

ANDRÉ LUIZ LAMIN RIBEIRO DE QUEIROZ

Marca como fonte de obrigações nas relações de consumo

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Dr. Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2019

ANDRÉ LUIZ LAMIN RIBEIRO DE QUEIROZ

Marca como fonte de obrigações nas relações de consumo

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência para a obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito Comercial, sob a orientação do Prof. Dr. Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2019

**Serviço de Processos Técnicos da Biblioteca da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**

Queiroz, André Luiz Lamin Ribeiro de
Marca como fonte de obrigações nas relações de
consumo / André Luiz Lamin Ribeiro de Queiroz. -- São Paulo, 2019.
254 p.

Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito,
Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.
Orientador: Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer.

1. Marca. 2. Consumo. 3. Obrigações. 4. Responsabilidade civil. 5.
Redes contratuais. I. Pfeiffer, Roberto Augusto Castellanos, orient. II.
Título.

QUEIROZ, André Luiz Lamin Ribeiro de. **Marca como fonte de obrigações nas relações de consumo**. 2019. 254 páginas. Mestrado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

Aprovado em:

Banca examinadora

Prof. Dr. _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Prof. Dr. _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Prof. Dr. _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Prof. Dr. _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

AGRADECIMENTOS

Agradeço inicialmente a todos os amigos e familiares que compreenderam minhas ausências no período de elaboração deste trabalho; aos colegas de curso e professores que contribuíram decisivamente com seus conhecimentos e críticas para que esta dissertação pudesse chegar a este resultado final; aos amigos espalhados pelo Brasil que fiz nesta caminhada acadêmica e que, certamente, tornaram mais leve o processo; e, em especial, a todos aqueles que, ao meu lado, foram, são e continuarão a ser resistência nestes tempos difíceis de intolerância e de desmonte da ciência e da pesquisa.

*Com grandes poderes vêm grandes responsabilidades*¹.

¹ “[...] *with great power there must also come – great responsibility*” (LEE, Stan; DITKO, Steve. *Amazing fantasy*. n. 15. Nova York: *Marvel Comics*, ago/1962. p.12)

RESUMO

QUEIROZ, André Luiz Lamin Ribeiro de. **Marca como fonte de obrigações nas relações de consumo**. 2019. 254 páginas. Mestrado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

Este trabalho pretende analisar alguns dos efeitos jurídicos incidentes sobre o uso da marca enquanto elemento chave nas relações empresariais contemporâneas, dado o potencial econômico e semiológico de sua utilização e as consequentes modificações do equilíbrio das relações de consumo que dela podem advir. Partindo das ideias de marca enquanto símbolo de identificação de origem, fator diferenciador na concorrência e elemento autônomo de valor; da modificação dos paradigmas tradicionais de consumo e estruturação empresarial que potencializam seus benefícios e, conseqüentemente, sua utilização como fonte de identificação e persuasão; da inexistência de legislação específica a conformar os potenciais efeitos microeconômicos que estas características estabelecem sobre o processo cognitivo dos consumidores; e, por fim, da precariedade do tratamento judicial casuístico da matéria, pretende-se realizar uma interpretação de alguns dispositivos da legislação consumerista brasileira atual para verificar a possibilidade de se unificar o tratamento da matéria e, com isso, otimizar a proteção do consumidor vulnerável envolvido em relações com empresas inseridas nessas redes empresariais contemporâneas. Propõe-se, ao final, que as marcas podem ser consideradas fontes de obrigações nas relações de consumo na medida em que sua utilização no período pré-contratual estende o conteúdo obrigacional objetivo ao criar por conta própria expectativas legítimas e vinculantes nos consumidores a elas expostos. Por fim, a partir da utilização das teorias da aparência e do risco-proveito e da vedação ao abuso do direito de separação patrimonial inerente às pessoas jurídicas, propõe-se a criação de uma ‘personalidade de marca’ *sui generis* para permitir a desconsideração casuística das estruturas patrimoniais formalmente separadas dentro dos complexos empresário-contratuais contemporâneos e, a partir disso, permitir a extensão ao titular da marca de todas as obrigações ligadas aos contratos firmados sob a influência de determinado símbolo marcário e a imputação de todas as responsabilidades correlatas, mesmo que os negócios finais tenham sido formalmente firmados por seus representantes ou associados.

Palavras-chave: Marcas. Direito do consumidor. Redes contratuais. Personalidade de marca. Responsabilidade civil.

ABSTRACT

QUEIROZ, André Luiz Lamin Ribeiro de. *Branding as an obligation source in consumer relations*. 2019. 254 pages. Master – Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2019.

This paper aims to investigate some of the legal effects imposed upon branding as a key element in contemporary business relations, given the economic and semiological potential of its use and the consequent changes in the balance of consumer relations that may arise. Starting from the ideas of branding as identification of origin, important feature on competitive differentiation and autonomous element of value; changes on traditional patterns of consumption and business structuring that strengthen its benefits and, consequently, the use of trademarks as identification and persuasion sources; the lack of specific legislation to conform these potential microeconomic effects over the consumers' cognitive process; and, finally, the absence of consistency in decisions rendered by Brazilian's Superior Court of Justice, the main goal is to portray and decipher current consumer legislation's provisions in order to verify the likelihood of unifying specific legal treatment of the matter so as to optimize the protection of consumers' vulnerability in their relations with companies inserted in contemporary business networks. Moreover, it is proposed that the trademark can be considered itself a source of obligations in consumer relations insofar as it extends the objective content of contracts by creating legitimate enforceable expectations during the pre-contractual period; and, furthermore, considering legal theories of 'appearance' and 'risk-benefit' and the potential abuse of the limited liability rule applicable to legal entities, it is also proposed the creation of a sui generis 'brand-based legal entity' in order to pierce the corporate veil and allow the extension of all obligations and the imputation of all responsibilities regarding contracts established under a certain brand name and image to the trademark owner, even though the final relations with the consumers may have had been established by its associates, representatives or business partners.

Keywords: Brands. Consumer law. Contractual networks. Brand-based legal entity. Civil liability.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
Capítulo I – Marca: um elemento chave no mercado contemporâneo	21
1. Direito como superestrutura poliédrica conformadora do mercado	25
2. Duas faces de uma mesma empresa.....	28
3. Escolha como processo imperfeito e não-necessariamente-razional	33
3.1. Qualidade percebida e qualidade promovida.....	35
4. Marca, semiótica e representação da realidade.....	40
5. Marca, competição e diferenciação.....	43
5.1. Identificação absoluta	45
5.2. Identificação relativa	48
5.2.1 Qualidades consolidadas ou externas	49
5.2.2 Qualidades intrínsecas ou internas	55
5.2.2.1. <i>Brand relationship</i> e o conteúdo afetivo	57
5.2.2.2. <i>Brand personality</i> e o conteúdo aspiracional interno	59
5.2.2.3. Fetichização e o conteúdo aspiracional-exibicionista	61
5.2.2.4. <i>Brand community</i> e o conteúdo social.....	62
6. <i>Brand equity</i> e poder de mercado	63
6.1. A manutenção de qualidade como ônus correlato	65
7. Persuasão e pós-personalização	67
8. Conclusões parciais.....	69
Capítulo II – Redes empresariais: um novo paradigma mercadológico	72
1. Ressignificação do consumo.....	74
1.1. Os mercadores de atenção e a naturalização da publicidade	74
1.2. A virtualização do mercado e a redução dos custos de atuação	79
2. Reestruturação da empresa	82

2.1.	O mercado e as redes empresariais.....	86
2.1.1.	Indústria tradicional.....	86
2.1.2.	<i>Marketplace</i> no comércio digital.....	90
2.1.3.	Franquia.....	95
2.1.4.	Planos de saúde.....	98
2.1.5.	A economia do compartilhamento.....	99
2.2.	Estrutura econômica das redes empresariais contemporâneas	102
2.2.1.	Coligação entre prestações	103
2.2.2.	Coordenação da atividade por um agente.....	107
3.	Marca como identidade autônoma	109
4.	Conclusões parciais.....	112
Capítulo III – Tutela jurídica da persuasão baseada na marca		114
1.	Tratamento legislativo incompleto	116
1.1.	Unidimensionalidade da tutela da marca na LPI	116
1.2.	O CADE e a tutela indireta do consumidor.....	122
1.3.	Ausência de tutela direta no CDC	128
2.	Tratamento judicial precário	136
2.1.	O caso “Panasonic”	137
2.2.	O caso “Motorauto”.....	147
2.3.	O caso “Fiat”	151
2.4.	O caso “Unimed”	161
2.5.	O caso “Sony”	177
3.	Conclusões parciais.....	180
Capítulo IV – Marcas, redes e a proteção do consumidor.....		184
1.	Marca como base essencial dos negócios de consumo.....	185
2.	Marca, profissionalismo e vulnerabilidade	192
3.	Marca e a proteção do período pré-contratual	196

3.1.	O artigo 34 do CDC e a teoria da aparência	198
3.2.	O artigo 30 do CDC e teoria do risco-proveito	205
4.	Marca como face autônoma das redes empresário-contratuais.....	214
4.1.	O artigo 28 do CDC e a desconsideração da personalidade jurídica.....	214
5.	Marca como fonte de obrigações nas relações de consumo	221
5.1.	Qualidade de marca como objeto contratual autônomo	222
5.2.	Personalidade de marca e a centralização de responsabilidades	232
CONCLUSÃO.....		240
REFERÊNCIAS		244

INTRODUÇÃO

Como se destacar em um mercado altamente competitivo? Considerando-se os processos de massificação e transnacionalização da produção e do consumo, é cada vez mais alto o nível da disputa por espaço, seja nas prateleiras físicas e virtuais, seja na mente dos consumidores. O comércio eletrônico aproximou mercados que antes eram praticamente inacessíveis, ampliando o alcance de grandes empresas e reduzindo o consumo meramente regional. Barreiras de distribuição foram derrubadas e custos de produção foram reduzidos, de modo que hoje é relativamente simples encontrar bens produzidos do outro lado do mundo sem diferenças relevantes de qualidade. E, por outro lado, estes mesmos produtos são encontrados a preços extremamente competitivos, não obstante as distâncias físicas.

Esse processo de comoditização dos bens de consumo traz grandes desafios, especialmente para as áreas de *marketing* das empresas. Em havendo dificuldades para inovar ou para competir exclusivamente com base no preço, os olhos dos empresários se voltam para os outros principais componentes do composto de *marketing*: produto, praça e promoção. Investir na qualidade, no *design*, na experiência do cliente, oferecer serviços agregados – por exemplo, assistência técnica ou montagem – ou garantias estendidas, buscar novos mercados menos competitivos, investir em publicidade, todas são alternativas voltadas à captação e à fidelização dos potenciais e atuais consumidores espalhados no mercado global.

Lançar um produto que apenas atenda à função prática a que se destina não significa obrigatoriamente sucesso de vendas: trata-se do mínimo necessário para participar do jogo empresarial. Nestes casos, é também indispensável não só que o consumidor tenha dele conhecimento, mas, além disso, que o julgue superior a alternativas similares ou substitutas no mercado. Para tanto, é indispensável que o potencial comprador seja capaz de identificar as qualidades e processar as informações necessárias à comparação de alternativas e à concretização do processo de escolha. Contudo, em sendo limitado o tempo e incompletas as informações disponíveis em um mercado de concorrência imperfeita, a aparente racionalidade desse processo se esvai. É inviável ao homem médio compilar dados sobre todos os bens disponíveis e aptos à satisfação de uma determinada necessidade, bem como apurar as informações sobre todos os potenciais concorrentes que os fornecem para que, ao final, possa tomar a decisão mais eficiente. O tempo e esforço potencialmente despendidos neste processo podem, por si só, gerar custos que suplantam o próprio benefício final buscado. É interessante, portanto, criar atalhos para aperfeiçoar esse processo.

Tal dificuldade não passa despercebida pelos empresários, agentes diretamente interessados neste processo. Para além de se apresentarem como opção viável de satisfação de necessidades, antes disso é necessário obter a atenção dos consumidores. Cria-se então um atalho que facilita ambos os processos: as marcas. Estas são apresentadas como símbolos redutores de esforço do consumidor, facilmente reproduzidos e de simples memorização, capazes de congregarem conjuntos de características e estabelecer parâmetros objetivos que permitem a realização da conexão mental necessária à percepção das vantagens oferecidas por diferentes fontes, bem como facilitam a comparação entre alternativas.

A garantia de qualidade e consistência prometida pela aposição da marca a determinado bem é capaz de influenciar o comportamento de compra, tornando-o mais atraente do que outros em que o risco de não conformidade com as qualidades esperadas é mais elevado. Trata-se de uma consequência natural decorrente de dois grandes benefícios imediatos criados ao consumidor: (i) a percepção das qualidades dos produtos é facilitada, podendo ser aferida em uma combinação entre as informações propagadas pelo empresário e as informações assimiladas pelo próprio consumidor por meio de suas experiências anteriores; e (ii) conseqüentemente, a comparação entre alternativas também demanda menor esforço, gerando menos custos de tempo, financeiros e até mesmo psicológicos.

A marca se consolida, portanto, não apenas como meio de identificação e de diferenciação no mercado, mas também como uma promessa de oferecimento consistente de qualidade decorrente de um grupo de características, benefícios e serviços próprios que assinala e distingue determinado bem ao qual é aposta e reduz, por consequência, custos de transação incidentes sobre o processo de consumo. Em outras palavras, a utilização adequada da marca em um ambiente competitivo reduz custos de transação do consumidor, beneficiando diretamente este agente a quem compete o processo de escolha.

Traz também, por outro lado, vantagens financeiras imediatas aos empresários que delas se utilizam. Negócios sem marcas normalmente auferem margens de lucro entre três e oito por cento, sendo constantemente ameaçadas pela possibilidade de entrada de produtos mais baratos no mercado; enquanto empresas que vinculam seus produtos a marcas tendem a ter margens de lucro de quinze por cento ou mais e clientes mais leais². Tal fato deriva do

² SCHUMPETER. *Brand new: emerging-market companies are trying to build global brands*. *The Economist*, 4 ago 2012. Disponível em: <https://www.economist.com/business/2012/08/04/brand-new>. Acesso em: 22.12.2018

desenvolvimento de *brand equity*, efeito diferenciador positivo que o conhecimento do nome da marca tem sobre a reação do cliente ao produto ou serviço do qual decorre, por consequência, uma alteração do equilíbrio do mercado em benefício de seu explorador.

A marca é, assim, um elemento-chave nas relações empresariais contemporâneas, considerada por muitas empresas como seu principal ativo por representar um conjunto lucrativo de clientes fiéis. Desempenha simultaneamente papéis econômico e semiológico, altera o equilíbrio do mercado e, bem utilizada, torna-se vantagem competitiva legítima que possibilita ao seu titular obter benefícios correlatos relevantes. Trata-se de fato econômico que, por si só, já mereceria a atenção do ordenamento jurídico. E, para além dos efeitos microeconômicos ora demonstrados, em uma análise macroeconômica esse poder das marcas sobre o comportamento de consumo fica ainda mais evidente, especialmente quando se observa a estrutura contemporânea dos mercados onde estão inseridas.

Analisando-se esse mesmo ambiente sob um outro ponto de vista, observa-se também um processo contínuo de desconstrução da cadeia de consumo clássica, bem como o crescimento das redes contratuais como forma de organização do mercado. Agentes cada vez mais especializados vêm sendo coligados de forma não necessariamente linear e integrada em uma mesma firma, trabalhando de forma autônoma e especializada, porém em conjunto, para a criação de valor agregado a um produto final a ser oferecido no mercado. Há, portanto, uma mudança de paradigma no processo de produção em que os processos de concepção, produção, oferta e disponibilização são definitivamente desvinculados entre diversos empresários que colaboram entre si para o atingimento de fins comuns.

É o caso, por exemplo, das franquias, dos planos de saúde e, mais recentemente, dos negócios ligados à economia do compartilhamento, em que os benefícios concretos diretamente oferecidos não são entregues pelo mesmo agente responsável pela promoção da atividade. Agências de turismo e outros sítios eletrônicos que funcionam como *marketplace* para terceiros também se beneficiam de estruturas de rede para a concretização de seus objetivos, servindo-se de um operador único para coordenar as atividades dos diferentes agentes coligados para o oferecimento de determinado produto ou serviço. Até a própria indústria manufatureira foi afetada por esse novo paradigma, pois embora se mantenha centralizado o processo de concepção de um produto e de suas características, sua produção e disponibilização é geralmente delegada a terceiros. Em comum entre tais configurações estão a busca pela eficiência, por maior capilaridade dos mercados ou por economias de escala, em maior ou menor grau a depender da espécie de atividade exercida.

Fica claro então que, se por um lado as redes empresariais crescem, a operação das empresas que as controlam é cada vez mais reduzida. Como a batalha principal travada atualmente no mercado de consumo de massa se dá no nível de atenção dos consumidores, existe um redirecionamento dos esforços principais das empresas que nele atuam. Da mesma forma, a partir do momento em que se reconhece que tanto a manufatura quanto a distribuição de produtos podem ser delegadas a terceiros sem grandes prejuízos ao resultado final, o empresário redireciona seu objetivo da fabricação para o *marketing*, elemento fundamental para a criação de valor autônomo e de extrema relevância no mercado de atenção contemporâneo. Em outras palavras, altera-se o modo de atuação empresarial ao se reconhecer que, se antes o sucesso dependia da produção de bens em si, hoje depende da produção de imagem voltada à diferenciação desses bens comoditizados.

Neste novo paradigma, a marca ganha ainda mais força como centralizadora de expectativas do consumidor. Representa, mesmo que de forma fictícia, uma definição de origem e um padrão de produção e qualidade a ser observado, promovendo por consequência maior segurança às decisões de consumo. Em outras palavras, é notória a sua função persuasiva durante o processo de oferta em um ambiente de informações imperfeitas e racionalidade limitada dentro do qual dois principais elementos passam a se destacar no processo de comparação entre alternativas: a qualidade promovida pela publicidade e pelas práticas de *branding* e a qualidade percebida pela utilização vinculada ao padrão da marca. Sua relevância econômica ultrapassa, portanto, as fronteiras das disputas entre concorrentes, influenciando de forma direta sobre o trecho final da cadeia: as relações de consumo.

Ocorre que, especificamente neste ambiente, não é possível identificar tutela específica direta desses efeitos econômicos decorrentes da utilização das marcas. Embora a Lei de Propriedade Industrial (Lei 9.279/96, LPI) estabeleça expressamente o conceito jurídico de marca e regule diretamente alguns aspectos das relações entre os empresários atuantes no mesmo ramo de negócio e a possibilidade de confusão quanto à origem dos produtos colocados no mercado, bem como se possa falar em certa conformação deste fenômeno econômico dentro do controle de condutas e estruturas estabelecido pela Lei 12.529/2011 (Lei do CADE), a legislação brasileira é omissa no estabelecimento expresso de regras voltadas à normatização da relação direta entre o titular do registro de marca e os consumidores a ela expostos, ainda que a proteção concorrencial existente tenha por fim último a proteção do mercado e do consumidor nele inserido.

Por outro lado, há de se considerar também que, estabelecido para o padrão linear e centralizado de produção inerente à indústria tradicional, o conceito-base de fornecedor previsto pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90, CDC) se torna anacrônico, especialmente quando se verifica que não há qualquer menção ao empresário titular de uma marca como sujeito passivo das obrigações ali expostas. Da mesma forma, a interpretação tradicional das regras de proteção ali estabelecidas se torna insuficiente para lidar com essas formas contemporâneas de organização das cadeias de consumo, especialmente nas redes e complexos empresário-contratuais em que não há participação direta deste agente no processo de produção ou de comercialização dos bens de consumo vinculados às marcas de sua titularidade. Cria-se, com isso, uma potencial situação de incerteza no que se refere à sua aplicabilidade a esses agentes, permitindo que usufruam dos bônus decorrentes da potencialização das vendas sem a atribuição dos ônus jurídicos correlatos.

Chega-se, então, às situações-limite que fundamentam a realização deste trabalho.

Considerando-se que em um contrato de consumo tradicionalmente existe uma troca de dinheiro por um produto ou serviço que, em última instância, representa um conjunto de benefícios prometidos pelo fornecedor, seria possível enquadrar os benefícios propostos por uma marca a ele aposta – não só a própria promessa de consistência e qualidade, mas também eventuais benefícios emocionais e de identidade – como uma forma de criação de vínculo entre o consumidor e o agente por ela responsável? É possível a um agente utilizar sua marca para promover a venda de um determinado bem e, por outro lado, eximir-se de qualquer responsabilidade para com os consumidores por ele persuadidos, sob a alegação de ausência de liame causal direto com o processo de produção e disponibilização e conseqüente inviabilidade de enquadramento em qualquer dos modelos predefinidos de fornecedor previstos pelo artigo 3º do CDC? Ou, em outras palavras: a utilização dos benefícios da marca como fonte de persuasão estende subjetivamente e/ou objetivamente o conteúdo contratual central do negócio? Tais questões não são adequadas e suficientemente respondidas pela legislação e doutrina existentes, omissão esta que se pretende suprir por meio deste trabalho.

Em resumo, este trabalho pretende analisar o seguinte problema de pesquisa: a utilização da marca em ofertas de consumo como símbolo identificador de origem, fator diferenciador na concorrência e elemento autônomo de valor implica em extensão do objeto contratual proposto e, com isso, estabelece por si só vínculo jurídico obrigacional entre seu titular e os consumidores prospectados?

O objetivo geral é, ao final da pesquisa, comprovar a seguinte hipótese: a utilização da marca como elemento persuasivo nas relações de consumo amplia o conteúdo contratual proposto e se torna base essencial dos negócios firmados, atraindo por consequência a aplicação da legislação consumerista para impor ao seu titular obrigações para com o consumidor influenciado por este símbolo no período pré-contratual, independentemente de ajuste formal neste sentido no momento da contratação.

Por outro lado, de forma mais específica, pretende-se identificar uma ou mais formas de reduzir a incerteza existente no tratamento dos conflitos desta espécie, harmonizando de maneira coerente as escolhas políticas feitas pelo legislador no campo da proteção do consumidor e o tratamento jurídico das marcas enquanto fato econômico disruptor do equilíbrio natural de mercado.

Para tanto, o trabalho será dividido em quatro capítulos.

No primeiro capítulo, o objetivo será demonstrar a veracidade e a aplicabilidade dos três pressupostos contidos no problema de pesquisa.

O primeiro deles – marca enquanto identificador de origem – será abordado inicialmente sob uma perspectiva descritivo-explicativa, por meio da análise específica do conceito de marca estabelecido pela legislação brasileira e de sua relação com aqueles apontados pela literatura especializada. Neste trecho, que compreende os dois primeiros tópicos, pretende-se analisar inicialmente o raciocínio utilizado por Alberto Asquini na formulação de sua teoria poliédrica da empresa e, de forma crítico-analítica e com base em método eminentemente comparativo-exploratório, busca-se identificar convergências entre as raízes econômicas e o tratamento jurídico atual da marca e da empresa enquanto abstrações identificadoras de determinada atividade.

O estudo do segundo pressuposto – marca enquanto fator diferenciador na concorrência – partirá das conclusões obtidas no trecho anterior e terá como foco demonstrar a relevância do símbolo marcário para o sucesso da atividade empresária a partir da simbiose existente entre os institutos. Pretende-se analisar, nos quatro tópicos subsequentes, sua estrutura de significação e alguns dos conjuntos de incentivos que influenciam empresários e consumidores durante o processo de consumo, agregando valor à marca enquanto elemento propulsor de vantagens competitivas relevantes.

Tais conclusões permitirão, por fim, uma melhor análise dos processos de monetização e pós-personalização, conceitos estes que visam apresentar o terceiro e último

pressuposto fático-econômico do problema de pesquisa – a marca enquanto fonte autônoma de valor – como fenômeno contemporâneo que já vem sendo considerado pelo Direito. Neste sétimo e último tópico se buscará, portanto, justificar a apropriação deste fenômeno econômico desestabilizador de mercado pelo ordenamento jurídico.

Seguindo a linha de raciocínio iniciada nos últimos tópicos do capítulo inicial, no segundo capítulo o enfoque será transportado para a análise das redes contratuais e da mudança de paradigma mercadológico e jurídico na formatação das cadeias produtivas. Trata-se do pressuposto final implícito na problematização proposta, uma vez que para responder ao questionamento feito é necessário categorizar o conceito contemporâneo de ‘relação de consumo’. E, para tanto, é imprescindível que se compreenda o modelo de produção contemporâneo, os incentivos que levam à sua formatação e as consequências dessa mudança de paradigma sobre os agentes do mercado, incluindo os consumidores.

Será demonstrado inicialmente que a ressignificação do consumo e a valorização da marca enquanto fonte autônoma de qualidades foram acompanhadas de uma total reestruturação fática e jurídica dos complexos empresariais. Para comprovar a subtese levantada, optou-se por estudar algumas estruturas contratuais contemporâneas como franquias, planos de saúde, a ideia de *marketplace* utilizada no comércio *online* e os novos negócios baseados em plataformas tecnológicas e inseridos na chamada ‘economia do compartilhamento’, todas internamente organizadas em redes ou complexos empresário-contratuais e externamente representadas por um único símbolo marcário. Além disso, a própria estrutura contemporânea da indústria manufatureira será avaliada em contraposição à estrutura tradicional anterior, como forma de demonstrar de forma ainda mais clara a mudança de paradigma e a divisão dos processos operacionais entre diversos agentes.

Ao fim deste capítulo, como forma de amarrar as conclusões obtidas nesta primeira metade do trabalho, será retomada a ideia de marca como identidade autônoma das redes e como fonte de desestruturação do equilíbrio de mercado. Partindo-se das conclusões do primeiro capítulo e amarrando-as com as obtidas no segundo, será demonstrada a relevância ainda maior da marca em um novo ambiente: o das redes empresariais. Demonstrar-se-á que essa tendência à configuração empresarial em rede potencializa sua autonomia e sua identificação como fonte anônima de informações mercadológicas, o que retroalimenta o processo de valorização já iniciado pelos próprios consumidores.

Estabelecidas as premissas fáticas principais, o terceiro capítulo será dedicado à análise crítica específica do arcabouço jurídico aplicável, que deverá ser permeada por uma análise econômica tanto positiva quanto normativa do direito³.

Será demonstrado em um primeiro momento que, no âmbito legislativo, tanto a legislação marcária (LPI) quanto a consumerista (CDC) não conformam expressamente a relação marca-consumidor. Além disso, será exposto que esse processo de valorização da autonomia da marca e os efeitos econômicos que dele derivam é reconhecido de forma indireta, porém insuficiente, em decisões do CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) acerca de atos de concentração que envolvam a transferência de marcas.

Por outro lado, por meio do estudo de cinco casos distintos julgados pelo Superior Tribunal de Justiça será demonstrado que: (i) não obstante a ausência de tratamento legislativo específico, questões acerca da potencial responsabilização dos titulares de marcas pela ineficácia de contratos de consumo inseridos nas redes empresário-contratuais contemporâneas vem sendo trazidas aos tribunais nacionais; e (ii) as decisões proferidas nestes julgamentos não têm sido coerentes entre si, nem têm utilizado como base um raciocínio lógico-jurídico único que aborde a complexidade do fenômeno, que demanda a necessária avaliação conjunta da vulnerabilidade informacional do consumidor, da confiabilidade criada pelas práticas de *marketing*, dos benefícios econômicos advindos da distintibilidade incentivada pelo próprio empresário; e, por fim, da necessária atribuição de ônus correlatos às vantagens competitivas artificiais então criadas.

Ultrapassada a análise das sub-hipóteses em questão, capazes de conformar apenas parcialmente o fenômeno em estudo, será proposta no quarto e último capítulo uma teoria unificada capaz de tutelar não só as situações-limite postas, mas também outras similares que possam vir a surgir. Para tanto, as conclusões fáticas expostas nos três capítulos anteriores serão condensadas, interligadas e analisadas à luz das normas e conceitos gerais do ordenamento contratual civil e consumerista para se avaliar a possibilidade de reconhecimento da marca como fonte de obrigações nas relações de consumo. E, a partir deste momento, o estudo assume nítido caráter exploratório.

³ Os conceitos de análise econômica positiva e normativa são extraídos do texto de Bruno Salama, “*O que é pesquisa em direito e economia*” (**Revista Direito GV**, v. 5. n. 2. mar/2008). Em brevíssimo resumo, o autor indica que a análise positiva seria voltada à explicação econômica dos arranjos de incentivos existentes que baseiam a formação de institutos jurídicos e seus possíveis efeitos, enquanto a análise normativa buscaria analisar a adequação entre as soluções jurídico-econômicas e as proposições e objetivos éticos, morais e sociais.

A partir de uma interpretação das teorias da aparência, do risco-proveito e da base essencial dos negócios, pretende-se ampliar o conceito tradicional de fornecedor estabelecido pelo CDC como forma de proteger as expectativas legítimas geradas por esses agentes profissionais situados em posição de poder. Espera-se que, ao final, se possa propor o reconhecimento da marca enquanto fonte de extensão objetiva e subjetiva do conteúdo contratual nas relações de consumo, da qual se poderia extrair a possibilidade de imputação das obrigações legais e contratuais correlatas ao seu titular enquanto fornecedor aparente.

Percebe-se, por todo o exposto, que a intenção é realizar um corte epistemológico⁴ para tentar justificar racional, econômica e constitucionalmente a necessidade de atualização do paradigma legal de conformação da atividade empresarial em razão do surgimento de novos padrões de produção e comercialização dos bens de consumo. Entende-se que a concepção linear e tradicional da cadeia de consumo já não mais é suficiente para representar de forma completa a forma de organização da produção, sendo obstáculo epistemológico⁵ à compreensão e à solução adequada, consistente e coerente de problemas contemporâneos ligados à tutela da confiança e das expectativas promovidas pela utilização deliberada das marcas no período pré-contratual pelos empresários-fornecedores como fonte de persuasão e elemento relevante na determinação da relação de equivalência contratual.

Em outras palavras, não se pretende realizar mera interpretação do sentido das palavras ou da essência da proteção consumerista estabelecida. Pretende-se, na realidade, realizar construção teórica inovadora baseada em uma evolução histórico-comportamental datada no tempo da qual pretende extrair uma necessidade de mudança de paradigma na

⁴ O conceito de ‘corte epistemológico’ ora utilizado foi extraído de artigo de Ricardo Nery Falbo (Reflexões epistemológicas sobre o direito e a prática da pesquisa jurídica. **Revista Direito e Praxis**, v. 3, p. 194-228, 2012) que, por sua vez, baseia-se essencialmente em Gaston Bachelard. Naquele trabalho, o referido autor conceitua corte epistemológico como “*instrumento teórico que permite historicamente realizar a descontinuidade entre o conhecimento comum e o conhecimento científico*”, que “*define a condição fundamental de análise da estrutura específica da ciência que ele define*” e que “*é instrumento de produção teórica e científica de conceitos que estabelecem a distinção – e mesmo a ruptura, segundo Bachelard – entre objeto real e objeto teórico e, por conseguinte, entre conhecimento empírico e conhecimento científico*”.

⁵ Utiliza-se aqui o conceito de obstáculo epistemológico trazido no texto de Horácio Wanderlei Rodrigues e Leilane Serratine Grubba (Bachelard e os Obstáculos Epistemológicos à Pesquisa Científica do Direito. **Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, p. 307-334, jul. 2012). Citando Miaille, indica-se que “*uma explicação do direito não se pode limitar ao simples enunciado da constatação desta ou daquela regra e da análise do seu funcionamento: ela tem de ver para além deste direito positivo, o que lhe justifica a existência e a especialidade*” e que “*para desenvolver um estudo científico do direito, temos de forçar três obstáculos tanto mais sólidos quanto mais naturais parecem: a aparente transparência do objecto de estudo, o idealismo tradicional da análise jurídica, a convicção, finalmente, de que uma ciência não adquire o seu estatuto senão isolando-se de todos os outros estudos*”.

interpretação das normas protetivas estabelecidas pelo microsistema consumerista nacional, em especial no que se refere aos limites objetivos e subjetivos do conteúdo dos contratos de consumo e à redefinição da abrangência do conceito legal de fornecedor, de forma a permitir a correta concretização de seus princípios orientadores.

Trata-se, por todo o exposto, de pesquisa eminentemente qualitativa e de caráter interdisciplinar. Busca-se, em um primeiro momento, confirmar as duas premissas fáticas que baseiam o problema de pesquisa – marca como elemento relevante e indutor do processo comercial e reestruturação da cadeia de consumo em redes empresário-contratuais – para que, ao final, contrapondo as conclusões iniciais aos princípios regentes da legislação consumerista, seja possível avaliar uma potencial ampliação dos limites da proteção contratual e a possibilidade de caracterização do titular da marca que intervém nas relações de consumo como um fornecedor *sui generis*.

Acerca dos limites da pesquisa, reconhece-se desde já a impossibilidade de analisar todas as espécies de contratação e coligação empresário-contratual contemporâneas, o que impede a apresentação de um panorama absoluto da apontada alteração do paradigma mercadológico apontado como base para o trabalho. Em assim sendo, sem a ambição de trazer conclusões imutáveis, optou-se por analisar um conjunto de estruturas previamente selecionadas em razão de sua aproximação com os elementos econômicos principais estudados – o poder simbólico persuasivo da marca no período pré-contratual e a separação entre os processos de oferta, produção e comercialização entre diversos agentes – uma vez que isto permite identificar e tornar objetivo um raciocínio lógico-jurídico comum, cuja aplicabilidade deverá ser posteriormente confrontada com casos e estruturas empresariais similares na medida de seu surgimento no mercado.

Por fim, destaca-se também que, não obstante a mudança de paradigma jurídico-organizacional ora trabalhada seja global, o objeto desta pesquisa se limita ao cenário brasileiro, já que se está tratando de tema ligado à aplicabilidade de normas consumeristas nacionais. No entanto, conforme exposto, doutrina, jurisprudência e legislação estrangeiras deverão ser utilizadas como forma de clarificar conceitos já solidificados e apresentar interpretações econômicas da realidade já consolidadas e neles baseadas; perspectivas estas que, confrontadas com os fatos ocorridos no âmbito nacional, deverão ser analisadas de forma crítica de modo a permitir a propositura de uma solução local eficiente.

Capítulo I – Marca: um elemento chave no mercado contemporâneo

Sinal distintivo visualmente perceptível, utilizado para distinguir produtos ou serviços de outros idênticos, semelhantes ou afins, de origem diversa. É este o conceito jurídico contemporâneo de marca estabelecido pela legislação brasileira⁶. Trata-se, à evidência, de conceito funcionalista: define-se o objeto por sua função que, no caso, é a distinção de bens de consumo. Esta, por sua vez, se liga intimamente à ideia de competição, de disputa por uma posição escassa. E, evidente a repercussão econômica dessa característica, justifica-se sua apropriação pelo Direito. Tal silogismo será abordado rotineiramente durante o trabalho. Neste primeiro instante, contudo, é interessante esmiuçar os elementos principais da definição jurídica atribuída ao fenômeno em questão.

Destaca-se inicialmente a expressão ‘*sinal [...] visualmente perceptível*’. A marca necessita ser vista para ser reconhecida⁷. Precisa, assim, de um destinatário, um receptor que capte a mensagem que se pretende passar. Sua construção depende, portanto, de um movimento recíproco: cria-se um sinal a ser percebido por terceiros, que neste processo de percepção e internalização irão lhe atribuir determinado valor. Sem interesse ou movimentação para tornar tal símbolo como fonte de reconhecimento por parte dos destinatários da mensagem não há razão para sua existência.

Esse sinal também deve ser ‘*distintivo*’. Ao se falar em necessária distinção, parte-se do pressuposto da similaridade prévia de objetos. O símbolo tem, assim, a função de definir um dentre vários, a unidade de determinada representação, a diferença fundamental. A percepção do destinatário da informação deverá ser orientada a entender que, ao se deparar com determinado sinal, estará ali representado um determinado conjunto de características que o torna único frente aos demais pertencentes a um grupo predefinido.

⁶ O conceito em questão se extrai de uma interpretação conjunta do *caput* do artigo 122 e do inciso I do artigo 123 da Lei de Propriedade Industrial (LPI). Destaca-se desde já, por oportuno, que o presente trabalho não tratará das marcas de certificação e das marcas coletivas previstas pelos incisos II e III do artigo 123 da LPI. A expressão ‘marca’ utilizada ao longo do texto deverá, assim, ser lida como ‘marca de produtos e serviços’, estabelecida no inciso I do referido artigo.

⁷ Por não haver conexão com o objeto da pesquisa, não se pretende entrar aqui na discussão acerca da possibilidade de existência e eventual registrabilidade de sinais distintivos que utilizam processos sensoriais diversos – olfativos, sonoros, dentre outros – como forma de percepção.

A distintividade buscada serve, por sua vez, para categorizar *'produtos ou serviços idênticos, semelhantes ou afins'*. O sinal não existe, portanto, de forma desvinculada e autônoma. Implica em necessária relação com um recipiente, um bem de mercado, produto ou serviço, que se utilizará do fator distintivo para se destacar. Há, assim, uma relação de simbiose em que representação e realidade se interligam para formar um novo elemento a ser percebido como único pelos destinatários da mensagem.

A realidade a ser representada é, no entanto, restrita. A marca é, em sua essência, elemento integrante das relações de consumo. Não há razão de ser fora do ambiente de trocas, onde os indivíduos agem economicamente para o suprimento de necessidades pessoais por meio da tradição de bens escassos. Não se utiliza marca para diferenciar um bem notoriamente abundante – por exemplo, o ar⁸ – ou um bem fora do mercado como o corpo humano. Serve, contudo, para atribuir atratividade a um determinado produto ou serviço existente e disponível no mercado, de forma a diferenciá-lo de outros similares e/ou torná-lo mais atrativo em relação a outros substitutos.

Neste sentido, a distinção objetivada pela marca está intimamente ligada à ideia de escassez. Enquanto um bem abundante não é objeto de comercialização, outros não tão disponíveis são disputados. Quanto maior a disponibilidade, menor a disputa, e vice-versa. Quanto maior a especificidade, provavelmente será menor a disponibilidade. E, não obstante essa individualidade buscada no mercado possa ser natural, pode também ser artificialmente criada por meio de uma representação simbólica que evoque reações e sentimentos distintos, ainda que não existam diferenças funcionais relevantes.

O quarto e último elemento relevante do conceito legal de marca indica que a distintividade almejada busca identificar a sua *'origem diversa'*. Seguindo o raciocínio já iniciado, a parte final do conceito já indica claramente que a utilização da marca como vantagem competitiva relega a funcionalidade do bem ao qual é aposta a um plano secundário de análise, ainda que anterior. Estimula a percepção dos benefícios a serem obtidos não mais apenas por sua utilidade agregada, mas também por uma abstração, uma presunção de qualidade decorrente de sua origem.

⁸ Tal proposição se mantém, ao menos por enquanto, ainda que alguns indivíduos já tentem comercializá-lo com base em uma suposta distinção de pureza, vide notícia a seguir exposta: <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2016/02/empreendedor-vende-garrafas-de-ar-puro-ingles-a-r-450-para-cidades-poluidas-na-china.html>. Acesso em 22.12.2018)

Com base em todos esses elementos, destacam-se dois requisitos primordiais para a construção da marca, resumidos por Denis Borges Barbosa⁹ como “*capacidade de simbolizar (distintividade absoluta)*” e “*capacidade de indicar uma origem específica em face de outras origens (distintividade relativa), sem confundir o destinatário do processo de comunicação em que se insere: o consumidor*”. E, por todo o exposto até aqui, pode-se concluir também que a marca serve não só como meio de identificação e de diferenciação, mas também seria uma promessa de oferecimento consistente de qualidade decorrente de um grupo de características, benefícios e serviços próprios¹⁰. Assinala e distingue determinado bem ao qual é aposta¹¹, tornando-o único em relação a outros concorrentes e substitutos que disputam o mesmo espaço no mercado de consumo.

Fica claro, portanto, que o fenômeno ‘marca’ possui concomitantemente caráter econômico e semiológico¹². Por tal razão, ocupou-se o legislador brasileiro em estabelecer parâmetros para a criação e utilização dessa abstração economicamente relevante por parte do empresariado, na perene busca pela concretização ótima dos muitas vezes conflitantes princípios constitucionais gerais da atividade econômica.

⁹ BARBOSA, Denis Borges. **Proteção das marcas: uma perspectiva semiológica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 327.

¹⁰ KOTLER, Philip; ARMSTRONG, Gary. **Princípios de Marketing**. 12.ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2007. p. 206.

¹¹ “*As marcas, assim, são sinais distintivos apostos a produtos fabricados, a mercadorias comercializadas, ou a serviços prestados, para a identificação do objeto no mercado. Tal assinalamento resulta em favor de um determinado titular de direitos, de tal forma que lhe permita, simultaneamente, fazer distinguir sua posição no mercado entre ofertas comparáveis. A marca permite assinalar e distinguir*”. [BARBOSA, Denis Borges. **O fator semiológico na construção do signo marcário**. Rio de Janeiro: UERJ, 2006. Tese (Doutorado em Direito), Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2006. p. 7. Disponível em: <http://denisbarbosa.addr.com/tesetoda.pdf>. Acesso em: 13.06.2017]. Interessante destacar que desta tese de doutorado surgiu outro livro do autor citado nesta bibliografia (**Proteção das marcas: uma perspectiva semiológica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017). No entanto, especificamente no livro o parágrafo onde este conceito específico foi citado não foi reproduzido. Por tal razão, optou-se por citar ambas as obras na bibliografia.

¹² Mais uma vez, Denis Borges Barbosa traz boa contribuição à construção do conceito de marca: “*Marcas são signos, antes de serem valores na concorrência ou objeto de propriedades. Inseridas na economia, para atender à demanda de individualização dos produtos e serviços num ambiente de mercado de oferta múltipla, não perdem sua natureza de signos, nem sua pertinência no espaço semiológico. As criações expressivas – cinema, música – se constroem inteiramente nesse espaço, mas se vinculam à economia pela utilidade de fruição que as tornam (ou não) mercadoria. A marca tem, por contrário, um papel mais medular. Ela desempenha papel econômico e semiológico simultaneamente. Ela significa, distinguindo certos valores na concorrência, diferenciando produtos e serviços, assegurando (quando registradas) um espaço de exclusão para o uso do signo, permitindo (aqui, como os demais objetos da propriedade intelectual) que o investimento na criação da imagem-de-marca retorne àquele que o promoveu, em vez de ser disperso pelo uso público, não rival e não-exclusivo*” (BARBOSA, Denis Borges. 2017. op. cit. pp. 197/198)

Neste primeiro capítulo, tem-se como objetivo principal apresentar de forma pormenorizada sua relevância no processo comercial. Em especial, o objetivo será demonstrar as três características principais da marca indicadas no problema de pesquisa: a marca enquanto (i) identificação de origem; (ii) fator diferenciador na concorrência; e (iii) elemento autônomo de valor. A análise será, portanto, mais econômica do que jurídica.

Para tanto, em um primeiro momento se apresentará os motivos pelos quais se entende que a marca é, atualmente, uma face autônoma da empresa no mercado, servindo como mediadora da relação com o consumidor. O raciocínio tomará inicialmente como base a teoria poliédrica dos ‘perfis da empresa’ proposta por Alberto Asquini¹³, propondo-se ao final a existência de um perfil comercial por ela representado.

Na sequência, a mesma questão será analisada sob outro prisma relevante: o dos consumidores por ela influenciados. Para tanto, pretende-se examinar a marca sob seu aspecto semiológico, símbolo capaz de representar não só as qualidades funcionais de um determinado produto, mas também anseios pessoais e desejos desses agentes. Da mesma forma, serão analisados trabalhos ligados ao *marketing*, à economia e à psicologia do consumo, de modo a fundamentar com base teórica – e, em certos pontos, empírica – a relevância desse símbolo agregador de qualidades para o consumidor durante o processo de compra, considerando-se a assimetria de informações existente no mercado e o processo imperfeito e irracional de escolha.

Por fim, pretende-se encerrar o capítulo com uma revisão e aprofundamento do conceito de ‘*pós-personalização*’ já abordado de forma incipiente por Cláudia Lima Marques, por meio do qual a autora reconhece e qualifica a autonomia relativa da marca frente à estrutura patrimonial de seu criador e, por outro lado, indica um processo de repersonalização abstrata das expectativas baseadas no símbolo.

Com a análise destes pontos entende-se que será possível caracterizar um panorama geral da essência e das funções dessa abstração jurídica de origem econômica. Tais conclusões serão importantes para que, nos capítulos posteriores, possam ser avaliados os limites e a pertinência do tratamento jurídico deste fenômeno.

¹³ ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. Tradução de Fábio Konder Comparato. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. v. 35. n. 104. out/dez 1996. São Paulo: RT, 1996. pp. 109-126

1. Direito como superestrutura poliédrica conformadora do mercado

Conforme exposto brevemente na introdução, a marca está notória e obrigatoriamente inserida em um ambiente de mercado. Serve como fonte de identificação e diferenciação de bens de consumo produzidos por agentes econômicos; e, com isso, é capaz de alterar o equilíbrio de mercado em benefício de seu titular. Neste sentido, seu desenvolvimento pode ser associado à própria evolução do tratamento da empresa enquanto fenômeno econômico relevante, o que justifica não apenas a apropriação da matéria pelo Direito Comercial¹⁴, mas também a análise que se propõe neste trabalho.

Como ponto de partida, toma-se o conceito poliédrico de empresa identificado por Alberto Asquini¹⁵. A opção inicial por tal doutrina se justifica não só por sua relevância histórica e pela notória influência que teve sobre moderna teoria da empresa, mas eminentemente pela capacidade que o referido autor italiano teve de identificar, descrever e conjugar a essência econômica de um fenômeno mercadológico às diferentes facetas jurídicas que pode assumir.

O autor identifica três elementos principais para a caracterização da empresa: a inserção em um ambiente de trocas, a atuação protraída no tempo e a assunção do risco da organização dos fatores de produção dispersos. Embora natural o fim de lucro, sua realização seria meramente incidental, não essencial. A criação de riquezas, por sua vez, seria inerente à atividade, seja pela transformação direta de insumos no processo de produção para a troca ou ainda pela simples criação ou apropriação de valor agregado em um mercado de concorrência imperfeita¹⁶.

¹⁴ Trata-se de fenômeno indutivo comum à matéria, por meio do qual a prática mercantil demanda em certo momento a regulamentação jurídica, seja para seu estímulo, seja para a imposição de limites. Sobre o tema da evolução do Direito Comercial, ver: ASCARELLI, Tullio. O desenvolvimento histórico do Direito Comercial e o significado da unificação do Direito Privado. Tradução de Fábio Konder Comparato. **Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro**. São Paulo, n. 114, abr./jun. 1999, pp. 237-252. No mesmo sentido: FORGIONI, Paula Andrea. **A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2012.

¹⁵ ASQUINI, Alberto. *Profili dell'impresa*, in *Rivista del Diritto Commerciale*, 1943, vol. 41, I. Tradução de Fábio Konder Comparato. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. v. 35. n. 104. out/dez 1996. São Paulo: RT, 1996. pp. 109-126.

¹⁶ Como exemplo, o autor fala em criação de valor agregado pela simples comercialização, uma vez que a atividade de distribuição leva a determinados mercados de consumo bens que antes ali não estariam naturalmente e que têm valor para o público local. (ASQUINI, op. cit. p. 115). Há, então, um aumento de utilidade – e,

Não obstante a sua absorção pelo ambiente jurídico como fenômeno econômico relevante, o autor indica ser impossível a sua conformação unitária e unidimensional. Reconhece que a atividade assume diversos aspectos que, individualmente considerados, demandam intervenções direcionadas. Cita, em especial, quatro perfis – subjetivo, funcional, objetivo e corporativo – nos quais seria possível identificar diferentes funções da empresa.

De forma breve, o perfil subjetivo encara a empresa como o empresário a ela subjacente, como o agente responsável pela atividade. Por tal razão, nas normas conformadoras deste perfil é possível verificar uma ligação íntima à ideia de pessoa, de sujeito de direito. Individualiza-se a empresa dentro de uma massa de agentes que se relacionam entre si, se lhe atribuindo um aspecto formal.

O perfil funcional, por sua vez, trata da empresa enquanto atividade, enquanto “*força em movimento dirigida para um determinado escopo produtivo*”¹⁷. Caracteriza-a pelos atos praticados no exercício de sua função primordial. Parte, assim, do pressuposto da existência de um sujeito de direitos capaz de praticá-los, porém define o conceito diretamente a partir da atividade econômica exercida. Com base nesse perfil, o autor destaca a existência de normas que tratam sobre o início da atividade, sua duração, e até sua qualificação para fins de aplicação do substrato jurídico em questão.

Já o perfil objetivo seria eminentemente patrimonial. Seu tratamento envolveria a definição da existência ou não de patrimônio especial afetado à atividade e a sua separação daquele particular do agente coordenador, além das diversas formas de organização interna e valoração desse complexo de bens e direitos. Salienta-se, neste ponto, a tutela do estabelecimento, do aviamento e da *azienda*.

Por fim, o perfil corporativo corresponderia à empresa enquanto instituição. Neste, indica-se como elemento de valor a coordenação, a organização dos fatores de produção humanos em busca de um objetivo comum, com base em uma hierarquia e regras de conduta preestabelecidas. Sob esta lente, seria cabível a análise do formato da institucionalização desse jogo de poder e de alocação de recursos e riscos, bem como dos feixes de contratos

consequentemente, de valor agregado – decorrente da simples modificação do jogo entre preço, oferta e demanda ocorrida com a mudança de ambiente.

¹⁷ ASQUINI, op. cit., p. 116.

voltados à regulamentação das relações do agente coordenador com os trabalhadores, associados e colaboradores que viabilizam a prática da atividade.

Conclui-se, portanto, que de acordo com Asquini: (i) a empresa possuiria diferentes significados e funções a depender do prisma em que é observada; e (ii) cada perfil justificaria uma proteção distinta. Ao fim do texto, o autor propõe que a análise conjunta dos diferentes perfis contém em si traçada a teoria da empresa, que deveria compreender: (i) o estatuto profissional do empresário; (ii) ordenamento institucional da empresa, capaz de disciplinar o trabalho; (iii) disciplina do patrimônio aziendale e do estabelecimento; e (iv) disciplina da atividade empresarial nas relações externas, denominadas relações de empresa¹⁸.

Exposto o raciocínio principal do autor, não se pretende neste momento adentrar especificamente em questões evolutivo-históricas gerais, nem indicar uma necessária e direta derivação entre os referidos conceitos e normas atualmente conformadoras da atividade empresária no ordenamento nacional. O que se pretende destacar agora é a relevância da ideia de estruturação poliédrica do conceito jurídico de empresa. A cada perfil econômico, dinâmico ou estático, corresponde uma estrutura jurídica própria. Ao final, em conjunto esses componentes individualizados deverão formar uma superestrutura coerente voltada à conformação do fenômeno econômico como um todo (infraestrutura).

Difícil é, contudo, harmonizar esses diferentes componentes, uma vez que a multiplicidade de facetas da atividade econômica a serem potencialmente abordadas pelo ordenamento jurídico é evidente. Neste ponto, manter a coerência do sistema é tão mais difícil quanto mais pulverizada a sua conformação. Soluções isoladas adequadas a determinado microsistema podem criar incentivos contraditórios quando consideradas em um ambiente macroeconômico, cabendo ao operador do Direito encontrar maneiras de solucionar tais antinomias. Do contrário, a insegurança resultante pode ser contraditória à própria ideia de regulação do mercado como forma de redução de custos de transação.

Estes conceitos iniciais são relevantes uma vez que, neste trabalho, a coerência e integridade do sistema jurídico comercial serão postas à prova no que se refere ao tratamento jurídico da marca enquanto fenômeno microeconômico relevante e umbilicalmente ligado ao poliedro jurídico-estrutural da atividade empresária.

¹⁸ ASQUINI, op. cit. pp. 125/126

2. Duas faces de uma mesma empresa

Passemos então a uma análise mais prática do tema. E, para tanto, é necessário retornar brevemente ao conceito e aos objetivos da proteção jurídica da empresa.

Abstração de efeitos concretos criada com base em razão artificial¹⁹, a empresa enquanto fenômeno econômico apropriado pelo Direito é instituição-ferramenta capaz de promover maior estabilidade às relações praticadas no mercado. Dentre outras funções secundárias, sua institucionalização: (i) reduz custos de transação entre os diferentes detentores dos fatores de produção em si coordenados²⁰; (ii) permite uma melhor visualização dos riscos envolvidos na atividade, o que facilita decisões de investimento internas e externas²¹; (iii) permite a individualização de patrimônio afetado à atividade e a distinção entre este e o de seus fomentadores; (iv) dá autonomia ao ente artificialmente criado para atuar em interesse próprio – ou seja, da atividade em si – junto a terceiros, mesmo que de forma oposta a interesses individuais egoísticos dos fomentadores; (v) personifica e individualiza a origem do resultado da atividade, permitindo a atribuição correlata de responsabilidade jurídica patrimonial pelos resultados (*outputs*) gerados.

Essa estruturação jurídica diferenciada se justifica, portanto, em função da relevância da atividade e da possibilidade de otimização de seus resultados. No entanto, como já exposto, diferentes facetas desse fenômeno econômico demandam tratamentos específicos, pulverizados em normas segmentadas e setorizadas. E, como em um grande quebra-cabeça, a estruturação final do mercado é realizada por meio da junção e da atribuição de coerência a essas peças separadas no ordenamento jurídico.

¹⁹ José Reinaldo de Lima Lopes distingue instituições de direito compatíveis com uma *filosofia natural*, que parecem refletir verdades *a priori*, categorias do espírito jurídico – p.ex., casamento, sucessões, contratos e promessas, obrigações por atos ilícitos, estado das pessoas – de outros institutos oriundos de uma *razão artificial*, criadas pelo homem com propósito operacional e que não possuem uma origem na própria natureza – p. ex., títulos de crédito, obrigações cartulárias, sociedades com responsabilidade limitada ou ilimitada, representadas por cotas ou ações; enfim, em especial matérias ligadas ao Direito Comercial, criadas com função eminentemente instrumental. (LOPES, José Reinaldo de Lima. A formação do direito comercial brasileiro: a criação dos tribunais de comércio do Império. **Cadernos Direito GV Pesquisa**, v. 4, n. 6. nov/2007. p. 9.)

²⁰ COASE, Ronald Harry. *The nature of the firm*. **Economica NS**, v. 5, p. 386-405, 1937.

²¹ Sobre o tema, ver: HANSMANN, Henry; KRAAKMAN, Reinier. *What is corporate law* In: KRAAKMAN, Reinier et al. **The anatomy of corporate law: a comparative and functional approach**. Oxford University Press, 2004, cap. 1, pp. 1-19.

Uma das peças principais do *puzzle* anteriormente mencionado é a identificação da empresa enquanto sujeito de direitos e deveres. Devidamente reconhecida como ‘movimento econômico de relevância jurídica’, é necessário convertê-la em algo palpável, algo que individualize e personalize cada atividade de acordo com suas peculiaridades, de modo a permitir uma correta aplicação de diferentes partes do poliedro jurídico-estrutural. É necessário atribuir à atividade um centro de concretude, algo que possa torná-la objeto e, ao mesmo tempo, destinatário das normas criadas para a adequação desse fenômeno aos objetivos da sociedade.

Neste ponto, as propostas serão variadas. Algumas terão caráter liberal e repudiarão qualquer interferência sobre o ‘livre mercado’ em que a atividade se insere. Outras, por sua vez, defendem uma intervenção mais profunda como forma de promover o desenvolvimento. Trata-se, em larga medida, de uma opção política a ser feita pelo legislador e, eventualmente, pelo aplicador do direito. E, a partir deste momento, neste trabalho se estará tratando especificamente das escolhas feitas no âmbito nacional.

Com o registro, nasce em nosso ordenamento jurídico nacional a ‘empresa’ enquanto centro unificado de direitos e deveres²². Pode ser constituída por meio de sociedade *stricto sensu*, de sociedade unipessoal, por agente individual e autônomo e até por outros arranjos jurídicos não usuais como as sociedades simples, associações e cooperativas²³. Como incentivos para a submissão (semi)espontânea a esse novo ambiente de notórias restrições, propõe-se a existência de privilégios para os membros deste seletto clube²⁴.

²² Ressalva-se aqui, por óbvio, a existência de sociedades de fato. Nestes casos, embora o ordenamento reconheça a existência de atividade empresária para determinados fins – como, por exemplo, a admissão da produção de efeitos da especialização patrimonial entre os sócios em caso de dissolução – não se cria perante terceiros um centro específico de imputação de direitos e deveres. A responsabilidade pelos *outputs* gerados permanece vinculada diretamente aos ‘titulares da empresa’. Mais uma vez, a peculiaridade de uma faceta de um mesmo fenômeno econômico demanda tratamento diferenciado e específico, bastando que não haja conflito com os objetivos gerais. Neste trabalho, contudo, será tomada por base a regra geral como forma de propor um raciocínio lógico-sistemático.

²³ Embora expressamente indicadas como agentes não-empresários pela legislação, este autor é da opinião de que sociedades simples, associações, cooperativas e outros entes inseridos no mercado são plenamente capazes de “*exercer atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços*”. São, da mesma forma, centros unificados de direitos e deveres ligados à atividade, embora tenham características distintas no que tange à sua formação, financiamento e interesses subjacentes. O lucro, por sua vez, não poderia ser considerado elemento essencial da empresa, embora elemento natural (ver ASQUINI, *op. cit.*, p. 116). Por tais razões, entende o autor ser manifesta violação à isonomia a não extensão de alguns dos benefícios restritos às sociedades empresárias *stricto sensu*. No entanto, isso é papo para outro trabalho.

²⁴ Ao empresário devidamente formalizado é facultada, por exemplo, a separação absoluta entre o patrimônio afetado à atividade e o dos fomentadores. Com isso, o próprio mercado também reconhece o valor dessa escolha,

Perceba-se, neste ponto, que a formalização da empresa enquanto sujeito autônomo de direitos nada mais é do que uma abstração jurídica criada para representar e identificar uma nova realidade perante terceiros. Considerando-se os três principais ramos do fenômeno econômico absorvidos e regulados pelo direito privado – contratos, propriedade e responsabilidade civil – a atribuição de concretude patrimonial e autonomia volitiva à empresa permite torná-la um novo alvo e, ao mesmo tempo, um novo participante das negociações de interesses entre os diversos agentes inseridos no mercado.

Concretiza-se, assim, um segundo ponto de reação entre direito e economia. Se inicialmente a norma é uma resposta à estruturação espontânea do mercado, neste momento é este que reage aos efeitos da instituição da legislação que o conforma. Individualizado juridicamente o ente, facilita-se a compilação e a extração de informações sobre a atividade então personificada. Estas, por sua vez, poderão guiar as escolhas a serem realizadas por seus *stakeholders*²⁵, retroalimentando indefinidamente o processo.

Em outras palavras, sua identificação e delimitação se torna essencial para a visualização completa do agente econômico enquanto centro de interesses, deveres e obrigações, o qual estará a partir de então não só sujeito às normas formais estabelecidas pela legislação, mas também novamente exposto às regras informais da competição e da concorrência. Essa identidade empresarial se desdobra, contudo, em duas: uma eminentemente patrimonial e estática e outra comercial e dinâmica.

Por um lado, o nome empresarial e o número de registro no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (CNPJ) servem à identificação do ‘quem é responsável por determinados atos’ e de ‘qual patrimônio’ poderá ser considerado em determinada operação. Assim, nas relações com o fisco e outros agentes públicos, com os sócios, com seus trabalhadores, competidores e *stakeholders* em geral, a individualização formal da empresa importa na medida em que separa bens e direitos e define responsabilidades.

com destaque para a facilitação do crédito. Aplicáveis também, em regra, os benefícios da recuperação judicial como forma de reerguimento da atividade em crise. E, a algumas determinadas classes, são concedidos até benefícios tributários diretos (p.ex., o SIMPLES Nacional). A atuação fora dos limites do registro importa, assim, em impossibilidade de se exercer qualquer destas faculdades. E, a partir da adesão a este sistema, todas as relações realizadas em prol da atividade, internas ou externas, deverão ser efetivadas sob esse manto, sob pena de exclusão dos benefícios correlatos.

²⁵ O conceito em questão é utilizado no sentido atribuído por Robert Edward Freeman. Em tradução livre, pode-se dizer que ele os caracteriza como “qualquer grupo ou indivíduo que se beneficia ou é prejudicado, e cujos direitos são violados ou respeitados pelas ações corporativas” (FREEMAN, Robert Edward. *Strategic management: a stakeholder approach*. Boston: Pitman, 1984).

Por outro lado, não se pode deixar de lado a essência da empresa enquanto atividade. Dinâmica por excelência, força em movimento dirigida para um determinado escopo produtivo e obrigatoriamente inserida em um mercado de trocas, tem como uma de suas principais missões a satisfação dos interesses dos destinatários finais de sua produção. Considerando-se que está inserida em um ambiente de competição em que vários agentes disputam entre si a atenção e os recursos escassos daqueles indivíduos, é imprescindível que a empresa se sobressaia para que tenha sucesso em seus objetivos.

Sob este segundo prisma, o nome empresarial serve a um propósito apenas formal. Na realidade, nesta seara o agente econômico normalmente se utiliza de um artifício extra, de um símbolo simplificador de sua essência que permita uma percepção intuitiva do todo pelos potenciais consumidores: a marca. A atividade empresária assume, assim, uma *identidade negocial* autônoma, voltada para o mercado e de grande relevância durante o processo de escolha que precede a atividade de troca.

Conclui-se, portanto, que nome empresarial (identidade de empresa ou patrimonial) e marca (identidade negocial) se prestam a funções distintas, embora façam parte de uma só estrutura. São, ao mesmo tempo, abstrações jurídicas voltadas à conformação de fenômenos econômicos ocorridos em um ambiente de trocas, cujo registro é utilizado como forma de distinção e imputabilidade. O nome empresarial é como a sociedade quer que a empresa seja representada. A marca é a forma como ela própria se apresenta ao mundo. O nome empresarial alude à estrutura da empresa. A marca se vincula ao resultado da operação. Ambas, contudo, traduzem a origem da atividade²⁶. Em conjunto, ambas representam as janelas da atividade econômica para a intervenção do Estado.

A cada singularidade tida como relevante pela sociedade é imposta uma conformação individualizada que, ao final, deve ser compatibilizada com o poliedro jurídico-estrutural estabelecido no ambiente macro. Legislação trabalhista, ambiental, consumerista, tutela da pequena empresa, entre outras, são exemplos claros de microssistemas voltados ao tratamento de questões de mercado específicas e ligadas a diferentes perfis da empresa.

²⁶ Neste ponto, interessante destacar que a própria Lei de Propriedade Industrial (Lei 9.279/96) indica a similitude de funções entre os dois símbolos ao prever, no inciso V do artigo 124, a vedação ao registro como marca de qualquer “reprodução ou imitação de elemento característico ou diferenciador de título de estabelecimento ou nome de empresa de terceiros, suscetível de causar confusão ou associação com estes sinais distintivos”.

Assim como os ramos do direito citados no parágrafo anterior, a marca também é singularidade relevante expressamente reconhecida no tratamento da atividade empresária. Artificio utilizado pelos empresários para identificar e diferenciar os produtos de sua atividade, foi apropriado pelo direito com o pretense objetivo de permitir uma melhor adequação de seu uso aos objetivos do mercado e da sociedade. Em especial, tutelou-se expressamente tal fenômeno como forma de mediar o conflito entre os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, impondo-se limites à sua utilização²⁷.

Essa apropriação realizada é, contudo, incompleta. Desconsidera que, assim como a organização dos fatores de produção para a produção de bens ou serviços, a utilização de símbolo para distingui-los de outros similares pode assumir diferentes funções e significados a depender da lente pela qual o fenômeno é observado. De forma mais específica, não se pode falar em relevância apenas para a relação entre empresários concorrentes. É necessário analisar o fenômeno sob uma perspectiva global, que envolva os interesses dos mais diversos *stakeholders* por ela efetiva ou potencialmente afetados.

Para tanto, o primeiro passo é definir como funciona exatamente a marca enquanto fenômeno econômico. Embora a legislação fale especificamente em *poder distintivo*, como exatamente ele surge? Como ocorre o processo de vinculação entre esse símbolo e o consumidor? Em que momento há a desestabilização do mercado que gera a necessidade de conformação específica de sua utilização? Entender essas relações pode ser útil para se compreender o sentido de sua tutela, facilitando por consequência a integração das diversas normas que sobre ela incidem.

É o que se fará a partir deste momento.

²⁷ “Simultaneamente, a marca é objeto de uma propriedade constitucional que se realiza na concorrência e pela concorrência. No sistema jurídico brasileiro, a Constituição se inaugura com uma declaração em favor da liberdade de iniciativa, e insere entre os princípios da Ordem Econômica o da liberdade de concorrência. Ral antagonismo, como o queria Ruy Barbosa, perpassa a análise de todo direito de marcas. Num limite extremo, o uso de qualquer instrumento concorrencial não pode importar em abuso de poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros. De outro lado, cabe exatamente ao Estado garantir que haja o acesso à concorrência seja livre de manifestações deste mesmo abuso de poder econômico. Entre a adequada função concorrencial da marca e seu abuso, há um espaço constitucionalmente delineado, que a lei deve distinguir e implementar-se”. (BARBOSA, Denis Borges. 2017. pp. 247/248).

3. Escolha como processo imperfeito e não-necessariamente-racional

Enquanto fenômeno econômico, a marca é tida como relevante para o direito por afetar a estabilidade do mercado de trocas. Contudo, para que se compreenda tal afirmação antes é necessário entender, à luz da experiência do consumidor, como funciona o processo de consumo. Apenas a partir da compreensão de seus atos, escolhas e motivações será possível apontar, ao final, de que forma a marca contribui para a desestabilização de um pretense equilíbrio anterior.

A prevalecer um método estritamente racional de escolha, o processo de consumo seria composto de quatro passos. O primeiro seria a identificação de uma necessidade a ser suprida. Na sequência, deveria ser operada uma avaliação individual das características de determinados bens, isoladamente considerados, a fim de que fosse verificado se atendem ou não à necessidade identificada. Posteriormente, as características destacadas seriam contrapostas e comparadas a outras encontradas em potenciais substitutos. E, ao final, a escolha final recairia sobre o bem que melhor atendesse às expectativas. Trata-se de um caminho lógico, baseado em identificação e comparação de informações relevantes.

Considerando-se a existência de múltiplas alternativas, fica claro que o processo de aquisição de bens para satisfação de necessidades individuais envolve um necessário momento de escolha. Apenas um bem será consumido, enquanto os demais não o serão. Essa opção depende, contudo, da existência de informações sobre os bens disponíveis. Analisadas suas características, comparadas suas qualidades e avaliados os potenciais custos e benefícios de cada uma das possibilidades, define-se a opção mais adequada e afastam-se as demais.

No entanto, esse processo não é tão simples como aparenta.

Informações sobre os bens a serem analisados nem sempre estão facilmente disponíveis e, quando estão, nem sempre são completas ou verídicas. O próprio processo de apuração e sistematização também envolve custos, maiores ou menores a depender do nível de certeza almejado, do grau de acessibilidade a informações relevantes, da capacidade de compreensão de dados brutos, do grau de confiabilidade das fontes, entre outros fatores²⁸.

²⁸ STIGLER, George J. *The economics of information*. *The journal of political economy*. v. 69, n. 3. jun/1961. p. 219

Tais custos podem se manifestar de diversas formas. Comumente, surgem já na fase prévia à da escolha, como é o caso do tempo necessário para encontrar as especificações de um componente eletrônico de determinado aparelho no sítio eletrônico de um fornecedor, ou de busca pela opinião de um técnico sobre a capacidade desse componente de suportar o uso pretendido. Ainda no mesmo exemplo, tal processo envolveria também custos financeiros como o acesso à internet necessário à navegação e busca dos dados, ou ainda o transporte necessário à concretização do encontro com o agente capaz de transformar aqueles dados em informação relevante. Poderia, por outro lado, envolver também custos com educação voltados à compreensão dos dados obtidos, muitas vezes incompreensíveis aos olhos e ouvidos do consumidor comum. Ou, ainda, custos psicológicos decorrentes da incerteza na confiabilidade das informações obtidas.

O custo de apuração pode também ser decorrente de uma omissão. Nestes casos, o potencial consumidor reconhece ou ignora, deliberada ou conscientemente, a inexistência de informações completas, assumindo o risco de inadequação da escolha aos objetivos inicialmente traçados e a conseqüente possibilidade de novos custos serem necessários para o seu atingimento. É o caso, por exemplo, do indivíduo que adquire intempestivamente determinado plano de acesso à internet sem avaliar se existe estrutura suficiente a sua disponibilização no local pretendido. Ou, ainda, daquele que importa um carro elétrico sem averiguar a disponibilidade de postos de abastecimento compatíveis. Eventual prejuízo surgiria, assim, em momento posterior à opção, sendo correspondente à diferença entre o objetivo alcançado e a meta inicial ou aos custos de substituição ou reparação.

Conclui-se, portanto, que o consumidor está inserido em um ambiente de decisão no qual, para além dos benefícios virtuais do produto e o seu potencial de satisfação de determinadas necessidades, é obrigado também a sopesar: (i) o custo inicial de busca de informações e (ii) o risco de inadequação do bem escolhido às expectativas então estabelecidas²⁹. E, neste processo, a inserção da marca como novo elemento qualitativo pode se tornar um facilitador de sua pretensa racionalidade³⁰.

²⁹ STIGLER, George J. op. cit. p. 216.

³⁰ AKERLOF, George A. *The market for lemons: quality uncertainty and the market mechanism*. *The Quarterly Journal of Economics*, v. 84, n. 3, ago./1970. pp. 499/500.

3.1. Qualidade percebida e qualidade promovida

Identificada uma necessidade a ser suprida por meio do consumo, o hipotético processo racional de catalogação das qualidades de um bem – o segundo dos quatro passos narrados no tópico anterior – e de comparação entre as alternativas disponíveis e substitutas entre si – o terceiro passo – deveria envolver a avaliação de três diferentes ‘níveis de produto’³¹.

O primeiro estágio compreende a análise do chamado ‘produto-núcleo’. Trata-se do benefício central que o produto ou serviço pretende conferir, sua função primordial, inerente à sua própria existência ou criação. Por exemplo: um carro se vincula a função de deslocamento, uma faca à função de corte. A análise é, portanto, estritamente funcional e eliminatória. Avalia-se não o bem em si, mas sua utilidade e os benefícios potenciais. Busca-se a simples identificação de uma solução possível para um problema predefinido³².

Encontrada uma solução potencial, passa-se a analisar a sua disponibilidade. Se escasso o bem buscado, menor a probabilidade de competição entre potenciais fornecedores – e, por consequência, mais fácil será o processo de decisão do consumidor. É o caso, por exemplo, de situações de monopólio. Em não havendo alternativas viáveis, a única oportunidade de escolha conferida ao consumidor é a de realizar ou não o ato de consumo, suprir ou não a necessidade identificada.

Outros conjuntos de soluções não são, contudo, escassos. Frutas, verduras, carne, petróleo, sal, grãos, são *commodities* naturais, de caráter padronizado, disponibilidade razoavelmente alta e sem grande grau de distinção entre si, mesmo quando advindas de diferentes fontes produtivas³³. O setor de serviços, embora teoricamente inconstante por natureza no que tange aos *outputs* gerados, também segue um processo de padronização adequado às expectativas de mercado – basta ver, por exemplo, a similaridade dos pacotes de

³¹ KOTLER, Philip; ARMSTRONG, Gary. op. cit. p. 201.

³² Mark Batey, ao discorrer sobre o processo de consumo, afirma que “[...] os consumidores não percebem as características, mas o que eles procuram mesmo são os benefícios advindos delas”. (BATEY, Mark. **O significado da marca**: como as marcas ganham vida na mente dos consumidores. Tradução de Gabriel Zide Neto. Rio de Janeiro: Best Business, 2010. p. 152)

³³ Jennifer Aaker cita a vodca como um produto indiferenciável funcionalmente, mas que pode ser diferenciado por outros meios ligados à identidade de marca. (AAKER, Jennifer. *Dimensions of brand personality*. *Journal of Marketing Research*, v. 34. n. 3. ago/1997. pp. 347-356)

serviços nominalmente oferecidos por salões de beleza, bancos, companhias de investimento, entre outros, todos voltados à solução dos mesmos problemas³⁴. Há, nestas hipóteses, uma uniformização aparente das alternativas³⁵.

Em outras palavras, diversas alternativas de consumo são virtualmente idênticas no que tange à sua estrutura e características funcionais ou são de fácil replicação e reprodução, o que promove a concorrência e torna ligeiramente mais complexo o processo de decisão do consumidor. Diferenciar-se é, assim, tão difícil quanto necessário para captar as decisões de compra. E, para tanto, outras características passariam a ser avaliadas.

Embalagem e *design*, por exemplo, são capazes de conferir maior atratividade a um produto genérico. Tem-se, neste caso, o início da formação de um novo nível de produto: o ‘produto básico’. Características periféricas formam uma casca, uma armadura que adere ao benefício central e o tornam distinto dos demais. Embora não exatamente funcional, as sensações positivas estimuladas por gatilhos sensoriais são benefícios identificáveis e mensuráveis de forma instantânea, o que permite uma diferenciação de segundo grau entre alternativas aparentemente idênticas.

Neste segundo nível são também avaliados outros custos potenciais capazes de mitigar os benefícios inicialmente buscados. É o caso, por exemplo, da análise de depreciação e dos custos de manutenção ou reposição correlatos em bens de utilização repetida ou diferida. Por outro lado, a avaliação da durabilidade e resistência de seus componentes é também válida como forma de apurar a vida útil do produto e, com isso, a extensão e o limite temporal dos benefícios inicialmente buscados. Trata-se de um nível temporal de apuração da capacidade de satisfação de necessidades, por meio do qual se tenta antevê-las e estimar a probabilidade de que o bem a ser adquirido será capaz de supri-las em um momento futuro.

³⁴ LEVITT, Theodore. *Marketing success through differentiation - of anything*. *Harvard Business Review*, jan./fev. 1980. Disponível em: <https://hbr.org/1980/01/marketing-success-through-differentiation-of-anything>. Acesso em: 22.12.2018.

³⁵ Mesmo em mercados tidos como inovadores, nos quais as regras de propriedade intelectual podem promover uma escassez artificial de determinados bens de consumo, o processo de comoditização das escolhas também é uma realidade. Para além dos casos de expiração, inaplicabilidade ou desconsideração deliberada da tutela patentária, há de se considerar também que esta não necessariamente afeta a disputa de mercado entre bens substitutos, não exatamente iguais em sua estrutura mas que cumprem a mesma função. Aos olhos dos consumidores, trata-se de um único cardápio por meio do qual se pode encontrar diversas opções capazes de suprir a mesma necessidade central, ainda que de maneiras ligeiramente distintas.

Outro componente avaliado neste segundo nível de produto é o preço de venda estabelecido pelo fornecedor. Embora definitivamente não se trate de um atributo funcional, estudos indicam que comunica, ainda que de forma inconsciente e nem sempre adequada, informações acerca da qualidade dos bens³⁶. Além disso, em uma perspectiva mais racional, o preço também influencia a avaliação de custos de oportunidade por parte do consumidor, na medida em que a aquisição de um bem por determinado valor impedirá a utilização desta mesma quantia para suprir outra necessidade.

Perceba-se que, nesta segunda fase, o processo passa a envolver de forma mais evidente a realização de cálculos de utilidade tanto geral quanto marginal. Benefícios e custos potenciais são confrontados até que se chegue a uma pontuação final capaz de permitir a gradação entre alternativas.

Da mesma forma, é possível identificar uma mudança na espécie de avaliação, pois nenhuma delas é, por si só, qualificável como boa ou ruim. Não há como se falar em *design*, preço ou durabilidade objetivamente corretos ou incorretos. O processamento desta informação dependerá obrigatoriamente da percepção do consumidor, que a avaliará como compatível ou não com seus interesses pessoais.

O processo de avaliação se torna, portanto, bilateral. A percepção inicial binária (sim/não) de adequação de um bem à satisfação de necessidades é individualizada e a ideia de qualidade é aprofundada. A ideia de ‘melhor’ ou ‘mais adequado’ passa a ser subjetivamente construída por meio da análise conjunta do composto global de características de um produto ou serviço e do conjunto de expectativas do consumidor a ele relacionadas. E, em um processo aparentemente racional, o consumidor realizaria escolhas trágicas (*tradeoffs*) até identificar a opção mais adequada em uma perspectiva individual holística.

Seguem alguns exemplos práticos para ilustrar essa segunda fase do processo e a mencionada mudança de paradigma de análise.

³⁶ A relação entre preços *premium* e qualidade percebida é cíclica e constantemente retroalimentada. A ideia de que “*você recebe aquilo pelo qual paga*” é altamente internalizada, especialmente com relação a produtos em que não existem ou não são acessíveis informações objetivas sobre suas características físicas. Ou seja, em não havendo parâmetro de comparação funcional objetivo, o preço dá o tom da qualidade. Produtos baratos tendem a ter aparência de pior qualidade, enquanto os caros fazem presumir um maior cuidado com a produção e com os materiais utilizados. Trata-se de evidente apropriação dos efeitos da assimetria informacional por parte dos empresários. (AAKER, David. A. **Marcas: brand equity** gerenciando o valor da marca. Tradução de André Andrade. São Paulo: Elsevier, 1998. pp. 90, 103/104)

Conforme exposto, o preço alto de um produto pode indicar maior durabilidade e resistência das peças que o compõem, e vice-versa. Em tese, portanto, indica um produto mais adequado para os fins para os quais foi criado (aspecto funcional). Mas, por outro lado, pode ser que, dadas as restrições em seu orçamento (aspecto individual), o consumidor esteja disposto a obter um produto de qualidade inferior, e, com isso, assumir o risco correlato de que o bem tenha uma menor vida útil por um preço compatível. Neste caso, o produto teoricamente mais adequado em relação às características físicas (benefício objetivo) não o é no que se refere às expectativas do consumidor (benefícios subjetivos).

Da mesma forma, as percepções de determinadas características não podem ser generalizadas como uniformes. O material utilizado em uma embalagem – por exemplo, vidro ou plástico utilizados na confecção de uma garrafa de água mineral – pode trazer a sensação de maior segurança ou qualidade a uns, enquanto outros não veem relevância nestas informações. Em outro exemplo, a cor preta de um produto pode gerar sentimentos de poder, elegância, luto ou medo, a depender do contexto; assim como o vermelho remonta a paixão, energia e perigo³⁷. O cheiro forte de um produto pode ser insuportável para alguns e, para outros, evocar higiene ou poder de limpeza³⁸. Fica clara, mais uma vez, a influência de aspectos individuais sobre a análise dos atributos dos bens de consumo.

