

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Marcelo Akyama Florêncio

A responsabilidade pelo produto do proprietário da marca
sob a perspectiva do Código de Defesa do Consumidor

MESTRADO EM DIREITO

SÃO PAULO
2012



Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Marcelo Akyama Florêncio

A responsabilidade pelo produto do proprietário da marca
sob a perspectiva do Código de Defesa do Consumidor

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada à Banca de
Examinadora da Pontifícia
Universidade Católica de São Paulo,
como exigência parcial para obtenção
do título de Mestre em Direito sob a
orientação do Prof. Doutor Nelson
Nery Júnior.

SÃO PAULO
2012

Agradeço

Aos meus pais por terem me educado para a vida
e cultivado em mim, desde de muito cedo,
a dúvida que move a busca por conhecimento

Aos amigos, pois são os únicos que estão sempre abertos
a uma conversa franca e a nos ajudar incondicionalmente

Ao Prof. Nelson Nery Júnior que me propiciou
a oportunidade de realizar os meus estudos pós graduados na PUC-SP
e por ter aceito ser o meu orientador

Ao amor da minha vida porque sozinho
não realizaria os meus sonhos,

RESUMO

O objetivo deste trabalho é delinear as potencialidades e os limites de uma responsabilidade pelo produto do titular da marca ou quem com ele se assimile. Inicia-se a pesquisa pela exposição da evolução da organização dos meios de produção e da formação da sociedade consumo de forma contextualizar o direito do consumidor e a responsabilidade pelo produto. Em seguida explora-se o conhecimento do direito do consumidor, da consolidação da doutrina do *strict product liability* e das *implied warranties* como modelos jurídicos que serviram de referência para a Diretiva da CEE 85/374 e para o sistema de responsabilidade previsto no nosso Código de Defesa do Consumidor. Continua-se a exposição da evolução da organização dos meios de produção, com o objetivo de evidenciar a marca e em seguida investigar a doutrina jurídica marcária. Percorrido esse caminho científica alcança-se a conclusão de que o proprietário da marca ou quem com ele se assimile responde pelos produtos em raciocínio lastreado no proveito econômico tirado por este sujeito quando a marca lhe valoriza o seu estabelecimento comercial por meio do aumento do seu *goodwill*, na sua condição econômica de suportar a dano, de diluí-lo no preço, no fato de que é o sujeito mais acessível ao consumidor no caso de danos e porque se enquadra no conceito de fornecedor e integra a cadeia de fornecimento, no caso de problemas que comprometem a finalidade do produto ou lhe diminua o seu valor.

Palavras-chave: responsabilidade – danos - produto – fabricante – consumidor – marca – vício – defeito – qualidade – *liability* – diretiva – produtor – solidariedade – produção - industrial

ABSTRACT

The objective of this work is to describe potential and limits of a product liability for trademark owner and licensor. Research starts with exposure of business history and formation of consumer society in order to contextualize the consumer law and product liability. It examined the evolution of doctrine of product liability and implied warranties that served as a reference to Directive 85/374/EEC and liability set out in Consumer Protection Code of Brazil. Remains on investigate a trademark law. This reaches conclusion trademark owner is liable by products based by reasoning in profit, increasing its goodwill in their capacity to withstand the damages distributions in the price, in fact that is more accessible to consumers, and ensuring product quality in case of problems that compromise the intended purpose.

Keywords: liability – damage – goods – product – manufacturer – consumer – trademark – defect – quality – directive – producer – jointly – severally – producer - industrial

BANCA EXAMINADORA

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1. O DIREITO DAS RELAÇÕES DE CONSUMO	19
1.1. OS FUNDAMENTOS DE UM DIREITO DO CONSUMIDOR	21
1.1.1. <i>A evolução da sociedade e da organização do sistema produtivo.....</i>	<i>21</i>
1.1.1.1. A Produção Manufatureira	23
1.1.1.2. A produção em série e os fundamentos do mercado de massa	26
1.1.1.3. A Sociedade do Consumo	32
1.1.2. <i>Vulnerabilidade do consumidor</i>	<i>38</i>
1.2. O DIREITO DO CONSUMIDOR E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	46
1.2.1. <i>O direito do consumidor no Brasil.....</i>	<i>46</i>
1.2.2. <i>Microsistema das Relações de Consumo.....</i>	<i>48</i>
1.2.3. <i>Lei Principlológica</i>	<i>50</i>
1.2.4. <i>Relação de consumo</i>	<i>51</i>
1.2.5. <i>Consumidor</i>	<i>53</i>
1.2.5.1. O conceito padrão de consumidor.....	54
1.2.5.2. Os conceitos de consumidores “por equiparação”	57
1.2.6. <i>Fornecedor</i>	<i>59</i>
1.2.6.1. A solidariedade no Código de Defesa do Consumidor	65
1.2.7. <i>Produto</i>	<i>73</i>
2. ACIDENTE DE CONSUMO E VÍCIO DO PRODUTO - A RESPONSABILIDADE NAS RELAÇÕES DE CONSUMO...74	
2.1. A IDEIA CENTRAL DE RESPONSABILIDADE NA SEARA DO CONSUMO – A RESPONSABILIDADE OBJETIVA.....	76
2.1.1. <i>A responsabilidade objetiva e seus fundamentos.....</i>	<i>78</i>
2.1.1.1. A teoria do risco como justificativa da responsabilidade objetiva.....	78
2.1.1.2. O risco proveito	81
2.1.1.3. O risco extraordinário	84
2.1.1.4. A causa do risco	87
2.1.1.5. A prevenção de danos	89
2.1.1.6. Distribuição dos prejuízos	91
2.1.1.7. Equidade	92
2.1.2. <i>Conclusão parcial.....</i>	<i>92</i>
2.2. A ORIGEM DAS IDEIAS EM TORNO DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA NA PERSPECTIVA DO CONSUMIDOR.....	93
2.2.1. <i>“Strict Product Liability” – A perspectiva do direito americano do norte</i>	<i>98</i>
2.2.2. <i>Diretiva 85/374/CEE.....</i>	<i>105</i>
2.2.2.1. Na Inglaterra	106
2.2.2.2. Na França	108
2.2.2.3. Na Itália.....	111
2.2.2.4. Na Alemanha	113

2.2.2.5. A uniformização de entendimento – a diretiva europeia (Diretiva CEE 85/374).....	113
2.3. A RESPONSABILIDADE NOS ACIDENTE DE CONSUMO NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	116
2.3.1. <i>Responsabilidade do Fabricante</i>	117
2.3.2. <i>Responsabilidade do produtor e construtor</i>	121
2.3.3. <i>Responsabilidade do Comerciante</i>	122
2.3.4. <i>Responsabilidade do Importador</i>	126
2.4. RESPONSABILIDADE PELO VÍCIO DE PRODUTOS	131
2.4.1. <i>O vício redibitório</i>	133
2.4.2. <i>Fundamentos jurídicos dos vícios redibitórios</i>	134
2.4.2.1. O vício redibitório como um consectário da lógica contratual.....	136
2.4.2.2. O vício redibitório como uma consequência do vício de consentimento.....	140
2.4.2.3. Conclusão parcial	143
2.4.3. <i>As garantias implícitas (implied warranties) do direito norte americano</i>	144
2.4.4. <i>A responsabilidade pelo vício do produto</i>	149
2.4.4.1. Responsabilidade subjetiva dos vícios dos produtos	151
2.4.4.2. Responsabilidade objetiva dos vícios dos produtos	154
2.4.4.3. O terceiro vetor para a decisão do responsável pelo vício do produto.....	156
3. A MARCA.....	160
3.1. A IMPORTÂNCIA DA MARCA	160
3.1.1. <i>O significado histórico da marca</i>	161
3.1.2. <i>Especialização flexível e a fábrica global</i>	164
3.1.3. <i>A preponderância do marketing</i>	167
3.1.4. <i>A era do conhecimento e dos bens imateriais – a preponderância da marca</i>	170
3.2. A MARCA E O DIREITO.....	176
3.2.1. <i>Funções atribuídas à marca</i>	181
3.2.1.1. Função de indicação de origem.....	182
3.2.1.2. Função distintiva da marca e a concorrência	185
3.2.1.3. Função econômica – a valorização do goodwill da empresa.....	187
3.2.1.4. Função de indicação de qualidade	189
3.2.1.5. Função publicitária	192
3.2.2. <i>Classificação jurídica das marcas</i>	194
3.2.3. <i>A cessão e licença da marca</i>	198
4. A MARCA E AS RELAÇÕES DE CONSUMO	201
4.1.1. <i>A marca e o fornecedor aparente</i>	201
4.1.2. <i>Pós-personalização</i>	204
4.1.3. <i>Catividade e as redes contratuais</i>	209
4.1.4. <i>A marca global como resultado da publicidade mundial - REsp 63981</i>	212
4.1.5. <i>A marca e a confiança despertada</i>	215

5. A MARCA E A RESPONSABILIDADE NAS RELAÇÕES DE CONSUMO	218
5.1. HÁ UMA SITUAÇÃO DE IRRESPONSABILIDADE?.....	218
5.2. CONCLUSÕES.....	220
6. BIBLIOGRAFIA	226

INTRODUÇÃO

O objetivo desta pesquisa é analisar e levantar as potencialidades e dificuldades de se afirmar que se pode imputar a responsabilidade, ou o dano, àquele que apõe a sua marca em produtos que causam danos ao consumidor ou que, ainda, não se prestam ao fim a que se destinam, a partir de um estudo sobre a responsabilidade no Código de Defesa do Consumidor e a marca.

Essa hipótese surge de um contraste da realidade, um *case* que trouxe a reflexão e uma problematização do conhecimento conformado sobre o direito do consumidor. O caso tratava da imputação de responsabilidade, por órgão metrológico, sobre produtos vendidos com quantidade menor à informada, por um órgão de fiscalização metrológico, a uma empresa que detinha a licença exclusiva de uma marca famosa do ramo de refrigerantes de relicenciá-la no Brasil.

A controvérsia instaurada sobre essa medida administrativa trouxe como argumentos favoráveis à imputação da infração a dificuldade do órgão público em definir quem era o responsável pelo fabrico do produto, pois em seu recipiente havia a identificação de aproximadamente 18 sociedades empresárias como responsáveis pela produção, envasamento e distribuição, cada uma com uma determinada atuação regional no país. Considerando isso, era comum algumas delas erguer como defesa que o lote analisado continha os produtos que não foram fabricados por ela, mas por outra, sobre a qual deveria recair a autuação. Diante da contínua dificuldade em identificar o responsável pelo produto, optou o responsável pela fiscalização em realizar pesquisas com o intuito de encontrar algum sujeito que pudesse concentrar a autuação, uma *holding*, franqueadora, ou sociedade controladora que efetivamente representasse o grupo, para que sobre esta imputasse a infração. Somente encontrou a referência buscada no órgão administrativo de propriedade industrial. Encontrou nos seus cadastros públicos a anotação de que uma das sociedades responsáveis pela produção detinha o direito exclusivo de licença da marca no Brasil da empresa estrangeira.

Essa situação foi a força que moveu esta pesquisa científica. Primeiro, apresentava-se uma realidade nova, que revelava que o fabricante estava ocupando um papel secundário na produção para o consumo, pois a estrutura apontava que o centro da organização empresária fazia uso da propriedade intelectual, e, em especial, da sociedade empresária que detinha o poder sobre a marca do produto. Também surpreendeu a constatação de que a atividade empresária não tinha mais um caráter institucional que poderia ser verificado a partir dos registros do comércio, ou melhor, dos empresários, mas de forma contratual e em torno do contrato de licença de propriedade intelectual. Assim, surgiram as indagações: qual é a responsabilidade daquele que detém algum poder sobre a marca? Esse poder é efetivo?

As questões acima referem-se aos motivos da primeira fase deste trabalho científico, definir uma tese analítica que propicie explicações sobre como se organiza a produção, em sua dinamicidade, isto é, em sua dinâmica e evolução no tempo. Encontramos referência ao estudo de Alfred Chandler, em estudos realizados por Ronaldo Porto Macedo e Gilles Lipovestky. Há uma história descrita sobre a evolução da organização produtiva, que tem influência direta nas bases explicativas da sociedade do consumo, e, por isso, da história do capitalismo, bem como da formulação de um direito especial, um direito dos consumidores. Por isso, parte dessa investigação foi alocada no capítulo dos fundamentos do Direito do Consumidor.

A exposição de uma história da evolução da organização produtiva revela a proeminência do produtor na sociedade, pois ele passa a acumular o poder sobre os meios de produção e sobre o resultado desta, principalmente quando passam a serem industrializados os produtos para a subsistência. Essa concatenação social foi obtida principalmente porque se passa a produzir os bens mais comuns à vida – alimentos, vestuários etc. – em grande quantidade e a preços acessíveis, o que os torna possíveis de serem adquiridos em vez de serem produzidos pelos próprios utentes. Esse é o fundamento do poder do produtor, ele detém os meios necessários para o abastecimento dos bens necessários a continuidade da vida, a um preço acessível, sem perder de vista o lucro, que é auferido a partir dos ganhos em escala. Essa é a fórmula “mágica” do capitalismo industrial que, por sua vez, estimula a organização da sociedade em torno do consumo.

É essa conjuntura que justifica o surgimento de um direito do consumidor. O poder do fabricante e sua produção em larga escala, padronizada, que precisa ser rigidamente organizada e estável para que viabilize uma produção crescente, de custos elevados, em que os resultados são colhidos ao longo prazo e seguindo a lógica dos ganhos em escala. Esse era o móvel da época.

Essa conjuntura não justifica só a existência do direito do consumidor, mas como também a estrutura da responsabilidade civil e esta é a segunda constatação que move a busca por respostas. Pela estrutura atual da responsabilidade pelo produto exsurge, como primeiro responsável, univocamente, seja na doutrina ou na jurisprudência, o produtor, ou mais precisamente o fabricante. E, nesse diapasão, surge a seguinte pergunta: por que o fabricante é o responsável proeminente? Esse questionamento tem também correspondência com a situação descrita acima, pois problematiza uma responsabilidade com foco no fabricante, ao se constatar a predominância da marca enquanto centro da atividade empresarial. Qual é então o fundamento da responsabilidade do produtor? Esse fundamento orienta a arquitetura da responsabilidade? Como fica essa sustentação diante da nova configuração do sistema produtivo? É possível responsabilizar também quem explora a marca?

Para responder àquelas perguntas, analisou-se e se levantou os elementos que constituem a responsabilidade do fabricante. Nesta análise foi possível concluir que se trata de uma construção jurídica própria e nova, considerando à época, em que, de fato, se sobressaía a figura do produtor. Ademais, identifica-se um vetor de transformação do pensamento jurídico, nessa época vivenciou-se a situação do aumento expressivo da ocorrência de danos, que não se relacionavam com qualquer ação humana direta, porque advinham de produtos, manufaturados por máquinas, em um processo automatizado e independente de produção industrial. Ou seja, os danos ocorridos além de serem acidentais e anônimos – segundo a perspectiva da culpa, não eram desejados ou previsíveis.

Isso provocou uma reviravolta na forma de pensar o direito. O direito privado estava alicerçado sobre a vontade e a liberdade, isto é, no indivíduo considerado em si mesmo. Assim, o sujeito era o centro de imputação da norma e alguns direitos lhe eram muito caros, como a autonomia e a liberdade do indivíduo. Ao mesmo tempo, que se acreditava que a liberdade engendrava uma responsabilização (*accountability*) do sujeito de direito, também era uma forma de proteção a indústria nascente. Porém, o discurso mais recorrente na doutrina

jurídica erro o objetivo de preservar ao máximo a sua autonomia, evitando-se a limitação da liberdade, admitida somente em situações exclusivas, em que o comportamento do sujeito se mostrasse temerário e fosse inadequado ao exercício de sua liberdade. O direito só atuava em favor da vítima se comportamento humano que causasse o dano fosse reprovável. Assim, era definida a estrutura da responsabilidade baseada na avaliação fulcral da culpa. Esta forma de pensar o direito foi deixando de ter um espaço exclusivo, acomodando-se com um modelo jurídico mais objetivo, nascido do artifício do legislador e dos operadores do direito.

Poderíamos denominar essa transformação como a primeira revolução na teoria jurídica, em que se começa a adotar a responsabilidade objetiva como uma forma de imputar o dano, proveniente de acidentes, a um sujeito de direito, de forma a, primeiro, proteger a vítima, garantindo-lhe uma reparação, e não a deixando a sorte do destino; e, segundo, indicar a quem esse prejuízo seria transferido. Muito se discutiu sobre um seguro de dano, porém ao fabricante foi imputado o dever de reparar o dano. A objetividade da responsabilidade está na desconsideração da avaliação do comportamento do sujeito como justificativa de imputação, exigindo somente que a vítima de dano faça prova de que este ocorreu, e que com este há um nexo de causalidade jurídica – e não natural – de alguma forma com o sujeito. Para os danos nos acidentes de consumo, o defeito do produto é essencial. Assim se formula uma responsabilidade específica do fabricante, uma responsabilidade em que a causalidade do dano torna-se o foco do problema da reparação na sociedade contemporânea em detrimento de uma avaliação do comportamento do sujeito.

Essa conclusão foi à realizada no direito anglo saxão, com maior contundência no direito norte americano, e acompanhada pela Comissão Europeia encarregada de elaborar a norma que unificaria a responsabilidade pelos acidentes de consumo no antigo mundo, a Diretiva CEE 85/374.

Assim, pretende-se trazer os argumentos que permitirão considerar a responsabilidade pelos acidentes de consumo, um regime de responsabilidade próprio e especial, que visava dar cabo dos problemas advindos dos produtos manufaturados da sociedade contemporânea. O foco dessa responsabilidade era o fabricante, sendo a partir deste sujeito é que se pensou na solidariedade de responsabilidade ou a responsabilidade própria dos demais partícipes da atividade de fornecimento, o que há muito se vem convencendo nominar de cadeia de produção ou cadeia de fornecimento.

É nessa lógica que será possível verificar se há uma possível responsabilidade de quem usa ou apõe a sua marca em produto. É importante observar que considerando o problema exposto, busca-se inclusão do proprietário da marca na cadeia de solidariedade do Código de Defesa do Consumidor, a fim de propiciar ao consumidor mais uma possibilidade de apontar um responsável pela reparação dos danos ocasionados por produtos defeituosos.

Já em relação aos vícios dos produtos é possível verificar que há uma nítida mudança da centralidade do negócio de compra e venda com o advento da produção em série e a constituição da sociedade orientada para o consumo. Se a liberdade e autonomia do sujeito exigiam todo o potencial da ordem jurídica, para que sempre fosse mantida ou ampliada em sua plenitude, com os acontecimentos e as mudanças iniciadas com a produção mecanizada e em série, há uma mitigação da plenitude da liberdade e da autonomia do sujeito, pois as relações e situações jurídicas que ocorrem na seara do consumo revelam o consumidor como um sujeito em situação de vulnerabilidade, em condição de subordinação a estrutura rígida e burocrática da vida urbanizada, industrializada, e de consumo de massa.

Partem o direito consuetudinário e o direito romano-germânico de diferentes situações na história, porém se encontram nas suas conclusões.

Percorrendo a história dos países de direito romano germânico, que se exterioriza por uma história dos vícios redibitórios, é possível afirmar que se aprofundou o raciocínio do *caveat venditor*, ampliando-se uma proteção ao adquirente por meio da redução extrema da influência do *caveat emptor*, principalmente, nas relações e situações de consumo. Assim, estabelece-se um raciocínio contemporâneo baseado na situação de desigualdade em que se encontra o consumidor, nas relações em que estabelece com o fornecedor.

Já no *common law*, a regra era do *caveat emptor*, que subsistiu de forma prevalecente por um longo tempo, pois acreditava-se no poder de autodeterminação do sujeito e na sua perspicácia nas relações e situações jurídicas que estabelece. Entretanto, com o advento do capitalismo industrial e de consumo de massa, esta situação se altera, e começa a se verificar o deslocamento do eixo das regras de compra e venda, pois cada vez mais se observa a influência da máxima do *caveat venditor*, com a adoção contínua das *implied*

warranties, principalmente no direito estadunidense, obtendo, então, o adquirente, uma proteção jurídica maior.

Apresenta-se, então, a responsabilidade pela inadequação dos produtos disponibilizados no mercado de consumo, como uma responsabilidade própria, especial e adequada à contemporaneidade, da produção em série, do consumo de massa, de um mercado com diferenças de poder, de sujeição estrutural, orientada e que subsiste do consumo inexorável dos produtos e serviços ofertados.

Há uma condição irretorquível da qualidade dos produtos nessa lógica. Não pode o sujeito que pretende auferir vantagem sobre a disponibilização de qualquer produto no mercado sem que estes se apresente adequado ao fim que razoavelmente se espera que se destina, ou para o fim a que é apresentado. Caso não evidencie essa adequação, a frustração da expectativa não fica sem amparo, pois a lei imputa o prejuízo a um conjunto de responsáveis, aos sujeitos envolvidos na atividade de fornecimento, incluindo aqueles que contribuam de alguma forma para esse fim. A qualidade é considerada algo esperado pelo consumidor, ele confia nessa condição, por isso essa posição é protegida pelo direito. Essa é a lógica da responsabilidade pelos vícios dos produtos nas relações e situações jurídicas de consumo.

Por fim, far-se-á uma análise da marca. Antes de iniciar um estudo jurídico da marca, continuar-se-á na exposição dos estudos da evolução da organização produtiva. Esta propiciará uma visão crítica e posicionará a problematização do proprietário da marca frente o Código de Defesa do Consumidor, pois se verificará que a posição antes ocupada de forma proeminente pelo produtor começa a ser compartilhado com outras atividades cada vez mais distantes da linha de produção, que trabalham mais o aspecto intangível do produto e da empresa, pois lidam com o conhecimento e a informação, bem como a publicidade, a marca e as mais novas e modernas técnicas de gestão em que se usa, de forma intensa, a tecnologia.

A dogmática jurídica constituída sobre a marca absorveu apenas parte dessa nova conjuntura. De instrumento de identificação de origem do produto a marca alcança uma função distintiva, de indicação de qualidade, de meio da publicidade e de valorização do estabelecimento comercial – *goodwill* do direito consuetudinário. Entretanto, o estado da arte do conhecimento jurídico da marca situa-se de forma concentrada na função distintiva da

marca, como um direito de quem tem o seu registro, que é o título do seu proprietário. Assim, a marca atende a uma necessidade da empresa de diferenciar os seus produtos de outros, em meio a concorrência, isto é, é um recurso de que lança mão o empresário no mercado para dar identidade diferenciadora ao seu produto. É um ramo do direito que está auto referenciado, sendo tratado como um ramo totalmente autônomo do direito, ainda pouco comunicável com outras áreas jurídicas, como por exemplo, o direito do consumidor. Ainda não é possível verificar na doutrina marcária, o entrelaçamento de conhecimentos visto no direito dos contratos¹, das práticas comerciais, tanto no marketing quanto na publicidade² e da responsabilidade civil, tema abordado nesta dissertação.

Essa centralidade exacerbada do direito das marcas, estende-se ao pensamento jurídico desenvolvido para a regulação da licença e cessão da marca. Como se verá não há qualquer preocupação da legislação marcária em relação à manutenção da qualidade dos produtos que tenham a marca alienada aposta, deixando somente ao alienante ou licenciador apenas o direito de exercer o controle para manutenção da qualidade dos produtos agora fabricados sob a marca que lhe pertencia. Esse é um pensamento inverso do que se pode observar nos dois estudos anteriores sobre a responsabilidade pelos acidentes de consumo e pela inadequação dos produtos, pois é possível entender que da lei consumerista há expressa determinação de um nível de qualidade dos produtos que são disponibilizados no mercado de consumo. Assim, essa ausência de uma intercomunicação mais intensa entre o raciocínio jurídico dos dois subsistemas, ocasionar distorções que afetam, em última instância, o destinatário final do processo de fornecimento de produtos.

Com a constatação da situação atual do direito marcário passaremos para as doutrinas jurídicas consumeristas que tratam da questão da marca. Não há uma unicidade de teoria, situação que se esperava encontrar no direito marcário. São potencialidades explicativas para um futuro estudo mais vertical que se pretenda empreender sobre a relação entre marca e direito do consumidor.

¹ AMARAL JUNIOR, Alberto do. *Proteção do consumidor no contrato de compra e venda*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993; BULGARELLI, Waldírio. *Questões contratuais no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 1993

² SANTOS, Fernando Gherardini. *Direito do Marketing*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000; SAYEG, Ricardo Hasson. *Práticas Comerciais Abusivas*. *Revista do Consumidor*. São Paulo, ano 2, vol. 7, p. 37-58, jul/set 1993; ALTERINI, Atílio Aníbal. *Control de la publicidad y comercialización*. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, n. 9, p. 12-16, out/dez 1994;

Com tudo isso nos caminharemos para a conclusão do trabalho. Será neste momento que faremos a crítica e exploraremos as potencialidades explicativas encontradas testando assim a hipótese deste trabalho: que aquele que é proprietário ou faz uso da sua marca responde pelos produtos inadequados e defeituosos que tiverem a sua identificação, em conformidade com o Código de Defesa do Consumidor.

1. O DIREITO DAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Esta parte do estudo é resultado da análise da base histórica da evolução da organização produtiva que, conseqüentemente, trouxe também os pilares sócio-histórico que sustentam o direito do consumidor, sem deixar de apontar a devida correspondência com a Lei n. 8.078/90, o Código de Defesa do Consumidor brasileiro.

O direito do consumidor é um ramo jurídico que ganha independência de estudo na contemporaneidade, é um direito de nosso tempo. Está intimamente ligado com a superação das contradições internas do desenvolvimento do capitalismo.

Essas contradições se revelam a partir dos efeitos que a atividade produtiva exerce na sociedade. A estrutura produtiva não organiza só a cadeia de fornecimento como também se estende ao consumidor. A produção em série e a expectativa dos ganhos em escala exigiram do empresário um enorme planejamento da produção a fim de que essa fosse contínua alcançasse grandes volumes. Em contrapartida, era necessário propiciar segurança e previsibilidade, que foram buscadas com o uso de contratos padronizados, de estruturas rígidas, marcadas pela lógica da adesão. Até este momento, há ampla legitimidade no uso dessas fontes de obrigações e o problema emerge do uso dessa lógica também com o consumidor. Daqui surge uma das contradições. Ademais, temos os acidentes anônimos e recorrentes, a intensificação dos problemas com a funcionalidade dos produtos etc. Nesse contexto, emerge o direito do consumidor.

O contexto histórico de nossa lei orientou a comissão que elaborou o anteprojeto nos debates mais modernos ocorridos em formulações pensadas para as legislações destinadas a consideração do consumidor, bem como a sua defesa e proteção no mundo.

A partir desses debates houve a opção, no caso da lei brasileira, pela codificação e constituição de um microsistema jurídico, em que há uma série de regras teleológicas e principiológicas que limitam ou ampliam a aplicação de suas regras, inclusive, às demais normas que com este diploma legal se relacionam.

A relação jurídica de consumo é a constatação fática de uma situação em que se pode reconhecer um consumidor, um fornecedor e um produto ou serviço sendo disponibilizados no mercado de consumo para aquisição ou utilização. Estes estão reunidos para realização de uma finalidade - o consumo – e sempre considerando a possível - e quase sempre presente – situação de vulnerabilidade do consumidor.

Considerando isso, o código de acesso à aplicação das normas da lei consumerista é a existência da relação jurídica de consumo. Por isso nos dedicaremos detidamente à análise deste tema.

Em seguida, estudaremos a responsabilidade como estruturada no *Codex* de consumo. Isso porque se espelharam os elaboradores do anteprojeto de lei nos debates sobre a responsabilidade que envolviam o fabricante como o principal agente econômico do fornecimento de produtos e serviços. Há uma influência inequívoca da construção teórica do “*strict product liability*” do direito norte americano e da formulação da Diretiva 85/374 da Comunidade Econômica Europeia.

Com base na diretiva europeia, optou-se no Brasil pela definição de defeito de fornecimento. Esse conceito é essencial para a possibilidade da imputação civil dos danos a um dos responsáveis eleitos pela norma.

E, considerando o vício apresentado pelos produtos, inadequações que não ultrapassavam os limites do que se poderia esperar de sua natureza e fruição, ou melhor, das suas funções, sempre correlacionadas à oferta, ou ainda a sua durabilidade razoável, muito se orientou nos debates sobre o aprimoramento dos vícios redibitórios e nas “*warranties*” do direito consuetudinário, principalmente, as “*implied warranties*”.

Percorreremos todo este caminho para, ao final, chegarmos a algumas conclusões parciais que nos serão muito úteis para análise da nossa hipótese: a responsabilidade pelo vício e defeito do produto daquele que apõe a sua marca. Teremos em mãos as justificativas de imputação da reparação de danos advindos de um acidente ocorrido com um produto e de imputação da responsabilidade pelo produto viciado porque não atende às expectativas de adequação do consumidor em relação à utilidade e durabilidade.

1.1. OS FUNDAMENTOS DE UM DIREITO DO CONSUMIDOR

1.1.1. A evolução da sociedade e da organização do sistema produtivo

O objetivo pretendido com este esboço histórico é definir a base e os limites do suporte fático no qual se apoia a estrutura e a função do direito do consumidor.

O direito do consumidor é um recurso jurídico e social que nasce no contexto de um regime de produção econômico capitalista. Assim, ele é um elemento de estrutura desse regime, que existe para conformá-lo, mas não subvertê-lo³.

Portanto, a história do capitalismo corresponde também à história do direito do consumidor e, por isso, desvendar essa história poderá nos revelar alguns dos seus principais fundamentos.

Imbuído desse objetivo, é que apresentaremos um esboço histórico sobre o desenvolvimento do capitalismo a partir de sua estrutura fundamental: a evolução da organização dos meios de produção. Para esse empreendimento utilizaremos estudos indiretos sobre a seminal proposta científica de Alfred Chandler intitulado “*The visible hand: The Managerial Revolution in American Business*”⁴. Nesse estudo, o autor revela ao mundo uma

³ O direito do consumidor é um instrumento de proteção do próprio sistema capitalista. FERNANDES, Wanderley. O Código de Defesa do Consumidor e o Desenvolvimento Do Mercado. In LIMA, Maria Lúcia L. M. Padua (org.). *Direito e Economia - 30 anos de Brasil - Agenda Contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 2, p. 261. “tanto o direito do consumidor quanto o direito ambiental visam preservar o modo de produção social vigente, não havendo, na realidade, qualquer novo paradigma”, FORGIONI, Paula; GRAU, Eros Roberto. *O Estado, a empresa e o contrato*. São Paulo: Malheiros, 2005, p.23. “dentro de uma perspectiva ampla, cabe dizer, porém, que o direito do consumidor reporta-se diretamente ao papel da ordem do mercado privado e da regulação público”; MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. 2ª rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 206.

⁴ LIPOVESTKY, Gilles. *A felicidade paradoxal*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007; MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. 2ª rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

história evolutiva do capitalismo dividida em duas eras: a industrial e a gerencial, ou pós-industrial.

O que mais servirá a nossa pesquisa é que essa divisão do capitalismo marca o momento em que o empreendimento humano deixa de ser baseado na intuição e persistência e passa a ser mais profissional e orientado, com uso de conhecimento especializado, a adoção de metodologias mais rigorosas do ponto de vista tecnológico e científico. No capitalismo gerencial há uma identidade indelével de que a empresa é uma atividade produtiva organizada, direcionada, especializada e profissional.

Por isso, Chandler realizou um jogo de conceitos no título de seu trabalho: da “mão invisível”⁵ de Adam Smith, para a “mão visível” dos profissionais do mercado. Esses se compõem do vasto contingente de profissionais que utilizam o arcabouço de conhecimento das áreas de engenharia, administração e marketing, bem o conhecimento empírico dos gerentes e executivos das empresas.

Assim, será possível ilustrar o capitalismo em movimento: da produção manufatureira, a produção em série e, em fim, a produção pós-fordista.

É na produção em série que se lançam as bases do desenvolvimento de uma sociedade de consumo, isto é, de uma organização em que a vida é regida pelo mercado porque se torna central o ato de consumo. É até esse momento histórico que se analisará devido a sua utilidade na elucidação de alguns dos institutos previstos no Código de Defesa do Consumidor, deixando a evolução posterior, de um era pós-industrial de massa para mais adiante.

⁵ SMITH, Adam. *A riqueza das nações - Investigação sobre sua natureza e suas causas*. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1996, p. 438.

1.1.1.1. A Produção Manufatureira

É somente por volta da metade final do século XIX que o modo de produção capitalista ganha os contornos hodiernos⁶. Antes da revolução industrial, a forma de produção dominante era a manufatureira ou artesanal; uma produção voltada ao consumo local, e a servir a abastecer um mercado pequeno, porque era muito fragmentado.

A estratégia dos empresários era conduzida em favor da reserva de sua parcela do mercado, da sua fatia, do seu *market share*⁷. A planta produtiva era concebida para responder, de maneira ágil, flexível, aos menores sinais de surgimento de competição.

Assim, as mudanças só ocorriam quando provocadas pela ameaça ou a tentativa de entrada de novos concorrentes no mercado. Podia se verificar também que o atendimento as necessidades dos consumidores ainda não era uma prioridade.

Utilizava-se de maquinaria leve; os níveis de produtividade eram baixos; e o custo, devido ao uso de trabalho manual, era alto, havia um grande clima de inventividade vigente. Devido a essa estrutura os preços eram elevados e não se exigia qualidade dos bens, que por isso a qualidade não era algo esperado⁸. A empresa era pequena e normalmente administrada pela própria família.

As organizações produtivas podiam oferecer uma grande gama de produtos rapidamente, pois o seu maquinário era montado sobre uma planta funcional que permitia amoldá-la às conveniências das necessidades. Tudo era produzido em intervalos irregulares e por espaços de tempo muito curtos⁹.

⁶ MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Op. cit.*, p. 86. LIPOVESTKY, Gilles. *A felicidade paradoxal*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 26.

⁷ Conceito de uso corrente dos profissionais de marketing. Significa a parcela de consumidores que adquire os produtos e utiliza os serviços de determinada empresa no mercado. Em termos literais, é fatia do mercado correspondente a determinada empresa.

⁸ MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Op. cit.*, p. 87.

⁹ *Idem*.

Nessa forma de produção, os modelos jurídicos que regulavam a produção eram muitos simples, em consonância com os métodos comerciais e de trocas da época.

Os contratos clássicos regiam as relações de troca. Bastava uma manifestação de vontade livre, com agentes capazes, objeto lícito e que não tivessem na lei a sua forma prescrita (e essas fórmulas eram evitadas), para que o ato produzisse os efeitos desejados.

Macedo Jr. prefere a denominação contrato descontínuo para as fontes de obrigações dessa época. Faz isso porque esses estão em contraposição aos contratos relacionais, estruturas mais complexas de obrigações, mais condizentes com a complexidade e a especialização técnica dos tempos atuais.

A descontinuidade citada tem como referência a indefinição da duração dos contratos relacionais. Entre os contratos descontínuos incluem-se os contratos clássicos e os contratos padrão e das condições gerais contratuais.

Sem condições fáticas que exijam um conteúdo próprio aos contratos, a realização da liberdade é defendida na sua plenitude, sendo apenas restrita à efetiva expressão e à capacidade de expressar a vontade do sujeito de direito.

Capacidade civil para realizar atos, objeto lícito e ausência de forma da lei para execução são os únicos elementos exigidos para a formação do “vinculum iuris” e da constituição da relação obrigacional.

É importante ressaltar a relevância jurídica que foi atribuída ao direito das obrigações, isto é, ao ramo do direito que formula a técnica adequada para realização dos atos da vida em sociedade. Por meio dessa técnica, constituía-se um título legítimo a se buscar a intervenção do Estado para fazer se cumprir o que fora avençado sem ferir os cânones do liberalismo clássico.

Outro ponto importante, refere-se à preocupação constante que se tinha de não tolher a liberdade e a autonomia do sujeito. A responsabilidade civil sofre a influência direta dessa orientação.

Os danos que porventura alguém viesse a sofrer eram suportados por ela, vítima. A liberdade era plena, os homens agiam orientados pela sua consciência.

O mercado é o espaço das escolhas voluntárias e o contrato a forma de se realizar um conjunto de promessas também voluntárias¹⁰.

Ainda nessa época, ocorreram quatro eventos¹¹ que contribuíram definitivamente para o desenvolvimento da sociedade, especialmente, para a revolução industrial e sua organização voltada para a produção em massa, todas ocorrendo em 1776.

No campo da política, temos a independência norte americana, em que se lança uma nação nova, iniciada nos princípios da liberdade. Toda a sua organização política, econômica e institucional é moldada para operacionalizar o pleno exercício dela.

No campo econômico, surge o livro de Adam Smith, que se torna rapidamente uma citação recorrente à época. Com esta obra, lançam-se os fundamentos da ciência econômica, a partir da definição do objeto e a metodologia dessa *episteme*. Para os liberais, o livro de Smith é visto como a ponte que faltava para ligar o liberalismo político ao econômico e integrar uma teoria da organização da sociedade baseada na liberdade.

No campo do direito, na França, pelas mãos do ministro Turgot, faz-se editar o “*Décret d’ Allarde*” estabelecendo o livre exercício de qualquer profissão por meio da extinção das corporações de ofício, possibilitando a todo e qualquer cidadão exercer uma atividade sem necessidade de filiação a qualquer organização ou entidade¹².

Finalmente, no campo da tecnologia, nos Estados Unidos, Robert Fulton consegue aplicar o princípio da máquina a vapor – descoberto por Watt anos antes – à movimentação de teares, fixando o marco da mecanização da produção têxtil.

¹⁰ MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Op. cit.*, p. 47.

¹¹ NUSDEO, Fabio. *Curso de Economia*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 126-128.

¹² Embora tenha sido revogado, foi restabelecido em 1791 pela Lei *Chapellier* (NUSDEO, Fabio. *Idem*).

Assim, estão alicerçadas algumas das bases para o desenvolvimento do capitalismo industrial e a constituição da produção em série, fundamentos do mercado de massa e da sociedade do consumo.

1.1.1.2. A produção em série e os fundamentos do mercado de massa

Na história da força dos empreendedores da produção - que são a mão visível da conformação do capitalismo como regime econômico de produção¹³ - este é o momento que segue a produção manufatureira e antecede a sociedade de consumo, sendo desta uma de suas bases, porque é nessa época em que se vivencia a euforia de que tudo pode ser produzido e que a produção estava alcançando níveis quantitativos cada vez mais elevados.

Esse período percorre de 1880 até o final da Segunda Guerra mundial.

É nessa fase que surgem as máquinas e se inicia o uso de sua força motriz para a produção¹⁴. A mecanização possibilita o funcionamento contínuo da linha fabril, com consequente aumento da velocidade e da produtividade¹⁵.

Com a finalidade de ilustrar destacamos os seguintes fatos. Nos Estado Unidos do Norte, nos idos de 1880, uma máquina já poderia fabricar 120 mil cigarros por dia e 30 dessas máquinas já eram suficientes para saturar o mercado nacional do produto. A Procter & Gamble já possuía a capacidade de fabricar por volta de 200 mil sabonetes Ivory por dia.

A tecnologia disponível àquela época permitia a produção de mercadorias¹⁶ em escala que nem sequer antes se podia ter se imaginado.

¹³ CHANDLER apud MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Op. cit.*; LIPOVESTKY, Gilles. *Op. cit.*, p. 27.

¹⁴ SODRE, Marcelo Gomes. *A Construção do Direito do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 10.

¹⁵ LIPOVESTKY, Gilles. *Idem*.

¹⁶ *Ibidem*.

E o tributo desse auge da produção não é um resultado que pôde ser atribuído somente à inserção das máquinas no sistema de produção, mas também às novas técnicas de organização que se realizavam com o esforço e artifício dos *management*¹⁷ da época.

