

## O RESPEITO À MARCA SOB A PERSPECTIVA DO CONSUMIDOR<sup>1</sup>

Roberto Benjé

Procurador do Estado do Rio de Janeiro, atualmente no exercício do cargo de Procurador-Geral do Poder Legislativo do Município do Rio de Janeiro

A grita dos donos de postos de gasolina contra a cláusula contratual-padrão — *que veda a aquisição de combustíveis automotivos de outros distribuidores de derivados do petróleo que não aquele sob cuja marca (“bandeira”) o posto se apresenta ao consumidor* — vem sendo examinada (pelo Judiciário e pelos órgãos administrativos de direito econômico) apenas sob as perspectivas do direito marcário e da livre concorrência.

Até o momento, tal cláusula vem sendo considerada lícito instrumento de proteção ao direito de marca, sem que se possa falar em afronta ao ditame constitucional da livre concorrência.

Sem discordar um milímetro de tal entendimento, parece-nos que essa discussão merece ser alargada para enfocar também o direito de informação do consumidor.

Com o presente ensaio, que toma carona na atualidade do litígio entre donos de postos e distribuidoras, pretendemos chamar a atenção para o risco de — *a pretexto de fomentar a atuação de empresas de pequeno porte econômico* — o Estado vir a consentir com o sacrifício de direitos elementares dos consumidores. Sem falar na onda de omissão regulatória gerada por um sentimento de rejeição a um passado recente de economia tutelada pelo Estado.

As raras hipóteses de regulação (fora do âmbito dos serviços públicos concedidos, que escapa à abordagem por nós pretendida) vêm sendo objeto de incruentas demandas administrativas e judiciais, como é o caso do comércio de combustível automotivo.

O Ministério de Minas e Energia — MME, — inicialmente, proibia sem exceções a livre aquisição de combustível pelos postos de gasolina<sup>2</sup>. No entanto, em 16 de janeiro de 1997, cedendo às reivindicações dos varejistas, editou a Portaria nº 9, facultando “ao Revendedor Varejista identificar em cada bomba abastecedora de combustível automotivo, de forma destacada, bem visível e de fácil identificação pelo consumidor, a Distribuidora fornecedora do respectivo combustível” (art. 12).

1 Parecer apresentado à Comissão Permanente de Defesa do Consumidor da Câmara Municipal do Rio de Janeiro (Ofício PGCMRJ nº 057/00, de 30.03.2000).

2 Portaria nº 61, de 06.03.1995, publicada no DOU de 09.03.1995. “Art. 11. O revendedor varejista que exibir marca de identificação comercial de uma distribuidora, somente poderá adquirir combustíveis da referida distribuidora. — Parágrafo Único. O revendedor varejista que não exiba marca de identificação comercial de distribuidora poderá adquirir combustíveis de qualquer distribuidora, nos termos do *caput* do artigo 6º desta Portaria.”

Hipótese exemplar de regulação, sob a perspectiva do consumidor, é a do comércio do gás de cozinha, no qual é vedada a utilização de recipientes identificados com a marca de um distribuidor para a comercialização de produtos acondicionados por outras empresas.

A Portaria nº 334, de 01 de novembro de 1996, do MME, em seu art. 3º, § 1º, estabelece que “as empresas distribuidoras de GLP somente poderão comercializar o produto em botijões da própria marca e com o rótulo e o lacre (...)”.

Inconformados com essa proibição, pequenos distribuidores, mercê de inúmeras ações, buscam decisão judicial que lhes assegure a livre comercialização do gás de cozinha por eles envasado em botijões de outros distribuidores, o que, em outros termos, equivaleria a autorizar-lhes a entregar ao consumidor uma mercadoria por outra.

Argumenta-se, falaciosamente, que a alienação de recipientes gravados com uma determinada marca facultaria aos respectivos adquirentes (desses recipientes) fazerem deles o uso que bem entendessem.

É certo que não estará cometendo ilícito o proprietário que vier a destruir ou a jogar fora tal recipiente. Mas estará, inquestionavelmente, incidindo em uma conduta delituosa quem venha a se utilizar desse mesmo recipiente para comercializar produto que não o fornecido pelo detentor da marca nele gravada, como demonstraremos mais adiante.

Quem adquire um determinado produto (o principal) e, com ele, um recipiente (o acessório), identificado com a marca do produtor, não adquire qualquer direito sobre a marca.

