

Nota sobre a impertinência da aplicação do direito de consumidor no tocante ao direito de marcas

Denis Borges Barbosa (2010)

A nossa lei repellio o systema da marca obrigatória instituída sob o domínio da ideia de proteger os interesses do consumidor: esta missão não é da lei reguladora das marcas de fábrica. Tem tal lei por fim a proteção do direito que tem o fabricante de defender contra a má fé de terceiro o crédito de seu estabelecimento ou fábrica, representada no seu produto (Didimo Agapito da Veiga Junior, Marcas de Fábrica, B.L. Garnier, Livreiro-Editor, 1887)

O aspecto, epigrafiado já na nossa primeira obra sobre a questão, que cabe analisar, neste estudo, é o da *independência da marca em face ao produto ou serviço assinalado*. Cabe aqui uma nota crucial quanto à estrutura jurídica da proteção das marcas no âmbito da propriedade intelectual.

Esta independência encontra eco no direito internacional ¹:

Independência das marcas em face dos produtos

A licitude das marcas não tem relação com os produtos *sobre os quais* a marca é aposta, pois e aplica o princípio da *independência da marcas em face dos produtos e dos serviços* (CUP, art. 7º.)²:

Art. 7º A natureza do produto em que a marca de fábrica ou de comércio deve ser aposta não pode, em caso algum, obstar ao registro da marca.

Como se lê da Ata da Conferência de Paris de 1883, p. 89, a proposta do Art. VII visou assegurar que uma marca pudesse ser obtida, muito embora estivesse proibida a comercialização do produto a qual a marca se propusesse a ser aposta. Por exemplo, no caso dos produtos farmacêuticos, quando registro sanitário ainda não tivesse sido obtido.

A questão que nos dirigimos neste instante, porém, não se restringe independência entre marca e bem assinalado ao momento do registro, mas à autonomia *a todo tempo* entre o item assinalado e a marca. A marca não aponta para um bem de certa e específica definição qualitativa ³.

No contexto da economia de mercado ⁴, onde surge a marca protegida pela Propriedade Intelectual, os agentes econômicos podem ter, ou não ter marca, - à sua escolha -; e assinalar com a marca escolhida o produto cujas características preferirem, sem nenhum compromisso de manutenção de qualidade intrínseca.

1 Proteção das Marcas, op. cit., § 7.4.2.15.

2 Bodenhausen, Guide to the Paris Convention, p. 128.

3 Essa característica ocorre também na récita dos crimes relativos às marcas: Art. 190. Comete crime contra registro de marca quem importa, exporta, vende, oferece ou expõe à venda, oculta ou tem em estoque: (...) II - produto de sua indústria ou comércio, contido em vasilhame, recipiente ou embalagem que contenha marca legítima de outrem. Assim, garante-se ao titular evitar que terceiro tire proveito de seu investimento em imagem, mesmo sem usar o produto do titular da marca registrada, e ainda que o produto fornecido seja igual ou até melhor do que o do titular.

4 As marcas nas economias socialistas podiam ter, e muitas vezes tinham, compromissos com a qualidade intrínseca dos produtos assinalados.

Aumentar, manter ou reduzir as especificações do item assinalado obedece a uma racionalidade de mercado – contentar o consumidor é certamente parte dessa consideração – mas não existe no campo da Propriedade Intelectual nenhuma obrigação em fazê-lo⁵.

Permanece, no discurso jurídico relativo às marcas, uma homenagem ao consumidor:

La protección de la marca no constituye ni un premio a un esfuerzo de creación intelectual, que pueda ser protegida por sí misma, ni un premio por las inversiones en publicidad; es un instrumento para una diferenciación concurrencial que tiene como último fundamento la protección de los consumidores y por lo tanto, sus límites, en la función distintiva que cumple⁶.

Se a observação de Ascarelli continua válida, não se pode, de forma alguma, confundir essa “proteção ao consumidor” com os cânones de qualidade e confiabilidade intrínseca dos produtos e serviços marcados. Ascarelli enfatiza: a proteção se dá *na função distintiva*. É pacífico nem Direito que a marca (e nos limitamos aqui às marcas propriamente ditas, excluindo desse enunciado a marca “de certificação” e outros signos distintivos substanciais, como a designação de origem) não tem hoje, e faz muito tempo, qualquer garantia de qualidade.