Se a mecanização propiciou o trabalho contínuo com mais vigor, foi o arguto e a insistente visão de fazer continuamente melhor dos empreendedores e gerentes que possibilitaram, por meio do refinamento da forma de organização da produção, combinando da melhor forma possível os meios de produção, buscando-se o alcance da almejada eficiência. Essa melhor forma de organizar a produção correspondia aos diferentes modos de pensar a disposição das máquinas e dos trabalhadores no processo produtivo, bem como o modo de incentivá-los, de forma a diminuir o tempo despendido nas tarefas e, conseqüentemente, aumentar a produtividade.

São os teóricos da administração que empreendem essa tarefa. Valeram-se de seus conhecimentos em engenharia e os aplicaram na observação e mensuração dos resultados, aliado a um método mais rigoroso para resolver os problemas que se apresentavam na administração da produção. Por isso, essa fase ficou conhecida como “administração científica” ou teoria clássica da administração¹⁸.

Um ícone desta fase é Henry Ford. Um dos seus impressionantes feitos foi a redução do tempo da linha de montagem de seu automóvel, que, em 1910, consumia uma média de 12 horas de trabalho. Conseguiu reduzir esse tempo para que se cosuisse apenas 1 hora e 30 minutos a partir de 1914¹⁹. Com isso, além de estabelecer as bases para o modelo de produção e inaugurar o conceito da linha de montagem em série, também propiciou a redução da jornada de trabalho das dez a onze horas, para as razoáveis e, ainda atuais, oito horas diárias.

Embora seja um período de grande excitação da produção, ainda não era possível verificar a mesma situação em relação à demanda. Ainda não se vivenciava um consumo de massa para a produção em larga escala que se instalava. A classe dos consumidores de

¹⁷ Os gerentes e executivos das empresas.

¹⁸ MAXIMIANO, Antônio Cesar Amaru. *Teoria Geral da Administração*. São Paulo, Atlas, 5ª ed., p. 53-55. V. também CHIAVENATO Idalberto. *Teoria Geral da Administração*. Campus, Rio de Janeiro, 2000, p.46.

¹⁹ LIPOVESTKY, Gilles. *Op. cit.*, p. 27.

produtos e serviço não se formara em quantidade adequada e suficiente a absorver o que potencialmente poderia se produzir. Essa situação só se alterará após a Segunda Guerra Mundial.

Assim, a circulação dos bens produzidos pelas máquinas ficou restrita à nova classe em ascensão: os burgueses. Para se ter uma compreensão histórica dessa situação, na França, em 1954, apenas 7% dos lares estavam equipados com um refrigerador²⁰.

Apesar da oferta potencial ainda não ter alcançado um mercado consumidor ideal, é nesta época que se fixou um marco, o da transformação da estrutura social que a conformou como a conhecemos hoje.

Com foco na produção, os profissionais do mercado nessa época estabeleceram um objetivo: a prática de preços baixos sustentados por elevados e contínuos níveis de produtividade. Essa fórmula possibilitava a compensação rápida do alto investimento realizado com a planta industrial e possibilitava a cobertura dos custos da produção, que, se alcançados com o número elevado de produtos vendidos, possibilitava o aumento do ganho da diferença, isto é, do lucro.

Nessa linha de pensamento, a venda de grandes quantidades de produtos era vista como a fórmula de se enriquecer. Na época não se tinha certeza, porém os estudos econômicos confirmam a eficácia da estratégia empresarial adotada tempos depois. A sua relevância foi tão incontestável, que foi estudada e descrita exaustivamente pela ciência econômica²¹ sob o fenômeno das economias de escala²².

A economia de escala, embora seja um fenômeno físico (aumento da produção) foi estudada pelos economistas devido a sua grande expressão econômica.

O fato é que reconhecidamente o aumento da produção gerava uma acentuada redução do custo unitário da manufatura do bem. A exploração dessa vantagem foi

²⁰ LIPOVESTKY, Gilles. *Op. cit.*, p. 29.

²¹ *Idem*, p. 28.

²² NUSDEO, Fábio. *Op. cit.*, p. 150-152.

considerada estratégica e uma das explicações encontradas pelos economistas para justificar a diferença de desenvolvimento econômico entre os países e o poder adquirido por algumas empresas²³.

O sucesso dessa fórmula foi tão bem firmado, que algumas empresas paulatinamente passaram a dominar o mercado e, devido ao alto investimento inicial e ao fato de que o retorno deste só ocorria a longo prazo, inviabilizou-se a entrada de novas empresas em alguns mercados devido apresentarem barreiras quase que intransponíveis²⁴.

Assim, crenças na fórmula das economias de escala, os profissionais do mercado solidificaram o regime econômico capitalista e trouxeram à lume um dos fundamentos para a formação da sociedade do consumo: a busca do lucro pela produção em grande escala e pela prática de preços baixos²⁵.

Também a era da produção em massa é o marco histórico da invenção do empreendimento em que a excitação com o poder das máquinas fazia com que se pensasse que era possível produzir de tudo.

²³ NUSDEO, Fábio. *Op. cit.*, p. 150-152.

²⁴ MACEDO JR., *Op. cit.*, p. 95. A concentração representa uma falha estrutural do sistema de mercado em que há a influência de agente econômico nas decisões de mercado, inclusive controlando-o. Por isso, legislações sobre a concentração de empresas e controle do poder econômico são promulgadas no Canadá e nos Estados Unidos e, posteriormente, nos demais países. Neste país foi promulgado em 1890 a Sherman Act, mais significativo diploma legal que corporificou juridicamente a reação contra a concentração de poder, em mãos de alguns agentes econômicos, com o objetivo de discipliná-la. Entre nós a primeira lei data de 1945, o Decreto-lei 7.666/45. V. FORGIONI, Paula A.. *Os Fundamentos do Antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 65 e ss., NUSDEO, Fábio. *Op. cit.*, p. 153-154., e SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial – As Estruturas*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p.58 e ss. Além da vantagem competitiva adquirida pelas empresas que iniciam os grandes empreendimentos que tinha o tempo de maturação de seus investimentos ocorrendo ao longo de um largo espaço de tempo, os investimentos prematuros e contínuos no investimento em publicidade também foi um elemento que estabeleceu uma vantagem comparativa que fez com que empresas adquirissem um enorme poder no mercado. Como se verá adiante, o inglês Level iniciou os seus investimentos em 1880 e ao longo de 24 anos teve as suas vendas do produto de marca *Sunlight* saltadas das 3.000 toneladas para 60.000 toneladas. Ao término da Segunda Guerra mundial ele dominava 60% do mercado britânico, cf. DOMINGUES, Douglas Gabriel. *Marcas e expressões de propaganda*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 67.

²⁵ LIPOVESTKY, Gilles. *Op. cit.*, p. 28. MACEDO JR. soma a formação dos mercados nacionais como um elemento estratégico para a consolidação a produção massificada. V. *Op. cit.*, p.95.

A amplitude de produtos disponíveis no mercado estava em firme expansão. Ao mesmo tempo também se aperfeiçoava a estrutura dos meios de distribuição para que pudessem comportar o escoamento da produção em larga escala.

Os produtos podiam cada vez mais ser adquiridos em cada vez mais lugares e oportunidades²⁶. De 1886 a 1920, na França, podia se identificar essa inundação de produtos industrializados pelo aumento expressivo na criação de marcas, que saltaram dos cinco para os vinte e cinco mil ao final daquele período²⁷.

Mesmo que ainda o consumo em grande quantidade não fosse uma realidade, estratégias iniciaram-se e ações foram desenvolvidas e realizadas a fim de alcançar a situação desejável do capitalismo moderno. Não se olvidaram esforços. Foi nesse período que se iniciaram os investimentos maciços em publicidade de massa de amplitude nacional.

Para se ter uma noção do que ocorria, as despesas da Coca-Cola em publicidade foram de onze mil dólares em 1892, para mais de cem mil em 1901, alcançaram a cifra de um milhão em 1912 e ultrapassaram os três milhões e meio em 1929²⁸.

Douglas Gabriel Domingues²⁹, tomando observações de Antonie Pillet³⁰, noticia que entre 1880 e 1900, W.H. Lever empreendeu intensa campanha publicitária da sua marca *Sunlight*. Dessa sua ação de difusão da marca por toda Inglaterra, teve como o resultado o aumento em 2.000% as suas vendas ao longo de 24 anos, de 1886 a 1910. Esse resultado trouxe a relevância das marcas neste país. O elevado aumento das vendas e a necessidade de uma exposição contínua, e por um longo tempo, já davam indícios de que a marca se tornaria um elemento de suma importância para a atividade empresária, como se verá adiante quanto tratarmos das marcas.

²⁶ MCCRACKEN, Grant. *Cultura & Consumo*. Rio de Janeiro: Maud, 2003, p. 51.

²⁷ LIPOVESTKY, Gilles. *Op. cit.*, p. 29.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ DOMINGUES, Douglas Gabriel. *Op. cit.*, p. 67.

³⁰ *Les grandes marques – Histoire et définition de la marque*. Presses Universitaire de France, 1968.

Embora se mostrassem como um elemento importante para o sucesso de uma empresa, o que se buscava com os investimentos em publicidade era mudar a forma como as pessoas estavam acostumadas a viver.

Era preciso informar a esses potenciais consumidores sobre a existência das invenções que estavam disponíveis, bem como convencê-los de que sua vida melhoraria muito se as utilizassem³¹.

Nos informes publicitários eram ressaltados os aspectos funcionais, racionais e tangíveis dos produtos³². O foco era o produto e suas características prontamente perceptíveis³³⁻³⁴. Essa era o máximo que se exigia do marketing: uma estratégia de massa de claro propósito de divulgação instrucional³⁵.

Assim, estavam lançadas as bases para a formação da sociedade do consumo, uma sociedade em que se acreditava que qualquer necessidade dos consumidores poderia ser produzida, suprida e vendida, com a vantagem de se fazê-la a preços muito baixos. Essa crença da modernidade é a libertação e o aprisionamento do indivíduo, porque, ao mesmo tempo, que possibilita a ele ter produtos que poderiam facilitar e melhorar a sua vida, ele deixa de produzir para consumir, o que o coloca em uma situação de dependência à atividade empresarial. E é sobre esse assunto que se debruçará a seguir.

³¹ KLEIN, Naomi. *Sem logo – A tirania das marcas em um planeta vendido*. Trad. Ryta Vinagre. São Paulo: Ed.Record, 2004, p. 29.

³² POMPEU, Bruno; SANTOS, Janiene e SATO, Sílvio. O ensino da comunicação publicitária institucional. XXXIII Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação – 2 a 6 de setembro de 2010, acessível em <http://www.intercom.org.br/papers/nacionais/2010/resumos/R5-2865-1.pdf> acessado em 16/3/2012 20:55. V. também CARRIL, Carmem. *Qual a importância da marca na sociedade contemporânea?* São Paulo: Paulus, 2007, p. 5.

³³ KLEIN, Naomi. *Op. cit.*, p. 30.

³⁴ LIPOVESTKY, Gilles. *Op. cit.*, p.46. A publicidade era uma forma “de comunicação construída em torno do produto e de seus benefícios sociais”.

³⁵ MCCRACKEN, Grant. *Op. cit.*, p.47.

1.1.1.3. A Sociedade do Consumo

Verifica-se, no capítulo anterior, uma análise da revolução que vem se operando na produção e na sua organização, desde o final do século XIX até a metade do século XX. A partir desta data, a análise fixar-se-á no reverso da moeda do fenômeno industrial, a formação da sociedade do consumo³⁶.

Algumas décadas foram necessárias para que a oferta da produção em massa encontrasse-se em um nível de demanda adequada, que correspondesse ao potencial de produção existente.

Algumas bases já estavam fundadas: era possível identificar um enorme volume de disponibilização de produtos por meio da aposição das marcas como uma forma de se diferenciá-los de seus concorrentes. O acondicionamento e a distribuição dos produtos já estavam sendo preparados para propiciar o escoamento em larga escala e a publicidade concretizava-se como uma atividade estratégica de vendas das empresas.

Entretanto, a esperada democratização dos benefícios da revolução industrial não havia acontecido, sendo os produtos destinados ainda a uma parcela restrita da população.

Uma das justificativas mais plausíveis para que esse futuro promissor vislumbrado pelos empreendedores e gerentes não acontecesse, já que o objetivo era vender a preços cada vez menores, era que o poder aquisitivo dos trabalhadores ainda se apresentava insuficiente para o consumo, não permitindo que pensassem além do consumo para sua subsistência. Assim, todo o potencial benefício das economias de escala estava sendo desperdiçado.

Henry Ford já havia esboçado uma solução para esse problema, quando vislumbrou que melhores salários poderiam ter efeitos diretos na produtividade dos seus trabalhadores. Lastreado no pensamento dos utilitaristas, acreditava que as pessoas teriam

³⁶ Para Grant McCracken a “grande transformação” do Ocidente, descrita por Polanyi, não comporta apenas uma revolução industrial, mas também uma revolução do consumo. Cf. *Op. cit.*, p.21. MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Op. cit.*, p. 207.

mais motivação para trabalhar se tivessem recursos financeiros suficientes para adquirir o que desejassem.

Somado ao baixo poder aquisitivo da classe assalariada, outra justificativa seria o tempo natural de maturação que as estruturas desenvolvidas e postas em prática necessitavam para produzir efeitos perceptíveis.

Entretanto, a partir da Segunda Guerra Mundial, por volta de 1950, a conjuntura se alterou.

O poder de compra dos salários multiplicava-se por três, democratizando o Eldorado consumista³⁷.

Esse período é marcado pela abundância. Com o aumento da renda, duas são as consequências: ganha o trabalhador poder de compra e possibilita-se que tenha crédito para consumir.

Na França, o consumo de bens duráveis, entre 1959 e 1973, progredia a 10% ao ano³⁸, e as despesas com alimentação que representavam, em 1950, aproximadamente 50% do orçamento das famílias, em 1980, cai para 20,5%..

A concessão de crédito era a solução para quem queria consumir, porém não tinha sobra de renda suficiente para fazê-lo. Assim, era possível ter um bem imediatamente por meio de uma prestação razoável, a médio e longo prazo, que poderia ser suportado pelo consumidor. Por isso, o crédito é estimulado e impulsionado com a sociedade de consumo, a fim de instaurar definitivamente o consumo de massa.

Essa alavancagem do crédito ocorre porque em meio ao entusiasmo do acesso ao consumo de bens que estavam ali disponíveis em quantidade cada vez maior no mercado e a preços cada vez mais baixos, tornou o consumo por crédito uma realidade, pois era possível às famílias terem um bem imediatamente, sem ainda ter o recurso necessário. Isso permitiu que a

³⁷ LIPOVESTKY, Gilles *Op. cit.*, p.32.

³⁸ *Idem*, p.32.

maioria dos consumidores se libertasse da urgência da estrita necessidade³⁹. É a arte de transformar quem não tem dinheiro para o consumo imediato, as mesmo tempo, em um consumidor e devedor⁴⁰.

A distribuição e comercialização em massa é marcada pelo super e hipermercados, em que se começou a empregar à lógica do autosserviço e dos ganhos de escala. Lipovestky resume bem o discurso desses grandes comércios, “derrubar os preços”, o comércio do “menos caro que o menos caro”⁴¹. Era uma verdadeira revolução comercial focada no ponto de venda e nas promoções, que eram propostas pela ciência do “marketing”.

A lógica da sociedade de consumo é a quantidade⁴². Produção em série, vendas em escala, distribuição e comercialização em massa. O lucro era alcançado por meio da exploração contínua das vantagens dos ganhos de escala. Até o comércio, por meio da constituição de grandes varejistas, começam a adotar essa lógica operacional do mercado de massa.

Em 1957, os Estados Unidos já contava com 20 mil supermercados. Na França abre-se o primeiro varejista desse gênero sob a bandeira Carrefour em 1963, contando-se 124 em 1972 e 426 em 1980, sendo que neste ano, a França, no total, já tinha 3.962 supermercados em funcionamento⁴³.

A dinâmica da comercialização erigiu consumo a estilo de vida, centrado nos valores utilitaristas, materialistas, em que há a compra compulsiva, a escalada de necessidades, a presentificação do consumo e a postergação do seu pagamento através do crédito, há um esbanjamento espetacular⁴⁴.

³⁹ *Idem*, pp.32-33.

⁴⁰ SODRÉ, Marcelo Gomes. *Formação Nacional de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 25.

⁴¹ LIPOVESTKY, Gilles. *Op. cit.*, p.33.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ *Idem*, p.34.

⁴⁴ *Idem*, p.36.

Há uma privatização dos modos de vida, isto é, há um contraste entre a opulência das ofertas de bens e serviços no mercado de consumo e uma inexistente rede de serviços básicos do Estado⁴⁵, dando a impressão que a melhoria das condições de vida da população ocorria e ocorreria pelo mercado, e não pelo Estado.

Acreditava-se que o progresso e a melhoria da qualidade era uma consequência do crescimento econômico, por meio do incremento do PIB, no fomento das atividades mercantis, de produção e de consumo, isto é, a crença estava no mercado⁴⁶.

Então, podemos reconhecer a sociedade de consumo, que é o resultado da evolução da forma de organização social em que se reconhece o surgimento do mercado de massa⁴⁷, ou como prefere a doutrina do direito do consumidor, a massificação de produtos e serviços no mercado⁴⁸. E é nessa forma de estrutura social baseada na produção que o consumidor deve ser tratado em uma situação especial.

O primeiro deles é a revolução industrial. É com essa revolução que há o fundamento material para que a sociedade se organize em torno do consumo.

Antes da revolução industrial, o consumo estava relacionado à ideia de diferenciação social, única situação possível em um sistema de produção artesanal. Após a revolução, o fator que propiciou a formação da sociedade de consumo, dois outros fenômenos sociais contribuíram significativamente para esta: o processo intensivo de urbanização e o contínuo e concentrado crescimento populacional.

O crescimento populacional na virada do século foi impressionante. Conforme nos expõe Marcelo Sodré⁴⁹, baseado no *World Population Prospects* da Divisão de População

⁴⁵ SODRE, Marcelo Gomes. *A Construção do Direito do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 11.

⁴⁶ LIPOVESTKY, Gilles. *Op. cit.*, pp.34-37. SODRE, Marcelo Gomes. *Op. cit.*, pp. 09-12.

⁴⁷ MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Op. cit.*, pp. 259 – 271.

⁴⁸ MARQUES, Cláudia Lima. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.36-38.

⁴⁹ *Idem*, p.17.

das Nações Unidas, acresceu-se a população mundial em 123 anos – de 1804 a 1927 - 1 (hum) bilhão de pessoas.

Em compasso com o crescimento populacional intenso ocorreu uma alteração do modo de vida das pessoas, elas começaram a migrar do campo para a cidade. A este fenômeno nominou-se de urbanização.

O consumo é uma consequência de uma sociedade estruturada tendo como referência o modo de produção de capitalista que exige que a vida seja regida pelo aquisição e a contratação de produtos e serviços disponibilizados em escala no mercado, a vida urbana, com elevada concentração populacional.

É a concretização do mercado como centro de coordenação da vida. Isso é chancelado com assombro por Galbraith⁵⁰ ao constatar o contraste entre a opulência das ofertas de bens e serviços no mercado de consumo e uma quase inexistente rede de serviços básicos providos pelo Estado.

Somente com o acesso aos produtos disponibilizados no mercado que um direito classista com o dos consumidores ganha importância.

É o costume⁵¹ da doutrina apontar como marco inicial dessa tendência de proteção aos consumidores no mundo a famosa mensagem do presidente John Kennedy dirigida ao parlamento norte-americano, em 15 de março de 1962, em que se consagrou alguns dos direitos fundamentais dos consumidores como:

“a) Segurança da vida e saúde: visando-se a proteção contra a comercialização de produtos perigosos

b) Informação; visando-se proteção contra práticas fraudulentas, enganosas, falsas

⁵⁰ Apud SODRE, Marcelo Gomes. *A Construção do Direito do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 11.

⁵¹ LUCCA, Newton. *Direito do Consumidor*. 1ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2003, p. 47.

c) Escolha: visando-se, sempre que possível, seu acesso a variedades de produtos e preços competitivos; e, que lhe seja assegurados a segurança e qualidade satisfatória e preços justos

d) E, finalmente, o direito de ser ouvido: assegurando-lhe que seus interesses sejam considerados na formulação de políticas governamental, e que suas reclamações tenham tratamento justo e célere nos tribunais⁵².

Vinte anos mais tarde, em meio a década de 80, baseada nessa declaração, a Organização das Nações Unidas, em sessão plenária, aprovou, em 04 de abril de 1985, a Resolução n.º 39/248. Assim, o mais elevado organismo internacional reconhece o consumidor como sujeito em situação de vulnerabilidade no mercado de consumo e a necessidade dos países em empreenderem ações para sua efetiva proteção.

Portanto, ao final desta pequena história da organização da produção, temos elementos de convicção que nos permitiram visualizar o direito consumidor sob uma nova perspectiva, por meio de outra lente.

É o direito consumidor o resultado da evolução da contradição interna do regime econômico de produção capitalista. A partir do reconhecimento da situação de vulnerabilidade do consumidor muitas leis começam a ser elaboradas por países de todo mundo. Assim, aconteceu com o Brasil no final da década de 80 e início da de 90.

Mais adiante vamos analisar como esse direito foi realizado no Brasil por meio da sua Lei n. 8.078/90, o nosso Código de Defesa do Consumidor. No próximo ponto iremos definir o reconhecimento da situação que vivencia o consumidor na sociedade consumo: a sua sujeição estrutural àqueles que exercem o controle sobre os meios de produção e sua situação de vulnerabilidade.

⁵² DONATO, Maria Antonieta Zanardo. *Proteção ao Consumidor – Conceito e Extensão*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 33.

1.1.2. Vulnerabilidade do consumidor

A principal característica e fundamento de uma lei de proteção e defesa do consumidor é a condição de vulnerabilidade em que se encontra o sujeito, consumidor, frente às relações jurídicas que se formam e às situações que vivenciam na sociedade contemporânea.

Essa situação já tinha sido objeto de preocupação e observação do presidente estadunidense John Kennedy, em sua mensagem dirigida ao parlamento, em 15 de março de 1962⁵³. A repercussão e reconhecimento da situação do consumidor era tão latente que foi consagrada internacionalmente pela Resolução n.º 39/248 da ONU.

Doutrinariamente, essa condição de fato do consumidor é formulada por Cláudia Lima Marques⁵⁴.

A autora condutora do pensamento revela-nos que a vulnerabilidade pode ser reconhecida em sua variação de quatro tipos: a técnica, a jurídica ou científica, a fática ou socioeconômica e a informacional.

⁵³ A partir dessa mensagem veio a se consagrar os seguintes elementos como os direitos fundamentais dos consumidores: a) a segurança da vida e saúde: visando-se a sua proteção contra a comercialização de produtos perigosos; b) a informação; visando-se proteção contra práticas fraudulentas, enganosas, falsas; c) a escolha: visando-se, sempre que possível, seu acesso a variedades de produtos e preços competitivos; e, que lhe seja assegurados a segurança e qualidade satisfatória e preços justos; d) E, finalmente, o direito de ser ouvido: assegurando-lhe que seus interesses sejam considerados na formulação de políticas governamental, e que suas reclamações tenham tratamento justo e célere nos tribunais. DONATO, Maria Antonieta Zanardo. *Op. cit.*, p. 33. MARQUES, Cláudia Lima *Op. cit.*, p. 24.

⁵⁴ MARQUES, Cláudia Lima et al. *Op. cit.*, pp. 71-76. CARPENA, Heloísa. *O Consumidor no Direito da Concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pp. 186-187. CALIXTO, Marcelo Junqueira. “O Princípio da Vulnerabilidade do Consumidor”, in *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*, Maria Celina Bodin de Moraes (coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 315-356. BESSA, Leonardo Roscoe. *Relação de consumo e aplicação do Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, pp 42-43.

Na vulnerabilidade técnica, o consumidor-comprador não possui conhecimentos específicos sobre o bem que adquire. O seu nível de inteligência é o do não-profissional – utilizando um conceito de Marques - e isso não lhe permite uma análise consistente das informações disponíveis, ou vezes, até mesmo, selecionar as informações que são disponibilizadas a fim de escolher aquelas que lhe proporcionarão um melhor raciocínio sobre as qualidades do objeto aspirado, ou seja, a adequação às suas finalidades e aos riscos a que estará sujeito⁵⁵. Essa condição é presumida em relação a pessoa não-profissional e pode alcançar excepcionalmente o profissional se fizer prova da sua condição e de que é destinatário final do bem⁵⁶.

A vulnerabilidade jurídica ou científica trata da falta de conhecimento técnico especializado e a dificuldade de seu acesso, trata do conhecimento jurídico, contábil e econômico⁵⁷. Assim, corresponde esse modelo de vulnerabilidade nos deveres de informação sobre o conteúdo do contrato⁵⁸, principalmente, considerando a complexidade das redes contratuais (contratos conexos) que trazem a noção de múltiplos vínculos cativos⁵⁹ – e.g. sistema financeiro da habitação⁶⁰ e planos de saúde - e da falta de clareza para um direito entendimento do contrato e suas cláusulas porque tratados em massa e como de adesão. O consumidor nessa lógica é leigo o que faz merecer o destaque e clareza nas cláusulas limitativas de direito em consonância dessa sua condição⁶¹.

⁵⁵ CARPENA, Heloísa. *Op. cit.*, p. 186.

⁵⁶ MARQUES, Cláudia Lima et al. *Op. cit.*, p. 71. V. REsp 142.042-RS e AgRg nos EDcl no REsp 561.853-MG.

⁵⁷ *Idem*, pp. 72-73.

⁵⁸ “no plano jurídico, todavia, a vulnerabilidade do consumidor manifesta-se na alteração dos mecanismos de formação dos contratos, que deu origem ao aparecimento e consolidação dos contratos de massa”. AMARAL JUNIOR, Alberto. A boa-fé e o controle das cláusulas contratuais abusivas nas relações de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 6, p. 27-33 - p. 28-29 apud Marques, Manual, p. 72.

⁵⁹ MARQUES, Cláudia Lima et al. *Op. cit.*, p. 72.

⁶⁰ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Redes contratuais no mercado habitacional para consumo*. TOMASETTI Junior, Alcides (orient). Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2001.

⁶¹ “Com efeito, nos contratos de adesão, as cláusulas limitativas ao direito do consumidor contratante deverão ser redigidas com clareza e destaque, para que não fujam a percepção leiga”. STJ, REsp 311.509-SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 03.05.2001.

Também denominada de socioeconômica, a vulnerabilidade fática refere-se ao poder econômico do parceiro contratual do consumidor, o fornecedor. O poder não é um problema em si, desde que não seja exercido de forma abusiva. O que pode se constatar, teórica⁶² e empiricamente, é que essa subordinação do consumidor é utilizada para impor condições ao consumidor em razão da sua superioridade técnica, jurídica, seu grande poder econômico, a sua posição monopolística, ou ainda, em razão da essencialidade do serviço.

Avizinha a esse tipo de vulnerabilidade o conceito de hipossuficiência, visão processual da situação do consumidor, que será vista mais a frente, mas que, de antemão, pode-se dizer que é uma noção processual porque se liga à ideia de jurisdição, prova e acesso à tutela jurisdicional⁶³.

Por fim, trabalha-se o conceito de vulnerabilidade informacional. Marques considera essa a vulnerabilidade básica do consumidor, que caracteriza a realidade da sociedade e a função que a informação nela exerce⁶⁴.

O déficit informacional é um dos principais problemas enfrentados pelo consumidor na sociedade hodierna, pois é o fator de maior desequilíbrio *vis-a-vis*⁶⁵, fonte básica de vulnerabilidade.

Nesse diapasão, como acentua Marques⁶⁶, deixa de ser a informação um dever anexo, acessório, ao contrato (boa-fé objetiva) para se figurar como elemento proeminente. A informação, no Código de Defesa do Consumidor brasileiro, que seja precisa, vincula o fornecedor (art. 30) e, se não for clara, ou seja, incompreensível, não obriga o consumidor (art. 46), ou tem a sua interpretação definida de forma mais favorável a quem está na posição de vulnerabilidade.

⁶² Conforme teoria econômica, o agente monopolista ou que detém poder de monopólio exerce o seu poder inequivocamente, pois age sempre em busca da otimização de seus resultados, sem condição moral, pois sob essa visão se comporta a todo momento egoisticamente. É o pressuposto da mão invisível da Adam Smith.

⁶³ MARQUES, Cláudia Lima et al. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 73.

⁶⁴ *Idem*, p. 75.

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ *Ibidem*.

Vem sendo reconhecida como essencial em produtos perigosos, medicamentos, alimentos⁶⁷ e serviços de saúde, ou em qualquer situação que possa afetar diretamente a saúde dos consumidores⁶⁸. Assim, serve de instrumento de compensação de desequilíbrios.

A vulnerabilidade é também o reconhecimento de que na nova forma de organização do sistema socio-econômica capitalista, influenciada indubitavelmente por um novo modo de organização da produção e das formas de relações produtivas, forma-se uma sociedade baseada nessa nova forma de organização, centrada no consumo, e não na produção.

Há uma coordenação da vida em sociedade que começa a ser regida pelo mercado. É atribuído o mérito a Karl Marx de ter, exemplarmente, descrito que o homem deixa de realizar a sua produção para a subsistência, e, inicia o consumo de bens e serviços, pagos com o dinheiro que começa a receber com a venda da sua força de trabalho. Há uma expropriação gradual do homem dos seus meios de produção.

A primeira revolução industrial foi a consagração da oferta pelo homem da sua capacidade produtiva, em busca de uma remuneração que lhe propiciasse uma vida urbana, como o consumo de produtos e serviços. Assim, o sujeito precisa realizar trocas no mercado a fim de adquirir os produtos para a sua subsistência.

Temos, então, o empresário no centro das relações produtivas porque toma e especializa a capacidade produtiva do trabalhador, e, em contrapartida, explora e fornece para os produtos que fabrica. Resumindo, é esta instituição que organiza a produção e circulação de produtos e serviços e, ao mesmo tempo influencia na organização da sociedade.

Logo, essa colocação, mesmo que simplória, releva um fato: de que na maioria das situações coloca-se o consumidor em situação sujeição ao fornecedor.

⁶⁷ Cite-se o uso de organismos geneticamente modificados (OGM), ou mais popularmente, os alimentos transgênicos, e sua regulação, Lei nº 11.105/2005 e o Decreto nº 4.680, de 24 de abril de 2003.

⁶⁸ MARQUES, Cláudia Lima et al. *Op. cit.*, p. 76.

A divisão do trabalho e conseqüente especialização da capacidade produtiva, gera um distanciamento do consumidor do conhecimento técnico dos meios de produção e de prestação de serviço⁶⁹.

Outro efeito é a introdução da linha de produção em série⁷⁰ como uma estratégia para viabilizar o sistema fabril industrial. Como vimos na história de evolução da organização produtiva, o sistema de produção foi concebido e articulado para se alcançar a economia de ganhos de escala⁷¹, porque se acreditava, na época, que o objetivo era produzir a preços cada vez menores e que a produção em escala permitiria compensar rapidamente os altos investimento, bem como fazer frente aos custos permanentes e operacionais.

Nessa toada, a produção exigia um alto grau de previsibilidade das ações que viabilizassem um planejamento que propiciasse segurança e continuidade necessárias para se atingir o sentido ideal dos ganhos de escala. Desta situação, inicia-se o uso massivo dos contratos de adesão.

A sujeição estrutural⁷² fixa a posição de desigualdade⁷³ em que se formam as relações jurídicas entre consumidores e fornecedores, ou melhor, revelam a vulnerabilidade situacional do consumidor no mercado.

⁶⁹ Assim também entende Alberto do Amaral Júnior ao explicar que ao consumidor não é possível estar na condição de avaliar o grau de perfeição de um produto ou serviço coaduna com idéia em referência porque considera o consumidor vulnerável “porque não dispõe dos conhecimentos técnicos necessários para a elaboração de um produto ou serviço”. *Apud* MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 4ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 270.

⁷⁰ MACEDO, Ronaldo Porto. *Op. cit.*, pp. 101-124.

⁷¹ Ver mais sobre esse assunto no capítulo sobre a evolução das formas de organização industrial.

⁷² Conforme preceituado por Eros Roberto Grau “consumidor, é, em regra, aquele que se encontra em uma posição de debilidade e subordinação estrutural em relação ao produtor do bem ou serviço de consumo” (*A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, p. 274) e Fábio Konder Comparato “consumidor é aquele que de modo geral se submete ao poder de controle dos titulares de bens de produção” (Proteção do consumidor: importante capítulo do direito econômico. *Revista de Direito Público. Cadernos de direito econômico e empresarial*, v. 80, pp.186-187). V. tb. NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. *Introdução ao Pensamento Jurídico e a Teoria Geral do Direito Privado*. São Paulo: RT, 2008, p. 227. REICH, Norbert *Mercado y derecho: (teoría y praxis del derecho económico en la República Federal Alemana)*. Barcelona: Ariel, 1985, p.28.

⁷³ MACEDO, Ronaldo Porto. *Op. cit.*, pp. 54-63.

Inserido nessas relações de produção capitalista, o consumidor por ser destinatário final, isto é, o extremo da relação, não tem condições suficientes de se autodeterminar no processo de formação, aperfeiçoamento e execução das obrigações inerentes às relações jurídicas de consumo e, assim, de intervir e, até mesmo, perceber que suporta os prejuízos ou os excessos advindos da produção, comercialização ou prestação de serviço⁷⁴.

Já o fornecedor responde com patrimônio definido – salvo os casos de desconsideração da personalidade jurídica – e tem a possibilidade de distribuir o seu prejuízo, quando forma o custo, e, posteriormente, o preço do seu produto ou serviço para todos os seus consumidores.

Por tudo isso, justifica-se que a vulnerabilidade do consumidor é antecedente ao elemento restritivo destinatário final, isto é, ao próprio conceito padrão de consumidor, pois antes de tudo é, o consumidor, vulnerável.

É também implícita, isto é, é um elemento que subsiste e permeia todas as relações de jurídicas descritas pelo Código. É devido a ela que, como se verá a seguir, que se permite afastar o elemento restritivo do conceito padrão para considerar uma pessoa física ou jurídica como consumidora.

É na vulnerabilidade que reside a expressa positivação dos princípios do equilíbrio e harmonia nas relações de consumo, porque para que se realize o equilíbrio é necessário antecipadamente afirmar que há uma desigualdade em que se flagra o suporte dos excessos e prejuízos de responsabilidade do fornecedor por um consumidor mediante o desrespeito de sua integridade física, moral ou ainda patrimonial, esta sendo suportada por meio de sua remuneração de caráter alimentar e seu patrimônio pessoal.

Também é possível ver o mesmo fenômeno por outra lente, conforme podemos verificar em José Eduardo Faria⁷⁵. Baseado em estudo de Max Weber, Faria desenvolve um

⁷⁴ Isto só ocorre porque as teorias liberais do direito só estabelecem instrumentos para a garantia do funcionamento econômico do mercado, isto é, favorecem as transações privadas por meio da garantia do direito de propriedade e do direito das obrigações (e extensivamente de contratar). Cf. SALOMÃO, Calixto. *Direito Concorrencial – As Estruturas*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p.58. e MACEDO, Ronaldo Porto. *Op. cit.*, pp. 42-46.

⁷⁵ FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2004, p.168.

instrumental analítico que nos permite constatar a situação vivenciada pelo consumidor: a condição de subordinação estrutural. Essa subordinação é o produto do avanço do processo de racionalização e de sua influência na forma de organização da sociedade. Essa racionalização subordina o indivíduo à “jaula de ferro da servidão burocrática”.

A racionalização é também um dos *locus* de desenvolvimento do capitalismo.

Uma produção estruturada nos ganhos em escala, na mecanização, com processos extremamente organizados, em fluxo contínuo, sem intervalos ou pausas, exigiram regras que espelhassem a rigidez de como tudo deveria funcionar. Tudo era padronizado, pré-ordenado, sistematizado e com regras rígidas para que tudo fosse cumprido nos prazos adequados. Os contratos empresariais, com o consumidor e de trabalho tinham em suas regras refletidas nessa lógica da indústria, tudo predeterminado para que a produção não fosse interrompida ou prejudicada, pois os ganhos baseavam-se na disponibilização ao mercado de grandes quantidades de produtos.

Essa centralização da vida na indústria coloca o sujeito em uma situação de vida cheia de rotinas, que retiram do indivíduo a possibilidade de espontaneidade, ele adere a contratos padrões, obedece as regras impostas pelo empregador, a execução de uma parte da produção dificulta o conhecimento do todo, segmentando-o, separando-os os mais ágeis com mãos, dos que são mais ágeis com os cálculos, dos que servem como capataz na produção, do que são subservientes, assim conduz se a uma “jurisdificação”, “tecnificação” e alienação⁷⁶.

Weber bem descreveu esse fenômeno a partir da eficiência produtiva. Para ser mais eficiente é preciso saber cada vez mais especificamente algo, por isso nas empresas há uma contínua organização por departamentos; é preciso separar e classificar os trabalhadores pela sua agilidade, subserviência, inteligência para destiná-los aos postos de trabalho adequados, é preciso estabelecer regras de forma a exercer autoridade sobre os subordinados. A organização racional da produção e das pessoas por normas seria possível colocar tudo funcionando de forma eficiente. É a burocratização da sociedade, e essa forma de pensar engendra efeitos na vida das pessoas.

⁷⁶ *Idem.*

Um desses efeitos é o resultado do processo de diferenciação⁷⁷ do sistema produtivo que exige que este se diversifique e torne mais especializada as suas funções. Assim, o sistema social torna-se cada vez mais complexo, com um alto grau de refinamento de suas funções e de seu interrelacionamento, o que dificulta conhecer a sua real forma e característica, tendo-se que acreditar na sua aparente função.

Esse sistema de complexização que de certa forma é o resultado da constante inovação e refinamento do sistema de produção, gera situações sociais que o conhecimento jurídico tradicional não comporta explicação e que, por vezes, surge incoerente até mesmo com a ordem jurídica.

O melhor exemplo dessa contestação social dos instrumentos jurídicos vigentes é debatido pela doutrina de direito privado na crise da fonte das obrigações.

O contrato foi e continua sendo o instrumento de realização dos vínculos jurídicos da seara privada da vida. A legitimidade do contrato, como uma das formas de fixar regras particulares, reside na autonomia da vontade. O sujeito é livre e igual, então está apto a declarar a sua vontade e aceitar aquelas que o satisfazem, externando assim o seu intuito de criar, modificar ou extinguir direitos. É a vontade como elemento ideológico político justificador da liberdade do homem igual em realizar vínculos jurídicos quando cria regra (autonomia privada), aceita-as e as formaliza por meio de contrato.

Entretanto, o fenômeno da burocratização da vida estabelece rotinas que dispensam a vontade. Essa é a discussão que se desenvolve em relação fontes extranegociais⁷⁸ de vínculo jurídico. Esse debate faz emergir uma crise que se estabelece sobre as fontes obrigacionais⁷⁹.

⁷⁷ V. CAMPILONGO, *O direito numa sociedade complexa*. LUHMANN, *O sistema social*. FARIA, José Eduardo. *Direito e conjuntura*. São Paulo: Saraiva, 2008, pp.11-28, especialmente pp.23-25.

⁷⁸ PASQUALOTO, Adalberto. Oferta e Publicidade no Código de Defesa do Consumidor. *In Contratos de Consumo*, pp. 44-49.

⁷⁹ COUTO E SILVA, Clovis Veríssimo do. *Obrigação como processo*. São Paulo: FGV. 2006, p. 20.

1.2. O direito do consumidor e o Código de Defesa do Consumidor

1.2.1. O direito do consumidor no Brasil

Relata João Batista de Almeida⁸⁰, que, entre os anos de 1971 e 1973, o Deputado Nina Ribeiro já proferia discursos com o escopo de alertar sobre a necessidade de ações mais energéticas a fim de se efetivar a defesa dos consumidores no Brasil.