Vejamos a situação dos proprietários de garrafas de vidro gravadas com a marca *Coca-Cola*. Sem sombra de dúvida, não poderão eles utilizar essas garrafas para fornecimento de outros líquidos, que não o refrigerante *Coca-Cola*, como por exemplo, produtos químicos, bebidas alcólicas, ou mesmo refrigerantes de outros fabricantes.

Do mesmo modo, todos quantos tenham adquirido cilindros de gás medicinal (oxigênio, por exemplo) gravados com a marca de uma determinada produtora não podem, a pretexto do exercício do direito de propriedade sobre o bem corpóreo (o cilindro em si), usar a referida marca para comercialização de oxigênio fornecido por terceiros.

De parte a questão de direito do consumidor, conduta dessa espécie se enquadraria no ilícito tipificado no art. 190, II, da Lei nº 9.279, de 14.05.96:

“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”.

Esse delito — *uso de marca alheia legítima em produto de falsa procedência* — foi descrito por CARVALHO DE MENDONÇA<sup>3</sup>, ao seu tempo, nos seguintes termos:

“Não se trata do fato de copiar ou imitar a marca do industrial, mas de usar marcas verdadeiras, autênticas, de determinado fabricante em produtos de outros concorrentes. É uma usurpação de marca; é quase uma substituição de produtos ou mercadorias. O violador quer passar, como de A, produtos de B.

Pouco importa que essas marcas verdadeiras, pertencentes a terceiros, tenham sido obtidas licitamente, como por meio de furto ou da corrupção de um empregado do concorrente, ou do próprio impressor, ou, ainda, que se procurem recipientes vazios, como garrafas, pipas etc., e se os encham de produto similar de outra procedência, mantendo a antiga marca. POULLET informa que esta prática é freqüente sobretudo na indústria dos licores e águas naturais.”

Valiosos a respeito os comentários de JOSÉ CARLOS TINOCO SOARES<sup>4</sup>, que, embora referentes ao código anterior, não perderam a atualidade, porque o Legislador, como não poderia deixar de ser, manteve o caráter delituoso do *uso da marca legítima de outrem em produto ou artigo que não é de sua fabricação*:

“252. A quarta figura delituosa é o USO DE MARCA LEGÍTIMA DE OUTREM EM PRODUTO OU ARTIGO QUE NÃO É DE SUA FABRICAÇÃO (...) o crime também se consuma quando o infrator adquire frascos ou embalagens dos produtos originários com o fim de acondicioná-los com os produtos e/ou artigos de procedência diversa. *Exemplos típicos deste crime encontramos dentre os acondicionadores de bebidas, perfumes e outros em frascos originários ou fielmente produzidos.* Há, portanto, no caso em espécie, a ilegitimidade da marca e do produto.” (Grifamos)

Note-se que, para a configuração do ilícito, não interessa o meio utilizado para a aquisição do recipiente (compra ao fabricante do produto ou a terceiros, furto, imitação etc.) — o que importa é que a marca indicada no recipiente utilizado não corresponda ao produto que nele se contém.

Outro aspecto interessante é o fato de a natureza delituosa da conduta não ser excluída pela circunstância de o produto fornecido por todos os distribuidores de um determinado mercado ter, eventualmente (como durante muito tempo foi o caso

3 CARVALHO DE MENDONÇA. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*. 7.ed. v. 5, livro 3, parte 1, p. 348.

4 SOARES, José Carlos Tinoco *Código de Propriedade Industrial*. Ed. Resenha Tributária, 1974, p. 270.

da gasolina e demais derivados do petróleo), a mesma origem (a Petrobrás, na hipótese aventada), ainda que nada seja adicionado à sua composição.

Mesmo em uma tal hipótese, se estará diante de produtos diferentes, passíveis de utilização criminosa, na medida em que não observada a vedação contida no art. 190, II, da Lei nº 9.279, de 14.05.96.

Produzir no sentido empregado pela lei (leia-se: Código de Propriedade Industrial e Código de Defesa do Consumidor) significa, simplesmente, dar utilidade econômica a qualquer elemento da natureza, desde a forma mais simples de extração (como no caso da água mineral extraída da fonte), até os processos mais complexos de industrialização.

Não se pode dizer, por exemplo, que a água mineral produzida pela *Perrier* francesa é a mesma água mineral produzida pela *Minalba* brasileira, só porque, em essência, a fórmula H<sub>2</sub>O está presente em ambas.

