

A marca e a segurança dos consumidores de GLP

Ricardo Tonietto
Presidente da AIGLP



TEXTOS SELECIONADOS

A marca e a segurança dos consumidores de GLP

I. Introdução

O mercado de comercialização de GLP, a uma primeira vista, parece bem simples: os recipientes transportáveis (botijões) são enchidos nas bases das distribuidoras; depois disto são levados cheios às mãos dos consumidores, através de revendedores ou das próprias envasadoras/distribuidoras; são então trocados com os consumidores por botijões vazios; retornam às bases de engarrafamento, passam pela manutenção corretiva e preventiva (requalificação) e voltam às linhas de enchimento; para então, depois disto, retornarem ao processo de entrega aos consumidores. Apesar da aparente simplicidade, existe um complexo sistema de logística reversa que viabiliza que o consumidor adquira o GLP sempre embalado em um recipiente em perfeitas condições de segurança. Para isto, este mercado sempre foi cercado de disposições normativas, que estatuem condições essenciais de segurança para que qualquer empresa possa atuar nele. Uma dessas condições essenciais, ou, noutras palavras, um dos pilares da indústria do GLP, consiste na utilização da marca como mecanismo de garantia de rastreabilidade, segurança, vínculo de responsabilidade civil e direito de escolha por parte dos consumidores. A legislação no Brasil, por exemplo, impõe que cada distribuidora somente pode envasar e comercializar botijões de sua própria marca. Dessa forma, a identificação da marca comercial da distribuidora é estampada em alto relevo no corpo do vasilhame transportável de GLP, o que contribui para a operacionalização do processo de requalificação e para a facilidade de rastreabilidade e fiscalização (segurança). A empresa que tem sua marca gravada no botijão é legalmente responsável pela manutenção desses recipientes, que deve ser feita de acordo com normas técnicas específicas.

O GLP é um produto altamente inflamável. Na ocorrência de sinistros envolvendo este combustível, é normal que apenas os botijões permaneçam intactos para contar a história do evento. Portanto, apesar de os botijões de GLP serem extremamente seguros quando bem utilizados, a condição de

periculosidade é inerente ao produto. Por conta disto, a marca da empresa que o comercializa deve ser gravada de forma indelével (indestrutível) no corpo e em outras partes dos botijões. Desta forma, qualquer proposta de modificação na sistemática de comercialização do GLP envasado, que, para acontecer, precise envolver a quebra desse vínculo objetivo e seguro entre a distribuidora e o seu respectivo recipiente, deve ser vista pelas autoridades com todo o cuidado possível, e, se não restar garantida a responsabilidade dos envasadores pelas condições de segurança dos recipientes, a regulação precisa impedir que essa mudança ocorra. Assim, qualquer hipótese em que seja necessário permitir que qualquer empresa distribuidora possa encher botijões de qualquer marca, independentemente de ser ou não a proprietária ou ter responsabilidade sobre as respectivas marcas gravadas nos botijões, importa em expor os consumidores a situações de alto risco, além de erro (engano) acerca da procedência, qualidade e boa reputação daquela empresa que envasou o produto. Isto seria uma afronta a todo e qualquer postulado de defesa da segurança dos consumidores, e, além disto, uma situação de concorrência desleal.