Esta nossa marca, integrante e regulada pela Propriedade Intelectual, nasce, nos fins do século XIX, exatamente como um signo *formal e facultativo*. As “marcas” anteriores, obrigatórias nas corporações de ofício, tinham função de garantia de qualidade. Foram abandonadas, em favor das marcas formais.

O Visconde de Ouro Preto, no seu precioso livro de 1888⁷, reporta esse fato:

26. E' facultativa a marca. Não constitue obrigação e sim direito do industrial ou negociante.

E' esta a doutrina geralmente aceita, ainda que, em diversos paizes, são obrigatorias varias marcas, como, por exemplo, as que devem ser gravadas nas armas offensivas e defensivas e nas obras de ouro e prata

27 Tivemos e vigoram entre nós disposições analogas. Assim, os ourives eram obrigados a marcar os seus artefactos e leval-os ao Ensaaiador da Casa da Moeda, (onde tinha logar o contraste. Todo o impresso, lithographia, ou estampa deve seeacompanhado do nome do impressor ou grava-dor, da indicação da localidade em que veio a lume e do anno da publicação. Os pharmaceuticos devem mencionar, nas vasilhas ou envoltorios dos medica-mentos que preparam, seu nome) e logar de residencia.

28. Mas, a primeira destas exigencias caducou diante do art. 179, §§ 24 e 25 da Constituição do Imperio, que abolio as corporações de officios e proclamou a plena liberdade de trabalho, industria e profissão; e quanto às demais, são apenas medidas de policia, indispensáveis à segurança e saúde públicas, e não podem ser consideradas marcas industriaes obrigatórias.

Ora, se para o Visconde esse episódio histórico, ocorrendo nos seus dias, merecia nota, a doutrina subsequente se acostumou tanto com a nova marca, que esse elemento crucial

5 Veja-se, no entanto, que se tutela a escolha feita pelo titular da marca. Tal poder surge no capítulo de licenças (Art. 139. 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.)

6 ASCARELLI, Tullio. Teoría de la concurrencia e de los bienes imateriales. Vol. II. Barcelona: Bosh Ed., 1961, p. 438-9.

7 Afonso Celso, Marcas Industriais e Nome Comercial, Imprensa Nacional, 1888.

perde atenção. A noção apenas é reiterada na ênfase de que o sistema de marcas *da Propriedade Intelectual* não se destina, de forma alguma, a proteger o consumidor:

Lembra Pontes de Miranda, em seu Tratado, Vol. XVII, § 2007.8:

8. SINAIS DISTINTIVOS FACULTATIVOS E SINAIS DISTINTIVOS OBRIGATÓRIOS. De regra, o sinal distintivo é facultativo. Tem-se entendido que a facultatividade da marca de Indústria e de comércio atende à necessidade de se saber que foi o produtor ou comerciante que ligou a marca ao produto, para afirmação ao público do valor dele. De jeito que o bom êxito ou mau êxito recairia sobre o próprio produtor ou comerciante. Os consumidores confiam nas marcas até que se lhes esvai o prestígio. Outros juristas e economistas sustentam que a marca de indústria e de comércio deveria ser obrigatória. Mas, para isso, se precisaria de volver ao corporativismo, ou de se ensaiar estatalismo quase onipresente.

E mais adiante (§ 2.009.):

Em verdade, a proteção das marcas é mais a favor dos produtores e comerciantes do que dos adquirentes ou consumidores. Falta ao sistema jurídico a exigência de ser a marca estritamente correspondente a certo produto. No art. 126, § 1.0, do Decreto-lei n. 7.908 diz-se que o pedido há de referir-se a uma única marca, “correspondendo a produtos ou artigos de uma só classe”. Mas o produtor pode entender de variar a qualidade do produto, sem que, com isso, viole a marca.