*Ainda que a fonte seja a mesma*, os produtos serão diferentes. Isso porque a extração, o tratamento, o envasamento, o transporte e a conservação da água nunca serão rigorosamente iguais quando realizados por empresas diversas.

E são exatamente essas diferenças que distinguem a marca dos produtos junto aos consumidores.

Com certeza, ninguém ousaria dizer que a *Minalba* poderia utilizar garrafas identificadas com a marca francesa para envasá-las com água mineral por ela extraída, sem que estivesse violando o direito de marca da *Perrier*.

Retomemos o caso do gás de cozinha (os recipientes utilizados para acondicionamento — *botijões* —, do mesmo modo que grande parte dos cilindros utilizados para venda de gases medicinais, contêm gravação indelével da marca do distribuidor). Se é verdade que o gás de cozinha, quando se encontra nas refinarias da Petrobrás, não pode ser vinculado às marcas de quaisquer distribuidoras, o mesmo não se pode dizer, após envasado em botijões por empresas desse ramo, já que, no envasilhamento, são realizadas as atividades mais importantes *no que diz respeito ao consumidor*.

Quando compra gás de cozinha em botijões gravados com uma determinada marca, o consumidor tem a expectativa de estar adquirindo um bem submetido, nas instalações fabris do distribuidor de sua escolha e confiança, a um processo industrial (de envasilhamento) que assegure não apenas a entrega da exata quantidade de gás vendida, como também a segurança, a qualidade e a pureza próprias, mantendo todas essas características durante a estocagem e a utilização, sem vazamentos ou acidentes.

Não é por outro motivo que a proteção à propriedade da marca não visa apenas a resguardar direitos patrimoniais do empresário, tendo em vista, de igual modo, a proteção de interesses coletivos, vez que é a marca que identifica a origem do produto ou do serviço prestado:

“O consumidor relaciona à marca características advindas de sua experiência pessoal com o produto, ou com aquelas prometidas pela publicidade. Ela garante que o produto foi produzido sob o controle de seu titular e, portanto, presume-se que possui uma qualidade constante. É a chamada *função de garantia da marca*.”<sup>5</sup>

No contexto do presente estudo, merece especial destaque o fato de o Legislador, objetivando não deixar qualquer dúvida sobre a obrigatoriedade de identificação clara e precisa da origem do produto ou do serviço prestado, ter consagrado a *informação* como direito elementar do consumidor, definindo, no art. 6º, III, do Código de Defesa do Consumidor:

“São direitos do consumidor: (...) a *informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, preço, bem como sobre os riscos que apresentem*” (Grifamos).

Esse direito básico do consumidor é reafirmado no art. 31 do mesmo diploma legal, que, no capítulo, que trata das práticas comerciais, estabeleceu condições para a oferta de produtos e serviços. Vale transcrever:

“Art. 31 — A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidades, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados de segurança dos consumidores”.

O direito de informação assume singular importância quando se trata de produto tóxico ou explosivo (perigoso), sendo inconcebível a omissão do Estado no exercício de suas competências regulatória e fiscalizatória.

Os acidentes envolvendo botijões de gás de cozinha e cilindros de oxigênio não são raros, resultando, no mais das vezes, em explosões, após as quais ficam destruídas etiquetas e lacres, restando apenas a identificação da marca gravada no recipiente metálico. Tudo a importar em óbvias dificuldades para a apuração das responsabilidades civil e penal, e bem assim para o efetivo ressarcimento do consumidor ou das vítimas do evento.

É bem de ver, ainda, que, para essas hipóteses de responsabilidade pelo fato do produto — acidentes de consumo — o Código de Defesa do Consumidor excluiu o comerciante (no caso, o revendedor) da relação de co-obrigados solidários, estabelecendo, em seu art. 12, *caput*, que caberá, somente ao fabricante ou produtor, responder pela reparação dos danos.

5 GRAU-KUNTZ, Karin, SILVEIRA, Newton. *Revista de Direito Mercantil*. Malheiros Editores, v. 106, p. 109.

De outro lado, certo é que diante de um recipiente lacrado e etiquetado com a marca de um fabricante ou distribuidor — *mas gravado, no seu corpo, com a marca de uma outra empresa* —, o consumidor poderia facilmente supor tratar-se de empresas de um mesmo grupo, incorrendo em erro. O consumidor médio — *aquele que deve ser considerado como referência para a avaliação desses requisitos legais* — não estaria em condições de distinguir, com absoluta certeza, quem seria o real fornecedor.