A despeito disso, existem propostas, inclusive no campo legislativo, que objetivam mitigar essa vinculação exclusiva entre o detentor da marca e a atividade de enchimento e comercialização dos recipientes. Defende-se tanto o enchimento e comercialização dos botijões de qualquer marca por qualquer distribuidora, quando, por exemplo, o envasilhamento remoto desses recipientes transportáveis, em pontos fixos (postos de combustíveis, por exemplo) ou móveis (caminhões especializados para isto). O que se ignora é que essa mudança de sistemática guarda riscos relevantes. Estas hipóteses já foram testadas em alguns países e os resultados não são satisfatórios na maior parte deles, e, em alguns, bastante desastrosos. A Nigéria adotou o enchimento remoto em 2011. No Natal de 2015, uma tragédia ocorreu em uma comunidade do país africano, matando mais de cem pessoas, após a explosão do veículo que realizava a operação de enchimento remoto. No Brasil, é cogitada a hipótese de aprovação, pelos órgãos reguladores, de enchimento remoto e parcial ou enchimento em postos de combustíveis de recipientes transportáveis. É claro que os riscos serão maiores, já em decorrência da existência de diversos pontos de enchimento espalhados pelo país. Mas, como só é possível o enchimento remoto com o afastamento da vedação ao enchimento de outras marcas, isto terá que vir a reboque da mudança da sistemática. Terá que ser permitido o enchimento de outras marcas. O enchimento de outras marcas, por sua vez, torna praticamente inviável o processo de controle de qualidade e manutenção desses recipientes. Assim, é provável que o número de acidentes aumente em progressão geométrica. Estas razões já seriam suficientes para descartar essas ideias de mudança de sistemática de comercialização do GLP. Mas, há ainda razões igualmente relevantes sob a ótica puramente de defesa da marca, que também merecem destaque.

Os consumidores são a parte com menor informação dentro do processo de consumo. No caso da aquisição de botijões de GLP, ele se preocupa em saber sobre as reputações da firma que diretamente o fornece, normalmente um revendedor de GLP, e da firma titular da marca gravada nos respectivos recipientes, para, depois de realizada essa primeira análise (praticamente inconsciente, baseada justamente nas informações que lhe são conhecidas desde sempre), ele toma a decisão de compra efetiva. Certamente, se algum consumidor se deparar com uma marca que não conhece, ou sobre a qual possui alguma memória (experiência) negativa, irá, no mínimo, pensar duas vezes antes da aquisição. Isto ocorre mesmo no caso em que a reputação da firma fornecedora direta lhe é conhecida. Portanto, é preciso garantir aos consumidores a capacidade de escolha, com total certeza, da empresa que envasilhou e comercializou os recipientes que adquire. Assim, a sistemática normativa vigente na grande maioria dos países em que o GLP é utilizado na forma envasada, impõe essa vedação ao envasilhamento por empresas que não sejam detentoras da titularidade sobre a marca gravada nos recipientes que põe em circulação.

Com efeito, a distribuição de GLP é uma atividade de capital intensivo. Isto resulta das imposições de segurança, bem como de todas as demais exigências de natureza técnica, de complicações de natureza logística e operacional, dentre outros fatores inerentes a esta atividade. É preciso um nível mínimo de investimento razoavelmente alto para entrar, se manter, e expandir-se nesse mercado. Esta não é, a propósito, uma condição particular da indústria do GLP. Em indústrias de rede é natural que, quanto mais à montante (elos de cima da cadeia), maiores sejam os índices de concentração, e, quanto mais à jusante (elos de baixo), maior seja a pulverização (quantidade de incumbentes). Isto decorre, obviamente, do fato de que os ganhos de escala são altamente relevantes para essas indústrias, e, quanto mais à montante, maiores são os investimentos, e, porquanto as necessidades dos ganhos de escala de produção, para tornar o negócio viável economicamente. Todavia, menores índices de concentração não resultam, necessariamente, em menos competição entre as empresas incumbentes. Aliás, em muitos casos dá-se justamente o contrário, pois há setores em que existem apenas duas empresas rivais com relevância real, competindo de forma absolutamente ferrenha entre si.

Para quem não tem maiores conhecimentos acerca dos aspectos econômicos e jurídicos expostos acima (a maioria das pessoas), é natural imaginar que que maiores índices de concentração impliquem em menos competição. O mesmo raciocínio leva a crer que a facilitação da entrada de novos *players* tenderia, por si só, a aumentar a concorrência, resultando em benefícios para os consumidores. Com base nesta premissa, alguns defendem, de forma recorrente, como redução à barreira de entrada, a flexibilização à vedação ao enchimento de botijões de outras marcas. Esta defesa se baseia em dois argumentos: 1. a propriedade desses recipientes já não seria mais das distribuidoras detentoras da titularidade sobre as marcas neles gravadas, a partir do momento em que os mesmos são comercializados; e, 2. o potencial aumento de concorrência que ocorreria com a retirada dessa barreira de entrada.