A absoluta preponderância do interesse do investidor encontra igual e veemente eco em João da Gama Cerqueira, no seu Tratado da Propriedade Industrial, vol. 2, pág. 758:

Além de identificar os produtos ou de lhes indicar a procedência, as marcas como observou Carvalho de Mendonça, assumem valiosa função econômica garantindo o trabalho e o esforço humano, representando fator do tráfego e tornando-se elemento de êxito e de segurança às transações.

Ao lado dessa função, entretanto, a marca ainda desempenha outra, de natureza indireta, em relação ao consumidor, constituindo para este a garantia da legitimidade e da origem do artigo que adquire. Esta, porém, advirta-se, não é a função essencial das marcas, mas função secundária, porque o fim imediato, tanto da marca como da proteção que as leis lhes asseguram, é resguardar os direitos e interesses econômicos de seu titular.

E continua o autor:

Muitas vezes, entretanto, sobrepõe-se essa função mediata e secundária da marca à função primordial que assinalamos, colocando-se o interesse do público acima dos interesses do comerciante ou industrial, como se as marcas fossem criadas para garantia do consumidor e não para a segurança dos direitos dos comerciantes e industriais sobre os resultados de seu trabalho.

Dessa errônea concepção é que resultam geralmente, as inúmeras restrições postas ao direito dos comerciantes e industriais, por meio de estreita regulamentação da matéria, incompatível com a liberdade de comércio e indústria.

Sem dúvida, o interesse do consumidor não deve ser posto de lado, porque a ordem pública exige que a sua boa fé não seja iludida pela fraude. Mas já advertia o sábio Pouillet que a lei é feita no interesse do fabricante e que, se ela protege o consumidor, não é senão indiretamente, porque protege, primeiro, o fabricante.

Não se imagine que a exurgência do direito consumerista, nos anos 80, tenha de qualquer forma mudado essa perspectiva. Diz o mestre maior José Oliveira Ascensão, escrevendo nos nossos dias ⁸:

Daqui resulta já que não há que confundir a marca com um sinal de qualidade.

8 ASCENSÃO, José de Oliveira. “As funções das marcas e os descritores” In Revista da ABPI, no 61, nov/dez 2002, p. 17.

A marca não dá nenhuma garantia jurídica de qualidade. A qualidade do produto ou serviço pode aumentar ou diminuir sem que isso tenha reflexos jurídicos; só terá reflexos mercadológicos. Não há pois também uma função de garantia.

A proibição básica, que é fundamental neste domínio, de indução do público em erro - manifestação do princípio mais geral da proibição da concorrência fundada no engano do consumidor - não leva a permitir extrapolar uma função de garantia ou de qualidade da marca. Também a representação intelectual que os consumidores possam fazer de um nível de qualidade associado a uma marca, que é importantíssima nas decisões das empresas e dos consumidores, é uma ocorrência meramente de facto, a que não estão associados efeitos jurídicos.

Assim, se alguém adquirir marca de renome e fizer o cálculo de a aplicar a produtos ruins, escoando-os rapidamente graças ao apelo da marca e amortizando o investimento feito, não violou nenhum preceito jurídico. O artigo 216/1 b prevê a caducidade do registo se a marca se tornar susceptível de induzir o público em erro sobre a natureza, qualidade e origem geográfica desses produtos ou serviços, com o consentimento do titular da marca. Manifesta o princípio, que domina todo o regime da marca, que esta não deve ser enganosa. Mas isto nada tem que ver com a manutenção do padrão de qualidade, que não constitui nenhuma obrigação jurídica.

A observação do autor é cintilante: ninguém perde marca, por caducidade ou qualquer outra razão, se mudar inteiramente a qualidade do produto. Não há sanções, em Propriedade Intelectual, se o titular reduz seu produto ao limiar mais baixo de vendabilidade, abastardando a qualidade com vistas a obter maior retorno. Em Propriedade Intelectual, a marca é matéria essencialmente de interesse privado, como nota Gustavo Leonardos⁹:

É a antiga questão que se coloca, face à suposta possibilidade de confusão para os consumidores, de saber se a proibição de se registrar marca semelhante à de terceiro traduz um princípio de ordem pública e, portanto, insuscetível de renúncia ou se o interesse predominante é de ordem particular.

