de reparo foram fornecidas pelos autores, sendo que algumas delas não eram genuínas. Afirmam ter prestado todas as garantias pelos serviços executados, não existindo qualquer nexo de causalidade entre o incêndio e os serviços prestados. Requer a improcedência dos pedidos elencados na inicial. Com a contestação vieram os documentos de fls. 143-159.

Réplica a fls. 161-166, pugnando pela procedência do pedido e juntando aos autos os documentos de fls. 167-172.

As partes manifestaram-se em provas, conforme fls. 184-185 (autores) e 187 (2º réu).

A audiência de conciliação transcorreu conforme assentada de fls. 201-202, sendo declarado o feito saneado e deferindo-se a produção de prova pericial, sendo nomeado perito.

Interposição de Agravo Retido a fls. 225-231 contra a decisão saneadora de fls. 201-202, sendo o mesmo recebido a fls. 239. A fls. 243-245, foi proferido acórdão dando provimento ao agravo de instrumento interposto contra decisão liminar inicial.

Laudo pericial a fls. 265-273.

Complementação do laudo pericial a fls. 311-313.

Audiência de Instrução e Julgamento conforme assentada de fls. 326.

Alegações finais apresentadas a fls. 338-345 (autores) e 346-350 (2ª ré).

Petição a fls. 351-352 interposta pelo patrono da 1ª ré, onde comprova sua renúncia ao mandado judicial, na forma do art. 45 do CPC e informa a existência de processo falimentar da 1ª ré.

Sentença a fls. 360-368, julgando procedentes os pedidos e condenando as rés solidariamente ao pagamento em favor dos autores das quantias líquidas e certas, que deverão ser apuradas através de cálculos contábeis e aplicando-se juros de mora de 1% (um por cento) ao mês e correção monetária pelos índices oficiais adotados pela Corregedoria Geral da Justiça deste Estado, a contar do fato danoso para os danos materiais e a partir do trânsito em julgado para os danos morais. Condenou, ainda, as rés nos ônus da sucumbência, sendo estes arbitrados no percentual de 10% (dez por cento) do valor da causa.

Embargos de declaração opostos, a fls. 370-371, pela 2ª ré, os quais foram recebidos e não acolhidos, conforme fls. 373.

Apela a 2ª ré, a fls. 375-396, pretendendo a reforma da sentença a fim de que sejam julgados improcedentes in totum os pedidos formulados na inicial. Preliminarmente, reitera suas razões esposadas quando da interposição do Agravo Retido em face da decisão que rejeitou as preliminares de inépcia da inicial, ilegitimidade ativa e passiva, bem como falta de interesse de agir. Requer a decretação da nulidade da sentença, em virtude da rejeição, sem fundamentos, dos Embargos de Declaração e, no mérito, alega a inexistência de ato ilícito passível de indenização, bem como não ser a 1ª Ré uma concessionária oficialmente autorizada a prestar serviços em nome da apelante. Recurso tempestivo e regularmente preparado (fls. 401). Combate aos recursos conforme contrarrazões de fls. 403-408, tempestivamente apresentadas (fls. 409).

É O RELATÓRIO.

Em que pese os argumentos da recorrente, não está a merecer reparos o decisum. Isto porque muito bem analisou o i. Magistrado as provas contidas nos autos, bem como fundamentou de forma clara as suas razões de decidir.

Primeiramente, passo à apreciação do Agravo Retido interposto a fls. 225-231 pelo apelante, contra a decisão saneadora de fls. 201-202, que rejeitou as preliminares de inépcia da inicial, ilegitimidade ativa e passiva, bem como falta de interesse de agir, reiterados quando da apresentação do apelo.

Em que pese os argumentos do recorrente, tal recurso não merece prosperar.

Em relação à inépcia da inicial, como bem salientou o douto Magistrado, a peça inicial preencheu devidamente os requisitos exigidos pelos arts. 282, 283 e 286 do CPC, como se pode verificar a partir de seu exame e das peças juntadas, não apresentando nenhum vício a ser sanado.

Relativamente à alegação de ilegitimidade ativa, não se amparam os argumentos da recorrente, haja vista que os autores comprovaram através de cópia do contrato de financiamento do veículo e demais documentos serem os proprietários do bem em litígio.