Posto de forma sintética este contexto, cabe-nos, sob um enfoque voltado especialmente para a proteção da marca como mecanismo de garantia de segurança dos consumidores, demonstrar as razões para que se proteja a sistemática de proibição de envasilhamento e comercialização de recipientes de GLP por quem não for detentor dos direitos sobre as respectivas marcas nele gravadas. De igual modo, nossos argumentos objetivam, se for o caso, justificar também a modificação da estrutura regulatória em casos em que a marca não seja objeto da mesma proteção aqui mencionada. Para esse mister, faremos uma incursão sobre noções básicas sobre a marca, o histórico do nascimento do direito marcário, suas razões de existência, as funções da marca e, por fim, as implicações decorrentes da falta de proteção à marca sob a perspectiva da segurança dos consumidores.

II. Noções básicas sobre marca

A marca é um bem imaterial, ou seja, um bem que não possui uma existência tangível, mas que, ao contrário, precisa materializar-se em coisas sensíveis (*corpus mechanichum*) para ser percebido pelos sentidos. Ademais, é passível de ser reproduzido ilimitadamente e de modo simultâneo em diversos lugares. Entretanto, para entender a peculiaridade da marca dentro desse contexto de bens imateriais, é necessário compreender sua natureza própria.

Muitos bens imateriais possuem uma fisionomia definida. Por exemplo, uma invenção é uma regra, ou uma série de regras, por meio das quais se aplicam as forças da natureza à satisfação das necessidades humanas; uma obra literária se constitui por um conjunto de ideias expressas sob a forma linguística e mediante a qual se enriquece o patrimônio cultural. Para dotar a marca dos perfis definidos dentro da

família dos bens imateriais, caberia afirmar que trata-se de um signo. Efetivamente, à primeira vista a marca é um signo denominativo, gráfico ou misto. O signo continua, todavia, uma realidade intangível. Para que se possa ver o signo (marca) é preciso que o mesmo adquira uma forma sensível: que se materialize em um recipiente, no próprio produto, ou nas correspondentes expressões publicitárias associadas à detentora da marca.

Por conta disto, a marca, isolada do seu contexto materializante (recipiente, produto, empresa detentora, etc.), não se constitui em objeto de proteção jurídica, porque, a rigor, nada representa. O titular de uma patente, por exemplo, exerce titularidade exclusiva sobre sua invenção: pode opor-se a qualquer utilização da mesma por terceiros não autorizados. Afora os casos de marca de alto renome ou de notório reconhecimento¹, o mesmo não se pode dizer em relação ao titular do direito sobre as marcas. Explique-se. O titular da marca não necessariamente possui o mesmo direito de exclusividade absoluta sobre o signo em si mesmo considerado, mas apenas no caso desse signo em relação à classe definida de produtos ou serviços, de maneira que só opor-se a que se utilize o signo distintivo da sua marca em associação com a mesma classe de produtos ou serviços. Isto significa que o objeto do direito de marca é um signo posto em relação com uma classe de produtos e serviços, que é o que se chama de regra da especialidade da marca.

Mas, a união entre o signo e o produto ou serviço, apresenta-se como apenas uma das facetas da complexa figura da marca. Se nos limitarmos a dizer que a marca se traduz pela união entre signo e uma determinada classe de produtos ou serviços, não estamos verdadeiramente descrevendo uma marca viva e operante, mas apenas um projeto de marca, uma marca em potência, à qual falta um outro ingrediente básico para que se converta em uma marca autêntica. Este ingrediente é psicológico e vem a ser a identificação produzida na mente do consumidor quando este observa a união entre o signo e o produto ou serviço. Ou seja, a união entre signo e o produto ou serviço é a obra criadora do empresário, mas esta obra não se torna uma marca autêntica até o momento em que os consumidores passam a captar e reter na memória essa união. Ao ser apreendida pelos consumidores e converter-se, deste modo, em uma verdadeira marca, a união entre signo e produto desencadeia certas representações na mente do consumidor. Tais representações giram, via de regra, em torno dos seguintes pontos: a origem empresarial do produto ou serviço vinculado com a marca, as características e nível de qualidade do produto ou serviço, e, a boa fama do produto ou serviço portador da marca.