No entanto, ainda assim essa análise de adequação bilateral produto-indivíduo pode ser insuficiente para uma escolha tida como racional, na medida em que outros fatores exógenos são capazes de influenciar a percepção dos benefícios e custos potenciais de uma determinada escolha de consumo – e, com isso, desequilibrar a balança em favor ou em prejuízo de um dos competidores.

Neste sentido, é necessário considerar algumas outras premissas de fato ligadas não mais aos bens transacionados, mas ao processo de consumo. Um bem somente se pode considerar como produto *lato sensu* na medida em que está inserido e disponível em um mercado de trocas. Essas trocas demandam uma ação dos agentes interessados e, da mesma forma, essa necessária interação humana gera informações relevantes durante o processo de consumo. Assim, tomando-se por base a variabilidade das atitudes e percepções dos diferentes

³⁷ BATEY. op. cit. p. 106.

³⁸ BATEY, op. cit. pp. 117-122.

indivíduos, fica claro que estes atos também podem compor a qualidade percebida do processo como um todo, agregando mais um nível a ser analisado.

Veja-se o caso de um produto – por exemplo, uma camiseta – cujas vendas sejam realizadas simultaneamente em lojas físicas e virtuais. Nas primeiras, é possível destacar benefícios como o contato direto com o produto, a possibilidade de experimentação, a entrega imediata, entre outros. Por outro lado, exige custos extras como o necessário deslocamento até o estabelecimento. O comércio *online*, por sua vez, pode envolver preços mais baixos, uma vez que o alcance é maior e os custos com instalações físicas são reduzidos. Com relação aos custos, reduz-se o tempo de compra e a necessidade de deslocamento físico, entre outros. Conclui-se, assim, que agentes ou modelos de negócio distintos são capazes de gerar benefícios e custos diversificados durante o processo de consumo, o que permite um novo grau de diferenciação entre alternativas aparentemente idênticas. O processo final de avaliação racional se voltaria, portanto, para o agente responsável pela efetivação dos benefícios buscados, com foco em sua atuação nos períodos pré e pós-consumo.

Caracteriza-se, assim, um terceiro nível de produto, o ‘produto ampliado’, que conglobaria serviços agregados como garantia, instalação, entrega, assistência técnica, entre outros, todos capazes de gerar custos ou benefícios extras que, por sua vez, influenciam a percepção final do benefício central. Este terceiro degrau de análise engloba as características funcionais centrais do produto-núcleo’, as funcionais periféricas e de afetação individual do ‘produto básico’, e, por fim, adiciona à análise os custos e benefícios externos ligados ao processo de aquisição. É possível concluir, portanto, que em um processo absolutamente racional a aquisição de um bem de consumo dependeria da catalogação de todas estas características de todos os produtos disponíveis no mercado global e de sua contraposição às expectativas individuais de cada consumidor, de forma a possibilitar uma escolha ótima³⁹.

³⁹ Partindo-se dessa análise global e trifásica, conclui-se que até bens abundantes e comoditizados podem ser diferenciados. Sobre o tema, é interessante citar o artigo de Sam I. Hill, Jack McGrath e Sandeep Dayal (*How to brand sand. Strategy et business*. Segundo trimestre de 1998. Disponível em: <https://www.strategy-business.com/article/16333?gko=7a2df>. Acesso em 22.12.2018). no qual os autores abordam estratégias de marketing de produtos comoditizados e indicam que, normalmente, a diferenciação destes produtos – e a consequente possibilidade de se obter preços *premium* – se dará muito mais na forma com que são embalados, entregues ou usados do que a partir de suas características e qualidades. Ou seja, reconhecem a relevância da análise do produto ampliado nas decisões de compra e estimulam o uso desses parâmetros como forma de diferenciação no mercado.

No entanto, há de se considerar que a racionalidade dos agentes econômicos inseridos no mercado é limitada e, conseqüentemente, os atos de consumo também não seguirão necessariamente todos os passos citados. Em grande medida, a pretensa racionalidade do consumidor é limitada pela insuficiência de informações ou pela incapacidade deste de processá-las adequadamente⁴⁰. Salvo raríssimas exceções, a avaliação de todas as alternativas existentes para a satisfação de uma determinada necessidade é inviável ou inconveniente, dados os custos que tal providência geraria. Some-se a isso o fato de que nem sempre existe capacidade técnica para a avaliação correta das características e dos benefícios envolvidos, ainda que tais informações estejam disponíveis.

A marca surge, assim, como um elemento centralizador de informações relevantes. Representa, de forma objetiva, uma realidade percebida. É importante dar um passo atrás e entender, então, como esse processo de construção é operado na mente dos agentes econômicos – em especial na do consumidor. E, na sequência, voltar-se-á a analisar o fenômeno dentro do ambiente de concorrência.

4. Marca, semiótica e representação da realidade

Assim como a linguagem tem como objetivo expressar ideias por meio de fonemas e letras, as marcas buscam informar qualidades e representar determinadas realidades por meio de símbolos⁴¹. Em ambos os casos, os elementos de representação – sons, letras, palavras, figuras ou outros arranjos sensorialmente perceptíveis – não têm valor intrínseco. Dependem

⁴⁰ “Among the common constraints – which are not themselves the objects of rational calculation – are (1) the set of alternatives open to choice, (2) the relationships that determine the pay-offs (‘satisfactions’, ‘goal attainment’) as a function of the alternative that is chosen, and (3) the preference-orderings among pay-offs.” (SIMON, Herbert A. *A behavioral model of rational choice*. *The Quarterly Journal of Economics*, v. 69. n.1. /1955, pp. 100/101).

⁴¹ “If there is a “language of commodities”, then trademark doctrine is its grammar, and this grammar must be understood not simply in economic, but also in linguistic terms.” (BEEBE, Barton. *The semiotic analysis of trademark law*. *UCLA Law Review*, v. 51. n. 3. fev./2004. p. 624). “It is, in essence, an extension of structural linguistics to all aspects of experience”. (op. cit., p. 630). No mesmo sentido, Naomi Klein indica que “as logomarcas, por força da onipresença, tornaram-se a coisa mais próxima que temos de uma linguagem internacional, reconhecida e compreendida em muito mais lugares do que o inglês” (KLEIN, Naomi. *Sem logo: a tirania das marcas em um planeta vendido*. Tradução de Ryta Vinagre. Rio de Janeiro: Record, 2009. 7. ed. p. 22).

de sua relação com o ambiente em que se relacionam, onde constroem sua identidade com base na comparação e diferenciação com os demais integrantes⁴². E, em sua estrutura, compõem-se de três elementos principais a seguir expostos, inter-relacionados intimamente em um sistema indivisível e retroalimentado.

A transmissão de informações por meio de símbolos representativos depende, antes de qualquer coisa, de um elemento perceptível aos sentidos que viabilize a sua identificação no espaço, de um *significante* (signo, ícone, símbolo ou índice). No caso da linguagem comum, a função é exercida pelas letras e fonemas, arranjados em múltiplas representações visuais ou sonoras distintas. Já no âmbito das relações de mercado, realidades podem ser representadas por imagens, sons, fragrâncias, ou outros elementos sensoriais. Neste ponto, especialmente quando se fala de marcas, normalmente o aspecto visual se destaca.

A esse significante escolhido deve ser atribuído necessariamente um conteúdo, uma informação, um *significado*. Se o significante é o transmissor, o significado é a mensagem. Se o objetivo do processo é a transmissão de uma determinada ideia ou conjunto de características, estas qualidades deverão ser aderidas ao significante para que sua função de comunicação seja exercida. Assim, com base no exposto, o símbolo ‘globo’ pode ser encarado: (i) como um conjunto de cinco letras e fonemas (significante) voltado à identificação de corpo esférico ou redondo (significado); ou, ainda, (ii) como um referencial nominativo (significante) voltado à identificação de uma empresa nacional responsável por transmissão televisiva com sinal aberto disponível (significado).

A relação entre significante e significado não é, contudo, necessariamente natural. Deriva normalmente de uma convenção arbitrariamente estabelecida e, com o desenvolvimento do sistema em que é inserida, dentro deste a relação passa a ser indissociável, individualizando o conjunto e diferenciando-o dos demais elementos a ele inerentes. No âmbito da linguagem, o aspecto convencional dessa representação fica claro quando se vê que a mesma realidade pode ser representada de várias formas – por exemplo, em vários idiomas. Assim também ocorre no mercado, onde a atribuição de um significado comercial a um determinado símbolo marcário torna um contrassenso: (i) a utilização do mesmo símbolo para identificar atividade ou bem (significado) distinto; e (ii) a utilização de outro símbolo para transmitir o mesmo significado.

⁴² BEEBE, Barton. 2004. pp. 630/632.

O último elemento indicado no sistema triádico de representação semiótica proposto por Charles Sanders Peirce⁴³ é o chamado *objeto* ou *referencial*, componente concreto cuja identificação abstrata se busca. É o elemento ou ideia identificado por uma palavra, o bem de mercado identificado pela marca. Atribuído a este um significante como forma de reconhecimento, informa-se ao potencial receptor da mensagem um significado próprio, um conjunto de características voltado à diferenciação deste bem em relação a outros similares existentes dentro do mesmo sistema. No entanto, embora similar à estrutura linguística, há de se destacar uma peculiaridade inerente e característica do sistema marcário: a retroalimentação do sistema de significação pelo próprio agente interpretante.

O significado de um determinado significante é inicialmente determinado pelo agente responsável pela marca, que busca em um primeiro momento informar características e qualidades voltadas à diferenciação do referencial – produto ou serviço – por ele promovido no mercado, com o objetivo de captar as decisões de compra em um ambiente de escassez de demanda. Com isso, o significado proposto é, ao menos em tese, absoluto no momento imediatamente anterior à primeira aquisição ou avaliação.

A experiência de consumo irá, por outro lado, retroalimentar o significado inicialmente atribuído pelo fornecedor⁴⁴. Considerando-se que a percepção da qualidade do bem não se baseia apenas em características objetivamente atribuídas, mas também do reconhecimento pelo consumidor de sua adequação aos objetivos individuais propostos, existe aí uma margem subjetiva e variável de caracterização do significado. Caso as qualidades indicadas – o significado proposto – sejam capazes de suprir exatamente as necessidades existentes, o objetivo inicial será atingido. No entanto, caso não o sejam, esse descompasso criará uma nova imagem – o significado experimentado – a ser tomado como base pelo consumidor em escolhas futuras.

⁴³ “Um signo, ou representâmen, é um primeiro que se coloca numa relação triádica genuína tal com um segundo, denominado seu objeto, que é capaz de determinar um terceiro, denominado seu interpretante, que assuma a mesma relação triádica com seu objeto na qual ele próprio está em relação com o mesmo objeto” (PEIRCE, Charles Sanders. **Semiótica**. Tradução de José Teixeira Coelho Neto. 4. ed. 2ª reimpressão. São Paulo: Perspectiva, 2015 p. 63). Utilizou-se neste trabalho a essência das ideias de estrutura triádica de Charles Sanders Peirce — e não de Ferdinand de Saussure, que defende uma estrutura diádica — uma vez que é a base de argumentação utilizada por Barton Beebe em suas análises sobre a semiologia das marcas (*The semiotic analysis of trademark law. UCLA Law Review*, 2004, pp. 633/638). Isso não impede, no entanto, que argumentos lógicos utilizados pelo segundo sejam citados como forma de esclarecimento de alguns raciocínios comuns aos autores.

⁴⁴ AAKER, David. A. op. cit. pp. 98/99.

Conclui-se, portanto, que no âmbito da semiologia das marcas o significado de um determinado significante não é determinado exclusivamente pelo seu criador. Apurada a qualidade em um nível pessoal, ao significante se atribuirá não mais o significado proposto, mas o significado experimentado. A marca é, portanto, um sinal agregador de características objetivas e impressões subjetivas cujo significado é construído de bilateral e cíclica: embora admita informações apresentadas pelos fornecedores, depende em última instância do processamento e da experiência dos consumidores para que se consolide de forma relevante enquanto fator persuasivo na concorrência⁴⁵. Caso se constate um descompasso entre a promessa feita e a experiência efetiva, a marca perde valor. Por outro lado, a adequação às expectativas – ou ainda, a superação destas – a reforça.

Em assim sendo, é interessante analisar o conjunto de expectativas objetivamente observáveis e capazes de influenciar o processo de avaliação da marca com base nas experiências de consumo. Se o consumidor a avalia com base no significado construído, entender os elementos utilizados nessa elaboração será útil pra que se compreenda a influência da marca nas relações de mercado e as consequências econômicas de sua utilização.

5. Marca, competição e diferenciação

Tornemos à analogia entre a linguagem e o ambiente marcário. Uma letra ou um fonema só existem em sua relação com os demais e com o sistema que os estabelece⁴⁶. Utilizados individualmente ou em conjunto, dentro de um determinado ambiente esses símbolos são capazes de formar palavras que, por sua vez, servem à representação de ideias e realidades. Fora de contexto, são meros arranjos aleatórios de linhas ou sons.

⁴⁵ Neste sentido, Barton Beebe a indica como ‘a mais intelectual das propriedades intelectuais’, pois só existe na cabeça dos consumidores. (BEEBE, Barton. *Search and persuasion in trademark law*. **Michigan Law Review**, v. 103, ago/2005. p. 2021)

⁴⁶ Citando Saussure, Barton Beebe indica que: “*a language is a system of interdependent elements in which the value of any one element depends on the simultaneous coexistence of all the others*”. (SAUSSURE, Ferdinand de. *Course in general linguistics*, 1916. Editado por Charles Bally e Albert Sechehaye, Traduzido por Roy Harris. La Salle: Open Court, 1983 *apud* BEEBE, Barton. *The semiotic analysis of trademark law*. **UCLA Law Review**, 2004, pp. 640)

O mesmo raciocínio básico pode ser transportado para a simbologia ligada às marcas em um ambiente de mercado. No entanto, especificamente quanto à sua capacidade de representação, há de se considerar um diferencial do sistema em que estão inseridas: a competição. Enquanto o processo de significação da linguagem tradicional tem como papel primordial a identificação de realidades e significados, a simbologia marcária também está intimamente ligada à função de diferenciação.

Metaforicamente falando, dentro de um ambiente de mercado os elementos envolvidos não são simples peças de identificação em um quebra-cabeça, cada qual com um espaço individual garantido no sistema em razão de suas características singulares. Como em um jogo de xadrez, as peças estão em constante movimento, digladiando-se entre si pelo espaço disponível – neste caso, as preferências dos consumidores. Cada elemento possui qualidades únicas, capazes de suprir determinadas necessidades. Alguns possuem características funcionais iguais, mas as diferenças em seu posicionamento os tornam únicos. E, a depender da capacidade de observação dos interessados e da movimentação das peças, um jogador teoricamente menos qualificado pode conquistar o tabuleiro.

Em outras palavras, uma marca é considerada forte não apenas por comunicar adequadamente as características de determinado bem, mas por torná-lo mais atraente do que as alternativas existentes. Para além da simples identificação, objetiva exercer também função persuasiva. Conseqüentemente, o cultivo e a manutenção das qualidades simbólicas a serem atribuídas a uma determinada marca se torna ainda mais relevante em um ambiente em que existam outras a competir pelo mesmo espaço, dado que o processo de significação de mercado não é absoluto, mas relativo⁴⁷.

Destaca-se, contudo, que esse processo é viável apenas quando se considera a já mencionada racionalidade limitada dos consumidores. Salvo raríssimas exceções como mercados concentrados ou demandas muito específicas, é inviável a análise individualizada de todas as características de todos os bens disponíveis para a satisfação de uma determinada necessidade. Em assim sendo, a marca busca concentrar a comunicação de algumas qualidades específicas tidas como relevantes, que serão expostas a seguir.

⁴⁷ BEEBE, 2004. pp. 674-675

5.1. Identificação absoluta

Alguns trabalhos indicam a existência de marcas rudimentares desde a época antiga, como forma de identificar a origem de jarras, cestas e outras mercadorias transportadas por comerciantes e vendidas fora de suas praças⁴⁸. Outros, por sua vez, mencionam a marcação de animais com fogo como uma prática pré-histórica⁴⁹. Tratava-se, contudo, de uma identificação absoluta, de caráter organizacional e voltada à identificação de fraudes. No entanto, com o evoluir das práticas comerciais esses símbolos também passaram a ser utilizados como forma de identificação e diferenciação na concorrência, posto que eram úteis como sinais de qualidade relativa e elementos de comparação⁵⁰.

Fica claro, por outro lado, que historicamente esse processo de identificação de origem como forma de diferenciação remonta à já mencionada limitação de informação disponível ao consumidor durante seu processo de escolha. Desde então, em sua essência semiológica a marca sempre serviu como vetor de comunicação entre fornecedores e consumidores. Por outro lado, em seu aspecto econômico, está intimamente ligada à criação de expectativas e ao sopesamento de custos e riscos.

⁴⁸ MOORE, Karl; REID, Susan. *The birth of brand: 4000 years of branding history*. **Business History**, v. 50, n. 4, 2008, pp. 419–432. 2008. Disponível em https://mpra.ub.uni-muenchen.de/10169/1/Birth_of_Brand. Acesso em 22.12.2018.

⁴⁹ DIAMOND, Sidney A. *The historical development of trademarks*. **Trademark Reporter**, v. 73, n. 3, jul/ago 1983, pp. 222/247. O autor indica até que o nome em inglês ‘brand’ seria derivado de palavra anglo-saxônica que quer dizer ‘queimar’. Pode-se interpretar, no mesmo sentido, que a tradução como ‘marca’ para o português também tenha sido derivada do ato de marcar.

⁵⁰ “By the beginning of the twentieth century trademarks were understood not to be useful in identifying the source, but rather as identifying a quality standard.” Presently the trademark typically identifies the product (the full combination of features that constitute the product), and its role of identifying the source is secondary in the minds of consumers. The consumer of NABISCO WHEAT THINS knows and cares little about source (manufacturer). Rather the consumer identifies the trademark with the features of the commodity, including crispness, sweetness or lack thereof, color, and the like. The trademark identifies both quality and variety features of the product, i.e., both features like freshness, more of which is desirable by all, and features like sweetness, over which consumers have varying preferences, some preferring little of it, and some desiring lots of it. Thus, although trademarks and trade names typically identify quality standards, often trademarks identify the full features of the product. Moreover, the existence of trademarks allows firms to differentiate products in their unobservable features and to efficiently convey these differences to consumers. The tendency of firms to produce products that are not identical is natural in an environment where firms strive to maximize profits. The existence of trademarks allows this tendency to manifest itself with respect to unobservable characteristics of the products. The consumer is thus afforded a wider quality/variety spectrum”. (ECONOMIDES, Nicholas. *The economics of trademarks*. **Trademark Reporter**, v. 78, jul/ago 1988, p. 527)

Sobre este ponto, retorna-se à análise feita no terceiro tópico deste capítulo. O processo de consumo visa essencialmente à satisfação de necessidades. E, a partir do momento em que essas estas são satisfeitas por determinada escolha, os incentivos para a repetição do processo são reduzidos drasticamente, pois ao consumidor não é interessante incorrer em custos de informação de forma repetida. A tendência se torna, assim, a manutenção de um padrão de compra, desde que o padrão de qualidade também se mantenha⁵¹. Esta manutenção de um padrão de qualidade implica, por sua vez, em uma vantagem competitiva, sendo importante elemento na manutenção do público já cativado. Caracteriza o chamado *goodwill (of a trade)*, que, em tradução livre, seria a boa vontade dos consumidores para com determinado negócio. É parte integrante do aviamento, capacidade que determinada organização de fatores de produção tem de produzir lucro.

Tomando-se por base estas premissas de caráter econômico, o processo de criação do significado proposto da marca – ou seja, aquele promovido por seu titular – acaba sendo trifásico e circular. Primeiramente, busca-se identificar a origem do objeto das decisões de compra, atribuindo-se a este o *goodwill* já existente e inerente às relações praticadas por uma determinada empresa. Na sequência, por meio da publicidade, agrega-se também a capacidade de suprir determinadas necessidades de consumo, diferenciando-o dos seus concorrentes nos diferentes níveis de produto. E, por fim, em uma soma dos dois pontos anteriores, promove-se a capacidade de exercer tais qualidades de forma consistente, de forma a retroalimentar o *goodwill* anteriormente promovido, em um círculo virtuoso⁵².

Por outro lado, considerando-se a já mencionada inviabilidade de gradação específica de funcionalidades de todos os bens disponíveis a cada processo de compra, pode ser suficiente escolher aquele ‘apenas adequado’ como forma de redução de custos de busca e de risco⁵³. E, especificamente neste ponto, a vinculação da marca a um bem reduz potencialmente o risco de desconformidade na medida em que se espera que uma nova experiência com o mesmo agente trará o mesmo resultado minimamente satisfatório.

⁵¹ STIGLER, op. cit. p. 218.

⁵² LANDES, William M; POSNER, Richard A. *Trademark law: an economic perspective*. *Journal of Law and Economics*. v. 30, n. 2, out./1987, p. 270. Por outro lado, como já dito, eventual descompasso entre os benefícios alardeados e os percebidos pelos consumidores no período pós-compra podem afetar a construção do significado. No círculo de formação anteriormente mencionado, a percepção do consumidor é considerada no terceiro passo, influenciando o *goodwill* a ser reintrojeto no sistema. E, neste ponto, pode influenciá-lo negativamente tanto pela indicação de ausência de qualidade ou meramente pela ausência de consistência.

⁵³ Ibid, p. 269.

A marca se torna, assim, garantia de autenticidade e promessa confiável de desempenho⁵⁴. Durante este processo, seu significado pode se tornar tão forte que será desnecessário promover a sua capacidade de suprir determinadas necessidades de consumo, em especial as características não-funcionais. É o que se trabalha na teoria da fonte anônima (*anonymous source*) ao se defender que a partir de um determinado momento de seu desenvolvimento a marca não se liga especificamente a uma gênese subjetiva específica, mas a um padrão de qualidade. Valoriza-se o método, a consistência, e não mais o agente.

Sobre o tema, para melhor contextualizar os argumentos é interessante destacar um trecho do trabalho do principal autor desta teoria, Frank Schechter:

Descartando-se então a ideia de que uma marca ou nome empresarial informa o consumidor acerca da fonte real ou da origem dos bens, o que ela indica e com qual resultado? Indica não que o artigo em questão vem de uma fonte definida ou particular, as características do bem ou as personalidades conectadas com ele e que são de conhecimento específico do consumidor, mas apenas que os bens a ela ligados emanam da mesma – possivelmente anônima – fonte ou chegou aos consumidores por meio dos mesmos canais que outros bens que já satisfizeram os interesses do consumidor e que carregavam a mesma marca. (tradução nossa⁵⁵)

Com a evolução da prática mercantil e o transporte das mercadorias a distâncias cada vez maiores, a análise da fonte produtora passa então a uma posição secundária, até em razão da dificuldade de sua identificação. Importa, a partir deste novo paradigma organizacional, o conjunto de qualidades⁵⁶. E, a partir de então, o significado da marca passa a se desenvolver não mais com base nas características de seu titular, mas em suas relações no mercado⁵⁷.

⁵⁴ BATEY, op. cit. p. 26.

⁵⁵ *Discarding then the idea that a trademark or trade name informs the consumer as to the actual source or origin of goods, what does it indicate and with what result? It indicates, not that the article in question comes from a definite or particular source, the characteristics of which or the personalities connected with which are specifically known to the consumer, but merely that the goods in connection with which it is used emanate from the same – possibly anonymous – source or have reached the consumer through the same channels as certain other goods that have already given the consumer satisfaction, and that bore the same trademark.* (SCHECHTER, Frank I. *The rational basis of trademark protection*. **Harvard Law Review**, v. 40, n. 6. 1927. p. 336)

⁵⁶ ECONOMIDES, op. cit., p. 527

⁵⁷ *Even if consumers cannot identify precisely to what factory or company a trademark refers, still, consumers will assume that a specific instance of a trademark is referring to the same source as are other instances of the trademark. This “anonymous source” will receive trademark protection. The tendency of consumers to construct an anonymous source, a model, from which is produced specific instances of a commodity, is not limited to conventional word or image marks, however. In the case of mass-produced commodities, consumers will also construct such a source for product features.* (BEEBE, 2004. p. 663)

Dentro deste processo evolutivo a marca se torna por conta própria a origem do aviamento – e, conseqüentemente, do poder de mercado que dele decorre – e, com, isso, passa a ter valor autônomo e independente, possivelmente superior ao da empresa que a originou e dos bens aos quais adere. Empresas multimarcas como *Unilever*, *Procter&Gamble*, *Nestlè* e *Anheuser Busch InBev* são o perfeito retrato desta situação. Todas são titulares de várias marcas concorrentes entre si dentro de uma mesma categoria de produto⁵⁸. Tal fato somente se justifica na medida em que, embora pertencentes a uma mesma empresa, representam não mais a sua origem real, mas padrões de qualidade e conjuntos de características distintos.

Dentro deste mesmo exemplo é possível destacar que, ainda que algumas tenham sido desenvolvidas internamente, muitas das marcas que compõem os portfólios das empresas supracitadas foram adquiridas de terceiros em razão do *goodwill* por elas desenvolvido e a elas vinculado de forma autônoma. Fica ainda mais claro, portanto, que a identificação de origem se torna fictícia. É, na realidade, uma pseudo-origem, emulada em razão da manutenção do padrão de qualidade anteriormente promovido pela titular originária. No entanto, ainda assim continua sendo elemento relevante de identificação de qualidades.

5.2. Identificação relativa

Por outro lado, nos tópicos anteriores também foi demonstrado que, em um universo de produtos comoditizados, a competição se dá essencialmente no nível de benefícios do significado, no qual os empresários concorrentes tentam demonstrar uma maior adequação de seus produtos e serviços às expectativas, necessidades e capacidades financeiras de seus consumidores em potencial.

⁵⁸ Por exemplo, as marcas “Surf”, “Omo”, “Brilhante” e “Ala”, todas da Unilever competem no ramo de sabão em pó, “Fofo” e “Comfort” no de amaciantes, “Axe”, “Dove” e “Rexona” no de desodorantes, entre outros. (<https://www.unilever.com.br/brands/>. Acesso em 22.12.2018). Na P&G a situação é a mesma, com “Mach3”, “Prestobarba” e “Fusion” sendo três submarcas vinculadas à “Gillette”, também de sua propriedade, que competem entre si (http://www.pg.com/pt_BR/marcas_inovacao/todas_marcas/index.shtml. Acesso em 22.12.2018). Da AB InBev citam-se as marcas, “Brahma”, “Budweiser” e “Corona”, dentre muitas outras, como caso clássico de concorrentes diretas no mercado nacional (<http://www.ab-inbev.com/our-brands.html>. Acesso em 07.04.2017), enquanto da Nestlè é possível citar a concorrência entre “Perrier”, “S.Pellegrino”, “e “Acqua Panna” no ramo de água mineral engarrafada, e “Bono”, “Negresco” e “Nesfit” no de biscoitos (<https://www.nestle.com.br/site/marcas.aspx>. Acesso em 22.12.2018)

Foi demonstrado, da mesma forma, que em se considerando o ambiente de concorrência imperfeita essa adequação é relacional e comparativa. À medida que determinado símbolo (significante) consegue evocar maiores benefícios ou sua escolha é menos custosa do que a busca por alternativas, maior o seu magnetismo comercial, o seu poder de atração das escolhas dos consumidores⁵⁹.

Há de se destacar, neste ponto, que para além das características funcionais, a percepção de outros benefícios se dá em ligação direta com o destaque obtido por determinada marca e a sua comparação com as vantagens oferecidas pelas concorrentes. O objetivo é que, ao final, o consumidor relacione diretamente a marca com o suprimento de determinadas necessidades, de forma a garantir a sua escolha mesmo na existência de alternativas razoáveis. Para tanto, a marca funciona como vetor de comunicação de determinadas qualidades que, para fins didáticos, podem ser classificadas tanto em externas (consolidadas) quanto em internas (intrínsecas). A prevalência de cada um dos modelos durante o processo de comparação dependerá do mercado em que estão inseridas e das características dos consumidores analisados.

5.2.1 Qualidades consolidadas ou externas

Conforme já exposto no subtópico 3.1, a marca exerce a função de concentração de qualidades do bem oferecido. Serve como atalho, como símbolo congregador de atributos funcionais e econômicos, de qualidades objetivamente verificáveis e subjetivamente percebidas, além de permitir uma melhor identificação do objeto do negócio em potencial. Por serem vinculadas ao bem de consumo ou ao processo, são consideradas externas à marca, que serve apenas como vetor de comunicação. Da mesma forma, foi demonstrado brevemente no subtópico 5.1 que a simples consistência no oferecimento destas qualidades pode ser suficiente ao estímulo do consumo. A redução de custos promovida pela marca – seja de informação, seja de risco de inadequação na relação com as alternativas disponíveis – pode ser benefício suficiente à captação do consumidor.

⁵⁹ BEEBE, 2004. p. 682

Sobre os custos de informação incorridos pelos consumidores na busca por bens de consumo, George J. Stigler⁶⁰ e George A. Akerlof⁶¹ já indicavam que a utilização de publicidade direcionada, a intermediação por meio de agentes especializados e a manutenção da estabilidade de preços ao longo do tempo e do espaço seriam formas de reduzir a dispersão das informações sobre preços – e, eventualmente, sobre qualidade – que, ao final, seriam capazes de reduzir o esforço de busca entre alternativas. O último, por sua vez, complementa a ideia indicando que a busca de informações sobre qualidade também gera custos, e que a utilização de marcas pode servir não só como fonte de informações de qualidades como geraria uma forma de retaliação em caso de descumprimento de expectativas⁶².

Partindo destes mesmos princípios, Tulin Erdem e Joffre Swait propõem uma teoria do valor da marca baseada na economia da informação. Por meio de estudos empíricos, indicam os autores que a marca enquanto sinal distintivo se aproveita da existência de informações assimétricas e imperfeitas⁶³ no mercado para gerar credibilidade e, com isso, reduzir custos incidentes sobre o processo de aquisição de determinados bens⁶⁴. Reconhecem inicialmente a existência de duas fontes principais de informação utilizadas pelos consumidores em seu processo de escolha: a publicidade (fonte externa) e a experimentação (fonte interna). A primeira serviria como forma de sinalizar tanto atributos específicos dos bens quanto o grau de compromisso do agente responsável pela marca com os mesmos. A segunda, por sua vez, seria uma forma de analisar as qualidades do bem por conta própria, o que permitiria a construção de uma opinião pessoal e individualizada acerca de seus benefícios.

⁶⁰ STIGLER, op. cit. passim.

⁶¹ “Chains – such as hotel chains or restaurant chains – are similar to brand names. One observation consistent with our approach is the chain restaurant. These restaurants, at least in the United States, most often appear on interurban highways. The customers are seldom local. The reason is that these well-known chains offer a better hamburger than the average local restaurant; at the same time, the local customer who knows his area, can usually choose a place he prefers” (AKERLOF, op. cit, p. 500)

⁶² “A second example of an institution which counteracts the effects of quality uncertainty is the brand-name good. Brand names not only indicate quality but also give the consumer a means of retaliation if the quality does not meet expectations. For the consumer will then retail future purchases. Often too, new products are associated with old brand names. This ensures the prospective consumer of the quality of the product” (Ibid., pp. 499-500).

⁶³ Por informações assimétricas entende-se o fato de as empresas conhecerem seus produtos melhor que os consumidores, e por informações imperfeitas se traduz a incapacidade de os consumidores avaliarem imediatamente a qualidade de determinados bens cuja experimentação é necessária ou cujos benefícios são de difícil mensuração.

⁶⁴ ERDEM, Tulin; SWAIT, Joffre. *Brand equity as a signaling phenomenon*. *Journal of Consumer Psychology*, v. 7, n. 2, 1998, pp 131-157.

Especificamente quanto aos benefícios da publicidade, indicam os mesmos autores que a sinalização de atributos específicos dos bens – por exemplo, que os pacotes de viagem da *Suntrips* são baratos – seria uma informação explicitamente transmitida pelo fornecedor. Por outro lado, o grau de compromisso do agente responsável para com seus bens seria uma informação implícita preliminarmente construída pelo consumidor com base em dados ligados ao processo de *marketing* e vendas. Neste sentido, a existência de publicidade cara ou constante indicaria altos custos, o que por sua vez sinalizaria implicitamente veracidade das propostas explícitas na medida em que não se imagina a realização desses custos com algo inverídico, uma vez que isso seria perda de dinheiro. Da mesma forma, o alto preço de um produto também sinalizaria um possível alto custo de produção ou uma grande demanda pelo bem, o que também indicaria implicitamente alta qualidade.

Estabelecidas as bases informacionais para a análise de utilidade a ser realizada pelo consumidor, estas afetariam tanto a clareza da proposta quanto a credibilidade da marca no mercado. A clareza seria a ausência de ambiguidade e a consistência na informação passada pela marca em suas atividades atuais e passadas, bem como em atividades associadas⁶⁵. Por exemplo, a utilização de uma mesma proposta de publicidade por longo período ou a baixa variação nos atributos de um bem seriam informações que, representadas na publicidade e efetivamente experimentadas de forma consistente, levariam à indicação de qualidade. Por outro lado, a credibilidade seria a capacidade de indicar que a proposta feita é verdadeira, de convencer os consumidores que as promessas feitas por meio da publicidade serão cumpridas. Seria, em resumo, uma soma entre a percepção de fidedignidade da promessa feita e a capacidade técnica de prover os benefícios propostos⁶⁶.

Clareza e credibilidade seriam, assim, dois elementos que, em um ambiente de informações imperfeitas e assimétricas, implicariam na redução da incerteza a que está submetido o consumidor. Se as promessas feitas pelo fornecedor são percebidas como críveis, reduz-se o risco percebido do ato de consumo; se não o são, os investimentos realizados podem ser perdidos na medida em que o consumidor estará propenso a avaliar alternativas⁶⁷.

⁶⁵ ERDEM; SWAIT, 1998, p. 137.

⁶⁶ ERDEM, Tülin; SWAIT, Joffre. *The information-economics perspective on brand equity. Foundations and trends in marketing*, v. 10, n 1, 2016, p. 10.

⁶⁷ ERDEM; SWAIT. 2016. p. 10.

Considerando-se todo o exposto, conclui-se que a busca de informações de consumo e a experimentação geram custos financeiros e psicológicos. Estes podem, contudo, ser reduzidos na medida em que a credibilidade consolidada pelas marcas seja capaz de gerar confiança na adequação do resultado esperado – e, com isso, evitar a repetição do processo de avaliação. Uma marca bem trabalhada seria capaz de aumentar a utilidade esperada de um bem e criar valor para os consumidores em razão de três consequências principais de seu processo de sinalização: (i) seria capaz de aumentar a qualidade percebida de um bem em situações em que há dificuldades em se definir os exatos benefícios possíveis, especialmente em se considerando que a escolha depende de um processo de comparação entre alternativas viáveis; (ii) seria capaz de reduzir custos de busca, na medida em que a credibilidade gerada favorece a repetição de compra; e, por último, (iii) seria capaz de reduzir o risco de desconformidade do resultado do ato de consumo, dada a promessa de consistência.

Em outras palavras, a marca pode exercer três principais funções econômicas: aumentar a qualidade percebida, reduzir os custos de informação e reduzir o risco de desconformidade. Inicialmente, tais atributos serão mais ou menos valorados a depender da espécie de bem analisado e de suas características. Há de se considerar, contudo, que o processo de consumo não é estático, nem se esgota em um só ato. Trata-se de algo dinâmico, continuado, que se estende por toda a vida de um indivíduo. Embora algumas necessidades sejam esporádicas e individualizadas – por exemplo, a necessidade de se furar a parede para prender um quadro – muitas outras são recorrentes e demandam um constante fluxo de operações para a sua satisfação. E, em assim sendo, é interessante dividir os bens de consumo em duas categorias: bens de experiência (*experience goods*) e bens de procura (*search goods*).

Os bens de experiência seriam aqueles cotidianos e repetidamente adquiridos, normalmente a baixo custo e sem um processo prévio de busca ativa pela descrição de suas qualidades, seja pelo alto custo da busca de informações em comparação com o preço a ser pago, seja pela inviabilidade de sua obtenção por intermédio de terceiros. Um exemplo clássico citado por Nicholas Economides é o de uma garrafa de refrigerante, bem de baixo valor agregado em que o gosto somente poderá ser avaliado pelos próprios consumidores, embora as informações nutricionais possam ser de fácil acesso em razão da legislação⁶⁸.

⁶⁸ ECONOMIDES, op. cit. pp. 527-530

No processo de avaliação e consumo desta espécie de bens, a experimentação cria informações relevantes. Um bem prospectado que, após utilizado, é considerado inapto à satisfação das necessidades, não será novamente adquirido. Por outro lado, a adequação de um determinado bem incentiva a repetição de compra, e nesta última hipótese o consumidor já estará em uma posição mais confortável uma vez que não terá que empregar sua energia e seu tempo na análise de produtos disponíveis. Em sendo possível identificar a fonte do bem tido como adequado e em se constatando que esta fonte o fabrica ou disponibiliza com certa constância, presumir-se-á que todos possuem o mesmo grau de qualidade, pois provavelmente passam pelo mesmo processo de produção.

Assim, em um processo cíclico e constantemente retroalimentado, a experimentação gera informações que serão também vinculadas à marca. A manutenção da qualidade esperada a torna mais valiosa e, conseqüentemente, estimula a repetição de compra, uma vez que reduz os custos já apontados. Por outro lado, uma alteração da qualidade esperada distorce a informação inicial e a desvaloriza, uma vez que o consumidor não mais recebe os benefícios psicológicos de redução do risco de desconformidade e, a depender do grau de inadequação, pode optar por avaliar alternativas, aumentando também os custos físicos e de tempo que haviam sido inicialmente extintos.

Por outro lado, os bens de procura seriam mais complexos, consumidos apenas eventualmente e de custo mais elevado. Economides cita como exemplos as máquinas de lavar, geladeiras, televisões, entre outros eletrodomésticos⁶⁹. Nestes casos, não há uma repetição constante de compra e a experimentação não necessariamente poderá servir como parâmetro, de modo que existem incentivos para a busca ativa prévia de informações acerca das qualidades dos bens. Nestes casos, embora as marcas possam servir como fonte de agregação de informações elaboradas pelos próprios consumidores – por exemplo, no caso de já se ter utilizado um produto vinculado à mesma marca – estas passam a funcionar eminentemente como centralizadoras de informações de terceiros. E, neste ponto, serão relevantes as informações passadas pelos próprios fornecedores por meio da publicidade e de seus atos em geral, bem como as indicações de outros consumidores baseadas em sua percepção ou experimentação prévias.

⁶⁹ ECONOMIDES, op. cit. pp. 530-531.

Perceba-se, contudo, que em ambos os processos de compra é necessário que o consumidor sopesse os custos da obtenção de informações e os benefícios potenciais a serem obtidos. No caso dos bens experienciais, embora a experimentação individualmente considerada gere poucos custos, a repetição constante do consumo pode torná-los expressivos no longo prazo. Por outro lado, nos bens de procura esses custos já se manifestam de forma relevante no momento prévio ao consumo, vez que a aquisição de produto inadequado à satisfação das necessidades – e, conseqüentemente, a necessidade de nova busca e aquisição – poderá gerar um prejuízo ainda maior. De qualquer maneira, a sinalização efetuada pela marca serve como elemento redutor de custos e riscos.

Ainda neste mesmo sentido, Erdem e Swait concluem também em outro trabalho conjunto que, independentemente da espécie de produto envolvido, a análise da credibilidade possui dois momentos distintos nos quais diferentes atributos são avaliados com mais ênfase⁷⁰. No momento da consideração, em que um certo subgrupo de marcas é preliminarmente selecionado como de escolha viável, a credibilidade afeta o processo de forma mais intensiva na análise dos riscos percebidos. Por sua vez, no momento da escolha final a ser realizada dentro deste subgrupo a credibilidade passa a mediar com mais força a análise das qualidades percebidas.

Por todo o exposto, ficam claras várias razões racionais e empiricamente comprovadas pelas quais se atribui valor econômico autônomo a um símbolo marcário. A simples capacidade de organização e transmissão de informações é suficiente para torná-lo economicamente relevante por si só. Adquire, assim, uma primeira característica própria, interna, inerente ao seu processo de significação e à redução de custos de busca.

No entanto, é possível citar também outras qualidades internas vinculadas ao desenvolvimento de uma imagem de marca forte. Nestes casos, o processo é inverso: a marca cria a qualidade a ser percebida e a adere ao bem de mercado. Torna-o mais valioso e, por consequência, aumenta o próprio valor, dentro do já mencionado processo de retroalimentação do *goodwill* simbolicamente consolidado.

⁷⁰ ERDEM, Tülin; SWAIT, Joffre. *Brand credibility, brand consideration, and choice*. *Journal of Consumer Research*, v. 31, 2004. pp. 191–198.

5.2.2 Qualidades intrínsecas ou internas

Se em um primeiro momento a marca se consolida no mercado como forma de identificação de origem, promove redução de custos a todos os envolvidos e, com isso, retroalimenta o processo ao estimular o desenvolvimento de novas marcas; em um segundo momento essa presença maciça ultrapassa os limites da racionalidade econômica pura e passa a se basear também em uma relação mais íntima com os desejos dos consumidores. Essa mudança de paradigma surge principalmente a partir da metade do século XX, momento em que a estandardização da qualidade dos produtos disponíveis no mercado inspira os empresários a encontrarem novas formas de se diferenciarem de seus competidores⁷¹.

Especialmente em momentos de crise, ao empresário não é suficiente apoiar-se apenas em qualidades externas e objetivamente identificáveis como origem – ainda que ficta – e consistência. Nestes momentos, o orçamento reduzido do consumidor tende a fazer com que este baseie suas escolhas de consumo no preço, especialmente quando não existem grandes diferenças funcionais entre os produtos oferecidos pelos competidores. Ainda que tal prática demande custos de procura, estes não são necessariamente traduzidos em um dispêndio direto de capital, de modo que passa a ser melhor gastar tempo procurando alternativas mais baratas do que gastar dinheiro para não ter que procurar.

É o que ocorreu, por exemplo, na data que ficou para a história como a ‘sexta-feira de Marlboro’ (*Marlboro Friday*). Em 02 de abril de 1993 a *Philip Morris* anunciou que iria reduzir em vinte por cento o preço dos cigarros vinculados à marca em questão para permanecer competindo com marcas menores e locais que vinham se proliferando no ambiente de crise do início dos anos 90. Tal fato levou logo em seguida a uma queda acentuada no valor de suas ações e, à época, tal atitude foi encarada como a morte das marcas, dado que se um dos símbolos de uma geração já não mais era capaz de viabilizar a manutenção de fatia de mercado, tal objetivo definitivamente também não seria possível às demais que também vinham passando pelos mesmos problemas⁷².

⁷¹ ARONS, Mark de Swaan. *How brands were born: a brief history of modern marketing*. *The Atlantic*. 03.out.2011. Disponível em: <https://www.theatlantic.com/business/archive/2011/10/how-brands-were-born-a-brief-history-of-modern-marketing/246012/>. Acesso em 22.12.2018.

⁷² KLEIN, op. cit. pp. 36 e ss.

Percebeu-se em um momento posterior, contudo, que ainda assim algumas empresas conseguiram manter – e até aumentar – suas participações de mercado nesse momento de crise. Marcas como *Nike*, *Apple*, *Calvin Klein*, *Disney*, *Levi's* e *Starbucks* haviam se aproveitado da capacidade de comunicação da marca para adentrar o espaço cultural⁷³, estabelecendo laços emocionais íntimos com os consumidores e ocupando suas vidas em um nível ainda mais intenso⁷⁴. Houve, assim, uma repaginação e uma revalorização da marca enquanto conceito, o que trouxe a este símbolo nuances próprias capazes de agregar valores ao seu significado econômico-racional já estabelecido.

Neste sentido, estudos demonstram que necessidades individualizadas de identidade, sociais e pessoais – ou seja, necessidades de estrato superior na hierarquia de necessidades de Maslow⁷⁵ – podem ser supridas também por meio do consumo, em um processo de transferência de significado cultural do mundo para o produto e deste para o consumidor por meio de rituais de troca, posse, entre outros⁷⁶. Satisfeitas as necessidades materiais básicas, aspectos culturais e simbólicos começam a se impor como forma de diferenciação e, com isso, propõe-se a obtenção de diversos novos benefícios por meio do consumo, consolidando-se este cada vez mais como vetor central da vida em sociedade⁷⁷. Objetos passam a representar e expressar estilos de vida, anseios e aspirações, de modo a posicionar o indivíduo na sociedade e/ou mediar sua relação consigo mesmo, com o seu eu interior⁷⁸. Um carro, por exemplo, passa a não ser apenas uma máquina voltada para o transporte, diferenciável por características funcionais como design, tamanho, cor, consumo de gasolina e potência. Representa também *status*, condição financeira, aspirações, consciência ecológica, dentre outras características não funcionais atribuíveis não ao bem, mas ao seu possuidor⁷⁹.

⁷³ KLEIN, op. cit. pp. 37 e ss.

⁷⁴ MCCRACKEN, Grant. *Culture and consumption: a theoretical account of the structure and movement of the cultural meaning of consumer goods*. *Journal of Consumer Research*, v. 13, n. 1, 1986, pp. 71-84.

⁷⁵ O autor divide as necessidades principais de um indivíduo em fisiológicas, segurança, sociais, de autoestima e de autorrealização, indicando que, em regra, a satisfação de cada um dos graus depende da satisfação do grau imediatamente antecedente. (MASLOW, Abraham. *A theory of human motivation*. *Psychological Review*, v. 50, n. 4, jul./1943, pp. 370-396).

⁷⁶ MCCRACKEN, op. cit. passim.

⁷⁷ BATEY, op. cit. p. 40.

⁷⁸ KLEIN, op. cit. pp. 45 e ss. No mesmo sentido: BATEY, op. cit. pp. 189-206.

⁷⁹ Cf. LEVITT, op. cit. passim; BELK, Russell. *Possessions and the extended self*. *The Journal of Consumer Research*, v. 15, n. 2, set./1988, pp. 139-168; MCCRACKEN, Grant. **Cultura e consumo**: novas abordagens ao caráter simbólico dos bens e das atividades de consumo. Tradução de Fernanda Eugenio. Rio de Janeiro:

As marcas seriam, por sua vez, o símbolo autorreferente ou o bem cultural pós-moderno essencial, servindo como fonte dos investimentos culturais e inscrições sociais do capital e provendo recursos culturais importantes para a articulação de identidade e comunidade onde vários indícios culturais tradicionais, étnicos e de classe estão tendendo a desaparecer⁸⁰. Pesquisas mostram que, quando indagados sobre suas preferências acerca de produtos e marcas, em um primeiro momento os consumidores tendem a apontar razões racionais ou ligadas à funcionalidade principal do produto. No entanto, ao serem confrontados com situações mais complexas, escolhas são feitas com base em atitudes e sentimentos nem sempre explícitos, mas que refletem a existência de um segundo nível de valoração, eminentemente ligado às marcas e às suas características simbólicas intrínsecas⁸¹.

Neste sentido, alguns estudos destacam algumas dessas características e qualidades intrínsecas às marcas, ligadas diretamente ao seu caráter simbólico-cultural.

5.2.2.1. *Brand relationship* e o conteúdo afetivo

O primeiro a ser analisado é o estudo realizado por Susan Fournier, voltado à representação de uma teoria do relacionamento entre consumidor e marca⁸². De acordo com a autora em questão, ultrapassa-se uma ideia antes enraizada de ‘lealdade de marca’ para que se reconheça a existência de um ‘relacionamento de marca’, em que esta é vista pelo consumidor como uma parceira em seus objetivos de vida. Identifica-se, nestes casos, uma interdependência e uma dinâmica entre os atos do consumidor e as informações absorvidas da marca, sejam elas propostas pelo fornecedor por ela responsável ou simplesmente aferidas e criadas pelo próprio consumidor.

Mauad, 2003; MALHOTRA. Naresh. *Self concept and product choice: an integrated perspective*. *Journal of Economic Psychology*. v. 9, 1988, pp. 1-28.

⁸⁰ COOMBE, Rosemary. *The cultural life of intellectual properties: authorship, appropriation, and the law*. Duke University Press, 1998. pp. 55-57.

⁸¹ GARDNER, Burleigh; LEVY, Sidney. *The product and the brand*. Harvard Business Review, mar./abr. 1955, pp. 33-39.

⁸² FOURNIER, Susan. *Consumers and their brands: developing relationship theory in consumer research*. *Journal of Consumer Research*, v. 24, n. 4 ,mar./1998, pp. 343/373.

Tal proposta segue a ideia já estabelecida de posse como extensão e expressão do ser já estudada por outros pesquisadores no âmbito do comportamento do consumidor, mas transfere o raciocínio não para o bem físico, mas para o símbolo intangível também dotado de valor que é a marca. E, por meio de um estudo de três casos específicos, a autora demonstra diferentes graus de relacionamento entre consumidoras e suas marcas preferidas, apontando a origem desse relacionamento, a motivação para o depósito de expectativas, as consequências sobre a vida destas pessoas, dentre outros pontos que estimulam não apenas a escolha por determinado bem e a existência de um grau relevante lealdade à marca, mas uma propensão mínima a abandoná-la em razão de uma potencial violação de sua própria personalidade⁸³.

É certo que a experimentação prévia estabelece a adequação a um limite mínimo de funcionalidade, de modo que as características consolidadas dos produtos não podem ser totalmente desconsideradas. No entanto, o estudo em questão deixa claro que, em grande medida, as repetições de compra podem passar a ser baseadas no relacionamento existente e em benefícios pessoais reconhecidos pelos consumidores, não necessariamente ligados aos aspectos funcionais dos bens. O cheiro dos diferentes perfumes evoca os personagens, a consistência dos produtos leva à certeza da qualidade do molho e da manutenção do *status* social, a utilização dos equipamentos de corrida representa a independência.

⁸³ O primeiro caso analisado por Susan Fournier é o de Jean, uma garçonete de 59 anos que vive com seu marido. Dentre as relações descobertas pela pesquisadora, destaca-se a descoberta de uma constante necessidade de afirmação e segurança decorrente de uma infância à margem da sociedade e de sua família. Como se considera uma cozinheira e dona de casa de sucesso, Jean tem relações duradouras e firmes com marcas de determinados produtos utilizados para fazer o seu 'famoso molho de tomate' (*Hunt's Sauce*, azeite *Bertolli*, tomates *Pastene*, panela *Revere Ware*), de produtos de limpeza que utiliza em sua casa (*Windex*, *Bounty*, *Spic 'n Span*, sabonete *Zest*) e de eletrodomésticos (*Electrolux*, *Frigidaire*, *Maytag*, *General Electric*, *Krups*). A autora propõe que, nestes casos específicos, a consumidora se apega às referidas marcas por representarem características da pessoa em que ela se tornou. Utilizar aquelas que considera as melhores marcas indicaria que ela 'chegou lá', que obteve sucesso. O 'melhor molho de tomate' da região deve ser feito com os melhores produtos. Os eletrodomésticos e produtos de limpeza de alto preço refletem a necessidade de demonstrar *status* e que não mais seria uma 'porca suja', como os italianos eram pejorativamente chamados por sua sogra. Na sequência, analisa-se o caso de Karen, uma mulher de meia-idade e recém-divorciada, mãe de duas filhas pequenas. Embora não tenha grande lealdade a qualquer marca de produtos do dia a dia, algumas de suas preferências pessoais refletem, de acordo com a autora, a necessidade de esteio, de portos seguros, em um momento de transição e incerteza em sua vida enquanto mãe, mulher e trabalhadora. Opta, por exemplo, por apenas utilizar maquiagens *Mary Kay* e sabonetes *Dove*, identificados como essenciais e indispensáveis à manutenção de sua aparência jovial. Por outro lado, a *Reebok* foi a primeira marca de produtos que utilizou quando, após o divórcio, começou a correr, o que fez com que se lhe fosse atribuída uma simbologia ligada à independência e à autonomia, tornando-se relevante como forma de expressão pessoal. Por fim, analisa-se a história de Vicki, uma estudante de graduação de 23 anos no último ano da faculdade. Neste caso foi identificado que, além de a consumidora em questão possuir diversos relacionamentos estáveis com marcas de vários segmentos, grande parte delas são escolhidas como forma de representação do seu eu-interior. Por exemplo, cita-se a sua relação com produtos para banho *Ivory*, pasta de dente *Crest* e desodorantes *Soft 'n Dry*, todos ligados à imagem de feminilidade que a consumidora visa passar para potenciais pretendentes.

A marca serve, nestas hipóteses, como mediadora de sensações promovidas exclusivamente pelo ato de consumir. É o símbolo – e não mais o produto em si e suas qualidades físicas ou funcionais – que garante esse conjunto de consequências prazerosas, de modo que a percepção de sua ligação ao bem a ser consumido é suficiente para despertar as emoções correlatas. Com isso, não há sequer abertura a alternativas, pois mudar de marca abriria margem para uma alteração do resultado final esperado.

É interessante destacar que, em todos os casos, Susan Fournier conseguiu identificar projeções do eu-ideal por parte das consumidoras estudadas sobre as marcas de sua preferência. Considerando-se que o resultado dos atos de consumo levava à concretização de determinadas qualidades que acreditavam ser relevantes, as consumidoras em questão se tornavam leais às marcas, estabelecendo com elas relacionamentos por acreditar que seriam capazes de prover o mesmo efeito⁸⁴. No entanto, enquanto Jean e Vicki se fiavam nos efeitos que a utilização da marca geravam junto à opinião de terceiros, Karen as utilizava como forma de expressão pessoal interna. E, neste sentido, é possível identificar outros dois fenômenos promovidos pelas características contemporâneas assumidas pelas marcas, expostos nos dois subtópicos a seguir.

5.2.2.2. *Brand personality* e o conteúdo aspiracional interno

Outros estudos revelam que os consumidores em geral tendem a preferir marcas que traduzam não características próprias já existentes, porém outras por eles buscadas. Conceitua-se assim a existência de uma personalidade de marca, composta de características humanas a ela atribuídas e que servem como modelo de conduta a validar certas características ou aspirações dos consumidores.

⁸⁴ Ao fim do texto a autora propõe, com base nos estudos de caso em questão, a categorização de diversas espécies de relacionamento possíveis com as marcas, cuja qualidade e durabilidade poderia ser medida com base na análise de seis diferentes comportamentos ou características: amor, conexão pessoal, interdependência, compromisso, intimidade e reciprocidade. Neste sentido, indica que relacionamentos do tipo “casamento arranjado” seriam aquelas involuntárias, impostas por opiniões de terceiros, de longo-termo, exclusividade, porém com baixa ligação afetiva. Por outro lado, os relacionamentos “rebote” seriam aqueles iniciados apenas para se afastar de uma escolha anterior, sem muita reflexão; enquanto os “casos secretos” seriam de alta ligação emocional, porém baixa exposição.

Jennifer Aaker realizou dois experimentos sucessivos – um exploratório e o outro confirmatório – em que os consumidores foram instigados a pensar em certas marcas como se humanos fossem, devendo indicar em que medida determinadas características de personalidade previamente selecionadas seriam atribuíveis àquelas⁸⁵. De um conjunto inicial de cento e quatorze previamente selecionadas e apresentadas, foi possível identificar cinco dimensões principais de personalidade de marca: sinceridade, excitação, competência, sofisticação e robustez. As três primeiras seriam ligadas a características humanas inatas, enquanto as duas últimas se relacionariam com posições buscadas pelos consumidores. E, a partir destes construtos e da relação dessas características com os objetivos de autoexpressão dos consumidores, seria possível categorizar as marcas que os representam, permitindo uma segmentação adequada de esforços publicitários do empresário-fornecedor⁸⁶.

A ideia de personalidade de marca proposta pela pesquisadora se liga, assim, à formação de identidades baseadas em arquétipos⁸⁷. As marcas servem como um espelho para os consumidores, que buscam congruência entre seus valores e aqueles por elas propostos direta ou indiretamente. O eu-real ou o eu-ideal devem ser representados, pois, se não há identificação, não há criação de valor simbólico e de benefício pessoal. Consumir os produtos a elas vinculados seria, por sua vez, uma forma de personificar e/ou comunicar tais características a terceiros. Com isso, a marca passa a representar, portanto, um bem de consumo em si própria, atraindo diferentes públicos a depender da identificação entre os consumidores e as características por eles identificadas e almejadas.

⁸⁵ AAKER, Jennifer. op. cit. passim.

⁸⁶ Por exemplo, características como ‘ousada’, ‘espirituosa’, ‘imaginativa’ e ‘atualizada’ foram avaliadas por grande parte dos respondentes como representativas da marca *MTV*. “Glamourosa”, “pretensiosa”, “charmosa” e “romântica” foram características ligadas aos jeans *Guess* e “confiável”, “responsável”, “seguro” e “eficiente” ao *The Wall Street Journal*. E, em uma análise dos elementos comuns a estes atributos, suas personalidades foram respectivamente ligadas à excitação, sofisticação e competência, respectivamente. A autora cita como exemplo o caso da vodca, produto sem cor, cheiro ou gosto altamente diferenciáveis e que, ainda assim, possui um mercado altamente segmentado em razão das diferentes identidades das marcas competidoras. A *Absolut* seria, por exemplo, uma marca jovem e descolada, enquanto a *Stoli (Stolichnaya)* teria uma identidade mais ligada a homens mais velhos e conservadores.

⁸⁷ Arquétipos são usualmente representados na formação destas identidades como forma de atribuir sentido e valor ao processo de consumo. As marcas se utilizam de imagens representativas de aspirações presentes no inconsciente coletivo e, com isso, promovem o consumo de seus produtos como forma de atingir tais objetivos. A Harley-Davidson, por exemplo, representa o estilo fora-da-lei; enquanto a Nike representaria o herói, bravo e corajoso (MARK, Margaret; PEARSON, Carol S. *The hero and the outlaw: building extraordinary brands through the power of archetypes*. [s.l.]: McGraw-Hill, 2001)

5.2.2.3. Fetichização e o conteúdo aspiracional-exibicionista

Outros estudos apontam, seguindo linhas de raciocínio similar às anteriormente expostas, que o valor dos bens de consumo não se limita à sua qualidade utilitária, mas abrange em grande parte a sua capacidade de comunicar valores culturais a terceiros. Carregam em si uma carga de informação relevante sobre o ambiente em que é e/ou para o qual é elaborado, transmitindo tais qualidades ao seu detentor⁸⁸.

Essa transferência de significado se dá de várias maneiras. Pode, em um primeiro momento, se dar forma intencional, por meio de práticas publicitárias que buscam ligar o bem de consumo e sua marca representativa a uma representação do mundo culturalmente constituído. A intenção é comunicar a um público-alvo predeterminado que o objeto de desejo em questão está ligado a determinada posição social, e que a sua aquisição representará a inserção do proprietário naquele mundo. De outro turno, a transferência de significado pode ocorrer de forma involuntária, por meio de formadores de opinião que, ao referendar a qualidade ou a adequação de determinado bem, encorajam terceiros a assumirem a mesma posição. Ou, ainda, pode ser criada a partir da transferência das características dos próprios usuários típicos da marca, em um processo de retroalimentação constante. E, neste ponto, destaca-se mais uma vez a notória influência do *status* social dos consumidores-padrão como característica aspiracional desejada.

Diz-se, com isso, que é possível falar também em um processo de fetichização da marca, na medida em que este símbolo é capaz não só de investir produtos e serviços de significados abstratos alheios à sua existência física e funcional, mas de criar para si próprio um *status* social autônomo⁸⁹. As marcas, por si só, passam a ser o objeto de desejo, ficando os produtos a elas vinculados em segundo plano. O objetivo do consumo passa a não mais ser a satisfação de necessidades físicas, mas a expressão de identidade, de autoconceito, em um processo autossimbolizante⁹⁰.

⁸⁸ MCRACKEN, 1986, *passim*.

⁸⁹ DENIS, Rafael Cardoso. Design, cultura material e o fetichismo dos objetos. **Arcos: design, cultura, material e visualidade**. Rio de Janeiro, v. 1, 1998, p. 15-39.

⁹⁰ BATEY, op. cit. pp. 68/69.

Conclui-se, neste sentido, que o consumo de determinadas marcas pode ser utilizado como forma de pertencimento a determinado grupo social. Além da *Harley-Davidson*, já mencionada como representativa de um arquétipo do fora-da-lei almejado por muitos de seus consumidores, e de várias marcas ligadas ao mercado de luxo internacional (*Louis Vuitton*, *Hermès*, *Gucci*, *Burberry*, entre outras), especificamente no mercado brasileiro é possível citar a *Cyclone* e a representação da identidade da favela⁹¹. Ambas representam de forma clara as bases do chamado consumo aspiracional, em que indivíduos optam deliberadamente por consumir determinados produtos e serviços e aceitam até pagar preços *premium* por estes não por uma característica intrínseca aos movimentos de oferta e demanda, mas por entender que a posse destes os caracterizaria como pertencentes a uma classe social mais elevada ou a um grupo predeterminado⁹².

Neste movimento é que se consolidam as ideias de posicionamento de marca e segmentação de mercado como estratégias de *marketing*. Busca-se entender as necessidades intrínsecas de determinados grupos sociais, identificar características comuns entre seus indivíduos e estabelecer com eles uma relação íntima, de modo que a marca seja não só uma forma de reduzir custos de transação, mas sim uma forma de expressão pessoal⁹³. E, baseando-se nesta mudança de paradigma, Rosemary Coombe⁹⁴ indica que “*o foco do fetichismo das commodities muda do produto para os valores simbólicos investidos nos produtos pelas corporações e pelas estruturas de significado de marketing*”.

5.2.2.4. *Brand community* e o conteúdo social

Por fim, outros estudos indicam que as marcas são fontes de comunicação interpessoal, sendo elementos relevantes na formação de grupos e comunidades.

⁹¹ DECLERCQ, Marie. Explicando o fenômeno da Cyclone: Como a grife de *surfwear* se tornou uma das marcas mais emblemáticas da periferia brasileira. **Vice Brasil**. 04 mai 2017. Disponível em: https://www.vice.com/pt_br/article/bmwxb8/explicando-o-fenomeno-da-cyclone. Acesso em 22.12.2018.

⁹² MCCRACKEN, 2003, pp. 135/150.

⁹³ GARDNER; LEVY, op. cit. passim.

⁹⁴ COOMBE, op. cit. p. 56

Uma comunidade de marca seria uma comunidade especializada, não limitada territorialmente e baseada em uma estrutura de relações sociais entre admiradores de determinada marca. Seria baseada em rituais, tradições, senso de responsabilidade moral coletivo mediados por um *ethos* comercialmente proposto. Seus participantes teriam uma relação forte com a marca e, principalmente, entre si, uma vez que compartilham certas preferências. Teriam, da mesma forma, um senso forte de diferenciação e distanciamento em relação aos usuários de marcas rivais⁹⁵.

Podem, da mesma forma ser caracterizadas como uma teia de relações em que o consumidor estabelece relações com a marca, com a empresa responsável, com os produtos e serviços a elas vinculados e com os demais consumidores, gerando um senso de pertencimento que leva à lealdade⁹⁶. Neste sentido, destacam-se como importante fonte de estímulo ao reconhecimento destes benefícios sociais as festas patrocinadas (*'brandfests'*) em que comunidades de consumidores já leais à marca ou em busca de aderir a este grupo social se agregam para celebrar a identidade comum que compartilham⁹⁷.

6. *Brand equity* e poder de mercado

De acordo com o exposto nos tópicos anteriores, conclui-se que a marca pode transmitir informações tanto externas – vinculadas ao produto – quanto próprias. Categorias de produto, desempenho funcional, benefícios potenciais individuais, lembranças ligadas a eventos anteriores, respostas afetivas, entre outros, todas são informações que se pode transmitir por meio desse símbolo de mercado⁹⁸.

⁹⁵ MUNIZ, Albert. M.; O'GUINN, Thomas. *Brand community*. *Journal of Consumer Research*, v. 27, n. 4, 2001.

⁹⁶ MCALEXANDER, James; SCHOUTEN, John; KOENIG, Harold. *Building brand community*. *Journal of Marketing*, v. 66, n. 1, jan/2002. pp. 38-54.

⁹⁷ MCALEXANDER, James; SCHOUTEN, John. *Brandfests: Servicescapes for the cultivation of brand equity*. In: SHERRY JR., John. *Servicescapes: The Concept of Place in Contemporary Markets*. Chicago: NTC Business Books, 1998. pp. 377-402.

⁹⁸ KELLER, Kevin Lane. *Brand synthesis: the multidimensionality of brand knowledge*. *Journal of Consumer Research*, v. 29, n. 4, mar./2003, p. 596.

Quanto mais ligado à marca estiver o consumidor, mais disposto ele estará a realizar o que se chama de ‘comportamentos difíceis’ – consubstanciados em atos que demandam investimentos de tempo, dinheiro, energia ou reputação – para manter a relação⁹⁹. Ou seja, uma marca forte e bem desenvolvida afeta não só a escolha inicial, mas principalmente o processo de repetição de compra. Inibe a busca por alternativas, seja por uma inercia pensada decorrente da satisfação básica, seja pela existência de um relacionamento.

Esse conjunto de qualidades compiladas e criadas se traduz em fator distintivo relevante na concorrência, consolidando o chamado *brand equity*. Trata-se do efeito diferenciador positivo que o conhecimento do nome da marca tem sobre a reação do cliente ao produto ou serviço¹⁰⁰ do qual decorre, por consequência, uma alteração do equilíbrio do mercado em benefício de seu explorador¹⁰¹. A utilização adequada da marca altera os incentivos existentes nas relações de mercado e, com isso, pode trazer diversos bônus ao seu titular, principalmente em razão dos efeitos que esses incentivos geram sobre os atos dos demais *stakeholders* que com ela têm relação.

Como principal característica, destaca-se que o sucesso de uma marca viabiliza aos seus titulares a consolidação de margens de lucro elevadas por produtos estruturalmente simples¹⁰². O posicionamento de uma marca em um espaço antes não ocupado – leia-se, a capacidade de suprir necessidades não consideradas, percebidas ou atingidas por seus competidores – permite ao seu titular se situar em verdadeira situação de monopólio situacional¹⁰³, o que lhe autoriza estabelecer preços mais elevados sem prejuízo de sua demanda por meio da apropriação do excedente do consumidor¹⁰⁴. Ou, no mínimo, permite ao fornecedor abocanhar uma fatia de mercado maior que a dos concorrentes, ainda que a competição se faça no mesmo nível de preço e de qualidade¹⁰⁵.

⁹⁹ PARK, C. Whan; MACINNIS, Deborah; PRIESTER, Joseph; EISENGERICH, Andreas; IACOBUCCI, Dawn. *Brand attachment and brand attitude strength: conceptual and empirical differentiation of two critical brand equity drivers*. *Journal of Marketing*. v. 74, nov./2010, pp. 1–17.

¹⁰⁰ Cf. KOTLER; ARMSTRONG. op. cit. p. 210; AAKER, David. op. cit. pp. 16-18.

¹⁰¹ Cf. AAKER, David.. op. cit. pp. 217/226; AKERLOF, op. cit. p. 500.

¹⁰² BATEY. op. cit. p. 24

¹⁰³ MORRIS, P. Sean. *The economics of distinctiveness: the road to monopolization in trade mark law*. *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, v. 33. 2011, p. 385.

¹⁰⁴ Ibid. p. 337.

¹⁰⁵ AAKER, David. A. op. cit. pp. 92/93.

Em segundo plano, a consolidação da marca como protagonista das decisões de compra também viabiliza o estabelecimento de uma relação de lealdade do consumidor a estes fornecedores fictícios representados pelas marcas, uma vez que ao primeiro não é interessante analisar os atributos de todos os concorrentes em toda e qualquer compra. Essa lealdade permite, por sua vez, que os empresários que delas fazem uso tenham tempo para reagir a eventuais movimentos da concorrência, uma vez que o consumidor tenderá a não mudar imediatamente de escolha¹⁰⁶. Viabiliza, ainda, a criação de extensões de linhas de produtos com maior facilidade¹⁰⁷, de forma a aproveitar a confiabilidade agregada a um determinado produto – por exemplo, celulares *Samsung*, *Xiaomi* ou *Asus* – para alavancar as vendas de outros – por exemplo, televisores, computadores, geladeiras – ligados às mesmas marcas.

Por fim, um alto *brand equity* promove também alavancagem comercial, trazendo benefícios também nas relações com outros *stakeholders* que não os consumidores. Permite, por exemplo, que as empresas situadas no topo da cadeia de consumo obtenham benefícios na negociação com seus parceiros situados a jusante, uma vez que os consumidores desses últimos esperarão que suas marcas favoritas sejam por eles disponibilizadas¹⁰⁸.

6.1. A manutenção de qualidade como ônus correlato

Não há que se falar, contudo, em benefícios apenas para os empresários que criam e fazem uso das marcas para alavancar suas atividades. A consolidação de um *brand equity* positivo também encoraja os fornecedores a investir em qualidade ao garantir que estes – e não seus competidores – é que possam obter as vantagens correlatas à construção de uma imagem-de-marca relevante, criadas não só por uma possível superioridade funcional, mas também pelo desenvolvimento de uma reputação positiva¹⁰⁹.

Em outras palavras, se a sua utilização gera incentivos econômicos para que os consumidores realizem a aquisição dos bens a ela vinculados, essa mesma vinculação retroalimenta o sistema e gera para os fornecedores um dever correlato, necessário à

¹⁰⁶ AAKER, David. op. cit. p. 50/51

¹⁰⁷ Cf. AKERLOF, op. cit. p. 500; AAKER, David. op. cit. pp. 217/226.

¹⁰⁸ AAKER, David. op. cit. p. 49.

¹⁰⁹ BEEBE, 2004. p. 623.

manutenção da estrutura então estabelecida: a manutenção dos benefícios reconhecidos e buscados pelos consumidores¹¹⁰.

Conforme já exposto, a marca comunica o nível de qualidade de um bem. A credibilidade dessa informação é, como dito, um dos principais elementos da formação do *brand equity*, do valor da marca. Se promete alta qualidade e não a entrega, seu valor é corroído pelo próprio mercado, uma vez que não se presta mais à função para o qual foi estabelecida¹¹¹. Trata-se de um forte incentivo econômico gerado pela relação gerada entre consumidor e marca, da qual se extrai que esta só tem valor enquanto capaz de garantir a adequação do bem ao suprimento de um conjunto de necessidades.

Consequentemente, em havendo a possibilidade de perda de valor da marca em razão da distorção da informação recebida pelo consumidor, os fornecedores são estimulados a manter um padrão de qualidade em seus produtos e serviços. O ciclo se realimenta, com os consumidores pressionando os fornecedores pela manutenção dos benefícios a eles disponibilizados – aumento da qualidade percebida, redução de custos de informação e redução de riscos do consumo – para que, por outro lado, possam continuar a recompensá-los por tais práticas por meio do pagamento de preços possivelmente superiores aos praticados em equilíbrio de oferta e demanda em um ambiente de concorrência perfeita.

Um caso clássico de erro na manutenção dos benefícios da marca é ocorrido nos Estados Unidos com a *New Coke*. Não obstante possuir um grande público cativo para seu refrigerante principal, em 1985 a *The Coca-Cola Company* tentou mudar a fórmula de seu produto com base em uma pesquisa preliminar que indicava que, em testes cegos, o sabor da *Coca-Cola* não era proeminente em relação aos seus principais competidores – em especial a *Pepsi Cola*. Criou então a *New Coke* que, à época, recebeu diversas críticas dos consumidores. Queriam o retorno da fórmula antiga. Não demorou muito e a empresa retomou a venda da fórmula anterior sob o nome *Classic Coke*, tendo esta rapidamente superado a *New Coke* em vendas¹¹².

¹¹⁰ LANDES; POSNER, op. cit. p. 270.

¹¹¹ ERDEM; SWAIT, 2016, p. 9.

¹¹² ECONOMIDES, Nicholas. op. cit. p. 530.

Neste caso da *New Coke*, os consumidores estavam acostumados com um determinado nível de qualidade que, com a introdução do novo produto, foi definitivamente quebrado. A consistência da ligação entre consumidor e marca havia sido deteriorada, levando à necessidade de se incorrer novamente em todo o processo – experimentação, avaliação e comparação – para que se pudesse reposicionar o novo produto em suas escalas de preferências. Enquanto isso, a fórmula anterior e tradicional já se encontrava enraizada nas mentes dos consumidores, que tinham a certeza da adequação às suas necessidades. Fica claro, assim, que embora exista neste caso específico um componente sociocultural que não pode ser considerado totalmente, a quebra das expectativas com relação às qualidades funcionais do bem foi determinante para a derrocada da proposta¹¹³.

Fica claro, contudo, que, mesmo com a imputação deste ônus de manutenção das qualidades promovidas ou percebidas pelos consumidores, a desestabilização do equilíbrio de mercado promovida pela utilização da marca e por seus aspectos econômicos e simbólicos traz benefícios palpáveis para aqueles empresários que dela se utilizam para alavancar suas atividades. Trata-se de fator diferenciador de alta importância em um ambiente de concorrência acirrada, fato econômico relevante que será abordado mais pormenorizadamente em momento posterior deste trabalho.

7. Persuasão e pós-personalização

Toda a análise do poder da marca apresentada nos últimos tópicos visa demonstrar de forma mais elaborada a premissa contida no título deste capítulo: a marca é um elemento-chave nas relações de mercado contemporâneas. Afeta diretamente a competição, trazendo benefícios palpáveis àqueles que delas se utilizam adequadamente. É também relevante para o consumidor ao permitir a redução de custos de busca, viabilizar a comparação entre alternativas ou ainda promover a manutenção de um nível de qualidade predeterminado; ainda que, por outro lado, possa também estimular o consumismo irracional.

¹¹³ SCHINDLER, Robert M. *The real lesson of New Coke: the value of focus groups for predicting the effects of social influence.* *Marketing Research.*, v. 4., n. 4, dez./1992, pp. 22-26.

Importante retomar também neste momento a conclusão trazida no segundo tópico deste capítulo: a marca é a face comercial da empresa. É o símbolo capaz de promover a aproximação entre o consumidor potencial e o responsável pelo oferecimento de um bem de mercado. Percebe-se, assim, a emergência de relações intrinsecamente despessoalizadas e externamente personalizadas, em um fenômeno denominado por Cláudia Lima Marques¹¹⁴ como ‘pós-personalização’:

A pós-personalização é um misto entre relação intrinsecamente despessoalizada e externamente personalizada, em um *double coding* pós-moderno. Parece-me um fenômeno pós-moderno por sua complexidade e fragmentação – assim, se de um lado a marca ou grupo importa para o consumidor e faz parte de suas expectativas legítimas estar vinculado a este fornecedor, a verdadeira personalidade jurídica do fornecedor não importa (pode se tratar de grupo de empresas, como nos bancos múltiplos ou de redes de telecomunicações, pode se tratar de um franqueado, de um comerciante individual em um complexo, shopping ou mix), o que importa é justamente a marca, esta ‘pós-personalização’.

Deixa, portanto, de ser mero significante. E, em um movimento de autorreferenciação e retroalimentação do sistema de representação, passa a ser significado de si mesma e a ter valor próprio e autônomo, compondo um dos níveis de produto a serem analisados pelo consumidor¹¹⁵. Conforme indica Bruno Miragem¹¹⁶, o seu conteúdo econômico passa a ser monetizável, constituído “*de modo autônomo ao produto ou serviço a que se referem, compondo muitas vezes uma estratégia de marketing em que o valor do próprio produto ou serviço termina por ser proporcionalmente muito menos do que o atribuído à marca*”.

¹¹⁴ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 8.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2016. p. 435.

¹¹⁵ Neste ponto, Barton Beebe cita a comercialização de *patches* com símbolos marcários como uma representação inequívoca e extrema do valor autônomo da marca, uma vez que o bem vendido não possui qualquer valor funcional, apenas transmite significado. O referencial, o produto ao qual seria apostado tal significado seria, em última instância, o próprio consumidor, que pelo uso do *patch* estaria buscando informar a terceiros alguma característica a ela ligada. (BEEBE, 2004 pp. 657-661). No mesmo sentido, Denis Borges Barbosa também cita o caso da utilização do símbolo da marca de carros *Rolls Royce* em um *blazer* como forma de evocação do prestígio obtido pela marca e das características a ela referenciadas no mercado automobilístico. (BARBOSA, Denis Borges. 2017, pp. 69-70). Por outro lado, ao tratar do *branding* como um dos níveis de produto, Philip Kotler e Gary Armstrong citam o caso do perfume *White Linen*, percebido como um produto de alta qualidade e caro mas que, caso comercializado em um frasco sem marca, provavelmente seria percebido como de qualidade baixa (KOTLER; ARMSTRONG, op. cit. p. 206).

¹¹⁶ MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 5. ed. São Paulo: RT, 2014. p. 88.

É exatamente neste sentido que se justifica a histórica compra da *Kraft* pela *Philip Morris* em 1988 por mais de seis vezes o valor do seu conjunto de ativos tangíveis¹¹⁷. Trata-se de um marco na compreensão do símbolo marcário enquanto elemento intangível monetizável em razão de seu valor autônomo. Em período mais recente, cita-se no mesmo sentido a aquisição do controle da companhia titular da marca *Popeyes* pela *Restaurant Brands International Inc.* – já dona das marcas *Burger King* e *Tim Hortons* e cujo nome é extremamente sugestivo – por meio do pagamento de um prêmio de 27% (vinte e sete por cento) sobre o valor da ação apurado no dia anterior¹¹⁸. É a perspectiva de benefícios econômicos promovida pela marca que agrega valor às operações, permitindo a sua quantificação e posterior transferência que, por sua vez, pode estimular ainda mais a percepção de valor simbólico intrínseco por parte dos consumidores.

8. Conclusões parciais

Demonstrou-se neste primeiro capítulo que a marca é símbolo abstrato que, isoladamente, não possui valor intrínseco originário. Assemelha-se a um parasita, pois, símbolo que é, depende obrigatoriamente de um bem de mercado (referencial) ao qual será vinculada para que possa criar sua essência e valor próprios (significado).