José Geraldo Brito Filomeno⁸¹ remete-nos ao séc. XVII, aos documentos do Arquivo Histórico de Salvador, em que se pode identificar a preocupação das autoridades da época com a proteção dos consumidores, por meio de norma das posturas municipais, editada em 27 de agosto de 1625, que determinava aos comerciantes fixarem “*escritos da almoçataria na portaria para que o povo os lesse*”.

Cita, também, o mesmo autor, outras normas de tabelamento de preço de vinhos, pois, diante da fixação do número máximo de tabernas pelo poder público municipal, a oferta era restrita a poucos comerciantes, situação essa que poderia gerar um aumento abusivo dos preços.

⁸⁰ ALMEIDA, João Batista de. *A Proteção Jurídica do Consumidor*. 7^a ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 10.

⁸¹ FILOMENO, Jose Geraldo Brito. *Curso fundamental de direito do consumidor*. 2^a ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 6.

Em 1976, o então Governador do Estado de São Paulo, Paulo Egydio Martins, designou comissão especial, o Grupo Executivo de Proteção do Consumidor, para estudar a implantação do sistema estadual de defesa do consumidor⁸².

Dois anos mais tarde, em 1978, no Estado de São Paulo, ocorre, então, a ação pioneira da defesa do consumidor no âmbito governamental, no Brasil, ao ponto de FILOMENO atribuir ao fato o marco de surgimento do movimento consumerista brasileiro⁸³: criou-se o PROCON, por meio da Lei n.º 1.903/78 do Estado de São Paulo, como órgão executivo do Sistema Estadual de Proteção ao Consumidor, do qual também fazia parte o Conselho Estadual de Defesa do Consumidor.

Em 1985, por meio do Decreto do Executivo n.º 91.469, alterado posteriormente pelo Decreto n.º 94.508/87, é criado o Conselho Nacional de Defesa do Consumidor – CNDC, que congregava a participação de diversos órgãos públicos federais e estaduais, da sociedade civil organizada, entidades de consumidores e empresariais⁸⁴.

E com a promulgação do CDC em 1990, foi prescrito nos arts. 105 e 106 a previsão legal da existência do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor coordenado pelo DPDC - Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor, órgão subordinado a Secretaria de Direito Econômico, que teve sua regulamentação realizada com o Decreto do Executivo n.º 2181/97⁸⁵.

Entre os diplomas normativos, anteriores a Lei Federal n.º 8.078/90, podemos ressaltar o Decreto n.º 22.626 de 07 de abril de 1933, que reprimia a usura, e outros diplomas que restringiam-se à proteção da economia popular, como se pode observar com as normas

⁸² FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de Direitos do Consumidor*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 31.

⁸³ *Idem*.

⁸⁴ FINK, Daniel Roberto e *et al.* *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 7ª ed. ver. e ampl. até junho de 2001. São Paulo: Forense Universitária, 2001, p. 877.

⁸⁵ *Idem*.

constitucionais de 1934 (arts. 175 e 117), o Decreto-lei n.º 869, de 18 de novembro de 1938, seguindo com o n.º 9.840, de 11 de setembro de 1946 e finalmente com a Lei de Economia Popular, Lei n.º 1521, de 26 de dezembro de 1951, vigente até a atualidade.

Conforme notícia historicamente Grinover⁸⁶, sofreu, a comissão que elaborou o anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor, forte influência do “Projet de Code de la Consommation”⁸⁷ e das leis da Espanha⁸⁸, de Portugal⁸⁹, do México⁹⁰, de Quebec⁹¹, das diretivas da Comunidade Econômica Europeia⁹², e, por estas terem sido influenciadas pelos precedentes e *statute* norte americanos.

1.2.2. Microssistema das Relações de Consumo

A lei que trata das relações de consumo no Brasil procurou regular completamente a matéria-razão de sua existência, nas suas possíveis dimensões jurídicas, a fim de aplicar uma lógica nova, mais sistêmica, coerente, coesa e que se mantenha sempre atual⁹³.

Essa amplitude visou seguir a orientação do que se chamou de microssistema jurídico, atitude reversa aos dos grandes códigos oitocentistas – conforme o mais emblemático

⁸⁶ Introdução da própria autora em GRINOVER, Ada Pellegrin *et al.* Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – Comentado pelos Autores do Anteprojeto. 9ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Forense Universitária, 2007, p. 10.

⁸⁷ Projeto elaborado por Jean Calais-Auloy.

⁸⁸ *Ley general para a la defensa de los consumidores y usuarios* – Lei n.º 26/1984.

⁸⁹ Lei n.º 29/81, de 22 de agosto e Decreto-lei n.º 446/85, de 25 de outubro (sobre controle das cláusulas gerais de contratação).

⁹⁰ *Ley federal de protección al consumidor*, de 5 de fevereiro de 1976.

⁹¹ *Loi sur la protection Du consommateur du 1979*.

⁹² Diretiva n.º 84/450 (sobre publicidade) e Diretiva n.º 85/374 (responsabilidade sobre acidentes de consumo)

⁹³ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Leis civis comentadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 258. GOMES, Orlando. *A caminho dos micro-sistemas*. In *Temas de Direito Civil*, p. 40-50 e *Estudos em Homenagem a Caio Mário*, pp. 160-170

deles: o Código Civil francês – em que se objetivava regular a vida dos cidadãos em um único conjunto normativo, regular a vida em sua totalidade.

Há tempo as grandes codificações – *Code de Napoléon* e BGB alemão – têm sido colocados à prova, após sucessivas modificações. Os seus críticos alegam que estas obras do intelecto humano são estáticas e sem mobilidade para acompanhar o progresso que inunda a modernidade, e que seria mais adequado codificações mais simples, temáticas, com a possibilidade de uma visão de conjunto, perpassando por todos os ramos do direito e encerrando em si, e que pudessem ser imunes à contaminação de outras regras do sistema⁹⁴. Realizar-se-ia esta realidade por meio das microcodificações, ou microssistemas jurídicos.

Complementa o conceito microssistema, o de lei de princípios, ou lei principiológica, pois para que seja um sistema e não uma consolidação de leis ou um conjunto infinito de leis setoriais, deve se constituir um conjunto de normas coerentes e orientada por as diretrizes estabelecidas com a pretensão contínua de ser unitária. Essas diretrizes são traçadas por normas-objetivo, princípios, regras gerais⁹⁵, que definem o conjunto e atribuem coerência a matéria tratada.

Por isso, diante de qualquer lacuna que apresente as normas desse microssistema, esta pode ser preenchida desde que a aplicação de norma subsidiária respeite os limites e se compatibilize com a estrutura normativa do *codex* protetivo⁹⁶. Conforme ilustra Nelson Nery Júnior⁹⁷, não se poderia aplicar, por exemplo, norma subsidiária de lei especial, que trate de responsabilidade subjetiva, quando o Código de Defesa do Consumidor tem como princípio fundamental a responsabilidade objetiva para os acidentes decorrentes de produto ou serviço disponibilizado no mercado de consumo.

⁹⁴ NERY JUNIOR, Nelson. A defesa do consumidor no Brasil. *Revista de Direito Privado*, n. 18, p. 226.

⁹⁵ Normas com significado que deve ser preenchido pelo julgador que podem ser expressas como princípios, cláusulas gerais, conceitos legais indeterminados e conceitos legais determinados pela função. V. NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. *Introdução ao Pensamento Jurídico e a Teoria Geral do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, pp. 210-212; COSTA, Judith Martins. O direito Privado como um “Sistema em Construção” - As Cláusulas Gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro. *Revista dos Tribunais*, n. 753, pp. 24-48. NERY JUNIOR, Nelson & NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 195-198.

⁹⁶ NERY JUNIOR, Nelson. A defesa do consumidor no Brasil. *Revista de Direito Privado*, n. 18, p. 221.

⁹⁷ *Idem*.

É nessa lógica que se constituiu o Código de Defesa do Consumidor brasileiro.

1.2.3. Lei Principiológica

O microsistema do Código de Defesa do Consumidor determina-se como lei de natureza principiológica. Não é nem lei geral, nem especial, é principiológica⁹⁸.

A individualização dessa lei ocorre porque ela enumera princípios e objetivos que guardam a coerência de suas normas e a sua função social. No caso do Código de Defesa do Consumidor as normas e regras erigem-se da relação de consumo.

Também propicia a unidade do tratamento da matéria e evita o fenômeno que vem minando as grandes codificações: a constituição de um grande número de leis especiais que toquem em assuntos pontuais já reguladas, e de e leis muito específicas que tratem de setores econômicos e sociais, como normas para tratar de questões atinentes a automóveis, cosméticos, eletroeletrônicos, produtos farmacêuticos etc.

No que toca ao conflito aparente de normas, estabelece um critério uniforme que não comprometa a regulação da matéria, pois prevalece sempre frente a lei principiológica, afastando a aplicação das regras clássicas de antinomia jurídica, como por exemplo o princípio da especialidade (*lex specialis derogat generalis*), evitando-se assim a criação de um intrincado emaranhado de normas que dificulta encontrar inequivocamente a lei aplicável ao caso concreto.

Já diante da lacunas que apresente, a lei principiológica facilita na verificação de quais são as regras jurídicas que podem se aplicadas, pois diante da sua constituição, em que

⁹⁸ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Leis civis comentadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 258.

se prescrevem princípios e objetivos da lei, pode se utilizar ou rechaçar as normas de acordo com a sua compatibilidade como o sistema⁹⁹.

Por fim, há um controle maior sobre a modificação de suas normas, que só é admitida se não comprometer o sistema.

Podemos citar como alguns princípios inderrogáveis: a) equidade e equilíbrio nas relações de consumo (art. 4.º III); b) boa-fé objetiva art. 4.º III); c) revisão de cláusula ou do contrato de consumo (art. 6.º V); d) responsabilidade objetiva pela reparação dos danos patrimoniais, morais, individuais, coletivos e difusos (art. 6.º VI); e) proteção contra publicidade ilegal (enganosa e abusiva) (art. 37); f) proteção contra práticas comerciais abusivas (art. 6.º IV, 39 e 44); g) proteção contratual integral (art. 46); h) proteção contra cláusulas abusivas (art. 6.º IV e 51); i) acesso à ordem jurídica justa, individual ou coletivamente (art. 81 *caput*); j) facilitação da defesa do consumidor em juízo (art. 6.º VIII); l) prerrogativa de propor e de responder ação em seu domicílio (art. 6.º VIII); m) benefício da coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes*, sempre *in utilibus*, independentemente de rol de beneficiados, do lugar de seu domicílio ou da competência territorial do juiz (art. 103)¹⁰⁰.

1.2.4. Relação de consumo

Como já é assente na doutrina, o objeto de regulação do Código de Defesa do consumidor é a relação de consumo¹⁰¹.

Nery Junior assevera não se tratar de “ ‘contrato de consumo’, ‘ato de consumo’, ‘negócio jurídico de consumo’, mas de relação de consumo, termo que tem sentido mais amplo do que aquelas expressões”¹⁰².

⁹⁹ *Idem*, p. 300.

¹⁰⁰ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Leis civis comentadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 258.

¹⁰¹ NERY JUNIOR, Nelson. Proteção contratual. *Em Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 9ª ed. São Paulo: Forense Universitária, 2007, p. 493.

Caracteriza-se essa relação por meio da configuração de seus sujeitos – consumidor e fornecedor - do seu objeto – produtos e serviços - e da sua finalidade – a aquisição de produto ou utilização de serviço pelo consumidor destinatário final¹⁰³.

Destinatário final, conceito legal indeterminado¹⁰⁴, é o elemento teleológico da norma que gera controvérsias na doutrina, pois é conceito que restringe o âmbito de aplicação e incidência das regras do Código de Defesa do Consumidor.

Considerando o debate na doutrina, uma vertente nega a aplicação do *codex* de consumo à pessoa jurídica e ao empresário porque não são consumidores¹⁰⁵ e em outra vertente afirma a aplicação da lei protetiva irrestritamente, a qualquer pessoa, sob a justificativa de que a disposição normativa expressamente prevê a pessoa jurídica como consumidora, fixando um debate que se estende aos tribunais superiores e que ainda não foi definido¹⁰⁶⁻¹⁰⁷.

As discussões sobre a aplicabilidade do código quase sempre pendem ao conceito de consumidor¹⁰⁸. É certo que a relação de consumo é abrangente, se considerarmos esse conceito, pois se amplia diante do acidente de consumo (art. 17) e da sujeição às práticas comerciais (art. 29).

¹⁰² *Idem*, p. 494

¹⁰³ *Ibidem*.

¹⁰⁴ NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. *Introdução ao Pensamento Jurídico e a Teoria Geral do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, pp. 210-212; COSTA, Judith Martins. O direito Privado como um “Sistema em Construção” - As Cláusulas Gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro. *Revista dos Tribunais*, n. 753, pp. 24-48. NERY JUNIOR, Nelson & NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 195-198.

¹⁰⁵ Teoria finalista.

¹⁰⁶ MARQUES, Cláudia Lima *et al.* *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, 2008.

¹⁰⁷ NERY JUNIOR. Da proteção contratual. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 8ª ed., 2005, p. 494. Nery Junior cita decisão do Superior Tribunal de Justiça em que serviços de informática utilizados por empresa de pastificio configura relação de consumo e esta como consumidora pois esses serviços não são objeto de qualquer transformação na produção de alimentos, mas tão apenas para fiscalização da atividade interna. BRASIL. STJ. 3ª Turma, Resp 488.274/MG, rel. Min. Nancy Andrigui, j. 22.05.2003, v.u.

¹⁰⁸ BESSA, Leonardo Roscoe. *Relação de consumo e aplicação do Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

Também se direciona o debate para a situação fática de vulnerabilidade.

Considerando que para nos direcionarmos para uma conclusão parcial estruturada, que possa ser passível de crítica, faz-se necessário considerar uma análise de como vem se dissertando sobre o conceito de vulnerabilidade na doutrina. Somente após essas considerações, passaremos à análise dos conceitos dos elementos formadores da relação jurídica de consumo.

Também, precisamos atentar-nos que a importância deste capítulo reside nas argumentações trazidas pela doutrina, a fim de confrontá-las com a situação que se encontra o proprietário da marca.

Para a análise do que se denominará nexos de imputação, acompanhando doutrina sobre o tema¹⁰⁹, enriquecerá a investigação sobre a responsabilidade do proprietário da marca, ou quem possui o direito exclusivo de licenciá-la.

Feitas as observações, passemos ao objetivo principal deste capítulo.

1.2.5. Consumidor

Conceituar consumidor não é só, “analisar o sujeito da relação jurídica de consumo tutelado pelo Direito do Consumidor”¹¹⁰, mas é, como bem esclarece e preceitua Ricardo Wada¹¹¹, o ponto central para perceber toda a “dimensão espacial” que traça a

¹⁰⁹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor e a defesa do fornecedor*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

¹¹⁰ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. O Conceito Jurídico do Consumidor. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, SP, v. --, n.º 628, p. 69-79, fev. 1988, p. 71.

¹¹¹ *As Práticas Abusivas e o Dano Moral Coletivo no Código de Defesa do Consumidor*. Dissertação apresentada no Curso de Pós-graduação *strictu sensu* em Direito, na Faculdade de Direito da USP, como requisito à obtenção de grau de mestre, agosto de 2003, p. 62.

“arquitetura de inclusão” de todos aqueles que direta ou indiretamente tenham intervido na relação de consumo, como submetidos à tutela especial do Código de Defesa do Consumidor.

Cláudia Lima Marques afirma que o consumidor não pode ser definido sobre a ótica individual, como sujeito de direitos individuais, é preciso analisar com a lente da perspectiva coletiva, dos interesses coletivos e dos direitos difusos¹¹².

Não se pode olvidar eu o diploma consumerista, também visa garantir a reparação em caso de acidente de consumo a todas as vítimas do evento danoso (art. 17), bem como proteger todos aqueles que estão sujeitos a práticas abusivas e ilícitas (art. 29). Assim, vence-se a barreira de um conceito de consumidor calcada nos limites da relação contratual.

Portanto, a definição de consumidor alcança as relações de consumo contratuais e extracontratuais, individuais ou coletivas¹¹³.

E é nesse diapasão que o Código de Defesa do Consumidor prescreve quatro conceitos de consumidor, que se exporá a seguir.

1.2.5.1. O conceito padrão de consumidor

O primeiro, que é a definição principal, ou *standart* do consumidor, ou ainda consumidor em *stricto sensu*¹¹⁴, encontra-se no *caput* do artigo 2º: " Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final".

O termo destinatário final é o elemento teleológico ou finalístico¹¹⁵, que é eleito por Cláudia Lima Marques¹¹⁶ como recurso restritivo da lei de defesa do consumidor. Este

¹¹² MARQUES, Cláudia Lima *et al.* *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, 2008, p. 67.

¹¹³ *Ibidem*.

¹¹⁴ Cláudia Lima Marques utiliza-se dessa terminologia em sua obra, que por muitas vezes será citada neste trabalho. MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 4ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

elemento qualifica o consumidor e circunstancia os verbos adquirir ou utilizar, de forma que restringe as relações jurídicas submetidas ao Código.

Apesar de ser claro a qualidade de recurso legal restritivo, esse elemento não tem um significado completo, varia em grau, o que torna sua interpretação, pela doutrina, ainda, não pacífica.

Nessa falta de convenção, como muito bem revelado por Cláudia Lima Marques¹¹⁷, podemos destacar na doutrina duas teorias na restrição do conceito de consumidor imposta pelo elemento teleológico: a teoria maximalista e a teoria finalista.

Proposta pelos pioneiros do consumerismo¹¹⁸, a teoria finalista defende que somente o consumidor vulnerável merece a tutela especial, conforme os arts. 4º e 6º do Código de Defesa do Consumidor.

Por conseguinte, é possível, de pronto, estabelecer quem é o consumidor descrito pelo Código: é o destinatário final, fático e econômico de um produto ou serviço, isto é, quando é o último elemento da cadeia.

Ser destinatário fático significa retirar um produto da cadeia de produção. Ser destinatário final econômico é adquirir o produto ou serviço para uso não profissional, para não revendê-lo, no exercício de uma atividade profissional¹¹⁹.

Assim, essa interpretação restringe o conceito do consumidor àquele que adquire ou utiliza um produto ou serviço para uso próprio e de sua família.

¹¹⁵ NERY, Nelson e et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 7ª ed. ver. e ampl. São Paulo: Forense Universitária, 2001, p. 442. BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. *Op. cit.*, p. 71.

¹¹⁶ MARQUES, Cláudia Lima. *Op. cit.*, p. 253.

¹¹⁷ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 4ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 253-255.

¹¹⁸ Conforme Cláudia Lima Marques, são principalmente os pioneiros Antônio Herman Benjamin, Eros Roberto Grau, Adalberto Pasqualotto e Alcides Tomasetti Jr.. Acompanha também essa corrente finalística João Batista de Almeida, em que o significado do recurso restritivo é o consumidor que não revende o produto. *A Proteção Jurídica do Consumidor*. 3ª ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 38 e 40.

¹¹⁹ MARQUES, Cláudia Lima. *Op. cit.*, p. 253.

Consumidor é o sujeito não profissional, e essa é uma forma de identificar quem deve receber a preocupação da norma tutelar, frente a outra que é sua condição de vulnerabilidade frente ao fornecedor, o fato de se apresentar como a parte mais fraca da relação¹²⁰⁻¹²¹.

Já a teoria maximalista traz em seu bojo a ideia de que o Código de Defesa do Consumidor é “o novo regulamento do mercado de consumo brasileiro”¹²². Conforme Cláudia Lima Marques³¹, a definição do art. 2º é tão alargada nesta teoria que se admiti aplicação das normas e princípios do Código de Defesa do Consumidor a todos os sujeitos do mercado de consumo, inclusive ao fornecedor.

Portanto, fundamentando principalmente no critério objetivo do conceito padrão de consumidor, declaram os maximalistas que não importa que tenha a pessoa física ou jurídica o fim de lucrar com o produto ou serviço, basta que o objeto da relação de consumo seja retirado do mercado e utilizado. Consideram consumidor tanto a dona de casa que adquire produtos alimentícios para a sua família, quanto uma construtora de prédios comerciais que adquire um carro para o transporte de seus visitantes¹²³.

É nesta indefinição que se faz necessário trazer elementos que preexistem ao elemento restritivo do conceito de consumidor, porque são os princípios das relações jurídicas de consumo: o conceito de vulnerabilidade¹²⁴. É o que foi denominado por Ricardo Morishita

¹²⁰ Antônio Herman Benjamin abre umas poucas exceções para extensão do conceito de fornecedor as pessoas jurídicas, para que se incida os efeitos da tutela especial “fundações sem fins lucrativos, as associações de interesse público, os hospitais e partidos políticos” (O Conceito Jurídico do Consumidor. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 628, p. 77).

¹²¹ MARQUES, Cláudia Lima. *Op. cit.*, pp. 148-150. Cláudia Lima Marques também é adepta teoria finalista nos seguintes termos “o destinatário final é o *Endverbraucher*, o consumidor final, o que retira o bem do mercado ao adquirir ou simplesmente utilizá-lo (destinatário fático), aquele que coloca um fim na cadeia de produção (destinatário final econômico) e não aquele que utiliza o bem para continuar a produzir”(p.150). Porém não exclui a aplicação da tutela especial a um profissional desde que não vise o lucro, não integre o produto ou serviço a sua atividade (p.150).

¹²² MARQUES, Cláudia Lima. *Op. cit.*, p. 254.

¹²³ *Idem*, p. 255.

¹²⁴ *Ibidem*, p. 279.

Wada, acompanhando Cláudia Lima Marques¹²⁵, de interpretação e aplicação sistêmica do Código de Defesa do Consumidor¹²⁶.

1.2.5.2. Os conceitos de consumidores “por equiparação”

Após a exposição do conceito padrão de consumidor, partiremos para os conceitos equiparados (o segundo, o terceiro e o quarto).

Conforme o parágrafo único do art. 2º: “Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”.

O terceiro conceito está prescrito no art. 17 que “Para os efeitos desta Seção (Da Responsabilidade pelo Fato de Produto ou Serviço), equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento”. Esse dispositivo pertence ao quarto Capítulo do Código de Defesa do Consumidor que trata da Qualidade de Produtos e Serviços, da Prevenção e da Reparação dos Danos.

O quarto conceito pertence ao capítulo V e VI que tratam respectivamente das Práticas Comerciais e da Proteção Contratual. O art. 29 explicita que todas as pessoas determináveis ou não são consideradas consumidores para que sejam abrangidas pelos efeitos do Código de Defesa do Consumidor desde que fiquem expostas as práticas comerciais e contratuais pelo diploma retro citado.

A extensão do campo do microsistema do Código de Defesa do Consumidor observa o fato de que uma grande quantidade de sujeitos, mesmo não sendo consumidores *padrões*, podem ser afetados pelas atividades desenvolvidas pelos fornecedores no mercado de consumo.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 309.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 65.

Assim, esses sujeitos podem ser pessoas intervindo nas atividades destinadas ao fornecimento para o consumo, individualmente ou em grupos, em qualquer momento, o que os coloca, por muitas vezes, em posição de vulnerabilidade.

A vulnerabilidade torna-se a grande justificativa¹²⁷ para que se afaste, dentro da oportunidade dos arts. 2º, parágrafo único, art. 17 e art. 29, o elemento teleológico restritivo da “destinação final”.

Como bem explicita Antônio Herman Beijamin¹²⁸ - quando trata especificamente das práticas abusivas, mas do qual podemos fazer uma assertiva geral - “o consumidor é, então, não apenas aquele que ‘adquire ou utiliza produto ou serviço’ (art. 2º), mas igualmente as pessoas ‘expostas às práticas’ previstas no Código”.

Entretanto, a vulnerabilidade não só é elemento de justificação, como também elemento essencial, pois continua subsistindo mesmo que não se tenha formado a relação jurídica padrão de consumo, até porque o sujeito que intervém no mercado de consumo está potencialmente exposto aos efeitos da exploração de uma atividade econômica do fornecedor¹²⁹.

Desses argumentos, justificam-se a extensão da aplicabilidade das normas do Código de Defesa do Consumidor também aos acidentes de consumo (art. 12 a 17), às práticas abusivas (art. 39), principalmente às comerciais, à publicidade abusiva (art. 37), ao banco de dados de consumo (art. 43), à cobrança por constrangimento ou ameaça e, muitas vezes, indevida (art. 42), entre outras situações. A vulnerabilidade, então, extrapola a restritividade do elemento teleológico a fim de abranger aqueles que sofrem os efeitos de certas atividades econômicas exploradas pelo fornecedor.

¹²⁷ MARQUES, Cláudia Lima. *Op. cit.*, p. 291.

¹²⁸ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 7ª ed. rev. e amp. São Paulo: Forense Universitária, 2001, p. 227.

¹²⁹ MARQUES, Cláudia Lima. *Op. cit.*, p. 291.

1.2.6. Fornecedor

Para tratarmos da responsabilidade do proprietário da marca aposta em produto, em conformidade com o que dispõe o Código de Defesa do Consumidor, impõe-se um desafio: analisar para compreender quais são as possibilidades e limites do conceito de fornecedor, ou melhor, quem é considerado fornecedor com o fim de aplicação das normas desse *codex* protetivo.

Assim, como o de consumidor, há um artigo que concentra o conceito padrão de fornecedor, este é o art. 3º, que transcrevemos:

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Complementa o conceito de fornecedor o de serviço, pois se considera fornecedor qualquer sujeito que realize atividade de natureza bancária, financeira, creditícia e securitária, ficando expressamente excluídas as relações de trabalho¹³⁰.

Parte considerável da doutrina afirma que o conceito de fornecedor buscou a mais ampla e irrestrita abrangência de atividades econômicas possíveis de serem exploradas. Só estariam excluídos do conceito os que porventura realizassem atos de âmbito civil, sem profissionalidade, isto é, por uma pessoa que não ofertasse produto ou serviço no mercado com habitualidade¹³¹⁻¹³².

¹³⁰ Art. 3º (...) § 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

¹³¹ ALMEIDA, João Batista de. *Op. cit.*, p. 41. ARRUDA ALVIM; ALVIM, Thereza; ARRUDA ALVIM, Eduardo; MARINS DE SOUZA, James J. *Código do Consumidor Comentado*. 2ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 32. MARQUES, Claudia Lima. Campo de Aplicação do Código de Defesa do Consumidor in BENJAMIN Antônio Herman et.al. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 79. MARQUES, Cláudia Lima. *Op. cit.*, pp. 407-408. SANTOS, Fernando Gherardini. *Direito do marketing*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, pp.129-130.

¹³² Na visão de alguns autores a próprio conceito de mercado é acompanhado pela ideia de atividade especializada e profissional, por isso trazê-los ambos, como elemento do conceito é sem dúvida redundante. V. PÜSCHEL, Flavia Portella. *A Responsabilidade por Fato do Produto no CDC – Acidentes de Consumo*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 58-59. AMARAL JUNIOR, Alberto do. *Proteção do consumidor no contrato*

Nessa linha de raciocínio, qualquer sujeito pode ser considerado fornecedor, desde que exerça atividade de fornecimento de produtos e serviços no mercado de consumo, isto é, coloca produtos e serviços em circulação no mercado, habitual ou profissionalmente, como atividade preponderante, pois conforme o art. 3º, não houve limitação a qualquer espécie de pessoa, basta exercer atividade de fornecimento para que seja considerado fornecedor¹³³.

Valverde Santana, embora também considere que a causa do negócio é a introdução de produto ou serviço no mercado de consumo¹³⁴, afirma este autor que qualquer sujeito que exerça atividade prescrita no art. 3º, fornecedor será, não importando se o faz de maneira informal. Ilustra a sua afirmação por meio da figura vendedor ambulante, que, apesar de não dispor de registro formal, pratica atos de fornecimento no mercado de consumo¹³⁵.

Essa amplitude do conceito não será plenamente explorada, se não forem integradas outras atividades que, embora não estejam diretamente envolvidas com a colocação de produto ou serviço no mercado de consumo, aproximam-se muito destas, contribuindo inequivocamente com a sua finalidade.

Embora, deixe de destacar o art. 3º a situação apresentada, não houve descuido da lei protetiva em relação ao apresentado, como se pode observar em outras atividades prescritas em que se apresenta um sujeito que veicula ou se utiliza de informações ou publicidade sobre a apresentação de produtos e serviços (art. 30), que realiza a publicidade de produto ou serviço (art. 36), que patrocina informação ou comunicação publicitária (art. 38), que armazena e circula informações sobre consumidores e consumo (art. 43), que faz a pesagem ou medição de produtos (§2º do art. 19), que realiza serviço de reparação ou conserto (art. 21) e que faz cobrança de dívida (art. 42).

de compra e venda. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 66. LEAES, Luiz Gastão Paes de Barros. *A responsabilidade do fabricante pelo fato do produto*. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 15.

¹³³ LISBOA, Roberto Senise. *Relação de Consumo e a proteção jurídica no direito brasileiro*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999, p.10.

¹³⁴ SANTANA, Hector Valverde. *Prescrição e decadência nas relações de consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.67.

¹³⁵ *Idem*, p.68.

Relevante mencionar, que uma pesquisa analítica revela que mais de trinta atividades são mencionadas no Código de Defesa do Consumidor:

1. prestação de serviço (art. 14, 75),
2. serviço fornecido mediante remuneração (parágrafo segundo do art. 3º),
3. atividade bancária, financeira, creditícia e securitária (parágrafo segundo do art. 3º),
4. produção(art. 3º, 55, 102),
5. fabricação (art. 12, art. 18,§6º, II),
6. montagem (art. 3º, 12),
7. criação, construção, transformação (art. 3º),
8. distribuição (arts. 3º; 18,§6º, II; 55 e 102),
9. importação (arts. 3º e 12), exportação(art. 3º),
10. comercialização (arts. 3º e 13),
11. manipulação (art. 12),
12. acondicionamento e a conservação adequada de produtos e serviços (art. 12 e 13),
13. industrialização de produtos e serviços (art. 55 caput e §1º),
14. crédito ou de financiamento em conjunto com o fornecimento de produto ou serviço (art. 52),
15. alienação fiduciária (art. 53),
16. consórcio (art. 53, §2º),
17. saneamento do vício, substituição das partes viciadas, reparação, conserto e incorporação de peças ou componentes (art. 18, 21 e 30),
18. pesagem ou medição de quantidade de produto (art. 19),
19. métodos e práticas comerciais (art. 6º, IV),
20. apresentação de produtos e serviços (art. 12, art. 18,§6º, II, art. 30, 31 e 35),
21. oferecimento de produtos e serviços (art. 30),
22. oferta de produtos e serviços (art. 31, 33, 75) e peças de reposição (art. 32),
23. publicidade de produtos e serviços (art. 33, parágrafo único e art. 55, §1º art. 36, art. 6º, IV),
24. exposição à venda (art. 75),
25. venda e a transação comercial (art. 33, art. 102),
26. compra e venda de móveis e imóveis com pagamento em parcelas (art. 53),

27. cobrança de dívida (art. 42),
28. o serviço de banco de dados, cadastro, registro, ficha, arquivo de dados pessoais dos consumidores e de seu consumo (art. 43),
29. informação e circulação dos dados pessoais dos consumidores e de seu consumo (art. 43),
30. atendimento a reclamação do consumidor (art. 44),
31. manutenção em depósito (art. 75),
32. serviço prestado por órgãos públicos e empresas concessionárias e permissionárias (art. 22),

Por isso, com a razão está Roscoe Bessa, quando, percucientemente, afirma que na lei protetiva, em relação a sua aplicação, e considerando o conceito de fornecedor, pode-se observar que “a perspectiva preponderante é para a atividade do mercado em si e não para quem a desenvolve”¹³⁶.

A sua perspicácia tem morada no confronto da definição da doutrina de fornecedor e as outras atividades que tiveram previsão normativa na lei, pois como já se consignou, há situação específica prescrita na lei, em que se menciona as atividades de publicidade, de cobrança de dívidas e de bancos de dados de consumo. Essas atividades não se enquadram no conceito padrão de fornecedor porque não dizem respeito à colocação direta de produtos e serviços no mercado consumidor.

Assim, o conceito de fornecedor não se restringe a finalidade da relação de consumo, mas se amplia para os que exercem atividades acessórias, nos dizeres de Cláudia Lima Marques¹³⁷, são os contributários dessa finalidade, os ajudantes dos fornecedores considerados principais, daqueles que exercem a atividade imbuídos do intuito de prover o mercado de produtos e serviços.

¹³⁶ BESSA, Leonardo Roscoe. *Relação de consumo e aplicação do Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 48.

¹³⁷ MARQUES, Cláudia Lima. *Op. cit.*, p. 418.

Como não tem a sua atividade apontada no conceito padrão de fornecedor, Roscoe Bessa classifico-os de fornecedores “equiparados”¹³⁸. Já Cláudia Lima Marques os denomina de fornecedores aparentes¹³⁹, porque estes se apresentam ao consumidor como se fornecedores fossem.

Diante desse quadro, embora o consumo seja de produtos e serviços¹⁴⁰, este não é mais o único e exclusivo centro de interesse dos negócios da atividade da empresa, outras atividades integram o fornecimento no mercado de consumo, em outro objetivo, em busca da aproximação com o consumidor no intuito de realizar negócios, que jurídica e sociologicamente intensificam o contato social¹⁴¹ com o consumidor, de forma cada vez mais diversificada e especializada¹⁴².

A atividade é o conceito-chave no Código de Defesa do Consumidor para a definição da contraparte do consumidor, acompanhando pensamento que também considera o mesmo conceito como definidora da organização produtiva. É um conceito inerente ao empresário e a empresa¹⁴³, isso porque o elemento central do direito empresarial e a realização de atos ordenados em função de um determinado objetivo¹⁴⁴.

¹³⁸ BESSA, Leonardo Roscoe. *Op. cit.*, pp. 91-94.

¹³⁹ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 6ª ed. São Paulo: RT, 2011, pp. 436 e 441.

¹⁴⁰ Objeto da relação de consumo. NERY JUNIOR, Nelson. A defesa do consumidor no Brasil. *Revista de Direito Privado*. São Paulo. n. 18, pp. 218-299.

¹⁴¹ PASQUALOTO, Adalberto. *Os efeitos obrigacionais da publicidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 55-63. SANSEVERINO, Paulo de Tarso. *Op. cit.*, pp. 205-214.

¹⁴² MARQUES, Cláudia Lima. Vinculação própria através da publicidade? A nova visão do Código de Defesa do Consumidor. *Revista do Consumidor*, n.10, pp. 7-20.

¹⁴³ NERY, Rosa. *Introdução ao Pensamento Jurídico e à Teoria Geral do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, pp. 183-196. Ou ainda NERY, Rosa. *Ato e atividade*. In: NERY, Rosa Maria B. B. de Andrade; NERY, Nelson (coord.). *Revista de direito privado*, ano 6, abril-junho 2005, vol. 22, pp. 10/21. V. tb. MELO FRANCO, Vera Helena. *Direito Empresarial – vol.1*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 42-45. FORGIONI, Paula. *A Evolução do Direito Comercial Brasileiro: Da mercancia ao mercado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 55-66.

¹⁴⁴ PUSCHEL, Flavia. *A Responsabilidade pelo Fato do Produto no CDC – Acidentes de Consumo*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 62-63. Também MELO FRANCO, *idem*.

Assim, é a dicção do art. 966 do Código Civil:

Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.

Atente-se para o fato de que o Código de Defesa do Consumidor teve a sua vigência iniciada ainda na do Código Civil antigo, de 1916. Se tivéssemos o conceito prescrito acima, a formulação do conceito de fornecedor seria mais tranquilamente absorvido pela norma protetiva. Procurou se utilizar de um conceito mais descritivo que transpassasse a ideia abrangente de exercício de atividade¹⁴⁵⁻¹⁴⁶⁻¹⁴⁷⁻¹⁴⁸.

Da análise empreendida, é possível concluir que transparece tratar-se o conceito de fornecedor, de um conceito legal indeterminado¹⁴⁹, que permite a sua ampliação ou restrição pelo aplicador da lei e de forma a manter o conceito sempre atualizado, e considerando em primeiro lugar o conceito presente no art. 3º da lei protetiva e, em seguida, a necessária existência da parte oposta numa relação jurídica.

¹⁴⁵ ALMEIDA, João Batista de. *A Proteção Jurídica do Consumidor*. 3ª ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 40.

¹⁴⁶ MARQUES, Cláudia Lima. *Op. cit.*, p. 393.

¹⁴⁷ DENARI, Zelmo. Da qualidade dos produtos e serviços. GRINOVER, Ada Pelegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 7ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Gen/Forense, 2011, p. 108

¹⁴⁸ GRINOVER, Ada Pelegrini et al. *Op. cit.*, p. 6.

¹⁴⁹ NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. *Introdução ao Pensamento Jurídico e a Teoria Geral do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, pp. 210-212; COSTA, Judith Martins. O direito Privado como um “Sistema em Construção” - As Cláusulas Gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro. *Revista dos Tribunais*, n. 753, pp. 24-48. NERY JUNIOR, Nelson & NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 195-198.

1.2.6.1. A solidariedade no Código de Defesa do Consumidor

Se o conceito de consumidor buscou a mais larga amplitude a fim de incluir toda e qualquer atividade de fornecimento de produtos e serviços no mercado de consumo, o de solidariedade foi o recurso utilizado para integrar e simplificar a proteção e defesa do consumidor a abordagem complexa e, às vezes, extensa da organização das atividades de fornecimento.

Com a busca desse objetivo, ao mesmo tempo, atende-se ao fim da reparação efetiva e integral do consumidor¹⁵⁰ e supera-se o princípio da relatividade que rege, classicamente, os contratos¹⁵¹, impondo responsabilidade “tanto daquele que possui vínculo contratual com o consumidor, quanto daquele cujo vínculo contratual é apenas com a cadeia de fornecedores”¹⁵². O conceito de solidariedade nasce em conjunto com o conceito de cadeia de produção, ou ainda, como se denominará, daqui por diante, cadeia de fornecimento.

A efetividade e a integralidade da reparação são garantidas pela segurança ínsita de que as obrigações solidárias oferecem ao credor¹⁵³, pois esse tem a sua disposição mais de um devedor, todos concorrendo para a mesma prestação. Ademais, o credor tem o direito de exigir a satisfação do seu direito de qualquer dos devedores e, até mesmo, o cumprimento parcial da prestação quando esta deixar de ocorrer integralmente por um.

Ao mesmo tempo, a simplificação que é obtida por meio de uma visão unitária da cadeia produtiva, permite a reunião do maior número de fornecedores que estejam envolvidos com a atividade de fornecimento, seja na produção, na distribuição ou na comercialização de produtos e serviços, ou ainda, nas atividades auxiliares, como no caso dos fornecedores equiparados. Essa simplificação e possibilidade de adensamento de sujeitos na posição

¹⁵⁰ MARQUES, Cláudia Lima. *Op. cit.*, p. 1206.

¹⁵¹ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial – Direito de Empresa*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 01, p. 291.

¹⁵² MARQUES, Cláudia Lima. *Op. cit.*, p. 1207.

¹⁵³ AMARAL JUNIOR, Alberto do. A responsabilidade pelos vícios dos produtos no código de defesa do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 2, p. 109. QUEIROZ, Odete Novais Carneiro. *Op. cit.*, p.131. BESSA, Leonardo Roscoe. *Op. cit.*, p. 151

obrigacional passiva permite a atualização constante do *codex* protetivo frente a transformação contínua da organização produtiva, que, constantemente, vai se especializando, porque vai encontrando arranjos organizacionais que a tornam mais eficiente.

Com isso, apresenta-se a solidariedade como uma forma de visão unitária do fornecimento, de uma ponta a outra da cadeia, da produção ao consumo, do produtor ao consumidor¹⁵⁴.

O fornecedor apresenta-se como um sujeito único perante o consumidor. Todos os que estiverem de alguma forma articulados com a finalidade de fornecimento, integrarão essa cadeia. A regra é a solidariedade entre todos os que estejam intervido na finalidade da relação de consumo¹⁵⁵⁻¹⁵⁶.