Num primeiro momento toma-se a decisão de distribuir ao público consumidor um determinado produto ou serviço soa a identificação do símbolo marcário, para, num momento seguinte, manifestar a esse público consumidor a associação entre tal signo e o produto ou serviço oferecido pela marca. A marca precisa estar presente no mercado: a marca deve ser difundida entre o público consumidor. Por esta forma, o empresário fixará a marca no recipiente do produto, ou no próprio produto, quando cabível, assim como encontrará formas de fazer chegar aos consumidores, quando for o caso, informações publicitárias capazes de associar aquele produto ou serviço à respectiva marca que lhe dá identidade. O essencial e decisivo é que, de uma forma ou de outra, o empresário associe o signo com a oferta de produtos ou serviços ao público consumidor. Todavia, mesmo sendo imprescindível a atividade do empresário, ela é insuficiente para converter um signo em uma marca. A rigor, o empresário se limita a desencadear essa união entre o signo e o produto ou serviço: cria através das suas atividades as

1 À marca de alto renome goza de proteção para todos os ramos de atividade (art. 125, da Lei de Propriedade Industrial brasileira, Lei nº 9.279/96). A marca notoriamente conhecida em seu ramo de atividades (nos termos do art. 126 da mesma citada lei, conforme o que estatuiu a Convenção da União de Paris para Proteção da Propriedade Industrial), que é o caso de marca registrada em outros países, mas notoriamente conhecida pelos consumidores de qualquer lugar, goza de proteção no seu ramo de atividades, mesmo quando não registrada no Brasil.

condições favoráveis para que isto se dê. Não obstante, a consolidação definitiva da marca depende, em última análise, do outro grande protagonista neste processo formativo: o público consumidor.

O signo associado aos produtos ou serviços pelo empresário se converte em uma verdadeira marca quando a contemplação do signo provoca na mente dos consumidores as representações em torno da origem empresarial, qualidade, e, no seu caso, boa fama dos produtos ou serviços associados à respectiva marca. Quando isso acontece, a união entre signo e produto terá acrescentado o perfil psicológico que — como sabemos — também é parte integrante do bem imaterial denominado marca. É, portanto, inegável que a marca não pode surgir sem a participação dos consumidores. O público consumidor, assim, não é um simples destinatário da marca; ao contrário, é um protagonista ativo que desempenha o destacado papel no processo de formação da marca.

III. Funções da marca

Antes de expor as funções da marca sob uma ótica jurídica, parece oportuno discorrer acerca do importante papel que a marca desempenha na esfera econômica. A importância deste papel foi sublinhada de forma acertada pelo Memorando que publicou em 1976 a Comissão das Comunidades Europeias acerca da criação de uma marca comunitária. Neste documento se ressalta de forma expressiva o papel informativo que a marca deve cumprir dentro do Mercado Comum Europeu. Afirma-se, a este propósito, que, na Comunidade Econômica Europeia, o consumidor tem que lidar com um elevado número de produtos fim de uma mesma classe: produtos que não se distinguem de forma clara entre si através de características naturais ou técnicas, a não ser mediante sutis diferenças qualitativas ou por meio do seu respectivo aspecto externo. Ao mesmo tempo, no Memorando, se expõe que, para o fim de selecionar adequadamente os produtos, é preciso que o consumidor possa identificá-los em atenção à sua origem. Ou seja, o Memorando adota a tese de que a marca é precisamente o mecanismo que torna possível a identificação e subsequente seleção dos produtos. Por fim, chega-se à conclusão no sentido de que a marca é o único meio de permitir a eleição dos produtos por meio da identificação, de maneira que a oferta de produtos de uma mesma classe, por uma infinidade de produtores, se torne viável e transparente para os consumidores.