¹¹⁷ “Levou várias décadas para que o mundo da fabricação se adaptasse a essa mudança. Ele se manteve fiel à idéia de que seu negócio essencial ainda era a produção, e que a marca era uma importante contribuição. Então chegou a mania do capital de marca, o brand equity dos anos 80, a hora da verdade, em 1988, quando a Philip Morris comprou a Kraft por US\$ 12,6 bilhões - seis vezes o que a empresa valia no papel. A diferença de preço, aparentemente, estava no custo da palavra "Kraft". É claro que Wall Street sabia que décadas de marketing e favorecimento de marcas agregava muito mais valor a uma empresa do que seus ativos e vendas anuais totais. Mas com a compra da Kraft um imenso valor em dinheiro fora atribuído a algo que antes tinha sido abstrato e não quantificável – uma marca. Foi uma notícia espetacular para o mundo da publicidade, que agora podia argumentar que os gastos em propaganda eram mais do que uma simples estratégia de venda: eram um investimento em capital puro. Quando mais você gasta, mais sua empresa vale. Não é surpreendente que isto tenha levado a um aumento considerável na inflação das identidades de marca, um projeto que envolvia muito mais do que alguns cartazes e inserções na TV. Tratava-se de extrapolar em acordos de patrocínio, sonhar com novas áreas nas quais "ampliar" a marca, bem como perpetuamente sondar o zeitgeist para garantir que a "essência" escolhida para uma marca ressoasse carmicamente com seu mercado-alvo” (KLEIN, op. cit. p. 31-32).

¹¹⁸ Informações retiradas do comunicado à imprensa divulgado pela própria *Restaurant Brands International Inc.* em 21.02.2017 no qual o CEO (Chief Executive Officer) da empresa indica expressamente que “com essa transação, a RBI está agregando uma marca que possui uma posição distintiva em um determinado segmento relevante de mercado e grandes perspectivas de crescimento nos EUA e no exterior”. Disponível em: <http://www.rbi.com/file/Index?KeyFile=38154185>. Acesso em 22.12.2018.

Foi comprovado, da mesma forma, que em seu processo evolutivo as marcas são capazes de sugar as preferências dos consumidores antes direcionadas aos seus referenciais e, ao final, podem se tornar relativamente autônomas e mais valiosas do que estes¹¹⁹. Neste ponto, ficou claro que esse processo de significação simplificadora depende essencialmente de três fatores de mercado: (i) a dificuldade de obtenção de informações completas sobre os bens disponíveis por parte dos consumidores¹²⁰; (ii) o custo de obtenção das informações relevantes; e (iii) as facilidades trazidas pela simplificação do processo através da identificação de qualidades por meio de um signo representativo.

Também ficou claro que à marca é possível atribuir um componente simbólico-cultural capaz de criar benefícios autônomos próprios, desvinculados das qualidades dos objetos a serem representados. Em um mundo permeado pelo consumo enquanto meio de satisfação de necessidades, o reconhecimento do capital social e emocional da marca enquanto símbolo autônomo viabiliza o suprimento de desejos e necessidades pessoais dos consumidores, eminentemente ligadas ao autoconhecimento, à autoexpressão interna e externa e à socialização. Esse processo artificial de diferenciação com base em características não funcionais se justifica, dentre outros pontos: (i) na existência de bens funcionalmente similares a disputar o mesmo mercado; (ii) na incapacidade dos consumidores de comparar adequadamente determinados bens com base em sua funcionalidade, o que também torna o mercado homogêneo, ainda que aparentemente.

Por fim, foi possível concluir que, com base em todo o exposto, seu aspecto informacional traz incentivos econômicos que beneficiam tanto consumidores quanto fornecedores, reduzindo o custo agregado do processo. Para os primeiros, a utilização da marca evita a incidência de custos repetidos de busca por opções viáveis à satisfação de necessidades, reduz o risco de desconformidade com as expectativas preestabelecidas e facilita a percepção da qualidade agregada de determinados bens. Para os últimos, viabiliza a transferência de seu *goodwill* já consolidado por meio da identificação e diferenciação da fonte produtora e das qualidades agregadas dos bens por eles vendidos e, com isso, potencializa o resultado financeiro da operação.

¹¹⁹ BEEBE, 2004.. p. 625.

¹²⁰ STIGLER, op. cit. pp. 213-214

Sem perder de vista estas conclusões já encontradas, no próximo capítulo será temporariamente alterado o foco da discussão. O intuito será analisar em detalhes outro fenômeno de mercado relevante e correlato: a alteração da estrutura contratual das cadeias de consumo contemporâneas e a ressignificação da empresa enquanto atividade de risco voltada à criação e captação de valor. Não obstante, durante esse processo serão utilizadas algumas das conclusões do primeiro capítulo, em especial no que se refere à função de destaque exercida pela marca nesse novo panorama de negócios.

O objetivo é que ao final desse segundo capítulo – e, conseqüentemente, da primeira parte dessa dissertação – seja possível delimitar os contornos de uma nova estrutura fática do mercado voltado para o consumo, com a qual será confrontada posteriormente a estrutura jurídica voltada à sua conformação.

Capítulo II – Redes empresariais: um novo paradigma mercadológico

O consumo enquanto fenômeno econômico demanda, no mínimo, dois participantes interligados entre si: um agente com uma necessidade não atendida e outro capaz de supri-la. Este último não só cria ou disponibiliza o bem a ser oferecido no mercado, mas também captura valor sobre este processo, criando suas oportunidades na carência do consumidor. Seus atos se destinam à criação de valor para terceiros, seja por meio da criação de um produto ou serviço capaz de satisfazer uma necessidade antes não suprida por conta própria pelos consumidores, ou ainda pela simples disponibilização de um bem existente, porém inacessível em determinado local ou tempo.

O consumo enquanto processo é, da mesma forma, impessoal. A atuação do fornecedor em sentido estrito não é direcionada para o atendimento de uma necessidade específica de um só indivíduo, mas para a identificação e a captura de um interesse geral existente no mercado. Se um bem é valorizado por alguém, isso pode estimular um negócio específico entre este indivíduo e outro que o tenha. No entanto, se esse mesmo bem é valorizado por várias pessoas em um mesmo ambiente, abre-se espaço para o exercício de uma atividade de organização dos fatores de produção para disponibilização desses bens. É neste ambiente que surge a figura do fornecedor enquanto empresário e profissional.

Esse ambiente de negócios pressupõe, da mesma maneira, a fungibilidade das necessidades dos consumidores. Se um indivíduo necessitado opta por não consumir o bem, outro pode fazê-lo sem prejuízo ao objetivo inicial do fornecedor. A demanda é genérica, e não específica. Seus atos são direcionados ao mercado como um todo, não a um agente singular predeterminado; e, se vários têm interesse nos bens disponibilizados, a operação normalmente pode ser adaptada para atender à demanda existente. O foco da atividade sempre está, contudo, na satisfação do consumidor enquanto ente abstrato. Suas necessidades estabelecem o norte para que o fornecedor aja como instrumento de sua satisfação, ainda que este último busque também vantagens para si neste processo.

Para que se tenha uma relação de consumo juridicamente qualificada nos moldes contemporâneos é indispensável, por outro lado, a fragmentação e a especialização de atividades dentro de uma determinada comunidade. Em um ambiente de subsistência autônoma não há consumo neste sentido. Estes processos criam necessidades e fomentam as trocas, reorganizando o sistema para que uns dependam dos outros – cada um se torna capaz

de suprir poucas necessidades e, com o produto de sua atividade, pode arcar com os custos dos bens criados pelos demais. Com isso, abre-se espaço para a intervenção jurídica como forma de promover eficiência e justiça social neste ambiente de relações de poder múltiplas e pulverizadas. Este ponto será mais bem trabalhado no quarto e último capítulo.

O que se pretende demonstrar neste segundo capítulo é que este processo de especialização está em um processo de intensificação acelerada. As cadeias empresariais voltadas à produção de bens de consumo estão cada vez mais fragmentadas, alterando o equilíbrio econômico das relações praticadas pelos agentes inseridos nesses mercados e, por consequência trazendo repercussões sobre o direito a ser aplicado como forma de conformação da atividade. Mudam os modos de produção e de consumo, o que altera completamente o conjunto de incentivos existentes nas relações de mercado e, consequentemente, demanda uma reavaliação dos institutos criados para sua conformação.

É necessário, portanto, demonstrar inequivocamente a emergência desse novo paradigma empresarial. Esse é o ponto central a ser abordado na conclusão deste capítulo, que visa reavaliar as características das relações de consumo contemporâneas e analisar algumas das novas estruturas empresariais delas decorrentes para que, nos capítulos subsequentes, seja possível avaliar a adequação das estruturas jurídicas existentes para a conformação das condutas inseridas neste processo, em especial aquelas ligadas à utilização da marca como fonte autônoma de valor e elemento diferenciador na concorrência.

Para tanto, em um primeiro momento será demonstrado o desenvolvimento de um mercado paralelo de atenção capaz de ressignificar o processo de consumo e, em última instância, valorizar a marca enquanto fonte autônoma de qualidades. Ao se considerar a atenção dos consumidores como um recurso escasso, captável e transmissível, a sociedade de consumo passa a se desenvolver cada vez mais em torno de duas simples premissas: é preciso ser visto para ser lembrado, e é preciso ser lembrado para ser consumido. Neste trecho a análise será eminentemente descritiva e envolverá o registro de fatos históricos como forma de estabelecer bases para raciocínios posteriores.

Na sequência, será demonstrado que esse processo foi acompanhado de uma total reestruturação do modelo de produção. Para tanto, serão avaliadas especificamente algumas estruturas empresário-contratuais contemporâneas que se utilizam de configuração de rede para a concretização de seus objetivos. Para além do método descritivo, utilizar-se-á neste momento a metodologia de estudo de casos, de modo a verificar: (i) os incentivos econômicos que levaram à criação e utilização de alguns dos novos esquemas contratuais; (ii) a

interligação existente entre todos os agentes e as funções por eles exercidas; e (iii) os efeitos que essas formatações de cadeia causam sobre o produto final e sobre a relação entre os empresários que os criam e os consumidores que os utilizam. Com isso, entende-se que será possível identificar de forma mais acurada os novos limites das relações de poder entre as partes envolvidas nas redes empresariais contemporâneas.

Ao fim deste capítulo, como forma de amarrar as conclusões obtidas nesta primeira metade do trabalho, será retomada a ideia de marca como identidade autônoma das redes e como fonte de desestruturação do equilíbrio de mercado. Partindo-se das conclusões obtidas no curso deste capítulo, pretende-se demonstrar de forma ainda mais clara o protagonismo da marca nesse novo ambiente. Em outras palavras, a partir da análise conjunta dos dois principais fenômenos decorrentes da globalização do mercado e da intensificação da concorrência já citados, pretende-se responder à seguinte questão: qual o efeito da marca no processo de consumo permeado pelas redes empresariais contemporâneas?

1. Resignificação do consumo

1.1. Os mercadores de atenção e a naturalização da publicidade

Quem não é visto não é lembrado. Se o consumo depende da identificação de uma necessidade e, posteriormente, de uma solução provida por terceiros, é necessário que as alternativas estejam ao alcance da mente dos consumidores no momento da escolha final. Não se pode querer ou escolher algo que sequer se conhece.

Tal necessidade foi identificada não só pelos fornecedores, mas especialmente pelos chamados ‘mercadores de atenção’ descritos por Tim Wu em obra que trata sobre a ascensão do modelo hoje predominante de produção e comercialização de conteúdo, ambos eminentemente baseados em propaganda e *marketing*¹²¹.

¹²¹ WU, Tim. *The attention merchants: the epic scramble to get inside our heads*. Nova Iorque: Knopf, 2016. Ebook Kindle. Não paginado.

Tim Wu identifica e descreve a existência de um mercado autônomo e paralelo ao tradicional de produtos e serviços: o de atenção. Neste sentido, ainda que intangível, entende-se que é plenamente possível considerar a atenção como um bem em sentido estrito, na medida em que escasso e útil para a satisfação de necessidades. Cada indivíduo possui um estoque limitado deste recurso, alocado periodicamente na satisfação de necessidades fisiológicas, sociais, hedônicas ou até à celebração do puro ócio.

Essas necessidades são, em maior ou menor medida, capturadas pelo mercado. Agentes econômicos criam bens voltados à satisfação das necessidades e competem entre si pela escolha dos consumidores que os desejam. Se existem muitos competidores, mais complexa a escolha e maior o nível de atenção necessário à tomada de uma decisão estritamente racional. O sopesamento de custos e benefícios passa, portanto, a incluir mais um elemento: o tempo e o esforço despendidos no processo. Este tema já foi brevemente abordado no terceiro tópico do primeiro capítulo dessa dissertação, onde se tratou sobre os custos do processo de decisão e as facilidades trazidas pela marca no que tange à percepção das qualidades dos bens a serem avaliados.

Um ponto importante destacado por Tim Wu não foi, contudo, abordado naquele momento. Se o processo de escolha gera custos por si só, dois mercados entram em interseção necessária e indissociável. Se em um primeiro momento as necessidades a serem satisfeitas pelo consumo seriam apenas as ligadas aos aspectos funcionais do bem, a crescente complexidade do processo que o precede faz com que se tenha que avaliar concomitantemente o custo da atenção dispensada. Uma escolha rápida é menos custosa do que uma avaliação pormenorizada de todos os competidores do mercado; e, em determinados momentos, mais valioso o esforço salvo do que o benefício decorrente da escolha funcional racional¹²².

¹²² Cita-se como exemplo o caso de um estudante atrasado e com fome no ponto de ônibus: se compra o primeiro salgado que vê na lanchonete logo à frente e por ele paga sete reais, consegue pegar o ônibus por três e chegar a tempo da prova a um custo total de dez reais. Se, por outro lado, opta por analisar os preços da lanchonete ao lado, poderá economizar dois reais no mesmo salgado. Mas, por outro lado, perderá o ônibus e terá que gastar outros dez reais para ir de táxi para a faculdade, totalizando então um gasto de treze. Ou, ainda, poderá optar por comprar o salgado mais barato e esperar o próximo ônibus, chegando atrasado à faculdade e potencialmente sendo reprovado por não fazer a prova, o que pode atrasar em um ano sua formatura e, ao final, impedir a participação em um processo seletivo de emprego que lhe daria um salário excelente. Perceba-se que no último exemplo citado o custo do processo acaba por ser mais importante do que o custo do bem em si. Se, por outro lado, o estudante tivesse informação prévia sobre os *tradeoffs* envolvidos em todas as alternativas possíveis, o processo seria menos dispendioso. Não seria necessário focar tanto sua atenção na escolha, pois esta já estaria razoavelmente predeterminada.

Em outras palavras, insere-se no processo de escolha uma análise de utilidade marginal: se a avaliação das características de uma opção a mais – por exemplo, um celular de baixo custo fabricado por uma indústria chinesa desconhecida – puder trazer um custo maior do que os benefícios potenciais a serem obtidos com a aquisição de um bem escolhido dentre as alternativas prontamente disponíveis ao consumidor, essa análise adicional será desconsiderada e a escolha será feita no conjunto pré-selecionado.

A possibilidade de interferir neste processo em benefício de um ou mais agentes é que, de acordo com Tim Wu, foi reconhecida e apropriada pelos chamados ‘mercadores de atenção’, assim descritos:

Quem exatamente são os mercadores de atenção? Como indústria, são relativamente novos. Sua origem pode ser traçada desde o século XIX, quando os primeiros jornais totalmente dependentes de publicidade foram criados em Nova Iorque; e a Paris, onde uma nova e deslumbrante espécie de arte comercial atraiu pela primeira vez os olhos das pessoas nas ruas. Mas o potencial integral deste modelo de negócio por meio do qual a atenção é convertida em lucros não seria totalmente compreendido até o início do século XX, quando o poder da atenção das massas foi descoberto não por qualquer entidade comercial, mas por propagandistas de guerra britânicos. As desastrosas consequências da propaganda nas duas guerras mundiais mancha o uso subsequente destes métodos por governos, ao menos no Ocidente. A indústria, por sua vez, tomou nota do que a atenção cativa poderia alcançar, e desde então a tem tratado como um recurso precioso, pagando preços ainda maiores por ele. (tradução nossa¹²³).

Tais agentes reconhecem que a atenção não deve ser desperdiçada e pode ser direcionada a um ou mais bens, tornando menor o custo de sua percepção por parte dos consumidores. Cedem, portanto, benefícios a estes em troca de sua atenção. O autor cita como exemplos desse método o financiamento de atividades escolares em troca de espaços publicitários nas paredes e armários, a transmissão de programas de rádio e televisão gratuitos nos quais são periodicamente transmitidas propagandas e outros atos de *merchandising* ou, ainda, a disponibilização de aplicativos e outras facilidades *online* que se utilizam do mesmo

¹²³ “*Who exactly are the attention merchants? As an industry, they are relatively new. Their lineage can be traced to the nineteenth century, when in New York City the first newspapers fully dependent on advertising were created; and Paris, where a dazzling new kind of commercial art first seized the eyes of the person in the street. But the full potential of the business model by which attention is converted into revenue would not be fully understood until the early twentieth century, when the power of mass attention was discovered not by any commercial entity but by British war propagandists. The disastrous consequences of propaganda in two world wars would taint the subsequent use of such methods by government, at least in the West. Industry, however, took note of what captive attention could accomplish, and since that time has treated it as a precious resource, paying ever larger premiums for it.*” (WU, op. cit. *Introduction: Here’s the deal*. 9º parágrafo)

expediente¹²⁴. Em um primeiro momento, tal proposta parece irracional por não haver contraprestação financeira direta por parte dos beneficiários. No entanto, há de se considerar que esse processo capta, ainda que temporária e involuntariamente, a atenção dos agentes que fazem uso destas facilidades. E, de forma concomitante à disponibilização dos benefícios aparentemente gratuitos, transfere-se também no mesmo espaço uma série de informações voltadas à apresentação de fornecedores, produtos ou serviços capazes de satisfazer necessidades daquele transeunte, ouvinte, telespectador ou usuário.

Para o usuário e potencial consumidor, o custo da informação recebida é mínimo, já que não há sequer esforço para obtê-la. Os benefícios são, por sua vez, teoricamente altos, já que se utiliza gratuitamente de bens e facilidades disponibilizados pelo mercador de atenção. Este, por sua vez, equilibra os custos correlatos com a venda desses espaços de atenção aos fornecedores de bens de consumo. Por meio da publicidade realizada nestes espaços, estes empresários se tornam conhecidos do grande público, inserindo-se no rol de alternativas disponíveis para uma escolha de consumo rápida e pouco custosa. E, por fim, a estes fornecedores é possível compensar essa despesa com o aumento nas vendas decorrente da maior lembrança dos consumidores, ou até mesmo com a internalização deste custo de *marketing* na formação do preço final de venda do bem. Existem, ao menos em tese, benefícios palpáveis para todas as partes envolvidas.

Esse processo estimula, contudo, uma espiral que transforma completamente a sociedade baseada em uma economia capitalista¹²⁵. As marcas e empresas do mercado tradicional se tornam mais valorizadas à medida em que têm espaço na mídia e, conseqüentemente, na cabeça dos consumidores. Mais ambientes desta espécie vão sendo criados, por sua vez, à medida que os mercadores de atenção obtêm benefícios com essa prática de intermediação. Do lado dos fornecedores, quanto maior o retorno com a publicidade, mais espaços publicitários são buscados. E, quanto maior essa demanda por espaços, maior a necessidade dos mercadores de atenção de criar subterfúgios para a captação

¹²⁴ WU, op. cit, passim.

¹²⁵ A evolução desse processo no mercado estadunidense é demonstrada de forma brilhante no livro de Tim Wu. Desde o surgimento do rádio até o advento das redes sociais, o autor apresenta os diversos incentivos atribuídos aos mercadores de atenção para que estes intervenham no mercado e, com isso, modifiquem de tempos em tempos todos os processos de consumo e concorrência existentes. Ainda que o livro não tenha analisado especificamente o mercado brasileiro, entende-se que ao menos o processo de evolução e os incentivos correlatos estabelecidos aos agentes do mercado podem ser transportados em grande parte para nossa realidade, pois inerentes à sociedade capitalista. (WU, op. cit. passim)

da atenção dos consumidores, que vão se beneficiando cada vez mais das novas e múltiplas ‘iscas’ criadas pelos mais diversos meios de comunicação; e, nesse processo, acabam por alterar suas decisões de consumo na busca por esses ‘almoços grátis’. Em outras palavras, a ascensão dos mercados de atenção cria um círculo vicioso, em que os meios utilizados acabam por afetar o objeto dos mercados de bens e serviços.

O cultivo desmedido da atenção dos consumidores tem, contudo, seus efeitos colaterais. Seduzida pelas enormes facilidades criadas, a sociedade passa a se desenvolver em torno desses novos ‘almoços-nem-tão-grátis-assim’. Basta ver as mudanças no cotidiano ocorridas com a criação e massificação do rádio, da televisão, dos computadores, da internet e dos *smartphones*, todas amplamente descritas por Tim Wu e incentivadas primordialmente pela ganância dos empresários tanto de mídia quanto tradicionais¹²⁶. O espaço antes sagrado do jantar em família passa a ser interrompido pela transmissão do jornal e, conseqüentemente, dos comerciais a ele atrelados, em que marcas de diversos produtos são apresentadas como solução para os problemas cotidianos. A utilização do rádio durante uma viagem de carro, a busca pelos aplicativos de celular em filas de banco, ou até mesmo a simples visualização de um *outdoor* posicionado à beira de uma avenida ou na empena cega de um edifício situado dentro da cidade, todos são momentos em que antes a atenção dos consumidores era plenamente direcionada a outros elementos da vida em sociedade – ou até mesmo à contemplação do puro ócio – e, a partir desse novo paradigma de mercado, são substituídos por outros criados e estimulados pela indústria da atenção.

Com isso, aos poucos o consumo se torna o centro da vida em sociedade. O modo de vida social contemporâneo passa a ser por este guiado, direta e indiretamente. Na busca por um monopólio da atenção dos consumidores, esse processo é potencializado pelos mercadores de atenção e estimula os consumidores a manter esse padrão de vida em razão não só dos incentivos para se inserir neste ambiente, mas também pela ausência de incentivos para abandoná-lo. Não existem grandes alternativas a esta proposta, pois até mesmo atividades simples de socialização – por exemplo, o ingresso em determinados locais ou ambientes de discussão, ou até mesmo o início de uma simples conversa – passam a depender em grande medida da participação e do engajamento nestes cenários consumocêntricos.

¹²⁶ WU, op. cit. passim.

Considerando-se, por outro lado, que os custos psicológicos incidentes sobre o processo de consumo – tempo, atenção – ficam cada vez mais baixos, incentiva-se também o consumismo como forma de expressão, nos termos demonstrados no primeiro capítulo dessa dissertação. Da mesma forma, a percepção da magnitude e relevância desses custos também se altera: se antes a análise e comparação entre as alternativas disponíveis eram indispensáveis em cada processo de escolha, a massificação da publicidade e a pronta disponibilização das ‘melhores opções’ a torna teoricamente dispensável e até irracional, especialmente em se considerando a escassez de atenção disponível e o *status* atribuído a determinados bens de alta penetração no imaginário social. Nesta toada, a publicidade se torna essencial para a criação de valor em um ambiente macroeconômico.

No entanto, considerando-se que esses espaços de atenção são limitados, a concorrência neste novo mercado se intensifica e, conseqüentemente, eleva-se o custo das aparições na mídia. Apenas sobrevive quem consegue aparecer ou quem consegue se diferenciar e, neste ponto, o processo se retroalimenta: só tem sucesso quem consegue a atenção dos consumidores, só consegue atenção quem aparece, só consegue aparecer quem tem um sucesso ao menos aparente ou consegue arcar com os custos de publicidade, só consegue arcar com os custos quem tem uma base de consumidores razoável que financie suas atividades. E, dentro deste processo mercadológico, as marcas acabam por representar uma grande e cada vez mais relevante fonte de informação e diferenciação.

1.2. A virtualização do mercado e a redução dos custos de atuação

Outro motivo que também altera significativamente os hábitos de consumo é a facilitação cada vez maior do transporte de bens e mercadorias – e, especialmente, de informações – entre fornecedores e consumidores. Se a emergência do mercado de atenção citado no subtópico anterior altera os custos incidentes sobre o processo mental realizado pelo consumidor, este segundo fator implica em uma manifesta redução dos custos incidentes sobre o processo físico que leva ao ato de consumo, estimulando o surgimento de novos agentes e novos mercados.

Um caso paradigmático citado por Chris Anderson¹²⁷ é o da rede de lojas de departamento americana chamada *Sears*. Antes de atuação limitada ao território onde se localizava fisicamente, esta passou a expandir sua área de atuação por meio do envio de catálogos pelo correio a potenciais clientes, que por sua vez enviavam seus pedidos de volta e recebiam seus produtos por meio da mesma plataforma. Esse movimento não só ampliou a gama de bens disponíveis aos consumidores, antes limitados aos fornecedores locais, como também permitiu a obtenção de economias de escala consideráveis, potencializando o crescimento de uma das maiores varejistas do mercado americano.

Essa modificação do paradigma de vendas e consumo se consolidou essencialmente em razão da alteração da estrutura de custos do processo. Entra-se a partir de então no que o autor denomina de economia da abundância¹²⁸, uma vez que um dos principais gargalos do processo foi eliminado: o da distribuição de informações e de bens. Os catálogos enviados sem custos pela empresa reduziam os custos de busca por parte dos consumidores: as informações chegavam a estes pelo correio. Por sua vez, os pedidos feitos por via postal permitiam que a distribuição fosse realizada *on demand*, evitando custos desnecessários de transporte e armazenamento por parte do fornecedor em regiões onde não havia demanda constante. Esse mesmo fator também fazia com que a varejista pudesse pulverizar seus estoques entre outros produtores locais, que seriam informados de eventuais pedidos e despachariam os bens diretamente aos consumidores, evitando deslocamentos desnecessários.

A internet e o comércio eletrônico intensificaram ainda mais esse processo. O custo da transmissão das ofertas se reduziu praticamente a zero sem a necessidade de impressão e envio dos catálogos. Aos consumidores, por consequência, também foram conferidos benefícios de tempo ainda maiores, uma vez que não era mais necessário esperar o envio de novas ofertas pelos fornecedores. As soluções para seus problemas atuais e potenciais estariam sempre disponíveis na *web*, a apenas um clique e alguns segundos de distância.

¹²⁷ ANDERSON, Chris. *The long tail: why the future of business is selling less of more*. Nova Iorque: Hachette Books, 2008.

¹²⁸ “What people intuitively grasped was that new efficiencies in distribution, manufacturing and marketing were changing the definition of what was commercially viable across the board. The best way to describe these forces is that they are turning unprofitable customers, products and markets into profitable ones. Although this phenomenon is most obvious in entertainment and media, it’s an easy leap to eBay to see it work more broadly, from cars to crafts. Seen broadly, it’s clear that the story of the Long Tail is really about the economics of abundance – what happens when the bottlenecks that stand between supply and demand in our culture start to disappear and everything becomes available to everyone”. (ANDERSON, Chris, op. cit. pp. 10-11)

Ou seja, potencializa-se o consumo na medida em que cada vez mais bens passam a estar disponíveis e a um custo cada vez menor. E, à medida que alguns destes bens foram também transportados integralmente de plataformas físicas para digitais – músicas, livros, jornais, filmes, entre outros – o custo de armazenamento e transporte desses bens passa a tender a zero, de modo que o período posterior ao ato de consumir também foi afetado. Se em um primeiro momento haviam sido reduzidos os custos ligados à escolha e realização do pedido, a partir de então o seu processamento e o recebimento dos bens também se tornaram mais rápidos e menos custosos dada a agilidade na transferência da informação tanto do consumidor para o fornecedor quanto deste para seus parceiros.

A primeira consequência que se observa neste novo ambiente é o fato de que mais produtos chegam às prateleiras, físicas ou virtuais, a um custo marginal cada vez menor. É o que Chris Anderson chama de “era da prateleira infinita”, capaz inclusive de alterar os conceitos econômicos tradicionais de escassez¹²⁹. Se antes os custos de armazenamento e distribuição eram barreiras ao oferecimento de determinados bens de pouca saída, a redução desses valores aumenta a variedade de bens cuja comercialização é viável¹³⁰.

Para os fornecedores, este novo paradigma organizacional altera completamente o escopo potencial de sua atividade. Não é mais necessário apostar apenas em bens que caracterizem o mínimo denominador comum entre os consumidores – ou seja, que atinjam o maior público possível. Necessidades e desejos antes reprimidos pela inexistência de demanda suficiente à cobertura dos custos essenciais à sua satisfação podem agora ser supridos e, por consequência, passam a ser estimulados. Outros também passam a ser transformados, dada a abundância de opções e a superação da limitação do número de soluções anteriormente imposta pelas barreiras financeiras. E, ao final, os mercados e soluções antes invisíveis passam a competir com os tradicionais.

¹²⁹ ANDERSON, Chris, op. cit. p. 144.

¹³⁰ “Now, in a new era of networked consumers and digital everything, the economics of such distribution are changing radically as the internet absorbs each industry it touches, becoming store, theater, and broadcaster at a fraction of the traditional cost. Think of these falling distribution costs as a dropping waterline or a receding tide. As they fall, they reveal a new land that has been there all along, just underwater. These niches are a great uncharted expanse of products that were previously uneconomic to offer. Many of these kinds of products have always been there, just not visible or easy to find. They are movies that didn’t make it to your local theater, the music not played on the local rock radio station, the sports equipment not sold at Wal-Mart. Now they’re available, via Netflix, iTunes, Amazon, or just some random place Google turned up. The invisible market has turned visible.” (ANDERSON, Chris, op. cit. p. 6)

Essa nova estrutura de custos possibilita também um aumento exponencial do alcance do mercado como um todo. Embora cada um desses pequenos nichos possa atingir apenas poucos potenciais consumidores, o conjunto desses pequenos mercados cuja exploração se torna economicamente viável expande dramaticamente a amplitude do mercado global, tanto no que se refere a bens quanto a agentes econômicos capazes de competir pelas escolhas de consumo. Com isso, os empresários que concorrem entre si nestes mercados de amplitude cada vez maior se veem obrigados a buscar constantemente novas formas de diferenciação, dentre as quais se destaca a publicidade mencionada no subtópico anterior e a utilização das marcas como representação de um conjunto de qualidades intrínsecas e extrafuncionais¹³¹.

O que se pretende demonstrar neste momento é que, ao final, essa modificação da estrutura de custos de produção – redução dos custos de disponibilização e aumento do custo de diferenciação via publicidade e *marketing* – se alinha à emergência do mercado de atenção mencionada no subtópico anterior e alimenta também o processo de ressignificação do consumo, na medida em que altera o modo de vida da sociedade consumista. Em ambos os casos o objetivo dos empresários é se destacar na mente e nas opções de vida dos consumidores por meio da redução dos custos globais do processo de consumo – seja de produção e comercialização dos bens ou de escolha – e, ao final, essas modificações acabam por influenciar a alteração das estruturas de mercado subjacentes.

2. Reestruturação da empresa

Se no último tópico ficou clara a mudança dos hábitos de consumo, neste se demonstrará a ocorrência de uma mudança concomitante no modo de produção e comércio de bens e serviços. Embora não se possa e nem se pretenda comprovar empiricamente neste momento uma relação de causalidade absoluta entre os fenômenos, é possível dizer ao menos que esse movimento se baseia em várias premissas comuns, em especial a alteração da estrutura de incentivos trazida com a virtualização do comércio e a emergência dos mercados de atenção e informação, o que indica uma possível correlação entre ambos.

¹³¹ Cf. quinto tópico do primeiro capítulo desta dissertação.

Já se demonstrou brevemente no subtópico 1.2 deste capítulo que a virtualização do espaço comercial criou toda uma nova gama de agentes e mercados. Indivíduos que antes não eram capazes de oferecer bens e serviços próprios em razão dos custos proibitivos de produção e comercialização passam a fazê-lo nesse ambiente. Por outro lado, a multiplicidade desses novos pequenos agentes e mercados de nicho e o custo cada vez maior para a captação da atenção dos consumidores para seus produtos mencionado no subtópico 1.1 cria oportunidades para que outros indivíduos atuem de forma a agregar esses pequenos empresários pulverizados a um custo marginal mais baixo¹³². Esses agentes se inserem em uma posição intermediária da cadeia de consumo, entre o fornecedor de bens e serviços e o consumidor final que deles se utiliza, para assumir duas funções principais: a captação da atenção dos consumidores concentrados em um mesmo ambiente virtual e a oferta e disponibilização dos bens desses fornecedores pulverizados no espaço físico.

Utilizemos novamente o exemplo da *Sears* citado por Chris Anderson. Sua atividade de agregação, coordenação e oferta de produtos de diversos fornecedores espalhados no território americano não apenas reduziu os custos físicos de deslocamento dos bens, mas também o custo de obtenção de informações por parte dos consumidores. A partir do momento em que todos os bens comercializados estão abarcados sob o guarda-chuva da marca *Sears* e os negócios são cotidianamente firmados com essa empresa – e não diretamente com seus parceiros, reais responsáveis pela fabricação dos bens – estabelece-se entre consumidor e intermediário uma relação de confiança. No ambiente da ‘prateleira infinita’, a aparente filtragem das oportunidades entre boas e ruins pela *Sears* passa a ter valor econômico¹³³. Esta passa a ser vista não só como distribuidora de bens de terceiros, mas como sinalizadora de um padrão de qualidade dos produtos e serviços ofertados, ainda que não tenha qualquer ingerência direta sobre a sua produção.

Consolida-se, portanto, uma nova espécie de exercício de atividade empresária.

¹³² ANDERSON, Chris, op. cit. p. 88.

¹³³ “[...] in Long Tail markets – where distribution is cheap and shelf space is plentiful – the safe bet is to assume that everything is eventually going to be available. As such, in Long Tail markets, the role of filter then shifts from gatekeeper to advisor. Rather than predicting taste, post-filters such as Google measure it. Rather than lumping consumers into predetermined demographic and psychographic categories, post-filters such as Netflix’s customer recommendations treat them like individuals who reveal their likes and dislikes through their behavior. Rather than keeping things off the market, post-filters like MP3 blogs create a market for things that are already available by stimulating demand for them.” (ANDERSON, Chris, op. cit. pp. 123-124)

Se formos analisar o conceito clássico de empresa, esta seria caracterizada como a atividade de organização dos fatores de produção, com destaque para o capital e o trabalho¹³⁴. Ronald Coase, por sua vez, analisa este movimento como voltado à redução e internalização dos custos necessários à realização das mesmas atividades por meio de contratos no mercado sem a incidência de poder diretivo¹³⁵. Armen Alchian e Harold Demsetz, por outro lado, indicam que a realização de operações econômicas dentro das firmas seria baseada não na possibilidade de controle autoritário ou diretivo do empresário, mas na possibilidade de uso coletivo de recursos entre as partes envolvidas e da existência de um agente centralizado a controlar o processo¹³⁶. Por fim, Alberto Asquini menciona como elemento essencial a assunção de riscos, tanto técnico quanto econômico¹³⁷, descaracterizando como atividade empresária aquela que é exercida à custa e com o risco de terceiros¹³⁸.

¹³⁴ O conceito em questão é inclusive utilizado no Código Civil brasileiro, que indica ser empresário o agente que “*exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços*”. Na doutrina, Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira caracterizam a empresa como “*espécie de unidade de produção coletiva que se distingue das demais do mesmo gênero por três notas características: produz bens econômicos destinados à venda no mercado, seu grupo social é formado por empresário e empregados e os riscos de sua atividade são assumidos pelo empresário*” (LAMY FILHO, Alfredo; BULHÕES PEDREIRA, José Luiz [coords.]. **Direito das companhias**. 2. ed. atual. e ref. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 41). Os mesmos autores completam dizendo que “*como organização de produção, a função da empresa é criar bens econômicos mediante combinação de serviços produtivos*” (Ibid. p. 43).

¹³⁵ COASE, Ronald Harry. *The nature of the firm*. **Economica NS**, v. 5, 1937, pp. 386-405.

¹³⁶ “*It is common to see the firm characterized by the power to settle issues by fiat, by authority, or by disciplinary action superior to that available in the conventional market. This is delusion. The firm does not own all its inputs. It has no power of fiat, no authority, no disciplinary action any different in the slightest degree from ordinary market contracting between any two people. [...] Wherein then is the relationship between a grocer and his employee different from that between a grocer and his customers? It is in a team use of inputs and a centralized position of some party in the contractual arrangements of all other inputs. It is the centralized contractual agent in a team productive process – not some superior authoritarian directive or disciplinary power.*” (ALCHIAN, Armen; DEMSETZ, Harold. *Production, information costs and economic organization*. **The American Economic Review**. v. 62. n. 5. dez/1972. pp. 777-778)

¹³⁷ “*A doutrina econômica da empresa faz parte da dinâmica da economia, pois o fenômeno da produção se desenvolve necessariamente no tempo e é sobretudo em relação à variação no tempo, do resultado útil da empresa para o empresário (risco da empresa), que o trabalho organizado do empresário assume relevo econômico. O risco da empresa – risco técnico inerente a cada procedimento produtivo, e risco econômico, inerente à possibilidade de cobrir, os custos do trabalho (salários) e dos capitais (juros) empregados, com os resultados dos bens ou serviços produzidos para a troca – faz com que o empresário se reserve um trabalho de organização e de criação para determinar de acordo com adequadas previsões o modo de atuação da produção e da distribuição dos bens. É esta a contribuição típica do empresário; daí aquela especial remuneração do empresário chamada lucro (margem diferencial entre os resultados e os custos) e que constitui o motivo normal da atividade empreendedora no plano econômico.*” (ASQUINI, op. cit., pp. 110-111). O mesmo autor continua, ao falar sobre a definição de empresário prevista pelo art. 2.082 do Código Civil Italiano: “*uma atividade econômica organizada, isto é, uma atividade empresarial (organização do trabalho alheio e do capital próprio e alheio) que implica de parte do empresário a prestação de um trabalho autônomo de caráter organizador e a assunção do risco técnico e econômico correlato*” (ASQUINI, op. cit., p. 114).

¹³⁸ ASQUINI, op. cit., p. 114.

Este breve conjunto de conceitos e características tradicionais permite caracterizar a firma (empresa) a partir de sua estrutura e capacidade de organização dos fatores de produção necessários à atividade – ou seja, a partir de elementos estritamente econômicos. A preferência pela organização interna se daria em razão da maior facilidade de controle dos elementos subordinados à atividade ou pelos menores custos envolvidos nesse processo. Da mesma forma, a preferência pela centralização da atividade decorreria do fato de que os resultados seriam potencialmente melhores do que aqueles obtidos caso as mesmas relações estivessem pulverizadas entre diversos agentes e fossem realizadas de uma forma não-contínua por meio de negociações constantes no mercado.

Outras formas de organização dos fatores de produção vêm, contudo, se consolidando como mais eficientes do que os modelos tradicionais que basearam as análises em questão. Basta ver os modelos de produção e distribuição baseados na experiência da *Sears*: não há organização interna a lhe atribuir poder diretivo, nem controle total e absoluto sobre a operação dos fornecedores a ela coligados, e ainda assim essa estrutura tem permitido altos ganhos a todos os envolvidos. Considerando-se especialmente a redução nos custos de transmissão de informações e bens mencionada no subtópico 1.2 deste capítulo e a força jurídica atribuída aos contratos que regem suas relações com terceiros, atualmente é possível dizer que atividades empresárias podem ser estruturadas apenas por meio de contratos externos à firma, bastando que um agente se responsabilize pela intermediação e coordenação desses vários *inputs*. Nenhuma das atividades operacionais precisa ser centralizada de forma absoluta. A produção pode ser realizada fora da firma tradicional e adquirida mediante contratos firmados com um ou mais fornecedores. A distribuição, por sua vez, pode ser transferida total ou parcialmente aos varejistas, não havendo necessidade de atuação própria. Nestas hipóteses, a cadeia de consumo linear clássica se transforma em uma rede horizontalizada, na qual diferentes parcelas do processo de produção são pulverizadas entre diversos agentes especializados. O risco econômico permanece, contudo, com o agente intermediário ou coordenador, que deverá pautar suas decisões gerenciais e seus contratos com os fornecedores autônomos na demanda percebida junto ao mercado consumidor.

Há, portanto, um descolamento entre a ideia clássica da firma no sentido econômico e as atividades exercidas por esses novos agentes intermediários, o que demanda uma reinterpretação do conceito de empresa enquanto centro de imputação de obrigações. Tal mudança de paradigma fica ainda mais clara quando se analisam alguns dos principais complexos de organização empresarial do mundo contemporâneo.

2.1. O mercado e as redes empresariais

2.1.1. Indústria tradicional

Indústrias, atacado e varejo foram por algum tempo os polos inicial, intermediário e final da atividade empresarial em sentido estrito. As primeiras cuidavam da transformação de matérias-primas em produtos acabados, enquanto as demais completavam a cadeia ao providenciar a distribuição e a venda aos destinatários finais. Esse ciclo era composto de agentes linearmente encadeados: um agente produz, alguns distribuem, outro vende e, ao final, um último consome o bem. Cada uma dessas etapas possuía valor próprio dentro do processo e o agregava ao preço a ser cobrado do agente imediatamente subsequente, de modo a obter os rendimentos econômicos para os quais foram criadas.

Com o tempo, essa estruturação passou a ser insustentável para alguns agentes. A evolução tecnológica, as maiores facilidades para a entrada de novos agentes nos mercados virtuais globais e a comoditização crescente dos bens de mercado potencializam o aumento do número de concorrentes e da quantidade de bens similares disponíveis, o que gera uma tendência de redução dos preços competitivos em razão do aumento exponencial da oferta. Por outro lado, a globalização dos mercados aumenta a demanda potencial de cada agente sem, contudo, aumentar a demanda total, estimulando o crescimento de conglomerados empresariais transnacionais que, por sua vez, tendem a obter benefícios de escala em sua produção concentrada e massificada e a poder competir em níveis mais baixos de preço.

Existem, portanto, pressões de todos os lados. De um lado, os consumidores exigem mais valor a um custo cada vez menor, e a alta concorrência os favorece neste sentido. Por outro, os fornecedores buscam cada vez mais vendas e mais mercados, ainda que para tanto precisem vender seus bens a um preço individual mais reduzido, pois um grande volume de operações – por exemplo, em situações de monopólio ou baixa concorrência – pode levar a um lucro tão ou mais relevante do que em uma situação alternativa de preços mais elevados. Essas forças promovem, por sua vez, uma alteração das estruturas empresariais de forma a tornar mais eficiente o processo para estes agentes.

Segundo Naomi Klein, “*os departamentos de marketing encarregados do gerenciamento de identidades de marca começaram a ver seu trabalho como algo que acontece não em conjunção com a produção da fábrica, mas em competição direta com*

ela”¹³⁹. Para reduzir o custo final da produção, as empresas passam a se livrar desse fardo: transferem essa parcela do processo a terceiros sobre os quais se pode, ainda assim, exercer controle, ainda que de forma contratual. E, enquanto a estes novos parceiros é repassada a mera possibilidade de obter o lucro decorrente da venda em lotes dos bens físicos a esse agente organizador que se coloca em posição intermediária, este último transfere o seu foco de atuação para uma só função: criar valor abstrato para a atividade e, com isso, potencializar a captação do excedente econômico da relação com o consumidor final¹⁴⁰.

Para tanto, substituem-se as estruturas fabris inchadas por grandes redes de fornecimento e distribuição integradas por diversos agentes operacionais e às quais, ao final, se agrega a marca do agente fomentador (e intermediário) como forma de identificá-la frente aos consumidores. A integração vertical é substituída pelas redes empresariais, mais horizontalizadas e formadas por vínculos contratuais autônomos e parcialmente interligados, sem a necessidade da caracterização de *affectio societatis* entre os agentes ou da criação obrigatória de estruturas maciças de controle e organização. Com isso, dentro deste processo os construtores de marca passam a ser “*os novos produtores primários em nossa chamada economia do conhecimento*”¹⁴¹ uma vez que, mesmo situados em posição intermediária, ainda assim controlam todo o processo. Veja-se o exemplo da *Tommy Hilfiger*¹⁴²:

A Tommy Hilfiger, enquanto isso, está menos no negócio de fabricação de roupas do que no negócio de assinar seu nome. A empresa funciona inteiramente por meio de acordos de licenciamento, com a Hilfiger delegando todos os seus produtos a um grupo de outras empresas: a Jockey International produz roupas íntimas Hilfiger, a Pepe Jeans London produz Jeans Hilfiger, a Oxford Industries faz camisetas Tommy, a Stride Rite Corporation seus calçados. O que a Tommy Hilfiger fabrica: absolutamente nada.

¹³⁹ KLEIN, op. cit. p. 219.

¹⁴⁰ “Depois de estabelecer a ‘alma’ de suas corporações, as empresas de supermarcas estão se livrando de seus embaraçosos corpos, e nada parece mais embaraçoso, mais repugnantemente corpóreo, do que as fábricas que fazem seus produtos. O motivo para essa mudança é simples: construir uma marca é um projeto extraordinariamente dispendioso, que precisa de constante gerenciamento, vigilância e reabastecimento. [...] De acordo com essa lógica, as corporações não devem gastar seus recursos finitos em fábricas que exigirão manutenção física, em máquinas que sofrerão corrosão ou funcionários que certamente envelhecerão e morrerão. Em vez disso, elas devem concentrar seus recursos nos elementos utilizados para construir suas marcas; isto é, patrocínios, embalagem, expansão e publicidade. Elas devem também gastar em sinergias: comprar canais de distribuição e varejo para levar sua marca às pessoas” (KLEIN, op. cit. p. 220)

¹⁴¹ KLEIN, op. cit. p. 220

¹⁴² KLEIN, Naomi. op. cit. pp. 48-49.

O processo se torna, assim, autofágico. Neste ambiente de bens de consumo comoditizados e alta competição, a criação de valor em outras frentes que não o preço se torna imperativa. Para potencializar seus lucros, esse agente intermediário e responsável pelo cultivo da marca e da imagem da rede repassa integralmente agente operacionais o ônus de agir em um mercado secundário extremamente competitivo, de altos custos e de baixo valor agregado, ao qual estão relegados aqueles agentes incapazes de criar uma identidade própria reconhecida e valorizada pelos consumidores. Seu custo de atuação é então concentrado no *marketing* e recuperado posteriormente no momento da fixação do preço destes elementos abstratos a serem agregados aos bens físicos e vendidos aos consumidores como forma de diferenciação imaterial dos bens comercializados. Ao final, a indústria de massa acaba engolida pela própria ideia que cultivou¹⁴³ e o aparente inchaço das corporações empresariais culmina, na realidade, em um encolhimento estrutural interno dos principais *players*, substituído por um aumento da organização estritamente contratual e externo¹⁴⁴.

Trata-se do modelo-padrão atual em vários ramos de atividade. No mercado de tecnologia, a *Foxconn* é uma empresa taiwanesa com operação no Brasil que, segundo seu próprio sitio eletrônico¹⁴⁵, “*é o principal fornecedor de design, desenvolvimento, manufatura, montagem e serviços de pós-venda para líderes globais de computadores, comunicação e entretenimento*”. É a responsável pela fabricação de *iPhones* e outros produtos *Apple* ao redor do mundo, tendo inclusive operado por algum tempo no Brasil¹⁴⁶. Também fabrica aparelhos eletrônicos para a *Sony (PlayStation)* e para a *Amazon (Kindle)*, sem fazer parte da estrutura societária de nenhum desses agentes.

¹⁴³ “*A ideia tem uma certa simetria: uma vez que a produção em massa criou a necessidade do branding, seu papel foi crescendo em importância até que, mais de m século e meio depois da Revolução Industrial., ocorreu a essas empresas que talvez o branding pudesse substituir completamente a produção*” (KLEIN, op. cit. p. 221)

¹⁴⁴ “*Desse modo, a onda de fusões no mundo corporativo dos últimos anos é um fenômeno ilusório: elas parecem gigantes, ao unir suas forças, tornando-se cada vez maiores. A verdadeira chave para compreender essas mudanças está em perceber que de várias formas cruciais – mas não em relação a seus lucros, é claro – essas empresas pós-fusão na verdade estão encolhendo. Sua grandeza aparente é simplesmente o caminho mais eficaz para alcançar sua verdadeira meta: livrar-se do mundo das coisas*” (KLEIN, op. cit. p. 28)

¹⁴⁵ <http://foxconn.com.br/site/>. Acesso em 24.12.2018.

¹⁴⁶ BARBOSA, David. O ambicioso projeto da Foxconn que não decolou no Brasil. *Exame*. 04 out 2017. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/negocios/o-ambicioso-projeto-da-foxconn-nao-decolou-no-brasil/>. Acesso em 24.12.2018.

A *Natura*, por sua vez, faz o caminho inverso no mercado de cosméticos¹⁴⁷. Embora possua fábricas próprias no Brasil, no exterior sua produção é realizada por outras empresas como a colombiana *Prebel*, que também fabrica produtos para sua concorrente *Avon*, além de outras empresas como *Unilever*, *Procter & Gamble* e *Kimberly-Clark*¹⁴⁸. Mais uma vez, a produção é delegada e o *marketing* concentrado.

Fica clara, portanto, a mudança de paradigma nos processos ligados à indústria de bens de consumo massificados. A produção passa a ser realizada por agentes autônomos e não necessariamente se restringe a apenas uma marca, tornando-se despersonalizada e *on demand*. Dada a impessoalidade do processo de produção, uma mesma fábrica pode até mesmo produzir de forma concomitante bens concorrentes entre si. E, por outro lado, os agentes coordenadores dessas cadeias agregam suas marcas – e, conseqüentemente, suas qualidades intrínsecas mencionadas no primeiro capítulo dessa dissertação – a esses bens insípidos e genéricos que saem das linhas de produção, responsabilizando-se por sua diferenciação no momento do contato com o consumidor final.

Neste novo paradigma, como a terceirização da produção e da distribuição dos produtos se torna uma alternativa viável e menos custosa em relação à instalação de fábricas próprias, é possível até mesmo falar no surgimento de incentivos econômicos para a transferência total da produção entre países em que os custos de produção sejam distintos, desde que se mantenham os esforços de *marketing* em um ambiente transnacional. Não importa onde o produto seja feito: basta que seja possível que chegue ao consumidor com baixo custo de produção e alto valor agregado.

Mais uma vez, Naomi Klein explica bem o fenômeno¹⁴⁹:

“[...] É por isso que muitas empresas estão agora afastando-se completamente da produção. Em vez de fabricarem elas mesmas os produtos, em suas próprias fábricas, as ‘exploram’, como as corporações nos setores de recursos naturais exploram urânio, cobre ou madeira. Elas fecham as fábricas que já existem, transferindo a produção para fábricas terceirizadas, principalmente no exterior. E quando os velhos empregos voam para fora do país, algo mais está voando com eles:

¹⁴⁷ PEREIRA, Vivian. *Natura amplia logística e produção para crescer no Brasil e AL*. **G1**. Economia e Negócios. 27 out 2010. Disponível em: <http://g1.globo.com/economia-e-negocios/noticia/2010/10/natura-amplia-logistica-e-producao-para-crescer-no-brasil-e-al.html>. Acesso em 24.12.2018.

¹⁴⁸ <http://ftp.prebel.com.co/NuestraCompa%C3%B1a/NuestraHistoria.aspx>. Acesso em 24.12.2018.

¹⁴⁹ KLEIN, op. cit. pp. 221-226.

a ideia obsoleta de que um fabricante é responsável por sua própria força de trabalho. [...]

De El Paso a Pequim, de San Francisco a Jacarta, de Munique a Tijuana, as marcas globais estão transferindo a responsabilidade pela produção a terceiros; elas apenas dizem a eles para fazer essa porcaria, e que façam barato, assim sobre muito dinheiro para o *branding*. E que façam barato mesmo. [...]

Para algumas empresas, um fechamento de fábrica ainda é uma decisão direta de transferir suas instalações para um local mais barato. Mas para outras – particularmente aquelas com fortes identidades de marca, como a Levi Strauss e a Hanes – as demissões são somente a manifestação mais visível de uma mudança muito mais fundamental: uma mudança menos relacionada com onde produzir do que com como produzir. Ao contrário de instalações de produção que saltam de um lugar para outro, essas fábricas jamais se rematerializarão. A meio vôo, elas se metamorfoseiam em algo completamente diferente: “pedidos” a serem cumpridos por uma empresa contratada, que pode por sua vez repassar esses pedidos a outras dez subcontratadas, que – particularmente no setor de vestuário – podem por sua vez repassar uma parte de seus contratos a uma rede de profissionais que trabalham em casa, que atenderão às encomendas em porões ou salas de estar. [...]

Cada vez mais, as multinacionais de marca – Levi’s, Nike, Champion, Wal-Mart, Reebok, The Gap, IBM e a General Motors – insistem que são apenas como qualquer um de nós: caçadores de pechinchas em busca do melhor negócio no shopping global. Elas são consumidores muito exigentes, com instruções específicas relacionadas com projeto sob encomenda, matéria-prima. Prazos de entrega e, mais importante, a necessidade dos preços mais baixos possíveis.

Fica claro, portanto, que não se trata de um fenômeno temporário. Trata-se de mudança estrutural no mundo empresarial global. Embora o componente ‘risco’ da empresa se mantenha, altera-se completamente a forma de gerenciamento dos demais fatores de produção. A integração vertical da cadeia de consumo e a internalização do processo produtivo é substituída por uma divisão de funções baseada em redes de acordos aparentemente horizontais entre empresas supostamente autônomas mas que, como se verá em momento posterior desta dissertação, no fundo ainda possuem grande carga de verticalidade em razão do notório poder diretivo – ainda que contratual – do agente coordenador que se coloca na posição intermediária entre a produção e o consumidor.

2.1.2. *Marketplace* no comércio digital

O mesmo processo anteriormente citado também foi impulsionado no comércio, especialmente em vendas realizadas por encomenda.

Conforme já citado anteriormente nesta dissertação, segundo Chris Anderson¹⁵⁰ a pioneira na criação de um espaço de negócios (*marketplace*) para a venda de produtos de terceiros teria sido a empresa americana *Sears*. Ainda no século XX esta empresa teria percebido que o fato de a venda à distância feita por catálogos não demandar a entrega imediata do bem solicitado permitia que a vendedora providenciasse o bem em questão apenas após o pedido, reduzindo a necessidade de estoques físicos e de sua constante adequação à demanda de cada local. Além disso, partindo também do pressuposto de que a entrega seria feita pelo correio, reconheceu-se também a desnecessidade de o produto ser enviado de seus próprios armazéns, podendo ser despachados inclusive por terceiros. Conseqüentemente, passou a empresa a recrutar diversos pequenos empresários cujos produtos seriam anunciados em seus catálogos e, a cada pedido que envolvesse esses bens, providenciariam por conta própria o envio imediato destes ao consumidor, pagando à *Sears* uma comissão pelas vendas realizadas. Em outras palavras, seu estoque passou a ser predominantemente virtual, o que revolucionou o mercado da época.

Este processo parte dos mesmos princípios demonstrados no início deste capítulo e segue o mesmo caminho da indústria tradicional: a busca pela redução de custos do fornecedor (produção e distribuição) e do consumidor (escolha) somadas à ressignificação do consumo e a reestruturação dos processos de produção e distribuição derivadas da evolução das tecnologias ligadas à informação levam a uma alteração nos incentivos existentes para a atuação dos diferentes *players* do mercado. Estes, por sua vez, verificam a possibilidade de otimização de seus ganhos por meio da realização de empreendimentos conjuntos (*joint-ventures*) estruturados contratualmente no mercado *spot* (instantâneos e constantemente renegociados) ou por meio de contratos de colaboração, sem que percam a sua individualidade enquanto empresas. E, com a evolução da tecnologia e o surgimento do comércio digital, o modelo em questão foi aperfeiçoado por outras empresas.

Vários modelos de negócio ligados ao comércio eletrônico de bens de segunda mão se basearam nesses elementos: *eBay*¹⁵¹, *MercadoLivre*¹⁵² e *OLX*¹⁵³ para as transações de bens de

¹⁵⁰ ANDERSON, Chris. *The long tail: why the future of business is selling less of more*. Nova Iorque: Hachette Books, 2008.

¹⁵¹ <https://www.ebay.com/>. Acesso em 24.12.2018.

¹⁵² <https://www.mercadolivre.com.br/>. Acesso em 24.12.2018.

¹⁵³ <http://www.olx.com.br/>. Acesso em 24.12.2018.

consumo em geral, *WebMotors*¹⁵⁴ e *iCarros*¹⁵⁵ para automóveis, *Zap*¹⁵⁶ e *QuintoAndar*¹⁵⁷ para imóveis, *Estante Virtual*¹⁵⁸ para livros, *Enjoei*¹⁵⁹ para roupas, dentre outros. Em todos esses casos existe uma plataforma única e profissional de negócios, cuja operação é centralizada por um agente coordenador que faz uso de produtos e serviços oferecidos por terceiros, não necessariamente empresários, e obtém ganhos econômicos com essa intermediação através de comissões ou contraprestações fixas. Esses indivíduos pulverizados nem sempre seriam capazes de operar por conta própria e, dada essa intervenção do agente empresário centralizador, passam a ser integrados temporariamente ao mercado.

Para além dessas empresas do mercado secundário, grandes agentes econômicos no mercado primário do comércio eletrônico como *Amazon*¹⁶⁰, *AliExpress*¹⁶¹, *Submarino*¹⁶² e *Netshoes*¹⁶³ também perceberam as vantagens da negociação *on demand* em rede e a possibilidade de redução de seus custos de operação. Operam de forma similar à *Sears*, alterando apenas o veículo de transmissão de informações: antes o catálogo, agora a internet. Assim, para além da venda de bens e serviços estocados em armazéns e centros de distribuição próprios, agindo assim como comerciantes *stricto sensu*, passaram a também intermediar em suas plataformas *online* a venda de produtos de outros agentes empresários pulverizados e cujo alcance originário é limitado – o chamado *marketplace* digital – em transações denominadas de *e-commerce* centralizado ou B2B2C (*business to business to consumer*). Para tanto, disponibilizam suas plataformas digitais de comércio, seu nome e credibilidade e até mesmo se responsabilizam eventualmente por processos secundários (pagamentos, entrega) como forma de: (i) aumentar seu alcance de mercado com custos mínimos; e (ii) atrair e manter a atenção do consumidor em um só local por meio da disponibilização de diversas opções e alternativas em uma mesma plataforma.

¹⁵⁴ <https://www.webmotors.com.br/>. Acesso em 24.12.2018.

¹⁵⁵ <http://www.icarros.com.br/principal/index.jsp>. Acesso em 24.12.2018.

¹⁵⁶ <https://www.zapimoveis.com.br/>. Acesso em 24.12.2018.

¹⁵⁷ <https://www.quintoandar.com.br/>. Acesso em 24.12.2018.

¹⁵⁸ <https://www.estantevirtual.com.br/>. Acesso em 24.12.2018.

¹⁵⁹ <https://www.enjoei.com.br/>. Acesso em 24.12.2018.

¹⁶⁰ <https://services.amazon.com.br/venda-na-amazon/beneficios.html>. Acesso em 24.12.2018.

¹⁶¹ <https://pt.aliexpress.com/>. Acesso em 24.12.2018.

¹⁶² <https://www.submarino.com.br/landingpage/venda-no-submarino>. Acesso em 24.12.2018.

¹⁶³ <http://www.netshoes.com.br/marketplace/>. Acesso em 24.12.2018.

Surgem também outros agentes que não possuem qualquer estoque ou operação próprios e visam essencialmente realizar a intermediação de negócios entre consumidores finais e outros agentes empresários. Empresas como *iFood*¹⁶⁴, *SpoonRocket*¹⁶⁵, *DeliveryMuch*¹⁶⁶ e *UberEATS*¹⁶⁷ não só realizam a aproximação entre consumidores e restaurantes mas também operacionalizam também o pagamento *online* e a entrega dos pedidos, ainda que não atuem diretamente no ramo de alimentação. Diferenciam-se, portanto, das grandes empresas mencionadas no parágrafo anterior, que realizam tanto a comercialização de produtos dos próprios estoques quanto a intermediação da venda de produtos de terceiros. Aproximam-se, por outro lado, do modelo de negócio das empresas que exercem a intermediação no mercado secundário. Trata-se de uma forma ainda mais pura de *marketplace* digital, cujo modelo de negócio se resume ao espaço de vendas, à atratividade e às facilidades por ele criadas. Seu objetivo principal não é criar bens e coloca-los no mercado, mas prestar serviços periféricos e, principalmente, criar valor para si e para os parceiros. Como não possuem produtos próprios, financiam suas operações exclusivamente por meio de taxas cobradas dos parceiros ou dos consumidores sobre cada venda realizada.

Assim como na indústria, os comerciantes que atuam no ambiente digital também passam a se utilizar das operações em rede: um agente econômico principal centraliza a operação de vendas de bens disponibilizados por diversos outros agentes autônomos menores e pulverizados como forma de obter economias de escala no processo, aumentar capilaridade das ofertas e facilitar a captação de clientes. Centralizam seus esforços no *marketing* e na captação de parceiros que se responsabilizem pela operação principal de onde surgirão os produtos e serviços a serem comercializados. Os agentes menores captados, por sua vez, se aproveitam do alto fluxo de potenciais consumidores nos estabelecimentos virtuais desses intermediários para tentar viabilizar negócios que não ocorreriam em sua base própria, aumentando o lucro de sua atividade sem grandes investimentos ou riscos.

Existem duas explicações econômicas razoáveis para este processo, ambas já demonstradas brevemente no início deste segundo capítulo.

¹⁶⁴ <https://www.ifood.com.br/>. Acesso em 24.12.2018.

¹⁶⁵ <https://www.spoonrocket.com.br/>. Acesso em 24.12.2018.

¹⁶⁶ <https://www.deliverymuch.com.br/>. Acesso em 24.12.2018.

¹⁶⁷ <https://www.ubereats.com/>. Acesso em 24.12.2018.

A primeira está ligada à redução dos custos da operação. Os empresários coordenadores já estabelecidos no ambiente virtual possuem um custo irrisório para agregar novos produtos de terceiros ao estoque disponibilizado em sua plataforma. Ao aumentar seu estoque com esses bens, elevam também por consequência a probabilidade de que eventuais buscas sejam direcionadas ao seu estabelecimento virtual. E, ao final, ganham todos: o fornecedor que realiza a venda e o intermediário que a potencializa e recebe comissões proporcionais ao volume intermediado. Ou seja, os benefícios são mútuos e o processo é constantemente retroalimentado. Quanto mais parceiros e maior o estoque virtual, maior a probabilidade de as buscas serem direcionadas ao intermediário, o que atrai ainda mais parceiros em busca da atenção então captada.

Por outro lado, o ambiente virtual potencializa outra espécie de custos que, ao final, demandam investimento do fornecedor para sua minimização: o custo psicológico de busca do consumidor. Em existindo um considerável número de agentes a disputar uma mesma fatia do mercado virtual, ao buscar determinado bem neste ambiente o consumidor é inundado com múltiplas ofertas similares. Elevam-se com isso os custos do processo de consumo já mencionados no terceiro subtópico do primeiro capítulo desta dissertação, em especial os custos de busca. A credibilidade estabelecida pelos intermediários responsáveis e por sua plataforma de vendas age, portanto, como forma de reduzi-los novamente, na medida em que a credibilidade estabelecida pelo nome do responsável pelo *marketplace* – seja pelo sucesso de operações anteriores ou até mesmo pela aparência de qualidade estimulada pela publicidade – centraliza as lembranças e as expectativas dos consumidores.

Mais uma vez o processo operacional dá lugar ao *marketing* enquanto foco da atividade empresária. Assim como havia ocorrido na indústria com a criação e a produção, separam-se também no comércio os processos de oferta e disponibilização dos bens. Os agentes envolvidos permanecem ligados, contudo, em estruturas contratuais não necessariamente verticalizadas, sendo possível até mesmo que a um fornecedor local seja viável oferecer os mesmos bens produzidos por meio de vários intermediários e plataformas distintos. Os agentes por elas responsáveis, por sua vez, competirão entre si no mercado de atenção, devendo para tanto construir uma reputação positiva capaz de atrair os consumidores. E, neste ponto, as marcas se tornam relevantes no processo como forma de definição das expectativas e captação de potenciais clientes.

2.1.3. Franquia

Se a fragmentação e pulverização das cadeias tradicionais de consumo ligadas a produtos demonstradas nos dois subtópicos anteriores podem ser vistas como um sintoma de uma nova estruturação empresarial despersonalizada, é possível dizer que o aumento das franquias empresariais é uma das consequências correlatas no mercado de serviços. Naomi Klein demonstra bem esse novo panorama de negócios ao indicar que “*tecnicamente, uma franquia é de propriedade do franqueado, mesmo que cada detalhe da loja – do letreiro suspenso na fachada à temperatura do café – seja controlado por um chefe a centenas ou milhares de quilômetros de distância*”¹⁶⁸.

Por outro lado, o conceito legal estabelecido pelo artigo 2º da Lei 8.955/1.994 estabelece como franquia empresarial:

[...] um 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 negócio ou sistema operacional desenvolvidos ou detidos pelo franqueador, mediante remuneração direta ou indireta, sem que, no entanto, fique caracterizado vínculo empregatício.

A Associação Brasileira de Franchising (ABF) divulgou em 2018 um ranking das cinquenta maiores franquias nacionais em número de unidades referente ao ano de 2017¹⁶⁹. No topo da lista se encontra uma empresa nacional ligada à venda de cosméticos e produtos de beleza (*O Boticário*) com um total de 3762 unidades no país, mais de 35% a mais do que a segunda colocada (*AMPM Mini Market*). Completam o *ranking* das dez maiores outras empresas ligadas ao setor alimentício (*Cacau Show*, *McDonald's*, *BRMania* e *Dia%*) a serviços educacionais (*Kumon*, *Wizard by Pearson*) e automotivos (*JetOil* e *Lubrax*). Outras empresas de renome também constam da listagem então divulgada, como *CVC*, *Bob's*, *Havaianas*, *Fisk*, *CCAA*, *CNA*, *Chilli Beans*, *Hering*, *Localiza*, *5 à Sec*, *Microlins*, *Giraffas*, *Mundo Verde*, *Spoletto*, *Kopenhagen*, *Habib's*, *Igui*, dentre outros.

¹⁶⁸ KLEIN, op. cit. p. 155..

¹⁶⁹ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE FRANCHISING. **Perfil das 50 maiores franquias no Brasil**: marcas associadas ABF. 2017. Disponível em: <https://www.abf.com.br/wp-content/uploads/2018/01/Perfil-das-50-maiores-Franquias-no-Brasil-Marcas-associadas-ABF-2017.pdf>. Acesso em 24.12.2018.

Perceba-se que não existe uma constância nos ramos de atuação. De alimentação a ensino, passando por piscinas e pacotes de viagem, diversos produtos e serviços são oferecidos ao mercado de uma forma padronizada, embora pulverizada em diversos estabelecimentos distintos comandados por agentes diferentes e coordenados entre si. Trata-se de um modelo de negócio em que um agente (franqueador) vende a outros (franqueados) o *know-how* do mercado, o seu *modus operandi*, uma estrutura pré-moldada de atuação que envolve aspectos visuais e publicitários, processos e valores.

Sobre essa espécie de organização contratual, boa é a exemplificação feita por Paulo Furquim de Azevedo em artigo no qual trata sobre a economia dos contratos¹⁷⁰:

Em relações complexas, como o franqueamento, há a transferência, por parte do franqueador, de direitos de uso e usufruto de um ativo intangível – uma marca ou um conceito de negócio – a um franqueado que, em troca, paga taxas diversas ou contribui com ativos complementares. Nesse tipo de contrato, há diversos deveres a que as partes se sujeitam pelo período de vigência do contrato, cujo fim não é necessariamente especificado. O franqueado, por sua vez, deve respeitar estritamente o padrão de qualidade associado à marca – atendimento, limpeza, preparo do produto ou execução do serviço –, assim como, em geral, restringir suas atividades à operação desse negócio específico. O franqueador, por sua vez, tem o dever de investir em bens coletivos, do interesse da rede de franqueados, como a propaganda e desenvolvimento de novos produtos ou processos.

A escala e amplitude do negócio é viabilizada pelos franqueados, obtendo o franqueador os ganhos advindos da organização e da cessão das informações que detém. Os primeiros, por sua vez, reduzem o risco de sua operação ao se inserir no mercado com uma clientela preestabelecida, baseada no *goodwill* já consolidado pela marca vinculada ao negócio. Seguindo esta linha de raciocínio, feliz é a definição de Denis Borges Barbosa que trata o *franchising* como um “*transplante de aviamento*”¹⁷¹. Em outras palavras, os franqueadores controlam as expectativas dos consumidores e capturam o benefício econômico decorrente dessa redução dos custos de busca, enquanto os franqueados se responsabilizam pela operação. Por meio de contratos – e não por uma estrutura institucional única – ambos estabelecem contratualmente uma divisão de funções e obrigações aparentemente horizontalizada que, ao final, trará benefícios mútuos.

¹⁷⁰ AZEVEDO, Paulo Furquim de. Contratos – uma perspectiva econômica. In: SZTAJN, Rachel; ZYLBERSZTAJN, Décio. [coords.]. **Direito & Economia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 113.

¹⁷¹ BARBOSA, 2017. op. cit. p. 10.

Mais uma vez, vejamos a lição de Paulo Furquim de Azevedo¹⁷²:

Ao transferir o direito de uso e usufruto de uma marca e formato de um negócio aos seus franqueados, o franqueador tem interesse que o produto ou serviço seja oferecido segundo padrões preestabelecidos de qualidade. Esse interesse decorre dos motivos que determinam o valor da marca objeto do franqueamento.

A função econômica de uma marca é transmitir alguma informação relevante ao processo de compra, sendo o seu valor dado por esse serviço prestado ao vendedor e ao comprador. Uma marca pode se depreciar; portanto, se perder a capacidade de transmitir a informação, o que pode ocorrer se houver alguma frustração das expectativas do consumidor após o consumo. Dito de outro modo, se um consumidor escolhe um produto tendo a marca como elemento de apoio à decisão, sua experiência de consumo deve confirmar as informações sobre os atributos do produto transmitidos pela marca, caso contrário ela perde a capacidade de transmitir informações e, como consequência, perde valor. Por esse motivo, é de grande interesse do franqueador – detentor da marca e eventual prejudicado por sua perda de valor – a manutenção dos padrões de qualidade nos produtos ou serviços providos pelos franqueados.

Aos olhos do franqueado, contudo, a manutenção de um padrão de qualidade é um custo arcado, em sua maior parte, individualmente. Manter instalações limpas, utilizar-se de insumos de qualidade superior (e, portanto, mais caros), entre outros, são alguns dos requisitos para a manutenção do padrão de qualidade, cujo custo recai integralmente sobre o franqueado. Um franqueado que atende ao padrão de qualidade é diretamente beneficiado, uma vez que seus consumidores estarão propensos a retornar ao ponto de venda. O maior beneficiário, entretanto, é o franqueador, que assegura a manutenção do valor de sua marca. [...]

Ao mesmo tempo, é de interesse do franqueado que o franqueador invista em propaganda, no desenvolvimento de novos produtos e em demais serviços de apoio à sua atividade, investimentos que têm o efeito de aumentar a clientela em cada ponto de venda. No limite, essas ações poderiam ser feitas pelo próprio franqueado, o que reduziria sua dependência com relação ao franqueador. Entretanto, tanto a propaganda quanto o desenvolvimento de produtos são atividades sujeitas a fortes economias de escala, isto é, quanto maior o volume de produção, menores são os custos unitários. Há, como consequência, ganhos ao centralizar essas atividades nas mãos do franqueador, que seria então responsável por promover a marca e desenvolver novos produtos para toda a rede.

Perceba-se que o produto final a ser vendido pela rede é importante, mas a manutenção de uma qualidade constante na experiência ligada ao consumo o é ainda mais. O franqueador permanece agindo indiretamente no mercado por meio da criação dos padrões a serem observados pelos franqueados, porém não se responsabiliza pela produção ou pelo custo a ela vinculado. Foca apenas nos esforços de criação e *marketing*, capazes de agregar valor desproporcional à simples funcionalidade dos produtos e serviços finais da cadeia.

¹⁷² AZEVEDO, op. cit. pp. 116-117.

O franqueador se assemelha, portanto, ao intermediário coordenador da indústria tradicional contemporânea mencionado no subtópico 2.1.1. Age apenas indiretamente no mercado por meio da venda de dois itens principais aos seus franqueados: *know-how* do negócio e atenção dos consumidores. Responsabiliza-se, por outro lado, pelos custos correlatos de desenvolvimento e publicidade, bem como pelos processos de captação dos consumidores por meio de sua marca.

2.1.4. Planos de saúde

De acordo com a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS)¹⁷³, em março de 2017 existiam 920 operadoras de planos privados de saúde médico-hospitalares em atividade no país, sendo 780 delas com beneficiários ativos. Com relação aos planos exclusivamente odontológicos, existiriam também outras 370 operadoras cadastradas, sendo 296 ativas. Esse número pode ser considerado até baixo em se considerando a série histórica, posto que no início do século já estiveram cadastrados mais de 2.000 operadoras de planos de assistência médico-hospitalar e outras 700 ligadas a planos exclusivamente odontológicos. Dentre as marcas – ou bandeiras – mais conhecidas do público geral, destacam-se *Unimed*, *Amil*, *Bradesco Saúde*, *Golden Cross* e *Uniodonto*, todas empresas com ampla rede de prestadores de serviço em âmbito nacional e que têm como objetivo principal a intermediação de serviços de saúde entre pessoas comuns e profissionais da área, garantindo total ou parcialmente a cobertura dos custos desses atendimentos ou procedimentos.

Essa balança é administrada pela operadora, que assume o risco de mantê-la equilibrada. Da diferença entre recebimentos (dos consumidores) e dispêndios (com prestadores) surge a forma de custeio de suas atividades e o lucro – ou, eventualmente, o prejuízo – desse agente que operacionalmente falando, age apenas como coordenador do processo de aproximação contratual entre consumidores e prestadores.

¹⁷³ AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. Caderno de informação da saúde suplementar: beneficiários, operadoras e planos, jun/2017. Disponível em: http://www.ans.gov.br/images/stories/Materiais_para_pesquisa/Perfil_setor/Dados_e_indicadores_do_setor/cade_rno_informacoes_jun2017.xls. Acesso em 24.12.2018

A multiplicidade de operadoras existentes cria, por sua vez, competição entre estas dentro deste mercado de saúde suplementar. Assim como demonstrado para o ambiente do comércio virtual (*marketplace* digital), cada uma delas precisa meios de se diferenciar para captar a atenção de mais clientes, já que os prestadores (coordenados) podem ser essencialmente os mesmos. A competição estes agentes passa a ocorrer essencialmente, portanto, no mercado de atenção, cabendo a cada um deles demonstrar aos consumidores em potencial não apenas qualidades concretas de seus serviços anexos voltados à operacionalização da aproximação entre os agentes (cartões, processamento de pagamentos, entre outros), mas também qualidades abstratas – incluindo-se aqui as qualidades intrínsecas ligadas à sua imagem – de forma a captar os potenciais consumidores destes serviços.

Ficam claras, pelo exposto, duas das principais funções das operadoras de planos de saúde. A primeira é a organização dos fatores de produção, em especial o capital recebido dos consumidores e o trabalho a ser prestado pela rede conveniada. A segunda é a internalização do risco da rede, posto que é ela quem assume os prejuízos em caso de oscilação de pagamentos ou de demanda excessiva pelos serviços disponibilizados. Trata-se, portanto, de atividade empresária típica, ainda que realizada por contratos externos à firma tradicional.

Da mesma forma, assim como as demais espécies de negócio anteriormente citadas, tem-se uma situação de fragmentação da cadeia tradicional de consumo. A organização dos fatores de produção necessários à criação e disponibilização dos bens de consumo é realizada no mercado por um agente situado em posição intermediária e que, em sua essência, responsabiliza-se apenas por serviços anexos, sendo primordial a sua atuação na promoção de seus agentes coordenados e pela competição no mercado de atenção.

2.1.5. A economia do compartilhamento

Os negócios ligados à economia do compartilhamento (*sharing economy*) também podem ser inseridos nestes novos mercados estruturados em rede. Tratam-se de operações que usualmente visam a disponibilização remunerada e temporária de bens particulares de alto custo e subutilização constante, caso dos automóveis e dos imóveis. Ao paradigma tradicional de locação de imóveis e veículos próprios se sobrepõe a intermediação para o oferecimento desses mesmos bens subutilizados por terceiros.

*Uber*¹⁷⁴, *Cabify*¹⁷⁵, *Lyft*¹⁷⁶, *99*¹⁷⁷ e *Easy*¹⁷⁸ são exemplos de grandes marcas, várias delas já internacionalizadas, que viabilizam o aproveitamento de veículos particulares que estariam parados, agregando ainda o serviço de transporte a ser prestado pelo proprietário ou possuidor do veículo. Para tanto, disponibilizam gratuitamente aos potenciais usuários o sistema – normalmente, um aplicativo de celular – por meio do qual as chamadas são realizadas, estabelecem parâmetros mínimos a serem observados para adesão ao sistema, preestabelecem tanto os preços a serem cobrados quanto os valores a serem repassados aos motoristas e operacionalizam o pagamento, tomando para si parte do valor como remuneração pelo serviço de intermediação.

As empresas responsáveis pelo *AirBnb*¹⁷⁹ e pelo *HouseTrip*¹⁸⁰ operam de forma similar com imóveis, cômodos ou até espaços (sofás, camas) vazios, gerando rendimentos aos seus proprietários por meio da simples utilização de espaços ociosos por determinado período. E, dado o sucesso inicial dessas empresas, outras formas de compartilhamento e monetização de bens ociosos vêm sendo estimuladas, como é o caso da brasileira *Tem Açúcar*¹⁸¹ e da holandesa *Peerby*¹⁸² que estimulam o compartilhamento de bens móveis particulares de menor monta como furadeiras, barracas de acampamento, entre outros.

Transações temporárias de bens entre particulares não são algo estritamente novo. No entanto, esses negócios estiveram restritos a círculos pequenos, territoriais ou afetivos. Carros, escadas, furadeiras e apartamentos sempre foram compartilhados entre familiares, vizinhos ou amigos de forma direta e por períodos curtos, sem a necessidade de intermediários. Contudo, o advento da internet, a difusão do comércio eletrônico e a popularização de meios de pagamento virtuais derrubaram barreiras e facilitaram a conexão entre pessoas distantes, abrindo espaço para uma gama de novas relações – inclusive comerciais – entre estas.

¹⁷⁴ <https://www.uber.com/br/pt-br/>. Acesso em 24.12.2018.

¹⁷⁵ <https://cabify.com/pt-BR>. Acesso em 24.12.2018

¹⁷⁶ <https://www.lyft.com/>. Acesso em 24.12.2018.

¹⁷⁷ <https://99app.com/>. Acesso em 24.12.2018

¹⁷⁸ <http://www.easytaxi.com/br/>. Acesso em 24.12.2018.

¹⁷⁹ <https://www.airbnb.com.br/>. Acesso em 24.12.2018.

¹⁸⁰ <https://www.housetrip.com/>. Acesso em 24.12.2018

¹⁸¹ <http://www.temacucar.com/>. Acesso em 24.12.2018.