Então, há uma intensificação no adensamento do conceito de fornecedor - e, conseqüentemente o de atividade de fornecimento, por meio da sua articulação com o conceito de solidariedade. O fornecedor, então, se afirma como um conceito abrangente de sujeito abstrato, constituindo-se como um dos centros de imputação jurídica da lei consumerista.

Outra conclusão, é que o conceito de fornecedor amplia-se, e parece acompanhar a mesma construção sistemática realizada para o conceito de consumidor, em que há um conceito padrão e outros por equiparação, dentro dos limites de extensão propiciada pela própria norma.

¹⁵⁴ NERY JUNIOR, Nelson. Aspectos da responsabilidade civil do fornecedor no Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90). *Revista do Advogado*, n. 33, p. 77. AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. Aspectos do código de defesa do consumidor. *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul.*, n. 52, p. 171. MARQUES, Cláudia Lima. *Op. cit.*, p. 415-416.

¹⁵⁵ QUEIROZ, Odete Novais Carneiro. *Da responsabilidade por vício do produto e do serviço*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p.137.

¹⁵⁶ BESSA, Leonardo Roscoe. Vício do Produto e Serviço. *In Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, 2008, p. 150.

Definir esses sujeitos tem uma grande importância para o estudo do direito do consumidor no Brasil, isso porque a aplicabilidade da lei que regula esse direito está diretamente referenciada na existência de uma relação de consumo¹⁵⁷.

Assim, todos os participantes - do que denominaremos daqui em diante de cadeia de fornecimento - respondem perante o consumidor, caso sofra algum dano. Um dos fundamentos é a indeterminação do conceito de fornecedor, permitindo a assim a sua atualidade.

Entretanto, esta não é a única forma de se operar o conceito, pois a solidariedade ganha reforço quando se encontra prescrições que consideram igualmente responsáveis todos aqueles que sejam considerados autores da ofensa (parágrafo único do art. 7º¹⁵⁸), os que são responsáveis pela causação do dano proveniente da periculosidade, do defeito ou do vício do produto ou serviço (§1º do art. 25).

Importa aqui ressaltar que estamos a tratar da causalidade jurídica, não a natural, ou de fato. Esta naturalmente surge a mente, como uma relação direta de causa e seu efeito, típico raciocínio das ciências naturais. Já a causalidade jurídica envolve este e demais fatores, todos concorrendo para a formação do nexo de responsabilidade¹⁵⁹.

Se a sequência de condutas que levaram ao dano injusto revela-nos a causalidade de fato, é a seleção de qual é a sequência determinante para a imputação da responsabilidade a alguém é que caracteriza a causalidade jurídica¹⁶⁰.

¹⁵⁷ NERY JUNIOR, Nelson. Os Princípios Gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. *Revista do Direito do Consumidor*, v. 3; Proteção contratual. In *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 9ª ed. São Paulo: Forense Universitária, 2007, p. 493.

¹⁵⁸ Art. 7º Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade.
Parágrafo único. Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo.

¹⁵⁹ LOPEZ, Teresa Ancona. *Nexo Causal e Produtos Potencialmente Nocivos: A Experiência Brasileira do Tabaco*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 23.

¹⁶⁰ *Ibidem*.

Na responsabilidade subjetiva, a culpa é o elemento central, representada pela conduta inadequada, em que se reprovava a forma como se comportou o sujeito, considerando o quanto se afasta de um dever de diligência, que se concretiza na imprudência, imperícia e negligência. Na responsabilidade objetiva, como veremos adiante, o risco é um dos elementos centrais, em que se imputa a responsabilidade a alguém não em virtude da sua conduta diretamente, mas por um motivo considerado relevante, uma justificativa ético-jurídica forte o suficiente para colocar sobre os ombros do sujeito o dever de reparar a vítima de fato danoso.

Assim, a solidariedade é um elemento que reforça a extensão do conceito de fornecedor¹⁶¹, sob a determinação da ideia de cadeia de fornecimento.

1.2.6.1.1. A solidariedade e o problema das redes contratuais globais

É pensando a solidariedade e a busca por uma visão unitária da cadeia de fornecimento que podemos compreender a complexidade atual da empresa no contexto mundial, diretamente influenciada pelo fenômeno da globalização.

A empresa é a exploração de atividade econômica organizada como objetivo de lucro.

Conhecemos comumente o empresário e a sociedade empresária como formas de organização da atividade produtiva. São as formas institucionais de empresa.

Entretanto, com a inexorável e contínua necessidade de diminuição dos custos de produção, o rápido processo de comoditização dos produtos e serviços e, portanto, da crescente competitividade mundial, a empresa começou a se utilizar das inúmeras possibilidades de organização que a flexível e autônoma características dos contratos permitissem. A produção começou a ser fragmentada.

¹⁶¹ MARQUES, Cláudia Lima. *Op. cit.*, p. 278.

Em busca de maior eficiência, as empresas começaram a definir as suas principais atividades, de forma a se especializar.

A pressão dos acionistas por lucros e a necessidade da diminuição dos custos também foram motivos que impulsionaram a fragmentação da empresa pelo mundo.

A produção foi dividida para que pudesse a empresa ter a capacidade de alocar a sua linha produtiva, ou suas partes, nos mais variados rincões do mundo, desde que os países oferecessem as melhores vantagens comparativas que possibilitassem a instalação e operação das atividades com investimento menores, com retorno rápido e a garantia de baixos custos de operação. Assim, os países com direitos trabalhista incipientes, um sistema de seguridade social inexistente, baixos salários, com isenções tributárias e benefícios concedidos pelo Estado são escolhidos e acabam recebendo essas empresas.

Somadas essas necessidades ao desenvolvimento intenso da tecnologia de informação e comunicação e das técnicas de gerenciamento, cria-se um quadro em que é possível um número maior de combinações e arranjos institucionais que viabilizaram o exercício de uma atividade empresarial mais eficiente, com baixos custos de transação, constituindo a empresa como um conjunto de encadeamentos de atos cada vez mais complexo, com um grande número de participantes, em vários locais do mundo, organizando-se por meio de contratos, formando uma rede que só passa a ser reconhecível pela sua função ou finalidade comum: o fornecimento de produtos e serviços aos consumidores¹⁶². Para Lorenzetti seria a finalidade econômica-social supracontratual¹⁶³.

A regra no direito é da relatividade dos contratos, em que há uma autonomia relativa de cada relação contratual originada, com restrito efeito sobre terceiros.

No direito estadunidense, essa foi uma das dificuldades enfrentada pela vítima para ter o seu pleito de reparação atendido diretamente pelo fabricante.

¹⁶² MARQUES, Cláudia Lima. *Op. cit.*, pp. 402-407. LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Redes contratuais no mercado habitacional para consumo*. São Paulo, 2001, p. 118.

¹⁶³ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 63.

Uma década depois, a crise econômica mundial¹⁶⁴ alterou a configuração da produção fazendo com que a organização produtiva fosse pensada em bases mais flexíveis¹⁶⁵, com uma produção em escala menor e com inovação constante. Esse fenômeno foi chamado por alguns de pós-fordista¹⁶⁶ e por outros de fase da “fábrica global”¹⁶⁷.

As atividades de fornecimento apresentam-se como uma estrutura cada vez mais fragmentada, plural e complexa, resultado da intensificação do processo de especialização¹⁶⁸, impulsionado pelo ambiente altamente competitivo, em que as principais empresas multinacionais procuram meios de manter a sua posição no mercado por meio da flexibilização da produção¹⁶⁹ e diminuição dos custos¹⁷⁰.

O avanço da tecnologia da informação e comunicação e das técnicas gerenciais influenciaram as empresas a disseminarem a cadeia de fornecimento pelo mundo, a fim de realizar as suas atividades em países que oferecessem qualquer vantagem comparativa, seja por meio de isenções tributárias, sindicatos pouco organizados, direito do trabalho incipiente entre outras.

Então, a organização em cadeia apresenta-se como um fenômeno contemporâneo do modo de organização da produção, que envolve um grande número de participantes nas mais variadas partes do mundo e em torno de um objetivo comum: a finalidade de fornecimento¹⁷¹.

¹⁶⁴ São fontes dessa crise: os choques de preço do petróleo de 1973/74 e 1978/79 e a crise do padrão monetário mundial (padrão ouro-dólar do Acordo de Bretton Woods). V. FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2004, pp.63-64.

¹⁶⁵ MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Op. cit.*, pp. 103-112.

¹⁶⁶ LIPOVESTKY. *Op. cit.*, p. 76; FARIA, José Eduardo. *Op. cit.* São Paulo: Malheiros, 2004, pp.64-85.

¹⁶⁷ TRUBECK, David & DEZALAY, Yves. A reestruturação global e o direito – a internacionalização dos campos jurídicos e a criação de espaços transacionais, pp. 29-80. In FARIA, José Eduardo (Org.). *Direito e globalização econômica – implicações e perspectivas*. São Paulo: Malheiros, 2010, pp. 29-30. Também ver FARIA, José Eduardo. *Op. cit.*, p.70-72.

¹⁶⁸ FARIA, Jose Eduardo. *Sociologia jurídica: direito e conjuntura*. São Paulo: Saraiva, 2008, pp. 23-25.

¹⁶⁹ *Idem*, pp. 25-26.

¹⁷⁰ *Idem*, p. 13.

¹⁷¹ MARQUES, Cláudia Lima. *Op. cit.*, pp. 402-407.

O consumidor ignora essa estrutura, primeiro porque se torna muito difícil apreendê-la em sua forma complexa de se organizar, com muitas das unidades produtivas, localizadas em diversos países.

São muitas empresas com escopos sociais distintos e variáveis que se organizam para fornecer produtos e serviços ao mercado consumidor de várias partes do mundo e com uma estratégia específica em cada país. É a era da fábrica global ou nos dizeres de José Eduardo Faria: das corporações transnacionais.

Segundo, o que é perceptível é que para o consumidor contemporâneo pouco lhe importa quem é o fornecedor e como se organiza para oferecer o mais adequado produto ou serviço a sua necessidade.

Ele realiza negócio com quem lhe mais apraz e em que emerge a cativação. Este conceito é utilizado no sentido dado por Cláudia Lima Marques, em que o consumidor preocupa-se em se fidelizar a um fornecedor porque confia que ele poderá atender as suas expectativas. Por isso, tem apreço pela marca, por uma característica destaca de determinada rede de fornecimento, da tradição ou poder de um grupo econômico¹⁷².

Reforça esse raciocínio Ricardo Lorenzetti quando afirma que a realidade complexa em que vivemos, impregnada de alta e refinada tecnologia, exige que realizemos decisões, consentimentos e aceitações de ofertas baseada na confiança da notoriedade do fornecedor, na constância a qualidade, na reiteração do que tem funcionado bem, nas escolhas que têm dado certo¹⁷³.

Então, considerar todos os agentes econômicos envolvidos no fornecimento de produtos serviços ao mercado de consumo foi uma técnica adotada na lei brasileira, primeiro, considerando a difícil tarefa de compreender a complexa cadeia produtiva e, segundo, para se

¹⁷² MARQUES, Cláudia Lima. *Op. cit.*, pp. 278 e 406.

¹⁷³ LORENZETTI, Ricardo Luis. La oferta como apariencia y la aceptación basada en la confianza. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 35, pp. 25-26.

alcançar a reparação efetiva do consumidor, um direito básico, conforme o inciso IV do art. 6º.

Além da efetividade, garante a lei, ao consumidor, a integral reparação de danos.

Esse é o fenômeno reconhecido e muito bem colocado por Schreiber¹⁷⁴ pois se a função da culpa e do nexo de causalidade era a de serem “filtros de reparação”, hoje com a busca da inexorável reparação da vítima, prepondera à diluição do dano (*spreading loss*).

Assim, a grande dúvida gerada no momento da reparação em virtude de prejuízo advindo nas situações jurídicas de consumo é a quem se pode imputar o dano decorrente do defeito ou vício de produto ou serviço a fim de garantir a integral reparação do dano?

O Código de Defesa do Consumidor definiu como fornecedor e atribuí a ele esse status conforme a prescrição normativa do seu art. 3º:

Na publicidade a lei consumerista procurou responsabilizar esse fornecedor aparente ao definir que será responsável o fornecedor que fizer veicular oferta, ou dela se utilizar (art. 30, *in fine*), anotando que a aparência desperta a confiança do consumidor e que isso leva-o a responder pelos eventuais vícios ou defeitos na prestação de fornecimento¹⁷⁵.

Unem-se então no polo passivo de uma obrigação frente ao consumidor sujeitos vinculados ou não por contratos, superano a *summa divisio* responsabilidade contratual e extracontratual a fim de proteger melhor o consumidor¹⁷⁶.

¹⁷⁴ *Os novos paradigmas da responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2010.

¹⁷⁵ *Ibidem*.

¹⁷⁶ MARQUES, Cláudia Lima. *Op. cit.*, p. 1204.

1.2.7. Produto

Este é um dos objetos das relações de consumo, ou melhor, é o que está “entre (do latim inter - essere) os dois sujeitos da relação de consumo”¹⁷⁷. É mencionado no § 1º do art. 3º “como qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial”.

Para José Geraldo Brito Filomeno¹⁷⁸, a palavra produto foi mal empregada uma vez que bens é mais abrangente e tecnicamente mais adequada.

Na versão original da Comissão Especial do Conselho Nacional de Defesa do Consumidor do Ministério da Justiça, bem como no texto final aprovado pelo plenário de referido órgão extinto pelo atual governo federal, em todos os momentos se fala em “bens” – termo tal que de resto é inequívoco e genérico, exatamente no sentido de apontar para o aplicador do Código de Defesa do Consumidor os reais objetos de interesses das relações de consumo¹⁷⁹.

Não trataremos aqui do serviço, primeiro, porque é uma situação jurídica extremamente complexa e atual que exigiria uma tese de difícil análise que não comportaria nos estritos limites deste trabalho e, segundo, porque o foco do estudo é o produto, justificando assim a restrição por questão de metodologia científica.

¹⁷⁷ FILOMENO, José Geraldo Brito. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 7ª ed. ver. e ampl. São Paulo: Forense Universitária, 2001, p. 42.

¹⁷⁸ *Ibidem*.

¹⁷⁹ *Ibidem*.

2. ACIDENTE DE CONSUMO E VÍCIO DO PRODUTO - A RESPONSABILIDADE NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Discorrer sobre a responsabilidade nas relações de consumo traz também a discussão sobre as justificativas que se apontaram no debate da instituição de uma lógica nova e específica e que é essencial para verificarmos se há elementos balizadores de uma responsabilidade pelo produto de quem apõe a sua marca em produto disponibilizado no mercado.

Na descrição de cada um dos modelos de responsabilidade a que esse trabalho se propõe a abordar – responsabilidade pelo fato e pelo vício do produto – é possível verificar que para os acidentes de consumo houve uma construção jurídica baseada na ousadia dos operadores do direito, pois praticamente se forjou um novo regime de responsabilidade própria baseado nos problemas fáticos que se apresentavam: novos danos anônimos, recorrentes, de efeitos amplos, que se apresentaram como um efeito colateral - não esperado - do processo de industrialização da produção. O que se esperava desse processo era só a distribuição de benefícios. Entretanto, o que presenciamos foram os benefícios acompanhados dos danos. Se houve uma era do consumo, essa foi acompanhada por uma “era dos acidentes”¹⁸⁰

Ilustrando, podemos verificar acontecimentos passado como a tragédia de Chernobyl, o escândalo do sangue contaminado com o vírus da *AIDS* na França, a explosão de um *shopping center* em Osasco, São Paulo, em 1996, o acidente aéreo devido a falha de funcionamento de um Boeing no aeroporto de Congonhas, na capital do Estado de São Paulo¹⁸¹ etc.

¹⁸⁰ SILVA, João Calvão da. *Responsabilidade civil do produtor*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 104.

¹⁸¹ LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da Responsabilidade Civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, pp. 28-29.

Relata-nos Flávia Püschel que ocorreu, no Brasil, em 2003, a morte de 21 pessoas por ingestão de um contraste contaminado usado em exames radiológicos¹⁸², a perda de visão de pessoas devido ao defeito de fabricação de produto oftalmológico empregado em cirurgia de catarata¹⁸³ e a disponibilização no mercado de pílulas anticoncepcionais de placebo fabricado por indústria farmacêutica que testava uma nova máquina de embalagem¹⁸⁴.

Foi a dureza da realidade dos fatos que fez erigir uma responsabilidade própria, referenciada na atividade do fabricante, a fim de que à alguém fossem imputados os danos, de forma justificada, considerando a relevância jurídica dos acidentes e da atividade a ela próxima, amparando a vítima de acidente com a claro intuito de que não suportasse os efeitos colaterais e deletérios do processo de industrialização.

Já em relação aos incidentes que estão sujeitos os bens produzidos pelo processo industrial, o regime de responsabilidade foi calcado na adoção e aperfeiçoamento dos vícios redibitórios e considerando a experiência do direito anglo-saxão.

Se a defectibilidade dos produtos que possam ocasionar perigo a segurança dos consumidores é uma constatação inequívoca do processo de produção industrial, não poderia deixar de ser também os problemas de fabricação que não alcançam a vida, a saúde e a integridade física das pessoas, mas prejudicam os consumidores pelos produtos não se prestarem ao fim a que se destinam ou de problemas que comprometem significativamente o valor.

É o automóvel novo que não é usufruído pelo consumidor porque apresenta sistematicamente problemas fazendo com que retornasse quinze vezes à oficina da

¹⁸² PÜSCHEL, Flavia Portella *A responsabilidade por fato do produto no CDC – Acidentes de consumo..* São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 16; FOLHA DE SÃO PAULO, 7 de junho de 2003, p. C1; para mais exemplos v. SILVA, João Calvão da. *Op. cit.*, pp. 122-126, que trata sobre a Talidomida, o talco Morhange e o pão com farinha envenenada na França.

¹⁸³ PÜSCHEL, Flavia Portella *Op. cit.*, p. 16. Folha de São Paulo, 16 de junho de 2003, p. C3

¹⁸⁴ *Idem*, p. 17. TJSP, Ap. Civ. Nº 139.785.4/5, 9ª Câmara de Direito Privado, Des. Rel. Marco Cesár, j. 03.06.2003.

concessionária e por lá ficasse por mais de 23 (dias) dias¹⁸⁵, é o alimento que contém vestígios de animais e insetos, produtos danificados em seu transporte etc.

Há um dever de que os produtos colocados nos mercados devem ser duráveis, mantendo-se ao fim a que foram apresentados, íntegros, por um tempo razoável. No limiar de toda a teoria construída para os incidentes de consumo, tudo se resume à proteção do adquirente vulnerável frente ao cumprimento parcial ou imperfeito da obrigação.

A discussão dessa responsabilidade consumerista reside no desempenho da obrigação e dos deveres, na sua performance, e quem deve responder pelo inadimplemento. Analisar-se-á a relatividade do contrato, pois se atribui, conforme o art. 18 da lei protetiva do consumidor, o dever de ilidir a mora ao fornecedor, sujeito previsto no art. 3º do mesmo diploma, que tem o seu significado bastante alargado frente à ideia de solidariedade.

Tudo perpassará pelo fundamento da responsabilidade, se objetiva ou subjetiva.

Como há uma canalização da discussão da responsabilidade objetiva porque esta é definida como o centro de estruturação do sistema de responsabilidade no CDC, vamos discutir a sua origem e seus fundamentos especificamente no direito do consumidor para depois discutir a responsabilidade pelo fato e pelo vício do produto.

2.1. A ideia central de responsabilidade na seara do consumo – A responsabilidade objetiva

Diante de um panorama geral da estrutura e dinâmica do sistema de responsabilidade no nosso Código de Defesa do Consumidor, passaremos nos estudos seguintes à análise mais vertical com o escopo de encontrar uma explicação que justifique a

¹⁸⁵ Consumidor adquiriu carro e sucessivos defeitos foram aparecendo no veículo. Este foi levado à concessionária 15 vezes, ficando mais de 23 dias lá, sem os vícios serem identificados e completamente sanados, cf. notícia do sítio do Superior Tribunal de Justiça, disponível em <http://www.stj.gov.br/webstj/Noticias/detalhes_noticias.asp?seq_noticia=4208> e acesso em: 24 ago. 2001. V. tb. Ag 196922/MG, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, TERCEIRA TURMA, decisão proferida em 08/06/2001, DJ 11/06/2001.

forma como foi realizada a estruturação normativa da responsabilidade, com suas causas e suas consequências queridas, bem como os seus fundamentos e pressupostos.

Com isso, poderemos traçar adequadamente os limites explicativos que foram delineados pela doutrina e a jurisprudência, trilhando, assim, um caminho seguro para a correlação de uma teoria jurídica sobre a marca e a responsabilidade em relação ao produto no direito do consumidor brasileiro.

A primeira pesquisa mais profunda se realizará em torno do debate da responsabilidade objetiva como regime de reparação adequada à realidade das situações jurídicas de consumo.

A superação da culpa como elemento normativo essencial para imputação da responsabilidade foi mais do que um aperfeiçoamento jurídico, mas uma necessidade frente a era dos novos e extensos danos que se apresentaram na sociedade no início do século passado.

No sistema de responsabilidade do Código de Defesa do Consumidor, é assente que o regime de responsabilidade para os casos de acidente de consumo é objetiva¹⁸⁶, entretanto, tomar esta modalidade de imputação de responsabilidade como uma regra geral¹⁸⁷ a reger globalmente o direito das relações de consumo faz erigir controvérsia na doutrina sobre o tema¹⁸⁸, principalmente ao considerar que na prescrição dos arts. 18, 19 e 20 não se encontra a expressão “independentemente de culpa”.

¹⁸⁶ NERY JUNIOR, Nelson. Os Princípios Gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. *Revista do Direito do Consumidor*, v. 3, pp. 56-58 e Aspectos da responsabilidade civil do fornecedor no Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90). *Revista do Advogado*, n. 33, p. 78. ALVIM, ALVIM, ALVIM e MARINS DE SOUZA. *Código do Consumidor Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 42, 51 e 60. BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e *et al.* *Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991, pp. 57-58. LOPES, Jose Reinaldo. *Responsabilidade Civil do Fabricante*, 1992, p. 65. PÜSCHEL, Flavia Portella *Op. cit.*, pp. 39-42. SANSEVERINO, Paulo de Tarso. *Op. cit.*, pp. 55-56. BENACCHIO, Marcelo. Responsabilidade civil do comerciante por defeito de produto. *Em 20 anos do Código de Defesa do Consumidor – conquistas, desafios e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 357. MARQUES, Cláudia Lima. *Op. cit.*, p. 1279, observando que considera o fundamento dessa responsabilidade mais amplo do que o risco.

¹⁸⁷ NERY JUNIOR, Nelson. Os Princípios Gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. *Revista do Direito do Consumidor*, n. 3, pp. 56-58. LISBOA, Roberto Senise. *Responsabilidade civil nas relações de consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, pp. 66-72.

¹⁸⁸ Fundamenta-se que a responsabilidade no caso de vício de produtos é uma modalidade de responsabilidade subjetiva, embora seja a da culpa presumida “*juris et de jure*”. V. DINIZ, Maria Helena. Responsabilidade do fornecedor pelos produtos fabricados e pelos serviços prestados. *Revista da Procuradoria Geral da República*, v. 1, p. 93. BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e *et al.* *Comentários ao Código de Proteção ao*

A doutrina vem se posicionando por um princípio, regra geral, ou numa abordagem técnica mais adequada, numa cláusula geral de responsabilidade objetiva no Código de defesa do Consumidor no Brasil. Buscar-se-á um embate de argumentações que revelem com todo vigor o debate que se trava sobre a responsabilidade objetiva na teoria jurídica nacional frente a lei consumerista.

Nessa nova perquirição, primeiro, abordaremos os fundamentos que se utiliza na doutrina para justificar a aplicação da responsabilidade objetiva, como uma forma de responsabilidade que supera os estritos limites impostos pela culpa.

Depois, embora seja a responsabilidade objetiva a forma mais usual de abordar o tema, arriscar-se-á na exploração de um conceito mais afeito à conjuntura política-econômica da época que influenciaram a construção jurídica de duas estruturas normativas, na década de 60, no direito norte americano, e, na década de 80, por toda a Europa.

2.1.1. A responsabilidade objetiva e seus fundamentos

2.1.1.1. A teoria do risco como justificativa da responsabilidade objetiva

Conforme leciona Flávia Püschel¹⁸⁹, o fundamento da imputação da responsabilidade do fornecedor por dano justifica-se mais recorrentemente pela teoria do risco.

Consumidor. São Paulo: Saraiva, 1991, pp. 82-83 e 112-114. AMARAL JUNIOR, Alberto do. A responsabilidade pelos vícios dos produtos no código de defesa do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, n.2, p. 117. QUEIROZ, Odete Novais Carneiro. *Da responsabilidade por vício do produto e do serviço*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 45. SIMÃO, José Fernando. *Vícios do produto no novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 177.

¹⁸⁹ PÜSCHEL, Flavia Portella *Op. cit.*, pp. 68-71.

A teoria do risco foi a consagração de uma forma diferenciada de se tratar o dano na sociedade contemporânea. Houve uma mudança de perspectiva, em que se colocou a vítima em lugar proeminente, alterando o modelo jurídico anterior em que a atenção estava voltada exclusivamente para o ofensor e sua conduta.

Essa lenta alteração de paradigma provocou um redirecionamento do esforço jurídico, concentrando-o na justificação da imputação dos danos a alguém¹⁹⁰, a alguns¹⁹¹ ou à toda a sociedade¹⁹², de modo que cada dano ocorrido correspondesse a uma efetiva e integral reparação¹⁹³.

Na percuciente observação de Alvino Lima, essa alteração de perspectiva foi fruto de críticas ao regime da responsabilidade subjetiva, numa situação em que “nunca se viu um ataque tão centrado e contínuo no direito, como o que ocorreu com culpa no âmbito responsabilidade civil”¹⁹⁴.

Entretanto, essas críticas devem ser visitadas com precaução, porque com o alerta José de Aguiar Dias, houve um rigor e seriedade na construção e aceitação do conjunto de justificativas para responsabilidade penal, que, se frise, foi colmatada durante séculos, e que ainda não aceita a ideia de sua objetivação, assim a mesma precaução deve-se realizar em relação à responsabilidade civil¹⁹⁵.

Por isso, explicações simplistas e que ainda não estão sedimentadas porque não sofreram a crítica rigorosa para seu suficiente aperfeiçoamento. Qualquer tentativa de colocar

¹⁹⁰ Imputação objetiva dos danos.

¹⁹¹ Solidariedade na imputação objetiva de danos.

¹⁹² Seguro privado, obrigatório, ou público de danos.

¹⁹³ Seria o quê Anderson Schreiber denominou de “diluição do dano”. SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil – Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos*. São Paulo: Atlas, 2009, pp. 231-235. A escola da Análise Econômica do Direito defende que está é a razão de um direito da responsabilidade civil, como alocar os riscos de danos, constituindo para alguns como um ramo próprio do direito: o direito de danos. V. LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da Responsabilidade Civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, pp. 76-77.

¹⁹⁴ LIMA, Alvino. *Culpa e Risco*, p. 43.

¹⁹⁵ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 94. Aqui é preciso consignar que o autor apresenta essa crítica baseada em lições de G. Marton.

nos ombros de alguém o peso da responsabilidade deve vir acompanhada da exposição de um conjunto de argumentos daquela estirpe que justifiquem a sua mansa aplicação, que, se ressalve, não bane a responsabilidade subjetiva, apenas a prepondera por força da necessidade da conjuntura atual da sociedade, especialmente após o processo intenso de industrialização e constituição de uma sociedade orientada para o consumo.

Ademais, como assevera Flávia Püschel, tomando lições de Larenz e Canaris, imputar o prejuízo a alguém exige fortes justificativas ético-jurídicas¹⁹⁶. Também não é outra a conclusão que realiza João Calvão da Silva¹⁹⁷.

Como uma forma de análise mais completa, tomar-se-á como referência os estudos de Flávia Püschel¹⁹⁸. Isso porque esta pesquisadora identificou seis variações explicativas para o fundamento da responsabilidade objetiva com referência no risco (risco proveito, risco extraordinário, causa do risco, prevenção, distribuição de prejuízos e equidade), que, por muitas vezes, é reduzida a três, quando se trata apenas da variação do próprio risco¹⁹⁹ (risco proveito, risco criado e risco integral).

Como a solidez e a seriedade residem na constatação do fundamento da responsabilidade pelo risco e, essa argumentação, não é unívoca, pois comporta uma gradação, analisaremos cada uma delas, para, em seguida, analisar a sua correspondência com a estrutura da responsabilidade no Código de Defesa do Consumidor.

Antes de se iniciar, faz-se um alerta necessário. A doutrina nunca faz referência apenas a uma das justificativas que serão apresentadas, ao contrário, as seleciona e faz referências em conjunto. Assim, na análise da responsabilidade objetiva mais de uma justificativa sempre é utilizada pela doutrina. A dedução é feita apenas com o fim científico e didático.

¹⁹⁶ PUSCHEL, Flávia Portella. *Op. cit.*, p. 42.

¹⁹⁷ SILVA, João Calvão da. *Op. cit.*, pp. 496-503; 525-532.

¹⁹⁸ PÜSCHEL, Flavia Portella. *Op. cit.*, pp. 47-53.

¹⁹⁹ LOPEZ, Teresa Ancona. *Nexo Causal e Produtos Potencialmente Nocivos: A Experiência Brasileira do Tabaco*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, pp. 39-41. SIMÃO, José Fernando. *Fundamentos da Responsabilidade Civil no Código de Defesa do Consumidor*. In *Responsabilidade civil nas relações de consumo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 104.

2.1.1.2. *O risco proveito*

A primeira justificativa que se analisará refere-se a uma *correspondência que se realiza entre risco e vantagem*. É o que na doutrina também se denomina de risco proveito²⁰⁰, ou de risco-lucro²⁰¹.

Essa é a justificativa mais antiga. Pauta-se na imputação dos danos a quem se beneficia de uma atividade, como ônus que o acompanha. É bem representada pela máxima *ubi emolumentum, ibi onus*²⁰²⁻²⁰³.

É uma das justificativas que se apresentou mais convincente por um largo tempo, pois além de resolver o problema da responsabilidade civil, também aborda uma adequada distribuição de ônus e bônus, entre as vítimas e quem realiza a atividade de risco, uma vez que se pode identificar que aquelas de alguma forma se beneficiam da fonte do risco, inclusive pagando o preço que lhe é atribuído, e este preço é a representação do esforço do fornecedor em distribuir os riscos entre os seus consumidores²⁰⁴.

Embora seja louvável essa linha argumentativa, apresenta flancos abertos a duas críticas.

A primeira refere-se à difícilíssima prova que se exigiria sobre o benefício que aproveita aquele que explora a fonte de risco. Essa crítica foi a mola propulsora do

²⁰⁰ LOPEZ, Teresa Ancona. *Idem*.

²⁰¹ SILVA, João Calvão da. *Op. cit.*, pp. 502 e 531, apoiado em lições de Boris Starck.

²⁰² PÜSCHEL, Flavia Portella. *Op. cit.*, p. 47.

²⁰³ FILOMENO, Jose Geraldo Brito. *Curso fundamental de direito do consumidor*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 147.

²⁰⁴ PÜSCHEL, Flavia Portella. *Op.cit.*, p. 47.

aperfeiçoamento dessa justificativa, com a formulação do risco criado, que veremos em seguida.

A segunda trata da necessária análise mais rigorosa que se deve fazer, principalmente se confrontarmos essa justificativa com a principal base teórica das discussões sobre os riscos na modernidade: a sociedade do risco de Ulrich Beck²⁰⁵. Para este sociólogo alemão, os riscos são efeitos colaterais do processo de modernização das sociedades. Além de serem efeitos não queridos, para usar um termo que referencia o direito, são difíceis de serem identificados e que por muitas vezes guardam efeitos avassaladores devido a sua dimensão. Como exemplos temos o vazamento da radiação produzida pelas usinas de energia nuclear de Chernobyl, o buraco na camada de ozônio provocado pelo uso do CFC, etc.

A principal discussão que se trava, erige-se no confronto da melhoria da qualidade de vida das pessoas em virtude dos produtos da modernidade e os riscos que lhe são intrínsecos, que são em muito agravados porque se apresentam como inevitáveis, de difícil reconhecimento e com a possibilidade de serem imensuráveis em seus efeitos, que inclusive compromete ou impossibilita o seu retrocesso, como por exemplo, os efeitos das mudanças climáticas e dos desastres nucleares, ou no caso dos produtos farmacêuticos. Diante dessa situação como sopesar os benefícios proporcionados e os efeitos dos riscos ínsitos?

Tem se optado por uma escolha realizada pelo mercado, isto é, na colocação desses produtos para a escolha do consumidor, que pagará o preço, proporcional ao benefício e aos riscos. Entretanto, a falta de clareza e ostensividade na informação do risco, que só é definido por meio do quanto está o consumidor disposto a pagar, faz com que assumam os possíveis custos de um eventual resultado danoso.

O problema desse tipo de decisão é que muito pouco reflexiva²⁰⁶, pois se realiza individualmente, sem um consenso político, ou a formação de uma convicção e uma decisão realizada dentro de um processo coletivo e participativo, democrático, claro e consciente.

²⁰⁵ BECK, Ulrich. *Sociedad Del Riesgo*. Barcelona: Paidós, 1986. V. tb. LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da Responsabilidade Civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, pp. 22-49. GUIVANT, Julia. *A Teoria da Sociedade de Risco de Ulrich Beck: Entre o Diagnóstico e a Profecia*. Estudos de Sociedade e Agricultura, 16, abril de 2001, pp. 95-112.

²⁰⁶ BECK, Ulrich. *Op. cit.* Julia Guivant cita como exemplo o caso dos produtos orgânicos que são produzidos sem agrotóxicos. Embora as frutas e verduras orgânicas sejam mais saudáveis, são preteridos em relação aos

E não é o mercado o lócus da democracia política, mas do individualismo, da maximização de interesses²⁰⁷, do hedonismo e egoísmo. Mesmo que considerarmos a existência de um “*due process econômico*”²⁰⁸, a lógica mercantil não garante um amplo acesso a informação e um tempo adequado para maturação de uma decisão. Conforme explicita Lorenzetti²⁰⁹, os contratos contemporâneos são realizados em meio a complexidade, em que a informação disponibilizada é somente a essencial, sendo as demais implícitas, porque são consideradas conforme um padrão que razoavelmente se espera, por isso, a oferta é feita baseada na aparente segurança com lastro em larga confiança. Assim, o consumidor nunca terá todas as informações para uma ação refletida e, frise-se, não insegura, apenas irrefletida.

Ademais teríamos a inviabilização da democratização dos benefícios que o processo de modernização dos meios de produção e dos produtos pode proporcionar, pois, tomando como ilustração a cura de certas doenças, estas devido ao risco, seriam um privilégio apenas daqueles que pudessem e tivessem condições de pagar pelo tratamento e seus riscos.

Assim os riscos são tidos como normais na seara do consumo, o que não se tolera são os perigos de dano, isto é, colocar o consumidor numa situação danosa conhecida e em potencial²¹⁰.

que recebem agrotóxicos, pois estes esteticamente se apresentam melhores que aqueles. GUIVANT, Julia. Reflexões na Sociedade de Risco: Conflitos entre Leigos e Peritos sobre os Agrotóxicos. In *Herculano Selene (org.), Qualidade de vida e riscos ambientais*. Niteroi: Editora da UFF, 2000, pp. 281-303.

²⁰⁷ A mão invisível de Adam Smith. *A Riqueza das Nações - Investigação sobre sua Natureza e suas Causas*. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1996, p. 438.

²⁰⁸ Essa é uma construção do economista austríaco Hayek, mas muito bem desenvolvida por Calixto em SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito como instrumento de transformação social e econômica. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, v. 1, p. 15-17.

²⁰⁹ LORENZETTI, Ricardo Luis. La oferta como apariencia y la aceptación basada en la confianza. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 35, p. 9-38.

²¹⁰ Para a diferença de risco de perigo e perigo de dano, se me for permitido, FLORÊNCIO, Marcelo Akyama. A estrutura jurídica da responsabilidade objetiva e da cláusula geral da solidariedade no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito Privado*, n. 47, pp.542-544.

Por isso, voltamos às observações iniciais de que uma dessas justificativas por si só não trazem a segurança requerida a justificar uma responsabilidade objetiva lastreada somente no risco proveito.

Assim apresentaremos outras justificativas que foram forjadas no desenvolvimento de uma responsabilidade paralela a que se realiza daquele em que há a análise do comportamento reprovável do sujeito.

2.1.1.3. O risco extraordinário

A segunda variação do risco refere-se à imputação de responsabilidade alicerçada na ideia de um *risco extraordinário*.

Essa justificativa parte da anteriormente citada, sendo o seu aperfeiçoamento, pois se considera a premissa de que toda atividade humana envolve risco, mas na medida em que este deixa de ser considerado uma mera eventualidade, sendo a ocorrência de dano uma rotina incorporada a atividade, esse risco é considerado exacerbado, não se podendo mais atribuir a ocorrência de danos ao destino, ou ao acaso²¹¹. É a atividade perigosa que provoca inequivocamente o dano.

Essa extrapolação é reconhecida por meio da recorrência probabilística dos danos²¹², da dimensão do prejuízo ocasionado ou que poderá ocasionar em virtude da gravidade ou da quantidade de produtos padronizados e produzidos em série, ou, ainda, na impossibilidade de um conhecimento adequado sobre o potencial danoso a que se está ou estará sujeito²¹³. É o que Ancona Lopez²¹⁴ e outros autores²¹⁵ nominaram também de *risco criado*.

²¹¹ Cria o alto risco de dano. SILVA, João Calvão da. *Op. cit.*, p. 502.

²¹² Repetição dos danos, cf. *Idem*, p. 503

²¹³ PÜSCHEL, Flavia Portella. *Op. cit.*, p. 40.

²¹⁴ LOPEZ, Teresa Ancona. *Nexo Causal e Produtos Potencialmente Nocivos: A Experiência Brasileira do Tabaco*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, pp. 39-41.

A vantagem da justificação pelo argumento do risco criado é que não se avalia tanto o proveito econômico da atividade, mas sim a periculosidade permanentemente a que as pessoas estão expostas.

É o conceito por excelência de nossa época, a da produção em massa²¹⁶. É um dos fundamentos mais recorrentes pela doutrina no fundamento da adoção do regime de responsabilidade objetiva no Código de Defesa do Consumidor²¹⁷.

Embora a atividade seja normal e lícita, não importa que haja ou não proveito ou vantagem, ela apresenta-se perigosa, por isso, na ocorrência de danos, imputa-se a sua reparação a quem mantém a fonte de risco.

A complexidade da atividade de fornecimento e dos produtos e serviços geram inexoravelmente riscos, muitas vezes graves (podem atingir a vida e saúde das pessoas) e com efeitos amplos. É pragmaticamente a consideração de que há um risco intrínseco à realização da atividade. Na seara do consumo, alguns autores denominam esse fenômeno de inevitabilidade do defeito²¹⁸, da defectibilidade dos produtos etc. É justificativa que responde também aos problemas levantados por Beck na sociedade do risco, como se acompanhou na explicação anterior.

Essa inevitabilidade do defeito pode ser atribuída inclusive, à imperfeição humana na concepção das máquinas e na sua operação e manutenção, bem como pelo desgaste natural das máquinas, e a introdução e uso intensivo de novas tecnologias. É uma condição da modernização da sociedade de consumo e da produção industrial.

²¹⁵ *Ibidem*; SILVA, João Calvão da. *Op. cit.*, pp. 530-531; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 284.

²¹⁶ PÜSCHEL, Flavia Portella. *Op. cit.*, p. 49. LOPEZ, Teresa Ancona. *Op. cit.*, p. 40.

²¹⁷ V. ainda NERY JUNIOR, Nelson. Os Princípios Gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. *Revista do Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 3, pp. 57-58. QUEIROZ, Odete Novais Carneiro. *Da responsabilidade por vício do produto e do serviço*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 119.