Quanto à possível ilegitimidade passiva, tampouco merecem amparo os fundamentos suscitados pela recorrente, eis que a mesma, figura como fabricante do veículo objeto da demanda, tendo sido comprovada nos autos sua responsabilidade civil, até porque, trata-se de relação consumerista, portanto, objetiva.

Por fim, no que pertine ao argumento de falta de interesse de agir dos autores, não se pode deixar de considerar que estão presentes, na hipótese, o interesse-utilidade e o interesse-necessidade, consubstanciando a existência inequívoca de interesse de agir dos demandantes, haja vista que o presente processo se mostra útil e necessário aos autores, a fim de que os mesmos possam, por meio da tutela jurisdicional, alcançar o seu fim pretendido, qual seja, o ressarcimentos dos danos materiais e morais sofridos com a perda do veículo de sua propriedade.

Por tais razões, REJEITO O AGRAVO RETIDO.

Preliminarmente, ainda, no que impende a alegação de nulidade da decisão que rejeitou os embargos de declaração de fls. 370-371, por falta de fundamentação da decisão recorrida, não se olvide que não se evidencia, no decisum ora recorrido, qualquer vício de ausência de fundamentação, não tendo sido, portanto, violado o disposto no art. 93, IX, da CR/88, nem, tão-pouco, o disposto no art. 165, do CPC, eis que não se pode confundir falta de fundamentação com fundamentação concisa, resumida, tendo sido essa a hipótese dos autos, haja vista que a decisão de fls. 373 declina, com clareza, as razões que levaram o D. magistrado a quo a proferi-la, não se podendo falar, portanto, em ausência de fundamentação.

Nesse sentido, observe-se o entendimento jurisprudencial, in verbis: “AGRAVO LEGAL - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER PLANO DE SAÚDE - RECUSA DE AUTORIZAÇÃO PARA REALIZAÇÃO DE EXAME - ANTECIPAÇÃO DA TUTELA ALEGADA NULIDADE DA DECISÃO - AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO – INOCORRÊNCIA DE OFENSA AO COMANDO CONSTITUCIONAL - CONCISÃO DA DECISÃO QUE NÃO IMPORTA INEXISTÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO - Agravada que apresenta doença grave necessitando de exame com urgência. Pedido de tutela antecipada deferido, determinando que a ré autorize a realização de exame pretendido. Pleito recursal objetivando o decreto de nulidade por ausência de fundamentação. Descabimento, porquanto a decisão, a despeito de sua concisão, fundamenta-se na evidente urgência do caso. O mandamento constitucional não impõe seja a decisão exaustivamente fundamentada. O preceito exige que o julgador informe de forma clara, ainda que concisa, as razões de seu convencimento, tal como ocorreu. Negado provimento ao recurso.” (TJ/RJ - 2008.002.37800

– Agravo de Instrumento – 2ª Ementa – 17ª Câmara Cível – Relator: Des. Edson Vasconcelos – Julgamento: 18/02/09).

No mérito, a sentença questionada condenou os dois réus, solidariamente, a ressarcir os autores em seus prejuízos materiais e morais.

Convém destacar que a legislação aplicável ao caso é a do Código de Defesa do Consumidor. O presente Estatuto afirma em seu art. 18 que, in verbis:

“Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com a indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas”.

No caso em tela, inobstante os argumentos da apelante de que a 1ª Ré não integrava o quadro de concessionárias da ora recorrente, incide aqui a chamada “Teoria da Aparência”.

A utilização da marca Mercedes Benz induziu o consumidor a crer que, de fato, estava contratando com a 2ª ré, não havendo como dissociar a imagem da “Mercedes Benz” da 1ª Ré, NADISA RETÍFICA.

Tal fato ficou claramente caracterizado através do laudo pericial quando alegou o expert, in verbis:

“ (...) A empresa Nadisa Retífica é tradicional no ramo de retífica de motores, mesmo não sendo oficialmente uma empresa credenciada Mercedes Benz, ela mantém em seus quadros funcionários e equipamentos que permitem um serviço de qualidade. Tanto que a própria Mercedes Benz, intencionalmente ou não, permitiu que ela continuasse a divulgação visual associando as duas firmas.”

Além disso, embora afirme a apelante que não possa responder pelos serviços supostamente defeituosos prestados pela 1ª Ré, ambas as sociedades se beneficiam da divulgação da marca uma da outra.