¹⁸² <https://www.peerby.com/>. Acesso em 24.12.2018.

Em outras palavras, as necessidades dos indivíduos não foram alteradas. Surgiram, contudo, novas alternativas para o seu suprimento. Se antes podiam ser satisfeitas apenas pela aquisição de bens e serviços no mercado primário tradicional ou B2C¹⁸³, os novos meios de comunicação viabilizam e facilitam a realização de transações sobre os mesmos bens no mercado secundário ou C2C¹⁸⁴. Reduzem também de forma drástica os custos tanto de oferta quanto de busca, conforme exposto no subtópico 1.2 deste capítulo. Há, com isso, uma alteração do equilíbrio do mercado, o que potencializa o surgimento de novos *players* que, por meio da simples organização de fatores de produção próprios e de terceiros, passaram a exercer de forma profissional a intermediação dessas operações entre consumidores.

Essa intermediação tem, contudo, suas peculiaridades.

A formatação da estrutura contratual dos negócios ligados à economia do compartilhamento permite dizer que o pretense intermediador é, na realidade, quase um ‘sócio’ do particular que compartilha seus bens. Diferencia-se, com isso, da simples atividade de venda e disponibilização de espaços publicitários para exposição de potenciais negócios entre particulares: os chamados ‘classificados’. Não há um pagamento prévio e fixo pela exposição da oportunidade de mercado, mas verdadeira parceria entre plataforma e particular para tornar o bem ocioso em bem economicamente apreciável por terceiros e, com isso, obter e dividir os lucros decorrentes das transações efetivadas. Sem a intervenção do agente empresário, o bem permanece fora do mercado.

Também não se pode falar em simples corretagem, em mera aproximação das partes interessadas em firmar determinado negócio envolvendo seus bens submetida a remuneração variável e condicionada ao sucesso da operação. A atividade do agente responsável pela plataforma de compartilhamento não se limita à operacionalização de interesses de terceiros. Cria-se, na realidade, um novo mercado próprio. As transações entre particulares apenas se submetem a uma lógica de mercado na medida em que se inserem neste ambiente de competição criado pela plataforma. Sem a conexão em rede entre proprietários e consumidores viabilizada exclusivamente por sua atuação, sem esse ambiente de trocas criado

¹⁸³ B2C é sigla utilizada para representar a expressão ‘*business to consumer*’ que, em tradução livre, representa negócios realizados de empresa para consumidor.

¹⁸⁴ C2C é sigla utilizada para representar a expressão ‘*consumer to consumer*’ que, em tradução livre, representa negócios realizados de consumidor para consumidor.

dentro do âmbito desta atividade empresária não existe o mercado de ‘compartilhamento remunerado’. Existirão, no máximo, trocas isoladas e esporádicas.

Neste sentido, a própria consolidação dessa rede de fornecedores, consumidores e bens pelo agente tido como intermediador envolve também a necessária utilização de elementos de empresa. A atividade desse intermediador é profissional e envolve a organização de fatores de produção próprios que, embora não sejam usados na atividade-fim do complexo contratual, são essenciais para a estruturação da plataforma, como a configuração do ambiente virtual necessário à conexão entre os particulares, a aquisição e manutenção de *hardware* e *software* necessários à criação do estabelecimento virtual, a operacionalização dos chamados e, eventualmente, dos pagamentos. Até mesmo o processo de captação de agentes interessados em participar da rede demanda recursos e estrutura física próprios para sua realização.

Mas, de forma ainda mais relevante, é indispensável ao sucesso do negócio a consolidação de um fundo de comércio, de um *goodwill*, de uma reputação incontestável capaz de atrair indivíduos para a rede de negócios então estabelecida dentro do ambiente criado pelo intermediador, sem a qual esse compartilhamento remunerado não poderá ocorrer. E, neste ponto, mais uma vez as marcas se destacam como elementos de convencimento e atração dos potenciais consumidores, na medida em que a adesão dos particulares a estas comunidades de trocas e prestação de serviços mútuos depende essencialmente da confiança no agente gestor da rede.

Em outras palavras, ainda que o negócio seja ultimamente firmado entre particulares, é incontestável a existência de uma força atrativa consolidada pela imagem do intermediador e pelas qualidades intrínsecas à sua marca. Exerce influência sobre o núcleo central das atividades de intermediação ligadas à economia do compartilhamento, sendo essencial ao seu próprio exercício. Sem a sua utilização talvez sequer seja viável o exercício profissional dessa atividade, dada a ausência de elementos capazes de estabelecer uma rede de confiança.

2.2. Estrutura econômica das redes empresariais contemporâneas

Várias outras espécies de negócios estruturados em rede poderiam ser citadas, como as agências de turismo, algumas espécies de incorporações imobiliárias, entre outros. No entanto, para os fins específicos deste trabalho, entende-se que as cinco espécies analisadas no

subtópico anterior – indústria tradicional, comércio via *marketplace* digital, franquias, planos de saúde e negócios ligados à economia do compartilhamento – são suficientes para demonstrar uma tendência de alteração no modelo de estrutura empresarial.

A conclusão a que se chega com base nos exemplos narrados é a de que, dada uma nova superestrutura de incentivos econômicos e na busca por maior eficiência, a atividade empresária tem se organizado de forma externa à firma tradicional tida por eficiente por Ronald Coase¹⁸⁵. E, analisando-se novamente os cinco exemplos citados, é possível identificar três principais características comuns: (i) a coligação entre as prestações de diferentes agentes; (ii) a coordenação da atividade por um agente centralizador; e (iii) a identificação da marca como identidade autônoma da rede.

2.2.1. Coligação entre prestações

O elemento mais básico identificável em todas as redes citadas é a existência de múltiplos agentes que se dividem em tarefas específicas, porém coligadas entre si, para a obtenção de um benefício comum. A atividade necessária à disponibilização de um bem no mercado não é mais praticada isoladamente. Os vários atos necessários à criação, composição, oferta e entrega do produto ou serviço final ao consumidor são pulverizados entre diversos agentes, cada um deles especializado em uma determinada função.

¹⁸⁵ Ao estudar a forma de organização empresarial e os incentivos econômicos para a criação de organizações, Ronald Coase indica que a principal razão para tal modelo é evitar a variabilidade do sistema de livre alocação de recursos baseado exclusivamente na oferta e demanda. Para o autor, ao organizar internamente os fatores de produção, o agente empresário evita oscilações de preços e controla as atividades de seus subordinados. Embora esse processo de organização interna gere custos por si só, estes seriam teoricamente menores do que os custos de busca e negociação ligados à hipótese alternativa. É o que se vê do seguinte trecho do já citado artigo sobre a natureza da firma: “*The main reason why it is profitable to establish a firm would seem that there is a cost of using the price mechanism. The most obvious cost of “organising” production through the price mechanism is that of discovering what the relevant prices are. This cost may be reduced but it will not be eliminated by the emergence of specialists who will sell this information. The costs of negotiating and concluding a separate contract for each exchange transaction which takes place on a market must also be taken into account. Again, in certain markets, e.g., produce exchanges, a technique is devised for minimizing these contract costs; but they are not eliminated. It is true that contracts are not eliminated when there is a firm but they are greatly reduced. A factor of production (of the owner thereof) does not have to make a series of contracts with the factors with whom he is co-operating within the firm, as would be necessary, of course, if this co-operation were as a direct result of the price mechanism. For this series of contracts is substituted one.* (COASE, op. cit, pp. 390-391).

Na indústria tradicional, enquanto um agente se responsabiliza pelo trabalho intelectual (criação e estratégias de *marketing*), terceiriza-se a manufatura a uma ou mais fábricas, a depender do volume de produção, podendo existir ou não contratos de exclusividade com esses agentes terceirizados. O franqueador centraliza as atividades de criação e *marketing* e delega a efetiva prestação dos serviços ao franqueado. Os planos de saúde atuam da mesma maneira com os hospitais, profissionais liberais e outros prestadores de serviço credenciados. Ou seja, existe uma separação entre os atos de criação de valor funcional (qualidades extrínsecas) e valor simbólico (qualidades intrínsecas). Muito embora os padrões de qualidade sejam estabelecidos pelos coordenadores da rede, as qualidades funcionais dos produtos e serviços são estabelecidas primordialmente pelos agentes operacionais por eles controlados contratualmente ou cuja atuação e interação com o consumidor é meramente coordenados. Por outro lado, a atividade de criação de valor simbólico baseada na imagem e no *marketing* e a captação de clientes é eminentemente concentrada nos agentes coordenadores das redes.

Nas atividades ligadas à economia do compartilhamento, embora os produtos e serviços sejam concretamente criados ou realizados pelos indivíduos semiautônomos, a captação de clientes e direcionamento dos bens disponíveis é centralizada pela empresa principal, sendo indispensável à concretização dos negócios. Neste caso, é ainda mais evidente que o valor simbólico da atividade é criado pelo agente coordenador, posto que os agentes individualizados sequer seriam parte do mercado se não fosse a plataforma então disponibilizada e promovida no mercado.

Por fim, no *marketplace* digital a relação é um pouco diversa. Uma empresa, normalmente de maior porte, se coliga a outra de menor porte para estimular as vendas desta dentro de sua própria operação. Toda a atividade de comercialização *stricto sensu* (estoque, embalagens, transporte) continua a ser operados pela empresa menor, enquanto a empresa maior assume parcialmente a operacionalização do *marketing* e da captação de clientes, bem como o recebimento de encomendas e pagamentos. Ambas exercem, contudo, atividade de empresa, assumindo de forma conjunta os riscos econômicos correlatos às suas funções e atividades intrinsecamente interligadas dentro da rede.

Não obstante pequenas diferenças, é possível destacar em todos os casos a divisão clara de tarefas entre os múltiplos agentes. No entanto, não se pode falar em autonomia plena de cada um deles. Dentro de cada uma das redes suas atuações são interdependentes, sendo partes indissociáveis da criação de valor do produto para o consumidor final. Enquanto um ou

mais agentes se responsabilizam pela operacionalização dos benefícios funcionais a serem vendidos, outros ficam responsáveis pela captura da atenção dos consumidores. Esses processos são, contudo, indissociáveis, pois a conjugação dos esforços operacionais e de *marketing* é indispensável para criar – ou, no mínimo, aumentar consideravelmente – o valor final de mercado do bem a ser colocado no mercado.

Essa estruturação das prestações e contraprestações dentro da rede estendida de consumo visa, essencialmente, reduzir custos e dividir riscos entre os agentes. Isto porque, conforme já indicado no subtópico 1.2 deste capítulo, a fragmentação e a especialização das atividades e prestações intrínsecas ao processo de consumo – oferta e disponibilização, criação e produção – promove eficiência e, com isso, permite a obtenção de benefícios de escala e escopo dentro do processo¹⁸⁶.

Considerando-se os exemplos trabalhados no subtópico 2.1, as economias de escala decorrentes da especialização de atividades são absorvidas inicialmente pelos agentes responsáveis pela parte operacional das redes empresariais contemporâneas (fábricas, pequenos produtores, franqueados, prestadores de serviço). Responsabilizam-se por apenas uma parte bem específica de todo o processo de produção – a criação dos benefícios funcionais de um determinado bem de mercado – que, por sua vez, pode interessar a diferentes redes empresariais. Com isso, permite-se a criação de benefícios de escala – e, conseqüentemente, a redução do custo básico – em razão da produção concentrada desses bens comoditizados.

Essa redução do preço de custo dos bens também beneficia, por sua vez, os agentes controladores que se responsabilizam pelos processos de oferta e disponibilização (franqueadores, planos de saúde, marketplace, aplicativos de compartilhamento). O menor

¹⁸⁶ Szwarcfiter e Dalcol apontam que economias de escala são situações de redução do custo em razão do aumento da produção de determinados bens em determinado período. Pode ser baseada na diluição do custo fixo em mais unidades produzidas, na possibilidade de obter maior poder de barganha na obtenção de maior quantidade de insumos para produção, ou no aumento da produtividade em razão do acúmulo de experiência. Os mesmos autores apontam que, não obstante esses benefícios decorrentes da especialização das atividades, a fragmentação e constante mutação dos mercados demandou que as empresas também aliassem à esses benefícios de escala a possibilidade de diversificação e flexibilização da produção. É aí que surge a ideia de benefícios de escopo, citados pelos autores como aquelas economias presentes quando a produção por uma só firma é mais interessante do que a sua pulverização em mais agentes. Isso seria viabilizado, por sua vez, pela evolução e pela automação de diversos processos que permitiriam a modificação ou adaptação mais rápida das plantas de produção às constantes e mutáveis exigências do mercado. (SZWARCFITER, Cláudio; DALCOL, Paulo Roberto. Economias de escala e de escopo: desmistificando alguns dos aspectos da transição. In: **Produção**. v.7. n.2. nov/1997. pp. 117-129. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/prod/v7n2/v7n2a01>. Acesso em 12.07.2018)

custo de aquisição primária junto aos agentes por eles coordenados demonstrado no parágrafo anterior permite que, mesmo agregando ao preço desses bens a sua remuneração, a competição no nível financeiro a ser feita no mercado final de consumo possa ser realizada em patamares mais reduzidos – leia-se, com preços mais baixos.

Por outro lado, a especialização de atividades traz também outros benefícios de escala específicos para os agentes coordenadores mencionados no parágrafo anterior. A estes caberá primordialmente a atribuição de outras qualidades baseadas no marketing ou em serviços agregados a esses bens insípidos fabricados ou oferecidos por terceiros, nos termos expostos no subtópico 3.1 do primeiro capítulo desta dissertação. Com isso, ao não se preocuparem com a produção e focarem seus esforços nas atividades de distribuição, marketing e outros serviços agregados, criam-se vantagens competitivas decorrentes da maior eficiência nos processos e da pulverização dos custos fixos em mais produtos.

A primeira conclusão a que se chega, portanto, é a de que ao menos em tese a concentração de todas as atividades – criação, produção, oferta, marketing e serviços agregados – em uma só empresa seria menos eficiente do que a pulverização do processo entre duas ou mais, dada a possibilidade de obtenção de benefícios de escala decorrentes da especialização nas diferentes partes do processo. De outro turno, a possibilidade de substituição dos fornecedores cujas atividades são comoditizadas cria benefícios de escopo consideráveis para a empresa globalmente considerada – e, em especial, para os agentes controladores, os reais responsáveis pela atividade.

Em outras palavras, a substituição da atividade empresarial interna pela externa dá ao agente coordenador a flexibilidade de que precisa para adaptar sua produção às oscilações dos mutáveis desejos dos consumidores. Praticamente todos os seus custos físicos fixos são transferidos aos agentes controlados que, por sua vez, podem ser substituídos. Diminuem, portanto, os custos de *set-up* (consolidação) e *changeover* (reestruturação) citados por Szwarcfiter e Dalcol¹⁸⁷. E, por outro lado, a diversificação das fontes de suprimento permite que o agente controlador também esteja menos sujeito a prejuízos decorrentes de possíveis falhas na produção, pois caso um dos terceirizados não consiga atender às exigências, outros podem suprir tal demanda.

¹⁸⁷ SZWARCFITER; DALCOL, op. cit. p. 121.

Ou seja, considerando-se o exposto até o momento é possível concluir que o processo de fragmentação da atividade empresária é benéfico para toda a cadeia mas, especialmente, traz benefícios para o agente controlador, pois: (i) promove benefícios de escala decorrentes da especialização de atividades em todas as fases do processo; (ii) reduz a necessidade de investimentos em estrutura por parte do controlador, diminuindo o custo direto da operação; (iii) permite uma maior flexibilização dos processos, dada a maior facilidade de substituição dos prestadores de serviços em relação à alteração de estruturas internas; e (iv) reduz o risco global da atividade, dada a possibilidade de pulverização da produção e a diminuição proporcional da influência de cada um dos controlados sobre o resultado final da operação.

2.2.2. Coordenação da atividade por um agente

Outra característica desses modelos de negócio já mencionada é a existência de um agente controlador, situado em parcela intermediária ou externa à cadeia tradicional de produção e distribuição e que se responsabiliza não só pela coordenação dos agentes operacionais, mas também pelas atividades de *branding* e *marketing*.

Ainda que as tarefas sejam divididas, em todos os casos é possível identificar um agente que coordena a atividade global da rede. Tal atividade é essencial para que se mantenha um padrão coerente de atuação, necessário à própria atividade de *marketing* conjunto a ser realizada em benefício da estrutura global. No entanto, para a obtenção dos benefícios de escala e escopo mencionados no subtópico anterior, a centralização desta atividade normalmente depende de uma consolidação de um padrão de produção para os agentes coordenados, do contrário os benefícios econômicos decorrentes da uniformidade então promovida não poderão ser vendidos aos consumidores. Preenchidos tais requisitos, as empresas-operação tendem a se concentrar no entorno da empresa-mãe para aproveitar a enorme fonte de energia que dela emana: sua imagem.

Neste sentido, é possível concluir pela existência de uma alteração na forma de constituição da firma descrita inicialmente por Coase. Como a fiscalização do resultado da operação desses agentes externos (empresas-operação) é plenamente possível – basta que sigam as orientações preestabelecidas e forneçam um produto ou serviço dentro das especificações determinadas, sob pena de punições contratualmente previstas – não é

indispensável a internalização destes dentro das organizações. Neste sentido, importante salientar que as empresas coordenadas também têm interesse nesse controle, na medida em que a sua adesão à rede lhes permite a apropriação, ainda que parcial, do valor agregado pela imagem da empresa-mãe aos seus bens. Ou seja, a coesão da rede não é baseada apenas em potenciais incentivos negativos contratuais (sanções), mas também em incentivos positivos de mercado (prêmios). A ausência de cumprimento espontâneo pode gerar prejuízos à imagem-de-marca, que tem um de seus pilares no oferecimento de consistência na qualidade dos bens a ela vinculados; e, prejudicada a marca, diminui-se o valor agregado global dos bens oferecidos, causando prejuízos à rede como um todo.

Em outras palavras, nesses novos modelos de organização em rede a opção pela centralização da atividade é baseada na possibilidade de concretização das qualidades propostas para o produto ou serviço final oferecido pela rede (aspecto material), e não mais nos custos de transação entre as partes (aspecto formal). Com isso, para a concretização desse objetivo as organizações não necessariamente se constituem de uma única pessoa ou sociedade empresária que controla internamente seus recursos e o processo de produção e disponibilização dos bens de consumo; podendo estar pulverizadas em vários agentes autônomos e contratualmente coligados entre si, bastando que visem o mesmo fim. A centralização e coordenação do controle das atividades permanece necessária à higidez dos resultados, porém não mais é necessário um sistema fechado para seu funcionamento. Os mesmos resultados podem ser obtidos em uma estrutura aberta, caracterizada por uma divisão de tarefas e resultados contratualmente regulamentada.

Por fim, retomando a teoria propugnada por Asquini e já explicitada no segundo tópico do primeiro capítulo dessa dissertação, conclui-se que os diferentes perfis da empresa por ele caracterizados – subjetivo, funcional, objetivo e corporativo – permanecem existindo, porém não estão mais necessariamente confinados em uma estrutura fechada. A empresa enquanto atividade já não mais se limita à empresa enquanto instituição jurídico-formal. Pode ser exercida no mercado aberto, fora das firmas, bastando que a coordenação desses fatores de produção seja adequadamente exercida.

3. Marca como identidade autônoma

Em resumo, toda a estrutura mencionada nos dois subtópicos anteriores se baseia na divisão de tarefas especializadas entre firmas distintas e o controle concentrado das atividades de coordenação e *marketing* por um agente externo/intermediário. Tratam-se de consequências interligadas que, por um lado, baseiam-se nos benefícios econômicos diretos decorrentes da alteração estrutural dos processos produtivos, em especial os benefícios de escala e escopo decorrentes da especialização das atividades.

Demonstrou-se também que um dos pressupostos desta modificação estrutural é a necessidade de diferenciação no mercado, sendo este um dos principais incentivos para a divisão das redes em empresas-operação e empresa-mãe. Enquanto as primeiras se responsabilizariam pela criação de diferenciais nos aspectos funcionais dos bens, a última deveria investir nos processos de *marketing* para promover a diferenciação simbólica dos mesmos produtos e serviços. Ambas se tornam responsáveis pela criação de valor agregado, ainda que em distintas fases do processo de consumo¹⁸⁸.

Para a captação desses diferenciais criados pelos dois polos da rede, já se demonstrou também que as marcas servem como atalho, vetor de comunicação, símbolo congregador dos atributos funcionais e econômicos a serem transmitidos ao consumidor. É a marca que consolida a imagem da rede. Por meio deste símbolo de mercado se permite o estabelecimento palpável e pouco custoso de um conjunto de qualidades – tanto as objetivamente verificáveis quanto as subjetivamente percebidas e construídas pelo consumidor – que serão avaliadas dentro do processo de consumo. E, especificamente nas redes empresariais contemporâneas, a marca se torna a sua identidade comercial, o centro simbólico que visa representar de modo uniforme os diferenciais trazidos por todo o processo.

¹⁸⁸ “Desde então, um seleto grupo de corporações vem tentando se libertar do mundo corpóreo dos produtos, passando fabricantes e produtos a existir em outro plano. Todo mundo pode fabricar um produto, raciocinam eles (e como mostrou o sucesso das marcas privadas durante a recessão, todo mundo fabricou). Essa tarefa ignóbil, portanto, pode e deve ser delegada a terceiros cuja única preocupação é atender às encomendas a tempo e dentro do orçamento (e o ideal é que fiquem no Terceiro Mundo, onde a mão-de-obra é quase de graça, as leis são frouxas e as isenções fiscais são obtidas a rodo). As matrizes, enquanto isso, estão livres pra se concentrar em seu verdadeiro negócio – criar uma mitologia corporativa poderosa o bastante para infundir significado a esses toscos objetos apenas assinalando-os com seu nome” (KLEIN, Naomi. op. cit. p. 46)

Ficam ainda mais claras, portanto, as duas faces da empresa estruturalmente descentralizada¹⁸⁹. A primeira, denominada *identidade de empresa*, seria eminentemente patrimonial e estática, voltada à individualização de direitos e deveres de um ou mais agentes e permitindo a definição responsabilidades que podem ser ligadas aos seus bens e direitos. A face comercial ou *identidade negocial*, por sua vez, abrangeria a atividade como um todo em seu aspecto dinâmico, independentemente da internalização (firmas) ou externalização (contratos) dos fatores de produção necessários à sua realização. E, especialmente nas redes empresariais contemporâneas, o maior foco no exercício dessa identidade negocial faz com que a marca se torne cada vez mais valiosa e autônoma.

Como já dito no primeiro capítulo, aos consumidores em potencial não importa saber sobre a estrutura de criação, importando apenas o resultado do processo. Sua escolha será baseada no conjunto de qualidades representado pela marca que, neste momento, tende a se destacar da estrutura empresarial subjacente¹⁹⁰. Ainda que também sirva como identificação de origem, passa em um segundo momento a exercer primordialmente as funções de diferenciação na concorrência e criação autônoma de valor. Neste sentido, uma marca capaz de congrega um contingente relevante de consumidores tem valor e pode ser cobiçada por outras redes que visem expandir suas atuações em determinado mercado.

O ciclo é, então, realimentado e potencializado. As marcas têm seu valor criado junto aos consumidores e, com isso, tornam-se elementos de empresa valorizados pelos próprios empresários concorrentes, que podem até mesmo optar por não desenvolver marcas próprias na medida em que podem obtê-las junto a terceiros. Por outro lado, a personalização das relações de mercado vai se substituindo pela pós-personalização¹⁹¹, na medida em que as decisões de compra passam não mais a ser baseadas em características concretas dos contratantes, mas sim nas características abstratas de um contratante formalmente genérico e materialmente simbólico. Não mais importa quem faz, mas apenas quem aparenta fazer. Com isso, a marca se destaca do agente que a fomentou e se torna um bem de mercado por si só, tão valioso quanto sua capacidade de captação e manutenção de um contingente de consumidores para os produtos que a ela sejam vinculados.

¹⁸⁹ Cf. segundo tópico do primeiro capítulo.

¹⁹⁰ Neste sentido, importante lembrar a teoria da fonte anônima desenvolvida por Frank Schechter e já mencionada no primeiro capítulo desta dissertação.

¹⁹¹ Cf. sétimo tópico do primeiro capítulo

Imagem e estrutura empresarial se tornam definitivamente autônomos, ainda que interdependentes. Não há marca sem produto, e para a criação deste último é necessária uma estrutura física ou intelectual mínima. Por outro lado, é até possível falar em estrutura sem marca, porém esta carecerá de um diferencial competitivo relevante. Neste ponto, a marca se assemelha a um parasita, na medida em que depende de um bem do mercado ao qual é vinculada para que possa criar sua essência; no entanto, pode sugar as preferências dos consumidores antes direcionadas aos seus hospedeiros para alçar voos mais altos, tornando-se autônoma e mais valiosa do que estes¹⁹². Pode nascer dentro de uma estrutura e ser transferida a outra sem prejuízo, bastando que o padrão de produção se mantenha.

Conclui-se, portanto, que a autonomia da marca é tanto fonte quanto consequência do processo de pulverização da atividade empresária em redes contratuais. Inicialmente o estimula, a partir do momento em que a imagem dos produtos e serviços se torna um dos principais fatores do processo de diferenciação dentro dos mercados de atenção. Por outro lado, essa independência é potencializada na medida em que a pulverização da atividade empresária em redes contratuais faz com que a origem identificada pela marca se torne definitivamente ficta, assumindo esse processo de identificação estrutural uma função secundária dentro do processo de pós-personalização. Com isso, a marca enquanto símbolo de informação aos consumidores e diferenciação na concorrência se torna, por outro lado, um bem de mercado em si mesma, a ser transacionado entre grandes conglomerados empresariais por valores superiores à estrutura operacional a ela subjacente.

Até mesmo o agente coordenador de uma determinada rede, antes piloto, pode passar a ser também passageiro. Se inicialmente se podia falar em impessoalidade e fungibilidade das empresas-operação dentro das redes empresariais, o processo se intensifica e toda a estrutura empresarial subjacente à marca se torna fungível. Destaca-se a marca de seu criador, bastando que eventual receptor continue seguindo os parâmetros de qualidade previamente estabelecidos e já internalizados pelos consumidores. Passam a se caracterizar como identidades comerciais impermanentes, atuando de forma precária até que sejam extintas ou que passem às mãos de outro empresário. No entanto, independentemente da estrutura a que esteja vinculada sua função precípua continua sempre intocável: a persuasão dos consumidores por meio da representação de qualidades ligadas ao símbolo.

¹⁹² Cf. BEEBE, 2004. p. 625.

4. Conclusões parciais

O objetivo deste segundo capítulo era identificar modificações na estrutura tanto cognitiva quanto estrutural do processo de consumo para que, ao final, se pudesse justificar a proeminência cada vez maior da marca como elemento de diferenciação na concorrência e, em especial, como fonte autônoma de valor.

Para tanto, inicialmente foi apresentada a existência de um processo de ressignificação do consumo a partir da emergência de um mercado paralelo de atenção. Neste ponto, tratou-se do fenômeno da naturalização da publicidade e da transformação paulatina dos hábitos da sociedade em torno do consumo, baseada nos ‘almoços-nem-tão-grátis-assim’. E, ao final desta primeira análise, demonstrou-se que esses fenômenos estimularam investimentos cada vez maiores em *marketing*, posto que necessários para a simples colocação dos empresários como alternativas viáveis e ao alcance da atenção dos consumidores.

Demonstrou-se também que a evolução tecnológica e a emergência de um ambiente digital de transações reduziram barreiras à entrada nos mercados tradicionais, permitindo o aumento da concorrência dentro da chamada ‘era da prateleira infinita’. Este processo, por sua vez, também contribuiu para a comoditização de determinados bens e serviços e para a necessidade cada vez maior de diferenciação simbólico-imagética entre os competidores, dadas as dificuldades de se competir em aspectos funcionais ou com base no preço.

De forma correlata, indicou-se a ocorrência concomitante de alterações sobre estruturas empresariais tradicionais – por exemplo, a descentralização da cadeia clássica de produção ou a centralização via *marketplace* de negócios antes pulverizados – e a criação de novas estruturas voltadas ao cumprimento de funções específicas decorrentes destes novos paradigmas de mercado como, por exemplo, a emergência de novos negócios ligados à economia do compartilhamento. Nestas novas estruturas empresariais em rede, dentre as quais se incluem também as franquias e os planos de saúde, separam-se os processos materiais (produção e distribuição) e imateriais (criação e oferta) entre diferentes agentes, em um processo de especialização voltado à redução de custos e, especialmente, ao estabelecimento de uma imagem-de-marca adequada, forte e visível, capaz de atrair as decisões dos consumidores com base em elementos imateriais e abstratos.

Foi exposto, por fim, que essa proeminência cada vez maior das marcas no processo de consumo cria ainda mais incentivos para o investimento em *marketing* como forma de

diferenciação e captação de consumidores, bem como que essa centralização simbólica da identidade comercial se torna relativamente alheia à própria estrutura patrimonial das empresas a ela subjacente, fixando-se na marca que, por sua vez, se torna autônoma em relação ao seu criador, retroalimentando o sistema e gerando um vínculo ainda mais forte entre o consumidor a elas exposto e as informações por ela representadas.

Agregando-se a estes elementos as conclusões apresentadas no primeiro capítulo conclui-se que, enquanto fonte e vetor de informações, a marca continua a exercer a função econômica para a qual foi estabelecida, ainda que dentro de estruturas empresariais distintas. No entanto, essa modificação de sua posição no complexo contratual-empresarial pode criar problemas no que tange à caracterização de obrigações e responsabilidades dentro do processo de consumo. É o que se analisará no próximo capítulo.

Capítulo III – Tutela jurídica da persuasão baseada na marca

Os dois primeiros capítulos apresentam um par de novos paradigmas correlacionados entre si nas relações de mercado contemporâneas: a ascensão da marca enquanto elemento relevante do processo de consumo e a pulverização da cadeia tradicional de consumo em redes empresariais. Separam-se definitivamente a criação de valor concreto (produção) e abstrato (oferta), dividindo-se tais processos entre diferentes agentes especializados e coligados contratualmente com o objetivo de se conseguir maior eficiência para a rede.

A conjugação desses fenômenos promove, por outro lado, a utilização da marca como forma de reduzir a complexidade da apresentação das intrincadas redes contratuais e dos respectivos agentes aos quais se vincula. Representa uma origem única, ainda que ficta; e, ao ser dotada de autonomia relativa, permite-se inclusive sua transferência entre diferentes complexos empresariais sem prejuízo ao seu significado originário, fato que retroalimenta o sistema e estimula ainda mais a separação entre imagem e estrutura.

Não obstante, ainda assim a marca continua a exercer a mesma função econômica já apresentada no primeiro capítulo: ser meio de identificação e de diferenciação, uma promessa de oferecimento consistente de qualidade decorrente de um grupo de características, benefícios e serviços próprios capaz de assinalar e distinguir os bens aos quais é aposta, tornando-os únicos em relação a outros que disputam o mesmo espaço no mercado de consumo. Serve, em suma, como símbolo identificador de origem, fator diferenciador na concorrência e elemento autônomo de valor. Influencia decisivamente o mercado de consumo, servindo como atalho mental que reduz o custo do processo de decisão dos consumidores.

Esse desequilíbrio artificial causado pela marca no mercado não tem sido ignorado pelo Direito. A partir de conflitos gerados pelo reconhecimento de oportunismo de competidores, de práticas predatórias ou parasitárias, de desequilíbrios de mercado ou até mesmo da existência de potenciais prejuízos aos consumidores, entendeu-se como necessária a conformação de determinadas situações potenciais. Seja para impor limites à utilização abusiva do símbolo marcário, alinhar os efeitos de sua utilização aos objetivos gerais da sociedade de consumo, ou ainda limitar a sua utilização de forma que possa exercer adequadamente a sua função, o fenômeno econômico vem sendo regulamentado.

No entanto, essa regulamentação é inconsistente.

O que se pretende demonstrar neste capítulo é que, em especial no que se refere à utilização da marca durante o processo de consumo – e, de forma ainda mais específica, no que tange à atribuição de obrigações e responsabilidades vinculadas aos incentivos criados ao consumidor e aos bônus que deles decorrem – não há conformação jurídica adequada, sistematizada e coerente nem em um âmbito abstrato (legislação) nem no tratamento de casos concretos (jurisprudência).

Em um primeiro momento, será apresentado que o tratamento legislativo do tema é notoriamente limitado. De um lado a LPI (Lei de Propriedade Industrial) assume um caráter unidimensional, tratando do fenômeno econômico da persuasão estabelecida pela marca apenas de forma a resolver conflitos entre os competidores. De outro, a legislação concorrencial e a jurisprudência do CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) analisam a mesma questão de forma meramente tangencial, abordando apenas potenciais prejuízos macroeconômicos ao exercício do direito de escolha por parte dos consumidores. Por fim, o CDC (Código de Defesa do Consumidor) também não faz qualquer menção a esta enquanto fonte de desequilíbrio de mercado em favor do empresário que a utiliza, não trazendo institutos específicos voltados à harmonização direta dessa relação microeconômica estabelecida entre o titular e o consumidor. Ou seja, apesar de se reconhecer que o poder persuasivo da marca afeta decisivamente o equilíbrio do mercado, a legislação não abarca esse fenômeno de forma completa ou consistente, de maneira a mitigar externalidades negativas que dele se originam e adequar suas consequências aos objetivos da sociedade.

Na sequência será demonstrado que, ainda assim, problemas surgem na hora de se identificar limites, obrigações e responsabilidades a serem impostos aos fornecedores que se utilizam das marcas no mercado de consumo e que, neste ponto, não existe até o momento um tratamento jurisprudencial consistente e coerente. Para demonstrar tal premissa, optou-se pela análise de cinco casos paradigmáticos julgados pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) em que, por vias distintas, o poder persuasivo da marca foi reconhecido e utilizado como elemento de fato a basear a atribuição de obrigações correlatas aos fornecedores que delas se utilizaram. O objetivo desta segunda fase da análise é apurar e confrontar a linha principiológica utilizada nessas decisões, mesmo na ausência de previsão legal abstrata específica, de modo a tentar extrair um ou mais fundamentos lógico-jurídicos básicos que possam ser replicados para casos semelhantes.

Entende-se que, a partir do reconhecimento dessas lacunas no tratamento abstrato do tema, bem como dos parâmetros de interpretação e integração que vêm sendo utilizados

incidentalmente em casos concretos já submetidos à apreciação do Judiciário, será possível extrair fundamentos e raciocínios jurídicos relevantes que, somados aos elementos econômicos analisados nos capítulos anteriores, serão capazes de auxiliar no estabelecimento de uma teoria jurídica coerente e adequada ao tratamento global desse fenômeno, o que se fará no último capítulo desta dissertação.

1. Tratamento legislativo incompleto

1.1. Unidimensionalidade da tutela da marca na LPI

Historicamente, o tratamento jurídico direto das marcas no ordenamento brasileiro tem sido eminentemente unidimensional.

Embora um dos países pioneiros no tratamento jurídico da matéria¹⁹³, até o ano de 1875 não havia qualquer proteção à marca dentro do Brasil. Surge em razão da ausência de previsão legal a solucionar uma disputa concreta ocorrida em 1873 entre uma firma baiana (Méuron & Cia) e outra pernambucana (Moreira & Cia) comercializadoras de rapé, cujos símbolos distintivos – *Área Preta* e *Área Parda* – estariam causando confusões aos consumidores, com prejuízo para a primeira¹⁹⁴. Dada a inexistência de vedação legal à prática, a empresa em questão não obteve sucesso, tendo sido ainda obrigada a pagar os custos do processo e a indenizar a concorrente.

Identificada esta lacuna na tutela da atividade comercial, o Decreto nº 2.682/1875 foi a norma pioneira a ser promulgada para regulá-la. Tratava eminentemente sobre a instauração de um sistema de registros e a possibilidade de reivindicação da propriedade exclusiva sobre este sinal em face de terceiros que porventura o quisessem usurpar ou imitar. Considerados a motivação e o texto da lei, fica evidente que a legislação foi criada para atender aos interesses dos comerciantes e industriais da época. Ou, em outras palavras, a lente utilizada para a

¹⁹³ Segundo Marcos Antonio Vieira, o Brasil teria sido o quarto país no mundo a possuir leis próprias que, dentro do tema 'propriedade industrial', versassem sobre a proteção da distinção trazida pelas marcas de fábrica. (VIEIRA, Marcos Antonio. **Propriedade industrial** – marcas: história, legislação, comentários, jurisprudência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p.12)

¹⁹⁴ Cf. VIEIRA, op. cit, pp. 11-12.

conformação do fenômeno econômico era única e exclusivamente a do empresário, dados os efeitos sobre sua relação com seus concorrentes. Não havia demonstrações, contudo, de qualquer interesse em se tutelar a situação jurídica da contraparte diretamente afetada: o consumidor.

Dentre as Constituições de nosso país, a promulgada em 1891 é a primeira a prever expressamente a figura das ‘marcas de fábrica’, prevendo expressamente que a proteção de sua propriedade deveria ser realizada por meio de lei. Neste sentido, todas as Constituições posteriores aperfeiçoaram esta previsão, algumas delas inclusive fazendo menção indireta à cisão e, por outro lado, à íntima relação entre marca e nome comercial como duas faces distintas da empresa e como abstrações dotadas de tratamento jurídico próprio. Já quanto à legislação infraconstitucional, vários foram os diplomas legais criados com o intuito de balizar a utilização da marca enquanto elemento de persuasão.

No período entre 1876 e 1884 a questão passou a ser objeto de diversas convenções diplomáticas internacionais assinadas pelo Brasil, das quais se destaca a promulgada por meio do Decreto nº 9.233/1884. Tal acordo demandou uma alteração da legislação interna para adequá-la aos objetivos internacionais comuns então definidos, o que culminou na criação posterior do Decreto nº 3.346/1887. Mais elaborado que a lei anterior, não trazia apenas previsões acerca do registro das marcas e vedação à contrafação. Destaca-se como inovação relevante a indicação da vedação ao registro de indicações de proveniência falsas, bem como de alguns símbolos oficiais que pudessem causar confusão quanto à origem dos produtos. Embora ainda fosse evidente o intuito primordial de proteção dos empresários no ambiente de concorrência, a partir deste momento é possível vislumbrar ao longe um objetivo ulterior: a proteção dos consumidores enquanto destinatários dessas informações.

Tal norma permaneceu vigente por aproximadamente vinte anos. Foi substituída pelo Decreto nº 1.236/1904, muito similar à anterior, exceto pelas penalidades. O Decreto nº 5.424/1905 do Poder Executivo que o regulamentava seguia exatamente a mesma linha, inclusive com sobreposição de regras idênticas. Nestas normas, interessante salientar apenas a existência de breve menção expressa ao ‘consumidor’ como parte interessada a ser protegida¹⁹⁵. Não havia, contudo, uma tutela extensa e específica de seus interesses.

¹⁹⁵ “*Imitar marca de industria ou de commercio, de modo que possa, illudir o consumidor*” era conduta sujeita a punição de prisão de seis meses a um ano e multa (art. 13, 6º).

A primeira tentativa de criação de um Código de Propriedade Industrial vem com o Decreto-Lei 7.903/1945, criado com o intuito de ser um Código da Propriedade Industrial¹⁹⁶. Mais completo do que a legislação anterior, trazia em seu Título II sessenta e nove artigos voltados à regulamentação do tratamento das “*marcas de industria e de comércio, nome comercial, título de estabelecimento, insígnia e expressões ou sinal de propaganda*”. Destes, apenas os primeiros quinze – além de suas diversas ramificações – eram voltados ao tratamento do fenômeno ‘marca’.

Em suas disposições gerais, indicava-se expressamente que o objetivo da norma era “*reconhecer e garantir os direitos daqueles que contribuem para o melhor aproveitamento e distribuição de riqueza, mantendo a lealdade de concorrência no comércio e na indústria e estimulando a iniciativa individual, o poder de criação, de organização e de invenção do indivíduo*” (art. 2º). Ou seja, tinha também como principal destinatário o empresário, protegendo-o contra eventuais danos porventura causados por seus competidores. Por outro lado, permanecia o consumidor sem tutela específica e direcionada, salvo poucas exceções reproduzidas de legislação anterior¹⁹⁷.

À época do Regime Militar, com a publicação do Ato Institucional nº 4 (AI-4) facultou-se ao então Presidente da República expedir decretos com força de lei sobre matéria administrativa e financeira (art. 9º, §2º). Sob esta autorização, foi alterada mais uma vez a tutela da propriedade industrial, com a promulgação de um Código totalmente novo a tratar da matéria (Decreto-Lei 254/1967). Neste é apresentado pela primeira vez o conceito de ‘marca notória’ e estipulada a proteção estendida a este símbolo “*desde que haja possibilidade de confusão quanto à origem de tais artigos ou serviços, com prejuízo para a reputação da marca ou de seu titular, ou ainda do seu caráter distintivo ou poder atrativo junto à clientela*” (art. 83). Ou seja, a ‘clientela’ volta a aparecer expressamente como parte interessada relevante para os fins da legislação, embora de forma breve e tangencial ao escopo

¹⁹⁶ Neste intervalo de quarenta anos, outras normas trataram sobre o tema. No entanto, as alterações realizadas pelo Decreto 16.264/1923, posteriormente ratificado pelo Decreto nº 4.932/1925, não são relevantes para os fins deste estudo. A tutela da marca permanecia unidimensional, salvo por breves menções aos consumidores, compradores, entre outras denominações dos destinatários da informação protegida.

¹⁹⁷ Destacam-se novamente as previsões de vedação ao registro de marcas que pudessem gerar confusão com símbolos oficiais ou outros não oficiais de relevância (p.ex, a Cruz Vermelha), ou ainda capazes de gerar confusão com expressões empregadas comumente para designar gênero, espécie, natureza, origem, nacionalidade, procedência, destino, peso, medida, valor, qualidade, salvo quando figurarem nas marcas como elementos verídicos revestidas de suficiente forma distintiva (art. 95).

principal da norma. Da mesma forma, o ‘poder atrativo’ enquanto fenômeno econômico relevante é, pela primeira vez, expressado no corpo da legislação.

Menos de três anos depois esse diploma legal é substituído pelo Decreto-Lei 1.005/1969. Especificamente sobre o tema tratado neste trabalho, não há alteração substancial da tutela das marcas ou de seu aspecto persuasivo como forma de proteção da concorrência. Ressalta-se apenas a retirada da indicação expressa da ‘clientela’ como *stakeholder* interessado na proteção marcária, embora ainda se falasse em possibilidade de confusão acerca da origem dos produtos¹⁹⁸.

Pouco tempo depois entra em vigor a Lei 5.772/1971, que terminou por permanecer vigente por quase vinte e cinco anos¹⁹⁹. Sobre esta última é interessante uma análise um pouco mais aprofundada. Originou-se do Projeto de Lei nº 309/1971, com o objetivo de dar nova redação ao Código da Propriedade Industrial. Diferentemente das normas anteriores, foi objeto de efetivo debate durante sua tramitação no Congresso Nacional, com participação e intervenção de agentes com conhecimento técnico. Foi, portanto, a primeira norma relativa à propriedade intelectual contaminada por certo espírito democrático.

Ao se analisar a exposição de motivos elaborada pelo então Ministro de Estado da Indústria e Comércio – Sr. Marcus Vinícius Pratini de Moraes – e enviada pelo então presidente Emílio Garrastazu Médici ao Congresso por meio da Mensagem nº 314/1971, não se verifica mudança de paradigma no tratamento das diferentes partes interessadas no exercício do fenômeno econômico ‘marca’. Sobre esse tema específico, as inovações que se destacavam eram apenas: (i) o princípio de que apenas o registro da marca conferiria direitos ao seu titular; e (ii) a previsão da ‘marca genérica’, definida como sendo a que identifica uma

¹⁹⁸ O Decreto-Lei 1.005/1969 trazia, na parte em que tratava da proteção das marcas notórias, a seguinte redação: “*será assegurada proteção especial às marcas notórias no Brasil, mediante admissão de impugnações, oposições ou recursos manifestados regular e tempestivamente pelo seu titular contra pedidos de registro de marca que as reproduza ou imite, mesmo que se destine a produtos, mercadorias ou serviços diferentes, mas haja possibilidade de confusão quanto à origem de tais produtos, mercadorias ou serviços, ou prejuízo para a reputação da marca*” (art. 79). Retira-se, portanto, a exata parte em que se fala do poder atrativo da marca sobre a clientela.

¹⁹⁹ Nesse ínterim, não obstante algumas pequenas alterações, destaca-se apenas o Decreto nº 75.572/1975, que promulga a Convenção de Paris para a proteção da propriedade industrial. Não há, aqui, alteração da estrutura então posta. Complementa-a, contudo, ao trazer normas acerca do tratamento do registro de marcas transnacionais. E, também nesta norma, destaca-se mais uma vez a previsão de possibilidade de recusa ou invalidação de registro de marcas “*de natureza a enganar o público*” (artigo 6, *quinquies*, B, 3). Mais uma vez, divisa-se de forma incipiente um interesse ulterior na tutela da marca enquanto símbolo de identificação e diferenciação, ainda que o consumidor não seja colocado em primeiro plano.

série de produtos ou serviços, que por sua vez são individualmente caracterizados por marcas específicas.

Elaborado durante seu trâmite na Câmara dos Deputados, o relatório do Deputado Harry Sauer também indica expressamente, ao conceituar a matéria sob análise, que *“todo o edifício da Propriedade Industrial (bem como literária, artística, científica) repousa no princípio ético da repressão da concorrência desleal, fundamento e razão de suas leis”*. E, ao se analisar tal discurso em conjunto com as demais discussões realizadas durante o trâmite do projeto de lei no Congresso Nacional²⁰⁰, percebe-se que ainda então o principal – e talvez único – *stakeholder* cujos interesses são avaliados é o empresário. Os interesses dos consumidores são mencionados apenas brevemente, em trecho em que se discute a possibilidade de ‘confusão ruínosa para sua saúde’ no tratamento de marcas de produtos farmacêuticos²⁰¹.

A Lei 5.772/71 veio a ser revogada apenas pela Lei 9.279/96, que permanece vigente até a data de publicação deste trabalho. A exposição de motivos da nova lei foi assinada em conjunto pelos Ministros da Justiça (Jarbas Passarinho), da Economia, Fazenda e Planejamento (Zélia Maria Cardoso de Mello), das Relações Exteriores (Francisco Rezek) e pelo Secretário da Ciência e Tecnologia (José Goldemberg), sendo mencionada a participação de representantes do Instituto Nacional da Propriedade Industrial – INPI e da iniciativa privada durante as discussões e a elaboração do texto legal.

²⁰⁰ Dossiê de tramitação do Projeto de Lei nº 309/1971 disponível online em http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=80D909B3F0215F43992830B802CF554A.proposicoesWeb2?codteor=1190531&filename=Dossie+-PL+309/1971. Acesso em 24.12.2018.

²⁰¹ *“Justifica-se o tratamento especial deferido aos produtos farmacêuticos, em vista do relevante interesse público que a saúde dos indivíduos interessa. Tão relevante que serve de fundamento ao exercício pelo Estado de especiais poderes de polícia. Assentado esse princípio e lembrado que a patente é, na linguagem da Constituição, um privilégio, é fácil compreender a razão jurídica por que o Projeto dá tratamento diferenciado aos produtos químico-farmacêuticos no que concerne a patentes e marcas. Recorde-se, ainda, existir construção jurisprudencial brasileira autorizando certa liberalidade na apreciação de colidência de marcas farmacêuticas, tendo em vista o valor evocativo de muitíssimas designações de substâncias, elementos e produtos na fabricação de medicamentos. É mister, contudo, evitar confusão ruínosa para a saúde dos consumidores os quais, em presença de marcas específicas semelhantes, poderão ser enganados quanto à aplicação e à indicação terapêutica do remédio. É de se louvar a cautela do projeto que, no artigo 79, ressalva a colidência de marcas de produtos farmacêuticos e veterinários idênticos.”* (PROJETO DE LEI Nº 309 DE 1971, fls. 276/277). O artigo 79 então mencionado terminou por consubstanciar a redação do artigo 80 da lei aprovada, prevendo que poderão ser registradas como marcas, denominações semelhantes destinadas a distinguir produtos farmacêuticos ou veterinários com a mesma finalidade terapêutica, salvo se houver flagrante possibilidade de erro, dúvida ou confusão para o consumidor.

A proposta de alteração legislativa tinha como objetivo primordial expresso “*criar ambiente favorável aos investimentos, com o estabelecimento de regras claras e estáveis para o exercício da atividade econômica e o funcionamento do mercado*”. E, quanto às alterações propostas, grande parte se ligava à tutela das patentes como forma de promoção da inovação. Especificamente com relação ao direito marcário, destacam-se a introdução de novos conceitos (marcas coletivas e de certificação) e outras normas ligadas à registrabilidade e proteção da concorrência. No entanto, especificamente quanto ao reconhecimento e tutela da multidimensionalidade do fenômeno simbólico inaugurado pela utilização da marca, em especial no âmbito microeconômico, não há grandes alterações. O consumidor é mencionado brevemente apenas em um ponto da exposição de motivos: ao se indicar a proposta de proibição do registro de indicações geográficas como marca, indica-se como objetivo “*atenuar a possibilidade de induzimento do consumidor a erro e proteger, por outro lado, os produtores cujos bens e serviços se destacam em razão de sua origem*”.

Durante a tramitação do Projeto de Lei 824/91²⁰², que lhe deu origem, merece destaque a emenda substitutiva nº 49/91 proposta pelo deputado Nilson Gibson. Buscava-se alterar a redação inicial do inciso V do artigo 115 então proposto, que previa como não registrável como marca *reprodução ou imitação de elemento característico ou diferenciador de título de estabelecimento ou nome de empresa, quando não requerido o registro pelo titular, para produto ou serviço idêntico, semelhante ou afim*. Para o deputado, não se poderia condicionar a vedação à ligação a produtos idênticos, semelhantes ou afins, sob a seguinte justificativa:

O Art. 5º, nº XXIX, da Constituição Federal garante a exclusividade do nome de empresa contra a sua usurpação por terceiros. Não se pode, entretanto, permitir que, a pretexto de se destinar a produtos ou serviços de ramos de atividade diversos, terceiros poderiam apropriar-se do nome de ou empresa.

É evidente que se terceiros lançassem artigos de vestuário com as marcas BRAHMA, VARIG, VOLKSWAGEN, os consumidores seriam enganados como induzidos a supor que houvesse alguma relação com as empresas que têm essas marcas.

A restrição, portanto, além, de ser inconstitucional é prejudicial aos consumidores.

²⁰² Dossiê integral de tramitação do Projeto de Lei nº 824/91 disponível *online* em http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1144330&filename=Dossie+-PL+824/1991. Acesso em 24.12.2018.

Não se fará aqui qualquer juízo de valor sobre a pertinência da proposta. O destaque vai, evidentemente, para a consideração expressa do consumidor como destinatário obrigatório da tutela ligada à utilização da marca, inclusive com citação de alguns dos símbolos marcários mais relevantes da época. No entanto, ainda que essa manifestação seja relevante e razoavelmente inovadora, trata-se mais uma vez de observação limitada do fenômeno sob a lente do consumidor, pois continua tratando do tema apenas sob o aspecto da potencial confusão e dos prejuízos que esta poderia causar aos concorrentes, sem analisar a questão sob o prisma do consumidor persuadido.

Finalmente, em 14 de maio de 1996 foi promulgada a nova Lei da Propriedade Industrial (LPI). O texto final, embora certamente inovador no campo das patentes, não altera substancialmente o tratamento das marcas. E, em assim sendo, continua míope no que tange ao tratamento dos interesses do consumidor afetado por este simbolismo de mercado, limitando-se a abordar a questão no trecho em que estabelece algumas vedações ao registro de símbolos que podem gerar confusão quanto à origem (art. 124).

Em resumo, conclui-se que historicamente a legislação específica a tratar sobre as marcas não tutela diretamente os interesses do consumidor, tutelando-o apenas indiret e unidimensionalmente por meio da proteção contra confusão. Embora se reconheça o potencial econômico de alteração do equilíbrio do mercado em razão de sua atratividade, não existe a atribuição expressa de ônus correlatos aos seus titulares. Limita-se a LPI a regulamentar as relações entre os empresários, de forma a evitar a concorrência desleal entre estes.

1.2. O CADE e a tutela indireta do consumidor

Se a legislação de propriedade industrial é unidimensional no tratamento da marca enquanto fenômeno econômico que altera o equilíbrio de mercado, protegendo apenas os interesses dos empresários que delas se utilizam, a sua tutela na seara concorrencial segue caminho um pouco distinto para proteger indiretamente o consumidor.

Embora também não exista um tratamento amplo da matéria, reconhece-se no inciso XIX do §3º do artigo 36 da Lei 12.259/2011 que o exercício abusivo de direitos ligados à marca poderia configurar potencial infração da ordem econômica capaz de autorizar a

intervenção administrativa do CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) como forma de não apenas proteger a livre concorrência, mas também promover indiretamente a defesa do consumidor, ambos princípios gerais da ordem econômica estabelecidos pelo artigo 170 da Constituição Federal²⁰³. Para tanto, admite-se que mesmo o uso lícito da marca é capaz de criar condições para o entrincheiramento do agente econômico dominante e para a consolidação de práticas anticompetitivas que, em última instância, prejudicam o direito de escolha do consumidor.²⁰⁴ Considera-se que, dadas as suas qualidades simbólicas já demonstradas no primeiro capítulo desta dissertação e da potencial criação de lealdade do consumidor a um fornecedor específico, os investimentos em publicidade necessários para a entrada de um novo competidor com o objetivo de estimular a concorrência seriam proibitivos e, portanto, demandariam uma ação governamental voltada a suprimi-los ou mitigá-los²⁰⁵.

Neste sentido, Ricardo Villela Mafra Alves da Silva e Leonardo da Silva Sant'Anna assim apontam alguns desses potenciais problemas:

Devido à importância da marca na dinâmica concorrencial, os investimentos em publicidade necessários para ingresso em determinado mercado podem se transformar em relevantes barreiras à entrada de novos concorrentes. As barreiras de entrada ao mercado são todos os fatores que possam dificultar a entrada de novos concorrentes, como a necessidade de tecnologia patenteada, economias de escala ou de escopo, estrutura verticalizada do mercado, existência de custos irrecuperáveis, dentre outros. Os investimentos em marketing e publicidade para o estabelecimento

²⁰³ Essa proteção indireta do consumidor por meio da legislação antitruste é assim descrita e justificada por Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer: “*Tanto a política de defesa da concorrência quanto a política de proteção do consumidor são essenciais para a adequada tutela de seu bem-estar. O Código de Defesa do Consumidor preocupa-se fundamentalmente com a isonomia na relação de consumo, na medida em que reconhece a vulnerabilidade do consumidor e estabelece mecanismos compensatórios. Suas normas, por exemplo, determinam a disponibilização das informações aptas a permitir ao consumidor a escolha refletida e consciente, bem como tornam ilícitas práticas e cláusulas abusivas impostas pelos fornecedores no transcorrer da relação de consumo. Já a defesa da concorrência possui uma preocupação com a liberdade, tratando de viabilizar a existência de opções que permitam o exercício da escolha do consumidor. É uma proteção externa e anterior à relação de consumo. O consumidor tem nas duas políticas os pilares da tutela de seu bem-estar. Sem as normas específicas de defesa do consumidor não há consciência no momento da escolha, por falta de informação adequada ou pela sua deturpação (ocasionada por enganosidades efetivadas pelo fornecedor). Sem a política de defesa da concorrência não há sequer como exercer o direito de escolha, por falta de opções. Sem o Código de Defesa do Consumidor ele seria vítima de práticas e condutas abusivas. Sem concorrência, o consumidor seria prisioneiro de um único fornecedor. Assim, o Código de Defesa do Consumidor oferece a isonomia como remédio para compensar a vulnerabilidade. Já as normas de defesa da concorrência procuram resguardar a liberdade para permitir a existência de opções.*” (PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Defesa da concorrência e bem-estar do consumidor**. São Paulo: RT, 2015, p. 270).

²⁰⁴ SILVA, Ricardo Villela Mafra Alves da; SANT'ANNA, Leonardo da Silva. A transferência de titularidade de marca como remédio concorrencial: análise de seus fundamentos econômicos e legais, aplicação prática e efetividade. *Economic Analysis of Law Review*. Brasília, v. 7. n. 1. jan/jun 2016, p. 11.

²⁰⁵ SILVA; SANT'ANNA, op.cit., pp. 09-10.

de uma nova marca são, via de regra, irrecuperáveis, já que o agente econômico não poderá aproveitá-los para outro fim ou, de alguma forma (v.g., por meio da alienação de ativos), reavê-los. Portanto, a existência de marcas já bem estabelecidas no mercado, com uma clientela consolidada, pode inibir a entrada de novos concorrentes, que terão que enfrentar a necessidade de investimentos irrecuperáveis para o estabelecimento de uma nova marca.

O problema é ainda maior quando os agentes dominantes presentes no mercado são parte de grandes conglomerados. Neste contexto, a marca do agente dominante é capaz de “pegar carona” na boa reputação das marcas de titularidade dos demais integrantes do grupo econômico, o que diminui a necessidade de investimentos em publicidade e marketing. O entrante, por sua vez, caso não seja também integrante de conglomerado com boa reputação junto aos consumidores, não terá a mesma vantagem e terá uma necessidade maior de investimento para consolidação de sua marca. Esta eficiência de escopo obtida por grandes conglomerados é consequência do chamado poder de portfólio, que se estende também a outros aspectos concorrenciais importantes, como aproveitamento de canais de venda e de distribuição, economias de escala e alto poder de barganha”.

Por meio de remédios anticompetitivos, busca-se abrir espaço para um novo concorrente por meio da supressão parcial da oferta existente e concentrada nas mãos de um agente a outro competidor capaz de contrabalancear eventual concentração estrutural-simbólica²⁰⁶. Em uma interpretação do *caput* e do inciso I do §2º do artigo 61 da Lei 12.529/2011, que preveem em conjunto a possibilidade de “*venda de ativos ou de conjunto de ativos que constitua uma atividade empresarial*” como forma de “*mitigar os eventuais efeitos nocivos do ato de concentração sobre os mercados relevantes afetados*”, o desinvestimento por meio de cessão ou licenciamento compulsório (remédios estruturais) e a imposição de suspensão temporária de uso de marca (remédio comportamental) têm sido, os principais remédios propostos pelo CADE como forma de evitar o veto total às operações de concentração artificial de marcas – e, conseqüentemente, aos demais benefícios que esta poderia trazer.

Foi exatamente essa a tensão concorrencial ocorrida quando da criação da Companhia de Bebidas das Américas – Ambev (‘AmBev’), que envolvia a incorporação da Companhia Cervejaria Brahma pela Companhia Antártica Paulista – Indústria Brasileira de Bebidas e

²⁰⁶ Como exemplo, cita-se a ocorrência de atos (fusão, licenciamento, etc.) que tenham por objetivo a concentração dos direitos sobre duas ou mais marcas distintas, concorrentes em um mesmo mercado e pertencentes inicialmente a empresários distintos, nas mãos de apenas um deles. Embora a existência de diferentes símbolos possa continuar a sugerir a ideia de origens fictícias distintas, admitir o seu controle concentrado artificial – leia-se, por meio de aquisição, e não por criação e promoção interna conjugada à eficiência nas atividades – pode viabilizar a esse agente concentrador a proposição de estratégias predatórias de marketing que, a depender da magnitude da posição de mercado das empresas, podem implicar em eliminação da concorrência ou ao aumento arbitrário de lucros.

Conexos²⁰⁷. Apesar de se verificar a existência de concentrações relevantes em vários mercados, o principal deles era o mercado de cervejas. Assim, para que esse novo agente pudesse operar neste mercado e manter a operação conjunta das principais marcas *premium* dos dois concorrentes anteriores – *Brahma*, *Skol* e *Antarctica* – deveria ao menos alienar a um terceiro que detivesse menos de cinco por cento do mercado – excluindo-se à época as empresas responsáveis pelas principais concorrentes, *Kaiser* e *Schincariol* – algumas de suas marcas de combate (*Bavaria* e *Polar*) e parte dos ativos produtivos destinados à sua produção, bem como permitir a utilização de sua rede de distribuição pelo adquirente por um período de quatro anos, prorrogável por mais dois. Entendeu-se que, com isso, se estaria estabelecendo condições para a substituição razoável do competidor extinto e, com isso, se estaria propiciando a manutenção de um ambiente de concorrência saudável.

Raciocínio similar foi utilizado quando da análise de acordo de licenciamento feito pela Companhia Brasileira de Bebidas e a empresa estrangeira PepsiCo, Inc²⁰⁸. Esta última, como forma de intensificar sua presença no mercado nacional de isotônicos com a marca *Gatorade*, pretendia licenciar o uso da marca e ceder os direitos de produção, distribuição e comercialização destes à primeira. O problema é que esta já era titular da marca *Marathon* e que esta, em conjunto com a marca que se pretendia ceder, representavam mais de noventa por cento do mercado em questão. Determinou-se, assim, que para a aprovação do acordo de licenciamento a marca *Marathon* deveria ser cedida definitivamente a um terceiro, em conjunto com ativos produtivos e acesso temporário à rede de distribuição. Manter-se-ia, assim, ao menos o duopólio anteriormente existente.

No setor alimentício nacional, a criação da Brasil Foods S.A (*BRF* ou *BRFoods*) envolveu a incorporação de duas empresas multimarcas – a Sadia S.A., dona da marca *Sadia* e outras; e a Perdigão S.A, dona da marca *Perdigão* e outras – e também gerou alta tensão concorrencial²⁰⁹. Considerando-se a magnitude das empresas envolvidas e a amplitude

²⁰⁷ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de concentração nº 08012.005846/1999-12, Relator Conselheiro Hebe Teixeira Romano Pereira da Silva, aprovado mediante assinatura de termo de compromisso de desempenho em 29 de maio de 2000. Brasília, DF, 2000.

²⁰⁸ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de concentração nº 08012.000212/2002-30, Relator Conselheiro Miguel Tebar Barrionuevo, aprovado mediante assinatura de termo de compromisso de desempenho em 17 de julho de 2004. Brasília, DF, 2004.

²⁰⁹ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de concentração nº 08012.004423/2009-18, Relator Conselheiro Ricardo Machado Ruiz, aprovado mediante assinatura de termo de compromisso de desempenho em 13 de julho de 2011. Brasília, DF, 2011.

horizontal de sua atuação no mercado, entendeu-se pela necessidade de se estabelecer condições para “*recriar um rival nos mercados críticos com uma estrutura semelhante em escala e escopo à Sadia ou à Perdigão*”. Ou, em outras palavras, propunha-se que a operação somente deveria ser admitida se se fosse possível estabelecer, por meio de remédios estruturais e comportamentais, uma vice-líder de mercado capaz de recompor o “duopólio virtuoso” prévio à fusão²¹⁰.

Para tanto, nos mercados específicos que seriam potencialmente afetados de forma mais gravosa (carnes *in natura*, produtos lácteos e alimentos congelados) foi estabelecido o desinvestimento total de marcas de combate relevantes – *Rezende, Wilson e Doriana*, dentre outras – que seriam incorporadas à operação desse novo agente, incluindo ativos produtivos e de distribuição e carteiras de contratos relacionadas. Da mesma forma, determinou-se a suspensão temporária de uso de outras marcas como *Perdigão* e *Batavo* em mercados específicos, como forma de dificultar as estratégias comerciais concertadas com outras marcas do mesmo portfólio e, concomitantemente, permitir o reposicionamento das demais marcas existentes e o surgimento de outros concorrentes.

Por fim, em outro caso paradigmático ainda mais antigo, a tensão concorrencial envolvia a concentração das duas maiores marcas de creme dental na mão de um só agente econômico²¹¹. A titular da marca *Colgate* (Colgate Palmolive Company) pretendia incorporar, por meio de sociedade por ela controlada, a titular da marca *Kolynos*. Para evitar os potenciais efeitos anticompetitivos, foi acordada a suspensão do uso da marca *Kolynos* por quatro anos e a oferta de parte da capacidade produtiva do agente dominante a terceiros, como forma de reduzir as barreiras para a entrada de um novo concorrente. Problemas posteriores à parte na execução desse remédio comportamental proposto pelo CADE²¹², o acordo também foi declarado cumprido.

²¹⁰ RUIZ, Ricardo Machado. Fusões e aquisições no Brasil: o caso BR-Foods no CADE. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 258, mai/2013, p. 389. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8613>>

²¹¹ BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de concentração nº 27/1995, Relatora Conselheira Luciana Helena Salgado e Silva, aprovado mediante assinatura de termo de compromisso de desempenho em 18 de setembro de 1996. Brasília, DF, 1996.

²¹² À época, a empresa lançou outra marca de creme dental (*Sorriso*) com identidade visual e publicitária muito similar à da marca cujo uso fora suspenso, o que gerou grandes discussões. Sobre o tema, ver: SILVEIRA, Newton. A marca Kolynos e a marca Sorriso. In: _____ **Estudos e pareceres de propriedade intelectual**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

Percebe-se pelos quatro casos ora expostos que ‘marca’ e ‘consumo’ são fatos econômicos cotidianamente tutelados de forma conjunta na seara concorrencial. Reconhece-se que a marca só se sustenta em um ambiente de consumo e que, por sua vez, promove a concorrência saudável entre os agentes ao promover a sua diferenciação como forma de obtenção de parcelas de mercado. Da mesma forma, em todas as decisões analisadas admite-se que a concentração artificial das marcas nas mãos de um só agente pode gerar efeitos anticoncorrenciais relevantes, dificultando o acesso de terceiros ao mercado e viabilizando práticas empresariais predatórias capazes de trazer obstáculos até mesmo aos agentes já consolidados – como, por exemplo, prática de preços predatórios em uma das marcas de combate e recuperação de investimentos na marca *premium*, ocupação relevante de espaços nas gôndolas e nas mentes dos consumidores, com prejuízo para a percepção de alternativas dos concorrentes, dentre outros.

Diferentemente da LPI, que trata sobre o uso ilícito da marca por concorrentes, reconhece-se que em determinadas situações mesmo o seu uso lícito em um ambiente de concorrência é capaz de causar desequilíbrios de mercado indesejados. E, se não há razões para se punir a vantagem competitiva legítima e naturalmente obtida por um agente no exercício regular de sua atividade²¹³, estabelecem-se ao menos restrições à sua obtenção artificial. Para tanto, restringe-se a livre negociação destes símbolos abstratos enquanto elementos autônomos de valor que são, dados os potenciais efeitos macroeconômicos prejudiciais sobre a concorrência que, em última instância, são capazes de prejudicar até mesmo o consumidor final.

No entanto, essa proteção indireta do consumidor é notoriamente limitada. Apesar de se proteger o seu direito de escolha, a tutela antitruste se limita a conformar parcialmente o processo de consumo em um aspecto estrutural, não sendo capaz de resolver problemas ligados à relação direta entre o titular da marca e o consumidor. Para esta espécie de problemas seria aplicável, de forma complementar ou isolada, o direito do consumidor²¹⁴.

²¹³ É o que diz o §1º do artigo 36 da Lei 12.529/2011 que, ao tratar da definição de domínio de mercado relevante de bens e serviços estabelecida pelo inciso II como infração da ordem econômica, indica não caracterizar o ilícito em questão “*a conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores*”.

²¹⁴ “*While competition and consumer protection seem to strive for the same goal and in many aspects competition and consumer issues overlap, they pursue different standpoints and apply different instruments to reach that goal. Their enforcement techniques might even conflict or leave gaps that hve to be filled in by the other discipline. These two disciplines complement each other in general; however, they conflict in a number of*

1.3. Ausência de tutela direta no CDC

Por fim, se a partir da exposição dos dois subtópicos anteriores é possível concluir que o Código de Defesa do Consumidor seria a norma voltada à tutela deste fenômeno em seu aspecto microeconômico, em uma análise de seu conteúdo e origem fica claro que este também não aborda diretamente a ideia de marca enquanto elemento de persuasão capaz de desequilibrar as relações de mercado.

De forma expressa, a marca é mencionada no corpo da legislação apenas ao se estabelecer genericamente que a “*coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida [...] das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores*” no inciso VI de seu artigo 4º como um dos objetivos da Política Nacional das Relações de Consumo.

Por outro lado, analisando-se os registros históricos e o processo de criação do Código de Defesa do Consumidor (CDC, Lei 8.078/90) fica claro que a questão da atratividade estabelecida pelo símbolo marcário e a possibilidade de se atribuir deveres e obrigações correlatos ao agente que dele se utiliza e se beneficia também não foi objeto de discussão em nenhum momento, mesmo que o diploma legal em questão tenha se baseado expressamente em outros que faziam menção específica sobre o tema.

cases. Being aware of the complements and tensions between competition law and consumer protection is the ultimate way to achieve an effectively working market. These two areas have to be harmonised with one another in order to make them friends and not foes. [...] When the source of consumer problems is related to structural features of a market then competition policy can address it and resolve it. However, when the source of the problem is informational and the market is fully competitive then competition policy is not able to identify and respond to potential sources of information failures. Especially regulatory measures of consumer protection should only be implemented when they prove to be feasible and cost effective. Government should only intervene when relevant market failures have been identified, that cannot be resolved by market-based solutions. Furthermore, the choice of the regulatory instrument should also consider the trade-off between restricting competition and lowering information costs for consumers. This balance will always entail a second best solution, making one side win at the expense of the other. Consumer regulation will only make consumers better off where government regulation does have a comparative advantage over market mechanism. And only in this cases will the position of the consumers on the market improve and make competition more effective as well. The common goal of competition law and consumer protection is to provide consumers with access to a fair range of competitively priced goods and services in markets free of unfair and deceptive practices. Yet, none of them is capable in itself to achieve this and to make markets work well. A competitive market structure is built on effective competition and empowered consumers who are capable to activate competition.” (CSERES, Katalin Judit. Competition law and consumer protection. The Hague: Kluwer Law International, 2005. pp. 408-409)

Não obstante desde a década de 60 já existissem há algum tempo órgãos voltados à proteção dos interesses dos consumidores – como, por exemplo, o CNDC (Conselho Nacional de Defesa do Consumidor), criado em 1985 pelo Decreto nº 91.469/1985 – a proteção legal destes agentes vulneráveis do mercado ainda não era consolidada de forma expressa no ordenamento jurídico nacional. Apenas com a promulgação da Constituição Federal de 1988 é que se definiu expressamente que o Estado deveria promover, na forma da lei, a defesa do consumidor. Tal previsão estava expressamente positivada no inciso XXXII do artigo 5º da Carta Magna e no artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), estabelecendo o constituinte um prazo de cento e oitenta dias para que fosse criado pelo Congresso Nacional um código de defesa do consumidor.

À época, já havia sido estabelecida de forma paralela pelo CNDC uma comissão composta por diversos juristas de peso – Ada Pellegrini Grinover, Daniel Roberto Fink, José Geraldo Brito Filomeno, Kazuo Watanabe, Zelmo Denari – com o objetivo de elaborar de forma técnica um anteprojeto de código de defesa do consumidor. Com a contribuição de diversos outros assessores e professores – destacam-se aqui Antonio Herman de Vasconcelos e Benjamin, Nelson Nery Junior, Fábio Konder Comparato e Cândido Dinamarco – firmou-se, ainda em 1989, o primeiro anteprojeto divulgado e debatido de forma pública²¹⁵. No entanto, logo na sequência, foi instituída pelo Congresso Nacional uma Comissão Mista destinada a elaborar um projeto de código nos termos previstos pela Constituição, comissão esta que passou a ser assessorada pelos responsáveis pela elaboração do anteprojeto.

Antes mesmo da consolidação desse projeto conjunto a ser elaborado pela Comissão Mista foram apresentados vários projetos individuais tanto na Câmara²¹⁶ quanto no Senado²¹⁷. Inicialmente, optou-se por privilegiar no Senado o andamento do Projeto de Lei nº 97/89 de autoria do Senador Jutahy Magalhães, com o acréscimo algumas proposições de outros dos projetos inicialmente propostos²¹⁸. No entanto, no meio deste processo, a Comissão Mista consolidou em um só projeto substitutivo – o PL nº 3.683/1989 – um compilado das melhores

²¹⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini *et. al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 11. ed. rev. atual. e reform. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 9.

²¹⁶ Destaca-se inicialmente na Câmara o Projeto nº 1.149/88 do Deputado Geraldo Alckmin Filho, além de outros propostos pelos deputados Michel Temer, Raquel Cândido e José Yunes.

²¹⁷ No Senado, destacam-se os Projetos de Lei nº 01/89 e 97/89, de autoria dos Senadores Ronan Tito e Jutahy Magalhães.

²¹⁸ Toda a tramitação do Projeto de Lei nº 97/1989 está disponível no sítio eletrônico do Senado (<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/27247>), Acesso em 26.12.2018.

práticas previstas nos diversos projetos apresentados, em especial aqueles de autoria dos então deputados Michel Temer e Geraldo Alckmin²¹⁹.

É interessante destacar que o relator do PL n° 3.683/1989 na Câmara, deputado Joaci Góes, assim justificou o texto do substitutivo então apresentado:

Quais seriam a filosofia e a estrutura do texto que ora divulgo? Todos os Projetos, tanto os do Senado Federal como os da Câmara dos Deputados, traçam normas de proteção ao consumidor, este sujeito econômico que, nas palavras de Jean Calais-Auloy, é, ao mesmo tempo, rei e escravo da “sociedade de consumo” (*Droit de la Consommation*, Paris, Dalloz, 1.986, p. 6). Por este prisma, portanto, os diversos textos mantêm uma mesma filosofia.

Os Projetos, sem exceção, foram buscar inspiração no Direito Comparado. O texto que oferto – com base no melhor da legislação estrangeira, opta pela racionalização da tutela do consumidor, priorizando os aspectos preventivos e reparatórios civis em detrimento da imposição de elevadas e ineficientes sanções penais. Almeja-se, enfim, fazendo uso da lição do grande mestre Thierry Bourgoignie, estabelecer as condições que permitam o surgimento, no âmbito dos consumidores, de um poder compensatório que equilibre suas relações com as estruturas de produção e distribuição (*Éléments pour une Theorie du Droit de la Consommation*, Bruxelles, Story-Scientia, 1.988, p. 128).

O Projeto francês de Code de la Consommation está na origem de muitos dos maiores avanços do texto. Foi-se buscar conceitos e dispositivos de diversas outras fontes, seja do Direito norte-americano, seja do Direito europeu, especialmente através das Diretivas da Comunidade Econômica Europeia. Evitou-se, a todo custo, o transporte automático da legislação estrangeira para nossa realidade. Partiu-se da premissa que o mercado de consumo brasileiro, embora em crescente internacionalização, ainda tem aspectos peculiares que não poderiam ser olvidados. Logo, mesmo os institutos mais consagrados no Direito comparado foram submetidos a um exaustivo processo de adaptação às condições do Brasil.

Perceba-se que, desde o início, o relator já indica expressamente o intuito de equilibrar as relações entre os consumidores e as estruturas de produção e distribuição, tendo como inspiração normas alienígenas que tratavam sobre o tema, em especial o *Code de la Consommation* francês. Por outro lado, os juristas que participaram da elaboração do anteprojeto inicial – e que acabaram auxiliando posteriormente a Comissão Mista na elaboração do projeto substitutivo definitivo que viria a ser aprovado – indicam em trabalho posterior elaborado sobre o tema²²⁰ que o CDC aprovado teria buscado inspiração não apenas no código francês, mas também em diversas outras normas estrangeiras:

²¹⁹ GRINOVER, op. cit. p. 9.

²²⁰ GRINOVER, op. cit. p. 6.

O Código, como não poderia deixar de ser, foi buscar sua inspiração em modelos legislativos estrangeiros já vigentes. Os seus redatores, contudo, tomaram a precaução de evitar, a todo custo, a transcrição pura e simples de textos alienígenas.

A ideia de que o Brasil – e o seu mercado de consumo – tem peculiaridades e problemas próprios acompanhou todo o trabalho de elaboração. Como resultado dessa preocupação, inúmeros são os dispositivos do Código que, de tão adaptados à nossa realidade, mostram-se arremidos a qualquer tentativa de comparação com esta ou aquela lei estrangeira. Mas aqui e ali é possível identificar-se a influência de outros ordenamentos.

Na origem dos direitos básicos do consumidor está a Resolução nº 39/248, de 9 de abril de 1985, da Assembleia-Geral da Organização das Nações Unidas.

A maior influência sofrida pelo Código veio, sem dúvida, do *Projet de Code de la Consommation*, redigido sob a presidência do professor Jean Calais-Auloy. Também importantes no processo de elaboração foram as leis gerais da Espanha (*Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Lei nº26/1984), de Portugal (Lei nº 29/81, de 22 de agosto), do México (*Le Federal de Protección al Consumidor*, de 5 de fevereiro de 1976) e de Quebec (*Loi sur la Protection du Consommateur*, promulgada em 1979).

Visto agora pelo prisma mais específico de algumas de suas matérias, o Código buscou inspiração, fundamentalmente, no Direito comunitário europeu: as Diretivas nºs 84/450 (publicidade) e 85/374 (responsabilidade civil por acidentes de consumo). Foram utilizadas, igualmente, na formulação do traçado legal para o controle das cláusulas gerais de contratação, as legislações de Portugal (Decreto-Lei nº 446, de 25 de outubro de 1985) e Alemanha (*Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen – AGB Gesetz*, de 9 de dezembro de 1976).

Uma palavra a parte merece a influência do Direito norte-americano. Foi ela dupla. Indiretamente, ao se usarem as regras europeias mais modernas de tutela do consumidor, todas inspiradas nos cases e statutes americanos. Diretamente, mediante análise atenta do sistema legal de proteção ao consumidor nos Estados Unidos. Aqui foram úteis, em particular, o *Federal Trade Commission Act*, o *Consumer Product Safety Act*, o *Truth in Lending Act*, o *Fair Credit Reporting Act* e o *Fair Debt Collection Practices Act*.

É curioso verificar que em ao menos uma dessas fontes mencionadas pelos autores do anteprojeto (Diretiva 85/374/CEE da EU) a tutela da atratividade trazida pela marca é expressamente prevista²²¹. O Código de Defesa do Consumidor que veio a ser aprovado não

²²¹ Já em 1985 a referida diretiva justificava parcialmente sua relevância na indicação de que “*a proteção 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*”, repetindo novamente tal indicação em seu artigo terceiro que indica como produtor – o equivalente ao fornecedor em nosso ordenamento jurídico – para fins legais “*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*”. (CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. Directiva 85/374/CEE do Conselho, de 25 de Julho de 1985, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros em matéria de responsabilidade decorrente dos produtos

traz, contudo, qualquer discussão específica sobre a necessidade de tutela do efeito persuasivo das marcas sobre os consumidores. Limita-se a definir regras básicas para a tutela desses agentes vulneráveis em face dos empresários-fornecedores que, por sua vez, foram definidos exclusivamente com base em rol exemplificativo de atividades industriais e comerciais por eles praticadas – produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços – e que os caracterizariam como sujeitos passivos das normas protetivas então postas.