Nada obstante, vale dizer que, na doutrina europeia mais recente algumas vozes críticas se levantaram contra a o estudo das funções da marca². Entretanto, essas críticas não parecem ter fundamento suficientemente relevante. Porque esta doutrina não constitui atualmente um mero mecanismo usado para justificar o direito de exclusividade do detentor da marca. Antes disto, no contexto do Direito Comunitário Europeu, a doutrina das funções da marca é um dos instrumentos nos quais se vem apoiando o Tribunal de Justiça no momento de fazer compatível o exercício do direito de exclusividade inerente à marca com o princípio da livre circulação de mercadorias. Pela análise da construção jurisprudencial do Tribunal de Justiça da Comunidade Econômica Europeia, que se pode dizer que tem início com a sentença de 23 de maio de 1978, tratando do caso “Hoffmann-La Roche/Centrafarm”, construiu-se, com base na ausência inicial de normas e princípios comunitários relativos às marcas, o Tribunal teve que embasar-se na teoria das funções da marca a fim de estabelecer quando o exercício

2 Concretamente, na doutrina alemã, INGERL E ROHNKE (*Markengesetz*, Introdução, marginal 35, p. 23) acentuam sua crítica na afirmação da tese no sentido de que no Direito Marcário o destacado papel exercido pelas funções da marca tem sua causa nas dúvidas existentes acerca da justificação do direito de exclusividade conferido ao titular da marca.

do direito de exclusividade inerente à marca se compatibiliza com o princípio básico da livre circulação de mercadorias, plasmados nos antigos artigos 30 e 36 do Tratado da Comunidade Econômica Europeia (acessível em <https://eur-lex.europa.eu/collection/eu-law/treaties/treaties-founding.html?locale=pt>). Ao mesmo tempo, o Tribunal de Justiça veio conectando a teoria das funções com o denominado “objeto da marca”. Esta conexão se traduz em que a jurisprudência comunitária estima que é parte integrante do objeto da marca a faculdade de impedir qualquer uso do signo que ponha em perigo a função fundamental da marca: indicar a origem empresarial dos produtos ou serviços.

A jurisprudência brasileira sobre o assunto, em linhas gerais, não diverge da do Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia³. A função da marca comercial consiste em individualizar os produtos de uma empresa, atestando a sua origem e procedência, de modo que se permita ao consumidor uma perfeita identificação no momento da compra.

III.1. Função indicadora da procedência empresarial

Como visto, uma das principais funções da marca é a indicação clara da origem do produto ou serviço. A função indicadora da procedência é, sem dúvida, a primária e fundamental da marca; a que se apoia diretamente nas reações dos consumidores e se baseia de modo imediato na estrutura do direito de marca. Com efeito, ao contemplar uma marca posta em relação com um produto ou serviço, o consumidor pensa logicamente que o produto ou serviço procede de uma determinada empresa: daquela empresa de onde procedem todos os produtos ou serviços da mesma classe que são dotados da mesma marca. Neste sentido, a marca desempenha um papel informativo: atesta perante os consumidores que todos os produtos de uma mesma classe portadores da mesma marca foram fabricados ou distribuídos por uma mesma empresa.

Deve-se reconhecer, entretanto, que essa função indicadora de procedência passou por uma relevante mudança desde o seu surgimento até os tempos atuais. Durante um bom tempo o consumidor atribuía grande importância ao fato de conhecer efetivamente a procedência empresarial do produto: para o comprador eram vitais a identidade do fabricante, suas dimensões e sua localização. Porém, a revolução industrial e as inovações tecnológicas promovidas no século XX principalmente no âmbito das comunicações, afastaram os consumidores dos fabricantes dos produtos. Hoje, com frequência, a identidade em sentido estrito do fabricante dos artigos de marca é desconhecida pelos consumidores. Mas, não deve dar-se importância demasiada a este fato; nem é possível deduzir do mesmo a radical tese de que nas condições atuais uma marca não designa a procedência a rigor a procedência empresarial dos produtos porque para o público consumidor a procedência empresarial dos produtos pode ser anônima. Ao contrário disto. A circunstância de que seja desconhecida a identidade da empresa fabricante ou distribuidora do produto ou serviço de marca não significa de modo algum que a identidade seja indiferente: desconhecido não é sinônimo de indiferente. O consumidor