As fotos de fls. 167 acostada aos autos demonstram claramente que a marca mundialmente conhecida da 2ª Ré, parece mostrar ao consumidor que ela própria indica os serviços da 1ª Ré, qual seja, Retifica Nadisa.

A consequência disso é que devem arcar igualmente com as consequências de eventuais deficiências dos produtos e serviços que anunciam e comercializam.

Neste caso, como bem salientou o Magistrado a quo, mesmo sem qualquer culpa da apelante, deve ela responder solidariamente pelos danos causados aos autores pela 1ª Ré, ingressando com a devida ação regressiva contra esta, no caso de realmente ficar constatado o uso indevido de sua imagem comercial.

Nesse sentido, é a jurisprudência:

“1) Ação de obrigação de fazer c/c indenização por danos morais e materiais. Conserto de veículo. Demora na sua devolução. Sentença de procedência. 2) Tendo mais de um autor a ofensa, a responsabilidade é solidária. Art. 7º, parágrafo único, CDC. - 3) Embora diversas sociedades empresárias rés, pela teoria da aparência houve sucessão entre ambas, estabelecidas no mesmo local, com o mesmo negócio e representantes da Suzuki Brasil. - 4) Danos morais configurados. Danos materiais não comprovados. - 5) Provimento parcial do recurso.” - APELACAO - 0007242-37.2002.8.19.0001 (2008.001.40053) –DES. PAULO MAURICIO PEREIRA - Julgamento: 04/02/2009 - QUARTA CAMARA CIVEL.

“AGRAVO INOMINADO. APELAÇÃO CÍVEL. RATIFICAÇÃO DA DECISÃO MONOCRÁTICA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. AÇÃO INDENIZATÓRIA. RELAÇÃO DE CONSUMO. VÍCIO DO PRODUTO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. SEGURADORA VINCULADA À CADEIA DE FORNECEDORES. ART.18 E PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 7º DO CDC.Na forma do art.18 e do parágrafo único do art. 7º do CDC, a pretensão do consumidor em relação à substituição do produto, à devolução do valor pago ou ao abatimento proporcional do preço, pode ser dirigida tanto ao comerciante, como ao fabricante ou a qualquer outro fornecedor intermediário que tenha participado da cadeia de produção e circulação do bem. Integrando a seguradora apelante a cadeia de fornecedores, não pode ela se esquivar da responsabilidade solidária com previsão legal, alegando culpa exclusiva de outro fornecedor. Alegação de que o objeto da garantia prestada pela apelante era somente o pagamento das parcelas contratadas do financiamento que não afasta sua responsabilidade. Teoria da aparência. Condenação à devolução do valor pago pelo bem que se mantém. Impossibilidade de se rever a extinção do processo com relação às Casas Bahia Comercial Ltda e de improcedência em face de BRM Assistência Técnica e Comercial Ltda por falta de recurso da interessada. NEGATIVA DE SEGUIMENTO DO RECURSO QUE ORA SE RATIFICA.DESPROVIMENTO DO RECURSO.” - APELACAO - 0059251-66.2009.8.19.0021 — 2ª Ementa - DES. LEILA MARIANO - Julgamento: 04/05/2011 - SEGUNDA CAMARA CIVEL.

No que concerne ao quantum indenizável, mostra-se adequado o valor fixado, diante dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, não se afastando, ainda, do caráter punitivo-pedagógico da condenação, pelo que a reparação moral deve ser mantida em R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), ante a patente violação de direito personalíssimo dos apelados, os quais tiveram sua dignidade violada, levando-se em consideração o cunho punitivo, pedagógico e compensatório da verba em questão que, como se sabe, tem natureza de sanção civil, apta à reparação do dano sofrido, revestindo-se de desestímulo à reincidência da conduta lesiva.

Quanto à irresignação da apelante no que tange à condenação ao pagamento de honorários advocatícios, tem-se que decorre da própria sucumbência. E no que se refere ao

seu valor, o pedido de redução também merece desacolhimento, uma vez que arbitrado nos termos do art. 20, §4º, do CPC, pelo que não merece retoque o decisum impugnado.

Diante do exposto, REJEITA-SE O AGRAVO RETIDO e NEGASE PROVIMENTO AO RECURSO DE APELO, mantendo-se a r. sentença, por seus próprios fundamentos, na forma regimental. Rio de Janeiro, 06/09/2011. SIDNEY HARTUNG, Desembargador Relator.