²¹⁸ FILOMENO, Jose Geraldo Brito. *Curso fundamental de direito do consumidor*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 147. SILVA, João Calvão da. *Op. cit.*, p. 502.

Rosa Nery²¹⁹, em notório trabalho, traz a lume que o conceito de atividade sempre esteve intrinsecamente ligado ao de risco. É a condição humana de quem desenvolve algum empreendimento, pois este sempre se apresentará incerto, em ambiente desconhecido, que exige muito mais do que as regras sociais colmatadas para a estabilidade, pois estas se pautam pela segurança, situação totalmente incompatível com a atividade, em que o risco é sempre premente. Por isso, argumenta que a confiança é um dos lastros em que se sustenta o exercício da atividade de empresa. É uma das justificativas suficientes do *richesse oblige*.

Também é o risco que se pode imputar à empresa – *enterprise oblige*²²⁰. Como esta é formada por atividade constante e organizada, os riscos se mostram repetidos e, por isso, previsíveis. Assim, os acidentes deixam de ser considerados esporádicos e transparecem com uma frequência, mesmo que sejam inevitáveis, assim podem ser, de certa forma, previstos e calculados. Essa é lógica inerente a profissionalidade empresária²²¹, cuja a fórmula espera-se que gere como resultado a produtividade e o lucro. Se isso é certo, o risco também o é. Assim, justo será responder pela concretização dos efeitos do risco perigosos.

Também promove uma maior proteção a vítima, pois ela não precisa suportar o ônus da prova, de que o dano resultou de uma vantagem ou benefício auferido pelo causador do dano²²².

Ademais, como se verá, essa justificativa é adensada a outra, a da distribuição do risco, pois se espera que, como ao empresário é imputado o dano, ele faça uso da sua capacidade de redistribuir o valor da reparação no preço do produto, seja diretamente, ou não, por meio do seguro.

Assim, o risco extraordinário é uma justificativa oriunda do aperfeiçoamento do risco proveito²²³ e a teoria que mais se adéqua à situação vivenciada pelo consumidor no mercado.

²¹⁹ NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. Ato e atividade. *Revista de Direito Privado*, n. 22, pp. 10-21.

²²⁰ SILVA, João Calvão da. *Op. cit.*, pp. 530-531.

²²¹ Atividade habitual estável, contínua e sistemática. SILVA, João Calvão da. *Op. cit.*, p. 530.

²²² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 285.

2.1.1.4. A causa do risco

A terceira variação da justificação do objetivo tratamento da reparação refere-se à imputação de responsabilidade àquele que opta mantê-lo e explora a fonte geradora de riscos. Que o risco caia sobre a quem o origina²²⁴.

É o princípio da *causa do risco*²²⁵ ou da *fonte real de risco*²²⁶. Deve-se identificar quem mantém a atividade de risco, quem está mais próximo, este deve suportar a eventualidade de não obter êxito nos meios de controle. Assim, na falha da segurança que acredita garantir, deverá responder, então, por eventuais danos que vierem ocorrer.

Essa justificativa está diretamente ligada à função de prevenção de riscos que vem se atribuindo à responsabilidade civil²²⁷, uma vez que não pode o sujeito que se determina a manter a fonte risco ficar inerte, pois deve manter sob controle os eventuais efeitos negativos da sua atividade, procurando inclusive reduzi-los. É uma das funções que se atribui hodiernamente à responsabilidade civil²²⁸.

Esse princípio tem a sua prevalência ressaltada no que se refere a uma necessária correspondência entre o evento danoso e o responsável, principalmente se comparado ao

²²³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 285.

²²⁴ MARINS, James. *Responsabilidade da empresa pelo fato do produto – Os acidentes de consumo no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, pp. 96-97.

²²⁵ PÜSCHEL, Flavia Portella. *Op. cit.*, p. 50.

²²⁶ ROCHA, Silvio Luís Ferreira. *Responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto no direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 77. “Ele [fornecedor] é quem reúne melhores condições para controlar a fonte de perigo, prevenir a ocorrência de danos para terceiros e, estes ocorrendo, suportar as consequências danosas do defeito”.

²²⁷ VAZ, Caroline. *Funções da responsabilidade civil – da punição à punição e dissuasão*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, pp.35-40.

²²⁸ DIAS, José Aguiar. *Da reponsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 56. VAZ, Caroline. *Funções da responsabilidade civil – da punição à punição e dissuasão*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, pp.35-40.

extremado conceito de risco integral, que apenas exige uma simples relação de causalidade, sem qualquer justificativa adicional.

Serve este princípio como uma explicação muito plausível sobre a estrutura da responsabilidade nos acidentes de consumo causados por produtos defeituosos no Código de Defesa do Consumidor.

Como uma exceção à regra da responsabilidade na lei consumerista brasileira, não se adotou no defeito de produtos que causam danos a lógica de imputar a responsabilidade ao fornecedor genericamente.

Ao contrário do exposto, ocorreu um enfoque maior ao fabricante, produtor, e construtor frente ao comerciante.

Como se sabe, conforme os arts. 12 e 13, o comerciante somente responde em algumas hipóteses: (1) quando o fabricante, produtor, construtor ou importador não puder ser identificado com precisão e (2) quando não conservar adequadamente os produtos perecíveis.

O Código de Defesa do Consumidor adotou uma sistemática em que o produtor e o produto estão em foco. Por isso, as fundamentações acabam sendo direcionadas exclusivamente a esse específico fornecedor²²⁹, pois se considera que é o produtor que reúne as melhores condições para controlar os riscos, pois é ele que concebe, fabrica e conhece o produto.

No direito estadunidense, é uma das justificativas para que o juiz inverta o ônus da prova por meio do uso da regra do *res ipsa loquitur*²³⁰, isto é, a negligência presumida do fabricante. É a tese aceita de Wigmore, do seu livro sobre provas, em que se aplica a inversão do ônus da prova quanto o evento danoso se situa fora da esfera de controle do sujeito²³¹.

²²⁹ ROCHA, Silvio Luís Ferreira. *Op. cit.*, pp. 75-76. Inclusive entende esse autor que o produtor no caso de má conservação de produtos perecíveis pelo comerciante, ainda é solidário a este porque “o objetivo é forçar o fabricante de produto perecível a exercer eficaz controle sobre a cadeia de comerciantes, de modo a evitar a comercialização de produtos inadequados”, além de garantir a reparação integral do consumidor em virtude da plena [porém presumida] condição econômica do fabricante para indenizar o consumidor (*idem*, p. 90).

²³⁰ A situação fala por si.

²³¹ LEAES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Op. cit.*, p. 46.

No direito alemão, foi a justificativa encontrada pelos juristas à época a fim de realizar uma contraofensiva à alarmante possibilidade de exoneração da responsabilidade dos fabricantes de reatores nucleares em seu país. Começaram esses juristas argumentar sobre uma canalização dos riscos nucleares às suas fontes de perigo, isto é, a organização responsável por sua produção e a única capaz de controlá-los²³².

Assim, a imputação de danos ocorridas hodiernamente, havendo risco, deve ser realizada a quem resolve explorar a sua fonte, porque, além de ser a causa de danos, é o seu dever mantê-lo sempre sob seu controle.

2.1.1.5. A prevenção de danos

A quarta variação refere-se à responsabilidade que é atribuída ao sujeito que tem melhores condições para manter o controle ou diminuir os perigos de dano²³³. Trata-se do *dever de prevenção de danos*.

Além de considerado uma justificativa, é prescrito também como um direito básico do consumidor, insculpido no inciso VI do art. 6º, conforme podemos conferir a seguir:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

(...)

VI - a efetiva prevenção (...) de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos

O objetivo de se imputar a responsabilidade a quem pode prever ou prevenir os riscos, é fazer com quem pode controlá-los que o faça, inclusive com o dever de reduzi-lo a níveis constantemente menores.

²³² *Idem*, p. 68.

²³³ PÜSCHEL, Flavia Portella *Op. cit.*, p. 50. SILVA, João Calvão da. *Op. cit.*, pp. 499-500, 528-529; MARINS, James. *Responsabilidade da empresa pelo fato do produto*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, pp. 96-97.

Tem como efeito o forte apelo de dissuasão, isto é, de se evitar o dano.

O dano pode ser evitado por meio de estímulo, isto é, por meio da fixação do valor da condenação, persuade-se o sujeito que mantém a fonte do risco a não reincidir no comportamento, porque lhe seria de custo elevado. Esse custo, para ser um desincentivo, deve ser maior que o da tomada de ações preventivas a ocorrências do dano²³⁴.

Critica-se essa justificativa, pois ocorre sob o argumento de que a responsabilidade objetiva acaba não tendo uma função preventiva muito eficaz²³⁵ e que os riscos não podem ser eliminados, porque são inerentes a atividade de produção²³⁶⁻²³⁷. Também aponta-se que a função preventiva acaba sendo mais adequadamente realizada pelos órgãos e organismos estatais de regulação, que, além de fiscalizar, podem emitir normas e estipular técnicas de prevenção de danos e proteção ao consumidor²³⁸⁻²³⁹.

²³⁴ Essa é a equação denominada fórmula de Hand, no direito norte americano. Hand é o nome do juiz estadunidense que estabeleceu uma lógica na imputação de danos: a *negligence* ocorre quando os custos de prevenção são inferiores ao custo do acidente multiplicado pela probabilidade da ocorrência do acidente danoso. Sua representação seria “*negligence* = (custos de prevenção) < (custo com reparação) * (probabilidade de ocorrência do acidente)”. Cf. LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da Responsabilidade Civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 66; ALDI, Antonio Jacob. Notas actuales sobre derecho de daños. *Revista de Ciências Jurídicas*, p. 117.

²³⁵ PÜSCHEL, Flavia Portella *Op. cit.*, p. 51.

²³⁶ BENJAMIN. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 45. SILVA, João Calvão da. *Op. cit.*, pp. 104, 116, 497; BULGARELLI, Waldírio. A tutela do Consumidor na Jurisprudência Brasileira e de “*lege ferenda*”. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. V. 21. nº. 49 – 1983. pp. 42-43; BECK, Ulrich. *Sociedad Del Riesgo*. Barcelona: Paidós, 1986; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade pressuposta*. São Paulo: Del Rey, 2005.

²³⁷ “há escolha e arbítrio no risco a que estamos expostos. O risco é, por isso, uma opção, não é um destino. É dessas ações que ousamos tomar – dependentemente de nosso grau de liberdade de opção”. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade civil: estado da arte no declínio do segundo milênio e alhores dos novos tempos. In NERY, Rosa Maria de Andrade; Rogério DONNINI (coord.). *Responsabilidade Civil – Estudos em homenagem ao Professor Rui Geraldo Camargo Viana*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 185.

²³⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade civil do fabricante. *Revista Forense*, n. 285, p. 9.

²³⁹ V. SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil – Da erosão dos filtros de reparação à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 227.

2.1.1.6. *Distribuição dos prejuízos*

A quinta justificativa para que se atribua responsabilidade pela teoria do risco refere-se à distribuição dos prejuízos, “*risk of loss spreading*”²⁴⁰. É a busca da diluição dos danos²⁴¹ e o inequívoco paradigma da efetiva reparação da vítima.

Para a escola da análise econômica do direito (*Law & Economics*) é um dos objetivos a serem perseguidos na responsabilidade civil²⁴². Esta deve ser um mecanismo eficiente na repartição dos prejuízos normais da vida em sociedade²⁴³.

Assim, se imputa a responsabilidade a quem tem melhores condições de distribuir, repartir ou diluir os danos ocorridos. A ideia principal é reduzir o fardo individual por meio da diluição e suporte do prejuízo pelo maior número possível de pessoas²⁴⁴.

É um meio de tentar socializar os danos, se enfrentada a questão sob a perspectiva da distribuição dos prejuízos aos consumidores diretamente pela diluição do risco de reparação no preço ou, indiretamente, por meio da diluição no preço dos prêmios de seguro. Assim, os consumidores que se beneficiam dos produtos ou da atividade de fornecimento pagam o preço dos riscos a eles inerentes, por meio da absorção dos custos no preço dos produtos e serviços²⁴⁵. Desse modo, protege-se lesados e afortunados²⁴⁶.

²⁴⁰ SILVA, João Calvão da. *Op. cit.*, p. 498.

²⁴¹ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil – Da erosão dos filtros de reparação à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas, 2011, pp. 219-225. MARINS, James. *Op. cit.*, pp. 96-97.

²⁴² PÜSCHEL, Flavia Portella. Responsabilidade Civil Objetiva: Correção de Trocas Ineficientes ou Repressão ao Ilícito?. In: Maria Lúcia L. M. Pádua Lima. (Org.). *Agenda Contemporânea: Direito e Economia 30 anos de Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1, p. 300.

²⁴³ SCHREIBER, Anderson. *Op. cit.*, p. 132.

²⁴⁴ PÜSCHEL, Flavia Portella. *Op. cit.*, p. 51.

²⁴⁵ *Idem*, p. 52.

²⁴⁶ SILVA, João Calvão da. *Op. cit.*, p. 498.

2.1.1.7. *Equidade*

Por fim, é na *equidade* que se encontra a sexta justificativa baseada no risco para a imputação de responsabilidade. Às vezes a doutrina refere-se a esta como “*richesse oblique*”. Nesta condição, a transferência do suporte dos danos é realizada por quem têm as melhores condições econômicas de arcar com os prejuízos.

Não poderia ser utilizada apartada de outras justificativas sob pena de trazer justificativas esdrúxulas como a de que todas as pessoas ricas devem arcar com todos os prejuízos ocorridos com os mais pobres²⁴⁷.

Conforme Calvão da Silva²⁴⁸, a responsabilidade objetiva é que melhor promove a utilidade social, a justiça e a solidariedade humana, conforme pudemos observar nas outras justificativas acima.

Entretanto, é uma justificativa coerente com a racionalidade do direito do consumidor, vez que, neste ramo do direito, as relações configuram-se em desequilíbrio, em que há uma subordinação estrutural do consumidor²⁴⁹ e, por isso, a sua reconhecida vulnerabilidade²⁵⁰.

2.1.2. Conclusão parcial

Com esta exposição, temos um conjunto de justificativas para a imputação objetiva da responsabilidade no Código de Defesa do Consumidor, bem como explicam a

²⁴⁷ PÜSCHEL, Flavia Portella. *Op. cit.*, p. 53.

²⁴⁸ SILVA, João Calvão da. *Op. cit.* Coimbra: Almedina, 1999, p. 498.

²⁴⁹ NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. *Introdução ao Pensamento Jurídico e a Teoria Geral do Direito Privado*. São Paulo: RT, 2008, p. 227. REICH, Norbert. *Mercado y derecho*. Barcelona : Ariel, 1985, p. 28.

²⁵⁰ Art. 4º, I do Código de Defesa do Consumidor brasileiro. MARQUES, Cláudia Lima *et al.* *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, 2008, pp.30-34 e 36-38.

necessidade do seu uso a fim de assegurar uma reparação à vítima de um acidente de consumo, que, por sua vez, é um efeito do processo de produção industrial. Embora tenhamos um conjunto de justificativas que tornam plausível e coerente a adoção da responsabilidade objetiva na seara das relações de consumo, é preciso verificar que elas não surgiram todas ao mesmo tempo, mas foram elaboradas e amoldadas em um decurso temporal, superando os dogmas jurídicos vigentes em determinadas épocas. Por isso, a seguir far-se-á uma análise da teoria do “*strict product liability*” do direito estadunidense, que se aproxima muito da responsabilidade objetiva aqui debatida e que foi a fonte da qual se embebeu a comissão que elaborou a diretiva europeia sobre a responsabilidade dos acidentes, norma que foi paradigma para a nossa comissão do anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor.

2.2. A origem das ideias em torno da responsabilidade objetiva na perspectiva do consumidor

Conforme nos informa Antônio Herman Benjamin²⁵¹, em relato histórico, a adoção do regime de responsabilidade objetiva no Código de Defesa do Consumidor teve a influência direta de Nelson Nery Júnior, quando este teve êxito em fazer prevalecer, na comissão do anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor, a exposição sobre o tema da responsabilidade.

Como elemento histórico, podemos verificar o teor dessas ideias visitando o seu artigo intitulado: “Aspectos da responsabilidade civil do fornecedor no Código de Defesa do Consumidor”²⁵².

À época, considerava-se que seria a forma mais moderna²⁵³ e adequada para tratar as situações ocorridas na sociedade de consumo, de produção industrial e de massa. Justificativas não faltavam.

²⁵¹ BENJAMIN, Antonio Herman V. et al. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, 2008, p.122.

²⁵² *Revista do Advogado*. São Paulo, n. 33, pp. 76-79, dezembro de 1990.

²⁵³ *Ibidem*.

Entretanto, o ponto alto que se erigia para uma mudança no regime de responsabilidade estava diretamente vinculado ao esgotamento de uma responsabilidade civil regida pela culpa frente à necessidade de reparação de danos que passaram a ocorrer a partir do final do século XIX e início do século XX.

A culpa, por mais de um século, foi o elemento normativo essencial para a configuração e imputação da responsabilidade a alguém por dano causado a outrem.

Mostrava-se útil e coerente com o individualismo oitocentista, baseado em um raciocínio que fundamentava a responsabilidade civil na culpa. Sua aceitação era tão expressiva que se tornou célebre a afirmação de Rudolf Von Jhering de que era inconcebível a existência de responsabilidade sem a culpa²⁵⁴.

A imputação de responsabilidade estava centrada e tinha como foco o comportamento humano desviado, o uso desvirtuado da liberdade, situação que por si já destinava ao que realiza ato danoso, ou desconsiderava o seu potencial de dano, a imputação de responsabilidade e a obrigação de reparar a vítima.

Então, era necessário que o sujeito distanciasse-se de um comportamento *standard*, de um dever, que sofreria um juízo de reprovabilidade (censura moral)²⁵⁵ para avaliar a capacidade do agente de conhecer o dever transgredido e a possibilidade de observá-lo²⁵⁶.

Já era muito difícil a vítima provar o ilícito e a culpa do comerciante na busca da reparação do seu dano²⁵⁷, situação que se agravava quando se tratava do fabricante, por isso,

²⁵⁴ NORONHA, Fernando. Responsabilidade civil: uma tentativa de ressystematização. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, p. 12.

²⁵⁵ É o que denominou Aguiar Dias de senso objetivo e subjetivo do conceito francês de “faute”. Cf. AGUIAR DIAS, *Op. cit.*, p. 58.

²⁵⁶ Apoiado em lições de Agostinho Alvim, SIMÃO, José Fernando. *Fundamentos da Responsabilidade Civil no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 95.

²⁵⁷ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Op. cit.*, p. 51.

não era incoerente afirmar que se vivia um momento de irresponsabilidade em relação aos novos danos que se apresentavam com os produtos.

Essa dificuldade fazia com que a vítima viesse a suportar sozinha os danos advindos do processo de modernização e industrialização.

A dificuldade residia na impossibilidade de enquadramento desses novos danos na estrutura secular da responsabilidade subjetiva, porque se apresentavam como acidentais e anônimos²⁵⁸, bem como desconhecidos²⁵⁹ e, por muitas vezes, inevitáveis²⁶⁰.

A natureza dos danos do período anterior apresentavam-se a partir do homem, sua consciência e sua ação. Os novos danos originavam-se da ação de máquinas e provinham dos problemas inerentes às coisas²⁶¹, por isso, o uso corrente de acidentes, e não meros incidentes, de consumo.

O processo de industrialização com a introdução do uso máquinas foi orientado para a fabricação de produtos que fossem acessíveis a partir da lógica econômica dos ganhos de escala, e sempre úteis a servirem de instrumento à facilitação e melhoria da vida das pessoas. Entretanto, com tempo, aumentava-se expressivamente as notícias de danos. A partir dessa constatação no ambiente do trabalho, fortalece-se o direito trabalhista e previdenciário e, na seara do mercado, o direito do consumidor.

²⁵⁸ LEAES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Op. cit.*, pp. 19-22. Para Paulo de Tarso Sanseverino é o fundamento principal da imputação objetiva, da doutrina do risco, do fundamento da responsabilidade objetiva, *in Op. cit.*, p. 190. V. tb. COSTA, Mario Julio Almeida. *Aspectos modernos do direito das obrigações*, in Estudos de direito civil brasileiro e português. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 97.

²⁵⁹ São os efeitos colaterais dos produtos e atividades socialmente úteis, os riscos da modernidade muito bem analisados por Ulrich Beck em *Sociedad Del riesgo*. Paidós, 1986. Lopes, Jose Reinaldo. *Op. cit.*, p. 65.

²⁶⁰ É o entendimento construído em torno dos acidentes provocados pelas máquinas, que tornam difícil a imputação de culpa a alguém, tornando-os nessa esteira de pensamento um dano de causa anônima. Outro problema decorrente desses danos é que não podem ser considerados oriundos de ilicitude, de antijuridicidade pois decorrem de atividades socialmente úteis, porém que trazem consigo a ocorrência de danos inevitáveis estatisticamente e se considerarmos determinados níveis de qualidade. V. LEAES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Op. cit.*, pp. 19-22. BULGARELLI, Waldírio. A tutela do Consumidor na Jurisprudência Brasileira e de “*lege ferenda*”. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, v. 21. n. 49, p. 41-55, 1983, pp. 42-43. LOPES, Jose Reinaldo Lima. *Op. cit.*, p. 65.

²⁶¹ LEAES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Op. cit.*, pp. 19-22.

Os danos apresentavam-se como um efeito colateral do processo de modernização da sociedade, eram seus subprodutos acidentais e inimagináveis.

Tanto eram desconhecidos que foi previsto na Diretiva 85/374 da Comunidade Europeia como uma das principais eximentes de responsabilidade a impossibilidade de conhecimento dos riscos, sempre com base no estado da arte da ciência e da técnica no momento de introdução do produto no mercado, ou, ainda, por consideração de fatores considerados não preponderantes, mas que só poderão ser relevados após o decurso de um tempo de uso ou contato.

Era a situação vivenciada antes da introdução da responsabilidade objetiva, uma situação de impossibilidade de reparação de danos sofridos em virtude da atividade empresarial de produção. Essa situação justificava uma alteração no regime jurídico de responsabilidade, especialmente nas relações de consumo. Esse tema, então, tornar-se de capital importância.

No continente europeu, nos idos 1973, ocorreu um colóquio, organizado na Faculdade de Direito de “Aix-Marseille”, para tratar da responsabilidade civil do fabricante nos países do Mercado Comum²⁶². Naquele momento ainda se tinha dúvida sobre se os danos da modernidade deveriam ser tratados por um novo ramo e autônomo da responsabilidade civil, específica do fabricante ou se seria a solução dada por meio do uso seguro²⁶³.

Alguns países já adotavam um sistema de responsabilidade objetiva do fabricante, como a França, Luxemburgo e a Bélgica. A Itália adotava um regime subjetivo calcado na culpa. Outros, como a Alemanha, Dinamarca, Inglaterra, Holanda e Irlanda, posicionavam-se em lugar intermediário, em que a responsabilidade era subjetiva, porém a culpa era presumida²⁶⁴.

²⁶² FRADERA, Vera Maria Jacob de. O dever de informar do fabricante. *Revista dos Tribunais*, n. 656, p. 65, com atenção especial n. 83.

²⁶³ *Ibidem*; LEAES, Luiz Gastão Paes de Barros *Op. cit.*, p. 80, n. 25.

²⁶⁴ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Op. cit.*, p. 14.

Entretanto, com a edição da Diretiva nº 374, em 1985, o Conselho Econômico Europeu intencionou harmonizar o regime de responsabilidade objetivo, o que foi atendido por muitos países e se firmou como uma tendência que percorreu toda década de 80 do século XX.

No direito inglês editou-se a *Consumer Protect Act*, de 1987, em atenção à deliberação tomada em 25.07.1985 pelo conselho de ministros, estabelecendo a responsabilidade civil objetiva pelo fato do produto²⁶⁵.

Na Áustria, editou-se lei de 01.07.1988, em que há previsão da responsabilidade objetiva restrita aos casos de morte, lesão corporal ou dano à saúde.

Na Itália, o art. 15 da Lei nº 183 de 16.04.1987, e o seu regulamento, o Decreto nº 224 de 24.05.1988, introduziu a diretiva na ordem jurídica italiana, e estabeleceu a responsabilidade objetiva pelo fato do produto por danos causados ao consumidor²⁶⁶.

Na Alemanha, foi aprovada lei em 15.11.1989 que adotou a responsabilidade objetiva pelo fato do produto.

Portugal, seguindo a tendência, adotou o mesmo regime de responsabilidade por meio do Decreto-lei nº 383, de 06.11.1989²⁶⁷.

Assim, o que se objetivava, era ter no Brasil uma responsabilidade objetiva conforme o caminho já traçado por outros países, colocando-nos na vanguarda no tratamento jurídico dos danos advindos de produtos disponibilizados no mercado de consumo.

Os juristas encarregados de elaborar o anteprojeto do nosso Código de Defesa do Consumidor influenciado pela tendência da época constituíram uma responsabilidade direta e objetiva do fabricante, no caso de danos provenientes de bens manufaturados, baseada na

²⁶⁵ ROCHA, Silvio Luís Ferreira. *Op. cit.*, p. 35. SILVA, João Calvão da. *Op. cit.*, p. 458.

²⁶⁶ ROCHA, Silvio Luís Ferreira. *Op. cit.*, p. 37.

²⁶⁷ NERY JUNIOR, Nelson. Aspectos da responsabilidade civil do fornecedor no Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90). *Revista do Advogado*, n. 33, p. 78.

disposições da Diretiva 85/374 da Comunidade Econômica Europeia²⁶⁸, em conjunto com o importador, e, em hipóteses especiais, o comerciante.

Entretanto, o que se deve aclarar, é que a diretiva europeia foi influenciada pela construção jurisprudencial do “*strict product liability*” anglo saxão. Essa forma de responsabilidade releva dois pontos: primeiro, que se trata de uma responsabilidade direta do fabricante, vencendo a relatividade que se atribui às relações contratuais, e, segundo, objetiva, isto é, independe de qualquer elemento normativo a ser concretizado pela atividade judicial, que no caso consuetudinário era a *negligence*, que, de uma forma rústica, pode se comparar a nossa usual culpa.

Se a formulação jurídica europeia de responsabilidade foi a inspiração do legislador brasileiro para a definição do regime de responsabilidade nas relações de consumo e esta referenciou-se na experiência norte americana, faremos uma digressão histórica e uma análise de sua constituição como uma forma de entender melhor a estrutura e as justificativas dessa forma de tratamento da responsabilidade no contexto socioeconômico hodierno.

2.2.1. “*Strict Product Liability*” – A perspectiva do direito americano do norte

Esse regime de reparação foi o resultado de uma construção teórica de anos pela ação dos tribunais, que iniciaram o processo de objetivação do direito frente à evolução influência do mercado na sociedade.

Nessa forma de pensamento será possível perceber que a vontade e a liberdade perdem a sua exclusividade e preponderância e tem o seu espaço compartilhado com elementos mais objetivos, sofrendo, assim limitações, primeiro, a partir das garantias

²⁶⁸ O Código de Defesa do Consumidor foi uma tentativa de sistematização da jurisprudência que se construiu sobre os acidentes de consumo, em paralelo a Diretiva Europeia, cf. SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Op. cit.*, p. 12)

implícitas (“*implied warranties*”), depois, alcançam o seu ápice²⁶⁹ com a formulação do *strict product liability theory*.

Para ilustrar a repercussão jurídica desse regime de responsabilidade nos Estados Unidos do Norte, basta citarmos que ele foi consagrado no parágrafo 402-A do “*Second Restatement of Torts*” em 1965²⁷⁰⁻²⁷¹. O “*restatement*” figura-se como uma compilação organizada pelo *American Law Institute* que, embora não seja propriamente uma lei, goza de grande prestígio entre os juristas norte americanos, principalmente, considerando a autoridade adquirida por essa entidade frente à comunidade jurídica daquele país. É, hodiernamente, uma das principais referências para indicar o direito vigente em determinada área, as mudanças em curso e as reformas sugeridas pela doutrina.

Para se chegar no modelo consignado no *Restatement of Law* foi preciso superar três limites jurídicos postos pela tradicional e secular regra do “*privity of contract*”: (1) a superação de todo e qualquer limite imposto em observância ao contrato e a cadeia contratual bem com a responsabilidade baseada na *negligence* do comerciante²⁷²; (2) na ampliação da eficácia protetora do contrato (evolução das *warranties*); e (3) na afirmação de uma *strict liability in tort* do *manufacturer*. Esse caminho profícuo teve três marcos históricos e conceituais muito bem definidos, referenciado cada um por *leading case* que, por sua vez, é condutor de um precedente judicial.

Um desses marcos foi alcançado com a decisão proferida no caso *MacPherson v. Buick Motor Co.*, em 1916, pela Suprema Corte de Nova Iorque²⁷³⁻²⁷⁴.

²⁶⁹ MARQUES, Cláudia Lima. *Op. cit.*, p. 1212; SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Op. cit.*, pp. 13-24 e pp. 51-56.

²⁷⁰ Cf. em SANSEVERINO, *Op. cit.*, p. 51, n. 100 e p. 52, n. 101.

²⁷¹ ROCHA, Silvio Luís Ferreira. *Op. cit.*, p. 33. Também relata o autor que também passou a ser disciplinada por lei (“*statute*”) nos demais Estados da federação norte estaduniense, com propostas de legislação federal.

²⁷² LEAES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Op. cit.*, p. 41.

²⁷³ SANSEVERINO, Paulo de Tarso. *Op. cit.*, p.15. Este cita: Alpa; Bessone, La responsabilità del produttore p. 224; Rojo y Fernandez-Río. La responsabilidad civil del fabricante, p. 64. LEAES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Op. cit.* p. 42.

²⁷⁴ ROCHA, Silvio Luís Ferreira. *Op. cit.*, pp. 28-30.

Nesse caso, o Sr. MacPherson, que adquirira, em 1910, um automóvel novo em uma empresa de revenda local, sofreu, no ano seguinte, um grave acidente em virtude da quebra de uma das rodas do veículo, que foi tributado a um defeito de fabricação. Vitimado, o Sr. MacPherson pleiteou uma reparação diretamente em face do fabricante. Este, em juízo, alegou que não poderia ser apontado como responsável, pois suas obrigações e garantias estavam adstritas à relação contratual que mantinha com o revendedor do automóvel. O tribunal local, ousando, discutiu a superação do limite imposto pela respectiva lógica contratual clássica²⁷⁵ e declarou a responsabilidade direta do fabricante pelos danos causados.

O fundamento utilizado pelo juiz do caso, o Juiz Cardozo, foi que se reconhecia no caso um dever de diligência (“*duty of care*”) do fabricante perante os seus consumidores. Argumentou que as coisas podem ser perigosas por si (*things inherently dangerous*) ou em consequência de um defeito de fabricação (*dangerous things because of negligent construction*)²⁷⁶, mas o que importava é que os produtos poderiam se constituir como potencialmente perigosos e podiam colocar a vida e a integridade física das pessoas em risco se não houvesse diligência do fabricante, por isso, qualquer dano em correspondência com a sua negligência o chamaria a responder. Com essa decisão, ao fabricante foi atribuído um dever constante de diligência (*duty of care*) e de informação sobre as condições do produto (*duty of warn*)²⁷⁷⁻²⁷⁸. Esses deveres passam a serem exigíveis tanto do fabricante quando do vendedor.

Essa decisão trouxe a superação dos limites estritos do contrato (*privity of contracts*), que era um dogma irrefutável, reconhecendo, então, o efeito obrigacional frente a terceiros (*duty*). Essa constatação, coloca aquela decisão entre os mais importantes precedentes para a teoria do “*product liability*”,²⁷⁹.

²⁷⁵ SANSEVERINO, Paulo de Tarso. *Op. cit.*, p. 16.

²⁷⁶ ROCHA, Silvio Luís Ferreira. *Op. cit.*, p. 28.

²⁷⁷ SANSEVERINO, Paulo de Tarso. *Op. cit.*, p. 16.

²⁷⁸ ROCHA, Silvio Luís Ferreira. *Op. cit.*, pp. 28-29.

²⁷⁹ SILVA, João Calvão da. *Op. cit.*, p. 294. SANSEVERINO, Paulo de Tarso. *Op. cit.*, p. 16. ROCHA, Silvio Luís Ferreira. *Op. cit.*, p. 29.

Superada a relatividade imposta pela teoria clássica dos contratos, o que possibilitou a responsabilidade direta do fabricante, em continuidade, temos o precedente fixado a partir do caso *Henningsen v. Bloomfield Motors Inc.*, em 1960. Trata-se do segundo marco na história da consolidação da responsabilidade direta e objetiva do fabricante. Com a decisão deste caso, ampliou-se os efeitos das *implied warranties* contratuais, fazendo com que estas alcançassem também os usuários dos produtos.

Passando ao caso, temos que a Sra. Henningsen ganhara de seu marido um veículo, que fora adquirido em um revendedor da cidade em que residiam. Devido uma falha mecânica na direção, veio a senhora envolver-se em um grave acidente de trânsito. Diante da fatalidade, a família demandou ação simultaneamente em face do fabricante (Chrysler) e da revendedora (Bloomfield). Ambas se defenderam alegando ausência de qualquer relação contratual com a autora, assim como a prova da *negligence* do fabricante na elaboração do produto em que se alegava defeito, bem como a existência de uma cláusula limitativa que garantia apenas a troca de peças viciadas e exonerava-se de toda e qualquer *warranty*, expressa ou implícita, no contrato assinado pelo Sr. Henningsen à época da compra²⁸⁰.

Em julgamento, a Suprema Corte de *New Jersey* reconheceu a responsabilidade das duas empresas frente aos danos sofridos pela Sra. Henningsen, utente do produto, com o fundamento na garantia implícita de idoneidade esperada pelo público consumidor no uso do produto lançado e vendido no mercado (*merchantability*). Também firmou que essa garantia poderia ser exigida tanto pelo adquirente, quanto por qualquer outro usuário.

Seguindo o raciocínio da garantia implícita, o tribunal também anulou a cláusula contratual restritiva, sob a justificativa de que ali se configurava um ato contrário ao interesse público, pois não se pode admitir imposições limitativas colocadas frente a contraentes em situação de vulnerabilidade²⁸¹.

²⁸⁰ BECKER, Anelise. As garantias implícitas no direito brasileiro e em perspectiva comparativista. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 9, p. 82.

²⁸¹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso. *Op. cit.*, p. 17. ROCHA, Silvio Luís Ferreira. *Op. cit.*, p. 30.

A doutrina Henningsen recebeu imediata consagração na jurisprudência²⁸² e foi introduzida no código de regramento das relações comerciais (UCC)²⁸³, transformando a exigência de segurança do produto colocado no mercado, de uma *tort* baseada numa *negligence*, em uma garantia de qualidade obrigatória e implícita nos contratos, uma *obligatio ex lege*, em que o dano era considerado um descumprimento de obrigação (*breach of contract*). O julgamento deste caso foi tão significativo, que considera-se que pavimentou o caminho para a decisão tomada no caso a seguir, que é considerado a pedra angular da adoção da responsabilidade objetiva do fabricante na direito estadunidense.

Vencido dois estágios, passamos ao terceiro, que foi firmado a partir do caso *Greenman v. Yuba Powers Product Inc.*, decidido pela Suprema Corte da Califórnia em 1963. Ao que consta, no Natal de 1955, Sr. Greenman foi presenteado pela sua esposa com uma máquina serralheira própria para a execução de trabalhos domésticos. Em 1957, com o objetivo realizar uma determinada tarefa (um cálice de madeira), foi ao encontro de acessórios que lhe possibilitassem ao empreendimento que se propôs. Depois de provido o equipamento dos novos componentes, e após já ter trabalhado inúmeras vezes com a máquina sem qualquer dificuldade, dias após, um pedaço de madeira desprende-se e foi lançado da bancada na direção do Sr. Greenman, ferindo-lhe gravemente o rosto²⁸⁴⁻²⁸⁵.

Frente ao acidente, a vítima propôs demanda em face do vendedor e do fabricante, com fundamento, respectivamente em relação aos demandados, na *negligence* e na *warranty*. Diferentemente do fundamento dado ao pedido, o Supremo Tribunal da Califórnia, estabeleceu a responsabilidade objetiva (*strict liability*) do fabricante por dano causado pelo seu produto, seguindo o raciocínio já utilizado para os produtos alimentares impróprios ao consumo. Essa objetividade foi estabelecida a partir (1) do reconhecimento de que a responsabilidade não é de natureza contratual, mas de imposição legal; (2) de que se tratava de uma responsabilidade que alcança do produtor ao último consumidor, e (3) da constatação

²⁸² SANSEVERINO, Paulo de Tarso. *Op. cit.*, p. 17, especialmente, n. 10.

²⁸³ ROCHA, Silvio Luís Ferreira. *Op. cit.*, p. 31. UCC – *Uniform Commercial Code*. A doutrina *Henningsen* foi expressada na inscrição das *implied warranties* nos §2-314, §2-315 e §2-316 do UCC. V. n. 424.

²⁸⁴ SANSEVERINO, Paulo de Tarso. *Op. cit.*, p. 18. V. tb. CAMPOS, Maria Luiza Sabóia de. Da responsabilidade sem culpa do direito norte americano na proteção do consumidor. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*. São Paulo, v. 55, p. 65.

²⁸⁵ ROCHA, Silvio Luís Ferreira. *Op. cit.*, pp. 31-32.

de que não se poderia permitir a recusa do fabricante em prestar essa garantia²⁸⁶. Assim a corte declarou a desnecessidade da ocorrência de negligência na conduta do fabricante, bem como a violação de qualquer “*warranties*”, seja a expressa ou a implícita, considerando suficiente a constatação da ocorrência do dano e a comprovação do defeito para imputação de responsabilidade do fabricante²⁸⁷.

Conforme assevera Sanseverino²⁸⁸, a Corte da Califórnia firmou orientação já traçada há quase vinte anos antes pelo Juiz Traynor, em 1944, no julgamento do caso da *Escola v. Coca Cola Bottling Cia. of Fresno*. Neste caso, a Suprema Corte julgou procedente pedido de reparação de uma consumidora que teve uma garrafa de refrigerante explodida em suas mãos, com fundamento na *negligence* do fabricante, com aplicação da máxima *res ipsa loquitur*²⁸⁹. Nesta oportunidade, divergentemente de seus pares, o juiz Traynor proferiu voto pelo reconhecimento da *absolute liability* (responsabilidade objetiva) do fabricante pelo defeito de produto lançado no mercado, com o fito de atender uma *public policy* de redução dos riscos, isto é, a orientação deveria ser no sentido de colocar a responsabilidade sobre os ombros de quem tem mais condições de evitar a difusão de produtos defeituosos no mercado, principalmente porque sabe que os produtos não sofreriam qualquer inspeção, seja pelo distribuidor ou pelo consumidor²⁹⁰. É a justificativa da objetividade da responsabilidade pautada na equidade.

A importância do precedente do caso *Greeman* para o direito norte americano pode ser constatado na sua inclusão no oficioso *codex* nominado *Restatement of Law*²⁹¹. Em termos, assim se consignou:

Aquele que vende produto considerado defeituoso²⁹² por ser perigoso para o usuário, consumidor, ou para seus bens, é responsável pelos danos físicos e patrimoniais causados aos utentes finais ou consumidores, ou ao seus bens, se

²⁸⁶ ROCHA, Silvio Luís Ferreira. *Op. cit.*, p. 32. SILVA, João Calvão da. *Op. cit.*, pp. 440-441.

²⁸⁷ *Idem*, p. 441.

²⁸⁸ SANSEVERINO, Paulo de Tarso. *Op. cit.*, p. 18. SILVA, João Calvão da. *Op. cit.*, p. 441.

²⁸⁹ Negligência presumida do fabricante. LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Op. cit.*, p. 60.

²⁹⁰ SILVA, João Calvão da. *Op. cit.*, p. 441.

²⁹¹ *Idem*, pp. 442-443.