3 A este respeito, conferir acórdão emanado do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do RECURSO ESPECIAL Nº 1.327.773 - MG (2011/0122337-1), cujo Relator foi o Ministro Luis Felipe Salomão, Ementa a seguir: “RECURSO ESPECIAL. PROPRIEDADE INDUSTRIAL. USO INDEVIDO DE MARCA DE EMPRESA. SEMELHANÇA DE FORMA. DANO MATERIAL. OCORRÊNCIA. PRESUNÇÃO. DANO MORAL. AFERIÇÃO. IN RE IPSA. DECORRENTE DO PRÓPRIO ATO ILÍCITO. INDENIZAÇÃO DEVIDA. RECURSO PROVIDO. 1. A marca é qualquer sinal distintivo (tais como palavra, letra, numeral, figura), ou combinação de sinais, capaz de identificar bens ou serviços de um fornecedor, distinguindo-os de outros idênticos, semelhantes ou afins de origem diversa. Trata-se de bem imaterial, muitas vezes o ativo mais valioso da empresa, cuja proteção consiste em garantir a seu titular o privilégio de uso ou exploração, sendo **regido, entre outros, pelos princípios constitucionais de defesa do consumidor e de repressão à concorrência desleal**. 2. **Nos dias atuais, a marca não tem apenas a finalidade de assegurar direitos ou interesses meramente individuais do seu titular, mas objetiva, acima de tudo, proteger os adquirentes de produtos ou serviços, conferindo-lhes subsídios para aferir a origem e a qualidade do produto ou serviço, tendo por escopo, ainda, evitar o desvio ilegal de clientela e a prática do proveito econômico parasitário.** (...) Recurso especial provido.” (grifos nossos)

pode desconhecer o nome do empresário que emprega a marca; mas confia em que, seja quem for, o empresário será sempre o mesmo. Ainda que o consumidor não conheça o nome e o domicílio do titular da marca, a marca garante aos consumidores que, ao adquirirem produtos dotados com uma marca, obterão os produtos que tenham idêntica origem empresarial dos produtos produzidos pela mesma marca dos anteriormente adquiridos.

A já mencionada sentença do Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia “Horffmann-La Roche/Centrafarm” assim apreciou o assunto: “... é preciso ter em conta que a função essencial da marca consiste em garantir ao consumidor ou usuário final a identidade de origem do produto marcado, permitindo-lhe distinguir sem possibilidade de confusão este produto dos produtos que tenham outra procedência. (...) que esta garantia de procedência implica em que o consumidor ou usuário final possa ter a certeza de que um produto marcado que lhe é oferecido, não tenha sido objeto, em uma fase anterior de comercialização, de uma intervenção realizada por um terceiro sem autorização do titular da marca que atente contra o produto em seu estado original. (...) que o direito que se reconhece ao titular de opor-se a qualquer utilização da marca que seja suscetível de falsear a garantia de procedência entendida desta forma, constitui parte do objeto específico do direito sobre a marca”.

III.II. Função indicadora da qualidade

A experiência demonstra que a contemplação de uma marca associada a um produto ou serviço suscita, de ordinário, no ânimo do consumidor, a crença de que tal produto ou serviço possui certas características. Características que, em algumas circunstâncias, serão um tanto vagas e indeterminadas: o consumidor limita-se a pensar que um artigo de marca é igual, superior ou inferior a outro artigo da mesma classe, dotado de outra marca. Há também características que apresentam, em outras ocasiões, perfis mais claros: o consumidor atribui ao produto ou serviço de uma marca um nível de qualidade tal. De uma forma ou de outra, é indubitável que, em regra, o consumidor creia que todos os produtos ou serviços dotados de uma mesma marca ostentem a mesma qualidade: seja esta alta ou baixa. Neste sentido cabe afirmar que a marca é um signo que proporciona ao consumidor a informação acerca de um nível de qualidade relativamente constante do produto ou serviço que consome. Isto é, em um plano socioeconômico, algo inquestionável: a marca é um signo que indica uma certa qualidade do produto ou serviço na realidade do mercado e, sobre tudo, nas experiências e vivências dos consumidores.