Discutido e devidamente aprovado no Senado, o PL 3.683/1989 foi enviado para a Câmara para aprovação. Esta, por sua vez, apresentou um novo substitutivo a este compilado inicial, modificando vários trechos inicialmente propostos mas que, para os fins deste trabalho, não possuem grande relevância. Esse último projeto substitutivo apresentado pela Câmara é que, ao final, foi aprovado em 24 de agosto de 1990, tendo sido enviado para sanção presidencial e promulgado, ainda que com quarenta e dois vetos. O que é interessante destacar, contudo, é que durante a tramitação desse segundo substitutivo na Câmara houve discussão relevante acerca dos limites do conceito de consumidor para fins legais, discussão esta que, se não trata diretamente do tema da marca enquanto elemento persuasivo capaz de desequilibrar a relação em benefício dos empresários-fornecedores que delas se utilizam em suas atividades, o tangencia de forma relevante em certos pontos.

A redação final aprovada do artigo 2º do CDC caracteriza o consumidor como “*toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final*”. Seu parágrafo único, por sua vez, prevê a possibilidade de equiparação a consumidor da “*a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo*”. E, por outro lado, previu-se no artigo 29 um terceiro conceito alternativo de consumidor, que abrangeria todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas previstas no Capítulo V do Código, que trata sobre as práticas comerciais (oferta, publicidade, práticas abusivas, entre outras). Essa divisão do conceito de consumidor foi, contudo, bem criticada à época da tramitação do substitutivo final aprovado.

O projeto originário proposto pela comissão era mais amplo e o caracterizava em seu artigo 2º como “*toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como*

destinatário final, bem como o que se encontra sujeito ou propenso a intervir nas relações de consumo”. Essa parte final também se repetia no parágrafo único, que previa que “*equiparar-se ao consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo ou se encontre sujeita ou propensa a intervir nas relações de consumo*”. Ou seja, na origem do PL 3.683/1989 a tutela do momento pré-contratual – no qual se inclui o processo de oferta e publicidade analisado neste trabalho – já estava prevista no conceito-base de consumidor, e não em norma destacada. E, neste ponto, houve intenso embate entre os representantes dos potenciais afetados por tal previsão legal.

De um lado, constata-se a ocorrência de *lobby* empresarial intenso para a supressão deste trecho final do artigo 2º, o que se vê não só do texto do substitutivo da Câmara ao PL 3.683/1989 – que o deslocou para o artigo 29 do Código²²² – como de emendas propostas por deputados após a mudança topográfica dessa previsão²²³. Veja-se, a título de exemplo, as emendas 29/90 e 30/90, propostas respectivamente pelos deputados Climério Velloso e Luís Roberto Ponte, que solicitavam a supressão do artigo 29 sob a seguinte justificativa:

As relações de consumo são as que defluem da aquisição ou utilização do produto ou serviço (art. 2º) e, quando indeterminado o consumidor, não dispensa o projeto a sua intervenção na relação jurídica do consumo (parágrafo único do art. 2º).

O art. 29 foi introduzido na última versão do projeto e está em conflito com o conceito de consumidor fixado no citado art. 2º, pois, para configurar-se consumidor, a pessoa precisa, pelo menos, ter intervindo na relação jurídica, o que, evidentemente, não ocorre com as pessoas expostas apenas aos fatos, mas que deles jamais participaram.

Por outro lado, outras emendas visavam o restabelecimento do conceito previsto pelo projeto originário, que tratava da proteção pré-contratual já no conceito-base do CDC. Neste

²²² O ocorrido é narrado por Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin em seus comentários sobre o CDC constantes de livro no qual afirma que “*O conceito do art. 29 integrava, a princípio, o corpo do art. 2º. Como consequência do lobby empresarial que queria eliminá-lo por completo, foi transportado, por sugestão minha, para o Capítulo V.*” (GRINOVER, op. cit. p. 271).

²²³ O dossiê integral de tramitação do Projeto de Lei nº 3.683/89 (Câmara) foi requerido por meio de campo próprio no sítio eletrônico da Câmara dos Deputados, uma vez que dado o tamanho dos arquivos estes não poderiam ficar disponíveis *online* de forma permanente. Após a requisição, a integralidade do processo legislativo foi compilada pela equipe interna da Câmara dos Deputados em dois arquivos eletrônicos distintos (<http://www.camara.leg.br/internet/infdoc/novoconteudo/Acervo/CORPI/Arquivos/PL-3683-1989-2.pdf> e <http://www.camara.leg.br/internet/infdoc/novoconteudo/Acervo/CORPI/Arquivos/PL-3683-1989-1.pdf>.) que ficariam disponíveis apenas temporariamente.. No entanto, até o presente momento (26.12.2018) os *links* continuam ativos, razão pela qual são mencionados nesta nota caso se pretenda consultá-los.

sentido, veja-se inicialmente a justificativa apresentada à Comissão Mista pelos deputados Gumercindo Milhomem, Lúcia Alcântara, Augusto Carvalho e Maria de Lourdes Abadia, subscritores das emendas 01/02 e 02/90 que falavam respectivamente sobre o *caput* e o parágrafo único do artigo 2º do substitutivo:

Como bem lembrou o Excelentíssimo Relator do Código de Defesa do Consumidor, Deputado Joaci Góes, no parecer sobre as emendas nº 1, 2 e 3 apresentadas à Comissão Mista destinada a elaborar o Código, “a proteção do Consumidor, antes ligada à ideia de contratação, perdeu esta característica na legislação estrangeira mais moderna. Isto porque a tutela do consumidor se dá antes, durante e após a contratação (grifo nosso). Uma definição de consumidor restrita apenas aqueles que adquirem ou utiliza produtos e serviços inviabilizaria sua proteção sempre que inexistisse contratação (aquisição para os produtos e utilização para os serviços) como, por exemplo, na publicidade, na oferta, nos bancos de dados de consumo, etc. (...)”. Somos, pois, pela manutenção da redação original da Comissão Mista.

Seguindo a mesma linha de raciocínio, os deputados em questão também subscreveram a emenda 28/90, que pedia a supressão do artigo 29 do substitutivo ao PL 3.683/89 sob a justificativa de que “o artigo 29 retira a extensão conceitual da propensão ao consumo, como caracterizadora da qualidade jurídica do consumidor, restringindo-a aos procedimentos relacionados as práticas comerciais”.

Ainda que essa discussão acerca dos limites do conceito de consumidor para fins de atribuição de direitos – e consequentes obrigações aos fornecedores – no período pré-contratual tenha sido relevante, nenhuma das cinco emendas ora citadas foi aprovada²²⁴. Ao final, manteve-se o conceito legal de consumidor dividido entre os artigos 2º (que trata da proteção no momento contratual e pós contratual) e 29 (que visa tutelar parcialmente o período pré-contratual), além da criação da figura dos *bystanders* estabelecida pelo artigo 17 (que trata da proteção dos terceiros afetados pelos contratos de consumo).

²²⁴ À época, o relator do projeto na Câmara – deputado Joaci Góes – se manifestou desfavorável a todas as emendas, opinião que foi referendada na votação final. Em seu parecer, indicou que as alterações ao artigo 2º propostas pelas emendas 01/90 e 02/90 seriam desnecessárias uma vez que “a redação atual do artigo 2º deve ser conjugada com o art. 29” e que “é neste, e não naquele, que vem a previsão da “propensão ao consumo”. Por outro lado, com relação à emenda 28/90 que visava suprimir o artigo 29 e integrá-lo ao artigo 2º, indicou que “a localização do dispositivo visa exatamente evitar que ele venha a abranger todas as situações regradas pelo Código” e que “sua aplicação limita-se apenas àqueles casos onde é necessária, em especial à oferta, à publicidade e às práticas abusivas, entre outros”.

Conclui-se, portanto, que o conceito de consumidor estabelecido ao final pelo código é múltiplo e não se restringe à regra do artigo 2º. E, a partir dessa separação topográfica do conceito, a vulnerabilidade do agente tutelado pelo CDC, sua adequação a um ou mais conceitos legais e as normas aplicáveis passam a ter que ser analisadas de forma casuística a depender do momento contratual (pré-contratual, durante a execução ou pós-contratual) ou da posição do agente no mercado de consumo (potencial adquirente de bens e serviços, parte contratante ou terceiro alheio à relação).

O que se destaca neste momento, entretanto, é que mesmo em se verificando a intenção do legislador de caracterizar o potencial consumidor – no sentido econômico do termo – como apto à proteção legal no momento de seu convencimento (pré-contratual), ainda assim não se fez qualquer menção expressa ao poder atrativo exercido pelas marcas sobre o processo de decisão. Mesmo o artigo 30, que trata da tutela dos atos de oferta, se limita a tratar genericamente da “*informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados*”, obrigando o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integrando o contrato que vier a ser celebrado. Não fala, em nenhum momento, da possibilidade de caracterização do fornecedor com base na utilização da marca, nem na existência de obrigações e responsabilidades correlatas aos bônus decorrentes de sua utilização.

Em suma, conclui-se que o Código de Defesa do Consumidor aborda a questão da marca apenas em um aspecto macroeconômico, principiológico, sem adentrar expressamente as questões microeconômicas ligadas ao processo de escolha e os incentivos sobre ele incidentes já mencionados de forma ampla no primeiro capítulo dessa dissertação. Se a LPI aborda o tema de forma unidimensional e o CADE somente trata o tema em um aspecto macroeconômico, o CDC nem sequer menciona a possibilidade de atribuição de obrigações diretas ao fornecedor que dela faz uso. Ainda que mencione a possibilidade de confusão entre marcas distintas – uso ilegítimo da marca – como um fato a ser considerado para fins de proteção do consumidor, não traz qualquer menção aos efeitos de seu uso legítimo como símbolo identificador de origem, fator relevante na concorrência e fonte autônoma de valor.

Não se pode olvidar, contudo, que mesmo o uso lícito da marca é capaz de levar a conflitos entre o seu titular e o consumidor. É o que se verá a seguir.

2. Tratamento judicial precário

Mesmo que não se tenha estabelecido um tratamento legal abstrato específico para os efeitos do poder persuasivo da marca junto aos consumidores em um aspecto microeconômico, ainda assim conflitos desta espécie surgem e demandam uma solução sistemática. E, na falta de regras diretas, torna-se necessário recorrer a uma análise principiológica capaz de ponderar os interesses envolvidos, de forma a preencher essas lacunas indevidas no poliedro jurídico-estrutural das relações de mercado.

Para melhor entender como essa análise principiológica vem sendo realizada, serão analisados a seguir cinco casos paradigmáticos distintos que envolvem marcas e redes contratuais – denominados *Panasonic*, *Motorauto*, *Fiat*, *Unimed* e *Sony* – para tentar demonstrar como o Superior Tribunal de Justiça, última instância capaz de analisar a regularidade da aplicação da lei federal e cujo raciocínio é dotado de certa definitividade e autoridade, vem endereçando essas questões. A opção metodológica pelo estudo destes cinco casos decorre do fato de o poder persuasivo das marcas ter sido abordado expressamente como fundamento econômico relevante nos votos dos julgadores. Entende-se que a avaliação específica e aprofundada dos raciocínios utilizados nestes casos concretos será mais útil aos objetivos deste trabalho do que um levantamento mais amplo que visasse entender como os tribunais em geral têm tratado globalmente o poder persuasivo da marca, uma vez que as evidências mais complexas coletadas nestes casos selecionados – os porquês ‘lógico-jurídico’ e ‘jurídico-positivo’ das tutelas determinadas em cada hipótese²²⁵ – serão mais adequadas à exploração do tema e à consolidação posterior de um raciocínio global unificado²²⁶.

²²⁵ Utiliza-se por analogia a ideia de conceitos ‘lógico-jurídicos’ e ‘jurídico-positivos’ de Hans Kelsen, que indica terem os primeiros pretensão de validade universal, sendo pressuposto lógico de validade das normas constitucionais positivadas (norma pressuposta), e os últimos adequação específica a um espaço e tempo predeterminados e instituição positivada (norma posta). (KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, passim). Neste caso, busca-se entender os porquês das decisões analisadas a partir do raciocínio abstrato e geral de proteção do contratante vulnerável baseada em um equilíbrio entre a eficiência das transações e a proteção da igualdade material entre as partes (aspecto lógico-jurídico) e da aplicação concreta proposta para os conflitos em tela a partir da concepção básica (aspecto jurídico-normativo). Ambos são relevantes na medida em que o fundamento lógico-jurídico comum eventualmente abstraído ditará a unidade e coerência necessárias à unificação do tratamento da questão, não obstante a pluralidade dos fundamentos jurídico-positivos utilizados.

²²⁶ Neste sentido, Antonio Carlos Gil define a utilidade dos estudos de caso enquanto metodologia de pesquisa de caráter exploratório: “*Sua utilização maior é em estudos exploratórios e descritivos, mas também pode ser importante para fornecer respostas relativas a causas de determinados fenômenos. Por exemplo, quando se deseja verificar quanto uma população consome, realiza-se um levantamento. Quando, porém, deseja-se*

2.1. O caso “Panasonic”

2.1.1. Recurso Especial nº 63.981/SP

O primeiro caso a ser analisado é o julgamento de um recurso especial que, no ano de 2000, gerou grandes discussões dentro da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, onde foi julgado. Trata-se de caso em que uma filmadora da marca *Panasonic* foi adquirida no exterior com garantia de um ano e, ao retornar o adquirente ao solo brasileiro, constatou-se que estava defeituosa. O adquirente, então, ajuizou ação judicial em face da sociedade que exercia os direitos sobre a marca em questão no território brasileiro – Panasonic do Brasil Ltda. – para que esta fosse responsabilizada pela garantia do produto defeituoso, utilizando como base as normas do Código de Defesa do Consumidor.

A pretensão do consumidor foi julgada improcedente em primeira instância e seu recurso também foi rejeitado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP). Em ambos os casos se argumentou no sentido da ilegitimidade passiva da ré. Alegou-se que a empresa nacional não teria sido responsável por colocá-lo no mercado e, por isso, não poderia ser responsabilizada com base no CDC por vícios decorrentes da atuação das empresas estrangeiras responsáveis pela fabricação e pela venda do produto.

O adquirente recorreu ao Superior Tribunal de Justiça utilizando os seguintes argumentos, expostos nestes exatos termos no relatório do acórdão que o julgou:

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

*verificar as razões que determinam a preferência por esse produto, o levantamento pode mostrar-se insuficiente e, conseqüentemente, sugere-se a realização de um estudo de caso. Nessa hipótese, tal delineamento torna-se recomendável exatamente para proporcionar maior nível de profundidade, para transcender ao nível puramente descritivo proporcionado pelo levantamento”. (GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 138). Por sua vez, Robert Yin demonstra a adequação deste método para os fins objetivados por esta dissertação ao indicar que “os estudos de caso representam a estratégia preferida quando se colocam questões do tipo ‘como’ e ‘por que’, quando o pesquisador tem pouco controle sobre os eventos e quando o foco se encontra em fenômenos contemporâneos inseridos em algum contexto da vida real” (YIN, Robert K. **Estudo de caso: planejamento e métodos**. Tradução de Daniel Grassi. 2.ed. Porto Alegre: Bookman, 2001, p. 19). O mesmo autor completa dizendo que “um estudo de caso é uma investigação empírica que investiga um fenômeno contemporâneo dentro de seu contexto da vida real, especialmente quando os limites entre o fenômeno e o contexto não estão claramente definidos” (Ibid. p. 32)*

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.

A empresa recorrida, por sua vez, alegava não ter participado da venda e que, portanto, a ação deveria ter sido proposta contra o fornecedor que realizou a venda em solo norte-americano. Indicava também ser empresa distinta e autônoma que, embora se utilizasse da mesma marca no mercado nacional, não poderia ser configurada como fornecedora nos termos do artigo 3º do CDC.

O relator, ministro Aldir Passarinho Junior, filiou-se ao entendimento já exposto anteriormente pelos demais órgãos judicantes:

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 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.

Para fundamentar o voto pela negativa de provimento ao recurso do consumidor, o relator descaracteriza a empresa brasileira como fornecedora nos termos do artigo 3º do CDC e indica que, mesmo se fosse possível a sua caracterização, incidiria a excludente do inciso I do §3º do artigo 12 do mesmo diploma legal. Alega que a empresa americana e a empresa brasileira não teriam qualquer relação, e que os atos capazes de gerar a pretensão autoral teriam sido praticados pela empresa norte-americana. Afasta implicitamente o nexo de causalidade e, com isso, a responsabilidade da empresa brasileira pelo vício constatado.

Para além desses fundamentos jurídicos específicos, o ministro Aldir Passarinho Junior apresenta considerações interessantes de ordem econômica. Dentre outros pontos, argumenta que a opção pela aquisição do bem no exterior deveria considerar o risco de inadequação da legislação nacional para solucionar eventuais defeitos. Em sua opinião, o consumidor racional deveria optar entre duas alternativas: adquirir o produto de um agente

situado no território nacional, o qual seria caracterizado como fornecedor nos termos da legislação nacional e, conseqüentemente, se lhe seriam aplicadas as normas protetivas correlatas; ou comprar o produto em território estrangeiro, ciente de que a proteção conferida ao consumidor brasileiro não atingiria a relação com o fornecedor em questão. Em suma, trata-se de um argumento econômico racional que, no fundo, envolve uma escolha política. Opta-se por uma análise restritiva do direito de reparação baseada em um aspecto estritamente formal: a existência de duas pessoas jurídicas distintas que não teriam praticado em conjunto o ato danoso.

O ministro Barros Monteiro acompanha o entendimento do relator, acrescentando apenas que “*a fabricante deste aparelho (uma filmadora), sediada no Japão, é uma pessoa jurídica distinta daquela que está estabelecida no Brasil*” e que “*não é o caso de desconsiderar-se a personalidade jurídica*”. Perceba-se que o foco muda da empresa americana para a empresa japonesa. O argumento continua sendo a ausência de nexo de causalidade, porém já não se fala apenas em existência de responsabilidade em abstrato do comerciante americano, mas também do fabricante japonês.

Conclui-se então que, não obstante ambos neguem provimento ao recurso e indiquem a ausência de responsabilidade da empresa brasileira, os dois primeiros ministros a votar retratam, ainda que implicitamente, a existência de uma rede empresarial complexa e multinacional que congrega os agentes japoneses, americano e brasileiro ligados à marca global. Há, contudo, a opção por analisar a atuação da empresa brasileira de forma isolada e, com isso, afastar a sua responsabilidade por ausência de nexo de causalidade entre seus atos diretos e o defeito constatado no produto.

Diverge do entendimento proposto até aquele momento o ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, nos seguintes termos:

[...] 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 conseqüências 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 conseqüências 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 vênua, lhe dando provimento.

Embora não apresente fundamentos jurídicos específicos para o provimento do recurso, os elementos econômicos de sua argumentação são evidentes e notoriamente distintos dos apresentados pelos dois primeiros ministros. Destaca expressamente que a marca é elemento relevante no momento pré-contratual, sendo um dos fatores primordiais do processo de compra. E, ao final, afasta a apuração de nexo de causalidade e a responsabilidade com base na estrutura proposta pelos ministros Aldir Passarinho Junior e Barros Monteiro para privilegiar a atribuição de obrigações pelo compartilhamento de uma única imagem, de uma origem ficta, comum em múltiplos países.

Após o voto em questão o ministro César Asfor Rocha pede vista do processo e, em sessão subsequente, acompanha integralmente o voto divergente do ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Traz, por sua vez, outros elementos jurídicos e econômicos relevantes, complementando o voto anterior:

Pedi vista dos autos para melhor exame da matéria, sobretudo lendo 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 uma 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 contrapartida 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 tantos 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.

Partindo da ideia de imagem única baseada na marca, acrescenta o ministro César Asfor Rocha que esse *modus operandi* representa na realidade uma única empresa, uma única atividade empresarial, ainda que pulverizada por meio de vários agentes situados em locais distintos. Reconhece-se a existência de um grupo econômico único, ainda que formado de uma maneira não tradicional. Outro ponto a se destacar é a afirmação no sentido de que a propaganda que cria e fixa o valor da marca e a credibilidade que desta decorre são únicas no mundo inteiro. Indica-se que a sucursal brasileira se beneficia da atuação da matriz japonesa (e vice-versa) e, se recebe os bônus, deveria responder pelos ônus correlatos.

A matriz política do voto do ministro César Asfor Rocha é, portanto, notoriamente distinta da exposta inicialmente pelo ministro Aldir Passarinho Junior. Neste último voto,

aspectos formais da constituição das empresas foram considerados de menor relevância, face à existência de indícios de uma atividade única mais abrangente. Substitui-se uma análise restritiva e de matriz liberal e não-interventiva da responsabilidade civil para admitir uma intervenção maior do Estado na atividade econômica, permitindo-se a imposição de obrigações para reequilíbrio de uma relação reconhecidamente desequilibrada. Mesmo sem nexos de causalidade direto entre atos físicos da empresa brasileira e o defeito constatado, reconhece-se a existência de nexos funcional entre sua atuação e a de todos os outros agentes que utilizam o mesmo nome e a mesma credibilidade, o que lhes traz benefícios mútuos. Tal fato seria suficiente para atribuir-lhe responsabilidades pelos atos de terceiros. O voto em questão é também omissivo, contudo, no estabelecimento de uma correlação direta entre os fundamentos político-econômicos que o baseiam e as normas jurídicas postas.

Quem finalmente aborda a questão sob um viés jurídico é o último julgador, ministro Ruy Rosado de Aguiar, nos seguintes termos:

Peço vênias 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 vinculadas 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.

O ministro em questão acompanha a divergência instaurada pelos ministros Sálvio de Figueiredo Teixeira e César Asfor Rocha para, ao final, fundamentar seu entendimento pela aplicação do CDC ao caso em questão. Em seu entendimento, a empresa situada no Brasil seria controlada pela matriz japonesa responsável pela fabricação dos produtos e, com isso, se lhe poderia ser atribuída a responsabilidade solidária prevista pelo Código. E, para tanto, baseia-se na responsabilidade subsidiária prevista pelo §2º do artigo 28, que indicava que “*as sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas, são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código*”.

Ao final, por maioria, entendeu-se pelo provimento do recurso para admitir a responsabilização da empresa nacional, utilizando-se como base os votos dos ministros Sálvio de Figueiredo Teixeira, César Asfor Rocha e Ruy Rosado de Aguiar.

A discussão não se encerrou, contudo, neste momento.

2.1.2. Ação Rescisória nº 2.931/SP

Posteriormente, a Panasonic do Brasil Ltda. buscou a rescisão do acórdão por suposta violação a dispositivo literal de lei. Indicou, à época, dois argumentos: (i) a inexistência de nexo causal a justificar a sua condenação ao pagamento de indenização, em razão de não ter sido responsável pela colocação do produto no mercado, vez que adquirido no exterior; e (ii) a impossibilidade de ser enquadrada no conceito de fornecedor previsto pelo artigo 3º do CDC.

Essa ação rescisória foi, ao final, julgada improcedente em 2005, mantendo-se o acórdão anteriormente prolatado no julgamento do recurso especial. No entanto, no curso do julgamento, retomou-se a parcialmente discussão proposta no julgamento originário, agora com a participação de outros ministros do Superior Tribunal de Justiça.

Os primeiros a se manifestar, ministros Castro Filho e Barros Monteiro, se ativeram a questões processuais para julgar improcedente o pedido rescisório. O terceiro deles, ministro

Humberto Gomes de Barros, reinaugura brevemente a discussão ao alegar que a empresa americana e a brasileira “*são duas pessoas jurídicas bem diferenciadas*” e que seria possível “*que o conserto daquele aparelho nem esteja ao alcance dos técnicos dessa empresa*”. Com base apenas nestes argumentos, vota pela procedência do pedido rescisório para desconstituir a atribuição de responsabilidade à empresa brasileira anteriormente posta.

Quem volta a tratar especificamente do tema da marca é o ministro Cesar Asfor Rocha, que já havia participado do julgamento que se pretendia rescindir:

Sr. Presidente, com a devida vênua, se a empresa daqui não tiver capacidade técnica para resolver a reclamação, deve mandar para sua congênera onde foi comprado o bem. Em uma economia globalizada, não podem as empresas multinacionais se valer apenas do que lhes possa ser proveitoso. Elas têm que arrostar, data vênua, com os ônus da globalização.

Se alguém chega ao Japão ou em locais mais exóticos, fora dos circuitos mais seguidos de férias, e compra um aparelho de marca Panasonic, compra porque é Panasonic, por se tratar de uma empresa reconhecida. É a marca que vai impressionar. Ela sabe que está comprando um equipamento de qualidade, que tem procedência. Penso que ela deveria se conformar com esse entendimento.

Lembro-me de que, no julgamento do recurso especial, o advogado que fez a sustentação oral estava advogando em causa própria e disse que gastou para defender seus direitos muito mais do que o valor do aparelho. Ele está lutando por seus direitos. É uma atitude louvável. Realmente, a Panasonic não deveria estar com essa relutância. É um fato que depõe contra sua empresa, por se tratar de uma marca mundial.

Com essas considerações, julgo improcedente a ação rescisória nos termos dos doutos votos dos Srs. Ministros Castro Filho e Barros Monteiro, com a devida vênua do Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros.

Veja-se que o ministro retoma seu próprio posicionamento anterior ao dizer que “*é a marca que vai impressionar*” e que “*em uma economia globalizada, não podem as empresas multinacionais se valer apenas do que lhes possa ser proveitoso*”. Ou seja, mais uma vez propõe que aquele que colhe os bônus do reconhecimento mundial baseado na marca deverá arcar com os ônus correlatos da globalização.

O quinto a se manifestar, ministro Ari Pargendler, discorda frontalmente dessa posição e vota pela rescisão do acórdão com base em argumento econômico consequencialista que nada tem de relacionado ao tema em discussão – poder persuasivo da marca e obrigações correlatas – e, portanto, não será apreciado em minúcias neste trabalho²²⁷. Por sua vez, o

²²⁷ Em suma, o ministro Ari Pargendler alega que, ao se estender a proteção ao produto comprado por preço menor no exterior, se estará prejudicando o fabricante nacional que está sujeito às regras e aos custos jurídicos

ministro Fernando Gonçalves também pugna pela procedência da ação rescisória, este com base em fundamento genérico.

Diferentemente, o ministro Carlos Alberto Menezes Direito pugna por sua improcedência por se tratar o acórdão rescindendo de decisão interpretativa incapaz de configurar violação literal da lei, seguindo a orientação de ordem eminentemente processual iniciada pelos ministros Castro Filho e Barros Monteiro. E, por fim, o ministro Jorge Scartezzini também vota favoravelmente à procedência da rescisória alegando a existência de duas pessoas jurídicas distintas e inconfundíveis, nos seguintes termos:

Ademais, o Código de Defesa do Consumidor é expresso ao dizer que "está isento de responsabilidade quem não colocou o produto no mercado". Ora, tratando-se de uma pessoa jurídica, dotada de existência autônoma, com atividade no Brasil, e não produzindo aquele produto - portanto, não o colocando no mercado - e nem exercendo aquela atividade, não vejo como possa subsumir-se a uma relação de consumo, entre fornecedor e consumidor.

Ele consumiu onde? Quem foi seu fornecedor? É pessoa jurídica idêntica, semelhante, análoga à pessoa jurídica de onde ele adquiriu? Não. São pessoas distintas. Logo, ele não é consumidor perante o Brasil, diante de uma empresa jurídica com a qual não teve nenhum negócio jurídico, nenhuma relação jurídica.

Ao final, por cinco votos a quatro, entendeu-se pela improcedência da ação rescisória e pela manutenção do acórdão anterior que havia reconhecido a responsabilidade da *Panasonic do Brasil Ltda.* Na soma total dos dois julgamentos, contudo, seis ministros se manifestaram em um ou outro momento pela necessidade do reconhecimento da independência estrutural entre as empresas e pela impossibilidade de extensão de obrigações à empresa brasileira – Aldir Passarinho Junior, Barros Monteiro, Humberto Gomes de Mattos, Ari Pargendler, Fernando Gonçalves e Jorge Scartezzini – enquanto apenas três se manifestaram expressa e favoravelmente à tutela do potencial persuasivo da marca – Sálvio de Figueiredo Teixeira, César Asfor Rocha, Ruy Rosado de Aguiar. Essa diferença foi superada, contudo, pelos votos da ministra Nancy Andrighi (que não declarou voto mas votou pela

aqui impostos. É o que se vê do seguinte trecho: “*A atribuição de garantia, no nosso país, para produtos estrangeiros adquiridos no exterior prejudicará os produtos nacionais. Qual o estímulo para adquirir os nossos produtos, se for possível adquiri-los no exterior, por preço menor, mas com o mesmo compromisso do fabricante de assegurar-lhe a qualidade e durabilidade? Se só o produto nacional tiver essa garantia, o país manterá e até aumentará o número de empregos. O contrário ocorrerá se a garantia for estendida aos produtos estrangeiros comprados no exterior, com o número de empregos sendo reduzido aqui e aumentado no exterior, com esse resultado esdrúxulo: o Brasil será um exportador de empregos. Essa, data venia, a análise econômica correta.*”. Ao final, de forma até mesmo desconexa com o argumento econômico posto, pugna simplesmente pela aplicação da lei do local onde foi adquirido o produto.

improcedência da ação rescisória), dos ministros Castro Filho e Carlos Alberto Menezes Direito (que se utilizaram de argumentos processuais para votar pela improcedência do pedido rescisório), além dos votos em duplicidade dos ministros Cesar Asfor Rocha (que repetiu o posicionamento anterior) e Barros Monteiro (que, embora discordasse do mérito do julgamento inicial, entendeu que a opção interpretativa inicialmente vencedora não poderia ser rescindida sob a alegação de violação literal da lei).

Ou seja, embora resolvido o problema concreto, não houve convergência entre o pensamento dos diversos julgadores, nem o estabelecimento de uma tese jurídica abstrata de aplicabilidade geral para casos similares futuros. Também não é possível identificar regras específicas capazes de justificar o fundamento jurídico-econômico vencedor, ou ainda regras de interpretação a serem avaliadas em casos futuros.

De qualquer forma, é possível concluir que tal situação representa exatamente o paradigma de mercado que vem sendo analisado neste trabalho. Trata-se de rede empresarial controlada por um agente centralizado – no caso, a matriz japonesa – que, por meio de outros agentes empresários distintos e terceirizados, expande sua atuação por diversos locais e, ao mesmo tempo, a unifica sob o padrão de uma única marca. A empresa brasileira seria, por outro lado, um mero braço, uma *longa manus* da empresa principal ao qual foi licenciada a marca em questão para que pudesse protegê-la e explorá-la no território brasileiro mediante certos parâmetros. E, nessa operação em rede descentralizada e com especialização de atividades, surgem dúvidas acerca das obrigações e responsabilidades imputáveis a cada um dos agentes a ela pertencentes, todos eles representados de forma única perante o consumidor por meio da marca que os une comercialmente (*Panasonic*).

2.2. O caso “Motorauto”

Seguindo a mesma linha de raciocínio, porém com elementos de fato um pouco distintos, outro caso paradigmático que envolve a tutela do poder persuasivo da marca é o discutido no julgamento do Recurso Especial nº 113.012/MG. Trata-se de julgamento realizado em 1997, ou seja, em momento anterior ao julgamento do caso *Panasonic* indicado no subtópico anterior. Foi relatado pelo ministro Ruy Rosado de Aguiar e teve a participação dos ministros Barros Monteiro, Sálvio de Figueiredo Teixeira e Fontes de Alencar.

Trata-se de caso em que um indivíduo indica ter participado do denominado “*Consórcio Nacional Motorauto*” e, ao final, teria sofrido prejuízos pela liquidação extrajudicial da empresa que o operacionalizava (A.F. Administradora de Consórcio Ltda) sem que as obrigações do consórcio tivessem sido adequadamente cumpridas. Alegava-se então a responsabilidade solidária de terceiros (Motorauto S/A) pelo ressarcimento destes danos uma vez que, não obstante o contrato formal para participação no consórcio tenha sido firmado com a empresa liquidada, todo o processo de publicidade e até o nome do consórcio (*Motorauto*) indicavam a participação desta última.

A ação havia sido extinta na origem sem julgamento de mérito com base em uma suposta ilegitimidade passiva da Motorauto S/A. Também havia sido negado provimento por maioria ao recurso de apelação e aos embargos infringentes interpostos pelo autor junto ao Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais (TAMG) sob a alegação de que “*o contrato consorcial foi firmado com A.F. Administradora de Consórcio Ltda., empresa limitada independente, não se confundindo com Motorauto S/A, sociedade anônima distinta, inteiramente, de Consórcio Nacional Motorauto, nome de fantasia da primeira*”. Ou seja, utilizou-se inicialmente o argumento de ordem estrutural já citado anteriormente neste trabalho quando da análise do caso *Panasonic*.

Interposto e conhecido o recurso especial voltado à modificação dessas decisões, o relator – ministro Ruy Rosado de Aguiar – inicia seu relatório citando alguns trechos do julgamento dos embargos infringentes que deu origem ao acórdão recorrido, em especial os argumentos contrapostos entre os julgadores:

O tema da ilegitimidade passiva da ré foi amplamente examinado quando do julgamento dos embargos infringentes, seja pelos que os acolhiam, seja pela maioria que os rejeitaram. E a discussão se pôs inclusive sobre a consequência da utilização da propaganda, nos termos em que foi feita.

Transcrevo do voto do em. Juiz Ferreira Esteves, relator:

“Não se trata de ilegitimidade de parte acarretada pelo equívoco na propositura da ação.

Pretende a ora embargante, com a propositura da ação, fazer valer a sua alegação de quem, embora conste do contrato o nome da firma A.F. Administração de Consórcios Ltda., em verdade, o negócio teria sido feito com a ora embargada, Motorauto S/A, que, segundo se alega na peça inaugural, era quem mantinha o consórcio, com a utilização do seu conceito comercial para angariar consorciados e fornecia os veículos para os grupos do consórcio,.

Pretende a autora, ora embargante, ver reconhecido o seu direito de pleitear da firma Motorauto S/A a restituição das prestações pagas, exatamente porque é de sua responsabilidade a administração do consórcio que se fazia em nome de A.F. Administradora de Consórcios Ltda.

Com a propositura da ação, deixa-se transparecer, embora implicitamente, que a ré, Motorauto S/A agia, na condução dos negócios do consórcio, sob a capa de A.F. Administradora de Consórcios Ltda., para se ver isenta de responsabilidades futuras.

Ora à toda evidência, verifica-se que a conclusão de ilegitimidade de parte passiva somente poderia vir a ser alcançada com o julgamento do mérito, depois de propiciada à autora, no devido processo legal, a oportunidade da fase probatória, e não através de simples decisão indeferitória da inicial.” (fls. 147/148)

Já o il. Dr. Célio Paduani rejeitava os embargos pelos seguintes fundamentos:

“A meu sentir, razão assiste aos d. votos majoritários, da lavra dos em. Juízes Jarbas Ladeira e Mario Eiza, segundo os quais o contrato comercial foi firmado com a A. F. Administradora de Consórcio Ltda. como se vê a fls. 12-7^a, que se encontra presentemente em regime de liquidação extrajudicial. “(...) não se confundindo”, como bem ressalta o em. Juiz Relator da apelação, com Motorauto S/A, sociedade anônima distinta, inteiramente, de Consórcio nacional Motorauto, nome de fantasia da primeira”. E mais: “a utilização na propaganda de nome semelhante era possível, tanto que foi registrada na Junta Comercial (fls. 93/94), mas não passava da própria empresa responsável: A. F. Administradora de Consórcio Ltda”. (fl. 150)

Assim, tenho que o tema ficou prequestionado o suficiente para permitir o conhecimento deste recurso especial, malgrado não tenha sido feita expressa menção a dispositivo legal, pois ficou bem examinada a questão da responsabilidade da empresa pela publicidade feita para angariar inscrições no consórcio.

A similaridade com o julgamento do caso *Panasonic* fica evidente. Duas empresas distintas se utilizam comercialmente de uma mesma marca. A principal responsável pelo símbolo não pratica qualquer ato, mas empresta seu nome à atividade da outra que, por sua vez, é a responsável direta pelo ato danoso. Em ambos os casos também se busca, ao final, definir se a empresa responsável pela marca tem obrigações para com o consumidor final ou pode ser responsabilizada pelos danos causados por terceiros que dela se utilizaram como forma de captação de clientes para seus negócios. E, como ficará claro a seguir, em ambos os julgamentos é possível identificar tanto posições que defendem a possibilidade de atribuição de obrigações e responsabilidades baseadas no uso e nos bônus correlatos ao poder persuasivo trazido pela marca, quanto posições que defendem a independência estrutural absoluta entre os agentes e a impossibilidade de extensão das obrigações sem a configuração do nexos causal.

Analisemos, então, a solução dada neste caso concreto.

No início de seu voto, o ministro Ruy Rosado de Aguiar esclarece ainda melhor os fatos ocorridos e a pretensão autoral:

Trata-se de estabelecer a presença das condições da ação, especificamente da legitimidade passiva da ré.

Para isso, devo levar em consideração o pedido da autora, assim como exposto na sua inicial. Pretende ela ser indenizada pelos prejuízos que sofreu como descumprimento do contrato de consórcio para aquisição de um automóvel que ela acreditava ter firmado com a empresa Motorauto S.A. E enumera as circunstâncias

que a levaram a assim pensar: o consórcio denominava-se Motorauto; a sede era no endereço da empresa Motorauto S.A.; o logotipo Motorauto, usado no consórcio, é o da empresa Motorauto S/A; os telefones são os mesmos; a publicidade feita destacava apenas a logomarca Motorauto; os vendedores apresentavam cartões da Motorauto; os veículos dos consorciados eram entregues pela Motorauto S.A; a empresa administradora do consórcio e a Motorauto S.A pertencem a membros de um mesmo núcleo familiar.

Ou seja, alegou-se na inicial que a Motorauto S/A estaria se utilizando de pessoa interposta – no caso, a A.F. Administração de Consórcios Ltda. – para se esquivar de responsabilidades de negócio pactuado com a empresa autora, ainda que tivesse atuado de forma intensa no período pré-contratual (oferta). Embora não fizessem formalmente parte de um mesmo grupo econômico, materialmente falando se poderia falar que Motorauto S/A e A. F. Administração de Consórcios Ltda. seriam consorciadas entre si e que utilização intensa da marca da primeira teria gerado a expectativa legítima de que esta seria parte do negócio então firmado, não podendo se esquivar de seus efeitos após a liquidação de sua parceira.

Ao final, o ministro Ruy Rosado de Aguiar dá provimento ao recurso para reformar o acórdão recorrido e reconhecer a legitimidade passiva da Motorauto S/A para responder à pretensão autoral, nos seguintes termos:

Assim posta a causa, ela somente poderia ser mesmo dirigida contra a Motorauto S/A, pois é dela que a autora pretende receber a indenização pelo dano sofrido por confiar na situação que a empresa ré permitiu fosse criada em torno do empreendimento, fato relevante não apenas para o interesse individual do reclamante, mas também à sociedade de consumo e à economia popular.

A autora quer ver reconhecida a responsabilidade de quem fez a publicidade, nos termos do art. 30 do CODECON, e extrair dali as consequências necessárias. Não afirma ser a ré a administradora do consórcio, apenas lhe atribuiu ter permitido fossem criadas as condições para que os outros confiassem no empreendimento que aparecia como sendo seu, ou pelo menos de sua responsabilidade, explorando a credibilidade e a confiança que obteve no mercado. É como se nos consórcios que hoje são feitos em nome de grandes empresas fabricantes, como por exemplo o consórcio GM, pudesse esta escusar-se de qualquer responsabilidade, atribuindo-a a uma outra pessoa jurídica, desconhecida e sem qualquer idoneidade no mercado. A defesa poderia ser apresentada, mas não é legítima e fere a boa-fé.

O indeferimento liminar negou a apuração da responsabilidade prevista no art. 30 do CODECON e cerceou o direito de a demandante exercer regularmente seu direito de ação em juízo. Até a escolha da ação e da espécie de pretensão o magistrado lhe cerceou, dizendo incabível uma pretensão indenizatória por danos sofrido pelo consumidor, que confiou na aparência do negócio, apenas admitindo a ação de inadimplemento.

Sendo assim, conheço do recurso, por ofensa ao disposto no art. 30 do CODECON, e lhe dou provimento, para cassar a decisão de indeferimento da inicial, a fim de que a ação prossiga.

O ministro Fontes de Alencar vota de forma divergente para não conhecer do recurso, alegando ausência de prequestionamento. Contudo, na sequência, os ministros Sálvio de Figueiredo Teixeira e Barros Monteiro afastam o vício processual então apontado e, no mérito, votam com o relator. Com isso, mesmo na ausência justificada do ministro César Asfor Rocha, dá-se provimento ao recurso por maioria absoluta.

O precedente é claro em suas conclusões: a empresa que se utiliza de sua logomarca para fomentar negócios, ainda que operacionalizados por terceira, não só é parte legítima para responder a eventual ação indenizatória decorrente do negócio, mas também pode eventualmente ser responsável por danos dele decorrentes. E, neste ponto, a ementa utilizada na descrição do conteúdo do julgamento é brilhante ao resumir a tese então estabelecida:

A empresa que, segundo se alegou na inicial, permite a utilização da sua logomarca, de seu endereço, instalações e telefones, fazendo crer, através da publicidade e da prática comercial, que era a responsável pelo empreendimento comercial, é parte passiva legítima para responder pela ação indenizatória proposta pelo consorciado fundamentada nestes fatos.

Tal proposta não é suficiente, contudo, para que se estabeleça uma teoria geral das obrigações decorrentes do uso lícito da marca. Embora estabeleça de forma clara e sucinta a existência de um potencial vínculo subjetivo entre o titular da marca e as operações realizadas com base nesta, limita-se a propor de forma abstrata a legitimidade passiva de seu titular para responder a ações indenizatórias.

2.3. O caso “Fiat”

2.3.1. Recurso Especial nº 566.735/PR

A análise do potencial persuasivo das marcas e da possibilidade de atribuição de ônus correlatos aos bônus criados por sua utilização também foi realizada sequencialmente pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça em dois casos similares em que se avalia as consequências da utilização de uma mesma marca (*Fiat*), porém envolvendo espécie de contrato distinta da tratada nos subtópicos anteriores.

O primeiro deles, julgado em 2009, envolve uma disputa entre consumidores, concessionária (Marcopolo Distribuidora de Veículos Ltda.) e montadora (Fiat Automóveis S/A) pelo descumprimento de contratos de compra e venda de veículos firmados com a segunda para aquisição de veículos da marca da terceira (*Fiat*). Trata-se, à evidência, de lide originada dentro de rede empresarial estabelecida com base no contrato de concessão mercantil ou comercial de veículos automotores regulamentado pela Lei Ferrari (6.729/79), por meio do qual o concedente (produtor) de veículos automotivos cede ao concessionário (distribuidor) as funções de comercializar e prestar assistência técnica aos veículos produzidos pelo primeiro e, para tanto, permite expressamente a utilização gratuita de sua marca por este último como forma de captação de clientes.

O ministro relator originário, Luís Felipe Salomão, assim relata os principais fatos narrados na inicial do caso em comentário:

Arnaldo Nunes de Araújo e outros dez autores ajuizaram em face de FIAT Automóveis S/A "ação declaratória de responsabilidade civil cumulada com pedido de indenização", alegando que celebraram com a concessionária da recorrida, MARCOPOLO Distribuidora de Veículos Ltda, "contrato de compra e venda de veículos para entrega futura com cláusula de autofinanciamento e pacto de reserva de domínio", ambicionando adquirirem veículos novos da marca FIAT. Formaram-se, segundo noticiaram, grupos de doze, quinze ou dezoito pessoas, intitulados "Grupos Vip's", determinando-se, ademais, a ordem de entrega dos veículos, tudo registrado em ata e assinado pelos participantes e por representantes da concessionária.

Porém, em 28 de agosto de 1.995, após quitadas diversas parcelas pelos autores, sem o recebimento dos veículos, a concessionária "MARCOPOLO" aforou pedido de autofalência, que tramitou na 1ª Vara Cível de Paranavaí/PR, e cuja quebra foi decretada no dia 31 do mesmo mês.

Pretendem reaver o que pagaram, com base no art. 34 do Código de Defesa do Consumidor, tendo em vista a posição ocupada pela FIAT, de concedente da requerida.

Aponta o ministro que, tanto em primeira quanto em segunda instância, os pedidos autorais foram julgados improcedentes em relação à Fiat Automóveis Ltda. E, especialmente no que se refere ao julgamento realizado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR), indica que o principal fundamento utilizado fora o de que "*a revendedora de veículos automotores é pessoa jurídica absolutamente distinta da concedente*". Por outro lado, indica que um dos argumentos recursais dos autores é "*ser a concessionária a longa manus da montadora, equivalente à sua filial, razão pela qual deve aquela ser considerada representante desta, mormente porque se apresenta como tal*".

Já em seu voto, passa a analisar a aplicabilidade ao caso em questão da regra prevista pelo artigo 34 do CDC, que estabelece que “o fornecedor do produto ou serviço é solidariamente responsável pelos atos de seus prepostos ou representantes autônomos”. E, neste ponto, aponta expressamente argumentos que vinculam a montadora ao contrato em razão dos benefícios por ela auferidos pela utilização de sua marca no contato da concessionária com os consumidores finais.

Neste sentido, o relator inicia apontando a necessidade de cumprimento dos deveres anexos de transparência, boa-fé e confiança na fase pré-contratual estabelecida entre o polo empresário da relação (concedente e concessionário) e o consumidor final:

A questão, portanto, é saber se a concessão para a venda de veículos, com a utilização da marca e garantia da montadora, implica sua responsabilidade pelos atos praticados pela concessionária, sobretudo aqueles relacionados diretamente com a venda de automóveis.

Nesse passo, a posição jurídica da fornecedora de veículos automotores para revenda - montadora concedente - enquadra-se perfeitamente no que preceitua o art. 34 do CDC.

Pretendeu a mencionada norma que a responsabilidade pelo descumprimento dos deveres de boa-fé, transparência, informação e confiança pudesse recair sobre qualquer dos integrantes da cadeia de fornecimento que dela se beneficiou.

Nesse sentido, é o magistério de Cláudia Lima Marques, que, comentando o art. 34 do CDC, assim aduziu:

O art. 34 repete a idéia do sistema geral do direito civil, de que o empregador é responsável pelos atos de seus prepostos (art. 932, III, do CC/2002, antigo art. 1.521, III, do CC/1916), mas inova ao visualizar uma cadeia de fornecimento solidariamente responsável (todos e cada um por todos) entre o preposto (com vínculo trabalhista) ou o representante autônomo (sem vínculo trabalhista) e o fornecedor principal de produtos e serviço, ou organizador da cadeia de fornecimento de produtos e serviços.

O CDC impõe a solidariedade mesmo àqueles que teoricamente são independentes, tendo em vista o fim comum, que é fornecer o produto e o serviço. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 510)

Na sequência, cita que o próprio contrato de concessão mercantil entre montadora e concessionária prevê a utilização indispensável da marca da primeira no processo de convencimento do consumidor e, com isso, “a fabricante assume os bônus e os ônus da utilização de sua marca, e é exatamente por esta que o consumidor sente-se atraído, sendo desimportante, na generalidade das vezes, dirigir-se a esta ou àquela concessionária”.

Perceba que, de plano, fica claro que o contrato de concessão mercantil regido pela Lei Ferrari nada mais é do que uma representação do novo paradigma organizacional que vive a indústria tradicional mencionado no subtópico 2.1.1 do segundo capítulo deste trabalho.

Montadoras e concessionárias, produtores e distribuidores, se alinham em rede sob o pálio de um mesmo símbolo comercial para potencializar as vendas dos veículos automotores pelas primeiras criados e a elas vinculados. Essa previsão está até mesmo expressa no inciso III do artigo 3º da Lei 6.729/79, citado inclusive pelo ministro em seu voto, que estabelece como objeto necessário do contrato de concessão mercantil “*o uso gratuito de marca do concedente como identificação*”.

Além disso, o fundamento-base utilizado pelo ministro Fernando Gonçalves também se aproxima daqueles utilizados nos casos *Panasonic* e *Motorauto*. Ao se reconhecer que a marca assume papel de destaque no processo de captação de clientes e traz bônus àqueles que dela se utilizam, entende-se que isso poderá lhes trazer ônus correlatos. Essa motivação de ordem econômico-jurídica fica ainda mais clara em trechos posteriores do julgamento:

No caso em exame, a concessionária Marcopolo era a única revendedora da marca na região, circunstância que reforça a conclusão de que, de fato, os consumidores foram atraídos, sobretudo, pela marca Fiat, cuja confiabilidade é notória.

Nessa linha de raciocínio, a responsabilidade civil da fabricante decorre não do fato de ter ou não participado dos indigitados "Consórcios VIP's", sendo irrelevante, ademais, ter com eles assentido. Decorre da percepção de benefícios econômicos com as práticas comerciais da concessionária e, sobretudo, da utilização consentida de sua marca na venda de veículos novos, desimportando em quais termos se deram essas vendas. Realmente, sob a ótica do consumidor, a concessionária, em qualquer negócio jurídico por ela celebrado, ao estampar determinada marca, apresenta-se sempre como uma parceira da fabricante, esta sim, em quem o usuário deposita sua confiança em razão da marca consolidada no mercado automobilístico.

Ao celebrar um contrato de compra e venda, o consumidor crê, deveras, que o está a celebrar com a montadora, e apenas de forma intermediária o faz com a concessionária. Essa aparência de garantia, com a qual concorreu a montadora ao fornecer sua marca, em nome do princípio da boa-fé, deve ser tutelada pelo direito.

[...] Por isso que não poderia mesmo o consumidor sequer supor que o contrato celebrado, que levava a marca Fiat, não era do seu conhecimento ou por ela garantido. Na verdade, a utilização de marca de renome - utilização essa, repito, consentida, até por força de Lei (art. 3º, inciso III, da Lei nº 6.729/79) - gerou ao consumidor legítima expectativa de que o consórcio era garantido pela fornecedora, razão pela qual deve esta ressarcir os recorrentes pelos danos por eles sofridos.

O relator acresce, ainda, a aplicabilidade da teoria do risco-proveito consolidada pelo CDC para justificar a condenação da montadora que, ainda que não firme diretamente os contratos com os consumidores, auferir benefícios com os contratos firmados pelas concessionárias:

Não é aceitável, sob qualquer ângulo, que a concedente quede-se inerte quando as práticas comerciais da concessionária - a despeito de falta de autorização - sejam-lhe economicamente proveitosas, e, futuramente, insurja-se contra estas mesmas

práticas, quando interpelada a ressarcir danos causados a terceiros. É da própria lógica emergente do CDC não poder o fornecedor livrar-se de ressarcir os danos causados por práticas comerciais realizadas por concessionária credenciada, em decorrência das quais também auferiu algum lucro.

Por fim, analisando a rede contratual firmada entre montadora, concessionária e consumidor, indica o relator que o contrato de concessão mercantil firmado entre as duas primeiras e a legislação a ele aplicável (Lei 6.279/79) não poderiam ser opostos aos consumidores, cuja relação com os dois agentes do polo empresarial deverá ser tutelada pelo microsistema específico do CDC.

Esse voto restou, contudo, vencido ao final do julgamento. Ainda que ao final tenha sido acompanhado pelo ministro Honildo Amaral de Mello Castro (desembargador convocado do TJ/AP), prevaleceu na sequência da votação o entendimento esposado pelo ministro Fernando Gonçalves em seu voto, o qual foi acompanhado pelos ministros Aldir Passarinho Junior e João Otávio de Noronha.

Após relatar novamente os fatos, o ministro Fernando Gonçalves assim expõe a tese levantada pelo recorrente e acolhida inicialmente no voto do ministro Luís Felipe Salomão:

A questão central da demanda cinge-se em definir se há responsabilidade da montadora pelos atos praticados pela concessionária, que faz uso, em suas atividades comerciais, da marca e garantia da concedente.

A tese jurídica esposada pelo voto do eminente relator, em linhas gerais, é de que "a posição jurídica da fornecedora de veículos automotores para revenda - montadora concedente - enquadra-se perfeitamente no que preceitua o art. 34 do CDC". Ademais, "sob a ótica do consumidor, a concessionária, em qualquer negócio jurídico por ela celebrado, ao estampar determinada marca, apresenta-se sempre como uma parceira da fabricante, esta sim, em quem o usuário deposita sua confiança em razão da marca consolidada no mercado automobilístico".

No entanto, diferentemente do relator originário, filia-se a entendimento completamente distinto. Argumenta que a concessionária não poderia ser considerada preposta ou representante autônoma da montadora, dada a inexistência de subordinação direta econômica, jurídica ou administrativa. E, especialmente quanto à tutela dos efeitos econômicos da marca e da possibilidade de aplicação da teoria da aparência, assim dispõe:

De outro lado, não há espaço, *in casu*, para a aplicação da teoria da aparência, cujo escopo é a preservação da boa-fé nas relações negociais, afastando-se o óbice de pactuação com terceiro.

Isto porque, consoante assevera o acórdão recorrido, "*os contratos firmados pelos apelantes eram claros, sendo que as partes envolvidas eram tão somente a*

concessionária Marcopolo e o adquirente, sem qualquer intervenção da concedente Fiat Automóveis S.A" (fls. 529).

Não há que se falar, neste contexto, em tutela da aparência pelo simples fato da utilização, nos contratos celebrados, da marca da recorrida, praxe comercial amplamente difundida e incapaz de, por si só, ocasionar confusão ao consumidor.

Não se pode, pois, dar ensejo à responsabilização solidária da fabricante pelas práticas comerciais - independentes e não subordinadas – da concessionária.

Importante destacar que, ainda assim, o ministro Fernando Gonçalves admite a possibilidade de responsabilização do titular da marca em casos em que se verifique “*inevitável confusão causada ao consumidor*”, citando expressamente o julgamento do ‘caso *Motorauto*’ (REsp 113.021/MG). No entanto, alega que neste caso as circunstâncias de fato não levariam a essa confusão, posto que não se poderia entender que os contratos firmados e descumpridos pela concessionária teriam sido validados ou estimulados, direta ou indiretamente, pela montadora. Ao final, vota para que seja negado conhecimento ao recurso especial por entender que a modificação da conclusão da decisão recorrida implicaria em necessária revisão de fatos e cláusulas contratuais em instância especial, o que seria vedado pela legislação processual.

O mesmo posicionamento é exposto pelo ministro Aldir Passarinho Junior que, ao acompanhar o voto divergente, também indica que a interpretação deverá depender dos fatos que se apresentam:

Em princípio, a meu ver, não há uma responsabilidade da marca representada pela concessionária. Mas admito que, em certos casos, pode existir essa vinculação e, conseqüentemente, uma solidariedade, dependendo de uma situação fática retratada em que o consórcio, por exemplo, seja integrado diretamente pela fabricante ou fazendo parte eventualmente da sua propaganda de mercado.

Enfim, o que quero dizer com isso é que não afasto a tese da possibilidade de haver corresponsabilidade da marca, desde que os elementos fáticos dos autos assim demonstrem. No caso específico em julgamento, o acórdão foi claro ao afastar qualquer participação da marca no consórcio apresentado, que não foi honrado pela concessionária, daí a ação proposta pelos consorciados consumidores.

Por outro lado, o ministro Honildo Amaral de Mello Castro encerra o julgamento apoiando o voto do relator originário, sendo favorável à aplicação da teoria da aparência sob o argumento de que “*houve, realmente, um benefício por parte da concessionária, prometendo a entrega do veículo, com publicidade reconhecida pelo Tribunal a quo*”.

É importante destacar, neste ponto, a notória diferença nas premissas utilizadas nos votos vencidos (Luís Felipe Salomão e Honildo Amaral de Mello Castro) e vencedores

(Fernando Gonçalves, Aldir Passarinho Junior e João Otávio de Noronha, ainda que este último não tenha feito declaração de voto).

Os votos vencidos focaram a análise no momento pré-contratual. O momento da assinatura do contrato e os termos específicos nele expostos foram relegados a segundo plano, sendo importante analisar: (i) a aparência da contratação; e (ii) os benefícios econômicos que estariam sendo auferidos pela montadora com esses contratos. No primeiro ponto, as regras do CDC que tutelam o processo de oferta e publicidade – dentre as quais se encontra a do artigo 34 então utilizada – serviriam exatamente ao estabelecimento de obrigações neste momento negocial, dada a vulnerabilidade do consumidor. E, com relação ao segundo, a teoria do risco-proveito permearia toda a ideia de responsabilização solidária dos agentes integrantes das cadeias de consumo. Em outras palavras, a unidade na apresentação impediria a separação das responsabilidades.

Nos votos vencedores, por sua vez, analisou-se o caso sob um prisma eminentemente contratual e formal. Entendeu-se ser irrelevante o potencial persuasivo da marca se, no momento da assinatura do instrumento contratual, estivesse bem determinada a responsabilidade exclusiva da concessionária pelo cumprimento da obrigação de entregar o carro ali estabelecida. A montadora não possuiria – e nem teria razões para possuir – conhecimento acerca dos limites ou ingerência sobre as operações firmadas pela concessionária com seus consumidores, não podendo ser responsabilizada por atos praticados e danos causados exclusivamente por terceiros independentes. Ou seja, parte-se da ideia de separação estrutural para depois apurar as responsabilidades individuais.

2.3.2. Recurso Especial nº 1.309.981/SP

Quatro anos depois a mesma Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça se deparou com caso muito similar que também foi relatado pelo Ministro Luís Felipe Salomão. No entanto, neste prevaleceu a tese vencida no julgamento anterior, tendo sido negado provimento por unanimidade a recurso especial interposto pela mesma montadora (Fiat Automóveis S/A) contra acórdão no qual havia sido condenada a responder pelo inadimplemento na entrega de veículo prometido por concessionária credenciada (Mirafiori

S/A Distribuidora de Veículos). Votaram com o relator os ministros Raul Araújo, Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira e Marco Buzzi.

Assim foi relatado este segundo caso *sub judice*:

Rachel Cristina de Mello Bandeira ajuizou ação de rescisão contratual cumulada com indenização por danos materiais e morais em face de Mirafiori S.A - Distribuidora de Veículos e Fiat Automóveis S.A.

A autora aduziu ter firmado com a primeira ré, em janeiro de 1996, contrato de compra e venda para a entrega futura de automóvel Fiat Palio 1.0 - EX - 4 (quatro portas, no valor total, à época, de R\$ 13.361,00 (treze mil trezentos e sessenta e um reais), a ser pago em 36 (trinta e seis) meses. Afirma que há cláusula contratual a permitir que, após a integralização mínima de 70% (setenta por cento) do preço, o comprador poderia, mediante manifestação expressa de interesse pela aquisição, requerer a entrega do veículo. Porém, mesmo depois de ter pago o valor integral do automóvel, o veículo jamais foi entregue pela concessionária. A autora também informa haver procedimento administrativo no Procon e na Secretaria de Direito Econômico em razão da alegada conduta costumeiramente maliciosa da concessionária.

Por isso, entendendo ser solidária a responsabilidade da concessionária e da montadora (Fiat), a autora pleiteou contra ambas a rescisão contratual, devolução das parcelas pagas e incidência da cláusula penal, indenização por danos materiais e morais.

Na sentença, o Juízo de Direito da 22ª Vara Cível do Foro Central de São Paulo, em preliminar, extinguiu o processo em relação à Fiat, por ilegitimidade passiva, e julgou parcialmente procedente o pedido, para declarar rescindido o contrato e condenar a concessionária a devolução dos valores pagos pela autora e a uma indenização por dano material no valor de R\$ 41,90 (quarenta e um reais e noventa centavos) (fls. 165-167).

Em grau de apelação, o recurso da autora foi parcialmente provido para reconhecer responsabilidade solidária entre a concessionária e a montadora e para elevar a condenação por danos materiais, nos termos da ementa a seguir:

Consórcio. Plano "TOP FIAT". Ausência de entrega do bem consorciado à autora, por inadimplemento da distribuidora Fiat e corré Mirafiori. Responsabilidade solidária da corré Fiat. Culpa "in eligendo" caracterizada. Conduta dolosa de quem é representante, "lato sensu", da montadora, que por isso responde por perdas e danos, nos termos do artigo 149 do Código Civil, aplicados ainda os arts. 186 e 927, "caput", do mesmo Código, dada a configuração de ilícito. Montadora que integra o polo passivo da lide. Danos materiais majorados. Danos morais inexistentes. Ausência de nulidade na sentença. Preliminar rejeitada. Apelo provido parcialmente (fl. 251).

Sobreveio recurso especial, interposto pela Fiat Automóveis S.A., apoiado nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional, no qual se alegou, além de dissídio, ofensa ao art. 16 da Lei n. 6.729/1979 e arts. 149, 186 e 927 do Código Civil.

A recorrente sustenta não ser cabível a responsabilidade solidária por culpa in eligendo, uma vez que, de acordo com a legislação regente, a concedente não pode interferir nos negócios de sua concessionária a fim de fiscalizar quais tipos de contrato estão sendo firmados com os consumidores finais ou se as avenças estão sendo cumpridas.

Sustenta que a "criação do consórcio 'Top Fiat' (exteriorizado pelo contrato de compra e venda com entrega futura celebrado com a Recorrida) é de total responsabilidade da concessionária Mirafiori, não tendo a Recorrente jamais participado, ou sequer interferido em qualquer contratação, justamente porque o

dispositivo legal em referência [art. 16 da Lei n. 6.729/1979] estabelece a proibição nesse sentido".

Perceba-se que a situação fática é muito similar à do julgamento anterior. Conforme destacado pelo próprio relator, diferencia-se do anterior apenas em razão da inclusão da marca da montadora (*Fiat*) também no nome do próprio consórcio firmado com os consumidores (*Top Fiat*). No entanto, ainda que alterada a parte recorrente – no julgamento anterior o consumidor; neste, a montadora – a questão de direito a ser analisada também é exatamente a mesma: a aplicabilidade do CDC para imputar à montadora, titular da marca que identifica a rede, a responsabilidade pelos danos decorrentes do descumprimento do contrato firmado entre concessionária a ela vinculada e o consumidor final:

Com efeito, a tese deduzida pela Fiat de não ter participado efetivamente do chamado contrato Top Fiat, além de não ser confirmada pela realidade dos autos, não ostenta a relevância que a ela pretende imprimir a recorrente.

Na verdade, a alegação da recorrente está apoiada no fato de que a chamada Lei Ferrari não permite a intromissão da concedente na gestão dos negócios da concessionária. Porém, se houvesse esse dever de fiscalização e fosse ele descumprido, do qual resultasse dano a consumidores finais, a responsabilidade da montadora seria subjetiva, baseada em culpa por ato próprio.

Ocorre que, se bem compreendida, a responsabilidade que é atribuída à concessionária, no caso, é objetiva, amparada fundamentalmente no Código de Defesa do Consumidor, como se verá.

Na responsabilidade objetiva, por vezes, tem-se uma imputação legal - e não natural - do dever de indenizar, independentemente da efetiva conduta do responsável e de seu agir culposos.

Assim, por essa ótica, a questão torna-se mais simples e consiste em saber se a montadora responde pelo inadimplemento da concessionária credenciada junto aos consumidores finais, independentemente da modalidade do contrato de venda - porque a todos estaria subjacente o outro contrato de concessão celebrado entre concedente e concessionária, que tem regramento próprio.

A questão principal, portanto, é perquirir se a concessão para a venda de veículos, com a utilização da marca e garantia da montadora, implica sua responsabilidade pelos atos praticados pela concessionária, sobretudo aqueles relacionados diretamente com a venda de automóveis.

Ao final, a argumentação do relator no sentido do desprovimento do recurso segue a mesma linha por ele utilizada no julgamento do REsp 566.735/PR, que é inclusive nominalmente citado no voto. No entanto, agrega-se um elemento extra: a anuência da montadora com a utilização de sua marca no nome do próprio contrato (*Top Fiat*), e não apenas no momento pré-contratual abordado anteriormente:

Nessa linha de raciocínio, a responsabilidade civil da fabricante decorre, no caso concreto, de pelo menos duas circunstâncias: a) da premissa fática incontornável adotada pelo acórdão de que os mencionados contratos "Top Fiat" eram admitidos pela montadora - fato esse reforçado pela ação civil pública ajuizada; b) e também, de um modo geral, da percepção de benefícios econômicos com as práticas comerciais da concessionária e, sobretudo, da utilização consentida de sua marca na venda de veículos novos, desimportando em quais termos se deram essas vendas.

[...]

Destarte, diante da premissa fática de que o mencionado consórcio Top Fiat foi objeto de ampla publicidade à época e que a montadora, efetivamente, dele teve conhecimento, não parece crível, sob qualquer ângulo, que a concedente silencie quando as práticas comerciais da concessionária lhe sejam economicamente proveitosas, e, futuramente, insurja-se contra estas mesmas práticas, quando interpelada a ressarcir danos causados a terceiros.

Se no voto proferido pelo ministro Luís Felipe Salomão no julgamento anterior se falava em possibilidade de responsabilização “*a despeito da falta de autorização*” da montadora para a utilização de seu nome, posto que os benefícios por ela auferidos indiretamente seriam suficientes à sua caracterização; neste caso, por sua vez, repete-se a mesma argumentação com a indicação complementar de que “*o mencionado consórcio Top Fiat foi objeto de ampla publicidade à época e que a montadora, efetivamente, dele teve conhecimento*”. A utilização deliberada da marca não só no momento pré-contratual mas também no próprio contrato denotaria a vinculação inequívoca de seu titular ao negócio, ainda que dele não fosse parte expressa.

A tese proposta pelo ministro Luís Felipe Salomão para responsabilização da montadora (Fiat Automóveis S/A) nestes dois casos se baseia, assim, em elementos similares aos expostos nos casos ‘Panasonic’ e ‘Motorauto’. Nos casos anteriores fora abordada a possibilidade de responsabilização do titular da marca com base na tutela do consumidor no momento pré-contratual (oferta e publicidade). Nestes casos, por sua vez, agrega-se ao raciocínio global ainda disperso mais um elemento: a possibilidade de utilização da teoria do risco-proveito para atribuição de ônus ao agente que obtém benefícios decorrentes das vendas de terceiros promovidas por meio de sua marca.

É curioso destacar, contudo, que essa tese somente veio a vingar após a caracterização de um elemento fático específico indicado como relevante – e ausente – no primeiro julgamento: a indicação expressa da marca da montadora no contrato de consórcio firmado com o consumidor. Tal constatação poderia levar a crer que, embora alterado o resultado, apenas nesta hipótese específica é que a argumentação em questão seria admitida, não havendo que se falar em responsabilização exclusivamente baseada em elementos pré-contratuais. No entanto, entende-se que essa modificação de posicionamento se deu menos

pela alteração desse elemento e mais pela mudança integral da composição da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça²²⁸.

2.4. O caso “Unimed”

O quarto caso a ser citado envolve a possibilidade de corresponsabilização de empresas inseridas em redes empresariais que, em conjunto, se utilizam da marca *Unimed* para fomentar suas atividades. E, neste ponto, serão citados e analisados três julgamentos distintos de casos similares, posto que os argumentos utilizados pelos diferentes ministros nos julgamentos são complementares entre si.

2.4.1. Recurso Especial nº 1.140.107/PR

O primeiro caso a ser analisado foi julgado em 2011 pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça. O relator, ministro Massami Uyeda, assim narrou os fatos *sub judice*:

Historiam os autos que ALFREDO ZAZE NETTO ajuizou ação de obrigação de fazer em desfavor da UNIMED, postulando que a ré fosse compelida a autorizar todos os exames necessários para o seu tratamento, além da sua condenação pelos danos morais causados (fls. 04/21). Afastada a preliminar de ilegitimidade passiva, o pedido foi julgado procedente (fls. 239/246).

Ambas as partes apelaram (fls. 258/276 e 315/319), tendo a 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade, negado provimento aos recursos, em acórdão assim ementado:

"Apelação Cível - Ação de Obrigação de Fazer Cumulada com Indenização por Danos Morais e Pedido de Antecipação de Tutela - Plano de Saúde - Relação de Consumo - Agravos Retidos - Legitimidade Passiva - Denúnciação da Lide Incabível - Danos Morais - Ocorrência - Fixação Correta - Sentença Mantida. 1. Se a empresa de saúde se aproveita de grande estrutura unificada para captar clientes, não pode, no momento de prestar o serviço ou responder pela quebra do contrato,

²²⁸ Após a aposentadoria dos ministros Fernando Gonçalves (2010) e Aldir Passarinho Junior (2011) teria ocorrido, na realidade, a superação do entendimento anterior pelos novos ministros (Raul Araújo, Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira e Marco Buzzi). Tal fato fica ainda mais claro quando se verifica a existência de outros julgamentos posteriores a 2011, citados até mesmo no corpo do acórdão do REsp 1.309.981/SP, que seguem a mesma linha de raciocínio.

alegar não ter a unidade que aparenta ter, devendo, pois, responder pela confiança que despertou e transmite ao cliente no sentido de que ele será igualmente atendido em qualquer lugar do país, nos termos do art. 14 do CDC.

2. Responsabilidade do fornecedor de serviços pelos danos causados ao consumidor independente da apuração de culpa, pois o sistema do CDC atende aos postulados da responsabilidade objetiva. 3. A responsabilidade civil, no âmbito das relações de consumo, se pauta pela sanção a qualquer dos integrantes da cadeia de fornecimento de serviços, em defesa do consumidor.

4. Os transtornos e aborrecimentos causados pela indevida negativa da cobertura do Plano de Saúde, justamente no momento em que o Recorrido encontra-se numa situação de emergência médica, agravam, sobremaneira, o abalo emocional do Segurado, restando inconteste a existência do dano moral a ser indenizado. Apelação Conhecida e Não Provida. Recurso Adesivo - Indenização por Dano Moral - Plano de Saúde - Negativa de Cobertura - Valor Indenizatório Corretamente Fixado - Sentença Mantida. Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade fundamentam a majoração do dano sem olvidar do caráter pedagógico que assumem tais decisões. Recurso Adesivo Conhecido e Não Provido." (fls. 343/345)

Contra esse julgado a UNIMED CURITIBA SOCIEDADE COOPERATIVA DE MÉDICOS interpôs recurso especial fundamentado no artigo 105, inciso III, alíneas "a" e "c", da Constituição Federal, em que se alega violação dos artigos 3º do Código de Processo Civil; 262 do Código Civil e 265, 266 e 267 da Lei n. 6.404/76 e divergência jurisprudencial. Sustenta a recorrente, em síntese, a sua ilegitimidade *ad causam*, uma vez que o segurado está vinculado à UNIMED Cuiabá, e que apenas opera os pedidos realizados na sua zona de atuação. Alega, também, que o indeferimento do pedido para a realização de um exame não gera o dever de indenizar; mas, em sendo mantida a condenação, postula a redução do *quantum* arbitrado (fls. 368/387).

Importante destacar que em momento posterior de seu voto o ministro Massami Uyeda esclarece que “o Segurado ajuizou ação, na cidade de Curitiba/PR, em desfavor da UNIMED (sem indicar a federação), razão pela qual a UNIMED Curitiba foi citada para responder a causa em lugar da UNIMED Cuiabá”. Ou seja, a pretensão inicial foi voltada contra a rede *Unimed* como um todo, sem a indicação de uma pessoa jurídica específica²²⁹, e a cooperativa local vinculada à rede (Unimed Curitiba) foi integrada ao polo passivo da relação pelo simples fato de ter sido proposta a ação na cidade de Curitiba-PR, ato judicial este que não foi contestado pelo autor.

Equívocos processuais à parte, é evidente a similaridade fática com os casos anteriores. Mais uma vez, um consumidor vinculado diretamente a uma das distintas pontas de uma rede contratual (Unimed Cuiabá) pretende imputar obrigações à rede como um todo,

²²⁹ Ainda que a propositura de ação de forma genérica contra a ‘Unimed’ enquanto marca – e não em face de uma estrutura empresarial específica – tenha sido indevida, tal fato mais uma vez caracteriza a diferenciação entre identidade de empresa e identidade comercial mencionadas no subtópico 2.1 do primeiro capítulo. Economicamente falando, a pretensão tem sua lógica, na medida em que a promessa foi feita não por uma estrutura societária, mas por um agente individualizado no mercado pela marca Unimed.

alegando ter firmado contratos com o ente abstrato representado pela marca *Unimed*. Busca-se, na realidade, o reconhecimento de um dever geral de cumprimento das obrigações contratuais imputável a todos os agentes da rede vinculada à marca.

Verifica-se também que, na esteira das decisões anteriormente analisadas neste capítulo da dissertação, o Tribunal de Justiça do Paraná (TJPR) havia reconhecido a corresponsabilidade baseada na credibilidade gerada pela marca *Unimed*. Indicou-se expressamente a existência de expectativa legítima de atendimento por todos os agentes integrados à rede vinculada à marca de modo que *“se a empresa de saúde se aproveita de grande estrutura unificada para captar clientes, não pode, no momento de prestar o serviço ou responder pela quebra do contrato, alegar não ter a unidade que aparenta ter”*.

Especificamente no que tange à tese da responsabilidade baseada na marca que havia sido acolhida pelo tribunal local, o ministro Massami Uyeda assim se posiciona:

Em razão do fato do produto, a responsabilidade-legitimidade deve seguir os ditames do artigo 12 do Código de Defesa do Consumidor - CDC, que indica especificamente o agente (fabricante, produtor, construtor e o importador), ou seja a quem o consumidor deve dirigir o seu pleito.

O insigne Ministro Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, hoje componente deste Órgão Julgador, em seu livro "Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor", distingue o responsável real do responsável aparente: enquanto o primeiro engloba todos aqueles que participaram diretamente na confecção do produto, o segundo é o comerciante, que apenas expõe os produtos em seu estabelecimento.

Leciona, ainda, o eminente Ministro:

"Os responsáveis reais são todas as pessoas físicas ou jurídicas que participam direta e ativamente do processo de criação de um produto ou serviço para a sua inclusão no mercado de consumo. São os verdadeiros responsáveis pela defeituosidade do produto ou do serviço. Na responsabilidade pelo fato do produto (art. 12 do CDC), o conceito de responsável real engloba o fabricante, o produtor e o construtor, nacional ou estrangeiro, pelos danos sofridos pelo consumidor em virtude de acidente de consumo. (...)

(...)

O comerciante atacadista ou varejista aparece como responsável aparente quando vender produtos anônimos ou produtos perecíveis em mau estado de conservação. Figura como responsável aparente, sendo somente responsabilizado subsidiariamente, quando não identificar o fabricante ou o importador no produto vendido.

A responsabilidade do comerciante foi substancialmente restringida em confronto com a dos demais fornecedores. A razão é evidente, já que o seu contato com o produto é restrito, limitando-se à exposição deste em seu estabelecimento comercial e ao fornecimento de explicações ao consumidor, as quais lhes foram repassadas pelo próprio fabricante ou importador." (SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira; in Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor; 2ª ed., ed. Saraiva:2007; p.170, 176 e 177).

Transmutando-se esses ensinamentos para o caso concreto, é de se observar que a UNIMED Cuiabá, Operadora de Planos de Assistência à Saúde com quem o Segurado adquiriu o seu Plano Privado de Assistência à Saúde, figura como 'fabricante', relegando a UNIMED Curitiba para o papel de 'comerciante', pois, nas palavras de Sua Excelência, o Ministro Paulo de Tarso, anteriormente transcritas, ela age "limitando-se à exposição deste em seu estabelecimento comercial e ao fornecimento de explicações ao consumidor, as quais lhes foram repassadas pelo próprio fabricante ou importador".

Dessarte, 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, qual seja, a UNIMED Cuiabá.

Dá-se, portanto, provimento ao recurso especial para reconhecer a ilegitimidade *ad causam* da UNIMED Curitiba e, nos termos do 267, inciso VI, do Código de Processo Civil, extinguir o processo sem resolução de mérito. Fica prejudicada a análise o tópico referente ao *quantum* indenizatório.

Em outras palavras, o ministro Massami Uyeda ignora a tese acerca da influência da marca sobre os momentos pré-contratual e contratual, restringindo sua análise à existência ou não de manifestação de vontade direta dos diferentes entes. Entende como dissociáveis as atividades da *Unimed Cuiabá* e da *Unimed Curitiba*, caracterizando apenas a primeira como fornecedora direta do 'produto' não entregue e, conseqüentemente, como responsável pelo inadimplemento. A segunda, por sua vez, seria mera comerciante, não tendo obrigação de cumprir o contrato ou de ressarcir os danos decorrentes de seu inadimplemento.

A segunda a votar é a ministra Nancy Andrighi, que discorda dos fundamentos de fato e de direito apresentados pelo relator nos seguintes termos:

O sistema UNIMED, do qual tanto a recorrente Unimed Curitiba quanto a Unimed Cuiabá fazem parte, está estruturado de acordo com os termos da Lei 5.764/71, de modo que nele várias unidades autônomas atuam em regime de cooperação. Essa cooperação entre as diversas unidades nacionais permite o atendimento do usuário em todo território nacional, numa espécie de intercâmbio entre as cooperativas. A integração do sistema é evidenciada pelo uso do mesmo nome "UNIMED" e por um logotipo comum, de maneira a dificultar a fixação das responsabilidades e a área de atuação ou abrangência de cobertura de cada uma das unidades, singularmente considerada.

É preciso reconhecer, portanto, que é grande a possibilidade de confusão do consumidor comum no momento da contratação dos planos de saúde oferecidos pelas cooperativas que compõem o Sistema UNIMED. Assim, embora a Unimed Curitiba e a Unimed Cuiabá sejam pessoas jurídicas distintas, para o recorrido era razoável admitir que ambas formavam uma única entidade. O consumidor pressupôs, compreensivelmente, que o contrato de prestação de serviços médicos e hospitalares fora firmado com o sistema UNIMED, nacionalmente considerado, pois não tinha condições de identificar a entidade que efetivamente se comprometeu a prestar-lhe os serviços de assistência médica.

Essa afirmativa é corroborada pelo conteúdo disponibilizado na página institucional da recorrente na internet. Em seu sítio, a UNIMED afirma ser "a maior experiência cooperativista na área da saúde em todo o mundo e também a maior rede de assistência médica do Brasil, presente em 83% do território nacional". O Sistema

UNIMED, por sua vez, “é constituído por todas as Unimeds do país e diversas empresas criadas para oferecer suporte a elas, por meio de serviços desenvolvidos para agilizar e aperfeiçoar ainda mais o nosso atendimento.” Assim, os “Clientes Unimed contam com mais de 109 mil médicos, 3.244 hospitais credenciados, além de pronto-atendimentos, laboratórios, ambulâncias e hospitais próprios e credenciados para garantir qualidade na assistência médica, hospitalar e de diagnóstico complementar” (Disponível em: <http://www.unimed.com.br>. Acesso em 3 de janeiro de 2011).