Essa questão, na vigência da Lei 9.279/96 está resolvida em seu artigo 199 que estabeleceu que nos crimes contra registro de marca (art. 189) somente se procede mediante queixa, tendo ficado a ação penal pública relegada aos crimes contra as armas, brasões ou distintivos oficiais (art. 191).

Se o interesse predominante fosse o público e não o particular, a ação penal teria que ser a pública.

Mas o legislador assim não entendeu e, me parece, com razão, pois a proteção aos consumidores através da legislação marcária nunca foi eficiente em lugar algum do mundo, tendo servido apenas para aumentar a burocracia necessária à viabilização dos negócios.

Reitera-o o Parecer INPI/PROC/DICONS/ AD/no. 69/93.

8.1 Ao contrário do que foi até o momento tomado como fundamento, e comumente imaginado, não objetiva a lei, ao regular a proteção das marcas, em primeiro plano, proteger o consumidor. O seu primeiro objetivo é a proteção do comerciante, visando resguardá-lo de atos que possam desviar a sua clientela.

Verifica-se, desta forma, se tratar de um direito de cunho eminentemente patrimonial. Em protegendo o comerciante, indiretamente está se protegendo o consumidor.

Assim, a proteção do consumidor, a que se refere Ascarelli, é *indireta*. A doutrina consumerista mais atenta o reitera. Brito Filomeno, por exemplo¹⁰, afirma que o fim mediato das leis concorrenciais é, certamente, a defesa do consumidor, uma vez que ele

9 LEONARDOS, Gustavo. "A Perspectiva dos Usuários dos Serviços do INPI em Relação ao Registro de Marcas sob a Lei 9.279/96". p. 5 in http://www.leonardos.com.br/Textos/pdf/PerspectivaU_.pdf, acessado em 17/02/2006.

10 FILOMENO, José Geraldo Brito et. al. Código Brasileiro de defesa do consumidor comentado. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 86.

é o destinatário final de tudo o que é colocado no mercado. Ou seja, não obstante o direito da concorrência desleal defender e regular primariamente as relações entre as empresas na economia de mercado, ela exerce uma função secundária de proteção ao consumidor, em situações que este corre risco de ser confundido e enganado por práticas de concorrência desleal.

Qual é, ainda que indireta, tal proteção? Indicamos a função da marca em face do consumidor em nossa tese doutoral¹¹:

Os autores americanos tendem a identificar dois principais esteios da função econômica da marca: a marca serve para diminuir o esforço de busca do consumidor e cria incentivos para instituir e manter a qualidade do produto¹².

O consumidor, pela marca, identifica o conjunto de qualidades e características que demanda, sem ter que testá-lo em cada caso, na confiança de que o agente econômico que introduziu o bem no mercado zelará sempre *pela coesão e consistência* de seus produtos e serviços; atende-se assim à questão da assimetria em informação, que faz com que os vendedores em mercados específicos tenham em geral mais informações do que os compradores¹³.

Mas, ao contrário do que ocorre com a bula de um remédio ou as especificações de um equipamento, a marca indica apenas *sumariamente* que o bem ou serviço pode ser objeto da expectativa de um conjunto de características, conforme a confiança que o consumidor adquiriu, ou recebeu da informação publicitária. Ao mesmo tempo proporciona ao consumidor economia de esforço, desnecessidade de reflexão e indução ao consumo¹⁴.