- (a) o vendedor é um profissional de venda do produto; e
- (b) há uma justa expectativa de que chegue ao usuário ou consumidor sem alterações substanciais às condições de venda.

A regra estabelecida na subseção (1) é aplicável ainda que

- (a) o vendedor tenha empregado toda a diligência possível na venda de seu produto; e
- (b) o utente ou consumidor não tenha comprado o produto diretamente ou em qualquer forma de relação contratual com o vendedor (tradução livre)²⁹³.

Assim, nesses termos se forjou a responsabilidade direta e objetiva do fabricante frente tanto ao adquirente quanto ao utente do produto, no direito estadunidense. Esse regime de responsabilidade influenciará a comissão europeia incumbida de elaborar uma norma unificadora sobre a forma de reparação de danos que vinham ocorrendo na seara do consumo. E foi nesse padrão normativo que, por sua vez, a comissão elaboradora do anteprojeto do Código de Consumidor brasileiro espelhou-se para a estruturação da responsabilidade pelos danos ocorridos para partir dos produtos disponibilizados no mercado.

Passemos a uma análise do fenômeno da objetivação da responsabilidade na seara do consumo na Europa, por meio da análise da Diretiva 85/374 da, então, à época, Comunidade Econômica Europeia.

²⁹² *Defective condition* é a expressão de condição contratual de que o produto é adequado ao fim a que se destina ordinariamente ou para qual foi vendido. Assim, o produto não pode extrapolar a segurança que legitimamente se espera de determinado produto, seja porque foi vendido para esse resultado ou porque é o que razoavelmente se espera do produto, isto, é de que não cause danos a pessoa ou a seus bens.

²⁹³ SANSEVERINO, Paulo de Tarso. *Op. cit.*, p. 52, n. 101.

§ 402A. SPECIAL LIABILITY OF SELLER OF PRODUCT FOR PHYSICAL HARM TO USER OR CONSUMER

(1) One who sells any product in a defective condition unreasonably dangerous to the user or consumer or to his property is subject to liability for physical harm thereby caused to the ultimate user or consumer, or to his property, if

- (a) the seller is engaged in the business of selling such a product, and
- (b) it is expected to and does reach the user or consumer without substantial change in the condition in which it is sold.

(2) The rule stated in Subsection (1) applies although

- (a) the seller has exercised all possible care in the preparation and sale of his product, and
- (b) the user or consumer has not bought the product from or entered into any contractual relation with the seller.

Caveat: The Institute expresses no opinion as to whether the rules stated in this Section may not apply

- (1) to harm to persons other than users or consumers;
- (2) to the seller of a product expected to be processed or otherwise substantially changed before it reaches the user or consumer; or
- (3) to the seller of a component part of a product to be assembled.

2.2.2. Diretiva 85/374/CEE

A responsabilidade objetiva do fabricante assentada no § 402-A do “*Second Restatement of torts*” exerceu significativa influencia na comissão de juristas encarregada dos estudos que culminaram na edição da Diretiva n. 85/374/CEE em 25.07.1985²⁹⁴.

Havia uma intenção Conselho da Comunidade Europeia de edificar uma nova modalidade de responsabilidade, frente a forma variada de tratamento jurídico pelos países que a compunham e que prescindisse da prova imediata da culpa, com o objetivo de abordar adequadamente os problemas que ocorriam naquela época de pleno progresso econômico. Esses novos danos provenientes de novos riscos, exigiam sua adequada distribuição, que se apresentavam devido a nova produção técnica moderna, conforme consignado na exposição de motivos da própria Diretiva em questão²⁹⁵.

Essas explicações apenas trazem uma satisfatória resposta se estivermos tratando da responsabilidade do fabricante, ou produtor, pelos acidentes de consumo ocasionados por produtos e serviços disponibilizados no mercado de consumo.

Assim, passaremos por uma breve análise do tratamento jurídica da responsabilidade realizado por alguns dos países que constituíam a Comunidade. Nesse esforço poderemos observar, conforme já salientado, que a sua estrutura e fundamento eram bastante divergentes, o que justificou a elaboração de uma diretiva que unificasse a abordagem da questão, aproximando o sistema jurídico dos países comunitários, por meio de um modelo jurídico moderno e adequado aos danos que emergiam na modernidade. Em seguida, faremos uma análise da diretiva europeia que revelará muito da estrutura modelada no nosso atual *codex* protetivo do consumidor.

²⁹⁴ SANSEVERINO, Paulo. *Op. cit.*, p. 52. NERY JUNIOR, Nelson. Aspectos da responsabilidade civil do fornecedor no Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90). *Revista do Advogado*, n. 33, p. 78.

²⁹⁵ “Considerando que somente a responsabilidade do produtor, independentemente de sua culpa, constitui uma adequada solução do problema específico de uma época caracterizada pelo progresso tecnológico, de uma justa distribuição dos riscos inerentes à produção técnica moderna”. Diretiva n. 85/374/CEE. SANSEVERINO, Paulo. *Op. cit.*, p. 52.

2.2.2.1. Na Inglaterra

Como no direito estadunidense, a primeira fase da responsabilidade do fabricante é marcada pelo *privity of contract*²⁹⁶.

Em um segundo momento, a partir do caso *Longmeid v. Holliday*, em 1851, fixou-se uma responsabilidade do fabricante perante terceiros a partir da diferenciação dos produtos perigosos *per se* (*things dangerous in itself*) dos que se tornaram perigosos por terem sido fabricados de forma inadequada (*things dangerous because of negligence construction*)²⁹⁷.

O caso tratava de uma lâmpada que veio a explodir causando queimaduras graves na esposa do adquirente. O tribunal não acatou a demanda de indenização sob a justificativa de que a lâmpada não era um produto intrinsecamente perigoso, por isso não se poderia emprestar ou dar ao produto essa característica por causa de um defeito, mesmo que desconhecido, ainda mais quando o fabricante se acautelou por meio de precauções ordinárias. Considerou que seria um exagero exigir tanto cuidado no curso da vida por um produto que não se apresentava perigoso²⁹⁸.

Em 1932, uma senhora, após consumir uma bebida, adquirida por um amigo, encontrou restos de um inseto dentro da garrafa. Alegando forte abalo psicológico a consumidora propôs uma ação de responsabilidade direta do fabricante. Este caso ficou conhecido como o caso *Donoghue v. Stevenson*²⁹⁹⁻³⁰⁰.

²⁹⁶ ROCHA, Silvio Luís Ferreira. *Op. cit.*, p. 33.

²⁹⁷ LEAES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Op. cit.*, p. 35.

²⁹⁸ ROCHA, Silvio Luís Ferreira. *Op. cit.*, p. 34.

²⁹⁹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso. *Op. cit.*, p. 53.

³⁰⁰ ROCHA, Silvio Luís Ferreira. *Op. cit.*, p. 34.

A “*House of Lords*”, por maioria de votos, três a dois, reconheceu a responsabilidade direta, superando os limites da “*torts*” baseada na *negligence*” do direito inglês. Fundamentou a sua decisão no dever do fabricante de diligência na introdução de produtos no mercado que não permitem um controle por intermediários, respondendo por danos pela sua negligência. Diminuiu-se o campo de atuação exclusiva do princípio do *privity of contract*, para que se imponha ao fabricante um dever de diligência (*duty of care*).

No direito inglês, por um bom tempo, a responsabilidade do fabricante exigia a violação de um dever de diligência (*duty of care*) ou de informações sobre as condições do produto (*duty of warn*), bem como que o dano efetivamente ocorrido recaísse sobre a pessoa (*physical damages*) ou a bens do usuário (*property damages*), não se admitindo lesões menores (*economic damages* ou *economic loss*)³⁰¹.

A reprovabilidade da conduta do fabricante era realizado a partir da comparação daquela conduta frente a um comportamento padrão de diligência, objetivo e cuja a medida era a figura do *reasonable man*³⁰².

Encontrava-se resistência nas decisões da *House of Lords* em admitir a responsabilidade objetiva do fabricante, exigindo sempre a violação de um dever, isto é, a culpa, na nossa ordem jurídica, mesmo que fosse presumida.

Entretanto, 1987, o Reino Unido incorporou a regra da responsabilidade objetiva do fabricante inserta na Diretiva da Comunidade Econômica Europeia por meio do *Consumer Protection Act*³⁰³.

³⁰¹ *Idem*, p. 35.

³⁰² *Idem*.

³⁰³ ROCHA, Silvio Luís Ferreira. *Op. cit.*, p. 35. SILVA, João Calvão da. *Op. cit.*, p. 458.

2.2.2.2. *Na França*

No direito francês a responsabilidade do produtor foi desenvolvida a partir de um conjunto de recursos que visavam atribuir uma série de deveres de diligência profissional e fazer emergir critérios objetivos sob o auspício do risco empresarial³⁰⁴, em uma norma concebida em época distinta, sob os desígnios de doutrinadores do *Ancien Régime* que não conheceram a força da indústria e da produção e consumo de massa e, por isso, não se ativeram a uma responsabilidade do fabricante³⁰⁵.

Assim, a responsabilidade do fabricante é fruto da interpretação lata de artigos do Código Civil francês, relativas a responsabilidade contratual e extracontratual lastreada na culpa.

A responsabilidade do fabricante no campo contratual resultou da ampliação do conceito de vício redibitório³⁰⁶, “*vices cachês*”, por meio da definição de vendedor profissional. Aplicou-se os artigos 1641 e ss. do *codex* francês.

Essa extensão dos “*vices cachês*” foi uma construção da jurisprudência francesa, que estabelecendo uma distinção de “*vendeur occasionel*” e “*vendeur professionnel*”, buscou a responsabilidade do fabricante pelos danos causados, independentemente deste ter conhecimento do vício³⁰⁷, pois nos vícios redibitórios o vendedor que ignora o vício – vendedor de boa-fé – responde restritivamente, isto é, somente restitui o preço ao comprador e reembolsa as despesas que este realizou com a compra, diferentemente se ciente do vício e a oculta, situação em que responde pelas perdas e danos que alcançarem o adquirente³⁰⁸.

³⁰⁴ LEAES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Op. cit.*, p. 100.

³⁰⁵ *Idem*, p. 87.

³⁰⁶ SANSEVERINO, Paulo de Tarso. *Op. cit.*, p. 52.

³⁰⁷ LEAES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Op. cit.*, p. 89.

³⁰⁸ *Idem*, pp. 89-90.

Presume-se que em relação ao vendedor profissional sempre haverá um dever de conhecer o vício, decorrente de sua obrigação de segurança perante o público, em qualquer hipótese³⁰⁹, pois devido a sua profissionalidade não pode ignorá-lo.

Para a responsabilidade do fabricante em relação aos vícios do produto, considerou-o, a doutrina francesa, vendedor³¹⁰.

Foi assim que a Corte de Apelação de Nimes, em 25 de abril de 1960, responsabilizou o dono de uma padaria pela morte de uma família inteira porque utilizara farinha contaminada para fazer um determinado pão. O caso ficou conhecido como o do “pão tóxico”. O padeiro foi considerado “*vendeurs professionnel*”³¹¹.

Considerando a responsabilidade extracontratual, a jurisprudência francesa, lançou mão do art. 1384-1 do seu Código Civil, fazendo uso do conceito de guarda material da coisa³¹² e a respectiva responsabilidade pelo fato da coisa³¹³.

No que concerne ao “*onus probandi*” essa construção interpretativa francesa importa na medida em que o guardião da coisa é obrigado a reparar o dano ainda que não tenha incorrido em culpa, só sendo hipóteses de exoneração o caso fortuito, a força maior ou qualquer outra causa que não lhe possa ser imputada³¹⁴. Entretanto, há uma impropriedade nesse raciocínio, uma vez colocado o produto no mercado, o fabricante deixa de deter a coisa e, por isso, deixa de ter o correspondente dever de controle.

A jurisprudência superou esse problema estabelecendo a distinção de guarda material e guarda jurídica. A coisa que provoca dano ao consumidor está sob a guarda jurídica do fabricante, atribuindo ao seu detentor o dever de conservar a estrutura do produto.

³⁰⁹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso. *Op. cit.*, p. 53. LEAES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Op. cit.*, pp. 90-97.

³¹⁰ SANSEVERINO, Paulo de Tarso. *Op. cit.*, p. 53.

³¹¹ *Ibidem*; LEAES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Op. cit.*, p. 92.

³¹² *Idem*, p. 98.

³¹³ LOPES, José Reinaldo de Lima. *Op. cit.*, p. 31.

³¹⁴ LEAES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Op. cit.*, p. 98.

Essa construção foi externada por meio do julgamento da Corte de Cassação do caso do *oxygène liquide*, em 5 de janeiro de 1956. Nesse caso, bujões com oxigênio despachados pela *Société l'Oxygène Liquide* por ferrovia a *Comptoir des carburants*, explodiram durante o seu carregamento por empresa transportadora, vindo a ferir um empregado da transportadora e da destinatária dos recipientes. Ambos propuseram ação de reparação de danos contra a fabricante, porém o pleito não foi aceito em primeira instância, sob o fundamento de que nos termos do art. 1.384-1, somente quem tem a guarda material da coisa pode ser considerado seu responsável. A Corte de Cassação reformou a sentença, pronunciando que a responsabilidade é do fabricante, pois dada a natureza especial dos recipientes transportados, mantinha o poder de uso sobre o objeto, e, por isso, de direção e controle sobre a sua constituição.

Desse modo, a doutrina francesa faz a distinção do *gardien de la structure* e *gardien du comportement*. Sempre no caso de defeito ou vício do produto, ao fabricante sempre é atribuído a guarda jurídica da estrutura do produto, mesmo quando colocado no mercado. Então, responde por uma culpa presumida³¹⁵. Como nos informa Leães³¹⁶, Geneviève Viney lança severa crítica a teoria da guarda compartilhada, pois considera que comportamento e estrutura do produto são conjuntamente causas do dano, principalmente porque não podem ser facilmente conhecidas e precisamente definidas, podendo ocorrer por defeito de estrutura ou por comportamento anormal do objeto.

Assim que emergiu, no direito francês, critérios mais objetivos que definiram a responsabilidade por danos ocasionados por produtos, a sombra da tradição da culpa, seja por meio da presunção da culpa do guardião da estrutura, seja por meio da aplicação do vício redibitório com a participação de um vendedor profissional, que assim não pode se exculpar alegando que ignorava o vício.

³¹⁵ *Idem*, p. 100.

³¹⁶ *Idem*, pp. 99-100.

2.2.2.3. Na Itália

Na doutrina italiana, *in pari passu* com a evolução da jurisprudência, várias foram as construções sobre a responsabilidade em relação aos danos advindo de produtos, ao ponto de se concluir que só um ato do legislador seria capaz de tratar de modo satisfatório o problema dos danos na seara do consumo.

É certo que uma das formas de responsabilidade civil do fabricante foi construída na perspectiva extracontratual, por meio da aplicação do art. 2.043 do seu Código Civil³¹⁷. Foi o primeiro estágio da evolução da construção doutrinária sobre essa responsabilidade³¹⁸.

A decisão que marcou esse estágio ocorreu no julgamento do caso Saiwa, pela Corte de Cassação, em 25.05.1964, que, após a ação indenizatória direta em face do fabricante ter sido julgada improcedente por falta de prova, responsabilizou-o pela intoxicação alimentar causada pelo produto consumidor estar estragado. Fundamentou a corte italiana na presunção de culpa do fabricante, pela violação de um dever de diligência na fabricação que resultou no dano.

Para chegar a essa conclusão, realizou-se na decisão dois raciocínios: foi excluída a culpa do revendedor por se tratar de mercadoria fechada e desta condição é inferida a preexistência do vício antes da sua colocação no mercado; e é deduzida uma imputabilidade do defeito da inobservância do dever diligente de fabrico³¹⁹.

Outra parte da doutrina italiana utilizou a interpretação extensiva dos art. 2.043, 2.049, 2.050 e 2051 do Código Civil para defender a ideia de uma responsabilidade objetiva pela assunção de risco dos produtos colocados no mercado³²⁰.

³¹⁷ LEAES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Op. cit.*, p. 113; SANSEVERINO, Paulo de Tarso. *Op. cit.*, p. 53. ROCHA, Silvio Luís Ferreira. *Op. cit.*, p. 35.

³¹⁸ LEAES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Op. cit.*, pp. 116-117.

³¹⁹ *Ibidem*, p. 117.

³²⁰ *Ibidem*, p. 118.

Pautada na doutrina alemã, diferencia-se em defeitos de fabricação, construção e instrução³²¹.

No caso de defeito de construção justifica a responsabilidade pela aplicação do art. 2.049, que trata da responsabilidade do patrão por ato do seu empregados. No caso de defeito de fabricação, a responsabilidade se dá em virtude de dano causado pela guarda do objeto, nos termos do art. 2.051. Já no caso de defeito informativo ou de instruções somente seria imputável a responsabilidade por meio da avaliação da culpa de quem produziu a coisa³²². Essa construção doutrinária recebeu críticas contundentes porque não se respaldava na lei, nem na jurisprudência.

Em outro sentido, juristas tentaram estabelecer uma responsabilidade objetiva a partir dos arts. 1.337 e 1338 do Código Civil, por meio de uma responsabilidade pré-contratual. Essa responsabilidade é baseada na relação contratual de fato surgida do peculiar contato social estimulado pela publicidade, que, por sua vez, estimularia relações de confiança. Essa relação teria uma série de deveres polarizados pela boa-fé. Essa construção também não foi acolhida, ficando as normas citadas adstritas aos deveres que regem a fase que antecede o contrato.

Por fim, conforme nos relata Silvio Ferreira Rocha³²³, Guido Alpa, Ugo Ruffolo e Carlos Castronovo propuseram um único critério de imputação, inspirado no princípio da responsabilidade objetiva e fundada no art. 2.049 do Código Civil . Era a imputação de responsabilidade pelo dano provocado em virtude do defeito da organização da empresa.

³²¹ *Ibidem*.

³²² LEAES, Luiz Gastão Paes de Barros. *A responsabilidade do fabricante pelo fato do produto*. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 119; ROCHA, Silvio Luís Ferreira. *Responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto no Direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 36.

³²³ ROCHA, Silvio Luís Ferreira. *Op. cit.*, p. 36.

2.2.2.4. *Na Alemanha*

No direito tedesco, a responsabilidade civil do fabricante foi tratada no campo extracontratual, a partir do § 823, al. 1^a do BGB, embora inscrita estivesse a cláusula geral de boa-fé, no § 242 (responsabilidade contratual)³²⁴. A solução também foi realizada pela jurisprudência, porém a perspectiva adotada pelo tribunal desse país foi a de inverter o ônus probante diante do reconhecimento da possibilidade reduzida da vítima provar a culpa do fabricante³²⁵.

A aplicação dessa fórmula de solução jurídica fica bem clara a partir da decisão de 1968, do “*Bundesgerichtof*” no caso da peste dos frangos. Quatro mil frangos de um produtor morreram após a administração de uma vacina contra peste de forma inadequada por falta de informação.

Nesse caso, reconheceu o tribunal alemão que, diante da dificuldade de prova da vítima, inverteu o ônus da prova e reconheceu uma presunção “*juris tantum*” de culpa na imperfeita prestação da informação da empresa fabricante da vacina³²⁶.

2.2.2.5. *A uniformização de entendimento – a diretiva europeia (Diretiva CEE 85/374)*

O fabricante acabou sendo também o centro de imputação da norma unificadora europeia³²⁷. Diante das diferentes formas de responsabilização do produtor, como a culpa presumida, a responsabilidade pela guarda, a existência de uma obrigação de resultado, os deveres anexos da relação negocial, a Diretiva CEE 85/374 colocou como regime ideal para

³²⁴ SANSEVERINO, Paulo de Tarso. *Op. cit.*, p. 21.

³²⁵ *Ibidem*, pp. 53-54.

³²⁶ *Ibidem*, pp. 20-21 e 54. LEAES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Op. cit.*, pp. 67-68, 78-80.

³²⁷ ALPA, Guido. La actuación de la directiva comunitária sobre la responsabilidad del productor. *Revista Jurídica de Catalunya*, ano 90, n. 2, p. 321.

os acidentes de consumo a *strict liability for defects in consumer protection*³²⁸. É opinião consolidada quando se trata da responsabilidade do fabricante³²⁹.

Fabricante aqui é tomado como termo próprio, pois, conforme nos informa a exposição de motivos da norma comunitária, a responsabilidade tratada na diretiva só se refere aos “bens móveis produzidos industrialmente”³³⁰, excluindo-se os “produtos agrícolas e os produtos de caça, exceto quando tiverem sido objeto de uma transformação de natureza industrial suscetível de causar um defeito nesses produtos”³³¹.

Assim, coaduna-se a comissão responsável pela elaboração da diretiva com uma responsabilidade especial que considerou os “riscos inerentes à produção técnica moderna”³³² e os danos causados por seus produtos à saúde e aos bens dos consumidores. Essa se configurava como uma “responsabilidade não culposa”³³³ por se considerar que era o “único meio de resolver de modo adequado”³³⁴ esses problemas.

Antes de continuar, faz-se necessário ressaltar que, embora tenha sido utilizado indistintamente até o momento neste trabalho os conceitos de produtor e fabricante como sinônimos, estes têm um uso técnico mais apurado na diretiva europeia.

Conforme o art. 3º, é possível perceber que se utilizou de um conceito largo de produtor, pois neste conceito inclui-se (1) o fabricante do produto final, (2) o fabricante de matéria prima, (3) o fabricante de componente, (4) qualquer sujeito que se apresente como fabricante, por exemplo, aquele que põe marca, nome ou qualquer sinal distintivo em produto, (5) o importador, e (6) qualquer outro sujeito que comercialize o produto e o consumidor não puder identificar quem o manufaturou ou importou.

³²⁸ *Ibidem*, p. 324.

³²⁹ *Ibidem*.

³³⁰ Directiva 85/374/CEE do Conselho, de 25 de julho de 1985. Disponível em < eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31985L0374:pt:HTML>. Acesso em 15 jul. 2012.

³³¹ *Ibidem*.

³³² *Ibidem*.

³³³ *Ibidem*.

³³⁴ *Ibidem*.

A diretiva ainda trouxe os conceitos de produto e defeito. Conforme dispõe o art. 1º “O produtor é responsável pelo dano causado por um defeito do seu produto”.

O produto foi definido como qualquer bem móvel, considerando juridicamente também a eletricidade como esse fosse³³⁵. Já defeito, ou melhor, produto defeituoso é aquele que não oferece uma expectativa de segurança, sempre considerando a sua apresentação, a utilização que se pode razoavelmente se esperar e a sua entrada em circulação³³⁶.

Além das disposições aqui trazidas, a diretiva também fixou os prazos de prescrição e decadência, as hipóteses de exclusão da responsabilidade pelo produto defeituoso e limites de reparação. Neste tema é que se verifica a preocupação com os excessos observados no direito estadunidense, pois as indenizações em virtude da responsabilidade objetiva dos produtores estavam alcançando valores elevados e considerava-se que isto poderia inviabilizar a atividade econômica e prejudicar a livre concorrência³³⁷.

Assim, fixa-se a responsabilidade objetiva do fabricante e seus conseqüentários pelos danos provenientes dos acidentes de consumo, ou, como se vêm se consolidando, pelos danos advindos de produtos defeituosos, como o modelo jurídico adequado a ser adotado na Europa.

Conforme já observado, vários países³³⁸ aderiram à recomendação do Conselho Econômico da Europa, no decorrer da década de 80 do séc. XX, inclusive alguns que não integravam a comunidade, como Áustria, Finlândia e Suécia³³⁹.

³³⁵ Art. 2º da Diretiva 85/374/CEE.

³³⁶ Art. 6º da *ibidem*.

³³⁷ SANSEVERINO, Paulo de Tarso. *Op. cit.*, pp. 19 e 22.

³³⁸ V. item 2.2.

³³⁹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso. *Op. cit.*, p. 24

2.3. A responsabilidade nos acidente de consumo no Código de Defesa do Consumidor

A responsabilidade pelos acidentes de consumo é a do fato do produto constante na Seção II do Capítulo IV do Código de Defesa do Consumidor.

Acidente de consumo foi o termo inicialmente utilizado por Benjamin, para atender à crítica tecida por Aguiar Dias³⁴⁰. Conforme este autor³⁴¹:

“não há nada tão incongruente como expressar em responsabilidade por fato da coisa a que deriva de acidentes ocorridos com veículos ou objetos de nossa propriedade ou sob nossa guarda, porque a coisa não é capaz de fatos (...). Somos decisivamente contrários a essa classificação, que parece assimilar as coisas aos animais, quando aquelas são inertes ou pelo menos passivas, e, os últimos, dotados de sensibilidade e de capacidade de reagir”

Reconhecendo a observação do insigne mestre da responsabilidade civil, argumenta que, embora o dano seja provocado por um problema do produto ou serviço, é resultado da atividade humana que o antecede, tem uma consequência humana, é um acidente de consumo³⁴².

O acidente de consumo é o dano causado a incolumidade física, psíquica e patrimonial que excede o próprio produto³⁴³.

É uma responsabilidade independentemente de culpa conforme expressamente prescrito no art. 12.

Caracteriza-se a responsabilidade do fornecedor por meio da prova de que sofreu o dano, que ele foi originado por um produto ou serviço defeituoso e que há um nexo de causalidade entre o defeito e o dano. Sanseverino aponta um elemento adicional o nexo de

³⁴⁰ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos *et al.* *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, 2008, p. 112.

³⁴¹ DIAS, José Aguiar. *Da Op. cit.*, p. 578.

³⁴² BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos, *Op. cit.*, p. 112-113.

³⁴³ PÜSCHEL, Flavia Portella *Op. cit.*, p. 16.

imputação, condição que define quem reparará o dano³⁴⁴. Debruçar-se-á sobre este pois o objetivo desta pesquisa busca uma resposta a possibilidade jurídica de reparação de danos pelo consumidor de quem é proprietário da marca.

O modelo legal adotado para a responsabilidade é da imputação somente ao construtor, produtor, fabricante e importador no caso de produtos. O comerciante poderá responder pelos danos somente se aqueles não puderem ser identificados com precisão ou quando o defeito ou impropriedade decorrer da inadequada conservação dos produtos que exigem algum cuidado no seu acondicionamento.

Vamos discutir cada um dos sujeitos descritos no art. 12 do Código de Defesa do Consumidor, analisando as justificativas trazidas pela doutrina a fim de verificar os limites explicativos e avaliar se são potencialmente úteis à discussão da responsabilidade do proprietário da marca aposta em produto que venha causar dano aos consumidores.

2.3.1. Responsabilidade do Fabricante

Vários são os motivos, porém, o mais recorrente é justificar a responsabilidade objetiva dos fornecedores citados no art. 12 apenas pelo risco da atividade³⁴⁵, ou o também chamado risco criado³⁴⁶ ou ainda risco extraordinário³⁴⁷.

³⁴⁴ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Op. cit.*, p.

³⁴⁵ NERY JUNIOR, Nelson. *Os Princípios Gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. Revista do Direito do Consumidor. São Paulo, v. 3, pp. 57-58. NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Leis civis comentadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, pp. 258, 267 e 276. GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. Responsabilidade pelo fato do produto e do serviço. In *SILVA, Regina Beatriz Tavares da (Coord.). Responsabilidade civil nas relações de consumo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 138. QUEIROZ, Odete Novais Carneiro. *Da responsabilidade por vício do produto e do serviço*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 119.

³⁴⁶ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e et al. *Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 45. LOPEZ, Teresa Ancona. *Op. cit.*, pp. 39-41.

³⁴⁷ PÜSCHEL, Flavia Portella. *Op. cit.*, p. 40.

Como podemos observar, o centro de imputação dos danos ocorridos na seara do consumo é o fabricante, isso porque é sobre ele que converge o maior número de justificativas para a aplicação da responsabilidade objetiva. Observe-se que a doutrina vem trabalhando com o raciocínio da divisão da cadeia de fornecimento em produção, distribuição e consumo, que possui grande apelo argumentativo quando o foco é o fabricante, pois considera-se que é na produção que se encontra o projeto, o fabrico, a concepção das formas de divulgação e apresentação do produto, inclusive considerando as informações adequados sobre o seu uso adequado e seus riscos³⁴⁸.

A responsabilização do fabricante não foi uma constituição simples. Para a doutrina brasileira, a responsabilidade do fabricante transpareceu ser a melhor solução jurídica porque estava formulada e constituída, porém, nos países em que ela se originou, especialmente nos Estados Unidos do Norte, mostra-se que esse modelo foi forjado com muita dificuldade, paulatinamente, conforme nos revelaram o estudo dos três precedentes, resultando na superação dos limites do fundamental elemento do direito daquele país, o *privaty of contract* e seus efeitos jurídicos.

Como se pode observar, havia uma orientação das vítimas em obter uma reparação do fabricante, diretamente, sem considerar a cadeia contratual e a relatividade dos contratos.

Isso porque se considerarmos os fundamentos expostos, o pensamento jurídico da época considerava o fabricante o sujeito com mais condições de suportar os danos, situação que legitimava a sua imputação de forma contundente. Era o fabricante que tinha o poder de fato no mercado. Como a produção a preços acessíveis era resultado da grande quantidade de produtos vendidos, em obediência ao funcionamento dos ganhos de escala, as fábricas eram aparatos portentosos, a produção era mecanizada e o planejamento e o controle da produção eram rígidos. Por isso, os contratos eram padronizados e se fazia uso intensivo das condições gerais. Os vultosos investimentos e o retorno de longo prazo dificultavam a entrada de concorrentes no mercado, o que atribuía aos empresários constituídos um poder de monopólio.

³⁴⁸ PÜSCHEL, Flavia Portella. *Op. cit.*, p. 69.

E dessa conjuntura que podemos visualizar a conjunção de justificativas de para a atribuição de responsabilidade ao fabricante.

A que primeiro podemos citar, diz respeito ao risco inerente à atividade produtiva, pois os produtos podem ter a sua constituição alterada por algum problema inerente ao processo produtivo, seja pela falha humana ou pelo mau funcionamento das máquinas, pode ter alguns dos seus efeitos conhecidos após um longo decurso de tempo, pois se revelam após um nível de acumulação do produto no organismo, ou em certas ocasiões, como o caso da Thalidomida em mulheres grávidas; resumindo, reconhece-se que as pessoas estão sujeitas constantemente a riscos, como algo inerente a organização produtiva industrial. O dano incorpora-se à rotina da atividade produtiva, pois se apresenta como de ocorrência probabilística provável, tendo seu efeito ampliado diante da produção em série e padronizada, seu risco ampliado com efeitos danosos aumentados como, por exemplo, no transporte aéreo, em suma, o risco de um fato danoso está presente porque a atividade produtiva assim exige. Sempre responderá o fabricante no caso de danos, até porque tem proveito com a atividade, por isso lhe caberá não só os resultados positivos, mas também os negativos, seguindo a máxima “*ubi commoda ibi et incommoda*”.

Outra se relaciona com a capacidade organizativa do fabricante, que lhe coloca à disposição a possibilidade de distribuir o valor da reparação dos danos ocorridos em virtude de produtos defeituosos. É o que a doutrina da análise econômica do direito define como “*risk of loss spreading*”, ou seja, a distribuição do prejuízo que se realiza diretamente, com a absorção do custo de reparação de danos no preço, ou, indiretamente, por meio da contratação de seguro e da diluição do valor do prêmio no preço dos produtos. Seria uma forma de socialização do prejuízo, em que se garante a reparação a todos diante da contribuição de prejudicados e afortunados³⁴⁹.

Também há a justificativa baseada na causa do dano. Se na clássica responsabilidade subjetiva delitual, o comportamento reprovável era a justificativa para que se atribuisse a alguém o dever de reparar o prejuízo gerado, na responsabilidade objetiva são as justificativas que mantêm firme o nexos causal entre determinado fato e o dano, permitindo atribuir a alguém a transferência e suporte do prejuízo ocorrido. No caso do fabricante, por ser

³⁴⁹ PÜSCHEL, Flavia Portella. *Op. cit.*, p. 69. SILVA, João Calvão da. *Op. cit.*, p. 531.

este o sujeito que manufatura o produto, que o conhece e detém as informações de como produzir e os meios para isso, é justo que responda por eventual prejuízo ocasionado pelo produto, pois foi o fabricante quem decidiu, projetou, alinhou recursos e produziu o que se coloca no mercado. Além do mais, também, realiza campanhas publicitárias e desenvolve atividades de marketing com o objetivo de estimular o consumo. Assim, se mantém a fonte real do risco³⁵⁰, deve responder por essa situação, afinal sem a sua atuação não ocorreria o dano. Seria referência a teoria da causalidade adequada, isto é, forma-se o nexó causal entre fato e dano, porque se trata de ação “*sine qua non*” o dano teria ocorrido. É a situação suficiente para que se configure o dever de reparar na responsabilidade objetiva.

Ainda tem-se como fundamento uma decorrência direta da causa do risco porque se considera que aquele que mantém a fonte de risco, tem o conhecimento das técnicas de produção aplicadas e do próprio produto, por isso, apresenta as condições de prevenir e evitar os danos, ou, ao menos, diminuir seus efeitos. Considera-se que o fabricante é quem pode prevenir os danos de ocorrerem³⁵¹. Por isso, quando o prejuízo alcança o consumidor, se decorrente do produto de sua atividade, há razão suficiente para que seja o responsável em reparar os danos.

Por fim, conforme já exposto, há uma linha de argumentação da doutrina que justifica a aplicação da responsabilidade objetiva ao fabricante, no caso de danos causados por produtos defeituosos, considerando o poder econômico do fabricante frente à vulnerabilidade do consumidor. É o fabricante quem tem condições financeiras e econômicas de melhor suportar o ônus da reparação dos danos na sociedade contemporânea, até porque tira proveito econômico, e tem a capacidade de redistribuir os prejuízos, conforme já pudemos observar.

Assim, concatena-se na figura do fabricante as justificativas levantadas até o momento, colocando-o como o centro de imputação da norma no tocante aos danos ocorridos na seara do consumo. É também a partir dele que serão definidos os demais responsáveis, como se verá a seguir.

³⁵⁰ PÜSCHEL, Flavia Portella. *Op. cit.*, p. 69.

³⁵¹ *Ibidem.*

2.3.2. Responsabilidade do produtor e construtor

Conforme acentua Benjamin³⁵², embora a comissão que elaborou o anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor brasileiro tenha seguido as disposições contidas na Diretiva 85/374, não a acompanhou integralmente, e, atuando com independência, com ela estabeleceu diferenças.

Uma dessas diferenças revela-se por meio da enumeração dos responsáveis em eventual acidente proveniente de produtos defeituosos, a saber, o fabricante, o produtor, o construtor e o importador, e não a concentração no conceito largo de produtor os considerados responsáveis conforme as prescrições normativas da diretiva uniformizadora.

Na diretiva europeia, considerou-se produtor o fabricante ou quem se apresente como ele, seja porque apõe marca, nome ou sinal distintivo, importa, ou comercializa o produto em que não é possível identificar o fabricante ou importador. Somente o produtor responde sem avaliação de culpa pelos danos ocorridos pelo defeito do produto. Foi excluído os produtos tirados do cultivo do solo, da pecuária, da pesca e da caça.

Assim, a partir da lei brasileira, optou a doutrina em dar outra conotação à palavra produtor. Este é o que disponibiliza no mercado produtos não industrializados, em particular os de origem animal ou vegetal que não foram processados³⁵³, justamente o fornecedor excluído da Diretiva 85/374³⁵⁴, pois não eram considerados industrializados, o foco da respectiva norma³⁵⁵.

³⁵² BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, pp. 120-121.

³⁵³ *Ibidem*, p. 121. DENARI, Zelmo. *Op. cit.*, p. 161.

³⁵⁴ Artigo 2º da diretiva comunitária - Para efeitos do disposto na presente diretiva, entende-se por «produto» qualquer bem móvel, excluindo as matérias-primas agrícolas e os produtos da caça, mesmo se estiver incorporado noutro bem móvel ou imóvel. Por «matérias-primas agrícolas» entende-se os produtos do solo, da pecuária e da pesca, excluindo os produtos que tenham sido objeto de uma primeira transformação. A palavra «produto» designa igualmente a eletricidade.

³⁵⁵ Conforme a exposição de motivos da Diretiva 85/374 “(...) Considerando que a responsabilidade só se deve aplicar relativamente a bens móveis produzidos industrialmente; que, por conseguinte, se devem excluir desta responsabilidade os produtos agrícolas e os produtos da caça, exceto quando tiverem sido objeto de uma transformação de natureza industrial susceptível de causar um defeito nestes produtos; que a responsabilidade

Entretanto, parece que o legislador antecipou a tendência quando incluiu o produtor agrícola, pois com a Diretiva 1999/34, do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia, de 10 de maio de 1999³⁵⁶, alterou-se o artigo 2º da Diretiva 85/374 para considerar produto todos os bens móveis, inclusive os agrícolas.

Também se diferenciou o conjunto normativo comunitário do brasileiro, porque se prescreveu, como responsável pelo produto defeituoso, também, o construtor de imóvel.

Segundo a doutrina, o construtor é o que lança, no mercado, produtos imobiliários. Por isso, responde por danos causados em virtude das técnicas de construção mal empregadas, bem como pelo uso do material utilizado na obra³⁵⁷. Também não houve a diferença desse sujeito na diretiva sobre acidente proveniente de produtos defeituosos, mas apenas menção em seus motivos³⁵⁸.

Assim, ao contrário da diretiva europeia, integram o rol dos responsáveis pelos danos provenientes de produtos defeituosos, conforme o art. 12 da lei protetiva brasileira do consumidor, o produtor e o construtor, ao lado do fabricante.

2.3.3. Responsabilidade do Comerciante

O comerciante, conforme o Código de Defesa do Consumidor, responde em situações especiais. Responde quando não mantém o produto perecível em condições

prevista pela presente diretiva se deve igualmente aplicar relativamente aos bens móveis utilizados na construção de imóveis ou incorporados em imóveis; (...)."

³⁵⁶ Disponível em < <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31999L0034:PT:NOT> >. Acesso em 15 jul. 2012.

³⁵⁷ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. *Op. cit.* p. 122. DENARI, Zelmo. *Op. cit.*, p. 161.

³⁵⁸ "Considerando que (...) a responsabilidade prevista pela presente diretiva se deve igualmente aplicar relativamente aos bens móveis utilizados na construção de imóveis ou incorporados em imóveis;".

adequadas ao consumo, ou quando apresenta ou oferece produto, cujo fabricante ou importador não pode ser identificado.

Aqui, novamente, faz-se presente o recurso didático da divisão da cadeia de fornecimento, porque auxilia na explicação para uma responsabilidade própria do comerciante, ao situá-lo na fase da distribuição do produto³⁵⁹, em contraste com a fase anterior, da produção. Assim, considerando que houve uma priorização na lei protetiva nacional a quem realiza a fabricação do produto³⁶⁰, porque concatena a maioria dos argumentos favoráveis a sua responsabilização objetivamente, não integra, o comerciante, a responsabilidade primeva do art. 12 da lei protetiva.

Outra justificava em que se ampara a doutrina, é o fato dos produtos chegarem, ao comerciante, embalados e lacrados, impossibilitando tanto a este quanto ao consumidor verificarem qualquer defeito. Também não pode o comerciante testá-los antes da sua destinação. Embora seja coerente este argumento, apresenta falha, pois os defeitos que geram danos são difíceis de serem identificados, e para se tornarem conhecidos dependem do uso por um determinado tempo ou sob determinadas condições.

Mais congruentes são os argumentos apresentados por Benjamin, pois, realmente, o comerciante não tem o conhecimento adequado do produto, não o manufatura, nem tem a possibilidade de tomar qualquer medida preventiva para evitar o dano, primeiro, porque não é o único que comercializa o produto, e, segundo, porque não pode tomar medidas concretas para fazer cessar a continuidade do defeito, como, por exemplo, cessar a produção e distribuição, bem como realizar o aperfeiçoamento das técnicas de fabricação³⁶¹. Por isso, não pode responder por dano ocasionado por defeito no produto.