A propaganda do Sistema UNIMED, portanto, procura induzir o consumidor à contratação por meio da afirmação de que é uma instituição única, com atuação em âmbito nacional. A independência das cooperativas individuais não é nem mesmo mencionada, o que reforça a ideia de que o Sistema UNIMED oferece uma maior variedade de serviços e de facilidades aos eventuais usuários. Se a publicidade da UNIMED lhe traz lucros, já que a área de abrangência é certamente um dos fatores que levam o consumidor a contratar os serviços das cooperativas que compõem o sistema, é certo que a UNIMED deve também arcar com os prejuízos que porventura advenham dessa propaganda.

Diante dessas evidências, deve ser aplicada à hipótese dos autos a teoria da aparência, que possibilita ao consumidor o ajuizamento de ação em face da recorrente, integrante do Sistema Cooperativo UNIMED. Conforme bem ressaltou o acórdão recorrido, “se a Unimed se aproveita dessa grande estrutura unificada para captar clientes, não pode, no momento de prestar o serviço ou responder pela quebra do contrato, alegar não ter a unidade que aparenta ter, devendo, pois, responder pela confiança que despertou e transmite ao cliente no sentido de que ele será igualmente atendido em qualquer lugar do país” (e-STJ fl. 351).

Percebe-se neste voto a retomada da aplicabilidade da teoria da aparência como forma de proteção do consumidor vulnerável. Para além do reconhecimento de uma cobertura nacional contratualmente prevista, reconhece-se a manifesta influência da marca *Unimed* no momento da contratação, especialmente no que tange à identificação do ente contratante. Deixa este de ser identificado por uma estrutura para ser caracterizado por um símbolo, uma fonte anônima e abstrata que por si só transmite confiança e capta a atenção dos consumidores.

Além disso, o voto-vista da ministra Nancy Andriighi reconhece a necessidade de proteção da confiança do consumidor e a aplicabilidade da teoria do risco-proveito, em dois raciocínios de caráter dedutivo que, embora não cite expressamente o fundamento jurídico utilizado como premissa maior, merecem ser destacados novamente:

Se a publicidade da UNIMED lhe traz lucros, já que a área de abrangência é certamente um dos fatores que levam o consumidor a contratar os serviços das cooperativas que compõem o sistema, é certo que a UNIMED deve também arcar com os prejuízos que porventura advenham dessa propaganda.

[...]

Conforme bem ressaltou o acórdão recorrido, “se a Unimed se aproveita dessa grande estrutura unificada para captar clientes, não pode, no momento de prestar o serviço ou responder pela quebra do contrato, alegar não ter a unidade que aparenta

ter, devendo, pois, responder pela confiança que despertou e transmite ao cliente no sentido de que ele será igualmente atendido em qualquer lugar do país”.

O terceiro a votar é o ministro Sidnei Beneti. Vota pelo desprovimento do recurso, assim como havia feito o relator. No entanto, destaca expressamente que embora a tese divergente da ministra Nancy Andrighi não possa ser desconsiderada em abstrato e em futuros julgamentos, não poderia ser analisada naquele caso concreto, posto que jamais teria sido colocada em discussão durante o processo:

4.- A relevante questão atinente à responsabilidade recíproca entre empresas integrantes do mesmo grupo e nominadas com o uso de um mesmo vocábulo – o que se prestaria, sem dúvida, ao efeito positivo de fornecimento aos contratantes, em prol de todas, da imagem de proteção nacional idêntica e inquestionada – não foi jamais posto em discussão nestes autos, não tendo sido nem mesmo escrita na petição inicial, pela qual incoada a pretensão ao recebimento do atendimento, na UNIMED de Curitiba, de prestação contratada com a UNIMED de Cuiabá.

Mais que ausência de prequestionamento, tem-se, no caso, ausência de ajuizamento de ação que permitisse o ingresso jurisdicional no exame da matéria.

Não se olvide que não apontado nenhum dispositivo de lei, específico para a exigência de cobertura recíproca de grupos de planos de saúde, nem indicada regra nesse sentido no próprio Direito do Consumidor.

E, afinal de contas, no âmbito do Direito empresarial comum, nunca foi posto em dúvida que as ações devessem dirigir-se contra a pessoa jurídica contratada, ainda que integrante de grupo econômico-empresarial, ainda que as empresas dele participantes tenham denominações contendo um de seus elementos comum, a indicar o grupo.

5.- Como se disse de início, a questão restará em aberto se sobrevier em outro processo, com outra roupagem, sobretudo se essa questão de cobertura recíproca de participantes de grupo de empresas de assistência à saúde vier a ser apresentada, desde a petição inicial, com adequada narração dessa causa de pedir, mas nestes autos não há como amparar a pretensão do autor, em que pese o admirável esforço do voto divergente proferido pela E. Ministra.

O quarto ministro a apresentar declaração de voto, ministro Paulo de Tarso Sanseverino, se manifesta favorável à última tese de caráter processual exposta pelo ministro Sidnei Beneti. Também ressalva expressamente, contudo, que deixa em aberto a análise de mérito da *“questão relativa à responsabilidade solidária da Rede Unimed, que é o ponto central do voto da eminente Ministra Nancy Andrighi, que é aliás, excelente”*.

Por fim, o ministro Vasco Della Giustina (desembargador convocado do TJRS) também vota pelo desprovimento do recurso, filiando-se à tese indicada pelo relator. Em seu voto, cita razões já despendidas em julgamento anterior de caso similar que havia feito ainda no âmbito do tribunal estadual gaúcho, no qual havia reconhecido a independência de distintas cooperativas ligadas ao grupo Unimed sob os seguintes argumentos:

Senhor Presidente, a douta parte que está recorrendo, nos seus memoriais juntou – até para surpresa minha, recordação do passado – uma decisão minha, de 1997 – e já se vão catorze anos –, quando trabalhei no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em um caso, em tudo, semelhante a este.

Acompanho o voto do eminente Relator, apenas me permito ler porque já já vem de anos.

Eu dizia o seguinte:

"A questão, data vênua, é singela.

Se o autor contratou com a UNIMED de Itaqui e, necessitando valer-se desse contrato para realizar exames pela UNIMED de Porto Alegre, teve a autorização negada pela Contratante, conforme demonstram os autos, - ponto este, aliás, sobre o qual não divergem as partes, - é contra a UNIMED de Itaqui, que a demanda deveria ter sido ajuizada.

Ambas, UNIMEDs de Itaqui e de Porto Alegre, são pessoas jurídicas autônomas, sociedades cooperativas.

A UNIMED de Porto Alegre, apenas executa, eventualmente, os serviços que a de Itaqui lhe determinar.

Destarte é na UNIMED de Itaqui que deve o autor buscar as explicações ou direitos, assim como a indenização, em face do alegado contrato, que com ela mantém.

Pelo só fato de ambas possuírem a mesma razão social "UNIMED", não significa que uma responde pelos contratos firmados pela outra.

Não me convence, ademais, a alegada boa fé do autor, desconhecendo que UNIMEDs de um lugar atendam condicionalmente contratados da UNIMED de outro, pois, consabidamente tais entidades particulares atuam, de regra, no âmbito de sua localização e o contrato firmado foi com a UNIMED de Itaqui e não com a de Porto Alegre. Assim, o alegado abuso de que trata o art. 28 do Código do Consumidor não se afigura presente.

No caso, teve-se a UNIMED de Porto Alegre a exigir lhanamente a autorização da UNIMED de Itaqui, com a qual estava o Autor contratado e a resposta foi negativa, o que ensejou o comportamento da demandada.

[...]

E, nessa linha, eu estaria então, por ilegitimidade passiva, atendo-me ao voto do eminente Relator, e, no caso, dando provimento ao recurso especial.

Em resumo, embora o recurso tenha sido provido por maioria de quatro votos contra um para afastar a extensão de responsabilidade baseada na marca, apenas dois julgadores (Massami Uyeda e Vasco Della Giustina) entenderam pela independência absoluta entre os agentes. A ministra Nancy Andrichi, por sua vez, ficou isolada em seu posicionamento favorável ao desprovimento do recurso e manutenção do entendimento do TJPR. Os outros dois (Sidnei Beneti e Paulo de Tarso Sanseverino) entenderam, por sua vez, que embora os argumentos divergentes no sentido de corresponsabilização dos agentes da rede fossem razoáveis, o recurso deveria ser desprovido por questões processuais, já que a análise da responsabilidade civil dos entes consorciados nem mesmo era objeto de discussão no processo.

2.4.2. Recurso Especial nº 1.377.899/SP

O segundo caso a ser analisado é o julgamento do REsp 1.377.899/SP, realizado pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça no fim de 2014.

O relator do caso, ministro Luís Felipe Salomão, assim definiu a lide posta:

Chedid Georges Abdulmassih ajuizou ação em face das sociedades cooperativas de trabalho médico Unimed Paulistana e Unimed de Belém objetivando ressarcimento de todas as despesas médicas e hospitalares relacionadas à cirurgia que realizou em São Paulo, em abril de 2009, para tratamento de neoplasia em sua tireoide, assim também busca indenização por danos morais em decorrência da recusa da concessão de autorização para a realização de procedimento médico na rede credenciada, malgrado seja contratante do plano nacional de saúde da Unimed Belém desde 2005.

Sobreveio decisão concedendo a tutela antecipada para que as rés arcassem com os custos da cirurgia e os procedimentos necessários à sua realização, bem como para que expedissem a necessária autorização no prazo de 24 horas (fl. 132).

Após a apresentação das contestações (fls. 190 e 244), o Juízo de piso extinguiu o processo em relação à Unimed Paulistana, por ilegitimidade passiva *ad causam*, uma vez que "todas as relações jurídicas travadas pelo autor no mundo sensível tiveram como partícipe exclusiva a co-ré Unimed de Belém Cooperativa de Trabalho Médico" (fls. 406-407).

Foi provido o agravo de instrumento (fls. 2-33), nos termos da seguinte ementa (fls. 450-454):

CONDIÇÕES DA AÇÃO. ILEGITIMIDADE PASSIVA. INOCORRÊNCIA. AÇÃO COMINATÓRIA CUMULADA COM PEDIDO INDENIZATÓRIO. CONDUTA ILÍCITA ATRIBUÍDA, TAMBÉM, À OPERADORA DE PLANOS DE SAÚDE CONVENIADA À EMPRESA COM A QUAL O AGRAVANTE MANTÉM CONTRATO DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE. IRRELEVÂNCIA DA INEXISTÊNCIA DE VÍNCULO CONTRATUAL DE PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS QUE É TEMA DE MÉRITO. EXTINÇÃO SUBJETIVA PARCIAL DA AÇÃO AFASTADA. AGRAVO PROVIDO.

Nas razões do recurso especial, interposto com base nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional, a Unimed Paulistana alegou violação dos arts. 3º e 267, VI, do CPC; 264 e 265 do CC, ao argumento de que, não obstante houvesse acordo entre as cooperativas para prestação de serviço aos usuários em todo o território nacional, isso não descaracterizaria a individualidade de cada entidade membro, haja vista que são regidas pelos princípios da autonomia e da independência (fls. 458-476).

Ainda, firmado o contrato com a Unimed Belém, somente esta teria responsabilidade pela prestação de serviços ao recorrido, porquanto a força vinculante do pacto somente atinge as partes contratantes; sendo certo que o termo de cooperação, que possibilita o atendimento nacional de todo usuário em qualquer entidade integrante do Sistema Unimed, prevê a necessidade de autorização pela Unimed contratada, uma vez que:

‘[...] somente a Unimed contratada é a responsável pelo atendimento ao seu usuário na forma contratada (quarto coletivo ou particular, hospital, tabela de preços tabelada ou própria, possibilidade de reembolso ou não, etc), competindo a si a liberação segundo suas obrigações.

No entanto, é a Unimed contratada quem recebe a contraprestação paga pelo seu usuário, formando a relação jurídica entre elas. O acordo se dá entre as cooperativas singulares, que não se confundem.’

Dessarte, inexistente obrigação da recorrente em custear o tratamento do recorrido - porquanto ausente contrato entre as partes -, e, por conseguinte, não tendo praticado nenhum ato ilícito, afastada estaria a possibilidade de sua responsabilização civil.

Trata-se, à evidência, de situação similar à anteriormente apreciada. Verifica-se a contratação de um plano de saúde junto a uma cooperativa regional (*Unimed Belém*) que, por sua vez, faz parte de uma rede nacional de prestadores de serviços de assistência médica apresentada aos consumidores como se uma única entidade fosse. Tal fato seria estimulado, essencialmente, pela caracterização de um símbolo comercial comum (*Unimed*) para todo o sistema. E, além disso, promove-se expressamente a existência de cooperação entre todos os agentes da rede, sendo possível a utilização dos serviços mesmo fora da área de cobertura da cooperativa contratante.

No caso concreto, o consumidor buscou a utilização dos serviços cobertos por seu plano de saúde junto a cooperativa distinta da contratante, porém integrante do sistema (*Unimed Paulistana*). Foi, contudo, negada a realização do procedimento pela entidade paulistana, sob a alegação de ausência de autorização da cooperativa belenense. Em assim sendo, buscou-se tutela judicial não só para impor solidariamente a ambas a autorização e o custeio do procedimento, mas também para que fossem ressarcidos os prejuízos materiais e morais decorrentes da negativa tida como indevida.

Em primeira instância, foi reconhecida de plano a ilegitimidade passiva da *Unimed Paulistana*, sob a alegação de ser empresa distinta da *Unimed Belém* e de não ser a primeira parte no contrato de assistência à saúde cujo descumprimento estaria sendo alegado. Interposto agravo de instrumento, a decisão foi revertida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) para reconhecer a sua legitimidade passiva. A *Unimed Paulistana* recorre ao STJ, então, alegando independência em relação à *Unimed Belém* e ausência de qualquer obrigação para com o contratante de plano por ela firmado:

Nas razões do recurso especial, interposto com base nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional, a Unimed Paulistana alegou violação dos arts. 3º e 267, VI, do CPC; 264 e 265 do CC, ao argumento de que, não obstante houvesse acordo entre as cooperativas para prestação de serviço aos usuários em todo o território nacional, isso não descaracterizaria a individualidade de cada entidade membro, haja vista que são regidas pelos princípios da autonomia e da independência (fls. 458-476).

Ainda, firmado o contrato com a Unimed Belém, somente esta teria responsabilidade pela prestação de serviços ao recorrido, porquanto a força

vinculante do pacto somente atinge as partes contratantes; sendo certo que o termo de cooperação, que possibilita o atendimento nacional de todo usuário em qualquer entidade integrante do Sistema Unimed, prevê a necessidade de autorização pela Unimed contratada, uma vez que:

[...] somente a Unimed contratada é a responsável pelo atendimento ao seu usuário na forma contratada (quarto coletivo ou particular, hospital, tabela de preços tabelada ou própria, possibilidade de reembolso ou não, etc), competindo a si a liberação segundo suas obrigações.

No entanto, é a Unimed contratada quem recebe a contraprestação paga pelo seu usuário, formando a relação jurídica entre elas. O acordo se dá entre as cooperativas singulares, que não se confundem.

Dessarte, inexistente obrigação da recorrente em custear o tratamento do recorrido - porquanto ausente contrato entre as partes -, e, por conseguinte, não tendo praticado nenhum ato ilícito, afastada estaria a possibilidade de sua responsabilização civil.

Em seu voto, o ministro relator Luís Felipe Salomão resume o objetivo da discussão como sendo “*definir se prestadoras de serviço médico que integram o mesmo grupo, mas possuem personalidades jurídicas distintas, podem ser acionadas conjuntamente pelo consumidor*”. Cita, inclusive, o precedente da Terceira Turma analisado no subtópico 2.4.1. No entanto, propõe solução distinta, alinhada ao posicionamento vencido manifestado pela ministra Nancy Andrichi naquele momento.

Primeiramente, o ministro analisa os efeitos econômicos da utilização de uma marca única – *Unimed* – para caracterizar as operações nacionais do sistema:

Na verdade, o Sistema Unimed - ao qual pertencem as litisconsortes Unimed Paulista, ora recorrente, e a Unimed Belém, contratada pelo recorrido - abarca centenas de unidades autônomas que atuam em regime de cooperação, possibilitando-lhe a abrangência nacional das atividades.

[...]

Nessa toada, a utilização do mesmo logotipo e nome - Unimed - dificulta a cognição das responsabilidades e da área de cobertura de cada unidade considerada de per se, ainda que detentoras de personalidade jurídica diversa.

Sob esse prisma, não demanda muito esforço concluir que o usuário é suscetível de grande confusão no momento da contratação e da utilização do plano de saúde oferecido pelas sociedades cooperativas integrantes do Sistema Unimed, mormente ante o fato de que lhe é facultado o atendimento em qualquer parte do território nacional.

Verifica-se, portanto, que a publicidade do Sistema Unimed busca instigar o indivíduo à contratação mediante a convicção de que se trata de entidade única com atuação em âmbito nacional, não sendo informado ao afiliado 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.

Em outras palavras, reconhece já de início que existe uma aparência de unidade tanto no momento pré-contratual quanto no contratual, bem como que essa proposta publicitária

então utilizada – vinculação da abrangência nacional dos serviços a um só nome – seria estratégia comercial voltada à diferenciação e captação de clientela.

Após discorrer sobre a aplicabilidade das normas consumeristas ao caso em tela, volta a falar das obrigações e responsabilidades decorrentes do uso compartilhado da marca:

É bem verdade que, paralelamente ao dever de informação, tem-se a faculdade do fornecedor de anunciar seu produto ou serviço, sendo certo que, se o fizer, a publicidade deve refletir fielmente a realidade anunciada, em observância à principiologia do Código do Consumidor.

Nessa linha de intelecção, o princípio da vinculação da publicidade reflete a imposição da transparência e da boa-fé nos métodos comerciais, na publicidade e nos contratos, de forma que esta exsurge como princípio máximo orientador do Código Consumerista (art. 30).

Assim, parece inequívoco o caráter vinculativo da informação e publicidade, de modo que o fornecedor de produtos ou serviços se responsabiliza também pelas expectativas que a propaganda desperta no consumidor, mormente no que tange ao uso coletivo de uma mesma marca.

[...]

Outrossim, a complexa estrutura das cooperativas prestadoras de serviço, se, por um lado, visa ao estímulo e reforço do sistema cooperativo regido pela Lei 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 de forma solidária, uma vez que não se pode exigir do consumidor que conheça as intrincadas relações entre os diversos membros dessa cadeia.

É o que Claudia Lima Marques denomina de "desmaterialização do fornecedor", que só vai aparecer para o consumidor na forma de uma marca; ou através de um organizador da cadeia; ou mediante condutas sociais típicas ou práticas comerciais (MIRAGEM, Bruno. *Op. cit.* p. 342).

E a vinculação da marca a uma aparência jurídica que desperta a confiança do consumidor rende ensejo à responsabilização daqueles que a utilizam, afinal:

[...] se os serviços são ofertados desde um primeiro momento, simplesmente pela Unimed, faz-se referência ao Sistema Unimed, sem distinguir-se, clara e ostensivamente, delimitação territorial ou de abrangência já no período pré-contratual, nada impede que se interprete, já na fase de execução contratual, nova informação que limite ou restrinja a cobertura contratada como violação à boa-fé objetiva (*venire contra factum proprium*). (MIRAGEM, Bruno. *Op. Cit.*, p. 343-344)

Ao final, conclui-se pela necessidade de se tutelar a aparência e as expectativas legitimamente construídas por meio desta técnica publicitária:

Em suma, descumprido o dever de informar adequadamente - o que se observa mediante a redação clara, legível e inequívoca das cláusulas contratuais -, prevalece imperiosamente a aparência, ou seja, aquilo que for compreensível ao consumidor mediano, indivíduo hipossuficiente e vulnerável, que não detém conhecimento técnico da realidade prática a que se submete primordialmente por confiança na marca Unimed.

Assim, o fato de várias sociedades explorarem uma mesma marca, ainda que com personalidades jurídicas distintas, e 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 para responder solidariamente pelas obrigações celebradas por qualquer delas.

Importante destacar também que, em suas razões de decidir, o ministro Luís Felipe Salomão faz menção também ao caso '*Fiat*' por ele anteriormente relatado (REsp 1.309.981/SP) e tratado no subtópico 2.3.2 deste capítulo. Apesar de situações e contratos manifestamente distintos, o fundamento-base das decisões é o mesmo: a atribuição de ônus correlatos aos bônus trazidos pela utilização da marca.

O voto do relator foi acompanhado pelos demais ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça (Raul Araújo, Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira e Marco Buzzi), tendo sido negado provimento ao recurso por unanimidade. No entanto, há de se destacar o voto-vista da ministra Maria Isabel Gallotti que, embora acompanhe o voto do relator no que tange à caracterização da legitimidade da *Unimed Paulistana* para responder pelos danos narrados pelo consumidor vinculado diretamente apenas à *Unimed Belém*, utiliza fundamento distinto e um pouco mais restritivo:

Após o exame dos autos, acompanho o voto do eminente Relator, no sentido da negativa de provimento do recurso especial, adotando, todavia, fundamentação menos abrangente, porque não assento a solidariedade de todas as unidades do Sistema Unimed, devendo a legitimidade passiva *ad causam* ser apreciada caso a caso, de acordo com as alegações contidas na inicial.

Observo que, no caso em exame, o recorrido narrou que médico credenciado da Unimed de Belém, com a qual mantinha contrato, indicou-lhe tratamento cirúrgico urgentíssimo, a ser realizado na Fundação Antônio Prudente - Hospital A Camargo, estabelecimento situado em São Paulo, por intermédio da Unimed Paulistana, o qual atendia o plano de saúde de que era titular. Afirma que viajou para São Paulo, após ratificação obtida no setor de agendamento do mencionado hospital, munido de "Código em Trânsito" fornecido pela Unimed de Belém.

Prossegue narrando que, chegando a São Paulo, após horas de espera, foi-lhe negada a autorização para o atendimento pela Unimed Paulistana, sob o argumento de que o hospital ao qual fora enviado havia se tornado de alto custo e que, por este motivo, não mais tinha direito ao atendimento. Afirma que não fora notificado do descredenciamento do hospital, ao qual encaminhado pelo sistema Unimed, de forma que não poderia ter sido surpreendido com informações desencontradas de ambas as Unimed's rés.

Penso, portanto, como ressaltado pelo acórdão recorrido, que a causa de pedir da ação envolve atos praticados também pela Unimed Paulistana, de forma que deve ela ser mantida no polo passivo da ação, a fim de que sua responsabilidade seja decidida por ocasião da sentença de mérito.

Com efeito, ambas as unidades foram envolvidas no atendimento e, portanto, estão legitimadas a compor o polo passivo da ação ajuizada pelo consumidor.

[...]

No caso em exame, as rés, Unimed de Belém e Paulistana, atuaram de forma conjunta na prestação do serviço, dentro do sistema proposto para atendimento em todo o território nacional.

Observo, por fim, o fundamento do acórdão recorrido no sentido de que "a narração dos fatos trazidos na petição inicial conduz à conclusão pela legitimidade passiva da agravada para responder aos termos da demanda, uma vez que, a princípio, não apenas haveria ela praticado a ilicitude, como igualmente poderia ser obrigada, em tese, por força de contrato mantido com a outra co-agravada, à prestação do serviço" (fls. 453/454).

Como se vê, o acórdão recorrido consignou que o autor imputa conduta ilícita também à recorrente e enfatizou o vínculo obrigacional com a corrê, o conduz à conclusão da legitimidade de ambas para figurarem no polo passivo da causa.

Analisados até o momento dois julgamentos paradigmáticos realizados em um período de três anos, que envolvem o mesmo tema – responsabilidade solidária dentro das redes contratuais de planos de saúde – e nos quais participaram dez diferentes ministros integrantes das duas turmas da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça²³⁰, percebe-se a existência de uma evolução no raciocínio realizado, especialmente no que se refere à materialização dos argumentos baseados no reconhecimento de ônus jurídicos correlatos aos bônus econômicos decorrentes da utilização da marca.

Esse posicionamento exposto pela Quarta Turma foi, por fim, consolidado em um julgamento posterior de caso análogo ocorrido em 2017 e que também envolvia a rede ligada à marca *Unimed*, servindo inclusive como reforço de fundamentação para a alteração do entendimento da Terceira Turma sobre o tema.

2.4.3. Recurso Especial nº 1.665.698/CE

A Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça se manifestou novamente sobre o tema em meados de 2017. Trata-se do julgamento do REsp 1.665.698/CE, cujo relator foi o ministro Ricardo Villas Bôas Cueva – que, diga-se de passagem, não havia participado dos dois julgamentos anteriormente citados.

²³⁰ Participaram desses julgamentos os ministros Massami Uyeda, Nancy Andrichi, Sidnei Beneti,, Paulo de Tarso Sanseverino, Vasco Della Giustina, Luís Felipe Salomão, Raul Araújo, Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira e Marco Buzzi.

Por unanimidade, foi negado provimento ao recurso especial com base no voto do relator, que foi acompanhado não só pelos ministros Nancy Andrichi e Paulo de Tarso Sanseverino – que já haviam se manifestado favoravelmente à tese no julgamento do REsp 1.377.899/SP – mas também pelos ministros Marco Aurélio Bellizze e Moura Ribeiro que, assim como o relator, não haviam participado dos dois julgamentos anteriores destacados nos tópicos 2.4.1 e 2.4.2.

O ministro Ricardo Villas Boas Cueva assim relata o caso:

Trata-se de recurso especial interposto por UNIMED FORTALEZA SOCIEDADE COOPERATIVA MÉDICA LTDA., com esteio no art. 105, inciso III, alínea "a", da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Ceará.

Noticiam os autos que ROSIMAR JAQUES DA SILVA, usuária de plano de saúde, ajuizou ação ordinária contra a recorrente alegando que lhe foi negada indevidamente autorização para a realização de tomografia de coerência óptica - monocular, exame requerido por médica oftalmológica para fins de investigação de glaucoma.

Sustentou ser portadora de *diabetes mellitus*, hipertensão arterial e neoplasia maligna na mama direita, tendo sido submetida à mastectomia radical, quimioterapia e radioterapia. Diante dos fatores de risco, ao fazer avaliação oftalmológica, surgiu a necessidade de realização do aludido procedimento complementar.

A operadora, em contestação, aduziu a sua ilegitimidade passiva *ad causam*, visto que o contrato de plano de saúde foi assinado com a UNIMED BELÉM, pessoa jurídica distinta. Acrescentou que o exame solicitado também não constava da cobertura mínima elencada nos anexos I e II da Resolução Normativa nº 262 da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), de modo que não poderia ser autorizado.

O relator narra também que a pretensão autoral foi julgada procedente em primeiro grau sob a alegação de que ambas as cooperativas “*muito embora constituam pessoas jurídicas distintas, são integrantes do Complexo Empresarial Cooperativo Unimed, que constitui uma rede de assistência médica que atua em todo o território nacional, de forma conjunta e cooperada*”. Em segunda instância o mesmo posicionamento foi mantido pelo Tribunal de Justiça do Ceará (TJCE), sob argumento também contratual no sentido de que “*apesar de autônomas, as cooperativas integram um mesmo sistema e há previsão contratual expressa de intercâmbio no atendimento dos usuários das várias Unimed's em todo o Brasil.*”

Passa, então, a analisar a alegação de ilegitimidade passiva reiterada pela *Unimed Fortaleza* em seu recurso. E, neste ponto, ultrapassa a análise estritamente contratual anteriormente realizada pelas instâncias ordinárias para reconhecer também a necessidade de se tutelar a confiança legítima estabelecida junto ao consumidor pela utilização conjunta de

uma só marca a identificar os serviços oferecidos pela rede, destacando-se o seguinte parágrafo:

Efetivamente, não se pode exigir que o consumidor conheça pormenorizadamente a organização interna do Sistema Unimed e de suas unidades, mesmo porque são apresentados como prestadores de serviços de saúde suplementar com ampla rede nacional de atendimento, a gerar forte confusão no momento da utilização do plano de saúde.

Ou seja, o potencial de confusão causado pelo uso compartilhado da marca é um dos fundamentos principais para a rejeição da tese recursal. Tal fato fica evidente quando o relator cita, logo na sequência, os fundamentos jurídicos neste sentido utilizados nos julgamentos anteriormente mencionados (REsp 1.140.107/PR e REsp 1.377.899/SP):

Por pertinente, vale transcrever as seguintes ponderações feitas pela Ministra Nancy Andrighi no voto vencido proferido no já mencionado REsp nº 1.140.107/PR (Rel. Ministro Massami Uyeda, DJe 4/4/2011):

"(...)

O sistema UNIMED, do qual tanto a recorrente Unimed Curitiba quanto a Unimed Cuiabá fazem parte, está estruturado de acordo com os termos da Lei 5.764/71, de modo que nele várias unidades autônomas atuam em regime de cooperação. Essa cooperação entre as diversas unidades nacionais permite o atendimento do usuário em todo território nacional, numa espécie de intercâmbio entre as cooperativas. A integração do sistema é evidenciada pelo uso do mesmo nome 'UNIMED' e por um logotipo comum, de maneira a dificultar a fixação das responsabilidades e a área de atuação ou abrangência de cobertura de cada uma das unidades, singularmente considerada.

É preciso reconhecer, portanto, que é grande a possibilidade de confusão do consumidor comum no momento da contratação dos planos de saúde oferecidos pelas cooperativas que compõem o Sistema UNIMED. Assim, embora a Unimed Curitiba e a Unimed Cuiabá sejam pessoas jurídicas distintas, para o recorrido era razoável admitir que ambas formavam uma única entidade. O consumidor pressupôs, compreensivelmente, que o contrato de prestação de serviços médicos e hospitalares fora firmado com o sistema UNIMED, nacionalmente considerado, pois não tinha condições de identificar a entidade que efetivamente se comprometeu a prestar-lhe os serviços de assistência médica."

No mesmo sentido, o seguinte precedente da Quarta Turma deste Tribunal Superior:

"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. Dessarte, 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 nº 1.377.899/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, DJe 11/2/2015)

Vale mencionar ainda o seguinte julgado: AgInt no REsp nº 1.407.246/SC, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, DJe 9/2/2017.

Na espécie, a autora era beneficiária em intercâmbio, isto é, era paciente que possuía contrato com Unimed de cidade ou região diversa da que foi atendida, sendo a cobertura de âmbito nacional. Firmou o plano de saúde com a Unimed Belém e buscou atendimento pela Unimed Fortaleza.

A Unimed de origem "(...) faz parte do Complexo Unimed do Brasil, que conta, hoje, com 11 milhões de usuários e 80 mil médicos cooperados, 8.500 serviços contratados distribuídos por mais de 355 Unimeds em todo território nacional. Unimed - Indiscutivelmente, a maior prestadora de serviços médicos do país" (Unimed Belém - Disponível em: <<http://www2.unimedbelem.com.br/quem-somos>>. Acesso em: 25 de abr. 2017).

A Unimed executora também integra tal rede cooperada, tanto que a demandante "(...) reside em Fortaleza há mais de 05 (cinco) anos tendo utilizado os serviços médico-hospitalares da Unimed Fortaleza sem qualquer restrição até o momento em que foi solicitada a autorização do exame em causa" (fl. 247) - tomografia de coerência óptica monocular, cuja cobertura lhe foi obstada.

Ora, conclui-se que ambas unidades do Sistema Unimed possuem legitimidade passiva *ad causam*, visto que são responsáveis solidárias pelo atendimento e pela má prestação de serviços de assistência à saúde disponibilizados à demandante.

Como bem consignado na sentença, mantida pela Corte estadual,

"(...) A despeito de o contrato de prestação de serviços médicos ter sido firmado com a Unimed Belém, a Unimed Fortaleza é parte legítima para figurar no polo passivo da lide, haja vista que ambas, muito embora constituam pessoas jurídicas distintas, são integrantes do Complexo Empresarial Cooperativo Unimed, que constitui uma rede de assistência médica que atua em todo o território nacional, de forma conjunta e cooperada" (fl. 153).

Efetivamente, as mencionadas cooperativas, mesmo sendo autônomas, são interligadas por um regime de intercâmbio, o qual abrange distintas Unimeds, a justificar a responsabilidade solidária de ambas pelo custeio de eventual tratamento negado indevidamente.

A partir da análise deste terceiro caso análogo fica claro, portanto, que o posicionamento em questão vem se consolidando também nos casos ligados às redes empresariais de planos de saúde. As duas turmas integrantes da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, responsáveis pela análise dos recursos que envolvam temas de direito

privado, já se posicionaram ao menos uma vez favoravelmente à atribuição de obrigações e responsabilidades baseadas na utilização da marca como fonte de benefícios, mesmo na inexistência de apuração denexo causal entre o dano causado ao consumidor e qualquer ato praticado pelo titular do símbolo marcário.

2.5. O caso “Sony”

Por fim, questão similar foi abordada em junho de 2018 pela Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial nº 1.709.539/MG, de relatoria do ministro Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin. Trata-se de caso em que foi atribuída multa pelo PROCON de Uberlândia-MG à empresa Sony do Brasil Ltda. em razão de esta ter se negado a realizar reparos em produto adquirido por um consumidor no mercado nacional, sob a alegação de inexistência de assistência técnica autorizada.

A empresa nacional em questão alegava que não teria colocado por conta própria o produto no mercado, o que teria sido feito pela empresa estrangeira responsável pela fabricação do produto (Sony America Inc.), e que por tal razão não poderia ser compelida a repará-lo. Conforme indicado no acórdão ora analisado, o recurso da parte indicava uma suposta violação dos arts. 265 do CC; 12, § 3º, I, 18 e 57, parágrafo único, do CDC; e 24 e 28 do Decreto Federal 2.181/1997, sob o argumento de que seria inaplicável a responsabilidade solidária entre os fornecedores com base na teoria da aparência, pois o consumidor que adquiriu o produto – e que, com a negativa de assistência técnica, levou à aplicação da multa pelo PROCON municipal – tinha ciência de que o produto era importado.

Por unanimidade, a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça – composta naquele momento pelos Ministros Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin, Og Fernandes, Mauro Campbell Marques, Assusete Magalhães e Francisco Falcão – negou provimento ao recurso da Sony do Brasil Ltda., mantendo-se a condenação anterior. No voto vencedor proferido pelo relator, que segue a linha de raciocínio iniciada pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, assim são resumidas as razões de direito a basear a responsabilidade da empresa brasileira:

Extrai-se do acórdão vergastado que o entendimento do Tribunal de origem está em consonância com a orientação do Superior Tribunal de Justiça de que, se empresas nacionais se beneficiam de marcas mundialmente conhecidas, incumbe-lhes responder também por vícios dos produtos que anunciam e comercializam, não sendo razoável destinar ao consumidor as consequências negativas de quebra da garantia de qualidade e quantidade.

[...]

À luz do sistema de proteção do consumidor, a teoria da aparência e a teoria da confiança, duas faces da mesma moeda, protegem a segurança jurídica e a boa-fé objetiva dos sujeitos vulneráveis e dos contratantes em geral. Em consequência, atribuem força negocial vinculante à marca mundial em detrimento de ficções contratuais, contábeis ou tributárias que contrariam a realidade dos fatos tal qual se apresentam nas transações de consumo e, simultaneamente, embasam – como técnica de defesa judicial contra o consumidor-vulnerável – a fragmentação de pessoas jurídicas em mercado reconhecidamente globalizado.

Quando campanhas publicitárias massivas e altamente sofisticadas são veiculadas de maneira a estimular sentimento, percepção e, correlatamente, expectativas legítimas dos consumidores, de um produto ou serviço único, que dilui e supera fronteiras nacionais – tornando irrelevante o país em que a operação negocial venha a se realizar –, justifica-se afastar a formalidade burocrática do nome do fornecedor ocasionalmente estampado na Nota Fiscal ou no contrato. Desarrazoado pretender que o consumidor faça distinção entre Sony Brasil Ltda. e Sony America Inc. Para qualquer adquirente, o produto é simplesmente Sony, é oferecido como Sony e comprado como Sony.

No Código de Defesa do Consumidor, a regra geral é a da responsabilidade civil objetiva e solidária. Não se sustenta, pois, a tese da recorrente, rechaçada pelo Tribunal a quo, de que o art. 265 do Código Civil, em casos de incidência das teorias da aparência e da confiança, afastaria a solidariedade do art. 18 do Código de Defesa do Consumidor. É exatamente por conta da teoria da aparência e da teoria da confiança que os fabricantes de marcas globalizadas, por meio de seus representantes no Brasil, "respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade" (art. 18) que se apresentem nos bens de consumo ofertados. Não custa lembrar que, no microsistema do CDC, existe inafastável obrigação de assistência técnica, associada não só ao vendedor direto, como também ao fabricante e ao titular da marca global, em nome próprio ou por meio de seu representante legal no país.

Em vez de deixar o consumidor à míngua de remédio jurídico e financeiro, compete às empresas integrantes de grupos econômicos com operação mundial, ou regional, prever, em contratos comerciais que celebrem entre si, mecanismos de ressarcimento e compensação recíprocos para hipóteses como a dos autos. Investir maciçamente em marcas mundiais para, logo após, contraditoriamente e em detrimento de sujeitos vulneráveis, usar de artifícios jurídicos vetustos e injustos de uma contratualística ultrapassada (nos planos ético e político) para negar, no varejo dos negócios, o que, com afincos, se pregou a quatro ventos, caracteriza venire contra factum proprium (o proprium aqui significando a força comum e abrangente da marca globalizada), ou seja, prática abusiva, nos termos do art. 39 do CDC. Não se pode punir o consumidor que acredita em marca globalizada, mundialização essa que é estimulada pelo próprio titular da marca e que a ele favorece.

Logo, para fins legais, consoante dispõe o art. 34 do CDC e por força da teoria de aparência e da teoria da confiança, a Sony Brasil inclui-se no rol de fornecedores e, portanto, na cadeia de solidariedade prevista no art. 18 do CDC. Daí sua responsabilidade por vício de qualidade ou de quantidade em produtos que ostentem a mesma marca, obrigação genérica que inclui a de prestar assistência técnica – de início, não custa lembrar, foi esse o único pleito (modesto, legítimo e compreensível) do consumidor lesado.

Para além de citar expressamente o ‘caso Panasonic’ como precedente relevante, o voto do relator reconhece expressamente: (i) a existência dos complexos empresário-contratuais transnacionais fragmentados em diversos agentes autônomos; (ii) a abusividade na utilização do argumento da separação patrimonial e de desígnios entre a empresa nacional e a empresa estrangeira que se utilizam do mesmo nome comercial para fomentar suas vendas. Propõe, da mesma forma, a aplicação da teoria da aparência como forma de “*atribuir força negocial vinculante à marca mundial em detrimento de ficções contratuais [...] que contrariam a realidade dos fatos tal qual se apresentam nas relações de consumo*”, privilegiando a proteção da percepção do consumidor vulnerável em detrimento dos efeitos abstratos decorrentes da estruturação empresarial realizada unilateralmente pelos agentes em posição de poder e arguida como forma de tentar mitigar as próprias responsabilidades.

Ao final, utilizam-se como fundamento para a manutenção do acórdão anterior as regras dos artigos 18 e 34 do CDC, classificando-se a Sony do Brasil Ltda. como ‘representante’ da empresa estrangeira no território nacional. Da mesma forma, indica-se pela primeira vez nos acórdãos ora analisados que a compensação de eventuais prejuízos atribuídos a um agente que não teria sido responsável diretamente pelo dano a ser ressarcido deveria ser resolvida internamente entre as empresas pertencentes ao complexo, não se podendo transferir o risco do negócio ao consumidor captado com base em uma aparência de unidade. Argumentar-se a existência de separação patrimonial entre as empresas que atuam sob um mesmo nome seria antiético e caracterizaria verdadeiro comportamento contraditório, na medida em que a “*força comum e abrangente da marca globalizada*” deveria levar a uma conseqüente abrangência correlata da proteção do consumidor por ela captado.

Conclui-se, portanto, tratar-se o acórdão ora analisado de mais um precedente relevante que reconhece a necessidade de se tutelar os interesses do consumidor persuadido pelas informações transmitidas pela marca. Para além de reconhecer a aplicabilidade da teoria da aparência, do risco-proveito e, no plano normativo, do artigo 34 do CDC como forma de incluir a empresa nacional na cadeia de consumo, destaca-se nesse julgamento o reconhecimento de potencial abuso de direito e de *venire contra factum proprium* na tentativa de se estender ao consumidor vulnerável as conseqüências da separação patrimonial entre diferentes estruturas societárias do complexo empresário-contratual.

3. Conclusões parciais

Pela análise da legislação e dos casos apresentados, constata-se a inexistência de sistematização e coerência no tratamento jurídico dos efeitos econômicos decorrentes do potencial persuasivo da marca. Historicamente, tanto a legislação marcária quanto a consumerista são notoriamente omissas no estabelecimento de uma correlação entre bônus econômicos e ônus jurídicos por sua utilização. Unidimensionais que são, nenhuma das duas leis tutela diretamente – ou sequer menciona em suas razões de existir – os fatos econômicos tratados pela outra, seja a marca enquanto símbolo ligado ao consumo, seja o consumo enquanto processo afetado pela marca.

A única interseção aparente entre ambas é a tutela da competição entre os fornecedores como forma de evitar e punir a concorrência desleal decorrente da utilização ilícita de marcas de terceiros (confusão, contrafação, etc.). No entanto, não há menção ou tratamento direto dos interesses dos consumidores vulneráveis também afetados por sua utilização lícita. E, por outro lado, apesar de reconhecer indiretamente os efeitos microeconômicos causados pela utilização da marca, a legislação concorrencial e a tutela administrativa exercida pelo CADE com base nesta limitam-se a tratar do tema em um âmbito estrutural, sem analisar a relação específica entre o empresário-fornecedor que se utiliza da marca em suas operações e o consumidor por ela persuadido.

Na análise dos casos concretos, por sua vez, também não foi possível identificar uma base teórica única e coerente a justificar a proteção do consumidor conferida indiretamente por meio do reconhecimento de seu potencial persuasivo. Embora as pretensões recursais dos casos analisados tenham se baseado eminentemente na aplicabilidade do CDC, nas decisões não foi singularizada uma única norma cuja violação tenha sido arguida constantemente e cuja interpretação adequada tenha sido acolhida como adequada e definida para casos análogos. É certo que se reconhece de forma casuística a existência de obrigações e responsabilidades correlatas ao uso lícito da marca, mas não se ocupam os julgadores em delimitar as regras ou princípios que as definem ou os limites de sua aplicação.

Além disso, especificamente com relação aos fatos que deram origem às situações concretas então analisadas, alguns pontos também merecem ser destacados.

Em três dos cinco casos estudados – *Motorauto*, *Fiat* e *Unimed* – se identifica a existência de contratos massificados firmados por um agente que, ao final, se tornara

insolvente e incapaz de arcar com os danos decorrentes de seu inadimplemento. Tanto é que, em todos os casos, para além do caso paradigma é possível identificar a existência de diversos processos similares com a mesma causa de pedir, seja no próprio corpo dos acórdãos, seja em outros julgamentos subsequentes citados. Nos casos restantes – *Panasonic* e *Sony* – não se identificava insolvência do agente contratante, mas havia a impossibilidade relativa de se atingir o patrimônio das sociedades supostamente responsáveis pelas operações que geraram as pretensões dos consumidores, já que situadas no exterior.

Por outro lado, em quatro dos casos analisados – *Panasonic*, *Fiat*, *Unimed* e *Sony* – é possível identificar uma rede contratual formalmente estabelecida nos moldes expostos no segundo capítulo deste trabalho. A primeira e a quarta são exemplos de descentralização da indústria tradicional, enquanto a segunda e terceira envolvem, respectivamente, as redes baseadas em contratos de concessão mercantil e de seguro-saúde. Já no caso *Motorauto* também é possível identificar uma descentralização de atividades operacionais e a convergência de todas elas a um único símbolo marcário, em típica atividade de rede voltada à potencialização dos benefícios a serem auferidos por todas as partes envolvidas. No entanto, dos fatos narrados naquele processo se extrai que, embora as consequências econômicas dessa descentralização – promoção da atividade para captação de consumidores – tenham sido as mesmas, esta rede específica havia sido constituída de maneira informal e não-contratual. A utilização da marca *Motorauto* pela administradora de consórcio não era baseada em cessão expressa dos direitos, mas em autorização implícita por fazerem parte de um mesmo grupo econômico familiar.

Conclui-se, portanto, que todas as discussões jurídicas analisadas nos casos concretos narrados neste terceiro capítulo decorrem da modificação estrutural econômica das redes empresariais exposta no segundo capítulo deste trabalho, situação esta que, por sua vez, potencializa as características da marca expostas no primeiro. As questões em aberto deixadas pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo legislador indicam e justificam, por fim, o cerne do problema principal a ser analisado no quarto e último capítulo dessa dissertação.

Como já dito no primeiro capítulo, em sua origem o símbolo marcário era capaz de identificar uma origem estrutural definida dos bens a ela vinculados, na figura de um agente específico representado nominalmente pela marca e que, presumidamente, indicaria o responsável pela sua produção e disponibilização no mercado. Se o dano foi causado pelo produto e este foi fabricado pelo titular da marca a ele aposta, esse fornecedor deveria responder pelos eventuais prejuízos causados aos consumidores. Da mesma forma, se os

contratos reconhecidamente ineficazes – seja por vícios no produto ou no serviço, seja por inadimplemento – foi firmado diretamente pelo titular da marca aposta ao produto ou serviço negociado, não existiriam quaisquer dúvidas sobre a sua responsabilidade civil por eventuais danos. A marca e o processo de oferta eram, até então, elementos econômicos secundários neste processo de atribuição de obrigações e responsabilidades.

No entanto, como exposto no segundo capítulo, a horizontalização da atividade empresária implica na notória perda de força de alguns dos atributos da marca (identificação de origem) e, por outro lado, na potencialização e criação de outras características (fator diferenciador na concorrência e elemento autônomo de valor, respectivamente). Com isso, torna-se mais difícil identificar os agentes aos quais se poderá atribuir obrigações e imputar responsabilidades dentro do processo de consumo.

A partir da divisão dos processos de produção e oferta entre diferentes empresários integrantes de uma mesma rede e da consolidação da ideia de marca como fonte anônima, perde esta sua característica primitiva de representação de uma origem física. Passa a funcionar, se e quando necessário, como indicação de um conjunto virtual e fluido de qualidades, construído em conjunto por empresário e consumidores. E, para além disso, a descentralização da atividade operacional tira do titular da marca a responsabilidade pelo contato direto com os consumidores, evitando a configuração do nexo causal direto entre este e eventuais danos, vícios ou descumprimento das propostas.

Tomando-se por base as regras gerais de imputação contratual de obrigações e responsabilidades (baseada na autonomia da vontade das partes), bem como as normas que regulamentam a responsabilidade civil extracontratual (baseada na configuração de nexo causal direto entre conduta e dano), *a priori* essa nova estruturação empresarial desconstrói qualquer vínculo jurídico obrigacional entre o fornecedor titular da marca e eventuais resultados negativos ocorridos dentro do processo de consumo por ele estimulado, na medida em que este deixa de formar vínculos contratuais ou reais diretos com seus consumidores. O titular da marca e coordenador das redes contratuais contemporâneas tende a ficar, assim, em situação privilegiada: recebe os bônus pela atuação de seus prepostos e, por outro lado, estende exclusivamente a estes últimos os ônus de formar vínculos contratuais ou reais diretos com seus consumidores e, conseqüentemente, de responder por suas práticas.

Em outras palavras, a interposição de diversos agentes e atos entre o empresário coordenador das redes e os consumidores dificulta a configuração do nexo causal necessário à responsabilização civil contratual ou extracontratual do primeiro, ainda que economicamente

o vínculo de causa e efeito entre o uso da marca de sua titularidade e o contrato firmado e/ou os prejuízos causados aos consumidores seja identificável²³¹. Esse foi, inclusive, o ponto comum dos argumentos utilizados pelas empresas fornecedoras (*Panasonic, Fiat, Motorauto, Unimed e Sony*) em todos os casos concretos analisados no terceiro capítulo.

Neste novo ambiente de mercado, embora os efeitos econômicos decorrentes do uso da marca continuem a ser previsíveis e reconhecidos, a tutela jurídica destes se torna indefinida e incongruente com o sistema de proteção ao consumidor. Essa situação somente é viável uma vez que, para além da inexistência de tratamento direto da questão, o arcabouço normativo obrigacional estabelecido até o momento para os fornecedores parte do pressuposto da existência das cadeias clássicas de consumo e da centralização das atividades de produção, oferta e contratação em um só agente e uma só estrutura.

Considerando-se a inexistência de legislação específica e a precariedade da jurisprudência já demonstradas no terceiro capítulo deste trabalho, resta então à doutrina definir um caminho a seguir. É este o objetivo final deste trabalho que, com base nos elementos dispersos apresentados nos três primeiros capítulos e em elementos de ordem teórica e principiológica utilizados no tratamento de situações análogas, pretende consolidar uma teoria única e coerente acerca do tratamento jurídico do uso lícito da marca na captação de consumidores. E, neste sentido, destacam-se algumas perguntas a serem respondidas para melhor conformar as situações postas. As promessas extraídas direta ou indiretamente da utilização da marca integram o objeto contratual? Nas redes contratuais plurilaterais, o poder persuasivo da marca e os benefícios autônomos por ela criados podem ser considerados parte integrante da causa contratual do contrato complexo então firmado?

Todas essas questões serão respondidas no tópico subsequente.

²³¹ Essa identificação se baseia, por óbvio, na notória existência de incentivos à contratação e na necessária adequação das atividades do agente operacional ao padrão estabelecido pelo coordenador para a marca.

Capítulo IV – Marcas, redes e a proteção do consumidor

Em resumo, até o momento foram apresentadas três principais conclusões.

Os dois primeiros capítulos focam na apresentação de fatos. No primeiro foi demonstrada a relevância do poder persuasivo da marca nas relações comerciais na qualidade de símbolo identificador de origem – ainda que ficta – e representativo de características a ele intrínsecas ou extrínsecas e que, por sua vez, representam formas de satisfação de necessidades dos consumidores. Já no segundo capítulo demonstrou-se não apenas um processo de valorização da atenção do consumidor potencial como objeto das disputas de mercado entre empresários-fornecedores, mas também uma concomitante modificação estrutural nas cadeias produtivas contemporâneas que não só afasta o consumidor de uma relação contratual direta com o empresário titular do registro da marca aposta ao bem comercializado, mas também potencializa o poder desse elemento simbólico enquanto fator diferenciador na concorrência e elemento autônomo de valor.

O terceiro capítulo transporta esses fatos para o ambiente jurídico. Indica-se em um primeiro momento a unidimensionalidade do tratamento legislativo da marca enquanto fenômeno econômico na LPI e as limitações da tutela indireta dos interesses do consumidor realizada pelo CADE dentro do sistema de proteção da concorrência. Por outro lado, demonstra-se também que a inserção da marca como símbolo de persuasão pré-contratual nas redes empresariais contemporâneas leva a problemas de ordem microeconômica ligados à potencial inimputabilidade de obrigações aos seus titulares.

Neste ponto, demonstrou-se a inexistência de normas específicas no CDC voltadas à proteção direta do consumidor, notadamente vulnerável dentro deste novo contexto em que as marcas assumem posição de destaque no processo de consumo – em especial no processo de convencimento pré-contratual – e, por outro lado, representam informações não necessariamente condizentes com as estruturas patrimoniais estabelecidas e objetivamente vinculadas aos contratos a serem firmados. Por fim, foi exposto que, na ausência de legislação específica a tratar do tema, os conflitos desta espécie vêm sendo resolvidos pelo Superior Tribunal de Justiça de forma precária, sem uma unidade de base jurídica positiva a fundamentar a atribuição de deveres, obrigações, ônus e responsabilidades ao empresário titular da marca que intervém nas relações de consumo.

Com base no exposto mostra-se viável, enfim, analisar o problema de pesquisa proposto já na introdução deste: o uso lícito da marca pelo agente coordenador com o objetivo de promover negócios pode ser considerado por si só como fonte de obrigações correlatas nas relações de consumo por ele fomentadas? Ou, de forma ainda mais completa: a utilização da marca em ofertas de consumo como símbolo identificador de origem, fator diferenciador na concorrência e elemento autônomo de valor estabelece por si só vínculo jurídico obrigacional entre seu titular e os consumidores prospectados?

Estes são os pontos que se pretende atacar neste último capítulo. Pretende-se, ao final, propor a unificação do entendimento sobre o tema e, com isso, reduzir a incerteza jurídica a que estão submetidos os negócios desta espécie.

1. Marca como base essencial dos negócios de consumo

Por todo o exposto até o momento, é evidente a relação íntima e indissociável entre marcas e o processo de consumo. Ao agregar sua marca a produtos ou serviços durante o processo de oferta, não há como se identificar outro objetivo de seu titular a não ser a captação da atenção dos potenciais consumidores. Suas qualidades simbólicas somente têm função e razão de ser em um ambiente de competição e de busca pela maximização do lucro, no qual existe a necessidade de se diferenciar bens e fornecedores capazes de satisfazer as mesmas carências e desejos dos consumidores em potencial. Aproveita-se o empresário-fornecedor de seus vieses cognitivos e da racionalidade limitada do processo de escolha para estimular o raciocínio rápido e a apreensão de qualidades básicas já vinculadas ao símbolo, na expectativa de que as ligadas aos seus produtos ou serviços sejam reconhecidas como suficientes e melhores que as demais alternativas disponíveis.

Em um ponto de vista microeconômico, a utilização da marca promove a redução da complexidade do contrato pela apreensão do contexto²³². A intenção de seu titular é facilitar a

²³² “O indivíduo decide se aquela atividade, oferta ou contexto de consumo merece sua confiança. Efetivamente, se confiamos no parceiro contratual, atuamos de forma mais simples e direta. Neste caso, muitas coisas podem ser não ditas, ficam pressupostas, compartilhadas pela nossa cultura e base social comum, em silêncio. São os elementos normais naquele tipo de contrato, nos usos e costumes daquele tipo de mercado ou no contrato entre profissionais e leigos, como os de consumo” (MARQUES, op. cit., p. 187).

apreensão das características básicas de seus produtos, diminuir os custos de busca e experimentação do consumidor e, eventualmente, promover qualidades próprias ligadas ao símbolo. Dentro deste processo – e, especialmente em se considerando a emergência e a valorização da atenção dos consumidores enquanto bem jurídico relevante disputado no mercado pelos empresários-fornecedores – sua utilização repetida é capaz de promover a diferenciação entre concorrentes em um ambiente de alta competitividade, facilitando a captação da atenção de potenciais consumidores.

Esses incentivos ao consumo promovidos por seu simbolismo permitem, da mesma forma, a fixação de preços *premium* em determinadas situações de mercado – posicionamento como produto de excelência, descomoditização e conseqüente redução da competição direta, entre outros – e, com isso, aumentam o potencial lucrativo da atividade, dada a maior diferença entre o custo unitário total de produção de um bem e o seu preço de equilíbrio de mercado. Existe, neste ponto, um aspecto de criação de valor intrínseco à própria marca, que ultrapassa as barreiras do referencial ao qual esta é necessariamente aposta.

Em suma, a utilização deliberada da marca enquanto símbolo capaz de produzir efeitos econômicos sobre o mercado tem como efeito primordial a promoção do interesse principal do empresário-fornecedor que dela se utiliza: o lucro. Quanto maiores os benefícios prometidos ou percebidos vinculados à marca, maior o valor de troca potencialmente atribuído pelo consumidor. Quanto mais diferenciado o bem ao qual é aposta, menor a concorrência direta e, conseqüentemente, maior também será a possibilidade de o preço de equilíbrio ser fixado em patamares mais elevados. Ou seja, é evidente que a utilização adequada das marcas como fonte de informação e persuasão afeta as decisões de compra e, conseqüentemente, o equilíbrio de mercado em benefício de seu titular.

Por todo o exposto até o momento é possível concluir também que a marca e seus benefícios são parte integrante da negociação ligada aos contratos de consumo. A percepção de um produto ampliado por ela viabilizada aumenta de forma correlata o valor de troca a ele atribuído pelo consumidor e, conseqüentemente, o potencial benefício financeiro do empresário-fornecedor. Afeta decisivamente o período pré-contratual e, ao fazê-lo, integra-se definitivamente – ainda que de forma implícita – ao conteúdo material e à relação de equivalência do acordo de vontades a ser firmado entre as partes, tornando-se base essencial do contrato a ser considerada em sua interpretação e aplicação posterior.

Sobre a caracterização da relação de equivalência entre as prestações como base essencial dos contratos bilaterais em geral, Karl Larenz assim dispõe:

No contrato bilateral, cada parte se obriga frente a outra a uma prestação, e o faz precisamente para obter a contraprestação fixada no contrato. A contraprestação é, a juízo de cada parte, o exato equivalente de sua própria prestação, sendo que sempre é decisiva sua própria valoração. A escala em que se mede a equivalência pressuposta é, portanto, subjetiva e distinta para cada parte; não é outra que as suas próprias necessidades. Não é essencial ao contrato bilateral e à equivalência que dele se extrai que ambas as prestações, medidas em conformidade com uma escala objetiva e geral, sejam reciprocamente equivalentes. Unicamente se exige que cada parte esteja disposta a receber e entregar uma contraprestação, um equivalente, e que a vontade contratual concordante de ambas as partes tenha por objeto ‘uma prestação em troca de uma contraprestação’, ou seja, o intercâmbio de prestações, cada uma das quais seja, a juízo das partes, equivalente à outra. (tradução nossa²³³).

A partir de uma situação geral de incerteza tanto no cumprimento de contratos bilaterais quanto na definição de regras para a sua conformação judicial, o autor em questão propôs a objetivação de parâmetros capazes de facilitar a interpretação dos contratos e a definição dos efeitos cabíveis em hipóteses de modificação das circunstâncias capaz de afetar a relação de equivalência entre as prestações ou impedir a concretização do fim ulterior previsto inicialmente para os contratos. O objetivo, à época, era consolidar o entendimento doutrinário e jurisprudencial disperso sobre o tema como forma de trazer segurança jurídica para as partes envolvidas e para o tráfego negocial, amplamente afetados pela mudança drástica das condições para o cumprimento de contratos firmados em momento anterior às duas grandes guerras mundiais²³⁴.

²³³ “En el contrato bilateral, cada parte se obliga frente a la otra a una prestación, y lo hace precisamente para obtener la contraprestación fijada en el contrato. La contraprestación es, a juicio de cada parte, el exacto equivalente de su propia prestación, en lo que siempre es decisiva su propia valoración. La escala en la que se mide la equivalencia presupuesta, es, por ende, subjetiva y distinta para cada parte; no es otra que la de sus propias necesidades. No es esencial al contrato bilateral y a la equivalencia que implica, el que ambas prestaciones, medidas con arreglo a una escala objetiva y general, sean reciprocamente equivalentes. Únicamente lo es que cada parte esté dispuesta a recibir y entregar una contraprestación, un equivalente, y que la voluntad contractual concordante de ambas partes tenga por objeto ‘una prestación a cambio de una contraprestación’, o sea, el intercambio de prestaciones, cada una de las cuales sea, a juicio de las partes, equivalente a la otra” (LARENZ, Karl. *Base del negocio jurídico y cumplimiento do contrato*. Tradução de Carlos Fernandez Rodriguez. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1956. p. 122.)

²³⁴ De forma geral, a discussão acerca das bases essenciais dos contratos se insere no ambiente jurídico do pós-guerra, em que diversos negócios firmados sob circunstâncias prévias às duas grandes guerras mundiais se tornaram inexecutáveis ou desequilibrados após a deflagração ou o encerramento dos conflitos. E, neste ponto, Karl Larenz propõe a objetivação de parâmetros para essas possíveis modificações do acordo inicial de vontades. Destaca-se o seguinte trecho da introdução da principal obra que trata do tema: “En efecto, conforme a su naturaleza, la jurisprudencia se ocupa de averiguar y declarar lo que es justo hic et nunc en virtud de la costumbre, de la ley y del contrato concluido, de dilucidar y realizar un ordenamiento que, aun cuando pueda resultar confuso y discutible en un caso concreto, es irrefutable en sus líneas fundamentales. Por consiguiente, la jurisprudencia necesita directrices concretas, de validez general, en las cuales se exprese este ordenamiento y se esboce la decisión acertada. La renuncia a estas directrices obligatorias y el que se sentencie sólo conforme a la equidad pueden, por tanto, considerarse en el desarrollo normal de la jurisprudencia sólo como ultima ratio o como solución extrema de una situación que de otro modo no podría resolverse. Antes de proceder así habría

Nesta obra, Karl Larenz reconhece expressamente a relevância do período pré-contratual e do processo que leva ao acordo final de vontades, indicando a potencial existência de pressuposições das partes no momento da escolha pela realização de um determinado contrato que devem ser protegidas pois, se não efetivadas, podem tornar ineficaz o acordo realizado. E, neste ponto, o autor indica que essas circunstâncias não precisam ser declaradas para serem consideradas parte integrante dos acordos:

Cada contrato cria ou regula determinadas relações entre as partes, relações que, por sua vez, são em maior ou menor medida uma manifestação das circunstâncias sociais existentes e, até certo ponto, as pressupõem. Aquele que conclui um contrato pensa e age partindo de uma situação dada, que não é preciso seja representada claramente, que talvez nem mesmo estava em condições de perceber, mas cujos sedimentos penetram no contrato na forma de pressuposições imanentes. A interpretação de um contrato não depende, pois, exclusivamente das palavras usadas e de sua significação inteligível para as partes, mas também das circunstâncias em que foi concluído e às quais foi acomodado. (tradução nossa²³⁵)

Karl Larenz propõe, então, a identificação de duas bases implícitas relevantes e distintas para os contratos: uma subjetiva e outra objetiva. A base subjetiva dos contratos seria a pressuposição comum estabelecida mentalmente por ambas as partes, uma “*representação mental ou esperança de ambos os contratantes pela qual se deixaram guiar ao concluir o contrato*”, uma circunstância considerada como existente ou esperada²³⁶. Por se tratar de elemento capaz de afetar de forma decisiva a disposição das partes a contratar, o reconhecimento posterior de sua inexistência tornaria ineficaz o acordo de vontades inicialmente realizado e, por consequência, autorizaria a sua anulação²³⁷.

que examinar si no podrían obtenerse para casos determinados, típicos por su frecuente repetición, ciertos principios en que se basar la decisión, los cuales precederían, ya que no de la ley ni de sentencias previas, de la naturaleza de las cosas y de una observación crítica y comparativa de la jurisprudencia de un amplio periodo y de diversos ordenamientos jurídicos. Preparar el terreno para ello y ayudar a la jurisprudencia a hacerlo es tanto un derecho como un deber de la Ciencia del Derecho, la cual se destruiría a sí misma si renunciase a esta tarea”. (Ibid. p. 3)

²³⁵ “Cada contrato crea o regula determinadas relaciones entre las partes, relaciones que, a su vez, son, en mayor o menor medida, una manifestación de las circunstancias sociales existentes y, hasta cierto grado, las presuponen. El que concluye un contrato piensa y obra partiendo de una situación dada, que no es preciso se represente claramente, que, tal vez, ni siquiera estaba en condiciones de abarcar, pero cuyos sedimentos penetran en el contrato en forma de presuposiciones imanentes. La interpretación de un contrato no depende, pues, exclusivamente de las palabras usadas y se de su significación inteligible para las partes, sino también de las circunstancias en las que fue concluido y a las que aquéllas se acomodaron.” (Ibid. p. 91)

²³⁶ Ibid. p. 210.

²³⁷ O autor dá como exemplo uma situação real em que se pactou uma venda de um ferro velho cujo preço seria calculado *a posteriori* com base no peso total do material existente no local multiplicado pelo valor das

Segundo o autor, esta situação de fato pressuposta por ambas as partes contratantes não precisaria nem mesmo estar expressa no instrumento contratual. Seria plenamente possível a configuração de uma pressuposição bilateral tácita, bastando para tanto que se possa inferir tal situação do contexto ou do próprio objeto contratual definido²³⁸. Caso se possa dizer que as partes não teriam firmado o contrato ou, no mínimo, não o teriam realizado nas mesmas condições na ausência de uma circunstância de fato não mencionada no contrato, esta poderia perfeitamente ser considerada como pressuposição tácita vinculante e essencial para a produção de seus regulares efeitos²³⁹.

Por outro lado, a base objetiva dos contratos seria o conjunto de circunstâncias e o estado geral de coisas cuja subsistência seria objetivamente necessária para que um determinado contrato tenha condições de subsistir como regulação dotada de sentido²⁴⁰. Em outras palavras, diferentemente da base subjetiva – que pressupunha tanto uma consciência comum acerca dos elementos de fato e a consideração deliberada destes elementos no momento do acordo – a base objetiva envolveria pressupostos de fato rigorosamente necessários para que determinados contratos tenham condições de produzir os efeitos a eles inerentes. Tratam-se de circunstâncias indispensáveis para que a via contratual escolhida seja capaz de modificar adequadamente a situação jurídica das partes nos termos propostos.

diferentes classes de metal ali existentes. Ocorre que, posteriormente, as partes descobriram que uma certa quantidade de ferro velho que haviam avaliado corresponder a quarenta carros correspondia, na realidade, a oitenta, razão pela qual o vendedor impugnou o contrato. Não obstante a pretensão tenha sido julgada improcedente pelo Tribunal Supremo do Reich por considerar essa variação do cálculo como intrínseca ao risco do negócio, o autor entende que este seria um clássico caso de erro bilateral de cálculo que compunha a sua base subjetiva, uma vez que a forma de cálculo do preço teria sido objeto decisivo para as negociações do contrato. As partes pressupunham uma certa quantidade de carros e, com isso, fixaram o método de cálculo. Se a pressuposição inicial era incorreta, viciado estaria também o método de cálculo com base nela estabelecido. (Ibid. p. 49/50)

²³⁸ “*Que la transacción se haya basado, dado el contenido del contrato, en la situación de hecho presupuesta, no significa que ésta haya tenido que ser mencionada expresamente en la propia fórmula de transacción, sino tan sólo que ha de inferirse debidamente de la misma. Si A celebra con B una transacción sobre la extensión, objeto de un pleito, de una servidumbre que le corresponde sobre el inmueble de B, se afirma implícitamente que tal servidumbre existe y que B es el propietario del inmueble con ella gravado. Que las partes han supuesto esto, puede deducirse sin más de la transacción, ya que esta, de lo contrario, no tendría sido inteligible*”. (Ibid. p. 66)

²³⁹ “*Hemos caracterizado repetidas veces esta situación del modo siguiente: 1) las partes han supuesto que existía una situación de hecho determinada; 2) ambas han concluido el contrato en consideración a que esta situación de hecho existía, de tal modo que ninguna de ellas – suponiendo un leal proceder – hubiese concluido el contrato, de haber conocido la verdadera situación, tal como lo hizo. Esta situación de hecho, bilateralmente admitida, es, para nosotros, la base del negocio subjetiva a la que precisamente se refiere la base de la transacción [...]*” (Ibid. p. 67).

²⁴⁰ Ibid. p. 211.

Nos contratos bilaterais em geral, Karl Larenz defende que a existência de uma correlação – ainda que imperfeita e desproporcional – entre uma prestação e uma contraprestação é indispensável para que o contrato possa produzir os efeitos regulares para os quais foi estabelecido. Se a troca é essencial ao contrato bilateral e oneroso, a desconstituição de uma das prestações – seja por destruição da relação de equivalência, seja pela frustração da finalidade precípua e comum da transação²⁴¹ – desnaturaria o objetivo principal desse acordo de vontades juridicamente qualificado, que seria a modificação proporcional e comutativa de suas situações jurídicas pela transferência mútua e recíproca de bens ou direitos.

O autor propõe, ao fim deste argumento, que salvo as hipóteses de previsibilidade ou de assunção deliberada do risco por alguma das partes²⁴², a alteração posterior deste estado geral de coisas por fatores externos e incontroláveis implicaria em quebra das bases objetivas e permitiria a revisão judicial compulsória ou, em última instância, a resolução dos contratos previamente estabelecidos, na medida em que protegê-los iria de encontro com a função social da tutela judicial desses acordos de vontades²⁴³. Descaracterizada integralmente a reciprocidade de um contrato bilateral, não haveria razão para se mantê-lo.

²⁴¹ Sobre a destruição da relação de equivalência, o autor indica que a base objetiva do negócio desaparece nestes casos pelos seguintes motivos: “*si esto pertenece a la esencia del contrato bilateral en sí, constituyendo su peculiaridad específica y, por tanto, su naturaleza jurídica, un contrato bilateral pierde su sentido y carácter originarios cuando, a consecuencia de una transformación de las circunstancias, la relación de equivalencia se modifica tanto, que ya no puede hablarse de contraprestación, de un equivalente que pueda considerarse como tal*” (LARENZ, Karl. *op. cit.* p. 122). Completa o raciocínio indicando posteriormente, contudo, que nem toda modificação de fato será capaz de destruir essa relação, indicando o seguinte: “*Es justificable y necesaria la consideración de una perturbación de la relación de equivalencia única y exclusivamente cuando la modificación de las bases de valoración el contrato pierda por completo su sentido de negocio de cambio. [...] Solamente desaparecerá la indispensable base del contrato (en sentido objetivo) cuando una perturbación de la relación de equivalencia por un acontecimiento imprevisible es de tal magnitud que esta resulta totalmente destruida, esto es, que ele contrato, confrontado con su sentido originario, ya no puede calificarse razonablemente de bilateral. En este caso no está justificado mantener sin alteración el contrato*” (LARENZ, Karl. *op. cit.* pp. 134/135). Por outro lado, no que se refere à frustração da finalidade precípua o autor indica que este não se confunde obrigatoriamente com os casos de impossibilidade da prestação, sendo relevante na realidade a inutilidade desta para o credor, ainda que possível, considerando-se os termos objetivos do negócio originariamente pactuado e a relação de reciprocidade então estabelecida. (LARENZ, Karl. *op. cit.* p. 145).

²⁴² “*Apenas si e necesario decir que la desaparición de la base del negocio objetiva no puede tenerse en cuenta cuando el acontecimiento que la produzca fuese previsible, ya que en tal caso las partes hubiesen podido tomar medidas y, a la falta de las mismas, debe considerarse asumido el riesgo por la parte afectada*”. (LARENZ, Karl. *op. cit.* p. 158)

²⁴³ “*X. En los casos de destrucción de la relación de equivalencia, la parte perjudicada, caso de no haber realizado la prestación, puede negarse a hacerlo en tanto que la otra parte no consienta un adecuado aumento de la contraprestación que restaure la equivalencia. Si se rechaza este aumento terminantemente, la parte perjudicada puede resolver o, en caso de una prestación de larga duración ya comenzada, puede, cuando no se admita un adecuado aumento posterior de la contraprestación, reclamar una indemnización por el importe del enriquecimiento de la otra parte. XI. En los casos de frustración de la finalidad, el acreedor de la prestación que resultó inútil puede rechazarla y negarse a realizar su contraprestación en tanto que sobrepase los gastos*

Não obstante a teoria das bases do negócio jurídico proposta por Karl Larenz abranja apenas a possibilidade de revisão e a resolução contratual por modificação destes elementos essenciais dos contratos no tempo, o que definitivamente não se aproxima dos fatos ora narrados neste trabalho, entende-se que boa parte de seu raciocínio acerca da economia dos contratos enquanto fenômeno tanto econômico quanto jurídico pode ser transposto para o problema em discussão, em especial no que se refere ao reconhecimento expresso dos incentivos à contratação como fonte de regulação jurídica.

Em especial, considerando-se os conceitos expostos pelo autor, é possível concluir que a utilização das marcas como fonte de informação no período pré-contratual é capaz de afetar tanto a base subjetiva quanto a objetiva dos contratos de consumo nos quais são transacionados bens a elas ligados. Subjetivamente falando, a sua utilização traz para os negócios nela baseados algumas pressuposições iminentes relevantes e bilaterais, como a persistência de um determinado conjunto de características objetivamente determináveis (qualidade constante) e a existência de uma origem única, ainda que ficta e *a priori* despersonalizada. E, por outro lado, de forma objetiva as marcas afetam decisivamente a relação de equivalência estabelecida durante o período pré-contratual.

Em ambos os casos, seja no momento de avaliação e definição dos bens com características adequadas à satisfação de suas necessidades, seja no período de comparação entre as diversas alternativas capazes de satisfazê-las e escolha pela mais adequada em termos de custos e benefícios agregados, as informações por elas transmitidas influenciam o valor de troca a ser atribuído pelo consumidor e, conseqüentemente, a sua disposição a contratar. Em assim sendo, entende-se que o reconhecimento dessas ‘pressuposições bilaterais essenciais’ comuns às partes também pode ser relevante para a definição da marca enquanto fato econômico gerador de obrigações legais e contratuais para seu titular. Da mesma forma, a caracterização da relação de equivalência como base objetiva essencial dos contratos bilaterais de consumo e o reconhecimento da relevância das marcas no o cálculo das obrigações recíprocas estabelecidas entre as partes será relevante para a definição do alcance da proteção contratual dos negócios de consumo viabilizados pelas redes contratuais empresariais contemporâneas.

Passemos antes disso, contudo, por um segundo pressuposto relevante para esse raciocínio a ser realizado posteriormente.

2. Marca, profissionalismo e vulnerabilidade

Em paralelo, há de se considerar também que a simples utilização da marca no processo comercial denota por si só certo profissionalismo do empresário-fornecedor que dela se utiliza. Demonstra claramente a existência de uma pretensão de repetição da produção que, ao final, justificará a intenção de se agregar à atividade esse elemento simbólico voltado à identificação e diferenciação dos bens a ela vinculados.

Por outro lado, já foi amplamente exposto que a marca somente tem validade e relevância dentro de um ambiente de consumo, na medida em que somente é capaz de produzir seus efeitos regulares se ligada a um referencial – produto ou serviço – que, por sua vez, está concreta ou potencialmente ligado a um contrato de troca, de movimentação de patrimônio, voltado à satisfação de necessidades pessoais²⁴⁴. E, dentro deste ambiente específico, é amplamente reconhecida a existência de duas vulnerabilidades relevantes capazes de autorizar uma proteção mais intensa destes agentes não-profissionais: (i) a assimetria de informações acerca das características dos bens transacionados; e (ii) a limitação do poder diretivo sobre os negócios a serem formados.

A primeira se caracteriza por uma manifesta desproporção do conhecimento das informações acerca dos bens e serviços disponibilizados no mercado. O empresário-fornecedor, por ser o responsável pela sua concepção, pela operacionalização do processo produtivo e por sua colocação no mercado tem ou deveria ter plena ciência de suas qualidades, defeitos e potenciais riscos de utilização, ainda que essas informações sejam

²⁴⁴ “Dentre os contratos reservados para promover a circulação da riqueza, encontram-se os de troca, que se dirigem, nas suas várias espécies, à realização de um *do ut des*, *do ut facias*, *facio ut des*, *facio iit facias*. São os de uso mais copioso. Precisa o homem desses instrumentos jurídicos para alcançar fins determinados por seus interesses econômicos. É mediante um desses contratos que se desfaz de um bem por dinheiro ou em permuta de outro bem; que trabalha para receber salário; que coopera com outrem a obter uma vantagem pecuniária; que a outros se associa para realizar determinado empreendimento; que previne risco; que põe em custódia coisas e valores; que obtém dinheiro alheio; em suma, que participa da vida econômica.” (GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 23)

promovidas com maior ou menor intensidade a depender do contexto. O consumidor, por sua vez, é obrigado a acreditar nas informações espontaneamente prestadas pelo fornecedor-empresário. Confia não só que os benefícios propostos serão atingidos, mas também na segurança na utilização dos bens adquiridos.

A vulnerabilidade contratual do consumidor se consolida, portanto, no momento em que a decisão pela contratação com determinado fornecedor é feita, mesmo que parcialmente, com base nas promessas feitas no período pré-contratual e nas expectativas por ele inconscientemente geradas. Não há controle direto sobre o processo ou sobre as qualidades do bem de mercado transacionado, nem informações completas acerca de suas características e das qualidades de todos os demais bens concorrentes como forma de se tomar uma decisão estritamente racional, de modo que ao pretense profissionalismo na atividade do fornecedor e a longevidade de sua atuação no mercado se somam às informações publicitárias (externas) e às decorrentes da experimentação prévia (internas), todas usualmente consolidadas na marca, como forma de gerar a confiança necessária à contratação.

De forma concomitante, os fenômenos da despersonalização e massificação dos contratos²⁴⁵ trazem reflexos sobre o poder diretivo das partes. O primeiro está ligado ao inchaço das estruturas empresariais e tem como consequência a mitigação da ideia de negociação direta, individualizada e casuística das obrigações recíprocas a serem estabelecidas entre as partes, inerente ao conceito tradicional de contrato e enfraquecida nesse contexto²⁴⁶. Nem sempre o agente responsável pela contratação direta será o efetivo responsável pela produção do bem ou pela prestação do serviço então transacionado, sendo recorrente a interposição de agentes especializados que nem mesmo possuem poder de negociação. O intermediário responsável pela distribuição apenas cumpre ordens, sendo a principal delas a de promover e fechar negócios nos termos preestabelecidos pelo preponente. Com isso, não se pode falar em um processo ativo de negociação entre os contratantes em potencial, de avaliação casuística e individualizada da relação de equivalência entre as prestações cabíveis a cada um deles e da capacidade que cada uma delas tem de suprir as necessidades pendentes das partes, sendo imutáveis os parâmetros objetiva e previamente preestabelecidos pelo fornecedor principal.

²⁴⁵ GOMES, op. cit. p. 9

²⁴⁶ MIRAGEM, op. cit. p. 41.

Paralelamente, o profissionalismo das atividades empresárias e a sua especialização cada vez maior implica em uma notória massificação das relações firmadas entre o empresário-fornecedor e seus diversos consumidores, o que incentiva a estandardização das cláusulas contratuais que irão regê-las – seja por meio de contratos de adesão, cláusulas gerais contratuais ou condições gerais de contratação – por questões de economia, racionalização, praticidade e segurança²⁴⁷.

Em outras palavras, o empresário-fornecedor principal não apenas é capaz de controlar o processo produtivo, como também o processo de comercialização e até mesmo o momento de extinção da relação jurídica obrigacional com o consumidor. Define e padroniza características do objeto, preço, condições de troca e até mesmo cláusulas contratuais acessórias voltadas à sua proteção no período pós-contratual, sempre com o objetivo de otimizar processos, reduzir custos e promover seus próprios interesses.