11 Proteção das Marcas, op. cit., § 2.2.

12 [Nota do original] "The standard economic arguments stress two main benefits of protecting marks: reducing consumer search costs and creating incentives to maintain and improve product quality". Robert G. Bone, "Enforcement Costs and Trademark Puzzles," 90 Virginia Law Review 2099 (2004). . Vide também William M. Landes & Richard A. Posner, *The Economic Structure of Intellectual Property Law* (2003), p. 166 e seg. Numa visão mais jurídica, nota Frédéric Pullaud-Dullian, *Droit de la propriété industrielle*, Montchrestien, 1999, §1.305: "Toutefois, le recours à la fonction essentielle de la marque, qui est de garantir au consommateur l'identité d'origine des produits marqués, permet de nuancer cet effet d'épuisement lorsque la fonction même de la marque est faussée: pour que la marque joue son rôle d'identification, « elle doit constituer la garantie que tous les produits qui en sont revêtus ont été fabriqués sous le contrôle d'une entreprise unique à laquelle peut être attribuée la responsabilité de leur qualité ». La marque ne garantit pas la qualité des produits mais elle garantit que ces produits ont été élaborés et marqués sous la responsabilité du titulaire de cette marque, que leur qualité peut être attribuée à une entreprise déterminée". Vide ainda Stacey L. Dogan, Mark Lemley, *Trademarks and Consumer Search Costs on the Internet*, <http://ssrn.com/abstract=560725>, visitado em 22/10/2006. Sobre a análise econômica de marcas, vide Stephen L. Carter, *The Trouble With Trademark*, 99 YALE L.J. 759 (1990); Nicholas Economides, *Trademarks*, in *The New Palgrave Dictionary Of Economics And The Law* 601 (1998); Nicholas Economides, *The Economics of Trademarks*, 78 TRADEMARK REP. 523 (1988); William P. Kratzke, *Normative Economic Analysis of Trademark Law*, 21 MEM. ST. U.L. REV. 199, 214–17 (1991); Mark A. Lemley, *The Modern Lanham Act and the Death of Common Sense*, 108 YALE L.J. 1687 (1999) e Barbosa, Antonio Luis Figueira, *Marcas e outros signos na realização das mercadorias*, in *Sobre a Proteção do Trabalho Intelectual*, Editora UFRJ, 1999, p. 58.

13 "Put simply, if consumers lacked the ability to distinguish one brand from another, firms would have no reason to create brands with more costly but higher quality characteristics. Consumers would be left to choose from a range of products far too limited to satisfy the full range of their preferences, and economic efficiency would suffer as a result." Robert G. Bone, op. cit. Segundo Castillo Camacho, R. Demián, "Different Arrangements to Assure Quality: A Focus on Designations of Origin" (June 2003). Universidad de las Americas Puebla Working Paper No. 00023. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=417100> or DOI: 10.2139/ssrn.417100, o mesmo se daria em relação às indicações geográficas. A visão econômica da marca como economia de tempo do consumidor se reflete na jurisprudência: *W.T. Rogers Co. v. Keane*, 778 F.2d 334, 338 (7th Cir. 1985) ("The purpose [of trademark protection] is to reduce the cost of information to consumers by making it easy for them to identify the products or producers with which they have had either good experiences, so that they want to keep buying the product (or buying from the producer), or bad experiences, so that they want to avoid the product or the producer in the future.").

14 [Nota do original] Benoît Heilbrunn, *Du fascisme des marques*, *Le Monde*, 23.04.04 : « En somme, la marque signe la mort de toute dialectique par un discours privilégiant le principe d'économie (dire une chose très fort avec un minimum de déperdition ainsi que l'illustrent des dispositifs tels que les logos et les slogans), mais aussi par la dénégation du principe de contradiction, dans la mesure où les marques articulent en permanence des régimes de valeurs contradictoires. Sous l'apparence de la diversité, elles diffusent en continu une sorte de rhétorique binaire

De outro lado, a existência de marcas contribuiria para que cada titular se aperfeiçoasse na captação de um público específico, permitindo apropriar-se legalmente desse processo de sedução¹⁵. Os autores econômicos, em particular os americanos, enfatizam que a sedução pode ser real, com oferta de qualidade e de estabilidade do produto¹⁶. Mas a marca também permite a sedução da clientela por outros métodos, como a chamada publicidade perceptiva¹⁷ e através da indução ao consumo conspícuo¹⁸.

Essa construção dos doutrinadores americanos – na sua ênfase no aspecto racional e qualitativo – reflete, no entanto, certas peculiaridades do sistema americano, que não existem no direito brasileiro.