³⁵⁹ PÜSCHEL, Flavia Portella. *Op. cit.*, p. 69.

³⁶⁰ “o verdadeiro introdutor da coisa perigosa no mercado é o fabricante e não o distribuidor”. COMPARATO, Fabio Konder. Proteção do consumidor: importante capítulo do direito econômico. *Revista de Direito Público. Cadernos de direito econômico e empresarial*, n. 80, p.192. V. tb. BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. *Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991. p.70.

³⁶¹ *Ibidem*, p.70; SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Op. cit.*, pp. 180-181. PÜSCHEL, Flavia Portella. *Op. cit.*, p. 69.

Importante observar que no direito norte-americano, o comerciante também responde, ele integra o conjunto de responsáveis em caso de acidente de consumo proveniente de produtos defeituosos³⁶².

Ao contrário do direito norte-americano, realizou-se a exclusão do comerciante tanto no direito brasileiro, quanto na Diretiva 85/374. Nestes responde o comerciante somente em situações específicas.

Na norma comum, conforme o item 3 do art. 3º, considera-se produtor qualquer fornecedor³⁶³:

Quando não puder ser identificado o produtor do produto, cada fornecedor será considerado como produtor, salvo se indicar ao lesado, num prazo razoável, a identidade do produtor ou daquele que lhe forneceu o produto. O mesmo se aplica no caso de um produto importado, se este produto não indicar o nome do importador referido no 2, mesmo se for indicado o nome do produtor.

Já o Código de Defesa do Consumidor realizou prescrição própria³⁶⁴ destinada ao comerciante, prevendo três hipóteses, se tomarmos como referência o produto³⁶⁵ – produto anônimo, mal identificado ou mal conservado, e duas, se a referência for o comportamento do comerciante. E esta será a orientação do exame que se fará a seguir.

A falta de identificação do fornecedor é uma das hipóteses em que se responsabiliza o comerciante pelos danos ocorridos em virtude do defeito em produto. Se não revela a identificação do real produtor, responderá como se fabricante fosse. É o que se convencionou denominar de produtor presumido³⁶⁶.

³⁶² MARQUES, Cláudia Lima. *Op. cit.*, p. 1215, n. 922. Cf. tb. § 402A do *Second Restatement of the Law of Torts*.

³⁶³ Lembre-se que a diretiva europeia prescreve um conceito largo de produtor. V. coment. realizados ao objetivo uniformizador da norma comum.

³⁶⁴ Art. 13. O comerciante é igualmente responsável, nos termos do artigo anterior, quando:
I - o fabricante, o construtor, o produtor ou o importador não puderem ser identificados;
II - o produto for fornecido sem identificação clara do seu fabricante, produtor, construtor ou importador;
III - não conservar adequadamente os produtos perecíveis.

³⁶⁵ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. *Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991, p.70.

³⁶⁶ *Idem*, p.74.

Benjamin afirma que é uma ficção jurídica com o objetivo de “garantir um ressarcimento mais fácil do consumidor”³⁶⁷. Não se exige, assim, da vítima perquirir sobre o produtor real³⁶⁸, este deve estar sempre a mão, embora se encontre também na doutrina que seja este um dever da vítima e, somente na impossibilidade, é que se tornará responsável o comerciante³⁶⁹. Frise-se que o foco ainda é o fabricante e não uma responsabilidade própria do comerciante.

Ademais, a que se anotar que na lei portuguesa e italiana³⁷⁰, a vítima do evento danoso que não consegue identificar prontamente o produtor deve remeter requerimento escrito ao comerciante questionando-o, e se após três meses não obter uma resposta satisfatória, tem autorização da lei de demandar diretamente em face daquele que não prestou as informações a que estava obrigado.

Já a outra hipótese, refere-se à falta de adequação ao acondicionamento necessário à conservação do produto, condições essas que são especiais, porque as normais não lhe bastariam³⁷¹. Não realizando essa adequação dos meios de manutenção das características do produto, este podem se apresentar como impróprios ao consumo³⁷².

Trata-se de uma imputação direta³⁷³ de responsabilidade pelos danos ao comerciante, já que se atribui e avalia o descuido de um dever de conservar adequadamente os produtos pericíveis que expõe a venda. O motivo da responsabilidade é o comportamento faltoso do comerciante que resulta no defeito do produto³⁷⁴.

³⁶⁷ *Ibidem*.

³⁶⁸ *Ibidem*.

³⁶⁹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Op. cit.*, p. 182. MARINS, James. *Op. cit.*, p. 105.

³⁷⁰ SILVA, João Calvão da. *Op. cit.*, p. 561. SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Op. cit.*, p. 184.

³⁷¹ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. *Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991, p.75.

³⁷² SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Op. cit.*, p. 180.

³⁷³ Para Flavia Püschel seria uma responsabilidade própria do distribuidor, diretamente, em primeira linha e não subsidiária, cf. *Op. cit.*, pp.85 e 93; SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Op. cit.*, p. 182. GUIMARAES, Paulo Jorge Scartezini. *Op. cit.*, 2008, p. 190.

³⁷⁴ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Op. cit.*, p. 183.

Embora seja uma hipótese de imputação direta ao comerciante, não responde este exclusivamente³⁷⁵, mas com o fabricante, construtor, produtor ou importador, pois conforme se dispôs sobre a solidariedade, esta visa dar uma visão unitária da cadeia de fornecimento, bem como garantir a efetividade da integral reparação do consumidor. A não ser que seja benéfico ao consumidor não considerar o comerciante solidário aos demais, o que significaria reduzir a amplitude de possibilidades de sua ação, bem como fazê-lo obedecer às rígidas regras ordinárias de imputação, indo ao encontro ao princípio de facilitação da defesa dos seus direitos, conforme o Código de Defesa do Consumidor.

2.3.4. Responsabilidade do Importador

Após examinar os limites e as possibilidades descritos pela doutrina sobre a imputação de responsabilidade pelos acidentes originados de produtos defeituosos do principal personagem da era industrial recente – o fabricante – e sua relação com o comerciante – que outrora exercia anteriormente o papel proeminente, faremos uma análise crítica da inclusão do importador no rol primeiro de responsáveis que figuram no art. 12.

A doutrina ordinariamente coloca o importador como o produtor presumido, pelo fato de que os responsáveis não são alcançáveis facilmente, isso porque o produtor real, aquele a quem é atribuído e justificado exhaustivamente a imputação do dano, está em outro país.

Para Benjamin³⁷⁶, equiparou-se o importador ao fabricante, produtor e construtor como medida de conveniência à implementação da política de proteção do consumidor.

³⁷⁵ Em sentido contrário, GUIMARAES, Paulo Jorge Scartezzini. *Op. cit.*, p. 190. “Nesse caso não há em que se falar em responsabilidade subsidiária ou solidária do comerciante, mas sim em responsabilidade direta e exclusiva”.

³⁷⁶ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 122.

Püschel³⁷⁷ considera duas as vantagens da responsabilidade do importador. A primeira refere-se a possibilidade do tratamento jurídico do país de origem do produto ser menos favorável à vítima, comparando-se com a lei nacional. A segunda toca na dificuldade de uma ação proposta em tribunal estrangeiro ou da execução neste de uma sentença nacional. Em ambas as justificativas, busca-se a facilitação da reparação à vítima³⁷⁸.

Assim, o importador está lá como sujeito imputável por medida de efetiva reparação. Mas esta não é o objetivo da responsabilidade objetiva? Se é o seu objetivo, não pode ser o seu fundamento.

Cláudia Lima Marques, a fim de questionar os fundamentos atribuídos a responsabilidade, também problematiza essa situação do importador na lei consumerista.

A primeira discussão refere-se à posição ocupada pelo importador na cadeia de fornecimento. Conforme já citado, a doutrina divide o fornecimento em três fases: produção, distribuição e o consumo. Como colocar o importador sob uma eventual imputação de responsabilidade que se justifica a quem está na fase da produção?

Na doutrina, uma das possibilidades de exclusão do comerciante é o fato de não estar mais realizando atividade ínsita à produção, ou melhor, ele não define as características do produto³⁷⁹, não o conhece, nem tem as informações sobre suas características, funcionalidades e periculosidade³⁸⁰, o que o inviabiliza de ressaltar as informações relevantes para o estímulo do consumo, bem como fornecer instruções suficientes para o seu uso adequado ao alcance da finalidade com razoável segurança³⁸¹. Por isso, considera-se que o comerciante perdeu a sua posição de destaque, pois não tem segurança para realizar garantias.

³⁷⁷ PÜSCHEL, Flavia Portella. *Op. cit.*, p. 79.

³⁷⁸ PÜSCHEL, Flavia Portella *Op. cit.*, p. 78. BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos *et. ali. Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, 2008, p. 122. GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. Responsabilidade pelo fato do produto e do serviço. *In Responsabilidade civil nas relações de consumo*. Coord. Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 143.

³⁷⁹ PÜSCHEL, Flavia Portella *Op. cit.*, p. 69.

³⁸⁰ PASQUALOTO, Adalberto. A responsabilidade civil do fabricante e os riscos de desenvolvimento. *In MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). Estudos sobre a proteção do consumidor no Brasil e no Mercosul*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994, p. 77.

³⁸¹ MARQUES, Cláudia Lima. *Op. cit.*, p.1216.

Nessa linha de raciocínio também fica impossível o enquadramento da responsabilidade do importador na teoria do risco criado e seus consentâneos. Como justificar o regime de responsabilidade objetiva, se o importador não tem qualquer controle sobre os riscos dos produtos que importou, nem podendo sequer preveni-los?

Está o importador na mesma condição do comerciante? Se não o que os diferenciam?

Difícil é encontrar diferenças, pois ambos acabam exercendo uma atividade de introdução do produto no mercado, mas não de produção. Inclusive, ao importador, poderia se imputar uma responsabilidade própria no caso de conservação inadequada de produtos que exigem acondicionamento especial, como os perecíveis.

Cláudia Lima Marques muito bem fundamenta essa responsabilidade sem avaliação da culpa na facilitação da reparação do consumidor em busca da efetividade desse direito reconhecido como direito básico no Código de Defesa do Consumidor, conforme o inciso VI do art. 6º³⁸². Afinal, quem está mais acessível? Esse também seria o fundamento da excepcionalidade da responsabilidade do comerciante quando não se pode identificar o produtor.

No caso do importador e do comerciante em caso de produtos mal identificados, não há busca de uma justiça comutativa na distribuição dos riscos, mas distributiva, considerando a reparação efetiva e integral do consumidor.

Uma atitude, assim, diminuí a importância do alcance de um objetivo preventivo de danos, colocando em relevo apenas a reparação. Por isso, Cláudia Lima Marques nominou esse fenômeno de “responsabilidade legal sem culpa”³⁸³, um “meio do caminho” entre a

³⁸² Art. 6º São direitos básicos do consumidor:
(...)

VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

³⁸³ MARQUES, Cláudia Lima. *Op. cit.*, p.1216.

responsabilidade pura pelo risco da atividade e a baseada na culpa presumida³⁸⁴, que denominou de responsabilidade legal não culposa³⁸⁵. Atribui essa forma de responsabilidade equilibrada a necessidade de equacionar os interesses envolvidos no mercado de consumo na Diretiva 85/374/CEE, de forma a atender a pressão dos empresários, grupo receoso e contrário à aplicação de uma plena responsabilidade objetiva, e a necessidade de uma maior garantia de qualidade dos produtos³⁸⁶.

Como se pode observar é possível verificar seis fundamentos a justificar a aplicação de uma responsabilidade objetiva: risco proveito, risco criado, fonte do risco, prevenção do dano, distribuição dos prejuízos e equidade.

Justificativas que dão causa à imputação da responsabilidade pelo risco seriam dificilmente aceitas, pois o controle e conhecimento sobre a fonte do risco é do fabricante. Entretanto, é muito coerente sob a perspectiva da distribuição dos prejuízos e, principalmente, da equidade, afinal, ao consumidor é muito mais problemático o suporte do prejuízo, pois não pode usar dos recursos disponíveis por quem é profissional, que tem a capacidade de suportá-lo adequadamente o prejuízo, redistribuí-lo este no preço ou, ainda, acionar o fabricante a fim de transferir ou compartilhar os prejuízos, principalmente quando este eventualmente tenha um seguro.

Também não podemos esquecer que a atividade empresarial é desenvolvida num sistema weberiano de organização, altamente burocratizado, que exige um acionamento de vários setores de uma sociedade empresária, que exige tempo, dinheiro e argumentos, muito melhor tratado num diálogo empresário-empresário, que não pode ser usado com o consumidor, pois estaria se aproveitando de sua vulnerabilidade, situação que é o fundamento de sua proteção.

Assim, identificamos na responsabilidade do importador e do comerciante que não cuida da identificação do fabricante uma potencialidade explicativa para tratar da responsabilidade de quem faz uso da marca, sendo o seu proprietário ou licenciado a utilizá-

³⁸⁴ MARQUES, Cláudia Lima. *Op. cit.*, p. 1277.

³⁸⁵ *Ibidem*.

³⁸⁶ *Ibidem*, p. 1271, n. 1097.

lo, pois como veremos adiante, a marca é um dos bens mais valiosos do estabelecimento comercial do empresário, sendo a construção e a manutenção da marca uma atividade de empresa, organizada e orientada para o alcance do objetivo empresarial. Como a responsabilidade objetiva não tem a sua causa apenas fundamentada na teoria do risco, abre-se a possibilidade de uma discussão desta na questão da marca.

2.4. Responsabilidade pelo vício de produtos

Uma parte considerável da doutrina propugna que a responsabilidade pelo vício do produto no Código de Defesa do Consumidor é uma atualização do sistema de vícios redibitórios³⁸⁷.

Eminentemente voltado para a solução de problemas entre particulares, numa relação mediada por um contrato comutativo, que tenha como objeto da prestação a translação de propriedade³⁸⁸; os vícios redibitórios são um modelo jurídico forjado com o objetivo de manter o equilíbrio ínsito às prestações de um negócio jurídico bilateral.

Esse modelo remonta ao direito romano³⁸⁹ e trata do vício grave da coisa, que existe anteriormente à tradição e compromete a fruição normal de sua utilidade ou lhe diminui o valor sobremaneira³⁹⁰. Foi insculpido, em 1804, no Código Napoleônico, fixando-se nos estatutos oitocentistas e novecentistas, sendo um modelo que está presente a quase dois séculos³⁹¹.

³⁸⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Responsabilidade por vícios nas relações de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 14, p. 33-34; e *Responsabilidade por vício do produto ou do serviço*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996, p. 15; COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial – Direito de Empresa*. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 01, p. 290-292. CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Direito do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 266. BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. Teoria da Qualidade. *In Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 107. Há que ressaltar que este último posiciona-se tanto como uma atualização dos vícios redibitórios quanto uma construção baseada nas *implied warranties* do direito anglo saxão.

³⁸⁸ Orlando Gomes refere-se assim e inclui entre outros negócios o contrato de permuta, sociedade, doação com encargo, e a dação em pagamento, afirmando que eles não se aplicam só a venda, cf. *Contratos*. 26ª ed. atual. por Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino sob a coord. de Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 112.

³⁸⁹ BESSA, Leonardo Roscoe. Vício do Produto e Serviço. *In Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 141; LÔBO, Paulo Luiz Netto. MARQUES, Cláudia Lima. *Op. cit.*, 1996, p. 20.

³⁹⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro – Contratos e atos unilaterais*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v.3, pp. 106-107.

³⁹¹ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. Teoria da Qualidade. *In Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 102.

Muitos fundamentos jurídicos lhe foram lançados, trazendo uma diversidade que não ocorreu em relação a sua função³⁹².

Paulo Jorge Scartezini Guimarães³⁹³, realizando um estudo mais sistematizado sobre a sua estrutura e função, concluiu que os vícios redibitórios são uma forma de cumprimento imperfeito do contrato, um dos resultados possíveis no desenvolvimento do processo obrigacional, daí podendo advir o adimplemento ou não do devedor da obrigação constituída ou, ainda, um meio termo, um cumprimento incompleto, parcial, que configura a sua mora, não por ter realizado a prestação em tempo ou lugar não avençado, mas inadequadamente no modo. Seria, então, o vício redibitório, uma forma de mora por não ter cumprido adequadamente a prestação, em desconformidade da expectativa suscitada no adquirente.

Outros colocam os vícios redibitórios como decorrência de um erro, uma pressuposição, a assunção de um risco, resultado da atuação da boa-fé objetiva e uma forma de responsabilidade.

Nessa perspectiva, o tratamento jurídico dispensado ao vício do produto, posto em circulação no mercado pelo fornecedor, conforme o Código de Defesa do Consumidor, seria um consectário do sistema do vício redibitório, claro que adequado às necessidades e especificidades das relações de consumo.

Entretanto, também há outra linha de exposição que aproxima a estrutura do vício dos produtos, aos modelos jurídicos anglo-saxões, baseados no contrato e na garantia implícita (*implied warranty*)³⁹⁴.

Essa conclusão exige que se percorra um caminho e a exposição deste é o motivo desta fase do trabalho. A partir daqui, descrever-se-á como se assentou a teoria dos vícios

³⁹² Esses fundamentos serão analisados em capítulo próprio.

³⁹³ GUIMARAES, Paulo Jorge Scartezini. *Vícios do produto e do serviço por qualidade, quantidade e insegurança: cumprimento imperfeito do contrato*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. O autor citado está acompanhado de Domat, Pothier, Otto de Souza Lima *apud* QUEIROZ, Odete Novais Carneiro. *Da responsabilidade por vício do produto e do serviço*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, pp. 66-67. Também segue esse posicionamento esta autora, v. *idem*, p. 70 e ss.

³⁹⁴ MARQUES, Cláudia Lima. *Op. cit.*, p.1208.

redibitórios, com a análise dos seus fundamentos. Também se debruçara sobre as *implied warranties* do direito estadunidense, modelo jurídico que exerceu influência sobre comissão do anteprojeto da lei consumerista³⁹⁵ e a teoria da inadequação do produto, que é tratado pelo seu gênero de raciocínio: a teoria da qualidade³⁹⁶.

Espera-se que nesse empreendimento sejam revelados os fundamentos que assentaram e possibilitaram imputar o saneamento do vício a algum sujeito, que na lei protetiva do consumidor foi constituído genericamente como fornecedor. Com isso, teremos o delineamento dos limites doutrinários e das justificativas para esse nexos de imputação, dando condições de se verificar se há alguma potencialidade explicativa a conduzir a conclusão de uma responsabilidade pelo vício do produto de quem explora a marca, seja seu proprietário, ou quem se comporta como este, quando possui uma licença exclusiva do titular da marca.

2.4.1. O vício redibitório

O conceito de vício redibitório está diretamente ligado ao fundamento e natureza jurídica desse instituto.

Entretanto, primeiro será colacionado os elementos comuns das definições. Esses são uma referência ao objetivo do modelo jurídico dos vícios e a sua prescrição normativa no *codex* civil.

Assim, trata esse instituto jurídico de um direito do adquirente de redibir o contrato ou ter a diminuição do valor pago e a restituição da diferença, porque constatou o adquirente um vício oculto e grave na coisa, que já existia anteriormente à tradição. Se era de

³⁹⁵ MARQUES, Cláudia Lima MARQUES, Cláudia Lima. *Op. cit.*, p.1208.

³⁹⁶ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. Teoria da Qualidade. *In Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, pp. 100-111; GODOY, Claudio Luiz Bueno de. Vícios do produto e do serviço. *In LOTUFO, Renan; MARTINS, Fernando Rodrigues(coord.)*. 20 anos do Código de Defesa do Consumidor: conquistas, desafios e perspectivas. São Paulo: Saraiva. 2011; p. 331-332. CALVÃO DA SILVA, João. MARQUES, Cláudia Lima. *Op. cit.*, p. 81-90; BECKER, Anelise. MARQUES, Cláudia Lima. *Op. cit.*, p.69-91.

conhecimento do alienante ou vendedor, este ficava sujeito a reparar o outro contratante por eventuais perdas ou danos que vierem a alcançá-lo.

É uma forma de correção do desequilíbrio constituído posteriormente ao contrato, pois se, porventura, tivesse o adquirente a oportunidade de conhecer o vício que deteriora a coisa, não o teria adquirido ou teria pago um valor menor³⁹⁷.

Redibir o contrato e enjeitar a coisa, ou manter o contrato e ter a restituição da diferença do valor pago devido a diminuição do valor do bem³⁹⁸ em virtude do vício grave, são os efeitos desse modelo jurídico.

Entretanto, esse instrumento jurídico não tem ainda um fundamento certo, convivendo-se com uma multiplicidade de teorias, todas coerentes a legitimar o adquirente agir assim.

Por isso, analisaremos os seus fundamentos para em seguida esboçar o melhor entendimento que se consolidou na doutrina e na jurisprudência.

2.4.2. Fundamentos jurídicos dos vícios redibitórios

São várias as teorias que justificam o direito do adquirente de redibir o contrato ou ser restituído do valor reduzido pelo vício que exsurge.

Carlos Roberto Gonçalves³⁹⁹ cita três teorias: a do inadimplemento contratual, a dos riscos e a da equidade e nos informa que há outras teorias que não tiveram muita

³⁹⁷ Assim está expresso no Código Civil argentino em seu art. 2.164: “*Son vicios redhibitorios los defectos ocultos de la cosa, cuyo dominio, uso o goce se transmitió por título oneroso, existentes al tiempo de la adquisición, que la hagan impropia para su destino, si de tal modo disminuyen el uso de ella que al haberlos conocido el adquirente, no la habría adquirido, o habría dado menos por ella.*”

³⁹⁸ A *actio aestimatoia* ou *quanti minoris* foi a solução dada pelos *edis curuis*, magistrados romanos que atuavam no mercado, em consideração de que ao prejudicado não interessava a rescisão do contrato, e o abatimento do preço satisfazia-o, cf. LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Responsabilidade por vício do produto ou do serviço*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996, p . 20.

repercussão, como a da responsabilidade do alienante pela parcial impossibilidade da prestação, a da pressuposição e a da finalidade específica da prestação⁴⁰⁰.

Orlando Gomes⁴⁰¹ traz quatro: a da garantia, a da evicção parcial, a do erro e do risco.

Entretanto, como ensina Scartezzini Guimarães⁴⁰², tomando lições de Washington de Barros Monteiro, Serpa Lopes e Otto de Souza Lima, as doutrinas sobre a natureza jurídica do vício redibitório são melhor entendidas se classificadas considerando as que se vinculam ao contrato, ao vício do estado psicológico do adquirente e outras especiais, em que se incluem a *culpa in contrahendo* e a possibilidade de existência de uma responsabilidade própria do vendedor.

Por serem as mais debatidas e aceitas, fixaremos-nos nas variações das teorias que atribuem ao vício um caráter contratual e o consideram uma consequência do estado psicológico do adquirente. Nesta, incluem-se as teorias da pressuposição, do erro e da equidade, e, naquela, as teorias da inexecução do contrato, do risco, de Endemann, da parcial impossibilidade da prestação e da violação positiva do contrato.

Assim, passemos às teorias que justificam a existência do vício redibitório, encontrando os seus fundamentos, na tentativa de explorar potencialidade explicativa para a imputação da responsabilidade no caso dos vícios dos produtos no Código de Defesa do Consumidor, buscando encontrar também essas possibilidades na futura exposição sobre a responsabilidade de quem explora a marca.

³⁹⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Op. cit.*, pp. 108-109.

⁴⁰⁰ *Ibidem*, p. 108.

⁴⁰¹ GOMES, Orlando. MARQUES, Cláudia Lima. *Op. cit.*, 2009, p. 113.

⁴⁰² GUIMARAES, Paulo Jorge Scartezzini. *Op. cit.*, pp. 107-108.

2.4.2.1. O vício redibitório como um consectário da lógica contratual

2.4.2.1.1. A teoria do inadimplemento contratual

De acordo com a teoria do inadimplemento contratual, o alienante se obriga pelo perfeito estado da coisa vendida, para que sempre se mantenha sob a condição de uso a que se destina.

Se a coisa fosse entregue e não se prestasse a que se destinava, ocorreria inexecução parcial, sendo o não cumprimento exato da obrigação o mesmo que a inexecução⁴⁰³.

Quando entabula aquele raciocínio, confunde o objeto da prestação, com o objeto da obrigação, que é a própria prestação. Esta foi cumprida, porém o objeto entregue apresentou vício oculto que comprometeu a sua qualidade para o fim a que se destinava ou o seu valor.

Nessa situação, o alienante não se encontra em inadimplemento total, ao contrário, se se entender como adimplemento parcial a tradição do bem com vício significativo. Nessa linha de argumentação, soergue-se outra questão: se o problema não ocorria durante a execução da obrigação, não se poderia considerar o alienante em inadimplência, pois o vício ocorre em momento seguinte, quando está já se aperfeiçoou a obrigação, a coisa foi entregue e nenhum vício apresentou-se. Nessa linha, enfraquece-se uma justificativa baseada na inexecução do contrato, pois se apresenta jurídica e faticamente inviável.

⁴⁰³ GUIMARAES, Paulo Jorge Scartezini. *Op. cit.*, p. 109.

2.4.2.1.2. A teoria do risco

Já esta teoria define que o alienante responde pelos vícios ocultos porque tem o dever obrigacional de suportar os riscos provenientes da coisa que aliena e estava sob a sua guarda.

A teoria do risco surge pelas mãos de Brinz, que ao contestar a teoria da inexecução contratual, afirma que a coisa pode não ter a qualidade comum aos seus similares, por isso, assume o alienante o risco da redibição ou da devolução proporcional do preço⁴⁰⁴.

Para argumentar sobre a certeza de sua teoria, confronta as ações edilícias com a responsabilidade contratual e afirma, como conclusão, que a responsabilidade sempre tangencia a culpa, situação que não é exigida para a configuração do vício redibitório e a propositura da ação, opera-se pelo fato do vício, objetivamente. No mais, afirma que, no incumprimento parcial, haveria a possibilidade de execução forçada da obrigação⁴⁰⁵, o que não é admitida para o caso de inadimplemento.

Entretanto, a crítica erguida pela doutrina revela que essa teoria ainda pode ser considerada uma variante da teoria da responsabilidade por inadimplemento contratual⁴⁰⁶, porque se considera que assumir o risco implica na assunção de uma obrigação de entregar a coisa íntegra e, diante desta forma de pensar, o vício é a própria inexecução da obrigação⁴⁰⁷.

Assim, por essa teoria, os vícios redibitórios têm a sua natureza jurídica ainda vinculada ao contrato.

⁴⁰⁴ GUIMARAES, Paulo Jorge Scartezini. *Op. cit.*, p. 110.

⁴⁰⁵ *Ibidem*.

⁴⁰⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Op. cit.*, p. 108.

⁴⁰⁷ GUIMARAES, Paulo Jorge Scartezini. *Op. cit.*, p. 111.

2.4.2.1.3. A teoria de Endemann

Endemann, criador da teoria, buscou fundamentar a existência do vício redibitório na consciência e vontade das partes. Alcança essa conclusão a partir da diferença em que se encontram alienante e adquirente, pois se pode vender a coisa com ou sem garantia, porém com omissão do vício ou, ainda, vender sem promessa de qualidade, com vício ignorado pelas partes⁴⁰⁸.

Se se dá a garantia sabendo do vício, a solução seria o inadimplemento com indenização, se se realiza sem um pacto de qualidade e é ignorado a existência do vício, responde o alienante por este.

Essa teoria quase nada esclarece sobre o fundamento jurídico perquerido, pois sabe-se que não se avalia a vontade e a consciência das partes para o reconhecimento do vício e a operação de sua consequência. Ademais, ignorar ou conhecê-lo, só tem como resultado a responsabilidade ou não por eventuais prejuízos que tenha se defrontado o adquirente.

Assim, traz uma dedicada dedução, porém com muito pouca contribuição à natureza jurídica do vício redibitório.

2.4.2.1.4. Impossibilidade da parcial da prestação

Essa teoria faz um paralelo entre a qualidade esperada do objeto e a do objeto entregue.

A não correspondência enseja a impossibilidade da execução do contrato, isto é, o negócio não se realiza se o alienante não entrega coisa que reúna todas as condições possíveis de serem exigidas⁴⁰⁹.

⁴⁰⁸ GUIMARAES, Paulo Jorge Scartezzini. *Op. cit.*, p. 111.

⁴⁰⁹ *Ibidem*, p. 112.

Recebe essa formulação teórica a crítica certa de Fubini⁴¹⁰ porque desconsidera essa teoria a possibilidade de realização do negócio, porém com a devolução resultante da diminuição do preço. Hodiernamente também poderíamos citar a possibilidade de substituição da coisa e o cumprimento total do contrato.

Portanto, não ocorre a impossibilidade da prestação no caso da coisa apresentar um vício significativo.

2.4.2.1.5. Violação positiva do contrato

Essa teoria teve origem na Alemanha. Surge dos apontamento de Staub sobre apenas a duas referências de incumprimento da obrigação no Código Civil tedesco: a impossibilidade da prestação e a mora.

Essa teoria torna complexo o processo obrigacional e somente a partir dessa complexidade é que se pôde conhecer a hipótese de inadimplemento parcial das obrigações.

Essa maior complexidade da obrigação foi possível porque se realizou uma aplicação ampliada, por analogia, da mora, da impossibilidade do cumprimento da obrigação ou de ambas⁴¹¹.

A partir das três conceitos acima citados, sob a violação positiva do contrato, colocam-se inúmeras aplicações que geram classificações muito distintas.

A violação positiva do contrato pode ocorrer da violação de deveres de omissão, de cuidado e proteção, deveres laterais a partir da cláusula geral de boa-fé, a partir da

⁴¹⁰ *Apud* GUIMARAES, Paulo Jorge Scartezini. *Op. cit.*, p. 112.

⁴¹¹ Conforme, Scartezini Guimarães a partir da mora desenvolve-se o teoria de Staub, da impossibilidade a de Himmlschen e de ambas a de Stoll, cf. *ibidem*, p. 113.

declaração de descumprimento do devedor, da *culpa post pactum finitum* e do cumprimento defeituoso do contrato⁴¹².

Entretanto, o que nos interessa é o cumprimento defeituoso da obrigação, pois este pode se configurar como uma justificativa ao vício redibitório, considerando que a entrega da coisa sem a qualidade esperada configura-se como um inadimplemento parcial da obrigação, estamos a tratar de uma forma de mora, não temporal ou de lugar, mas de modo, que gera uma responsabilidade do alienante perante o adquirente.

2.4.2.2. O vício redibitório como uma consequência do vício de consentimento

2.4.2.2.1. A teoria da pressuposição

Essa teoria trata da limitação à vontade real e aos efeitos do negócio jurídico. Relata Scartezzini Guimarães⁴¹³ que foi concebida por um dos expoentes do pandectismo, Windscheid, primeiramente, em seus estudos sobre a causa das obrigações, e, depois, em estudo mais sistematizado, na publicação “A teoria da pressuposição no direito romano”.

Refere-se essa teoria ao entendimento do adquirente, do seu estado de consciência, pois se tivesse efetivo conhecimento da realidade, provavelmente, não teria realizado o negócio. Por isso, Windscheid também a denominou de “condição não desenvolvida”⁴¹⁴. Orlando Gomes aponta como origem dessa teoria as *implied conditions* do direito inglês⁴¹⁵.

⁴¹² GUIMARAES, Paulo Jorge Scartezzini. *Op. cit.*, p. 115.

⁴¹³ *Ibidem*, p. 116.

⁴¹⁴ *Ibidem*; Orlando Gomes denomina-a de “condição implícita”, cf. *Transformações Gerais do Direito das Obrigações*. 2ª ed., 1980, p. 47.

⁴¹⁵ *Ibidem*, p. 48.

A pressuposição diz respeito à condição ou ao estado da coisa existente no passado, presente ou futuro, e que desta situação está convencido o adquirente existir, até porque a inferiu do conteúdo de uma declaração dada pelo alienante. Confiante da situação do estado da coisa, se esta não se realizar, atribui-se ao adquirente o direito de restituir a coisa.

Esse instituto tinha previsão legal no BGB, mas, posteriormente, foi suprimida sob a justificativa de que atentava contra a seguridade do tráfico jurídico⁴¹⁶.

Um dos seus maiores críticos foi Otto Lenel, que apontava a confusão entre motivos e a pressuposição, situação que abalava a base negocial e complicava algo que deveria ser mais simples, conforme a teoria do negócio: bastava a inserção de uma cláusula que exigisse de quem contratasse a sua aceitação ou não⁴¹⁷.

Na busca da natureza do vício redibitório, esta teoria apresenta-se inadequada porque se mostra irrelevante à pressuposição do adquirente sobre a coisa, além de transparecer abstrata e extremamente subjetiva⁴¹⁸, mostrando-se muito prejudicial à extrema operacionalidade do modelo objetivo dos vícios redibitórios.

2.4.2.2.2. A teoria do erro

Essa teoria apresenta-se extremamente coerente com o modelo jurídico dos vícios redibitórios, por isso, teve ampla acolhida na doutrina⁴¹⁹.

Na doutrina lusitana era o teoria que explicava de forma unânime diante da prescrição *ope legis* do art. 1.582 do seu antigo Código Civil:

⁴¹⁶ GUIMARAES, Paulo Jorge Scartezini. *Op. cit.*, p. 118.

⁴¹⁷ *Ibidem*, pp. 118-119.

⁴¹⁸ Pois não era possível distinguir a pressuposição dos motivos meramente subjetivos.

⁴¹⁹ *Ibidem*, p. 121.

o contrato de compra e venda não pode ser rescindido com o pretexto de lesão ou vício da coisa, denominados redibitórios, salvo se essa lesão ou esses vícios envolveram erro que anule o consentimento, nos termos declarados nos arts. 656 a 668 e 687 a 710, ou havendo estipulação em contrário

Assim, o vício redibitório é uma espécie de vício de vontade que só pode enjeitar efeitos se atendesse os pressupostos legais da anulação do negócio por erro⁴²⁰.

A aplicação dessa justificativa como fundamento do vício esbarra na própria teoria jurídica sobre o erro, senão vejamos.

No viés do erro seria necessário que este recaísse sobre a essencialidade da coisa (*error in substancia*), isto é, o conhecimento erro do deveria ser de tal envergadura que, se tivesse a noção real da situação, não teria praticado o negócio ou o teria realizado de forma diversa. Também seria necessário indagar sobre a inescusabilidade do adquirente. O erro pode ser oposto contra qualquer ato jurídico.

2.4.2.2.3. A teoria da equidade

Já a teoria da equidade firma a necessidade de se manter o justo equilíbrio entre os contratantes.

Parte Ihering da posição de inferioridade do comprador na relação contratual que envolve a entrega de coisa, pois considera que o vendedor tem o dever de conhecer a coisa que aliena. Considera também que os efeitos da sua ignorância sobre o estado em que se encontra o bem, não podem ser transferidos ao adquirente. Entrevê esse raciocínio a partir das lições de Ulpiano.

As críticas apontadas referem-se à questão do desequilíbrio, pois não pode se colocar o adquirente sempre em posição de inferioridade frente ao vendedor, bem como se

⁴²⁰ GUIMARAES, Paulo Jorge Scartezini. *Op. cit.*, p. 122.

admitir excepcionalmente essa condição a este, pois, senão, admitir-se-ia o absurdo dele requerer o aumento do preço se o coisa for destinada a outras funções que eram desconhecidas⁴²¹.

2.4.2.3. Conclusão parcial

Ainda que todas as justificativas acima expostas sobre o fundamento dos vícios redibitórios sejam utilizadas pela doutrina sem qualquer polarização relevante, para o estudo que se desenvolve, basta verificarmos que o contrato é que justifica a existência dos vícios nas leis civis.

Seja pelos fundamentos que derivam do vício de consentimento, ou de uma consequência do contrato, os vícios redibitórios acabam revelando um modelo jurídico forjado para solucionar o problema dos negócios da compra e venda, que intervém na realidade e recebe influências desta. Como afirma Benjamin⁴²² “o vício redibitório é instituto decididamente atado à realidade contratual”.

Não satisfaz uma explicação pautada nos vícios redibitórios para a responsabilidade pela inadequação do produto no Código de Defesa do Consumidor brasileiro, pois em uma análise perfunctória é possível perceber que embora se pautar a origem dessa responsabilidade numa relação contratual de consumo, pois é neste momento que se retira o produto de circulação do mercado. Em seguida, a relação contratual é prescindível, pois a garantia acompanha o produto, não importando quem seja o primeiro adquirente.

⁴²¹ GUIMARAES, Paulo Jorge Scartezini. *Op. cit.*, p. 135.

⁴²² BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e et al. *Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 30.

2.4.3. As garantias implícitas (implied warranties) do direito norte americano

É Anelise Becker⁴²³ que releva a atenção sobre a contribuição das *implied warranties* para o estudo da garantia contra os vícios dos produtos instituído pelo Código de Defesa do Consumidor.

As *warranties* são disposições acordadas que se relacionam de forma secundária com o objeto do contrato⁴²⁴. Isso porque na compra e venda, o vendedor tem a obrigação de entregar a coisa com as qualidades essenciais, sendo esta a condição do contrato (*condition*). Efetuada a tradição, o vendedor então assume uma obrigação de prestar a garantia (*warranty*) da qualidade, respondendo por qualquer vício ou defeito emergente⁴²⁵. O descumprimento de uma *condition* resolve-se por meio de indenização, já da *warranty* pode o contratante rescindir o contrato, ou tomar outras medidas, como rejeitar o serviço ou a coisa⁴²⁶.

A *warranty* pode ser expressa (*express warranty*) ou implícita (*implied warranty*)⁴²⁷. Será esta quando dedutível da natureza do negócio - porque a coisa vendida deve ser adequada ao fim a que foi ofertada (utilidade pela qual foi adquirida) ou ao fim a que se destina (útil ao comércio - *mercanthability*) - da situação ou das circunstâncias das partes, ou, ainda, presumida pela lei⁴²⁸. Enquadra-se naquela quando há qualquer afirmação do

⁴²³ BECKER, Anelise. As garantias implícitas no direito brasileiro e em perspectiva comparativista. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 9, p.70.

⁴²⁴ *Ibidem*, p.74.

⁴²⁵ LEAES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Op. cit.*, p. 47.

⁴²⁶ GUIMARAES, Paulo Jorge Scartezzini. *Op. cit.*, p. 56.

⁴²⁷ BECKER, Anelise. *Op. cit.*, p.75.

⁴²⁸ LEAES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Op. cit.*; BECKER, Anelise. *Op. cit.*, p.75. Também as seguintes seções do *Uniform Commercial Code*:

“§ 2-314. Implied Warranty: Merchantability; Usage of Trade.

(1) Unless excluded or modified (Section 2-316), a warranty that the goods shall be merchantable is implied in a contract for their sale if the seller is a merchant with respect to goods of that kind. Under this section the serving for value of food or drink to be consumed either on the premises or elsewhere is a sale.

(2) Goods to be merchantable must be at least such as:

- (a) pass without objection in the trade under the contract description;
- (b) in the case of fungible goods, are of fair average quality within the description;
- (c) are fit for the ordinary purposes for which goods of that description are used;
- (d) run, within the variations permitted by the agreement, of even kind, quality and

vendedor sobre o produto, realizada de qualquer forma, não importando se mencionou a expressão *warranty* ou outra que tivesse a intenção de estabelecê-la, desde que fosse suficiente para caracterizar a garantia e gerar a confiança, sempre por meio da atuação do vendedor. Se a menção é imprecisa, considera-se mera opinião ou vulgarização da qualidade (*puffing or sales talk*)⁴²⁹. Na jurisprudência norte-americana, palavras como *good*, *wonderful* e *popular* são consideradas *sales talk* (conversa de vendedor), *best* e *top quality* expressões vulgarizadas de qualidade, porém *fine*, *the best*, *first class* são consideradas expressões que o público interpreta como se, o que lhe é ofertado possui garantia elevada⁴³⁰.