Por fim, é necessário considerar também que todo esse poder diretivo e informacional se encontra nas mãos de agentes que, além de tudo, são profissionais. Diferentemente dos consumidores, que usualmente atuam no mercado esporadicamente com a intenção de satisfazer necessidades pessoais, os empresários-fornecedores não apenas têm nessas atividades especializadas a sua razão de existir como, ao obter rendimentos financeiros com essa atuação, têm condições melhores de criar e manter estruturas voltadas à manutenção deste *status quo*. Benefícios de escala e escopo obtidos com a especialização de suas atividades permitem a estes se situar também em uma situação de poder institucional e extracontratual, seja pelo melhor acesso a estruturas jurídicas de proteção de seus interesses, pela maior capacidade de assumir riscos e prejuízos financeiros temporários, entre outras situações que lhes dão maior poder de barganha nas relações com os consumidores²⁴⁸.

²⁴⁷ MARQUES, op. cit., p. 71.

²⁴⁸ É com base nestas situações que se fala em vulnerabilidade econômica e jurídica dos consumidores. Cláudia Lima Marques define a primeira, chamada por ela de fática ou socioeconômica, como aquela em que “o ponto de concentração é o outro parceiro contratual, o fornecedor que, por sua posição de monopólio, fático ou jurídico, por seu grande poder econômico ou em razão da essencialidade do serviço, impõe sua superioridade a todos que com ele contratam” (Ibid, fl. 333). Por outro lado, a segunda é caracterizada como “a falta de conhecimentos jurídicos específicos, conhecimentos de contabilidade ou de economia” (idem, p. 329.) que irradia “deveres de informação do fornecedor sobre o conteúdo do contrato, em face hoje da complexidade da relação contratual conexa e seus múltiplos vínculos cativos (por exemplo, vários contratos bancários em um formulário, vínculos com várias pessoas jurídicas em um contrato de planos de saúde) e da redação deste contrato, especialmente o massificado e o de adesão” (Ibid, fl. 330).

Conclui-se, portanto, que em regra os negócios de consumo se subsumem a uma mera aceitação de um objeto com características predeterminadas, normalmente de replicação massificada, cujo processo produtivo é obscuro e cujas informações sobre composição e riscos podem não ser tão aparentes, e cuja transferência é normalmente realizada por meio de contratos-padrão com cláusulas preestabelecidas – cujo teor é adaptado aos interesses operacionais e financeiros do fornecedor – e previamente informadas aos prepostos dos fornecedores que, por sua vez, geralmente não possuem poder de negociação²⁴⁹. Operação (criação) e contratação (transferência) são amplamente controladas pelo empresário-fornecedor profissional, restringindo-se a liberdade dos cocontratantes (consumidores) dentro desta estrutura de mercado. Relega-se a estes últimos apenas a possibilidade de aceitar ou não os exatos termos e parâmetros preestabelecidos, tanto os relacionados ao preço e suas cláusulas acessórias quanto os ligados à coisa ou ao serviço transacionado²⁵⁰.

A partir da identificação desse desequilíbrio de forças é que surge o direito do consumidor como forma de tentar reequilibrar a relação. Dentro do objetivo geral da tutela jurídica dos contratos – reduzir o potencial oportunismo das partes no momento do estabelecimento e cumprimento das prestações livre e reciprocamente pactuadas – impõe-se ao fornecedor profissional um conjunto de deveres, obrigações, proibições, ônus e responsabilidades mais amplo do que o previsto para qualquer das partes em relações tipicamente paritárias, como forma de proteger o agente tido como vulnerável e que, a prevalecer a liberdade absoluta nas suas relações com os profissionais de mercado, certamente também teria dificuldades em se ver adequadamente protegido contra possíveis abusos da parte mais forte já durante o processo de negociação²⁵¹.

²⁴⁹ MIRAGEM, op. cit. p. 41.

²⁵⁰ “[...] observam-se três reflexos hoje cristalinos: 1º) a descentralização da produção jurídica pela liberdade de contratar entregou aos fortes o poder de dominar os fracos (economicamente, circunstancialmente) – Max Weber; 2º) a massificação das relações contratuais eliminou a possibilidade de sua constituição pelo contrato clássico, tornando-o impotente “para fazer face às exigências de uma sociedade que não se esteia mais no indivíduo isolado” – Meucci; 3º) a organização da economia em grandes empresas e concentrações econômicas lhes assegurou um poder tão forte que “o ato de seu exercício se realiza pelas formas de coerção e autoridade próprias das atividades públicas” – Lisserre. Com efeito, o resultado negativo do exercício da liberdade contratual foi condensado magnificamente numa frase de Lacordaire que se tornou famosa: “Entre o fraco e o forte é a liberdade que escraviza e a lei que liberta”. A experiência demonstrou, muitas vezes cruelmente, o acerto desse pensamento” (GOMES, op. cit. p. 35)

²⁵¹ É por tal razão, inclusive, que se diz que o nome do código reflete o interesse de proteção “do consumidor” (pessoa), e não “do consumo” (operação).

Dentro deste contexto, o empresário que cria, registra e se utiliza de uma marca de produto ou serviço não só demonstra inequivocamente o seu intuito de atuar profissionalmente no mercado e se distinguir de outros competidores, como também afeta decisivamente o conteúdo dos negócios a serem posteriormente vinculados a este símbolo que, dentre outras características, depende da padronização para produzir seus melhores efeitos e permite a obtenção de maiores margens de lucro. E, ao se presumir esse profissionalismo do empresário titular da marca, tem-se um grande passo no sentido de se o caracterizar como fornecedor se considerada a essência da proteção consumerista.

Da mesma forma, há de se considerar que a utilização deliberada da marca como símbolo centralizador e criador de qualidades é em grande parte justificada e estimulada pela limitação informacional dos destinatários finais, sendo gatilho mental utilizado propositalmente com o objetivo de obter lucro às custas da captação do excedente do consumidor. Conclui-se, portanto, que ao aproveitar-se de sua racionalidade limitada e da assimetria de informações inerente à relação, o titular da marca potencializa a vulnerabilidade da contraparte, permitindo também a sua caracterização como consumidor nos termos da legislação e, conseqüentemente, atraindo em tese a proteção correlata trazida pelo CDC.

No entanto, nem sempre essas conclusões serão suficientes.

3. Marca e a proteção do período pré-contratual

Não obstante o reconhecimento destas características e do potencial enquadramento do titular da marca como fornecedor *lato sensu*, a modificação das estruturas empresariais demonstrada no segundo capítulo torna obscuros os limites subjetivos da tutela protetiva estabelecida pelo CDC. Para além da inexistência de previsão legal específica que atribua ao titular da marca a qualidade de fornecedor *stricto sensu* para fins legais, nem sempre o conceito-padrão de fornecedor consolidado no artigo 3º da lei será suficiente para definir *ex ante* o alcance da proteção legal. Especialmente dentro das redes e complexos empresário-contratuais contemporâneos, essa caracterização fica ainda mais difícil em razão do descolamento entre a relação jurídica final estabelecida com o consumidor na ponta da cadeia e os diversos outros agentes que, em momento anterior, a viabilizam.

Vejamos alguns exemplos que auxiliam na visualização do problema. A quem são imputáveis os deveres de informação acerca da segurança e dos riscos na utilização do produto ou na fruição dos serviços: ao agente coordenador responsável pela concepção e oferta ou ao agente situado na ponta da cadeia e responsável pelo contato direto com o consumidor? Quem responde por eventual ocorrência de publicidade enganosa ou abusiva, o agente que a realiza, aquele em benefício do qual é realizada, ou ambos? Qual dos agentes pode ser responsabilizado por vícios nos produtos e serviços, pelo inadimplemento da prestação prometida ao consumidor e pelas indenizações por perdas e danos correlatas, ou ainda pela violação positiva do contrato decorrente da inobservância a deveres anexos?

Perceba-se que, no que se refere às obrigações legais imputáveis aos titulares das marcas utilizadas como face comercial desses complexos empresário-contratuais, é difícil considerá-los como fornecedores submetidos às normas do CDC se não há sequer relação contratual direta entre estes e o consumidor e se este ato específico a eles imputável – utilizar-se de suas marcas para promover produtos e serviços – não vem previsto dentro das atividades indicadas no conceito legal trazido pelo artigo 3º? Existe, de qualquer maneira, uma ruptura do nexo de causalidade tradicional capaz de atrair a proteção legal direta, ainda que seja possível perceber que esse agente participa decisivamente do estabelecimento da relação de equivalência a ser observada no contrato final e obtém benefícios financeiros específicos diretos ou indiretos por esta intervenção deliberada.

Essa mesma dificuldade se estende à definição do alcance da vinculatividade das prestações estabelecidas dentro dos contratos de consumo. Considerando-se que os negócios em benefício do grupo são regularmente realizados pelos agentes situados na ponta das cadeias, seria possível estender ao agente coordenador da rede empresarial as obrigações estabelecidas no contrato ou, no mínimo, a responsabilidade civil pelo descumprimento das promessas feitas? Eventual multa contratual por inadimplemento é oponível ao agente coordenador, ainda que formalmente este não faça parte do contrato? Em suma, quais os limites subjetivos das obrigações legais e contratuais incidentes sobre um negócio de consumo viabilizado por uma rede ou um complexo empresário-contratual?

Entende-se, contudo, que ainda assim é possível estender ao titular das marcas as obrigações estabelecidas para a proteção dos consumidores dos bens a elas ligados a partir da aplicação conjunta de duas principais normas já reconhecidas pela jurisprudência como capazes de conformar indiretamente esse desequilíbrio econômico negocial e pós-contratual causado pela utilização das marcas como fonte pré-contratual de persuasão e pela

impossibilidade de se caracterizar como fornecedor *stricto sensu* os agentes que delas se utilizam. Trata-se, à evidência, de uma extensão de obrigações baseada na utilização do princípio geral da boa-fé objetiva e, de forma mais específica, do princípio da confiança dele derivado e inerente à tutela dos contratos de consumo²⁵².

3.1. O artigo 34 do CDC e a teoria da aparência

Em um primeiro momento é possível falar na aplicabilidade da teoria da aparência, cuja utilização como forma de criação de obrigações e responsabilidades não é nova.

Para Vitor Frederico Kümpel, a aparência seria uma nova realidade jurídica capaz de atribuir direitos a terceiros de boa-fé que, ao crer na legitimidade de determinados agentes para praticar atos jurídicos, agem como se aqueles fossem efetivos titulares de uma determinada posição jurídica, na expectativa da regular produção dos efeitos jurídicos que desses atos deveriam exsurgir²⁵³. A teoria da aparência serviria, então, para admitir a produção destes efeitos legitimamente esperados com base no princípio da boa-fé objetiva²⁵⁴.

²⁵² “Também tem forte presença nas relações de consumo – estando fortemente ligada à presunção de vulnerabilidade do consumidor – a boa-fé como proteção da confiança legítima, isto é, objetivada. [...] Considera-se que a posição de supremacia (econômica, técnica e informativa) do fornecedor é correlato o ‘investimento de confiança’ por parte do consumidor acerca das qualidades do produto ou do serviço e das informações que lhes estão sendo prestadas. [...] Em suma: em razão da própria racionalidade do Direito do Consumidor, nessa seara a intensidade jurisdicção da boa-fé será conformada conjuntamente ao postulado fático-normativo da vulnerabilidade do consumidor, impondo deveres ao fornecedor que crescem (ou ‘otimizam’) os deveres de fonte legal de ‘equilíbrio’ e de ‘transparência’.” (MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. 2.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.. p. 328.)

²⁵³ Ao tratar das bases para a criação da teoria da aparência, o autor indica que “[...] a aparência ganhou sentido e respeito por parte do legislador, na medida em que gerou uma legitimação formal por parte do terceiro que, obrando em absoluta boa-fé, realizou negócio jurídico em face da publicidade que permeava o negócio, muito embora o negócio tenha sido realizado em desacordo com a realidade jurídica, por ausência de fato gerador a implicar causalidade na relação jurídica. Porém, sem sombra de dúvida, ocorreu um erro na percepção da realidade entre o que é e o que parece ser.” (KÜMPEL, Vitor Frederico. **A teoria da aparência no Novo Código Civil brasileiro**: Lei 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Tese (Doutorado em Direito), Departamento de Direito Civil da Universidade de São Paulo. 2004. p. 36).

²⁵⁴ “Pode-se dizer que a aparência é a proteção, pelo sistema jurídico (princípios e regras), garantindo existência, validade e eficácia a determinadas relações jurídicas, por haver uma exteriorização (publicidade) divorciada da realidade, a qual faz crer a todos na realidade do negócio jurídico, pela incidência da boa-fé objetiva e, principalmente, ao terceiro legitimado (boa-fé subjetiva), gerando regulares efeitos econômicos diretos e indiretos, muito embora a situação protegida esteja estribada numa situação insubsistente”. (KÜMPEL, Vitor Frederico. *op. cit.* p. 52)

Especificamente no que se refere ao direito dos contratos, o mesmo autor indica que a teoria da aparência permitiria a criação de efeitos distintos dos formalmente indicados pelas partes em suas declarações de vontade, mas que “*se amoldam ao significado objetivo da conduta declarada, considerando todas as circunstâncias aparentes que envolveram o contrato*”²⁵⁵. Tal providência seria especialmente necessária quando a vontade de uma das partes envolvidas “*possa ser frustrada ou desvirtuada, por não valer o sentido que ele atribui (e atribui justificadamente por corresponder ao sentido objetivo) à declaração da outra parte, em que ele se baseou a sua própria*”²⁵⁶.

Em suma, a aplicabilidade da teoria da aparência na seara contratual – e, mais especificamente, nos contratos submetidos à tutela do Código Civil de 2002 – seria justificada em razão de seu poder de “*transformar a percepção errônea da realidade jurídica, em situação real, pelo fato de passar valores mais importantes para o sistema jurídico do que a própria realidade objetiva*”²⁵⁷. Se as declarações contratuais são consideradas expressão da intenção das partes de modificar sua situação jurídica patrimonial e, com isso, são capazes de criar direitos e obrigações que as vinculam, as aparências legitimamente criadas, percebidas e levadas em consideração no momento da contratação também o são, já que afetam decisivamente as manifestações de vontade em questão. Há neste posicionamento um claro intuito de se preservar os efeitos jurídicos delas legitimamente esperados e, com isso, estimular a manutenção de um sistema jurídico-obrigacional que visa promover a justiça na criação e circulação das riquezas existentes como forma de combater a escassez de recursos, propiciar o acesso a bens e serviços e, em última instância, estimular o desenvolvimento pessoal, econômico e social de todos os indivíduos nele inseridos²⁵⁸.

A partir do raciocínio supracitado seria possível dizer, portanto, que em certas situações negociais a aparência legítima poderia ser equiparada à declaração no que tange à criação de direitos e obrigações para as partes. Seria capaz de agregar ao negócio

²⁵⁵ KÜMPEL, op. cit. p. 236

²⁵⁶ Ibid. p. 237.

²⁵⁷ Ibid. p. 346.

²⁵⁸ “*Adotou-se a aparência como um princípio geral de direito, sendo que, com tal natureza jurídica, passa a irradiar todo o sistema jurídico e, o caso em questão, o Código Civil. Entre as situações que implicam relevância jurídica através da aparência, encontram-se: proteger o terceiro de boa-fé, estabelecer circulabilidade de bens e riqueza; garantir a segurança jurídica, criar confiança legítima entre as partes no negócio jurídico; evitar enriquecimento sem causa; evitar retroação de negócios jurídicos perfeitos; proteger atos aparentes; tornar o direito um instrumento social.*” (Ibid. p. 348)

pressuposições essenciais que, por sua vez, não poderiam ser desconsideradas no momento de sua interpretação, integração ou aplicação, o que aproxima o raciocínio em questão da proposta de Karl Larenz em sua teoria das bases essenciais do negócio²⁵⁹. No entanto, se por um lado a teoria das bases do negócio propunha a modificação ou a rescisão dos acordos em razão dessa alteração das circunstâncias no tempo e da potencial ineficácia dos termos contratualmente estabelecidos para o acordo originário, a teoria da aparência nos termos propostos propõe a simples adequação das consequências jurídicas cabíveis – sejam legais ou contratuais – às pressuposições legítimas de fato e direito que o basearam.

Por não se tratar do objeto da tese em questão, o referido autor não aborda o fato de que o microsistema consumerista também estabelece normas gerais voltadas à conformação do sistema de trocas viabilizado por meio de contratos. Entende-se, contudo, que sua aplicação é plenamente cabível e ainda mais necessária dentro do ambiente tutelado pelo CDC, especialmente quando este reconhece a manifesta influência do *marketing* e das aparências promovidas no momento pré-contratual sobre o processo de consumo.

No exercício de suas atividades profissionais e dentro de um processo pós-produção²⁶⁰, os fornecedores assumem a responsabilidade de buscar consumidores para seus negócios, utilizando-se para tanto de práticas comerciais que visam apresentar os bens disponíveis, a capacidade de satisfação das necessidades de seus potenciais destinatários e, em geral, um ou mais termos preestabelecidos para as transações. No entanto, este processo de aproximação pode se tornar patológico, trazendo riscos para o consumidor.

Um dos exemplos de patologia nessa espécie de relações é a potencial desvinculação jurídica entre a pessoa (e o patrimônio) do ofertante e o conteúdo contratual. Ainda que todo contrato envolva a existência de um necessário acordo de vontades para a transmissão de um produto ou serviço ao consumidor e esta decisão estabeleça vínculo jurídico obrigacional entre as partes, é possível que em alguns contratos de consumo o desejo de adquirir determinado bem seja viabilizado por um acordo a ser realizado com agentes que não os efetivos responsáveis pela sua produção e disponibilização em mercado.

²⁵⁹ Cf. primeiro tópico deste quarto capítulo.

²⁶⁰ “*Os procedimentos comerciais apresentam-se, portanto, como um momento pós-produção. Isso porque existem em nossa economia dois processos básicos. Um é a produção – com a criação de produtos e serviços. Outro é a comercialização – o conjunto de atividades através das quais os produtos fluem do produtor para o consumidor final.*” (GRINOVER, op. cit. p. 259)

Em outras palavras, nem sempre o produtor de um bem de consumo é o efetivo responsável por sua comercialização. Cita-se, por exemplo, a utilização dos representantes comerciais autônomos como forma de captar negócios e ampliar a clientela de uma determinada empresa. Os contratos de consumo são firmados entre estes e os consumidores, estando o empresário coordenador da rede desvinculado de qualquer obrigação direta, seja legal ou contratual. Seu único vínculo jurídico obrigacional direto será com seus coordenados, enquanto estes é que estarão vinculados aos consumidores finais. Há, nestas hipóteses, uma potencial ruptura do nexos obrigacional-contratual a ser firmado com o consumidor e, conseqüentemente, do nexos obrigacional-legal correlato estabelecido pelo microsistema consumerista para a proteção de sua vulnerabilidade.

Esta patologia em potencial dos contratos de consumo despersonalizados é tutelada, contudo, por meio do artigo 34 do CDC. Inserida dentro das regras que tratam das práticas comerciais e, mais especificamente, dentro da tutela dos atos de oferta, a norma em questão estabelece que “*o fornecedor do produto ou serviço é solidariamente responsável pelos atos de seus prepostos ou representantes autônomos*”. Interessante citar a justificativa de tal norma dada por Bruno Miragem²⁶¹:

É necessário observar, entretanto, que a cadeia de fornecimento, como fenômeno próprio das relações no mercado de consumo, organiza-se por intermédio de relações contratuais muito mais complexas do que a relação entre empregador e empregado ou aquelas de representação convencional (representação comercial, mandato, e.g.). A regra, em verdade, é a do estabelecimento de relações altamente complexas entre os diversos membros da cadeia de fornecimento, envolvendo desde contratos de representação comercial (já conhecidos de nossa prática comercial há bastante tempo), até complexos sistemas de remuneração por venda, parcerias comerciais, e uma série de outros ajustes que não mais se amoldam à simples extensão de responsabilidade em razão de uma relação jurídica formal pré-constituída, como é o caso da relação de emprego ou a existência de qualquer espécie de mandato mercantil. Este universo de contratos, muitas vezes conexos, que em geral não são do conhecimento do consumidor – para quem só se apresenta o último membro da cadeia, o fornecedor direto – é parte de um fenômeno que Cláudia Lima Marques reconhece como sendo de desmaterialização do fornecedor, que só deverá aparecer para o consumidor na forma de uma marca, através do organizador da cadeia, ou ainda sem uma definição exata, a partir de condutas sociais típicas (o administrador do shopping center) ou de práticas comerciais (o operador de telemarketing ou que realiza o marketing direto, a empresa de logística que cuida do transporte e da entrega do produto).

²⁶¹ MIRAGEM, op. cit., p. 247.

Reconhece-se por meio desta norma que o empresário-fornecedor padrão responsável pela oferta de produtos e serviços não age necessariamente sozinho no exercício de sua atividade. Admite-se que sua desmaterialização e virtualização são capazes de criar nos consumidores expectativas legítimas que devem ser consideradas; e, de forma ainda mais específica, identifica-se que mesmo em se verificando a realização de atos e contratos por meio de agentes internos (prepostos) ou externos à sua estrutura empresarial (representantes autônomos) é a atividade do empresário que os coordena que está sendo realizada.

Conclui-se, portanto, que se os prepostos e representantes autônomos são, na realidade, o corpo e a voz do fornecedor principal no mercado²⁶², desvinculá-lo dos atos e promessas realizados pelos agentes responsáveis pelo exercício efetivo de sua atividade empresária – leia-se, dos atos de produção ou comercialização então delegados – tornaria completamente ineficaz a proteção consumerista. Sua aparência se torna base essencial dos negócios de consumo, passando a ser alvo e fonte da tutela jurídica a eles correlata²⁶³.

Mutatis mutandis, estas mesmas condições e justificativas utilizadas na tutela dos contratos firmados por representantes autônomos podem ser transpostas para conformar aqueles firmados dentro das redes empresário-contratuais demonstradas no segundo capítulo desta dissertação uma vez que, a depender da estrutura empresarial utilizada, também serão firmados com agentes distintos daquele que os prometeu, descaracterizando o vínculo obrigacional tradicional. Neste sentido, a aplicação da teoria da aparência consolidada no artigo 34 do CDC é essencial para que também se proteja a confiança deste consumidor persuadido pela marca na aparência de contratação proposta pelo fornecedor principal, coordenador de todo o processo²⁶⁴. Com base nesta teoria, ultrapassa-se a proteção da simples vontade declarada do emitente – no caso, o agente coordenado – e a suposta ausência de vinculação do real responsável pelo produto ou serviço comercializado para, de forma mais ampla, proteger a declaração de vontade percebida pelo destinatário (consumidor).

²⁶² GRINOVER, Ada Pellegrini *et. al.* op. cit.. p. 299.

²⁶³ DANIS-FATÔME, Anne. *Apparence et contrat*. Paris: LGCJ, 2004 *apud* MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. p. 185. De acordo com Cláudia Lima Marques, os estudos de Anne Danis-Fatôme “*levantam a dúvida sobre se não seria o visual, o aparente, o informado, o declarado e o presente na publicidade a base para o vínculo contratual na pós-modernidade atual*”.

²⁶⁴ Neste ponto é importante ressaltar que, segundo Cláudia Lima Marques, “[...] *a ideia de erro, como falsa visão da realidade, que leva uma pessoa a contratar em situações em que normalmente – se tivesse a verdadeira visão da realidade – não contrataria, será uma das novas fontes do direito do consumidor*” (Ibid. p. 281).

Em outras palavras: em sendo condição decisiva – ou, no mínimo, influente – para a contratação final, o artigo 34 do CDC faz com que as aparências promovidas pelos empresários envolvidos sejam devidamente tuteladas dentro desse microsistema que visa proteger o consumidor vulnerável contra as assimetrias de informação e de poder diretivo entre as partes, criando direitos capazes de garantir o cumprimento das expectativas legítimas propositalmente criadas pelo fornecedor²⁶⁵. Neste sentido, o vínculo subjetivo obrigacional-contratual deixa de depender apenas da manifestação de vontade formal e direta do agente coordenado para se originar também na aparência legítima de contratação viabilizada pelo agente coordenador, que cede sua imagem a terceiros como forma de fomentar contratos. Com isso, protege-se não apenas a eficácia esperada para o contrato proposto, mas também resta viabilizada a aplicação das normas consumeristas a essa relação global – e a todos os agentes nela envolvidos, inclusive o preponente – como forma de proteger a vulnerabilidade do consumidor nos momentos pré-contratual, na execução do contrato ou no seu inadimplemento e, eventualmente, no momento pós-contratual.

As marcas se tornam, por sua vez, o símbolo-mor dessa aparência a ser tutelada. Sua utilização autorizada por terceiros que não o efetivo titular permite a constatação inequívoca não apenas da obrigatória vinculação deste último aos negócios firmados por seus coordenados, mas também da legitimidade da confiança conferida pelo consumidor a esta informação e protegida pela legislação. A utilização deliberada do símbolo marcário como elemento de persuasão cria, na realidade, uma pressuposição implícita de que o empresário por ela responsável estará vinculado ao negócio então firmado, o que não apenas permite aos consumidores demanda-lo no período pós-contratual em caso de eventual ineficácia decorrente de falha na atividade (inadimplemento, vícios), mas também estende a este empresário coordenador do processo toda a gama de deveres, obrigações, ônus e responsabilidades pré e pós-contratuais estabelecidas em benefício do consumidor final potencialmente atingido por sua atividade.

²⁶⁵ “Normalmente utilizamos, no Brasil, a teoria da aparência e a da boa-fé para afirmar que as relações sociais (juridicamente protegidas) baseiam-se na confiança legítima e merecem a especial proteção do direito. Se isto continua certo, no mundo virtual e visual dos nossos atuais contratos de consumo a própria aparência já é importante, o contrato e a prestação desmaterializaram-se. Fluido e passageiro é o serviço, é a “informação”; complexo e plural é o contexto contratual de consumo, rápido e especializado. Daí a importância de se acrescentar, aos já conhecidos princípios contratuais, um paradigma qualificado, valorizando a confiança como eixo central das condutas e como fonte jurídica e dela retirando responsabilidades específicas.” (MARQUES, op. cit. pp. 196-197).

Este foi o raciocínio básico utilizado pelo ministro Luís Felipe Salomão nos julgamentos do ‘caso Fiat’ exposto no terceiro capítulo desta dissertação, nos quais se entendeu pela responsabilização da montadora pelo descumprimento contratual realizado por suas concessionárias autorizadas. Cita-se novamente um trecho de seu voto vencido no julgamento do REsp 566.735/PR, posteriormente revisitado no julgamento do REsp 1.309.981/SP em que a mesma tese foi enfim vencedora, que assim dispunha:

A questão, portanto, é saber se a concessão para a venda de veículos, com a utilização da marca e garantia da montadora, implica sua responsabilidade pelos atos praticados pela concessionária, sobretudo aqueles relacionados diretamente com a venda de automóveis. Nesse passo, a posição jurídica da fornecedora de veículos automotores para revenda - montadora concedente - enquadra-se perfeitamente no que preceitua o art. 34 do CDC. Pretendeu a mencionada norma que a responsabilidade pelo descumprimento dos deveres de boa-fé, transparência, informação e confiança pudesse recair sobre qualquer dos integrantes da cadeia de fornecimento que dela se beneficiou.

Dentre outros pontos, reconheceu-se no julgamento deste caso específico que, aos olhos do consumidor, existia aparência legítima de uma unidade de atuação entre todos os agentes, não sendo possível opor a este agente vulnerável a desestruturação da firma tradicional e a sua conseqüente separação estrutural e patrimonial. Com isso, entendeu-se que o fornecedor aparente – no caso, a sociedade titular da marca *Fiat* – poderia ser responsabilizado diretamente pelas relações externas realizadas em nome e benefício da rede, ainda que se admita entre os membros da rede empresário-contratual em questão a apuração e divisão interna de responsabilidades em momento posterior.

Da mesma forma, este também foi o raciocínio utilizado no julgamento do ‘caso Sony’ (REsp 1.709.539/MG), no qual o ministro Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin indica que “*por força da teoria da aparência e da teoria da confiança, a Sony Brasil inclui-se no rol de fornecedores e, portanto, na cadeia de solidariedade prevista no artigo 18 do CDC*”. A partir do reconhecimento de que a empresa nacional que se utiliza da marca *Sony* como forma de fomentar suas atividades seria mera representante do complexo, entende-se pela extensão correlata a esta das obrigações legais incidentes sobre a atividade como um todo, incluindo-se a obrigação de prestar assistência técnica em caso de vícios.

Entende-se que é possível estender facilmente este mesmo raciocínio lógico-jurídico às hipóteses de ineficácia dos contratos firmados dentro de redes contratuais *stricto sensu* (planos de saúde, seguros) e dos complexos contratuais que viabilizam a ampliação de clientela (franquias, concessionárias). Em todos os casos supracitados existe uma relação de

preposição bem estabelecida – maior nas franquias e concessões comerciais, em que até o objeto da atuação dos franqueados e concessionárias é predeterminado; menor nos planos de saúde e seguros, nos quais apenas o dever de agir mediante solicitação do consumidor é previamente estabelecido, não havendo controle rígido dos atos praticados pelos agentes coordenados – que permite que a aparência de contratação promovida aos consumidores com base na marca representativa da atividade sejam utilizadas como fonte de vinculação obrigacional subjetiva de seus titulares enquanto fornecedores aparentes.

No entanto, este não é o único argumento cabível para solucionar os problemas postos no início do capítulo. Se nesta primeira hipótese a marca serve apenas como elemento de prova da vinculação contratual prévia entre preponente e preposto e da legitimidade da confiança conferida pelo consumidor à participação do primeiro no negócio, na hipótese subsequente a ser tratada no próximo tópico o símbolo marcário será o fundamento principal da atribuição de efeitos jurídicos alheios ao conteúdo contratual formal, na medida em que baseados diretamente nas consequências econômicas de sua utilização.

3.2. O artigo 30 do CDC e teoria do risco-proveito

O segundo argumento se inicia nos mesmos fundamentos: a tutela das aparências de contratação e a proteção da confiança do consumidor. No entanto, para além de vincular subjetivamente o preponente que se utiliza de sua imagem para promover a atividade de terceiros, entende-se que o microssistema consumerista também abre margem para que o conteúdo objetivo das promessas feitas no período pré-contratual também seja considerado exemplo de expectativas legítimas qualificadas a serem protegidas.

O artigo 30 do CDC estabelece que “*toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado*”. Ou seja, reconhece-se por meio do dispositivo legal em questão que os contratos de consumo já não mais deverão levar em conta apenas as cláusulas contratuais normalmente padronizadas e formalizadas no instrumento

contratual; mas, da mesma forma, serão vinculantes e integrarão o seu conteúdo²⁶⁶ eventuais condições propostas pelo no momento pré-contratual²⁶⁷ e que tenham sido capazes de influenciar o estabelecimento do acordo final e definitivo por parte do consumidor.

A publicidade enquanto prática comercial se torna, assim, parte integrante dos contratos de consumo, sendo “*ato de vontade idôneo a criar vínculos obrigacionais (com ou sem contrato) entre fornecedores e consumidores na sociedade brasileira*”²⁶⁸. Reconhece-se nessas informações prestadas pelo empresário-fornecedor no momento pré-contratual uma expectativa legítima correlata do consumidor, uma aparência de contratação a ser tutelada.

Essa legitimidade decorre tanto do fato de a prestação de informações ter sido livremente manifestada pelo agente profissional responsável pela coordenação de todo o processo, quanto do reconhecimento de uma manifesta influência das mesmas sobre o processo de escolha e comparação inerente à atuação do consumidor no mercado²⁶⁹. Cria, por outro lado, um direito subjetivo correlato ao consumidor atingido por essa oferta como forma

²⁶⁶ Cláudia Lima Marques fala da vinculação da oferta feita, direta ou indiretamente, por meio da publicidade: “[...] aceita a proposta através de publicidade, o conteúdo da publicidade passará a integrar o contrato firmado com o consumidor, como se fosse uma cláusula extra, não escrita, mas cujo cumprimento poderá ser exigido, mesmo de maneira litigiosa, perante o Judiciário. Trata-se do conteúdo publicitário do contrato, que, na figurativa expressão de Pasqualotto, forma o “contrato invisível, cláusula oral, não escrita, ou, se escrita, que não integra o corpo de contrato, promessa de qualidade, de preço, de prestabilidade etc., que passa a ser vinculativa para quem a fizer veicular ou “dela se utilizar” (art. 30, in fine, do CDC). [...] A oferta de consumo pode se referir a apenas uma qualidade do produto ou serviço e já vincula, já integra o contrato que vier a ser celebrado, regulando aquele aspecto se mais favorável ao consumidor, mesmo que a oferta publicitária não seja total, do ponto de vista clássico, quanto à presença de todos os elementos contratuais.” (**Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. pp. 777-779)

²⁶⁷ É o caso, por exemplo, de prazos estendidos de pagamento, descontos, extensões de garantia, entre outras alterações no objeto dos potenciais contratos-padrão que, em regra, são oferecidas individual ou coletivamente como forma de estimular a formação de um vínculo inicial capaz de estimular vendas futuras ou a criação de uma relação.

²⁶⁸ MARQUES, op. cit. p. 839.

²⁶⁹ “O controle da publicidade não é gratuito ou acadêmico, mas tem fundamentos econômicos, jurídicos e éticos. Num plano mais elevado, já explicamos anteriormente, a publicidade é parte de um amplo universo de fenômenos de mercado que são regrados porque afetam sujeitos vulneráveis e, por sua própria natureza, apresentam-se como manifestações que tendem à insubordinação contra os parâmetros da confiança, da transparência e da boa-fé objetiva, exigências da vida civilizada. Mais especificamente, na raiz da força obrigatória da mensagem publicitária está o reconhecimento pelo Direito do poder de influência desse instrumento promocional nas decisões dos consumidores: a publicidade cria expectativas – legítimas – que precisam ser protegidas. Negar estas expectativas é fazer do princípio da confiança letra morta e, a partir daí, desacreditar o próprio mercado. O princípio da vinculação publicitária, portanto, é uma reação direta ao potencial persuasivo das técnicas de marketing, que transformam e ampliam, profundamente, a feição da oferta e do consentimento clássicos.” (GRINOVER, op. cit. p. 278)

de garantir o seu cumprimento²⁷⁰, protegendo a confiança nele gerada e evitando o oportunismo do empresário-fornecedor.

Em outras palavras, assim como na hipótese de responsabilização dos preponentes por atos de seus prepostos, privilegiam-se as percepções legítimas do consumidor em detrimento das meras declarações contratuais das partes. Para tanto, tradicionalmente a parte inicial do artigo 30 do CDC é interpretada no sentido da ampliação do objeto dos contratos de consumo para que representem a realidade das promessas feitas para captar o consumidor, e não simplesmente as palavras unilateralmente estabelecidas pelo fornecedor na sua conclusão. Neste sentido, Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin assim justifica as razões e consequências jurídico-econômicas da regra em questão²⁷¹:

O consumidor é sempre e inexoravelmente um mero espectador passivo do anúncio. Não tem qualquer poder sobre ele; sua interferência no processo publicitário é nula, a não ser como destinatário da mensagem, perante a qual é sujeito impotente. A publicidade é algo que o consumidor vê, ouve, sente; nada mais! Em verdade, tudo se passa, fundamentalmente, entre o anunciante – o maior beneficiário do anúncio e seu causador inicial –, a agência e o veículo. Às vezes, outros participantes periféricos do processo publicitário são acrescentados, como no caso dos anúncios testemunhais.

Ora, diante de tal situação, que em última análise caracteriza e reflete uma equação de poder (e de riscos), é mais que compreensível – é mesmo exigência de justiça social – que o anunciante (pelo menos ele) seja responsabilizado por aquilo que diz ou deixa de dizer. A publicidade é “necessária na economia de mercado” mas ninguém nega que, infelizmente, “aparece muitas vezes como nociva ao público”.

Ademais, na medida em que a publicidade influencia – quando não determina – o comportamento contratual do consumidor, nada mais razoável que passe o Direito a lhe dar consequências proporcionais à sua importância fática (econômica e cultural, mais que tudo). Ao certo, “a publicidade é o principal meio de informação pré-contratual, não tanto pelo ponto de vista da qualidade da informação, mas pelo número de pessoas a quem chega”. Trazendo os anúncios, comumente, elementos de informação sobre qualidade, quantidade, preço e características do produto ou

²⁷⁰ Tal espécie de integração contratual baseada no princípio da boa-fé objetiva e na aplicação concreta do dever anexo de informação a ele correlato já é consolidada em nosso ordenamento. A jurisprudência já é firme em estabelecer que, para além de serem obrigatoriamente redigidas em língua portuguesa, as informações essenciais nos contratos de consumo – ligadas a qualidade, garantias, riscos, carências, exclusões de responsabilidade, existência de assistência técnica, etc. – deverão ser corretas, claras, precisas e ostensivas (MARQUES, op. cit. pp. 228-230). Esse dever não se limita, contudo, à fase pré-contratual e de oferta. Estende-se também ao prazo de sua execução – por exemplo, no dever de esclarecimento de metodologias de cálculo para atualização de valores em contratos de trato sucessivo – ou até mesmo à sua fase pós-contratual, vide o dever de realização de *recall* previsto pelo §1º do artigo 10 do CDC que prevê que “o fornecedor de produtos e serviços que, posteriormente à sua introdução no mercado de consumo, tiver conhecimento da periculosidade que apresentem, deverá comunicar o fato imediatamente às autoridades competentes e aos consumidores, mediante anúncios publicitários”.

²⁷¹ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos e. Das práticas comerciais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. op. cit.. p. 278.

serviço (ou da empresa), claro está um certo e lógico conteúdo de “garantia” na atividade publicitária.

Esses os fundamentos econômico-jurídicos em função dos quais, no plano civil, a publicidade, lícita ou ilícita, sempre traz (ou deve trazer) consequências. Se conforme com a lei, o anúncio cria direitos e obrigações orientados ao seu cumprimento (princípio da vinculação contratual da mensagem publicitária). [...]

Ao decidir o conflito potencial entre os que, de maneira massificada, oferecem (= os fornecedores) produtos e serviços e os seus simples destinatários (= os consumidores), o Direito moderno subverte o sistema tradicional, apegado à irrealista e injustificável visão da publicidade como *invitatio ad offerendum*. Agora o ordenamento, embora preservando as facilidades e benefícios econômico-operacionais que a publicidade traz para os empresários, impõe-lhes o dever de cumprir o prometido, além de reparar eventuais danos causados pelas suas atividades publicitárias.

Por outro lado, analisando-se a mesma questão sob outro prisma econômico, é necessário reconhecer também que em um processo minimamente racional, são as informações obtidas no momento pré-contratual que definem os parâmetros para a apuração: (i) da capacidade de satisfação das necessidades do ato ou do bem de consumo a ser adquirido; (ii) do valor da contraprestação que o consumidor estará disposto a pagar por este bem de consumo, considerando-se um panorama de escassez de recursos e os custos de oportunidade inerentes a esta escolha. Esses mesmos fatos permitem concluir, por outro lado, que a publicidade e as informações transmitidas no momento pré-contratual poderão ser consideradas ‘pressuposições essenciais’ levadas em consideração pelo consumidor no momento de apuração interna de uma relação de equivalência aceitável.

Considerando-se esse escopo de proteção tradicionalmente proposto para o artigo 30 do CDC, entende-se pela possibilidade de se incluir as mensagens transmitidas pela marca dentre as informações relevantes por ele tuteladas. Se os anúncios publicitários e outros atos de oferta são considerados veículos de transmissão abstrata e genérica dessas promessas pré-contratuais, é a marca que absorve estas informações e as transmite aos consumidores no momento de suas decisões concretas de consumo. E, em assim sendo, as características e qualidades objetivamente agregadas por este símbolo ao bem de consumo – incluindo essas condições estabelecidas durante processo de oferta – seriam capazes de ampliar o objeto contratual a ser transacionado.

Surge, contudo, um problema: quem realiza essas promessas no período pré-contratual não necessariamente é o agente responsável por firmar os contratos finais com os consumidores prospectados; ou, ainda, pelo cumprimento das prestações contratualmente estabelecidas. Em geral, das três funções inerentes ao processo empresarial submetido às

normas do CDC – prometer, contratar e cumprir – duas são concentradas em um dos agentes e a remanescente fica a cargo do outro.

Nas redes de franquias e concessionárias, por exemplo, as informações gerais sobre os bens comercializados são usualmente repassadas ao mercado pelos franqueadores ou por agentes sob sua supervisão direta, enquanto aos franqueados cabe estabelecer a relação final de troca com os consumidores. O mesmo raciocínio serve para as grandes indústrias, que centralizam os atos de criação e publicidade e terceirizam a produção e distribuição de seus produtos. Ou seja, nestes complexos empresário-contratuais um dos agentes promete, enquanto os outros contratam e cumprem as promessas realizadas.

De forma similar, este raciocínio pode ser transposto para as redes contratuais que envolvem os planos de saúde, seguros, negócios ligados à economia do compartilhamento e as plataformas de *marketplace*. Em todos estes complexos empresário-contratuais é possível identificar a figura do agente centralizador, responsável pelos atos de oferta e publicidade (prometer). Por outro lado, verifica-se também a existência de diversos prestadores de serviços autônomos que serão responsáveis pela execução das promessas (cumprir). A diferença em relação aos complexos anteriores está na efetivação do ato de contratar, que neste caso será exercido pelo próprio agente coordenador.

Há, nestas hipóteses, uma potencial quebra do nexo de causalidade necessário à imputação de obrigações à luz da teoria tradicional. Por outro lado, entende-se que ainda assim seria possível identificar a existência de um vínculo direto entre a conduta do fornecedor-promitente e as pressuposições legitimamente estabelecidas para os futuros negócios a ela vinculados, especialmente em se considerando que as informações transmitidas por meio do símbolo marcário no período pré-contratual seriam vinculantes. Com isso, seguindo-se a mesma linha de raciocínio utilizada quando da interpretação da primeira parte do artigo 30 do CDC, entende-se que a segunda parte do mesmo dispositivo legal abriria margem para a imputação dessas obrigações então criadas ao seu titular – leia-se, para uma ampliação subjetiva do escopo do contrato enquanto fonte de obrigações – ao estabelecer, em sua parte final, que as informações expostas no processo de oferta vinculam por si só o empresário-fornecedor que as fizer veicular ou delas se utilizar.

Outro ponto relevante a ser observado é que, dentro destes complexos empresário-contratuais, identificam-se claramente benefícios financeiros a todos os envolvidos no processo. Ainda que a contraprestação paga pelo consumidor seja recebida apenas pelo agente situado na ponta da cadeia, também se beneficiará deste negócio o agente que, não obstante

tenha sido excluído formalmente desta última relação, fora vinculado ao processo pré-contratual de persuasão e captação dos consumidores para os negócios disponíveis.

Esta espécie de remuneração indireta fica muito clara nas hipóteses de licenciamento direto ou indireto de marcas. O raciocínio é simples: a partir do poder persuasivo a elas inerente, cultivado por seu titular, outro agente empresário consegue firmar diversos contratos de consumo; no entanto, este licenciamento normalmente exigirá o pagamento de uma contraprestação. Dentro deste complexo, ambos obtêm benefícios: o primeiro recebe valores diretamente dos consumidores, possivelmente inflados pelo maior número de contratos firmados ou pelo maior valor agregado atribuído aos produtos; enquanto o segundo obtém bônus financeiros indiretos decorrentes da cessão onerosa do símbolo representativo de sua credibilidade preestabelecida no mercado.

É inviável, por todo o exposto, considerar o titular da marca como mero espectador deste acordo de vontades. Não só influencia decisivamente a decisão final de consumo como também obtém benefícios financeiros por esta intervenção deliberada. Afigura-se também aplicável, neste ponto, a teoria do risco-proveito inerente ao microsistema de proteção do consumidor, assim descrita por Bruno Miragem²⁷²:

No direito do consumidor, seja pela posição negocial ocupada pelo fornecedor – responsável pela reparação dos danos causados – ou mesmo pelo aspecto econômico que envolve a relação de consumo no mercado de consumo, o fundamento essencial do regime de responsabilidade objetiva do fornecedor é a teoria do risco-proveito. Ou seja, responde pelos riscos de danos causados por atividades que dão causa a tais riscos aqueles que a promovem, obtendo delas vantagem econômica. Trata-se, no caso, da distribuição dos custos que representam os riscos causados pela atividade de fornecimento de produtos e serviços no mercado de consumo. E não se diga que o fornecedor suportará tais custos. Apenas que se elege um critério eficiente de sua redistribuição por toda a cadeia de fornecimento, uma vez que os mesmos serão necessariamente repassados, por intermédio do sistema de preços, a todos os consumidores que terminam por remunerar o fornecedor também em consideração dos custos representados pelas eventuais indenizações que venha a suportar.

Esses foram, inclusive, os argumentos utilizados diretamente em dois dos casos concretos estudados no terceiro capítulo desta dissertação (*Motorauto e Unimed*).

No primeiro deles entendeu-se pela legitimidade passiva da sociedade titular do registro da marca *Motorauto* que, de forma deliberada e consentida, autorizou tacitamente que

²⁷² MIRAGEM, Bruno. op. cit. p. 524.

terceiros integrantes do mesmo grupo empresarial familiar se utilizassem deste símbolo para alavancar sua atividade. A decisão se baseia essencialmente no fato de que, não obstante não seja formalmente parte de nenhum dos contratos inadimplidos, a empresa em questão permitiu a configuração de uma aparência de contratação que gerou aos consumidores prospectados uma confiança legítima de sua participação no negócio²⁷³.

Em outras palavras, no caso *Motorauto* é a aparência de contratação e a confiança correlata gerada nos consumidores é que, ao menos em abstrato, faz com que a titular da marca seja reconhecida como legitimada passiva para responder pelos danos causados pelo inadimplemento dos contratos a partir da aplicação da regra do artigo 30 do CDC. Embora não veicule por conta própria esta informação, não seja considerada preponente ou tenha qualquer vínculo societário ou contratual com a administradora de consórcios, nem firme os contratos finais com os consumidores então captados, permite a utilização deliberada deste símbolo para fomentar a atividade de empresas do mesmo grupo.

Por outro lado, nos casos ligados à marca *Unimed* foram reconhecidas não apenas a relevância da aparência de contratação unificada promovida pelo sistema e representada pela utilização de uma única marca²⁷⁴, mas também a aplicabilidade da teoria do risco-proveito

²⁷³ Neste ponto, é interessante destacar novamente a narrativa dos fatos feita pelo ministro Ruy Rosado de Aguiar: “*Pretende ela ser indenizada pelos prejuízos que sofreu como descumprimento do contrato de consórcio para aquisição de um automóvel que ela acreditava ter firmado com a empresa Motorauto S.A. E enumera as circunstâncias que a levaram a assim pensar: o consórcio denominava-se Motorauto; a sede era no endereço da empresa Motorauto S.A.; o logotipo Motorauto, usado no consórcio, é o da empresa Motorauto S/A; os telefones são os mesmos; a publicidade feita destacava apenas a logomarca Motorauto; os vendedores apresentavam cartões da Motorauto; os veículos dos consorciados eram entregues pela Motorauto S.A; a empresa administradora do consórcio e a Motorauto S.A pertencem a membros de um mesmo núcleo familiar. [...] Assim posta a causa, ela somente poderia ser mesmo dirigida contra a Motorauto S/A, pois é dela que a autora pretende receber a indenização pelo dano sofrido por confiar na situação que a empresa ré permitiu fosse criada em torno do empreendimento, fato relevante não apenas para o interesse individual do reclamante, mas também à sociedade de consumo e à economia popular. A autora quer ver reconhecida a responsabilidade de quem fez a publicidade, nos termos do art. 30 do CODECON, e extrair dali as consequências necessárias. Não afirma ser a ré a administradora do consórcio, apenas lhe atribuiu ter permitido fossem criadas as condições para que os outros confiassem no empreendimento que aparecia como sendo seu, ou pelo menos de sua responsabilidade, explorando a credibilidade e a confiança que obteve no mercado. É como se nos consórcios que hoje são feitos em nome de grandes empresas fabricantes, como por exemplo o consórcio GM, pudesse esta escusar-se de qualquer responsabilidade, atribuindo-a a uma outra pessoa jurídica, desconhecida e sem qualquer idoneidade no mercado. A defesa poderia ser apresentada, mas não é legítima e fere a boa-fé.*”. E, ao final, a tese proposta deixa ainda mais clara a questão ao indicar que “*a empresa que, segundo se alegou na inicial, permite a utilização da sua logomarca, de seu endereço, instalações e telefones, fazendo crer, através da publicidade e da prática comercial, que era a responsável pelo empreendimento comercial, é parte passiva legítima para responder pela ação indenizatória proposta pelo consorciado fundamentada nestes fatos*”.

²⁷⁴ Aplicando indiretamente a teoria da aparência, a ministra Nancy Andrighi indica no voto vencido proferido no julgamento do REsp 1.140/107/PR que “*é grande a possibilidade de confusão do consumidor comum no momento da contratação dos planos de saúde oferecidos pelas cooperativas que compõem o Sistema UNIMED*”

para atribuir aos seus integrantes os ônus correlatos aos bônus advindos da publicidade unificada²⁷⁵. Embora nem sempre seja mencionado o artigo 30 do CDC, a sua essência é utilizada como fundamentação para manter a responsabilização solidária de entes estruturalmente autônomos que se beneficiam mutuamente pela utilização conjunta de um mesmo símbolo representativo da atividade para indicar uma abrangência de atuação mais extensa e, conseqüentemente, angariar consumidores.

Embora não seja o fundamento principal utilizado no julgamento, destaca-se também que no ‘caso Sony’ o ministro Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin indica expressamente a existência de posicionamento consolidado do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, se empresas nacionais se beneficiam de marcas mundialmente conhecidas, deverão também responder por vícios dos produtos que anunciam e comercializam, não sendo razoável destinar ao consumidor as conseqüências negativas de quebra da garantia de qualidade e quantidade. Há, neste ponto, clara indicação da existência de uma correlação entre ônus e bônus da atividade empresária que, em síntese, representam os fundamentos da teoria do risco-proveito inerente ao sistema de proteção do consumidor.

uma vez que “*embora a Unimed Curitiba e a Unimed Cuiabá sejam pessoas jurídicas distintas, para o recorrido era razoável admitir que ambas formavam uma única entidade*”. Completa, então, dizendo que “*a propaganda do Sistema UNIMED, portanto, procura induzir o consumidor à contratação por meio da afirmação de que é uma instituição única, com atuação em âmbito nacional*”, de modo que “*deve ser aplicada à hipótese dos autos a teoria da aparência, que possibilita ao consumidor o ajuizamento de ação em face da recorrente, integrante do Sistema Cooperativo UNIMED*”. O mesmo raciocínio foi utilizado pelo ministro Luís Felipe Salomão no julgamento do REsp 1.377.899/SP, no qual indica que “*a complexa estrutura das cooperativas prestadoras de serviço, se, por um lado, visa ao estímulo e reforço do sistema cooperativo regido pela Lei 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 de forma solidária, uma vez que não se pode exigir do consumidor que conheça as intrincadas relações entre os diversos membros dessa cadeia*” e, portanto, “*a vinculação da marca a uma aparência jurídica que desperta a confiança do consumidor rende ensejo à responsabilização daqueles que a utilizam*”. Por fim, no julgamento do REsp 1.665.698/CE são utilizados os fundamentos destes dois julgamentos anteriores, com destaque para a afirmação no sentido de que “*cada ente é autônomo, mas todos são interligados e se apresentam ao consumidor sob a mesma marca, com abrangência em todo território nacional, o que constitui um fator de atração de novos usuários*”, o que se completa posteriormente com a indicação de que “*é transmitido ao consumidor a imagem de que o Sistema Unimed garante o atendimento à saúde em todo o território nacional, haja vista a integração existente entre as cooperativas de trabalho médico*” e “*logo, deve haver responsabilidade solidária entre as cooperativas de trabalho médico que integram a mesma rede de intercâmbio, ainda que possuam personalidades jurídicas e bases geográficas distintas, sobretudo para aquelas que compuseram a cadeia de fornecimento de serviços que foram mal prestados (teoria da aparência)*”.

²⁷⁵ Com relação à teoria do risco-proveito, no voto vencido proferido no julgamento do REsp 1.140/107/PR a ministra Nancy Andrighi indica expressamente que “*se a publicidade da UNIMED lhe traz lucros, já que a área de abrangência é certamente um dos fatores que levam o consumidor a contratar os serviços das cooperativas que compõem o sistema, é certo que a UNIMED deve também arcar com os prejuízos que porventura advenham dessa propaganda*”.

Conclui-se, portanto, que utilizar-se da marca como símbolo de credibilidade voltado ao fomento da atividade de terceiros pode, por si só, configurar aparência legítima caracterizável como publicidade suficientemente precisa e, portanto, vinculante nos termos do artigo 30 do CDC. Da mesma forma, entende-se que essa responsabilização está em plena consonância com a teoria do risco-proveito que permeia o sistema protetivo estabelecido pelo código consumerista, na medida em que a partir do reconhecimento dos efeitos simbólico-econômicos naturalmente inerentes à utilização da marca se torna presumível a intenção de seu titular de obter benefícios financeiros ou de mercado por meio deste transplante de credibilidade a outros agentes estruturalmente distintos, o que cria para si o ônus de arcar com as obrigações legais e contratuais incidentes sobre o negócio ou, eventualmente, com a responsabilidade por eventual ineficácia desses contratos feitos sob seu nome.

Destaca-se que, diferentemente do argumento apresentado no subtópico anterior, a aparência legítima de contratação a ser tutelada pelo artigo 30 do CDC não necessariamente se verifica por meio de uma relação direta de preposição, podendo ser fomentada com objetivos ligeiramente distintos. Se para o enquadramento no artigo 34 do CDC era indispensável prova da existência de uma atuação comercial em nome e sob ordens do empresário-fornecedor titular da marca, a aplicabilidade do artigo 30 do mesmo diploma legal prescinde dessa constatação, baseando-se apenas na existência de um interesse econômico subjacente a esse transplante de credibilidade operado através da cessão de seu uso e de uma aparência legítima de vinculação ao negócio então firmado, seja como promitente de fatos de terceiros ou como real responsável pelas prestações contratualmente estabelecidas.

É o que acontece claramente, por exemplo, nos ambientes de *marketplace*, nos negócios ligados à economia do compartilhamento e nas redes de seguros (incluindo seguro-saúde). Nestes casos não há que se falar em ordens diretas e explícitas de um agente coordenador responsável por definir o *modus operandi* de seus subordinados que, por sua vez, serão os responsáveis pela contratação com os consumidores finais. Embora ainda se possa falar em aparência unificada consolidada no símbolo marcário ligado à operação global, constata-se uma dissociação clara entre as atividades do agente intermediador e dos efetivos responsáveis pela produção e venda dos produtos e serviços transacionados: o primeiro se utiliza de sua credibilidade preestabelecida no mercado, operacionaliza os pedidos – e eventualmente pratica serviços secundários como transporte – para potencializar o alcance da atividade principal que gera os bens de mercado a serem transacionados, exercida exclusivamente pelos últimos. No entanto, se o titular da marca representativa da operação se

apresenta como fornecedor desses bens produzidos por terceiros e por esta intervenção ainda recebe em troca parte dos benefícios pagos pelos consumidores captados, justifica-se com base no artigo 30 do CDC a equiparação do intermediário ao fornecedor *stricto sensu* para fins de aplicação da legislação correlata e das obrigações a ela inerentes.

4. Marca como face autônoma das redes empresário-contratuais

Por fim, existe também um último fundamento legal previsto dentro do CDC que, embora interligado aos dois anteriores e à aplicabilidade das teorias da aparência e do risco-proveito, se baseia mais nas ideias de prevenção contra o abuso de direito e de manutenção de coerência interna do sistema jurídico de proteção das relações comerciais do que efetivamente na constatação da marca enquanto elemento desestruturante do equilíbrio de mercado, ainda que esta sirva como representação simbólica de sua aplicabilidade plena.

Trata-se da previsão do artigo 28 do CDC e seus parágrafos, que preveem várias hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica do empresário-fornecedor como forma de atingir o patrimônio dos sócios ou de outras empresas conexas como forma de garantir o ressarcimento de eventuais danos causados aos consumidores.

4.1. O artigo 28 do CDC e a desconsideração da personalidade jurídica

Dentre outras hipóteses, o artigo 28 do CDC estabelece a possibilidade geral de desconsideração da personalidade jurídica do empresário-fornecedor em hipóteses de abuso de direito que cause danos aos consumidores. Não obstante a origem da doutrina da desconsideração da personalidade jurídica seja baseada na possibilidade de se atingir o patrimônio dos sócios de determinada pessoa jurídica, antes destacado, para ressarcir eventuais danos causados no exercício de sua atividade, o artigo em questão traz em seus parágrafos alternativas de desconsideração da personalidade jurídica dentro de complexos

empresariais²⁷⁶. Trata, neste ponto, da possibilidade de responsabilização civil sem nexo causal direto entre qualquer conduta de uma sociedade e dano causado ao consumidor, bastando que o ato danoso tenha sido praticado por outra sociedade integrante de um mesmo grupo societário ou, ainda, por sociedade controlada, coligada ou consorciada.

Em outras palavras, os parágrafos segundo, terceiro e quarto do artigo 28 do CDC estabelecem previsão legal expressa para responsabilização civil por atos de terceiros. No entanto, em determinados casos esta responsabilidade será subsidiária (grupos societários e sociedades controladas), em outras será solidária (consórcios) e, por fim, alguns casos demandarão o reconhecimento de culpa específica (coligadas). Para os fins do trabalho em questão, entende-se que se aplica aos casos ora expostos a regra do §3º do artigo 28, que trata sobre as sociedades consorciadas, uma vez que a estruturação empresarial explicitada no segundo capítulo desta dissertação demonstra claro interesse de agir conjuntamente, ainda que por meio de estruturas patrimoniais destacadas e com funções separadas e bem claras, para a consecução de uma finalidade comum: a viabilização de contratos de consumo que trarão benefícios a todos os agentes envolvidos²⁷⁷.

Conforme exposto no segundo capítulo desta dissertação, é inequívoca a existência geral de uma desestruturação empresarial deliberadamente realizada com a finalidade de maximizar os bônus e minimizar – quando não afastar – os ônus correlatos inerentes ao exercício da atividade. Por outro lado, considerando-se os argumentos que vêm sendo utilizados pelas empresas coordenadoras desses complexos empresariais nos processos judiciais analisados no terceiro capítulo, fica também claro que a separação patrimonial das pessoas jurídicas estabelecida *a priori* pela legislação para estimular a assunção de riscos

²⁷⁶ Zelmo Denari critica a posição topográfica atribuída à regra em questão, indicando que seria mais adequado tê-la colocado junto às regras de responsabilidade civil por vício dos produtos uma vez que, ao seu ver, não se trataria nestas hipóteses de desconsideração da pessoa jurídica *stricto sensu*, mas de responsabilização solidária de entes coligados. Ao tratar das regras dos parágrafos 2º, 3º e 4º do artigo 28, indica que “*no plano sistemático, todos eles padecem do vício de pertinência, pois estão sediados nos limites incidentais da Seção V, relativa à desconsideração da personalidade jurídica, quando, em verdade, estariam mais bem situados na Seção III, relativa à responsabilidade por vício do produto ou serviço*” (DENARI, Zelmo. Da qualidade de produtos e serviços, da prevenção e da reparação dos danos. In: GRINOVER, op. cit.. p. 252).

²⁷⁷ A configuração de grupo econômico, de sociedades controladas e de sociedades coligadas demanda a existência de vínculo societário, o que nem sempre ocorre nas redes empresário-contratuais contemporâneas. Por outro lado, o consórcio prescinde desta espécie de vínculo, podendo ser configurado por mero acordo contratual entre os agentes nos termos do artigo 278 da Lei 6.404/76.

pelos agentes de mercado vem sendo desvirtuada para, na realidade, permitir a criação de escudos patrimoniais para o fornecedor principal²⁷⁸.

Neste sentido, é evidente que não se pode admitir a preponderância de formalidades sobre os aspectos materiais do processo de consumo. Consequentemente, admitir-se a imputação de obrigações apenas ao agente responsável pelas operações, ignorando-se a manifesta relevância de eventual terceiro responsável pela persuasão dos consumidores – e, consequentemente, pelo estabelecimento das bases essenciais do negócio – implicaria em validação de notório abuso do direito de sociedade.

Da mesma forma, há de se considerar que a caracterização do empresário – agente profissional coordenador dos fatores de produção – como fornecedor serve exatamente para transformá-lo em um centro de imputação de direitos e deveres nas relações de consumo que intervém, posto que situado em uma posição de poder em relação à sua contraparte. Em assim sendo, admitir-se a imputação destas obrigações apenas a um agente por ele coordenado

²⁷⁸ Basta ver que, em todos os casos narrados no terceiro capítulo, os argumentos de defesa utilizados pelas empresas titulares das marcas em questão são a ausência de vinculação direta à prestação prometida ao consumidor (Unimed) ou a ausência de contratação em nome próprio (Motorauto, Panasonic e Fiat). No caso Panasonic, indica-se no acórdão que, dentre outros pontos, a Panasonic do Brasil alega 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”. No caso Motorauto não se menciona o argumento de defesa da parte, mas indica-se que a ação havia sido extinta no piso por ilegitimidade passiva da ré e que o Tribunal de Justiça de Minas Gerais havia reconhecido que “o contrato consorcial foi firmado com A.F. Administradora de Consórcio Ltda., empresa limitada independente [...] não se confundindo com Motorauto S/A, sociedade anônima distinta, inteiramente, de Consórcio Nacional Motorauto, nome de fantasia da primeira”. Nos casos Fiat, por sua vez, indica-se no voto vencedor do julgamento do REsp 566.735/PR que “os contratos firmados pelos apelantes eram claros, sendo que as partes envolvidas eram tão somente a concessionária Marcopolo e o adquirente, sem qualquer intervenção da concedente Fiat Automóveis S.A”[...]” e, no voto vencedor do REsp 1.309.981/SP, que a titular da marca Fiat havia argumentado que “a criação do consórcio ‘Top Fiat’ (exteriorizado pelo contrato de compra e venda com entrega futura celebrado com a Recorrida) é de total responsabilidade da concessionária Mirafiori, não tendo a Recorrente jamais participado, ou sequer interferido em qualquer contratação”. Nos casos Unimed, é comum a alegação por parte das demandadas no sentido de sua ilegitimidade, seja pelo fato de que “o segurado está vinculado à UNIMED Cuiabá, e que apenas opera os pedidos realizados na sua zona de atuação” (REsp. 1.140.107/PR), ou porque “não obstante houvesse acordo entre as cooperativas para prestação de serviço aos usuários em todo o território nacional, isso não descaracterizaria a individualidade de cada entidade membro, haja vista que são regidas pelos princípios da autonomia e da independência” e “firmado o contrato com a Unimed Belém, somente esta teria responsabilidade pela prestação de serviços ao recorrido, porquanto a força vinculante do pacto somente atinge as partes contratantes” (REsp 1.377.899/SP); ou, ainda, no sentido de que “na seara do Direito Empresarial, no caso de pessoas jurídicas integrantes do mesmo grupo econômico, não há dúvidas de que as ações devem ser direcionadas contra a pessoa jurídica contratada, ainda que possuam a mesma denominação e utilizem a mesma marca” (REsp 1.665.698/CE). Por fim, no caso Sony é indicado que o recurso da empresa brasileira se baseia no fato de que seria “inaplicável a responsabilidade solidária entre os fornecedores com base na teoria da aparência, aduzindo que, in casu, o consumidor tinha ciência de que o produto era importado”, devendo a responsabilidade ser imputada à empresa estrangeira (Sony America Inc.) que, segundo a recorrente, teria sido responsável pela colocação do produto no mercado (REsp 1.709.539/MG).

esvaziaria substancialmente a proteção conferida ao agente vulnerável da relação na medida em que: (i) esse descolamento obrigacional do agente em posição de poder não passa pelo crivo do consumidor, sendo imposto pelo primeiro; e (ii) nem sempre a estrutura patrimonial deste agente colocado na ponta da cadeia de consumo será capaz de garantir o sucesso da operação ou, no mínimo, o ressarcimento dos danos decorrentes de sua ineficácia.

Seria muito mais fácil se, conforme previsto na legislação comunitária europeia voltada à proteção dos consumidores, o titular da marca fosse também expressamente caracterizado como fornecedor para os fins legais. De acordo com a Diretiva 85/374/CEE, vigente no âmbito da União Europeia, é considerado produtor – e, portanto, é responsável pelos vícios dos produtos comercializados – todo agente que *“se apresente como produtor, mediante a aposição de seu nome, marca ou qualquer outro sinal distintivo”*:

Directiva 85/374/CEE do Conselho, de 25 de Julho de 1985, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros em matéria de responsabilidade decorrente dos produtos defeituosos. [...] 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;

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.

O conceito europeu de fornecedor é, portanto, distinto e mais extenso do que o nacional. Enquanto o ordenamento jurídico brasileiro prevê um rol taxativo de diversas atividades materiais que o caracterizem como tal – produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição, comercialização de produtos, prestação de serviços – a diretiva europeia simplifica a questão e reduz a análise a dois pontos: ter fabricado ou se apresentar como fabricante de um bem de consumo.

Embora tal diretiva tenha sido expressamente citada pelos autores do anteprojeto do CDC como uma das inspirações para a sua criação, infelizmente deixou o legislador nacional de abarcar expressamente esta espécie de atuação profissional no mercado. Com isso, deu margem ao surgimento de uma potencial nova vulnerabilidade em prejuízo do consumidor, agora no momento pós-contratual. A depender da possibilidade ou não de se caracterizar o

titular da marca como fornecedor *stricto sensu* ou equiparado, poder-se-á estar afastando do consumidor todo o complexo jurídico de proteção a ele estabelecido, especialmente em situações nas quais os agentes responsáveis pela operacionalização das atividades da rede e pelo contato direto com o consumidor sejam incapazes de cumprir adequadamente com as obrigações e responsabilidades legais e contratuais então postas.

Sua intervenção simbólica no período pré-contratual é claro elemento de empresa capaz de, por si só, autorizar a atribuição a esse agente do risco global da atividade²⁷⁹. Para tanto, a titularidade dos direitos sobre este elemento simbólico faz a ligação entre os elementos relevantes: a aparência de contratação promovida pelo empresário legitimamente absorvida pelo consumidor e, por outro lado, a potencial obtenção de benefícios financeiros diretamente ligados a essa intervenção. É imprescindível, portanto, que se admita o reconhecimento de vínculo obrigacional intrínseco e inafastável entre o consumidor e o empresário titular da marca dos produtos e serviços transacionados, ainda que este não se enquadre especificamente no conceito de fornecedor *stricto sensu* estabelecido pelo artigo 3º do CDC, não seja responsável por firmar diretamente o contrato de consumo a ser submetido à proteção legal ou não se obrigue especificamente à prestação contratual. Isto porque, embora desmaterializado o fornecedor físico e real para dar lugar aos símbolos enquanto elementos representativos de origem e qualidades, é necessário repersonalizar esse mesmo fornecedor abstrato enquanto sujeito de direitos juridicamente relevante para fins de atribuição de deveres e obrigações²⁸⁰.

²⁷⁹ “*Importa ainda destacar que, no terreno do marketing, as relações entre fornecedores operam, comumente, em sistema de “rede” (network), em que o impulso ou energia de um acaba por beneficiar o outro, e vice-versa. Assim, por exemplo, entre fabricantes de marca e seus distribuidores, mesmo que não autorizados. Mais patente ainda é o feixe de relações existentes entre o titular da marca e suas cadeias de varejistas contratualmente estruturadas. Aqui, não há qualquer dúvida no que se refere à responsabilidade do fabricante pelos atos praticados por seus concessionários (e vice-versa), quando estes agem sob bases publicitárias oriundas daquele.*” (GRINOVER, op. cit.. p. 303)

²⁸⁰ Trata-se, mais uma vez, de uma consequência necessária do fenômeno da *pós-personalização* reconhecido por Cláudia Lima Marques, no qual: “[...] *na sociedade de massa, a ‘personalização’ do fornecedor quase que desapareceu, para ser então substituída, na sociedade da informação ou pós-moderna, por uma ‘repersonalização’ desmaterializada do fornecedor, através de símbolos (aquele que põe a sua marca ou empresta sua denominação comercial), de fazeres (aquele que veicula uma informação ou publicidade), de condutas sociais (aquele que organiza o mix do shopping center, o estacionamento e a segurança conexa), de práticas comerciais (aquele que organiza o site, a vitrine, a festa com representantes autônomos, aquele que telefona, que vai ao domicílio do consumidor, que aparece em sua televisão ou que manda seu nome para um banco de dados), ou da própria organização da cadeia (aquele que contrata com o consumidor um plano de saúde e organiza os serviços credenciados ou autorizados, aquele que contrata um cartão de crédito não bancário e deve organizar o financiamento do crédito eventual, aquele que ‘vende’ um pacote turístico, aquele que contrata e organiza os vários serviços de um banco múltiplo, aquele que organiza uma rede de corretores*

Este foi o exato fundamento utilizado no caso *Panasonic* mencionado no terceiro capítulo desta dissertação, no qual o fornecedor imaterial promovido simbolicamente em escala global como forma de captar o consumidor foi rematerializado na Panasonic do Brasil Ltda. para fins de atribuição das obrigações contratuais e legais inerentes ao período pós-contratual mesmo sem a configuração de qualquer nexos causal entre sua atividade – exercida apenas no mercado nacional – e o contrato de consumo *sub judice* firmado no exterior.

Entendeu-se, naquele julgamento paradigmático, que a empresa que detém os direitos de uso da marca e a utiliza no território nacional para obter benefícios financeiros deve também arcar com os ônus correlatos ligados a esta intervenção no mercado, na medida em que cria expectativas legítimas nos consumidores nele inseridos. Mesmo não tendo colocado o produto no mercado ou não tendo se obrigado diretamente pela proteção da eficácia do contrato firmado pelo consumidor em Miami, assume o risco global da atividade vinculada ao uso da marca ao se utilizar do mesmo símbolo representativo para obter os benefícios financeiros correlatos e ao ter, mesmo que indiretamente, influenciado este ato de consumo realizado no exterior em sua atuação nacional²⁸¹. Desconsidera-se a estrutura empresário-contratual formal para privilegiar a aparência de unidade da atividade do grupo econômico centrada na marca comum como forma de atribuição de obrigações.

credenciados ou uma rede de concessionárias autorizadas ou uma incorporação)” (MARQUES, op. cit, pp. 432-433)

²⁸¹ Neste ponto, é interessante citar novamente o trecho do voto do ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira em que destaca que “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” e que “não há como dissociar a imagem da recorrida ‘Panasonic do Brasil Ltda’ da marca mundialmente conhecida ‘Panasonic’”. O ministro César Asfor Rocha, por sua vez, indica ser “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”, tendo estas empresas perdido a marca da nacionalidade para se tornarem empresas mundiais. Indica o ministro ainda 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”, 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” e que “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”. Por fim, o ministro Ruy Rosado de Aguiar é sucinto ao resumir a relevância destes fatos: “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”.

Ainda que não se faça menção direta ao artigo 28 do CDC ou à desconsideração da personalidade jurídica, esse mesmo fundamento lógico-jurídico também foi indiretamente utilizado no julgamento do caso *Sony*, no qual se indicou expressamente que a técnica de fragmentação de pessoas jurídicas em mercado globalizado como forma de defesa em face do consumidor vulnerável seria manifesto abuso de direito, devendo ser atribuída “*força negocial vinculante à marca mundial em detrimento de ficções contratuais, contábeis ou tributárias que contrariam a realidade dos fatos tal qual se apresentam nas transações de consumo*”. E, neste ponto, é interessante citar mais uma vez um trecho da argumentação utilizada pelo relator, ministro Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin:

Quando campanhas publicitárias massivas e altamente sofisticadas são veiculadas de maneira a estimular sentimento, percepção e, correlatamente, *expectativas legítimas dos consumidores*, de um produto ou serviço *único*, que dilui e supera fronteiras nacionais – tornando irrelevante o país em que a operação negocial venha a se realizar –, justifica-se afastar a formalidade burocrática do nome do fornecedor ocasionalmente estampado na Nota Fiscal ou no contrato. Desarrazoado pretender que o consumidor faça distinção entre *Sony Brasil Ltda.* e *Sony America Inc.* Para qualquer adquirente, o produto é simplesmente Sony, é oferecido como Sony e comprado como Sony.

Por fim, é interessante destacar que raciocínio extremamente similar foi novamente utilizado pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça no julgamento recentíssimo de recurso especial em caso que envolve discussão acerca da possibilidade de responsabilização da Semp Toshiba do Brasil por danos de consumo envolvendo produtos de sua marca fabricados pela Toshiba International (REsp 1.580.432/SP). O julgamento em questão ocorreu em 04 de dezembro de 2018 e o acórdão ainda não foi publicado; no entanto, segundo informações da própria assessoria de imprensa do Tribunal²⁸², negou-se provimento por unanimidade ao recurso da empresa em questão, tendo sido consignado no voto vencedor do relator – Ministro Marco Buzzi – que o produto transacionado “*ostenta a mesma marca da empresa recorrente, por meio de sua razão social, e essa, apesar de não ser a fabricante direta do produto, beneficia-se do nome, da confiança e da propaganda Toshiba com o intuito de melhorar seu desempenho no mercado consumidor*”.

²⁸² Informações da assessoria de imprensa do Superior Tribunal de Justiça disponíveis em: http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Fornecedor-aparente-deve-responder-por-defeito-em-notebook-fabricado-pela-Toshiba-International. Acesso em 27.12.2018.

Conclui-se, portanto, que existe mais um fundamento legítimo de atribuição de obrigações aos empresários titulares de marcas que, por meio destas, intervenham nas relações de consumo. Em uma interpretação conjunta da redação do *caput* e do §3º do artigo 28 do CDC, conclui-se que para tanto basta o reconhecimento de um potencial abuso do direito de separação patrimonial inerente às pessoas jurídicas na criação de consórcios entre diferentes sociedades para a criação de contratos de consumo. E, neste sentido, destaca-se que a utilização deliberada de símbolo marcário para fomentar atividades de terceiros mediante remuneração ou qualquer outra espécie de benefícios pode ser presumida como tal, na medida em que também dificulta a adequada aplicação das normas protetivas inerentes ao microsistema consumerista aos efetivos promotores da atividade.

5. Marca como fonte de obrigações nas relações de consumo

Pelo exposto até o momento, fica clara a existência de três principais elementos com base nos quais se pode imputar abstratamente à marca a qualidade de fonte de obrigações nas relações de consumo: (i) a criação de expectativas legítimas no período pré-contratual, seja com relação aos sujeitos envolvidos ou com relação à amplitude do objeto dos negócios então firmados; (ii) o reconhecimento desta como elemento de empresa notoriamente voltado à promoção da atividade empresária e à consequente obtenção de benefícios financeiros diretos ou indiretos, razão pela qual se poderia imputar ao seu titular os ônus correlatos; (iii) ou, ainda, o fato de servir como prova de potenciais abusos do direito de separação patrimonial inerente às pessoas jurídicas nas redes empresário-contratuais contemporâneas .

Conclui-se também que, se não há norma específica no ordenamento jurídico brasileiro a tratar diretamente das obrigações decorrentes do uso lícito da marca nas relações de consumo, existem outras que, dado o seu caráter aberto e suas justificativas econômicas e sociais, podem ser interpretadas no sentido de promover estes interesses. Destacam-se, neste ponto, as normas dos artigos 28, 30 e 34 do CDC e as teorias da aparência, do risco-proveito e da base essencial dos negócios, todas já utilizadas esporádica e isoladamente em situações análogas na tutela dos interesses de contratantes tidos como vulneráveis.

É necessário, contudo, sistematizar esses elementos ainda dispersos e as conclusões a que se chegou nos tópicos anteriores, o que se pretende fazer em dois grandes blocos.

5.1. Qualidade de marca como objeto contratual autônomo

O primeiro foco a ser analisado é a relação entre a marca e os bens transacionados.

Conforme exposto no primeiro capítulo, para além das qualidades funcionais do bem de consumo capazes de suprir as necessidades do consumidor, esse símbolo auxilia decisivamente na consolidação da credibilidade necessária ao exercício de sua opção por determinado produto ou serviço. Agrega em um só referencial determinadas características experimentadas pelo consumidor e propostas pelo fornecedor por meio da publicidade, sendo fator relevante na concorrência por facilitar o processo de busca e escolha.

Vejamos alguns exemplos para melhor visualização da situação. Em um momento de fome em uma cidade estranha, pedir um hambúrguer do *McDonald's* ou do *Burger King* por meio do *iFood* pode ser mais atrativo e menos custoso mentalmente do que arriscar o serviço de entregas de um restaurante local, cujos preços e qualidade – tanto do produto (comida) quanto do serviço (entrega, higiene, atendimento, etc.) – são totalmente desconhecidos. Ou, ainda, se o interesse desse mesmo indivíduo é conhecer o ambiente local enquanto turista pode ser mais viável se deslocar pela cidade com um motorista vinculado à rede mundial do *Uber* ou do *Cabify*, em vez de arriscar uma viagem mais cara ou insegura com taxistas ou outros motoristas particulares locais sem identificação ou referência prévia.

Considerando-se a praxe das relações de consumo contemporâneas demonstrada em capítulos anteriores, usualmente essas opções são baseadas no reconhecimento da marca enquanto sinal distintivo e diferenciador. Cria-se, com isso, um novo objeto abstrato para o negócio em potencial, o qual se soma aos elementos concretos do bem a ser transacionado para que se estabeleça um conjunto unitário de qualidades, positivas e negativas, sobre o qual será realizado o processo de comparação entre alternativas e, ao final, a escolha de consumo.

Neste processo, conclui-se que o bem de consumo a ser negociado só tem determinado o seu valor efetivo de troca a partir do momento em que o consumidor analisa e quantifica internamente não só as características funcionais, mas também as simbólicas. Apesar de não poder exercer sua função de forma desvinculada de um bem de mercado, a marca é elemento autônomo de valor que reduz os custos de busca, congrega as características do produto e do processo, além de aderir e transferir suas características intrínsecas aos bens ao qual é aposta. Ao final, o que vale como referência de comparação e para fins do estabelecimento da relação de equivalência aceitável é o produto ampliado e único então consolidado.

É exatamente este o motivo pelo qual em determinadas situações é viável a determinados agentes cobrar preços *premium* por produtos e serviços teoricamente comoditizados e amplamente disponíveis. Características não-funcionais são capazes de tornar um bem aparentemente comum e abundante em uma escolha única. Neste sentido, um ambiente de aparente competição ferrenha pode, internamente, ser composto de diversos monopólios específicos ligados a características muito peculiares: os nichos de mercado. E, para que este processo possa ocorrer, o simbolismo da marca é imprescindível.