Em idêntica dificuldade poderá ser colocado o consumidor de combustível automotivo, acaso venham a proliferar postos de gasolina apresentados ao consumidor sob uma única marca (de distribuidor), mas oferecendo combustível de diversas origens, nos termos previstos na Portaria nº 9, de 16.01.97, do MME, ou seja, em bombas identificadas com marcas de outros distribuidores.

Por todos esses motivos é inquestionável que a adoção de um sistema de *livre utilização de recipientes*, como pretendido por empresas de menor capacidade de investimento, do mesmo modo que a *livre aquisição de combustível* postulada pelos postos de gasolina, redundaria em seríssima lesão ao direito do consumidor à correta informação sobre os produtos que adquire.

Eventual incapacidade de investimento não nos parece autorizar qualquer abrandamento do dever-direito de informação, clara e precisa, nos termos da lei.

Sob outro ângulo, tolerar tal conduta significaria retomar velha prática estatal de proteger atores da economia que, sob a capa de “pequenos”, com diminuto (ou nenhum) investimento no ativo essencial às respectivas atividades, obtinham significativas parcelas de mercado, sem quaisquer razões que não a proximidade com o poder.

Em outros termos: consentido o reaproveitamento de recipientes gravados com marcas de terceiros, os ditos “pequenos” obteriam injustificável vantagem financeira, deixando de assumir os elevados custos do negócio, além de se valerem do prestígio de marcas de outrem.

Igualmente desproporcionais seriam os prejuízos das empresas cujas marcas fossem indevidamente utilizadas, sempre passíveis de ser demandadas, independentemente de culpa (art. 12, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor), para responder por danos causados por terceiros, além de verem desgastadas as suas marcas perante a opinião pública.

Um curioso argumento deduzido em contrário (em alguns dos processos que nos foi dado pesquisar até a conclusão destas considerações) é a pretensa aplicação da *teoria da exaustão do direito de marca*.

Invoca-se a denominada teoria da exaustão do direito de marca, segundo a qual o titular de registro de marca não poderia impedir a livre circulação de produto colocado no mercado interno. Seu direito se exauriria a partir da primeira comercialização do produto.

Com base nessa premissa, defende-se a adoção de um sistema de *livre utilização de recipientes*.

Nessa linha de raciocínio, teríamos, por exemplo, que os produtores de whisky e perfume, ao venderem seus produtos acondicionados em recipientes gravados com marca de sua propriedade, não poderiam se opor à comercialização, em tais recipientes (gravados), de produtos fornecidos por terceiros, *porque o direito de marca se teria exaurido* (!).

A denominada teoria da exaustão da marca diz respeito à possibilidade de comercialização de *produto*. Um produtor de zíperes que vende a sua mercadoria para uma indústria de confecções, por exemplo, não pode impedir a venda de calças em que se encontrem costuradas os seus zíperes, ou cobrar *royalties* sobre cada revenda ou uso de seu produto, sob o argumento de que se trata de *produto gravado com a sua marca*.

Tal princípio, porém, nada tem a ver com a vedação à utilização indiscriminada de recipientes, que diz respeito à questão da identificação do produtor no recipiente no qual se contém a mercadoria. Discute-se, portanto, sobre as restrições legais à utilização do acessório (o recipiente), e não sobre a comercialização do principal (o produto).

Garrafas, cilindros e botijões (nos exemplos aqui tratados) não são produtos: são recipientes que, em obediência aos termos do Código de Defesa do Consumidor, não podem ser utilizados indiscriminadamente, sob pena de não se *assegurar, ao consumidor, informação correta, clara, precisa, ostensiva e em língua portuguesa sobre a origem do produto*.

Logo, não há como falar que a eventual aquisição de recipientes possa garantir qualquer direito sobre as marcas nele eventualmente gravadas.

O que se propõe não é o retorno da intervenção do passado, em que o Estado, sob diversos pretextos, protegia grupos e setores, dando origem a inusitados “cartórios” em uma economia que, ainda hoje, luta para se purificar de tão desastroso obstáculo ao desenvolvimento. A proposta é no sentido de uma ação sincera e concreta de regulação e fiscalização, em benefício do direito de escolha. Fato é que a controvérsia aqui examinada não se resume a uma disputa comercial entre concorrentes (grandes e pequenos; titulares e não titulares de marcas renomadas), envolvendo, a nosso sentir, relevante questão de consumo, a merecer amplo debate.