Pois bem, é preciso então questionar se a função indicadora da qualidade que a marca cumpre no plano socioeconômico possui igual relevância no plano jurídico. Parece que esta proteção jurídica encontra guarida, por algumas razões essenciais. As marcas premiam o fabricante que, sem cessar, produz artigos de alta qualidade, os quais, portanto, estimulam o progresso econômico. Sem a proteção da marca, os fabricantes teriam muito pouco incentivo para elaborar novos produtos ou mesmo para manter a qualidade dos já existentes. Com as marcas pode-se obter esse efeito, dado que atuam como uma garantia, a favor do consumidor; de que todas as mercadorias designadas com uma marca concreta foram produzidas por, ou sob o controle (caso dos licenciamentos), do mesmo fabricante e, portanto, terão provavelmente uma qualidade similar. Assim, a garantia de qualidade que oferece uma marca não é absoluta, já que o fabricante tem liberdade para variar seu próprio nível de qualidade, entretanto, o fará por sua própria conta e o mesmo sofrerá as consequências se permitir uma diminuição da qualidade dos seus produtos. Por conseguinte, conquanto a marca não proporcione nenhum tipo de garantia legal de qualidade — o que pode ter levado alguns a subestimar a importância das marcas — em termos econômicos, oferece uma garantia efetiva e cotidianamente levada em consideração pelos consumidores no momento da escolha dos produtos ou serviços.

Para que a marca possa desempenhar esta função, deve constituir a garantia de que todos os produtos marcados foram fabricados sob o controle de uma única empresa, que se faz responsável pela sua qualidade. É indiscutível que, na prática, a marca constitui, aos olhos dos consumidores, uma garantia de que os produtos marcados são fabricados pela mesma empresa ou sob o controle de qualidade da mesma, e que, porquanto, se pode pensar que são da mesma qualidade. Esta função essencial de uma marca põe o titular em condições de entrar no jogo da competição tomando como base a qualidade do seu produto.

III.III. Função condensadora da eventual boa reputação (*goodwill*)

Da perspectiva do titular, a função mais importante da marca é, sem sombra de dúvidas, a de constituir mecanismo em que o mesmo possa, ao longo do tempo, ir condensando sua boa reputação (*goodwill*) de que gozem perante o público consumidor, os produtos ou serviços diferenciados pela sua marca. A boa fama, ou boa reputação, que pressupõe a preferência que o público consumidor outorga aos produtos dotados da marca; e entranha a expectativa razoável de que o produto ou serviço será reiteradamente adquirido ou contratado porque conta com o respaldo público. A função condensadora da boa fama é singularmente palpável no caso de marcas de alto renome (aquelas que gozam de alto prestígio perante o público em geral): prestígio que é fruto da alta qualidade dos seus produtos ou serviços; da intensa publicidade posta em torno da marca; e, às vezes, da força sugestiva (*selling power*) do próprio signo constitutivo da marca.

O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias outorga o devido relevo a esta função condensadora da boa fama da marca. No caso anteriormente mencionado (“Hoffmann-La Roche/Centrafarm”), aquele tribunal estabeleceu uma clara conexão entre o objeto específico do direito de marca com a proteção do *status* ou reputação da correspondente marca, conforme se vê: “*el objeto específico del derecho de marca consiste particularmente en conferir al titular el derecho exclusivo a utilizar la marca para la primera comercialización de un producto y protegerlo, de este modo, contra los competidores que pretendan abusar de la posición y de la reputación de la marca*”. (Cfr. REC., 1978, pp. 1164-1165).

Por esta forma, novamente, a proteção ao direito de marca se mostra, a um só tempo, benéfico para o titular da marca, que vê protegidos os benefícios potenciais decorrentes dos esforços no sentido de garantir que a boa fama dos seus produtos ou serviços se condense através do tempo e na mente dos consumidores; assim como para os consumidores, que com isto observam uma tendência à melhora contínua dos produtos ou serviços ofertados, ou, no mínimo, a manutenção do padrão de qualidade que a boa fama do detentor da marca visa a construir ou preservar.