As técnicas de publicidade e a criação de um mercado de produtos de diferenciação induzida modificaram o equilíbrio do sistema de marcas¹⁹. A proteção se volta mais ao investimento realizado na própria marca do que à qualidade do produto representado²⁰.

No nosso sistema *de propriedade intelectual*, a marca existe em si, como valor autônomo. Pode ser vendida, transferida, licenciada, sem vínculo a um produto qualitativamente definido. Outros capítulos do direito podem interferir na perda de qualidade de um produto

(ancien contre nouveau, branché contre ringard, hommes contre femmes), qui fonde un discours monolithique se centrant sur un avantage consommateur unique et différenciant ».

15 [Nota do original] Claramente, a noção econômica de Posner & Landes supõe o consumidor racional, sereno, atento, não sujeito à sedução marcária. Como nota Barton Beebe, Search And Persuasion In Trademark Law, Michigan Law Review, Vol. 103:2020 (2005) "The received orthodoxy that trademark law exists to minimize our search costs elides a fundamental question: are we searching for trademarks or are trademarks searching for us? Is trademark law dedicated to the minimization of their search costs or ours?"

16 [Nota do original] "In the case of trademarks, it involves the incentive to develop a good reputation for one's brand through consistency of quality. If two producers adopt similar marks for their products, but consumers are not likely to be confused between the two, then each producer still has strong incentives to build a strong reputation for quality, and this works to the advantage of the consumer as well as the producers. But if there is a possibility of confusion, then each producer has less incentive to create a good reputation, since each will try to "free ride" on the other's reputation.", Michael Rushton, "Economics and Copyright in Works of Artistic Craftsmanship", encontrado em <http://www.law.ed.ac.uk/script/newsrscript/rushton.htm>, visitado em 24/11/05.

17 [Nota do original] "Trademarks make perception advertising possible. Through perception advertising, a desirable mental image may be added to the quality or variety features of the trademarked product, permitting competition in yet another dimension. The tie-in of the objective attributes of the product with the ones attached to it by perception advertising may distort purchasing decisions", Nicholas Economides, Trademarks, The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law (Peter Newman, Ed.), May 1998

18 [Nota do original] Vide, deste autor, "Marca e Status – os nichos da concorrência conspícuo", Rev. De Direito Empresarial do Ibmecc v. III, 2004), encontrado em <http://denisbarbosa.addr.com/genericos.doc>, visitado em 24/11/05. Sobre a função análoga representada pelo design, diz Antonio Luis Figueira Barbosa, op. Cit, loc. Cit.: "A inter-relação e a complementaridade entre marcas e o desenho industrial para o alcance de um mesmo objetivo são os fatores que permitem classificá-los como meios de comercialização. O caráter persuasivo das marcas é semelhante ao desenho estético do produto atuando na formação da subjetividade dentro da estrutura de preferências dos consumidores, determinando a formação e controle da procura específica. É sempre bom ressaltar que, dentro deste marco de referência, o desenho industrial pode prescindir de sua funcionalidade, na medida em que predomina ou é exclusivamente empregada a "tecnologia da sensualidade". Este é um aspecto nem sempre bem compreendido, em especial pelos desenhistas industriais, quando há relutância em aceitar a possibilidade de seus produtos, de trabalho servirem para criar novas (des)necessidades predominando sobre o atendimento às necessidades existentes para o consumidor: "Assim, as mercadorias tomam emprestada sua linguagem estética da galanteria humana; mas, então, a relação é revertida, e as pessoas tomam emprestado a sua expressão estética do mundo das mercadorias".

19 Diferenciação é a criação de alternativas de demanda através de imagens-de-marca. Semiologicamente, resulta da multiplicidade de significantes em face de um só significado; sua utilização pode resultar em problemas de denotatividade e bi-univocidade no sistema marcário.