Por outro lado, é essa também a razão que permite seu reconhecimento como base essencial dos negócios de consumo para fins de atribuição de obrigações correlatas ao agente que os transaciona no mercado. Considerando-se a sua função econômico-social em um mercado de produção e consumo massificados, concorrência abundante e bens comoditizados, a utilização da marca gera expectativa legítima de que os negócios de consumo a serem firmados estarão vinculados a um conjunto preestabelecido de características do objeto a se transacionado. Presume-se de forma legítima, seja em razão da experimentação prévia, da publicidade ou de ambas, que as qualidades intrínsecas ao símbolo apreendidas pelo consumidor em abstrato deverão obrigatoriamente ser vinculadas ao bem a ser entregue no momento do cumprimento (concretização) da prestação pactuada.

Assim, enquanto objeto contratual autônomo e vinculado ao produto-básico e suas características funcionais, a marca e suas características simbólicas servem como limite à autonomia do fornecedor na transição entre os momentos pré-contratual e contratual. Em outras palavras, em se tendo realizado promessa de entregar bem vinculado a determinada marca, não pode o fornecedor se escusar de fazê-lo nos exatos termos propostos, ainda que a alternativa seja dotada dos exatos mesmos benefícios funcionais. Ou, ainda, é possível concluir que a utilização da marca amplia o objeto das transações, congregando de forma indivisível as características externas e internas, consolidadas e intrínsecas, concretas e abstratas, funcionais e imateriais. Se o bem de consumo existe sem a marca, a ausência de sua aposição ao produto ou serviço a ser disponibilizado ao consumidor prejudica no mínimo, a sua percepção de riscos e de benefícios extrafuncionais, a obtenção das características imateriais a ele vinculadas e, no geral, a experiência de consumo pretendida.

Se prometo entregar um *Big Mac* a um consumidor, não é suficiente providenciar a simples junção de dois hambúrgueres, alface, queijo, molho especial, cebola, picles e um pão com gergelim. A ausência da embalagem adequada com os arcos dourados a atestar inequivocamente a sua origem a pode gerar dúvidas razoáveis capazes de influenciar o

processo de escolha do consumidor. Basta considerar que, em sendo secreta a receita do molho especial utilizado na preparação, a experimentação prévia e a constância no oferecimento destas mesmas qualidades em todo e qualquer estabelecimento que ostente legitimamente a marca *McDonald's* leva o consumidor a confiar na adequação do sabor e no zelo da preparação. Por outro lado, a ausência de indicação expressa da marca pode trazer incerteza acerca da proveniência e das qualidades desses elementos essenciais do produto, ainda que ao final este seja materialmente idêntico ao original.

A mesma situação pode ocorrer durante o oferecimento de um contrato de consórcio para aquisição de um automóvel em determinada concessionária. Em exemplos já judicializados citados no terceiro capítulo desta dissertação, algumas concessionárias vinculadas à titular dos direitos sobre a marca *Fiat* no Brasil e uma administradora de consórcios indiretamente vinculada à empresa titular da marca *Motorauto* indicavam expressamente esses emblemas em todos os documentos de registro das operações como forma de atribuir credibilidade ao serviço oferecido. Isto porque, se agissem de forma individualizada e com base em seus nomes empresariais ou signos de mercado próprios, certamente não teriam o mesmo êxito na captação de clientela para seus negócios.

Ou seja, dentre outros pontos, a ausência da indicação adequada do símbolo marcário como identificação da origem ficta do bem – e, conseqüentemente, da possibilidade legítima de se esperar a concretização de um determinado conjunto de qualidades – pode afetar a percepção global do processo de consumo global. Pode, por exemplo, não ser tão prazeroso, dada a preocupação com eventual inadequação do bem concreto às características esperadas; ou, ainda, a percepção de justiça na fixação do preço da contraprestação pode ser afetada, dado o aumento dos custos psicológicos impostos ao consumidor.

Conclui-se, portanto, que a utilização deliberada das marcas consolidadas de terceiros amplia o objeto contratual percebido pelo consumidor durante o momento pré-contratual. A partir da percepção deste produto ampliado, o consumidor se vê atraído mais facilmente para o negócio, dada a redução de seus custos psicológicos. Com isso, o objeto ampliado do contrato a ser firmado se torna duplo e indivisível: aspectos material (concreto) e imaterial (abstrato) se unem formando um bem único e diferenciado no mercado²⁸³.

²⁸³ Tomando-se novamente por base os exemplos da Fiat e da Motorauto, o serviço de consórcio para aquisição de um bem (aspecto funcional) pode até ficar a cargo exclusivo da concessionária, mas a credibilidade e a

Essa indivisibilidade entre os elementos concreto e abstrato do bem de consumo ao qual é aposta uma marca traz efeitos sobre as obrigações incidentes sobre os agentes envolvidos no processo. Ainda que se estabeleça dentro do complexo empresarial funções explícitas e individualizadas, a indivisibilidade do objeto final oferecido ao consumidor traz efeitos notórios sobre a exigibilidade da prestação e, subsidiariamente, sobre a responsabilidade por inadimplemento ou outros danos a ele causados.

Primeiramente, conclui-se pelos exemplos supracitados que os bens de consumo oferecidos dentro das redes empresariais não podem ser entregues de forma desvinculada à marca que as caracteriza e identifica, sob pena de inadimplemento absoluto. Indivisíveis que são as prestações material e imaterial, cabe ao devedor disponibilizá-las obrigatoriamente em conjunto sob pena de quebra das bases essenciais do negócio, uma vez que o credor não está obrigado a receber objeto diverso do pretendido²⁸⁴. Tal situação será mais comum em marcas com conteúdo intrínseco consolidado, de forte apelo simbólico, que apelam para necessidades individualizadas de identidade, sociais ou pessoais dos consumidores. Ou seja, se prometo entregar uma moto *Harley-Davidson*, não é possível que eu me desvincule da obrigação entregando uma réplica idêntica não-oficial, ainda que mais potente. Da mesma forma, se um contrato prevê a disponibilização de um vestido *Vera Wang* para o comparecimento à cerimônia do *Oscar*, não será suficiente qualquer outro para exonerar *per se* o devedor, independentemente de seu valor ou suas características funcionais ou estéticas.

É interessante destacar que o raciocínio inverso não necessariamente será aplicável.

Se o produto é entregue com devida identificação marcária ou o serviço é prestado por agentes devidamente identificados como a ela vinculados, consolidadas estarão suas qualidades imateriais. Contudo, é possível que as características funcionais esperadas pelo consumidor com base na marca não sejam atingidas, ainda que a identificação e a diferenciação simbólica tenham sido claras. E, nesta segunda hipótese, quatro situações distintas são possíveis, com resultados distintos.

segurança (aspecto imaterial) são definitivamente promovidas pelo titular da marca, coordenador da rede empresarial na qual as primeiras estão inseridas. Um objeto não existe sem o outro e, até mesmo por tal motivo, a contraprestação a ser exigida do consumidor certamente será baseada em uma análise dos diferenciais trazidos pelo conjunto.

²⁸⁴ Art. 313 do Código Civil. O credor não é obrigado a receber prestação diversa da que lhe é devida, ainda que mais valiosa.

Se essas qualidades do produto ou serviço objetivamente vinculadas à marca e não atendidas foram construídas e prometidas pelo fornecedor, tem-se aqui uma hipótese de descumprimento de oferta ou de publicidade enganosa²⁸⁵ que, em regra, autorizam o consumidor a exigir o cumprimento forçado da promessa, sua substituição ou a rescisão do contrato cumulada com indenização por perdas e danos com base no artigo 35 do CDC²⁸⁶.

São as hipóteses, por exemplo, de um sanduíche *Whopper* que não tenha sido grelhado no fogo²⁸⁷, um sabonete em barra *Dove* que não possua um quarto de creme hidratante²⁸⁸ ou, de forma ainda mais concreta, de um suposto suco natural e ‘com gominhos’ (*Laranja Caseira*) que se descubra, na realidade, ser um néctar²⁸⁹. Tratam-se de características extrínsecas à marca mas que a ela aderem indissolúvelmente por meio de métodos publicitários para, com isso, permitir evocação imediata de seus diferenciais por parte dos consumidores. No entanto, seja na hipótese de descumprimento esporádico da oferta ou na constatação de publicidade enganosa que afete a atividade como um todo, é possível constatar que a potencial ineficácia do negócio jurídico não estará ligada especificamente ao aspecto simbólico das marcas e ao seu potencial persuasivo autônomo, mas às promessas diretamente feitas pelo fornecedor e que a elas aderem de forma inevitável, assim como adeririam a um produto genérico que delas não fizesse uso. Qualquer fornecedor de sucos que promettesse utilizar laranjas caseiras, ou um fornecedor de hambúrgueres que promettesse grelhá-los no fogo estaria sujeito às mesmas sanções, existindo ou não a marca. Não há, portanto, que se falar no simbolismo da marca como fonte das obrigações correlata, mas das promessas a ela originariamente autônomas e que, acidentalmente, são a ela vinculadas.

²⁸⁵ Enquanto o descumprimento da oferta envolve inadimplemento claro, a publicidade enganosa implica em anulabilidade do contrato por vício de vontade. Se essas qualidades são constantes e não foram cumpridas em um caso específico, tem-se hipótese de inadimplemento por descumprimento de oferta. Se nunca foram cumpridas, tem-se situação de indução em erro por publicidade enganosa.

²⁸⁶ Art. 35 do CDC. Se o fornecedor de produtos ou serviços recusar cumprimento à oferta, apresentação ou publicidade, o consumidor poderá, alternativamente e à sua livre escolha: I - exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade; II - aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente; III - rescindir o contrato, com direito à restituição de quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, e a perdas e danos.

²⁸⁷ Trata-se de característica básica do sanduíche utilizada nas propagandas do *Burger King*, especialmente como forma de diferenciação entre este e o principal hambúrguer do concorrente (*Big Mac*). Fonte: <http://www.burgerking.com.br/menu/hamb%C3%BArgueres-de-carne>. Acesso em 27.12.2018.

²⁸⁸ Trata-se de característica básica do produto utilizada em suas propagandas desde a sua criação. Fonte: <https://www.dove.com/br/banho-e-limpeza/sabonete-em-barra.html>. Acesso em 27.12.2018.

²⁸⁹ FABRICANTE da Coca-Cola é multada em R\$ 1,158 milhão por Laranja Caseira. *Época Negócios*. 09 jul 2013. <https://epocanegocios.globo.com/Informacao/Acao/noticia/2013/07/fabricante-da-coca-cola-e-multada-em-r-1158-milhao.html>. Acesso em 28.12.2018.

Ainda nestas hipóteses de violação concreta ou abstrata de promessas publicitárias, existe uma segunda situação análoga em que pode não ser admitida a responsabilização do fornecedor. Trata-se do mero exagero publicitário (*puffing*), da tentativa de exaltar demasiadamente as qualidades de seu produto mas que, por se tratar de característica de simples constatação, não é suficiente para ludibriar o consumidor ou induzi-lo em erro.

De forma autoexplicativa, tome-se como exemplo a marca do ramo de confeitarias denominada *O Melhor Bolo de Chocolate do Mundo*, cujas franquias estão espalhadas pelo Brasil²⁹⁰. Busca-se no próprio nome de marca atribuir aos produtos e à atividade uma qualidade hiperbólica que, em seu próprio exagero, acaba por não gerar confusão. O significado linguístico regular da frase utilizada como marca nominativa não corresponde ao seu significado simbólico de mercado que, mesmo com a pretensão de evocar alto padrão, não o faz de forma absoluta e vinculante, até mesmo pela subjetividade da conclusão²⁹¹.

Outro exemplo semelhante envolve fotos meramente explicativas das qualidades de produtos representativos de determinadas marcas, como *Big Mac* e *Whopper*; ou ainda exageros na demonstração publicitária dos resultados da utilização de produtos de beleza e higiene pessoal como o xampu *Niely Gold* ou a tintura para cabelos *L'Oreal Imedia Excellence*. Nestes casos, para além da evocação de características funcionais (grande, colossal) ou abstratas (excelência, ouro) no próprio nome de marca, por meio da publicidade busca-se também atribuir a um conjunto previamente descrito de qualidades outro aspecto sensorial (visual) como forma de potencializar a percepção dos benefícios prometidos pela marca. No entanto, assim como na situação anteriormente descrita não há que se falar em compromisso expresso com o atingimento da perfeição absoluta na obtenção daquele resultado visual exposto no material publicitário, considerado em regra como *dolus bonus* (dolo bom ou tolerável) incapaz de induzir em erro o consumidor exposto aos anúncios.

²⁹⁰ <http://www.casadopaodequeijo.com.br/omelhorbolo>. Acesso em 27.12.2018.

²⁹¹ Lucia Ancona Lopez de Magalhães Dias faz menção a essa expressão e, sem mencionar especificamente o caso da franquia brasileira, assim dispõe: “*Em toda hipérbole publicitária há um mínimo de verdade, afinal o fornecedor exagera uma qualidade existente no produto. O anunciante ao falar de sua empresa, mercadoria ou serviço aumenta excessivamente esse ‘mínimo veraz’, porém, por todos identificado como um exagero desprovido de fundamento objetivo ou de comprovação técnica, fática ou científica. Assim, se uma empresa anuncia que tem ‘o melhor bolo de chocolate do mundo’, tal afirmação, porque notadamente exagerada, não é tomada a sério pelos consumidores, embora um mínimo de verdade dela se deva esperar, isto é, o bolo deve ser de excelente qualidade, ainda que não comprovadamente o ‘melhor do mundo’. Ou seja, o exagero é lícito ‘se com ele não se faltar substancial e objetivamente com a verdade’*” (DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e direito**. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2013. p. 250)

Uma terceira situação similar que se encontra em uma zona cinzenta e intermediária em relação às duas anteriores é a ocorrida há alguns anos com a marca paulista de sorvetes *Diletto*, que por meio de informações não tão verídicas tentava “convencer o cliente a pagar oito reais num picolé desconhecido”²⁹². À época do lançamento de seus produtos, indicou-se que seriam originados de uma receita de família do avô de um dos fundadores da empresa, Vittorio Scabin, que desde o início do século XX teria atuado como produtor de sorvetes feitos de neve no extremo norte da Itália até que se viu obrigado a abandonar o negócio em razão da Segunda Guerra Mundial, quando a família migrou para São Paulo²⁹³.

Veja-se que, de forma diversa das hipóteses citadas anteriormente, não houve neste caso qualquer tentativa de diferenciação relacionada aos elementos objetivos e funcionais dos produtos. Tentou-se neste caso alterar fantasiosamente o objeto simbólico do negócio, os elementos intrínsecos da marca e a percepção imaterial do consumidor. No entanto, reconheceu-se posteriormente em entrevista que o personagem em questão (Vittorio) nunca teria existido, sendo um ‘alterego’ do avô de um dos sócios. Embora uma pequena parte da história fosse real, a maior parte – até o nome, já que a inspiração se chamava Antônio – seria um personagem criado pelos sócios da *Diletto*, um deles ex-publicitário.

Diferenças entre os casos à parte, há também neste último exemplo outra hipótese de potencial indução em erro do consumidor. A considerar a notória possibilidade de atração do consumidor baseada nos aspectos culturais e simbólicos então expostos entende-se que não é o caso de se considerar tal prática como mero exagero publicitário, mas como propaganda enganosa *stricto sensu*. E, seguindo esta linha de raciocínio, foi inclusive recomendada posteriormente pelo CONAR (Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária) a indicação expressa dos elementos de fantasia da propaganda aos consumidores, pois o ‘lúdico’ não se poderia confundir com o ‘ludibriante’²⁹⁴.

²⁹²LEAL, Ana Luiza. Toda empresa quer ter uma boa história – algumas são mentira. **Exame**. 23 out 2014. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/revista-exame/marketing-ou-mentira/>. Acesso em 27.12.2018. Destaca-se nesta entrevista a seguinte pergunta retórica feita pelo sócio Leandro Scabin em sua justificativa para a criação do personagem e para a utilização de *storytelling* nos moldes publicitários para agregar valor à marca: “Como eu convenceria o cliente a pagar 8 reais num picolé desconhecido?”

²⁹³ <http://g1.globo.com/economia/midia-e-marketing/noticia/2014/11/historias-contadas-pelas-marcas-diletto-e-do-bem-vaio-parar-no-conar.html>. Acesso em 27.12.2018

²⁹⁴ Representação 263/14 julgada em dezembro de 2014 pelo CONAR (<http://www.conar.org.br/processos/detcaso.php?id=3996>. Acesso em 27.12.2018). Segue resumo da decisão disponibilizado no sítio eletrônico do conselho: “Uma consumidora paulistana denunciou ao Conar o que considera ser publicidade enganosa presente em embalagem e site do sorvete Diletto. Lá, partindo de elementos

Por fim, identifica-se uma quarta e última possibilidade em que também não será possível ao consumidor exigir o cumprimento específico de suas expectativas.

Conforme exposto no primeiro capítulo, a criação individualizada da imagem de marca é algo intrínseco ao seu processo simbólico, não podendo ser controlado completamente pelo fornecedor. O consumidor toma por base as informações objetivas repassadas pela publicidade e por terceiros e, conjugando-as às próprias experiências, cria um conjunto-padrão de qualidades individualizado e pessoal que baseará suas ações. Esse resultado é, contudo, extremamente subjetivo, não podendo servir de parâmetro para qualquer imposição judicial de condutas ou responsabilidades.

Como exemplo clássico já citado neste trabalho tem-se o episódio fracassado da *New Coke* nos EUA, em que a nova fórmula do produto desagradou tanto os consumidores que logo levou à retomada da anterior sob o nome *Classic Coke*²⁹⁵; ou, ainda, as substanciais alterações – para alguns, uma total modificação do objeto – ocorridas há alguns anos no *design* e outras características de carros cujas marcas já estão consolidadas no imaginário nacional como o *Volkswagen Gol* e o *Fiat Uno*. Ambas são situações em que a mudança de fórmula do produto ou das características do bem vinculado às marcas causa um descompasso entre as expectativas formadas na cabeça do consumidor e a realidade.

do chamado story telling, conta-se que o sorvete segue receita formulada por Vittorio, avô do fundador da empresa e que seguiu na profissão depois de emigrar da Itália para o Brasil. Na embalagem e em outras propriedades da Diletto há fotos de Vittorio e do suposto caminhão usado por ele, bem como o ano em que chegou ao Brasil, além de detalhes da produção do sorvete e das matérias primas empregadas. Ocorre que o fundador da Diletto concedeu entrevista à revista Exame, informando que seu avô, ainda que fosse um imigrante italiano, chamava-se Antonio, chegou ao Brasil depois do que afirmava a embalagem do sorvete e que, por aqui, exerceu a profissão de jardineiro. Em sua defesa, a Diletto demorou-se em mencionar as ligações da empresa com a tradição italiana de produção de sorvetes, inclusive pelo uso de matérias primas vindas do exterior. No mérito, considerou que utilizou-se de recursos lúdicos. O relator não aceitou estes argumentos e propôs a alteração. "Grandes marcas carregam grandes histórias. Histórias verdadeiras de seus fundadores", escreveu ele em seu voto, citando a Ford, a GE, a Disney, a Sony e a Apple. "Toda empresa quer ter uma boa imagem, quer ser lembrada e, claro, precisa vender para continuar existindo. As marcas buscam se destacar criando uma conexão emocional cada vez mais intensa com o consumidor através de histórias". Para o relator, a técnica do story telling não é apenas uma ferramenta. "Estamos falando de um conceito que abrange grande parte das atividades humanas. O tempo todo, estamos cercados de narrativas e é impossível fugir disso". No entanto, argumenta o relator, há uma questão importante a ser discutida: o nível de detalhes a que desce a construção da Diletto em torno da figura do "avô Vittorio". "A questão mais sensível é o mercado cair no erro de confundir ser lúdico com ludibriante", escreveu. "O encantamento e envolvimento emocional por meio da ludicidade não traz em si a prerrogativa de tentar, com isso, ludibriar as pessoas". Por isso, o relator votou pela alteração da história presente na embalagem e site da Diletto, retirando as citações ao "avô Vittorio" e sua relação com a fabricação do sorvete, bem como a foto do caminhão dos anos 20. Seu voto foi aprovado por maioria."

²⁹⁵ Cf. tópico 6.1 do primeiro capítulo da dissertação.

Nestes casos não existe, contudo, nenhuma promessa explícita do fornecedor que está sendo descumprida. Existe apenas a desconsideração do ônus de manutenção das características básicas intrínseco à utilização da marca enquanto símbolo, cuja inobservância é capaz de trazer prejuízos econômicos à sua reputação e à percepção dos consumidores acerca de sua qualidade. Trata-se de decisão estratégica que eventualmente vai ser rejeitada pelo próprio mercado, não se podendo impor a uma empresa a efetivação de determinada estratégia global de atuação em razão de preferências pessoais de alguns consumidores.

Entretanto, mesmo nesta situação é evidente que quaisquer alterações objetivas no conteúdo dos bens vinculados às marcas devem ser devidamente informadas aos consumidores, especialmente quando se tratar de serviços ou de bens de experimentação cuja apreensão integral de suas qualidades não pode ser feita no momento pré-contratual. Uma alteração de *design* pode ser facilmente apreendida e reavaliada, enquanto uma modificação técnica na fórmula ou nos componentes do produto – como ocorrido recentemente com a *Nutella*, que alterou subitamente a quantidade de açúcar, avelã e chocolate de sua receita principal²⁹⁶ – pode ser invisível a olho nu e, com isso, induzir deliberadamente o consumidor em erro substancial quanto ao objeto do contrato. O objetivo, neste caso, é permitir que estes possam optar conscientemente pela experimentação do novo produto-básico modificado, formando assim uma nova imagem de marca individualizada, ou ainda possam retornar ao processo de avaliação de alternativas.

Conclui-se, por todo o exposto até este momento, que, a depender do conteúdo ou da forma de transmissão das informações ligadas às marcas, é possível que estas induzam os consumidores a elas expostos a erro essencial em relação às qualidades essenciais do negócio, configurando publicidade enganosa proibida pelo CDC (art. 37) e capaz de autorizar a anulação dos contratos por vício de vontade nos termos do Código Civil (art. 138). Como exemplo, citam-se os casos de informações inverídicas ligadas aos componentes funcionais ou abstratos ligados à marca (*Laranja Caseira*, *Diletto*) ou de alteração substancial e velada de componentes funcionais ligados aos produtos comercializados e a ela objetivamente vinculados (*Nutella*). A mesma situação não ocorreria em regra, por outro lado, nos casos de exagero publicitário (*O melhor bolo de chocolate do mundo*).

²⁹⁶ NUTELLA muda receita e sabor e recebe críticas. **Revista Pequenas Empresas Grandes Negócios**. 09 nov 2017. Disponível em: <https://revistapegn.globo.com/Negocios/noticia/2017/11/nutella-muda-receita-e-sabor-e-recebe-criticas.html>. Acesso em 28.12.2018.

Da mesma forma, é possível concluir que a utilização da marca como fonte de persuasão dos consumidores no momento pré-contratual é capaz de ampliar o objeto contratual proposto: (i) se as informações repassadas forem relevantes no processo de comparação entre alternativas; ou (ii) se forem relevantes no estabelecimento da relação de equivalência entre as prestações correlatas. A partir do momento em que esse objeto composto de prestações material (aspecto funcional) e imaterial (aspecto simbólico) é indivisível, o cumprimento concomitante de ambos se torna indispensável.

Nestas últimas hipóteses, pode ser necessário exigir o cumprimento adequado do aspecto imaterial, como nos casos de bens entregues sem a indicação da marca que, por suas características extrafuncionais, dá segurança ao negócio firmado. Por outro lado, na ausência ou modificação dos elementos funcionais esperados pelos consumidores para os bens vinculados a determinada marca, demonstrou-se que essa situação somente poderá configurar um potencial vício contratual se não for devidamente informada. Do contrário, a alteração dos componentes de determinado produto ou serviço deverá ser considerada prática legítima de mercado que não prejudica qualquer direito dos consumidores, a ser avaliada positiva ou negativamente pelo próprio mercado.

Por fim, toda a discussão posta até o momento traz outros questionamentos ligados à aplicabilidade concreta das normas de proteção do consumidor vulnerável e à imputabilidade correlata de deveres, obrigações, ônus e responsabilidades aos empresários-fornecedores situados em posição de poder e que com eles contratam. Considerando-se a indivisibilidade entre as prestações material e imaterial inerentes aos contratos de consumo cujos bens estão ligados a marcas e a potencial divisão da construção das qualidades a ela inerentes entre fornecedores distintos coligados entre si em complexos empresário-contratuais, a quem será possível exigir o cumprimento dessas obrigações em caso de inadimplemento ou vícios? A quem se poderá recorrer em caso de ineficácia do negócio global em que se vê necessária a resolução contratual e o pagamento de indenizações por perdas e danos? Ou, em sentido similar, quem deverá ser responsabilizado por eventuais acidentes de consumo ou outros danos causados por práticas abusivas ligadas à aquisição desses bens cujas características intrínsecas são originadas de mais de um empresário-fornecedor?

Estas questões poderão ser respondidas a partir do reconhecimento da segunda conclusão extraída das discussões postas durante o trabalho.

5.2. Personalidade de marca e a centralização de responsabilidades

O segundo ponto a ser analisado é a relação entre a marca e o contrato de consumo.

Tomando-se por base as questões expostas nos dois primeiros capítulos desta dissertação, conclui-se que a marca não é uma criação contratual casuística, um ajuste expresso de expectativas entre as partes para cada negócio. Trata-se de elemento de empresa que, para além de suas características simbólicas básicas, também identifica a atividade (face comercial da empresa). Tanto o é que sua tutela jurídica tradicional visa evitar a confusão entre concorrentes. Seu uso ultrapassa a individualidade das relações de consumo e, embora afete diretamente o processo de escolha *in concreto*, trata-se de fato econômico relevante *in abstracto* vinculado ao profissionalismo da atividade empresária e cujos efeitos devem, portanto, ser obrigatoriamente tratados dentro deste contexto.

Pensemos inicialmente em um caso simples: uma aquisição de um perfume *Kaiak* diretamente com a *Natura Cosméticos S.A.*, titular do registro da marca em questão junto ao INPI²⁹⁷. Neste caso, fornecedor e consumidor estariam ligados entre si não só pela publicidade direcionada pelo primeiro ao segundo, mas também pelos contratos que estabeleceriam diretamente entre as partes as condições dos negócios então firmados. Em sendo típico contrato de compra e venda e de consumo, uma parte se comprometeria a entregar o produto nos termos anunciados, e a outra a pagar o valor acordado.

A marca seria, neste caso hipotético, mero atributo do produto. E, por outro lado, como oferta, produção e comercialização seriam centralizados em um mesmo agente empresário, não há dificuldades em se estabelecer os limites de sua vinculação legal e contratual com o consumidor. Embora tenha o controle do processo de elaboração das cláusulas contratuais acessórias (preço, prazo), a sua participação direta no negócio é indispensável até mesmo para que a transferência de propriedade seja operada.

Esta não é, contudo, uma constante no mercado atual.

²⁹⁷ A marca *Kaiak* está registrada pela *Natura Cosméticos S.A.* junto ao INPI sob o nº 818016710 na classe de produtos de limpeza e higiene doméstica, humana e veterinária, bem como os produtos de perfumaria, de toucador e cosmética, sub-classe de produtos de perfumaria e de higiene, e artigos de toucador em geral. Já a marca *Natura* registrada pela mesma empresa sob o nº 815082649 foi concedida inclusive o atributo de alto renome pelo INPI.

A empresa chinesa de varejo digital *online* que se apresenta com base na marca *AliExpress* não atua com estoque próprio. A operação do *AirBnb* não depende de imóveis próprios, a *Unimed* e a *Tokio Marine* se valem de uma rede de prestadores de serviço conveniados, o *Uber* não possui carros ou motoristas registrados como funcionários. Nenhuma delas opera diretamente a transferência de bens próprios ou a prestação de serviços, atuando exclusivamente por intermédio de terceiros. Ainda assim, sob a perspectiva do consumidor, todas são marcas com notório poder persuasivo amplamente presentes no imaginário social que, durante o processo de consumo, continuam a servir plenamente como fator diferenciador na concorrência e elemento autônomo de valor.

Entende-se que, neste novo contexto, a marca de ser um mero atributo de diferenciação do bem na concorrência e elemento autônomo de valor (função econômica) para, a partir da aparência de contratação então promovida em face dos consumidores, funcionar também como indicação de origem para fins de imputação de obrigações ao seu titular enquanto empresário que intervém nas relações de consumo (função jurídica).

Para melhor compreender o raciocínio, vejamos novamente os casos concretos narrados no terceiro capítulo. É razoável que o consumidor que adquire uma câmera da *Panasonic* em qualquer lugar do mundo imagine estar firmando relação com a empresa globalmente responsável pelos produtos da marca, independentemente de quem tenha sido o intermediário; ou que o adquirente de um videogame *Sony* acredite que a assistência técnica de qualquer produto vinculado à marca poderá ser prestada pela empresa que se utiliza desta no mercado nacional. Da mesma forma, é aceitável o que um indivíduo que contrata um plano de saúde de abrangência nacional junto à *Unimed* presuma que, preenchidas as condições objetivas do contrato, terá atendimento garantido por qualquer dos agentes espalhados pelo Brasil que assim se identificarem. Em todos estes casos a marca identifica um fornecedor aparente, ao qual deverão ser imputadas as obrigações legais e contratuais.

O raciocínio também se aplica nos dois outros casos então analisados. Para além de receberem benefícios diretos ou indiretos decorrentes da cessão deliberada do uso das marcas *Fiat* e *Motorauto* a terceiros, os agentes coordenadores destes complexos agem como verdadeiros preponentes, sendo a concessionária e a administradora de consórcios suas prepostas, sua *manus longa*. Somente podem agir nos termos preestabelecidos e de forma a não descaracterizar a imagem do conjunto, que depende desta unidade para funcionar adequadamente. E, se os primeiros permitem a realização de publicidade e contratos por terceiros, ligados à sua atividade e com a indicação expressa de suas marcas, deverão se

responsabilizar pela aparência de contratação deliberadamente induzida como forma de obtenção de benefícios particulares diretos ou indiretos.

Conclui-se, portanto, que o empresário que utiliza sua marca para transmitir informações aos consumidores e, com isso, se diferenciar no mercado – seja para captar as decisões de compra, seja para alterar a relação de equivalência e, com isso, maximizar seus rendimentos em cada operação – pode também ser caracterizado como fornecedor equiparado²⁹⁸ dos bens aos quais é aposta e participante oculto dos contratos que visam transacioná-los uma vez que, em sendo a publicidade feita por meio de suas marcas verdadeiro simulacro do contrato final, a identificação de seus titulares no período pré-contratual cria a expectativa de sua vinculação à atividade e ao resultado.

Em outras palavras, ainda que o titular da marca que identifica o bem a ser transacionado não participe diretamente da relação contratual a ser firmada com os destinatários finais das prestações transacionadas ou não se comprometa diretamente com alguma das prestações contratualmente estabelecidas, sua intervenção deliberada durante o processo de oferta é suficiente para integrá-lo aos contratos a serem estabelecidos ou cumpridos por seus prepostos ou outros agentes coordenados e, conseqüentemente, para a imputação de deveres, obrigações, responsabilidades e ônus legais correlatos. Trata-se, à evidência, de uma forma de se aplicar concretamente as teorias da aparência e do risco-proveito mencionadas no início deste quarto capítulo.

Neste sentido, entende-se que a atribuição de uma personalidade *sui generis* (‘personalidade de marca’) às redes empresário-contratuais contemporâneas, centrada no titular da marca representativa de sua face comercial, auxilia no reequilíbrio das relações de consumo nelas inseridas e na concretização dos princípios e objetivos orientadores do microsistema consumerista. Se a personalidade jurídica tradicional inerente à estrutura das sociedades empresárias serve como forma de individualizar patrimônio e criar um centro

²⁹⁸ O conceito de ‘fornecedor equiparado’ foi popularizado por Leonardo Roscoe Bessa em artigo publicado na Revista de Direito do Consumidor, no qual o autor propõe a ampliação do conceito estabelecido pelo artigo 3º do CDC para abranger também outros agentes que, embora não sejam caracterizáveis como fornecedores *stricto sensu* em relação ao contrato principal, nele intervêm decisivamente por se situar em uma posição de poder em relação ao consumidor, ainda que por meio de contrato conexo (BESSA, Leonardo Roscoe. Fornecedor equiparado. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 61, jan./mar. 2007, pp. 126-141). Embora o autor não trate especificamente do caso do titular da marca nos termos ora expostos, entende-se que o mesmo conceito pode ser estendido para estas situações, seja pela aplicação ampliada do dito artigo 3º, seja pela aplicação casuística dos já mencionados artigos 28, 30 ou 34 do mesmo diploma legal.

unificado de direitos e deveres, a modificação da estrutura de atuação destes mesmos agentes no mercado demanda uma atualização da moldura jurídica que conforma a atividade.

Em outras palavras, se a identidade estática atribuída a determinada estrutura patrimonial por meio da qual se exerce atividade de empresa foi um dia suficiente para vincular atos, expectativas, obrigações e responsabilidades a um agente abstrato plenamente identificável em seus próprios atos, a modificação dos paradigmas de estruturação desta mesma atividade demanda uma atualização das normas propositalmente criadas para limitá-la ou fomentá-la, já que sua interpretação está tradicionalmente ligada a esse paradigma de centralização da prática dos atos de empresa. A atividade se desvincula da estrutura tradicional e, com isso, impõe uma readequação do poliedro jurídico-estrutural sobre ela incidente para que os mesmos efeitos inicialmente previstos sejam atingidos.

Neste ponto, na relação com um de seus principais *stakeholders* – no caso, os consumidores – destaca-se a valorização da identidade comercial como elemento de identificação e diferenciação e, conseqüentemente, de alteração do equilíbrio de mercado. Não necessariamente existe, contudo, uma única personalidade jurídica vinculada a essa identidade comercial, ainda que a aparência promovida em face dos consumidores seja de unidade de desígnios e de patrimônio. Esta aparência cria, por sua vez, expectativa de vinculação da empresa global – considerada aqui em seu aspecto dinâmico, como atividade, e não como estrutura societária estática – a todos os atos praticados em seu nome, seja no cumprimento das obrigações contratuais ou para fins de eventual responsabilização por danos causados pelo exercício da atividade, sejam contratuais ou extracontratuais. Por outro lado, não existem estruturas jurídicas pré-moldadas a atribuir direitos, obrigações e responsabilidades a essas redes ou complexos contratuais contemporâneos organizados internamente de forma fluida e constantemente mutável.

Propõe-se, portanto, que especialmente nas relações de consumo a identidade comercial propositalmente utilizada e apreendida pelo consumidor deve servir como novo centro de imputação de obrigações e responsabilidades incidentes sobre a atividade empresária, de modo a estender ao seu titular o dever de responder pelos produtos dessa atuação. Entende-se que, em situações de prejuízo potencial ou efetivo aos consumidores vulneráveis, deverá ser desconsiderada a personalidade jurídica tradicional para permitir a extensão desses ônus jurídicos àquela estrutura patrimonial que, se não agiu diretamente de forma a criar a obrigação a ser cumprida, aparentou fazê-lo ou obteve benefícios desta ação realizada por terceiros internos à rede.

A instituição de uma ‘personalidade de marca’ para as redes empresário-contratuais contemporâneas a partir da aplicação conjunta dos artigos 28, 30 e 24 do CDC e a consequente caracterização de seu titular como fornecedor *stricto sensu* para fins de imputação de direitos e deveres legais e contratuais ligados à atividade permite proteger de forma mais efetiva a confiança legitimamente estabelecida nos consumidores durante o período pré-contratual. A partir desta interpretação, permitir-se-á ao consumidor identificar de antemão e com maior facilidade ao menos uma das estruturas patrimoniais tradicionais às quais se poderá recorrer em caso de ineficácia do negócio, sem a necessidade de se imiscuir em longos e confusos instrumentos contratuais nem sempre disponibilizados.

Da mesma forma, essa interpretação torna inúteis as estruturações empresário-contratuais realizadas pelos fornecedores profissionais em posição de poder com vistas a abusar do direito de separação patrimonial inerente à ideia tradicional de personalidade jurídica, o que otimiza a proteção dos contratantes vulneráveis. Em outras palavras, dificulta-se a utilização pelos empresários-fornecedores de ficções contratuais ou contábeis que não correspondem à realidade dos fatos como forma de afastar obrigações e responsabilidades inerentes à atividade, reduzir risco e maximizar lucro às custas da erosão deliberada da proteção dos consumidores que com eles contratam.

Por fim, destaca-se que esta proposta também cria para esse ‘fornecedor aparente’ ora equiparado alguns incentivos econômicos relevantes – no caso, prejuízos em potencial – para que fiscalize de forma mais intensa as atividades a serem praticadas por terceiros em seu nome, o que retroalimenta o mesmo sistema ao não apenas privilegiar a reparação, mas também promover indiretamente a prevenção de danos.

Como, contudo, operacionalizar essa proposta? Como atribuir obrigações e responsabilidades por atos que não necessariamente seriam praticados por este agente?

Se há capacidade técnica e operacional para cumpri-las – como, por exemplo, nos casos dos franqueadores que têm lojas próprias e delegam parte das operações a terceiros; ou das empresas de comércio digital que vendem produtos próprios e de terceiros; ou ainda nas redes em que existem múltiplos prestadores vinculados a uma mesma marca em um mesmo âmbito territorial – esse problema pode não ser relevante. Nestes casos, na ausência de cumprimento de uma prestação por parte de um agente autônomo coordenado ao qual é delegada apenas parcialmente a atividade operacional da rede, seria plenamente possível imputar ao coordenador e titular da marca o dever de cumprir com a prestação inadimplida, pessoalmente ou por intermédio de terceiros, sob pena de responsabilidade.

A título de exemplo, imaginemos a hipótese de um curso profissionalizante oferecido pela *Microlins* e contratado por um consumidor junto à franqueada da marca localizada em seu bairro. Caso esta se negue posteriormente a cumprir com o acordado – por exemplo, por ausência de alunos suficientes – entende-se que o consumidor prejudicado poderia exigir o cumprimento específico da prestação por outra unidade e, para tanto, poderia demandar diretamente a coordenadora da rede e titular da marca – hoje a *Pearson Cursos Profissionalizantes Ltda.*, sociedade que por sua vez é vinculada à *Pearson Education do Brasil S.A.* e ao grupo *Pearson* de educação, o que pode estender a discussão²⁹⁹ – para que preste o serviço contratado, seja por conta própria ou por meio de outra franqueada a ela vinculada, afinal: (i) nos termos do artigo 34 do CDC já mencionado em tópico anterior, o empresário preponente responde pelos atos de seus prepostos ou representantes, ainda que estes não estejam integrados à sua estrutura interna, uma vez que ainda assim se verifica uma relação de subordinação contratualmente estabelecida; e (ii) no caso de descumprimento da oferta, os incisos I e II do artigo 35 autorizam ao consumidor exigir o cumprimento forçado da prestação ou a substituição do bem por outro equivalente.

Esta alternativa é especialmente válida e necessária nas hipóteses de monopólio situacional do fornecedor em determinado mercado, em que existe dificuldade de se obter a mesma prestação ou equivalente junto a concorrentes. Imagine-se, por exemplo, o caso de uma única operadora de internet – *NET, Zamix* – instalada em determinada região de uma cidade e operacionalizada por meio de uma franqueada local semiautônoma que, por sua vez, se nega a cumprir com parâmetros de qualidade previamente estabelecidos. Ou, ainda, a negativa de prestação de cobertura por agente vinculado ao único plano de saúde aceito no hospital da cidade. Nestes casos, a simples rescisão contratual e consequente reparação pecuniária pode não ser capaz de satisfazer o interesse do consumidor, principalmente quando os contratos em questão forem considerados existenciais. Assim, se existem meios contratuais e legais para o exercício da atividade empresária e para o controle da rede como forma de

²⁹⁹ Neste caso, a empresa titular da marca *Microlins* seria vinculada, por sua vez, à marca *Pearson*, sendo mera agente coordenada da titular desta última. Entende-se que, neste caso, o grupo econômico seria ainda mais complexo estruturalmente e a discussão acerca dos limites da aplicabilidade do artigo 28 do CDC poderia ser ampliada, posto que a utilização da estrutura patrimonial da *Pearson Cursos Profissionalizantes Ltda.* poderia estar sendo utilizada por sua empresa-mãe (*Pearson Education do Brasil S.A.*) como escudo patrimonial relativo às operações da *Microlins*.

obter os bônus, estes mesmos mecanismos deverão ser utilizados para o cumprimento específico das obrigações e ônus contratuais e legais inerentes à operação³⁰⁰.

Em outras palavras, se o coordenador é responsável e capaz de definir contratualmente os parâmetros de ação de seus coordenados em suas operações regulares, nada obsta que também possa fazê-lo no cumprimento de tutelas específicas judicialmente determinadas. Pode, por exemplo, determinar que se substitua ou repare às suas custas o bem inadequado vendido ao consumidor. Ou, ainda, na qualidade de coordenadora do complexo, pode determinar que se repita ou complemente a prestação do serviço defeituoso (vício) pelo mesmo agente que contratou com o consumidor ou até mesmo por outro dos agentes pertencentes à rede, ou que qualquer de seus coordenados realize o serviço contratado e indevidamente negado (inadimplemento relativo)³⁰¹. Não há que se falar, portanto, em impossibilidade de cumprimento, ainda que este não possa ser realizado por conta própria.

Por outro lado, reconhecida a ineficácia absoluta do negócio por vícios ou por inadimplemento absoluto, abre-se também ao consumidor a possibilidade de se exigir a restituição de eventual quantia antecipada e, eventualmente, cobrar indenizações suplementares por perdas e danos³⁰². Nestas hipóteses, a partir de uma interpretação dos artigos 28 e 30 do CDC há de se considerar que a responsabilidade do titular da marca pelo ressarcimento desses prejuízos deverá ser solidária, pois: (i) o empresário em questão está indissociavelmente vinculado ao negócio em razão da indivisibilidade das prestações material (de terceiros) e imaterial (própria); (ii) além disso, dele se beneficia diretamente, sendo cabível a imputação a este agente do risco da atividade global; e (iii) a existência de um consórcio entre diferentes agentes para disponibilização de bens de consumo também

³⁰⁰ Neste ponto, destaca-se a tese de doutorado de Thiago Jabur Carneiro apresentada a esta mesma Faculdade de Direito da USP em 2011 na qual, ao trazer contribuições à análise do tema dos contratos de licenciamento de uso de marca no ordenamento jurídico nacional, indica expressamente que a utilização da marca pode e deve ser fiscalizada diretamente pelo licenciante, seja por meio de cláusulas que estabeleçam a forma de seu uso, métodos de monitoramento do controle de qualidade, exigência de amostras ou predeterminação de materiais a serem utilizados. (CARNEIRO, Thiago Jabur. **Contribuição ao estudo de contrato de licença de uso de marca**. Tese (Doutorado em Direito), Departamento de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2011. pp. 281-288). Por outro lado, podem também ser utilizadas por analogia as regras ligadas às estipulações em favor de terceiro previstas pelo Código Civil, pois permite-se ao estipulante – no caso, o coordenador que estabelece relação com seus coordenados para que estes prestem serviços ou alienem bens aos consumidores sob determinados parâmetros – exigir a efetivação das prestações contratadas (art. 436 do CC).

³⁰¹ Novamente, esta foi a solução utilizada nos casos Unimed, em que se determinou a realização subsidiária de prestações por conveniadas que não haviam sido responsáveis pela contratação originária.

³⁰² No caso do inadimplemento absoluto, esta previsão está no inciso III do artigo 35. No caso de vícios, as previsões estão no inciso II do §1º do artigo 18 (produtos) e no inciso IV do artigo 19 (serviços).

pressupõe a solidariedade entre estes como forma de se evitar o abuso do direito de separação patrimonial das pessoas jurídicas responsáveis pelo empreendimento.

Mutatis mutandis, o mesmo raciocínio pode ser aplicado para as hipóteses de indenização por acidentes de consumo. Considerando-se que a escolha por determinado fornecedor se baseia nas qualidades atribuídas à marca representativa do conjunto e, dentre estas, é possível incluir a expectativa geral de segurança que justifica a proteção dos consumidores contra o fato do produto ou do serviço, é plenamente possível que o ressarcimento de eventuais danos causados aos consumidores seja imputado ao seu titular que, direta ou indiretamente, determinou as medidas da confiança em determinado negócio ou apresentou-se como responsável pelos produtos desta atividade. Até mesmo à proteção dos *bystanders* se poderá aplicar esse raciocínio, pois, ainda que nestas hipóteses não se possa falar em persuasão pré-contratual, mesmo assim há de se proteger esse consumidor equiparado contra o abuso do direito de separação patrimonial inerente à personalidade jurídica decorrente das novas estruturas empresário-contratuais.

Em todas as situações ora expostas, o reconhecimento de uma ‘personalidade de marca’ *sui generis* para o complexo empresário-contratual serve como forma de proteger o consumidor vulnerável contra danos decorrentes de sua relação com os empresários-fornecedores que, profissionalmente, assumem o risco dessa atividade de fornecimento de produtos e serviços. Seja em razão da ineficácia dos acordos de vontades eventualmente realizados por conta própria ou por seus prepostos ou representantes, seja em razão de falha no dever de segurança no exercício da atividade, a sua participação inequívoca e consciente nos processos de persuasão pré-negocial ou de coordenação dos complexos empresário-contratuais contemporâneos torna evidente o vínculo jurídico abstrato entre o titular da marca e os agentes vulneráveis potencialmente atingidos pelo exercício de sua atividade, o que permite a sua responsabilização correlata por eventuais danos causados a estes últimos, seja na qualidade de contratantes diretos ou de *bystanders*.

Por fim, em qualquer das hipóteses, ressalva-se ao titular da marca eventualmente demandado pelos consumidores a possibilidade de propor ação regressiva posterior em face do real causador dos prejuízos, de modo a permitir a adequada apuração e imputação de responsabilidades nos termos e limites estabelecidos internamente pelas partes integrantes do complexo empresário-contratual. No entanto, esses acordos internos à rede nunca poderão impedir ou dificultar o ressarcimento dos danos ao consumidor.

CONCLUSÃO

É evidente a necessidade de se superar fronteiras no tratamento jurídico da marca enquanto expediente mercadológico voltado à alteração do equilíbrio de mercado em benefício de seu titular. Especificamente no ambiente microeconômico das relações de consumo, tal providência se justifica essencialmente na ausência de normas específicas a conformar seu potencial persuasivo, em especial a influência direta que possui sobre o consumidor final vulnerável; e, por outro lado, na inadequação do tratamento direto das relações por eles mediadas decorrente da existência de um paradigma estrutural da atividade empresarial distinto do predominante à época da elaboração das normas do CDC.

Se antes as atividades empresariais *stricto sensu* regulamentadas dentro deste microssistema – concepção, oferta, produção e distribuição de produtos e serviços – eram presumidas como concentradas em uma única personalidade jurídica estática e controladora de todos os processos, hoje estas se encontram pulverizadas entre diversos agentes empresários autônomos, especializados e contratualmente ligados e que, não obstante separados estruturalmente, ainda assim se apresentam aos consumidores sob uma única face comercial. Assim, considerando-se a impossibilidade de se enquadrar todos estes novos agentes e estruturas no conceito tradicional de fornecedor trazido pelo CDC, propõe-se o reconhecimento da marca como novo – ainda que não único – centro simbólico de imputação de direitos, deveres, obrigações, ônus e responsabilidades inerentes à atividade.

Entende-se que a utilização da marca como elemento persuasivo nas relações de consumo deve atrair *per se* a aplicação da legislação consumerista para impor ao seu titular obrigações para com o consumidor influenciado por este símbolo no período pré-contratual, ainda que não se verifique qualquer ajuste formal neste sentido no momento da contratação, uma vez que a vinculação do empresário titular de uma determinada marca é pressuposição jurídico-econômica típica dos contratos de consumo que dela se utilizam para promover produtos ou serviços. Ainda que não seja parte formal ou não se lhe impute qualquer prestação direta no instrumento contratual firmado com o consumidor, a utilização deliberada de marca de sua titularidade influencia decisivamente o processo de convencimento pré-contratual. Com isso, especialmente em sendo tal fato de conhecimento pleno de todas as partes envolvidas, as qualidades por ela promovidas devem ser consideradas como elemento subjetivo essencial do acordo de vontades realizado entre as partes.

Da mesma forma, constata-se que a sua utilização influencia decisivamente a relação de equivalência estabelecida entre fornecedor e consumidor na medida em que o valor a ela atribuída pelo último facilita a captação do excedente da relação pelo primeiro. Se em um produto comoditizado o valor da contraprestação seria fixado essencialmente pela competição, com relação ao produto marcado existe uma predisposição a um aumento de seu valor de troca, seja pela menor competição, seja pela percepção de outros benefícios (redução de *search costs*, benefícios simbólicos, entre outros). Dentro dos complexos empresário-contratuais contemporâneos, este processo é ainda potencializado na medida em que os bônus em questão acabam se concentrando no patrimônio do titular da marca, mesmo sem a necessidade de qualquer trato direto entre este e o consumidor.

Conclui-se, portanto, que a utilização pré-contratual de marcas como símbolo identificador de origem, fator diferenciador na concorrência e elemento autônomo de valor a torna base essencial dos contratos dos quais faça parte. Somando-se tal fato à presunção de vulnerabilidade do consumidor que por ela é afetado durante seu processo de escolha, à existência de ganhos correlatos por parte do empresário que dela se utiliza deliberadamente para obter ou potencializar os ganhos decorrentes de sua atividade; e, por fim, à necessidade de reequilíbrio destas relações por meio da imposição de deveres e limites à atuação destes agentes profissionais em posição de poder que, unilateralmente, se utilizam desse expediente para alterar o mercado em seu benefício, é possível concluir da mesma forma que a utilização de marca por determinado empresário nas suas relações com consumidores vulneráveis deve ser considerada fonte autônoma de obrigações correlatas a partir da aplicação conjunta de três diferentes regras já previstas no microssistema consumerista.

Primeiramente, o reconhecimento de uma relação de preposição entre o titular da marca e outros agentes autônomos por ele coordenados e que se usam de sua imagem e credibilidade para fomentar seus negócios leva à aplicabilidade em potencial da teoria da aparência e do artigo 34 do CDC³⁰³ como forma de vinculação do primeiro aos negócios firmados. Trata-se, à evidência, de conclusão voltada à proteção da confiança legítima estabelecida no consumidor no período pré-contratual.

³⁰³ Art. 34. O fornecedor do produto ou serviço é solidariamente responsável pelos atos de seus prepostos ou representantes autônomos.

Por outro lado, a existência de um manifesto intuito de se obter benefícios financeiros diretos por meio deste ‘transplante de credibilidade’ feito por meio da cessão das marcas implica em integração de seu titular à atividade empresária global e, conseqüentemente, na assunção dos riscos a ela inerentes. Com isso, para além da proteção das aparências percebidas pelo consumidor se tornam também aplicáveis a teoria do risco-proveito e a regra do artigo 30 do CDC³⁰⁴ para imputar os ônus e obrigações correlatos às vantagens potencialmente obtidas pelo agente em posição de poder que, deliberadamente, opta por descentralizar sua atividade para potencializar os próprios ganhos.

Por fim, a desconfiguração do nexó contratual tradicional entre fornecedor e consumidor afeta o equilíbrio econômico dessas relações de consumo contemporâneas em favor do titular da marca, que recebe os benefícios sem estar vinculado diretamente às obrigações contratualmente fixadas. Por outro lado, esta mesma configuração traz prejuízos não apenas aos consumidores, que veem enfraquecida sua proteção legal contra o oportunismo da contraparte contratual, mas também aos agentes empresários coordenados pelo titular da marca e utilizados como escudos patrimoniais. Nestas hipóteses, propõe-se então o reconhecimento de abuso do direito de separação patrimonial inerente às pessoas jurídicas e, conseqüentemente, com base no *caput* e no §3º do artigo 28 do CDC³⁰⁵, a possibilidade de desconsiderar a personalidade jurídica tradicional e estática indicada no contrato para admitir a existência de uma ‘personalidade de marca’ *sui generis* inerente à atividade e ao complexo empresário-contratual, como forma de atribuição de todas as obrigações e responsabilidades correlatas ao patrimônio do titular da marca na qualidade de agente coordenador e principal beneficiário do processo.

A partir da aplicação destas três regras, conclui-se que a utilização deliberada de marcas por empresários profissionais: (i) amplia o objeto contratual dos negócios em potencial a elas vinculados ao criar por conta própria expectativas legítimas e vinculantes nos consumidores a elas expostos no período pré-contratual; e (ii) permite a sua caracterização como fornecedor equiparado para fins de imputação direta de todas as obrigações e

³⁰⁴ Art. 30. Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.

³⁰⁵ 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.. [...] § 3º As sociedades consorciadas são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código.

responsabilidades, tanto legais quanto contratuais, ligadas aos contratos firmados sob a sua influência, mesmo que os negócios finais tenham sido formalmente firmados ou os eventos danosos tenham sido praticados por seus representantes ou associados.

Entende-se que, a partir desta interpretação do conceito de fornecedor ora proposta dentro do ambiente estrito das relações de consumo, realinha-se a proteção dos consumidores vulneráveis inicialmente pretendida ao novo paradigma de estruturação empresarial contemporâneo. Abrem-se, por outro lado, caminhos para uma posterior reinterpretação total do conceito de empresa enquanto centro de imputação de direitos e deveres ligado a uma estrutura patrimonial hermeticamente fechada.

Destaca-se, por último, que o acolhimento da interpretação ora proposta não deve ser óbice a eventual proposta legislativa de atualização do conceito-base de fornecedor previsto pelo artigo 3º do CDC para acrescentar às atividades que o caracterizam o ato de ‘se apresentar como fornecedor por meio da aposição de seu nome, marca ou credibilidade aos produtos ou serviços comercializados’, tornando-o mais alinhado ao conceito estabelecido pelo artigo 3º da Diretiva 85/374/CEE³⁰⁶ e às novas estruturas empresário-contratuais contemporâneas demonstradas neste trabalho.

³⁰⁶ 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.

REFERÊNCIAS³⁰⁷

AAKER, David. A. **Marcas: brand equity** gerenciando o valor da marca. Tradução de André Andrade. São Paulo: Elsevier, 1998.

AAKER, Jennifer. *Dimensions of brand personality*. **Journal of Marketing Research**, v. 34. n. 3. ago/1997. pp. 347-356

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. Caderno de informação da saúde suplementar: beneficiários, operadoras e planos, jun/2017. Disponível em: http://www.ans.gov.br/images/stories/Materiais_para_pesquisa/Perfil_setor/Dados_e_indicadores_do_setor/caderno_informacoes_jun2017.xls. Acesso em 24.12.2018

AKERLOF, George A. *The market for lemons: quality uncertainty and the market mechanism*. **The Quarterly Journal of Economics**, v. 84, n. 3, ago./1970, pp. 488-500.

ALCHIAN, Armen; DEMSETZ, Harold. *Production, information costs and economic organization*. **The American Economic Review**. v. 62. n. 5. Dez/1972. pp. 777-778

ANAND, Bharat; SHACHAR, Ron. *Brands as beacons: A new source of loyalty to multiproduct firms*. **Journal of Marketing Research**, v. 41, n. 2, 2004, pp. 135-150.

ANDERSON, Chris. **The long tail: why the future of business is selling less of more**. Nova Iorque: Hachette Books, 2008.

ARONS, Mark de Swaan. *How brands were born: a brief history of modern marketing*. **The Atlantic**. 03.out.2011. Disponível em: <https://www.theatlantic.com/business/archive/2011/10/how-brands-were-born-a-brief-history-of-modern-marketing/246012/>. Acesso em 22.12.2018.

ASCARELLI, Tullio. O desenvolvimento histórico do Direito Comercial e o significado da unificação do Direito Privado. Tradução de Fábio Konder Comparato. **Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro**. São Paulo, n. 114, abr./jun. 1999, pp. 237-252.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE FRANCHISING. **Perfil das 50 maiores franquias no Brasil: marcas associadas ABF**. 2017. Disponível em: <https://www.abf.com.br/wp-content/uploads/2018/01/Perfil-das-50-maiores-Franquias-no-Brasil-Marcas-associadas-ABF-2017.pdf>. Acesso em 24.12.2018.

³⁰⁷ De acordo com a NBR 6023:2002 (ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. NBR 6023: informação e documentação: referências: elaboração. Rio de Janeiro, 2002.) e as diretrizes para apresentação de dissertações e teses da Universidade de São Paulo (UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. Sistema Integrado de Bibliotecas da USP. Diretrizes para apresentação de dissertações e teses da USP: parte I (ABNT). 3.ed. rev. ampl. mod. São Paulo: SIBiUSP, 2016).

ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. Tradução de Fábio Konder Comparato. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. v. 35. n. 104. out/dez 1996. São Paulo: RT, 1996. pp. 109-126.

BARBOSA, David. O ambicioso projeto da Foxconn que não decolou no Brasil. **Exame**. 04 out 2017. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/negocios/o-ambicioso-projeto-da-foxconn-nao-decolou-no-brasil/>. Acesso em 24.12.2018.

BARBOSA, Denis Borges. **Proteção das marcas**: uma perspectiva semiológica. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017

_____. **O fator semiológico na construção do signo marcário**. Rio de Janeiro: UERJ, 2006. Tese (Doutorado em Direito), Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2006.

BATEY, Mark. **O significado da marca**: como as marcas ganham vida na mente dos consumidores. Tradução de Gabriel Zide Neto. Rio de Janeiro: Best Business, 2010.

BEEBE, Barton. *The semiotic analysis of trademark law*. **UCLA Law Review**, v. 51. n. 3. fev/2004. pp. 621-704.

_____. *Search and persuasion in trademark law*. **Michigan Law Review**, v. 103, ago/2005. pp. 2021-2072.

BELK, Russell. *Possessions and the extended self*. **The Journal of Consumer Research**, v. 15, n. 2, set./1988, pp. 139-168.

BESSA, Leonardo Roscoe. Fornecedor equiparado. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 61, jan./mar. 2007, pp. 126-141.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de concentração nº 08012.005846/1999-12. Relator Conselheiro Hebe Teixeira Romano Pereira da Silva, aprovado mediante assinatura de termo de compromisso de desempenho em 29 de maio de 2000. Brasília, DF, 2000.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de concentração nº 08012.000212/2002-30. Relator Conselheiro Miguel Tebar Barrionuevo, aprovado mediante assinatura de termo de compromisso de desempenho em 17 de julho de 2004. Brasília, DF, 2004.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de concentração nº 08012.004423/2009-18. Relator Conselheiro Ricardo Machado Ruiz, aprovado mediante assinatura de termo de compromisso de desempenho em 13 de julho de 2011. Brasília, DF, 2011

_____, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de concentração nº 27/1995. Relatora Conselheira Luciana Helena Salgado e Silva, aprovado mediante assinatura de termo de compromisso de desempenho em 18 de setembro de 1996. Brasília, DF, 1996.

_____. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Rio de Janeiro, 24 fev 1891. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm. Acesso em 24.12.2018.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 05 out 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 26.12.2018.

_____. Decreto n. 1.236 de 24 de setembro de 1904. Modifica o decreto n. 3.346, de 14 de outubro de 1904. **Diário Oficial da União**. Rio de Janeiro, 25 nov 1904. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1900-1909/decreto-1236-24-setembro-1904-583977-republicacao-107078-pe.html>. Acesso em 24.12.2018.

_____. Decreto n. 2.682, de 23 de outubro de 1875. Regula o direito que têm o fabricante e o negociante, de marcar os productos de sua manufactura e de seu commercio. **Coleção de Leis do Imperio do Brasil**. Rio de Janeiro, 27 out 1875. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-2682-23-outubro-1875-549770-publicacaooriginal-65288-pl.html>. Acesso em 24.12.2018.

_____. Decreto n. 3.346 de 14 de outubro de 1887. Estabelece regras para o registro de marcas de fabrica e de commercio. **Coleção de Leis do Imperio do Brasil**. Rio de Janeiro, 20 out 1887. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-3346-14-outubro-1887-542988-publicacaooriginal-52676-pl.html>. Acesso em 24.12.2018.

_____. Decreto n. 4.932 de 10 de junho de 1925. Approva o decreto n. 16.264, de 19 de dezembro de 1923, que creou a Directoria Geral de Propriedade Industrial. **Diário Oficial da União**. 16 jun 1925. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-4932-10-junho-1925-564818-publicacaooriginal-88738-pl.html>. Acesso em 24.12.2018.

_____. Decreto n. 5.424, de 10 de Janeiro de 1905. Approva o regulamento para execução da lei n. 1236, de 24 de setembro de 1904, sobre marcas de fabrica e de commercio. **Diário Oficial**. 27 jan 1905. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1900-1909/decreto-5424-10-janeiro-1905-516264-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em 24.12.2018.

_____. Decreto n. 9.233 de 28 de junho de 1884. Promulga a convenção, assignada em Pariz a 20 de Março de 1883, pela qual o Brazil e outros Estados se constituem em União para a protecção da propriedade industrial. **Coleção de Leis do Imperio do Brasil**. Rio de Janeiro, 28 jun 1884. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-9233-28-junho-1884-543834-publicacaooriginal-54426-pe.html>. Acesso em 24.12.2018.

_____. Decreto n. 16.264 de 19 de dezembro de 1923. Crêa a Directoria Geral da Propriedade Industrial. **Diário Oficial da União**. Rio de Janeiro, 23 dez 1923. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-16264-19-dezembro-1923-505763-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em 24.12.2018.

_____. Decreto n. 75.572 de 8 de abril de 1975. Promulga a Convenção de Paris para a Protecção da Propriedade industrial revisão de Estocolmo, 1967. **Diário Oficial da União**. 10

abr 1975. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1970-1979/decreto-75572-8-abril-1975-424105-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em 24.12.2018.

_____. Decreto n. 91.469 de 25 de julho de 1985. Cria o Conselho Nacional de Defesa do Consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. 25 jul 1985. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1980-1987/decreto-91469-24-julho-1985-441658-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em 26.12.2018.

_____. Decreto-lei n. 254 de 28 de fevereiro de 1967. Código da Propriedade Industrial. **Diário Oficial da União**. 28 fev 1967. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1960-1969/decreto-lei-254-28-fevereiro-1967-374675-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em 24.12.2018.

_____. Decreto-lei n. 1.005 de 21 de outubro de 1969. Código da Propriedade Industrial. **Diário Oficial da União**. 21 out 1969. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1960-1969/decreto-lei-1005-21-outubro-1969-351763-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em 24.12.2018.

_____. Decreto-lei n. 7.903 de 27 de agosto de 1945. Código da Propriedade Industrial. **Coleção de Leis do Brasil**. 27 ago 1945. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/Del7903.htm. Acesso em 24.12.2018.

_____. Lei n. 5.772 de 21 de dezembro de 1971. Institui o Código da Propriedade Industrial, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. 31 dez 1971. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5772.htm. Acesso em 24.12.2018.

_____. Lei n. 6.279 de 28 de novembro de 1979. Dispõe sobre a concessão comercial entre produtores e distribuidores de veículos automotores de via terrestre. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 29 nov 1979. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6729.htm. Acesso em 26.12.2018.

_____. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 12 out 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078compilado.htm. Acesso em 24.12.2018.

_____. Lei n. 8.955, de 15 de dezembro de 1994. Dispõe sobre o contrato de franquia empresarial (franchising) e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 16 dez 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8955.htm. Acesso em 24.12.2018.

_____. Lei n. 9.279, de 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 14 mai 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9279.htm. Acesso em 24.12.2018.

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 jan 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em 27.12.2018.

_____. Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 30 nov 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm. Acesso em 24.12.2018.

_____. Projeto de lei do Senado n. 97 de 1989. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário do Congresso Nacional**. 03 mai 1989.

_____. Projeto de lei n. 309 de 26 de agosto de 1971. Dá nova redação ao Código de Propriedade Industrial e adota outras providências. **Diário do Congresso Nacional**. 01 set 1971. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1190531&filename=Dossie+-PL+309/1971. Acesso em 24.12.2018.

_____. Projeto de lei n. 824 de 8 de maio de 1991. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. **Diário do Congresso Nacional**. 02 mai 1991. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1144330&filename=Dossie+-PL+824/1991. Acesso em 24.12.2018

_____. Projeto de lei n. 3.187 de 9 de fevereiro de 2012. Acrescenta parágrafos aos arts. 30 e 36 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, que dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências, para proibir a utilização de imagens meramente ilustrativas na oferta e apresentação de produtos e serviços, equiparando tal prática à de divulgação de publicidade enganosa. **Diário do Congresso Nacional**.

_____. Projeto de lei n. 3.983 de 1989. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário do Congresso Nacional**. 21 set 1989. Disponível em: <http://www.camara.leg.br/internet/infdoc/novoconteudo/Acervo/CORPI/Arquivos/PL-3683-1989-2.pdf> e <http://www.camara.leg.br/internet/infdoc/novoconteudo/Acervo/CORPI/Arquivos/PL-3683-1989-1.pdf>. Acesso em 26.12.2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Ação Rescisória nº 2.931/SP. Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Castro Filho. **Diário da Justiça**. 01 fev 2006. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=573713&num_registro=200301675010&data=20060201&formato=PDF. Acesso em 26.12.2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 63.981/SP. Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Aldir Passarinho Junior. Relator para acórdão Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. **Diário da Justiça**. 20 nov 2000. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=IMG&sequencial=69638&num_registro=199500183498&data=20001120&formato=PDF. Acesso em 26.12.2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 113.012/MG. Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar. **Diário de Justiça**. 12 mai 1997. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199600710406&dt_publicacao=12-05-1997&cod_tipo_documento=&formato=PDF. Acesso em 26.12.2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 566.735/PR. Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Luís Felipe Salomão. Relator para acórdão Ministro Fernando Gonçalves. **Diário de Justiça Eletrônico**. 01 mar 2010. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=906591&num_registro=200301163470&data=20100301&formato=PDF. Acesso em 26.12.2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.140.107/PR. Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Massami Uyeda, Diário de Justiça Eletrônico. 04 abr 2011. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1015072&num_registro=200901629549&data=20110404&formato=PDF. Acesso em 26.12.2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.309.981/SP. Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Luís Felipe Salomão. **Diário de Justiça Eletrônico**. 17 dez 2013. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1266996&num_registro=201200353051&data=20131217&formato=PDF. Acesso em 16.12.2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.377.899/SP. Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Luís Felipe Salomão. Diário de Justiça Eletrônico. 11 fev 2015. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1362321&num_registro=201101713186&data=20150211&formato=PDF. Acesso em 26.12.2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.665.698/CE. Relator Ministro Ricardo Villas Boas Cueva. Diário de Justiça Eletrônico. 31 mai 2017. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1605934&num_registro=201601533036&data=20170531&formato=PDF. Acesso em 26.12.2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.709.539/MG. Relator Ministro Herman Benjamin. Diário de Justiça Eletrônico. 05 dez 2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1719587&num_registro=201702922691&data=20181205&formato=PDF. Acesso em 11.01.2019.

CARNEIRO, Thiago Jabur. **Contribuição ao estudo de contrato de licença de uso de marca**. Tese (Doutorado em Direito), Departamento de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2011.

COASE, Ronald Harry. *The nature of the firm*. *Economica NS*, v. 5, 1937, pp. 386-405.

CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. Directiva 85/374/CEE do Conselho, de 25 de Julho de 1985, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros em matéria de responsabilidade decorrente dos produtos defeituosos. **Jornal Oficial**. L. 210. 7 ago 1985. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=celex:31985L0374>. Acesso em 26.12.2018.

CONSELHO NACIONAL DE AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA. Representação nº 263/14. Relator Conselheiro Eduardo Martins. Julgada em dez/2014. Disponível em: <http://www.conar.org.br/processos/detcaso.php?id=3996>. Acesso em 27.12.2018.

COOMBE, Rosemary. *The cultural life of intellectual properties: authorship, appropriation, and the law*. Duke University Press, 1998.

CSERES, Katalin Judit. *Competition law and consumer protection*. *The Hague: Kluwer Law International*, 2005.

DECLERCQ, Marie. Explicando o fenômeno da Cyclone: Como a grife de *surfwear* se tornou uma das marcas mais emblemáticas da periferia brasileira. **Vice Brasil**. 04 mai 2017. Disponível em: https://www.vice.com/pt_br/article/bmwxb8/explicando-o-fenomeno-da-cyclone. Acesso em 22.12.2018.

DENIS, Rafael Cardoso. Design, cultura material e o fetichismo dos objetos. **Arcos: design, cultura, material e visualidade**. Rio de Janeiro, v. 1, 1998, p. 15-39.

DIAMOND, Sidney A. *The historical development of trademarks*. *Trademark Reporter*, v. 73. n.3, jul/ago 1983, pp. 222/247.

DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e direito**. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2013.

ECONOMIDES, Nicholas. *The economics of trademarks*. *Trademark Reporter*, v. 78, jul/ago 1988, pp. 523-539.

ERDEM, Tülin; SUN, Baohong. *An empirical investigation of the spillover effects of advertising and sales promotions in umbrella branding*. *Journal of Marketing Research*, v. 39, n. 4, nov./2002, pp. 408-420.

ERDEM, Tülin; SWAIT, Joffre. *Brand credibility, brand consideration, and choice*. *Journal of Consumer Research*, v. 31, 2004. pp. 191–198.

_____. *Brand equity as a signaling phenomenon*. *Journal of Consumer Psychology*, v. 7, n. 2, 1998, pp 131-157.

_____. *The information-economics perspective on brand equity*. *Foundations and trends in marketing*, v. 10, n 1, 2016, pp. 1-59.

FABRICANTE da Coca-Cola é multada em R\$ 1,158 milhão por Laranja Caseira. **Época Negócios**, 09 jul 2013. <https://epocanegocios.globo.com/Informacao/Acao/noticia/2013/07/fabricante-da-coca-cola-e-multada-em-r-1158-milhao.html>. Acesso em 28.12.2018.

FALBO, Ricardo Nery. Reflexões epistemológicas sobre o direito e a prática da pesquisa jurídica. **Revista Direito e Praxis**, v. 3, p. 194-228, 2012.]

FORGIONI, Paula Andrea. **A evolução do direito comercial brasileiro**: da mercancia ao mercado. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2012.

FOURNIER, Susan. *Consumers and their brands: developing relationship theory in consumer research*. **Journal of Consumer Research**, v. 24, n. 4, mar./1998, pp. 343/373.

FREEMAN, Robert Edward. **Strategic management: a stakeholder approach**. Boston: Pitman, 1984.

GARDNER, Burleigh; LEVY, Sidney. *The product and the brand*. **Harvard Business Review**, mar./abr. 1955, pp. 33-39.

GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2002

GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et. al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 11. ed. rev. atual. e reform. Rio de Janeiro: Forense, 2017

HILL, Sam; MCGRATH, Jack; DAYAL, Sandeep. *How to brand sand*. **Strategy et business**. Segundo trimestre de 1998. Disponível em: <https://www.strategy-business.com/article/16333?gko=7a2df>. Acesso em 22.12.2018.

KELLER, Kevin Lane. *Brand synthesis: the multidimensionality of brand knowledge*. **Journal of Consumer Research**, v. 29, n. 4, mar./2003, pp. 595-600.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KLEIN, Naomi. **Sem logo**: a tirania das marcas em um planeta vendido. Tradução de Ryta Vinagre. Rio de Janeiro: Record, 2009. 7. ed.

KÜMPEL, Vitor Frederico. A teoria da aparência no Novo Código Civil Brasileiro: Lei 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Tese (Doutorado em Direito), Departamento de Direito Civil da Universidade de São Paulo. 2004.

KOTLER, Philip; ARMSTRONG, Gary. **Princípios de Marketing**. 12.ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2007

KRAAKMAN, Reinier *et al.* **The anatomy of corporate law: a comparative and functional approach**. Oxford University Press, 2004.

LAMY FILHO, Alfredo; BULHÕES PEDREIRA, José Luiz [coords.]. **Direito das companhias**. 2. ed. atual. e ref. Rio de Janeiro: Forense, 2017

LANDES, William M; POSNER, Richard A. *Trademark law: an economic perspective*. *Journal of Law and Economics*. v. 30, n. 2, out./1987, pp. 265-309

LARENZ, Karl. *Base del negocio jurídico y cumplimiento do contrato*. Tradução de Carlos Fernandez Rodriguez. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1956.

LEAL, Ana Luiza. Toda empresa quer ter uma boa história – algumas são mentira. **Exame**. 23 out 2014. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/revista-exame/marketing-ou-mentira/> Acesso em 27.12.2018.

LEE, Stan; DITKO, Steve. *Amazing fantasy*. n. 15. Nova York: *Marvel Comics*, ago/1962.

LEVITT, Theodore. *Marketing success through differentiation - of anything*. *Harvard Business Review*, jan./fev. 1980. Disponível em: <https://hbr.org/1980/01/marketing-success-through-differentiation-of-anything>. Acesso em: 22.12.2018.

LOPES, José Reinaldo de Lima. A formação do direito comercial brasileiro: a criação dos tribunais de comércio do Império. **Cadernos Direito GV Pesquisa**, v. 4, n. 6. nov/2007. pp. 5-70.

MALHOTRA, Naresh. *Self concept and product choice: an integrated perspective*. *Journal of Economic Psychology*. v. 9, 1988, pp. 1-28.

MARK, Margaret; PEARSON, Carol S. *The hero and the outlaw: building extraordinary brands through the power of archetypes*. [s.l.]: McGraw-Hill, 2001.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 8.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2016.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. 2.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MASLOW, Abraham. *A theory of human motivation*. *Psychological Review*, v. 50, n. 4, jul./1943, pp. 370-396.

MCALEXANDER, James; SCHOUTEN, John. *Brandfests: Servicescapes for the cultivation of brand equity*. In: SHERRY JR., John. *Servicescapes: The Concept of Place in Contemporary Markets*. Chicago: NTC Business Books, 1998. 377-402.

MCALEXANDER, James; SCHOUTEN, John; KOENIG, Harold. *Building brand community*. *Journal of Marketing*. v. 66, n. 1, jan/2002. pp. 38-54.

MCCRACKEN, Grant. **Cultura e consumo: novas abordagens ao caráter simbólico dos bens e das atividades de consumo**. Tradução de Fernanda Eugenio. Rio de Janeiro: Mauad, 2003.

_____. *Culture and consumption: a theoretical account of the structure and movement of the cultural meaning of consumer goods*. *Journal of Consumer Research*, v. 13, n. 1, 1986, pp. 71-84.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 5. ed. São Paulo: RT, 2014.

MOORE, Karl; REID, Susan. *The birth of brand: 4000 years of branding history*. *Business History*. v. 50, n. 4, 2008, pp. 419-432. 2008. Disponível em https://mp.ra.ub.uni-muenchen.de/10169/1/Birth_of_Brand. Acesso em 22.12.2018.

MORRIS, P. Sean. *The economics of distinctiveness: the road to monopolization in trade mark law*. *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, v. 33, 2011, pp. 321-386.

MUNIZ, Albert. M.; O'GUINN, Thomas. *Brand community*. *Journal of Consumer Research*, v. 27, n. 4, 2001.

NUTELLA muda receita e sabor e recebe críticas. **Revista Pequenas Empresas Grandes Negócios**. 09 nov 2017. Disponível em: <https://revistapegn.globo.com/Negocios/noticia/2017/11/nutella-muda-receita-e-sabor-e-recebe-criticas.html>. Acesso em 28.12.2018.

PARK, C, Whan; MACINNIS, Deborah; PRIESTER, Joseph; EISENGERICH, Andreas; IACOBUCCI, Dawn. *Brand attachment and brand attitude strength: conceptual and empirical differentiation of two critical brand equity drivers*. *Journal of Marketing*. v. 74, nov./2010, pp. 1-17.

PEIRCE, Charles Sanders. **Semiótica**. Tradução de José Teixeira Coelho Neto. 4. ed. 2ª reimpressão. São Paulo: Perspectiva, 2015.

PEREIRA, Vivian. *Natura amplia logística e produção para crescer no Brasil e AL*. **G1**. Economia e Negócios. 27 out 2010. Disponível em: <http://g1.globo.com/economia-e-negocios/noticia/2010/10/natura-amplia-logistica-e-producao-para-crescer-no-brasil-e-al.html>. Acesso em 24.12.2018.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Defesa da concorrência e bem-estar do consumidor**. São Paulo: RT, 2015.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei; GRUBBA, Leilane Serratine. Bachelard e os Obstáculos Epistemológicos à Pesquisa Científica do Direito. **Sequência: estudos jurídicos e políticos**, Florianópolis, p. 307-334, jul. 2012.

RUIZ, Ricardo Machado. Fusões e aquisições no Brasil: o caso BR-Foods no CADE. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 258, mai/2013, p. 389.

SALAMA, Bruno. O que é pesquisa em direito e economia. **Revista Direito GV**, v. 5. n. 2. mar/2008.

SCHECHTER, Frank I. *The rational basis of trademark protection*. *Harvard Law Review*, v. 40, n. 6. 1927. Pp. 334/352.

SCHINDLER, Robert M. *The real lesson of New Coke: the value of focus groups for predicting the effects of social influence.* **Marketing Research.**, v. 4., n. 4, dez./1992, pp. 22-26.

SCHUMPETER. *Brand new: emerging-market companies are trying to build global brands.* **The Economist**, 4 ago 2012.. Disponível em: <https://www.economist.com/business/2012/08/04/brand-new>. Acesso em: 22.12.2018.

SILVEIRA, Newton. A marca Kolynos e a marca Sorriso. In: _____ **Estudos e pareceres de propriedade intelectual.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SIMON, Herbert A. *A behavioral model of rational choice.* **The Quarterly Journal of Economics**, v. 69. n.1. /1955, pp. 99-118.

STIGLER, George J. *The economics of information.* **The journal of political economy.** v. 69, n. 3. jun/1961

SZTAJN, Rachel; ZYLBERSZTAJN, Décio. [coords.]. **Direito & Economia.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

SZWARCFITER, Cláudio; DALCOL, Paulo Roberto. Economias de escala e de escopo: desmistificando alguns dos aspectos da transição. In: **Produção.** v.7. n.2. nov/1997. pp. 117-129. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/prod/v7n2/v7n2a01>. Acesso em 12.07.2018.

VIEIRA, Marcos Antonio. **Propriedade industrial** – marcas: história, legislação, comentários, jurisprudência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

WU, Tim. *The attention merchants: the epic scramble to get inside our heads.* Nova Iorque: Knopf, 2016. Ebook Kindle. Não paginado.