III.IV. Função publicitária

Por fim, um dos pontos mais discutidos a respeito da marca, que reside justamente em saber se a marca cumpre uma função publicitária, por si só. A doutrina favorável à tese de que a marca se constitui, per se, num instrumento publicitário, argumenta que esta não é somente um símbolo da boa fama, mas, com frequência, é o instrumento sobre o qual a boa fama se cria e mantém: a marca vende efetivamente os produtos. Certamente não se constitui na função mais essencial da marca, entretanto, não se discute o relevo jurídico que contém. Exerce, isto sim, palpável função por ocasião, por exemplo, de se destacar uma determinada marca dotada de elevado potencial publicitário (notoriedade) perante uma variada gama de outros produtos ou serviços da mesma classe.

Ou seja, a marca (*signo per se*), constitui função de publicidade efetiva, a partir do momento em que ganha notoriedade, identidade perante os consumidores. Permite a seleção por parte dos consumidores no momento da aquisição, sem maior necessidade de avaliação sobre detalhes que possam constituir as informações de publicidade. Facilita a escolha por parte dos consumidores. E, além disto, promove as vendas do próprio produto. Marcas de grande reconhecimento do público (as quais não serão citadas aqui, mas que todos são capazes de lembrar algumas de memória), “vendem por si”. Esta é a força publicitária da marca, que merece relevo sob o ponto de vista de proteção jurídica.

IV. Conclusões

Como visto, a proteção do direito de marca, notadamente no mercado de comercialização do GLP, pode ser comparado a uma árvore, em que os benefícios colhidos pelo titular são, por assim dizer, seus frutos, mas, suas raízes encontram-se todas fincadas na proteção dos consumidores. Assim, todas as funções exercidas pela marca, que constituem as feições jurídicas de sustentação de sua proteção efetiva pelo ordenamento jurídico, direcionam-se para a proteção e defesa dos consumidores.

Convém dizer que todas as premissas estabelecidas sobre o direito de marca são estatuídas com o objetivo de promover garantias para os mais variados produtos e serviços postos à disposição dos consumidores. Nem todos esses produtos ou serviços possuem como característica intrínseca alguma carga de periculosidade. Entretanto, é razoável acreditar que, quando se trata de produtos que possuam por natureza algum grau de periculosidade, a carga de proteção decorrente do direito de marca deva merecer uma densidade normativa ainda maior. É, pois, exatamente o que o corre no caso do comércio de GLP. Além dos postulados genéricos de proteção à marca, que atingem todos os ramos de atividades ofertadas aos consumidores, na regulação do mercado de GLP essas proteções ganham ainda mais densidade. Para resumir em uma simples sentença: a marca grava de forma indestrutível no corpo dos botijões é o certificado inquestionável de garantia do produto.

Portanto, qualquer ataque à marca dos botijões de GLP, voltando à analogia com a árvore, atinge apenas os seus frutos, ou seja, os alegados benefícios garantidos aos proprietários da marca e impedimentos impostos aos terceiros interessados em entrar no mercado sem adquirir a quantidade necessária de recipientes para tanto. Todavia, não é possível derrubar uma árvore atingindo seus frutos. O que faz da árvore o elemento de rigidez, longevidade e estabilidade que representa são suas raízes. As raízes do direito de marca estão justamente na sua função essencial de proteção dos consumidores. É por esta razão que, depois de uma avaliação minimamente detida, os argumentos levantados a favor da permissão de enchimento dos recipientes transportáveis de GLP por qualquer empresa, independentemente de ser a mesma titular dos direitos de propriedade sobre as marcas gravadas nos respectivos botijões, não conseguem parar de pé.

Ricardo Tonietto

Presidente da AIGLP



Asociación Iberoamericana
de Gas Licuado de Petróleo
Associação Ibero-Americana
de Gás Liquefeito de Petróleo

www.aiglp.org | aiglp@aiglp.org

Rua da Assembléia 66 | sala 1901 | RJ | Brazil | Cod. Postal: 20011-000

Tel. +55 21 3078-2850 | Fax: +55 21 2531-2621