20 Do o nosso Developing new technologies, op. cit., p. 32 (...): "Since the days where a trademark was simply used to teach the faraway buyer which industrial or merchant was responsible for the quality of the product many things changed. A trademark turned into a value in itself and advertising investments created a trademark quality that has not always much to do with the good or service; it was therefore the first of the intellectual property rights in which the actual object of protection was sheer investment. Some authors have remarked that the building up of a trademark by means of massive advertisement has much in common with the construction of a character in a novel; in both cases only sometimes the result is a "roman a clef" bearing any resemblance to reality"

mercado (ou de peso, quantidade de unidades, etc.) em detrimento do consumidor ou de terceiros. Não assim nosso sistema de Propriedade Intelectual²¹.

Em suma, por mais politicamente incorreto que possa parecer, cabe reiterar aqui o *fato* de que a Propriedade Intelectual não se estrutura em tutela do consumidor. O advogado sempre procurará, quando aproveitar a seu cliente, apontar reais ou fictícias lesões às normas consumeristas, porque o direito do consumidor, não obstante sua tutela constitucional própria, sua realidade econômica, está essencialmente em voga e sempre será mais popular do que a proteção da Propriedade Intelectual.

Mas o sistema de marcas, em particular, não funciona numa dinâmica consumerista. Marca é uma construção formal, não substantiva, medularmente um recurso voluntário oferecido ao investidor, para assegurar retorno às atividades de criação de imagem empresarial.

Mesmo o princípio da exaustão de direitos, que aparentemente se contamina pela existência de um *corpus mechanicum* que atravessa as fronteiras territoriais (ou seja, do item assinalado, em sua materialidade e unicidade, inclusive qualitativa), não altera a formalidade das marcas. O seu fundamento é exatamente garantir que o retorno do investimento na imagem de marca não exceda os limites da exclusividade legal que lhe é atribuída.

21 [Nota do original] Note-se, no entanto, que a marca ela mesma pode sofrer objeções no sistema da Propriedade Intelectual se for intrinsecamente ilusória, a chamada marca deceptiva. Tal vínculo entre a marca e o produto (a “veracidade”) parece estar claro com o Código do Consumidor (Lei 8.078 de 12/09/90, Art. 4º, VI: [princípios da Política Nacional das Relações de Consumo] coibição e repressão eficientes (d)a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais, das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízo aos consumidores.), em que a marca aparece como compromisso substantivo de qualidade que pode ser resgatado pelo usuário final dos serviços ou pelo adquirente das mercadorias ou produtos designados pela marca. No tocante ao próprio subsistema de Propriedade Intelectual, o princípio está expresso - ainda que imperfeitamente - pelo art. 124, X do CPI/96, ao se vedar o registro de “sinal que induza a falsa indicação quanto à origem, procedência, natureza, qualidade ou utilidade do produto ou serviço a que a marca se destina”. Sobre a questão, digo em Uma introdução à propriedade intelectual, 2ª. Ed., Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003: “Sinal, sem dúvida, mas também qualquer outra forma marcária, notadamente a expressão, vale dizer, a marca nominativa. Não será registrada a marca que contenha dizeres ou indicações, inclusive em língua estrangeira, que induzam falsa procedência ou qualidade. Por procedência deve-se entender não só a origem geográfica como a empresarial. É vedado o registro que insinue vir o perfume de Paris, quando veio de Minas, e é proibido que deixe entender que o prestador dos serviços é a sociedade X, quando o é a Y. Por qualidade deve-se traduzir todo e qualquer atributo, positivo: como subsiste a imagem no Brasil de que o produto estrangeiro é melhor, a publicidade em outra língua exploraria tal peculiaridade de maneira a violar o princípio de veracidade. Mas as qualidades podem ser mais sutilmente insinuadas, e, se delas carecerem os produtos, mas forem apresentadas de forma a enganar o consumidor, ferindo, com isto, o interesse dos competidores, haverá a incidência da proibição. Fique claro que a prática burocrática desmentirá abundante e desmoralizantemente tal princípio. Nem se espere que a concorrência, a mais das vezes, reaja às marcas inverídicas; pois que perante as do competidor, lançará as suas, tão inverossímeis na expressão imediata, quanto infieis na relação entre signo e coisa representada: mutáveis no tempo, ao ir e vir dos insumos e dos caprichos, os produtos de uma marca serão o que for, enquanto restar um consumidor encantado pelos nomes mágicos”.