A extensão do conceito de *warranty* foi o segundo caminho adotado pelos tribunais norte americanos para responsabilizar diretamente o fabricante por fato danoso originado de produto defeituoso⁴³¹. De uma responsabilidade por ato ilícito

Assim, as *implied warranties* fixam-se como uma forma de proteção do adquirente, alterando-se a referência do sistema ianque do *caveat emptor*, definitivamente, para o *caveat venditor*.

Entretanto, antes de continuar, é preciso fazer uma observação de cunho histórico, importante ao entendimento das *warranties*.

quantity within each unit and among all units involved;
 (e) are adequately contained, packaged, and labeled as the agreement may require;
 and
 (f) conform to the promise or affirmations of fact made on the container or label if any.
 (3) Unless excluded or modified (Section 2-316) other implied warranties may arise from course of dealing or usage of trade”.

“§ 2-315. Implied Warranty: Fitness for Particular Purpose.

Where the seller at the time of contracting has reason to know any particular purpose for which the goods are required and that the buyer is relying on the seller's skill or judgment to select or furnish suitable goods, there is unless excluded or modified under the next section an implied warranty that the goods shall be fit for such purpose”.

⁴²⁹ BECKER, Anelise. *Op. cit.*, p.75; LEAES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Op. cit.*, p. 47; e a seção 2-313 do *Uniform Commercial Code (1) (a) Any affirmation of fact or promise made by the seller to the buyer which relates to the goods and becomes part of the basis of the bargain creates an express warranty that the goods shall conform to the affirmation or promise.*

⁴³⁰ ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 1992. v. 2, pp. 916-917, especialmente n.125.

⁴³¹ LEAES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Op. cit.*, p. 47.

O direito anglo saxão não conheceu a figura jurídica do vício redibitório⁴³², pois por muitos anos foi regido pela regra do *caveat emptor*⁴³³, do qual a perspicácia do adquirente era uma exigência frente ao respeito da autonomia da vontade das partes. No caso de qualquer problema que viesse enfrentar por causa do produto, só poderia o comprador levantar uma garantia expressa dada pelo vendedor, ou, ainda, quando ocorresse dolo (*fraud*)⁴³⁴. Em ambos os casos haveria a rescisão do contrato (*breach of contract*).

No séc. XIX, a situação começa a se alterar a partir do caso *Smith v. Hughes*⁴³⁵, em que, muito embora não tivesse ainda o vendedor o dever de informar, fixou-se o seu dever de não induzir o adquirente em erro, isto é, deveria deixá-lo agir por sua livre e autônoma perspicácia. Assim, mesmo ainda tímida, houve uma mitigação da regra do *caveat emptor*.

A situação só se alterou de forma substancial a partir da produção em massa e da consolidação da sociedade do consumo, que transformam a lógica estabelecida no sistema jurídico consuetudinário estadunidense⁴³⁶, pois essas mudanças exigiram a paulatina substituição da regra do *caveat emptor* pela do *caveat venditor*, alterando, assim, o sistema das *warranties* contratuais, com um claro objetivo de soerguer uma proteção ao contratante mais frágil diante das relações desfavoráveis a que estava sujeito, principalmente porque vivenciava uma clara disparidade de poder na determinação do conteúdo contratual⁴³⁷.

Essas decisões baseadas nas *implied warranties*, iniciaram-se em questões envolvendo a venda de produtos alimentícios (*food cases*), admitindo pioneiramente uma *implied warranty* do fabricante em face dos possíveis consumidores, independentemente de qualquer relação negocial⁴³⁸. Há uma garantia de que o consumidor sempre encontrará o produto adequado ao consumo⁴³⁹.

⁴³² BECKER, Anelise. *Op. cit.*, p.70.

⁴³³ Na Inglaterra essa regra foi aplicada até o final do século XIX, quando surgiu *Sales of Goods Act*, cf. GUIMARAES, Paulo Jorge Scartezini. *Op. cit.*, p. 57, especialmente, n. 28.

⁴³⁴ *Ibidem*, p. 56; BECKER, Anelise. *Op. cit.*, pp.70-71.

⁴³⁵ *Ibidem*, p.71.

⁴³⁶ *Ibidem*, p. 66.

⁴³⁷ BECKER, Anelise. *Op. cit.*, p.72; LEAES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Op. cit.*, p. 48.

⁴³⁸ *Ibidem*, p. 49. BECKER, Anelise. *Op. cit.*, p. 80.

A primeira decisão que acolheu a garantia implícita ocorreu em 1913, no caso *Mazzeti v. Armour Products*, que tratou sobre alimentos em conserva deteriorados. Decidiu a Corte de Washington que, nesses casos, toda e qualquer pessoa lesada poderia postular reparação em face do produtor, não se limitando ao comerciante, porque, mesmo não existindo uma garantia expressa, é lícito se deduzir uma garantia implícita de que o produto se encontra em situação adequada para o consumo⁴⁴⁰.

Em seguida, o conceito se firmou com a decisão do caso *Coca-Cola Bottling Works v. Lyons*, em 1927, em que se estabeleceu que a garantia não está restrita ao fabricante e seu revendedor, mas acompanha a mercadoria e percorre do fabricante ao consumidor final – *warranty running from manufacturer to the consumer*⁴⁴¹.

A extensão do conceito de garantia implícita fluiu para abranger os produtos de higiene e proteção corporais, cosméticos e produtos farmacêuticos, tendo se estendido a qualquer tipo de produto colocado no mercado a partir, do já citado caso, *Henningsen v. Bloomfield Motors Inc.*, decisão que foi considerada paradigma para milhares de outras posteriores⁴⁴² e que fez com se consignasse as *implied warranties* no *Uniform Commercial Code (UCC)*, nas seções §2-314, §2-315 e §2-316.

Assim, há uma aceitação de uma garantia tácita, apoiado principalmente na ideia de que os produtos são vendidos sem inspeção e, por isso, devem apresentar uma qualidade média entre os seus similares⁴⁴³.

As *implied warranties* podem ser classificadas em três espécies.

⁴³⁹ LEAES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Op. cit.*, p. 50.

⁴⁴⁰ LEAES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Op. cit.*, p. 50.

⁴⁴¹ *Ibidem*, p. 49; BECKER, Anelise. As garantias implícitas no direito brasileiro e em perspectiva comparativista. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 9, p. 80.

⁴⁴² LEAES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Op. cit.*, p. 50.

⁴⁴³ GUIMARAES, Paulo Jorge Scartezini. *Op. cit.*, p. 67.

A garantia que está relacionada com a qualidade comum dos produtos usualmente comercializados, é a garantia da *merchantable quality*, prevista na *section* §2-314 do UCC, fazendo que os produtos devem ter a qualidade que razoavelmente se espera de produtos que sejam disponibilizados no mercado⁴⁴⁴.

A segunda espécie está relacionada à atuação do vendedor, é a *implied warranty of fitness for a particular purpose*, previsto na *section* §2-315 do UCC, pelo qual o vendedor, quando realiza a transação confiando na sua habilidade em saber o que o adquirente quer e qual o produto que mais se adéqua à sua necessidade, assume a responsabilidade pela garantia induzida⁴⁴⁵.

Por fim, apresenta-se a terceira garantia que se refere à adequação do bem às descrições apresentadas pelo vendedor, as constantes nos rótulos, embalagens e materiais promocionais ou, ainda, a estar em conformidade com a amostra entregue⁴⁴⁶.

Conforme ensina Becker⁴⁴⁷, as *implied warranty* configuram-se como regras deduzidas da realidade, em que a vontade é menos relevante que a situação real, pois se considera que se o contraente tivesse pleno conhecimento do negócio, teria se manifestado de forma diferente.

No direito consuetudinário, as regras implícitas foram sendo definidas nos tribunais, por meio da atuação integrativa do juiz, que deduz, a partir do caso concreto, se as regras privadas ínsitas à praxe e à natureza de determinados negócio foi utilizada ou não, e, se não, a faz valer como a regra que regerá a relação entre às partes, invalidando ou integrando o contrato.

Por fim, faz se necessário mencionar que, conforme §2-602 do UCC, o adquirente tem a prerrogativa de enjeitar o produto, caso não tenha a qualidade esperada, em um prazo razoável, com direito à devolução da quantia paga e à indenização pelos danos sofridos.

⁴⁴⁴ GUIMARAES, Paulo Jorge Scartezini. *Op. cit.*, p. 67.

⁴⁴⁵ *Ibidem*, p. 67. BECKER, Anelise. *Op. cit.*, p.72.

⁴⁴⁶ GUIMARAES, Paulo Jorge Scartezini. *Op. cit.*, p. 68.

⁴⁴⁷ BECKER, Anelise. *Op. cit.*, p.73.

2.4.4. A responsabilidade pelo vício do produto

No Código de Defesa do Consumidor brasileiro, o vício do produto foi um problema destinado à solução da responsabilidade civil. Colocando o problema nessa seara, foi natural o início da discussão sobre o seu regime, se subjetivo ou objetivo, e seu fundamento, se contratual ou extracontratual.

Sobre o seu fundamento, afirma-se que a responsabilidade pelo vício do produto apoia-se inicialmente no contrato de consumo, pois é a partir da sua realização que se desencadeia a aplicação da lei protetiva, e se configura definitivamente que o consumidor retirou o produto de circulação do mercado⁴⁴⁸. Em seguida, indicar o seu fundamento não faz mais sentido, pois, depois de retirado o produto do mercado, os fundamentos possíveis da responsabilidade complementam-se⁴⁴⁹ com o objetivo de acobertar qualquer situação prejudicial ao consumidor, considerando a sua completa e efetiva a proteção, sendo a sua única razão de ser o dever ínsito de qualidade dos produtos, uma obrigação que se impõe a fim de que se coloquem no mercado produtos livres de vícios⁴⁵⁰.

⁴⁴⁸ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e et al. *Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 83; fundamenta esse raciocínio considerando que para a responsabilidade pelo danos causados por produto defeituoso, considera-se todas as vítimas como consumidora e esse fato *in re ipsa* dispensaria a configuração do consumidor conforme o art. 2º do Código de Defesa do Consumidor. Em consonância, v. BECKER, Anelise. *Op.cit.*, p.89.

⁴⁴⁹ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e et al. *Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 38; MARQUES, Cláudia Lima. *Op.cit.*, p. 1207.

⁴⁵⁰ AMARAL JUNIOR, Alberto do. A responsabilidade pelos vícios dos produtos no código de defesa do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, n.2, p.117; BERTOLDI, Marcelo. Responsabilidade contratual do fornecedor pelo vício do produto ou serviço. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, n. 10, p. 132; MARQUES, Cláudia Lima. *Op.cit.*, p. 1236.

Já em relação ao regime subjetivo ou objetivo da responsabilidade, há reconhecível divergência⁴⁵¹ na doutrina, principalmente, porque o legislador não repetiu a expressão “independentemente de culpa”, presente nos arts. 12 e 14 da Lei n. 8.078/90, nos art. 18, 19 e 20 e o amparo da doutrina nacional em modelo jurídico que fosse mais conhecido e estruturado, encontrando nos vícios redibitórios a segurança que procurava. Parte da doutrina posiciona-se no sentido de que se adotou o regime da responsabilidade subjetiva⁴⁵², e outra o da objetiva⁴⁵³.

Para uma compreensão dos fundamentos que justificam ser um ou outro o regime de responsabilidade e para verificar se encontramos elementos que nos informem se será possível atribuir ao proprietário da marca ou quem tem o direito exclusivo de licenciá-la no caso do vício dos produtos ou serviços conforme o Código de Defesa do Consumidor, faremos a análise a seguir.

⁴⁵¹ QUEIROZ, Odete Novais Carneiro. *Da responsabilidade por vício do produto e do serviço*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 45.

⁴⁵² BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e et al. *Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991, pp. 82-83, 112-114; DINIZ, Maria Helena. Responsabilidade do fornecedor pelos produtos fabricados e pelos serviços prestados. *Revista da Procuradoria Geral da República*, n. 1, p. 93; AMARAL JUNIOR, Alberto do. A responsabilidade pelos vícios dos produtos no código de defesa do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, n.2, p. 116; QUEIROZ, Odete Novais Carneiro. *Op.cit.*, p. 45; SIMÃO, José Fernando. *Vícios do produto no novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 177. BERTOLDI, Marcelo. Responsabilidade contratual do fornecedor pelo vício do produto ou serviço. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, n. 10, p. 132

⁴⁵³ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Leis civis comentadas*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 258. NERY JÚNIOR, Nelson. Da Proteção Contratual. *In Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 509; LOBO, Paulo Luiz Netto. Deveres Gerais de Conduta nas obrigações civis. *In Mário Luiz Delgado e Jones Figueiredo Alves (coord.). Série grandes temas de Direito Privado - Questões controvertidas no novo Código Civil – No direito das obrigações e nos contratos*. São Paulo: Ed. Método, 2005, v. 4, p. 78; LISBOA, Roberto Senise. *Responsabilidade civil nas relações de consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, pp. 66-72; CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Direito do Consumidor. São Paulo: Atlas, 2008, p. 266. COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial – Direito de Empresa*. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 01, p. 293; ARRUDA ALVIM; ALVIM, Thereza; ARRUDA ALVIM, Eduardo; MARINS DE SOUZA, James J. *Código do Consumidor Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 51; GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 442; GODOY, Claudio Luiz Bueno de. Vícios do produto e do serviço. *In LOTUFO, Renan(coord.); MARTINS, Fernando Rodrigues(coord.). 20 anos do Código de Defesa do Consumidor: conquistas, desafios e perspectivas*. São Paulo: Saraiva. 2011, p. 337.

2.4.4.1. *Responsabilidade subjetiva dos vícios dos produtos*

Considerando que o regime da responsabilidade pelo vício de produtos e serviços é o da responsabilidade subjetiva, defende-se que há um comportamento culpável do fornecedor, porém que é presumido *juris et de jure*.

Argumentam que a responsabilidade pelo vício tem como fundamento o descumprimento de um dever de conduta que é exigido pelo estatuto do consumo, qual seja o dever de colocar no mercado produtos isentos de vícios⁴⁵⁴, uma obrigação de resultado⁴⁵⁵, que se aproxima a uma responsabilidade subjetiva de presunção absoluta.

A segunda justificativa erguida pelos defensores dessa posição refere-se ao fato de que não haveria uma ruptura com estrutura jurídica vigente – Código Civil de 1916 – com a inserção da responsabilidade pelos vícios do produto, mantendo-se a prevalência e orientação da responsabilidade subjetiva, calcada na culpa como centro do sistema jurídico de direito privado⁴⁵⁶.

A terceira releva a interpretação sistemática do art. 18 combinado com o art. 23⁴⁵⁷, que permite concluir que não se optou pela responsabilidade objetiva, pois nesta estrutura jurídica é totalmente despiciendo a prescrição de uma conduta ou comportamento do sujeito. Como o art. 23 prescreve que o fornecedor deveria conhecer o vício ou não poderia ignorá-lo, há a menção na norma de um comportamento e essa estrutura está muito mais próxima do

⁴⁵⁴ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e et al. *Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 114; AMARAL JUNIOR, Alberto do. A responsabilidade pelos vícios dos produtos no código de defesa do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, n.2, p.117; BERTOLDI, Marcelo. Responsabilidade contratual do fornecedor pelo vício do produto ou serviço. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 10, p. 132.

⁴⁵⁵ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e et al. *Op. cit.*, p. 114

⁴⁵⁶ QUEIROZ, Odete Novais Carneiro. *Da responsabilidade por vício do produto e do serviço*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 46-50, especialmente p. 49; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e et al. *Op. cit.* São Paulo: Saraiva, 1991, p. 62-63.

⁴⁵⁷ Art. 23. A ignorância do fornecedor sobre os vícios de qualidade por inadequação dos produtos e serviços não o exime de responsabilidade.

regime de responsabilidade subjetiva, que é regida pela culpa, embora no presente caso seja esta presumida⁴⁵⁸.

Já a quarta considera que a responsabilidade objetiva era um regime estrito para a época, ou seja, era um regime de responsabilidade de exceção, e, por isso, de competência exclusiva do legislador, até mesmo como uma medida de segurança indispensável à justiça da vida. Ademais, acreditam que a falta de amparo na lei traria uma indefinição sobre as hipóteses de objetivação da imputação da reparação de danos, o que geraria riscos imensuráveis, pois seu limite de aplicação poderia ser ampliado conforme a vontade dos tribunais. Isso estabeleceria uma situação da mais elevada imprevisão e insegurança no âmbito do direito das obrigações⁴⁵⁹, ramo do direito em que a segurança do tráfico jurídico é uma das prioridades.

A quarta explicação é melhor delineada na medida em que se revela no contexto histórico de surgimento da lei nacional de defesa do consumidor. Conforme expõe Cláudia Lima Marques⁴⁶⁰, a ideia de presunção de culpa foi um recurso que se lançou mão a fim de que o projeto do Código de Defesa do Consumidor fosse aprovado, pois como o regime não estava positivado estabelecera-se um compromisso de que a responsabilidade seria objetiva para o fato do produto e de presunção absoluta de culpa para a responsabilidade por vício. Foi a forma encontrada para vencer a forte reserva que se tinha em relação à responsabilidade objetiva.

Por fim, como a justificativa mais recorrente, alega-se que o legislador não adotou expressamente a responsabilidade objetiva nos casos de vício (arts. 18, 19 e 20), como o fez

⁴⁵⁸ QUEIROZ, Odete Novais Carneiro. *Op. cit.*, p. 45. AMARAL JUNIOR, Alberto do. *Op. cit.*, p. 116.

⁴⁵⁹ AZEVEDO, Alvaro Villaca. Jurisprudência não pode criar responsabilidade objetiva, só a lei. Análises das súmulas n. 341, 489 e 492, do Supremo Tribunal Federal, e 132 do Superior Tribunal de Justiça. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, n. 743, p.109-128, set./1997, p. 110-113. SIMÃO, José Fernando. *Vícios do produto no novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 177.

⁴⁶⁰ Sob similares condições também se editou e aprovou a Diretiva 85/374, que segundo a mesma autora, confortou-se um jogo de interesses de empresários receosos de um regime objetivo de responsabilidade que acabou conformando um sistema único, em que o defeito é o elemento necessário na imputação dos danos, e que se elege os possíveis responsáveis, o que torna própria a responsabilidade na seara dos acidentes de consumo, uma responsabilidade legal ou não culposa, cf. MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 1218-1219; *Ibidem*, p. 1277.

nos de defeito (art. 12 e 14), por isso, não é permitido ao intérprete arrastar o regime de responsabilidade prevista para esta àquela⁴⁶¹.

Essa interpretação coloca-se defronte com aqueles que defendem que o Código de Defesa do Consumidor inaugurou um regime novo de responsabilidade, pautado na vulnerabilidade do consumidor como fundamento do direito protetivo e na sua efetiva reparação, além da crença de que esta só pode ser alcançada por meio de uma responsabilidade independentemente da avaliação da culpa.

Soma-se ainda a natureza de lei principiológica do Código de Defesa do Consumidor, isto é, que neste há normas-princípios, preceitos gerais que dão coerência aos elementos de estrutura para o sintético microssistema do direito das relações de consumo⁴⁶². Por conseguinte, os adeptos dessa posição definem que a responsabilidade objetiva é uma regra geral principiológica, que é consequência da integração dos vários outras regras gerais, como a reparação efetiva do consumidor, a consideração da situação de vulnerabilidade a que se está sujeito, entre outros, sendo todos elementos de estrutura que conformam e caracterizam a lei consumerista.

Passemos, então, a análise mais vertical dos fundamentos de uma responsabilidade objetiva do fornecedor no caso de vício de produtos.

⁴⁶¹ SIMÃO, José Fernando. *Op. cit.*, p. 174-176.

⁴⁶² NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Leis civis comentadas*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 258; NERY JÚNIOR, Nelson. Da Proteção Contratual. In *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 509. LOBO, Paulo Luiz Netto. Deveres Gerais de Conduta nas obrigações civis. In *Mário Luiz Delgado e Jones Figueiredo Alves (coord.). Série grandes temas de Direito Privado - Questões controvertidas no novo Código Civil – No direito das obrigações e nos contratos*. São Paulo: Ed. Método, 2005, p. 78.

2.4.4.2. *Responsabilidade objetiva dos vícios dos produtos*

A responsabilidade objetiva é a regra geral do microsistema jurídico das relações de consumo, é o sistema geral e básico da responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor⁴⁶³. Vários argumentos são oferecidos pela doutrina para sustentar essa afirmação.

Argumenta-se que é a regra geral ao se considerar que em nenhum momento faz se menção da exigência do comportamento do sujeito na configuração de sua responsabilidade, ou melhor, no seu dever de reparação⁴⁶⁴. Quando considerou que isso se fazia necessário o fez expressamente, como no caso do profissional liberal⁴⁶⁵. Isso levaria a concluir logicamente que se só a avaliação da conduta do profissional liberal foi exigida, expressamente, configurando-se como uma exceção, portanto, a regra é da responsabilidade objetiva.

Outra justificativa sustentada refere-se à garantia expressa na lei, que o consumidor tenha uma reparação efetiva e integral dos danos que sobrevierem, conforme o inciso IV do art. 6º do Código de Defesa do Consumidor.

Sobretudo, é o risco da atividade⁴⁶⁶ que fundamenta a responsabilidade no Código de Defesa do Consumidor. Esse lastro, porque prescinde da avaliação da culpa, define a responsabilidade como objetiva. Considera-se que a atividade do fornecedor, por sua natureza implica em risco a direito de outrem, tem como consequência lógica o dever de indenizar, caso esse risco determine o dano ao consumidor⁴⁶⁷.

⁴⁶³ NERY JUNIOR, Nelson. A defesa do consumidor no Brasil. *Revista de Direito Privado*, n. 18, p. 262.

⁴⁶⁴ *Idem*; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Leis civis comentadas*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 267, n. 7.

⁴⁶⁵ *Idem*. *Op. cit.*, n. 18, p. 262.

⁴⁶⁶ *Ibidem*, p. 261.

⁴⁶⁷ *Idem*; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 789, n. 29.

Também é resultado da atuação da cláusula geral de boa-fé ínsito aos contratos, O consumidor também deposita confiança no vínculo contratual firmado⁴⁶⁸.

Considerando que o centro da responsabilidade na seara do consumo é centrada no produto, com a atuação da cláusula geral de boa-fé, afirma-se que se engendra um dever anexo também ao produto, um dever de qualidade que o acompanha, percorrendo do fabricante ao último consumidor. Esse raciocínio foi o elaborado para justificar a responsabilidade pela inadequação dos produtos no direito estadunidense perante o consumidor subsequente, isto é, ao consumidor que não retirou primeiramente o produto do mercado, mas tem a sua posse e o utiliza.

Cláudia Lima Marques vai adiante na atuação da cláusula geral de boa-fé, ao se afirmar que se estabelece um dever anexo à atividade de fornecimento, pois confia o consumidor na diligência do fornecedor e no resultado eficiente de sua atividade, uma confiança despertada que exige a proteção das expectativas geradas, que exige, conseqüentemente, a responsabilidade de algum fornecedor quando essas expectativas são frustradas, qualquer um que tenha contribuído de alguma forma com a colocação do produto no mercado⁴⁶⁹.

Por fim, considerando-se que se estabelece um dever de qualidade aos produtos disponibilizados no mercado de consumo, há inequivocamente a imposição de uma obrigação de resultado⁴⁷⁰ e a própria natureza desta obrigação indica ser objetiva a responsabilidade do fornecedor⁴⁷¹.

Esses são os argumentos encontrados na doutrina que justificam a responsabilidade objetiva como o regime preponderante no Código de Defesa do Consumidor.

⁴⁶⁸ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 1202.

⁴⁶⁹ *Ibidem*, pp. 1208, 1209 e 1236; v. tb.

⁴⁷⁰ BESSA, Leonardo Roscoe. In BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos et al. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 140; MARQUES, Cláudia Lima. *Op. cit.*, p. 1236; MACENA LIMA *apud ibidem*, p. 1236.

⁴⁷¹ NERY JUNIOR, Nelson & NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 789, n. 28.

2.4.4.3. *O terceiro vetor para a decisão do responsável pelo vício do produto*

Em raciocínio diferente ao da responsabilidade relativa ao defeito do produto, o raciocínio da imputação de responsabilidade no caso de vício é fixado aos fornecedores em solidariedade, isto é, determina-se a inclusão de todos os sujeitos que participam da cadeia de fornecimento⁴⁷² ou, como prefere Lima Marques⁴⁷³, a responsabilidade é imputada a todos os que contribuem de alguma forma para colocação do produto no mercado. Nesse diapasão, a responsabilidade pelo vício do produto imputa-se ao sujeito que esteja em consonância com ao conceito de fornecedor e de solidariedade.

Para ser possível imputar a responsabilidade a toda a cadeia de fornecimento, sem perquirir sobre a conduta individual dos seus integrantes, somente se firmar o regime de reparação o da responsabilidade objetiva. Se assim não for, tornaria-se impossível exigir integralmente a reparação de apenas um dos responsáveis, pois é mandamental estabelecer a contribuição da culpa de cada um dos integrantes da cadeia de fornecimento, porque a medida da culpa será a medida da responsabilidade individual, conforme o parágrafo único do art. 944⁴⁷⁴.

A responsabilidade pelo vício do produto é uma responsabilidade própria do fabricante, conforme pudemos constatar, acompanhando a perspectiva histórica do pensamento jurídico estadunidense do norte nesse assunto. A garantia de qualidade do produto como uma garantia implícita (*implied warranty*) foi uma das posições alcançadas pelos tribunais no caminho do forje da responsabilidade objetiva do fabricante.

⁴⁷² “os arts. 18 e 19 simplesmente ao fornecedor, sem excluir nenhum sujeito específico, de modo que se estabelece uma responsabilidade igual para todos os participantes do ciclo produtivo-distributivo de produtos e serviços”, cf. PÜSCHEL, Flavia Portella. *A Responsabilidade por Fato do Produto no CDC – Acidentes de Consumo*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 28.

⁴⁷³ MARQUES, Cláudia Lima. *Op. cit.*, p. 1208.

⁴⁷⁴ Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.
Parágrafo único. Se houver a excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

Foi, a garantia implícita, um modelo jurídico essencial a justificar uma obrigação de indenizar frente aos não adquirentes diretos dos produtos, que, até então, eram considerados terceiros da relação. Essa era também a condição do fabricante até a decisão *MacPherson v. Buick Motors*, em que se venceu o paradigma da relatividade dos contratos por meio da fixação de uma *negligence*.

É também a garantia implícita que responsabiliza fabricante e comerciante pelos danos sofridos pelo consumidor, conforme a decisão *Henningsen v. Bloomfield Motors*.

Portanto, a história do *product strict liability* é a do reconhecimento da responsabilidade do fabricante e de toda a cadeia de distribuição em relação aos danos ocorridos em virtude de produtos.

Foi nessa conformação da responsabilidade ianque que se inspirou a comissão que elaborou a Diretiva 85/374 da CEE, porém devido à forte atuação dos empresários renitentes em relação aos efeitos gerados pela doutrina da *strict liability* nos Estados Unidos⁴⁷⁵, ela foi editada com nuances próprias. Dessas destacamos a de não ter adotado a norma europeia a responsabilidade integral da cadeia de fornecimento, optando-se em eleger somente alguns dos possíveis responsáveis, conforme pode se observar na prescrição do seu art. 2º.

É dessa prescrição normativa que nasce toda a problemática da responsabilidade por produtos na questão do vício. O caminho da construção da responsabilidade objetiva em relação aos produtos nos Estados Unidos foi trilhado, primeiro, numa crescente objetividade na imputação e, segundo, numa contínua inclusão de possíveis responsáveis. O resultado desse processo construtivo foi uma justificativa sólida para a imputação de responsabilidade em relação aos produtos disponibilizados no mercado.

Retroagir em relação ao avançado e complexo raciocínio traçado pelos norte americanos, não deveria ter sido uma tarefa simples, de determinação feita pela norma, sem uma justificativa jurídica plausível e coerente com o raciocínio que fora conformado. E daí que surge a problematização da imputação do importador e a exclusão, num primeiro

⁴⁷⁵ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 1218-1219.

momento, do comerciante, algo que não ocorreu no paradigma usado na formulação da Diretiva 85/374.

Ademais, não se revelou na doutrina, ainda, estudo que tenha construído uma busca histórica focada e coerente que indicasse com segurança a fonte primeva da responsabilidade pelo vício do produto. Que há influência das *implied warranties* e do pensamento tópico forjado com base nas insuficiências da aplicação dos vícios redibitórios, não há dúvida, porém o que se questiona é: em que medida?

Conforme apresentado, as ideias foram defendidas por meio das mais variadas teorias jurídicas consolidadas: a responsabilidade subjetiva, a responsabilidade contratual, a atuação da cláusula geral de boa-fé etc.

A insuficiência de um estudo orientado e metodologicamente controlado traz uma confusão enorme na seara do estudo da responsabilidade pelo vício do produto. Se orientarmos pelo raciocínio elaborado para o *strict product liability*, chegaremos à conclusão de que o tratamento jurídico adequado para os produtos inadequados é da responsabilidade independentemente da avaliação da culpa, com a inclusão de todos os integrantes da cadeia de fornecimento, porque há uma garantia legal de qualidade inerente aos produtos fornecidos no mercado de consumo, com todo o estudo jurídico delineado a comprovar inclusive historicamente o que se afirma.

Já uma responsabilidade objetiva pelo risco da atividade, ou pelo risco criado, traz alguns problemas de difícil solução. O primeiro se refere como justificar a responsabilidade objetiva do comerciante frente à inevitabilidade dos problemas de inadequação dos produtos. Como pode-se conferir no presente estudo, há justificativa firmada de que seria incoerente exigir do comerciante um dever de diligência em relação aos produtos porque, primeiro, não tem a possibilidade de inspeção deles, nem, segundo, pode tomar qualquer medida preventiva ou reativa para sanar a continuidade do vício. Então, como atribuir uma responsabilidade a ele?

Recorrendo-se as outras justificativas, como, por exemplo, a da equidade, da facilitação de sua reparação, da distribuição dos prejuízos, a responsabilidade do comerciante torna-se mais plausível. Já o pelo risco da atividade, não.

Essa discussão será de extrema importância para o desfecho deste trabalho. Por isso, por enquanto, guardamo-na para o momento adequado. Por ora, ficaremos com uma análise do conhecimento jurídico elaborado em relação a marca, que será feito a seguir.

3. A MARCA

Nesta parte do trabalho de pesquisa, pretende-se discorrer sobre as potencialidades explicativas existentes na literatura jurídica sobre a marca, para em seguida realizar a sua correlação com as relações jurídicas de consumo.

Exploraremos a abordagem histórica da organização produtiva iniciada com os fundamentos do direito do consumidor a fim demonstrar o destaque e a autonomia da marca na conjuntura socioeconômica e jurídica contemporânea.

Em seguida, se atentara para as potencialidades explicativas que desenvolveu a doutrina sobre a marca no campo de estudo da propriedade intelectual.

E, por fim, se fará uma análise sobre as potencialidades explicativas desenvolvidas pela doutrina consumerista sobre a marca.

Dentro dessa perspectiva, pretende-se, ao final, ter em mãos um arcabouço teórico-jurídico suficiente para o arremate da pesquisa com a análise e conclusões sobre o problema e hipótese científica colocados.

3.1. A importância da marca

3.1.1. O significado histórico da marca

O surgimento do termo marca é resultado da tradução do termo “*brand*”, que, por sua vez, originou-se do arcaico norueguês “*brandr*”, que significava queimar, e era uma alusão a forma como os fazendeiros identificavam os seus animais⁴⁷⁶.

Há séculos o uso das marcas tem sido disseminado com a intenção de diferenciar, e assegurar a identidade de fabricantes, produtos e serviços⁴⁷⁷. Para o direito, a função distintiva é o principal requisito jurídico da marca⁴⁷⁸.

Na literatura é indicado que o uso de marcas já era praticado no antigo Egito, por meio de símbolos ostentados em tijolos com o intuito de identificar o fabricante⁴⁷⁹.

Entretanto, as marcas apenas serviam para a distinção das pessoas e seus bens, e as coisas que produziam⁴⁸⁰. Não tinham as marcas o sentido moderno de proteção do produtor e do consumidor.

As marcas como conhecemos, usadas no tráfego comercial, ou *trademarks*, surgiram na Idade Média com as corporações de ofício que adotaram o seu uso como uma forma de exercer controle sobre a quantidade e qualidade da produção⁴⁸¹, tendo, assim, um caráter nitidamente mercantil⁴⁸². Foi a época das marcas corporativas, pois indicavam a corporação de ofício produtora, isto é, da qual era proveniente o produto⁴⁸³⁻⁴⁸⁴.

⁴⁷⁶ CARRIL, Carmem. *Qual a importância da marca na sociedade contemporânea?*. São Paulo: Paulus, 2007, p.14.

⁴⁷⁷ CARRIL, Carmem. *Op. cit.*, p.14.

⁴⁷⁸ Como veremos adiante, trata-se da função distintiva e identificadora da marca.

⁴⁷⁹ CARRIL, Carmem. *Op. cit.*, p.14

⁴⁸⁰ DOMINGUES, Douglas Gabriel. *Marcas e expressões de propaganda*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p 2.

⁴⁸¹ CARRIL, Carmem. *Op. cit.*, p.14.

⁴⁸² ZEBULUM, José Carlos. Introdução às marcas. *Revista da ABPI - Associação Brasileira da Propriedade Intelectual*. n. 80, p. 57.

⁴⁸³ MORO, Maria Cecília Fabbri. *Direito de Marcas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 25. Apoiar-se a autora em lições de Waldemar Ferreira, *Tratado de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 1962. v. VI, p. 256.

Como curiosidade, no séc. XIV foi adotado, pela firma dos Médicis de Florença, o emblema comercial que consistia em um cacho de três bolas de ouro. Este emblema continua sendo usado no Ocidente até hoje, como insígnia das casas de penhor ou de empréstimos⁴⁸⁵.

Somente a partir do século XVI ,é que começaram a surgir as marcas registradas, isto é, com o registro, as marcas passam a receber proteção jurídica do Estado, desde que feitas em órgãos competentes⁴⁸⁶.

Destilarias de uísque escocês gravavam com fogo na parte superior dos barris de madeira o nome do produtor⁴⁸⁷. Esse procedimento visava à garantia da procedência e qualidade do produto para o consumidor, bem como era uma forma de proteção legal do próprio produtor em relação a problemas com produtos que tivesse fabricado⁴⁸⁸.

No século XVII, temos o relato do uso de símbolos associados a nomes. Nas tabernas e *pubs* ingleses, exploravam-se o uso de símbolos pictóricos (gravuras de objetos, animais ou lugares de origem) para associá-los aos estabelecimentos comerciais. Como exemplo, temos o nome *Three Squirrels* que era reforçada com o desenho dos animais na placa da taberna⁴⁸⁹.

A origem da marca está diretamente ligada a ideia de um nome e uma identidade visual que se vincule à qualidade, à origem ou à procedência de um produto.

⁴⁸⁴ SOARES, José Carlos Tinoco. Panorama da propriedade intelectual: sinais distintivos. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*. São Paulo, n. 20, p. 139. ZEBULUM, José Carlos. Introdução às marcas. *Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual*, n. 80, p. 57.

⁴⁸⁵ SOARES, José Carlos Tinoco. *Op. cit.*, p. 139.

⁴⁸⁶ CARRIL, Carmem. *Qual a importância da marca na sociedade contemporânea?*. São Paulo: Paulus, 2007, p.15.

⁴⁸⁷ *Ibidem*, p.15.

⁴⁸⁸ STRINGUETTI *apud ibidem*, p. 15.

⁴⁸⁹ PINHO, J. B. *O poder das marcas, apud CARRIL, Carmem. Ibidem*, p. 15.

Essa se refere à primeira fase da história das marcas⁴⁹⁰. Com a Revolução Industrial, no séc. XVIII, a estrutura das corporações de ofício começou a ruir. As produções pessoalizadas dos artesões foram substituídas pela produção industrial realizada por meio das suas portentosas e vigorosas máquinas, que realizavam a produção em série e padronizada⁴⁹¹.

Essa forma de produção deu nova dimensão às marcas. De uma função de identificação de origem e procedência, passou a ter a uma função de diferenciação, um recurso adequado a enfrentar a homogeneidade e similitude da fase dos produtos industriais.

No contexto da indústria e da liberdade é que surge a primeira experiência legislativa sobre marcas, na França, que data do início do séc. XIX⁴⁹². Embora tivesse ainda uma estrutura medieval, há elementos modernos que fazem referências às manufaturas e às fábricas, e à proteção legal conferida ao titular da marca, mediante depósito de exemplar no Tribunal de Comércio. Tratou a lei da contrafação de prever aos seus infratores a pena de crime de falsificação de documentos privados⁴⁹³, ressalvado ainda o direito à indenização ao titular da marca por perdas e danos⁴⁹⁴.

Seguiram-se àquela lei outra nova editada em 23 de junho de 1857. Após as leis francesas, vieram a italiana de 30 de agosto de 1868, a primeira lei norte americana de 3 de março de 1881 e as inglesas de 25 de agosto de 1883 e de 23 de agosto de 1887, e, por fim, a alemã de 12 de maio de 1894⁴⁹⁵.

⁴⁹⁰ V. a seguinte afirmação de p. 108 “Conforme podemos observar na história do desenvolvimento da atividade empresária a marca passou de um simples signo de diferenciação de produtos e serviços que por muitas vezes indicava a sua origem ou credibilidade, para se transformar na representação de uma característica destacada para o consumidor”.

⁴⁹¹ DOMINGUES, Douglas Gabriel. *Marcas e expressões de propaganda*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 41; ZEBULUM, José Carlos. Introdução às marcas. *Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual*, n. 80, p. 57.

⁴⁹² Mais precisamente em 12 de abril de 1803.

⁴⁹³ GAMA CERQUEIRA, João da. *Tratado da propriedade industrial*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1946. v. 1, p. 345.

⁴⁹⁴ DOMINGUES, Douglas Gabriel. *Op. cit.*, p. 46; ZEBULUM, José Carlos. *Op. cit.*, p. 58; GAMA CERQUEIRA, João da. *Tratado da propriedade industrial*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1946. v. 1, p. 345.

⁴⁹⁵ DOMINGUES, Douglas Gabriel. *Op. cit.*, p. 46; ZEBULUM, José Carlos. *Op. cit.*, p. 58.

Entretanto, o fato de extrema importância para evolução desse ramo do direito foi a constituição, em 1883, da União de Paris.

A sua criação foi o resultado do Congresso Internacional realizado na capital francesa, por meio de uma convenção, tendo como objetivo a uniformização internacional do direito industrial. Trazia em seu bojo uma declaração de princípios da disciplina da propriedade industrial. Reuniu-se assim, em um mesmo ramo do direito, regras relativas às invenções, aos sinais distintivos de sua atividade e à repressão à concorrência desleal⁴⁹⁶.

Com esse breviário, pode-se perceber que a marca firmou-se como um direito do fabricante de marcar para identificar e diferenciar o seu produto. Entretanto, para continuarmos a busca de uma compreensão do que se propõe nessa pesquisa, é preciso entender que a marca teve a sua função modificada na sociedade contemporânea, pois essa se amplia e começa a ser valorizada como um bem de valor econômico elevado e um ativo importantíssimo para o empresário. Este será o objetivo do próximo tópico do trabalho.

3.1.2. Especialização flexível e a fábrica global

No decorrer da segunda metade da década de 70 do séc. XX, pôde-se presenciar internacionalização definitiva da comercialização, a saturação dos mercados nacionais, a introdução de novas tecnologias, de novas técnicas de gerenciamento das cadeias de produção, a ampliação do mercado consumidor, resumindo, um conjunto de fenômenos que criaram novas necessidades, bem como novas oportunidades, e uma nova estratégia empresarial⁴⁹⁷⁻⁴⁹⁸. Algumas delas merecem destaque.

⁴⁹⁶ COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de Direito comercial – Direito de empresa*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 134; ZEBULUM, José Carlos. Introdução às marcas. *Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual*, n. 80, p. 59.

⁴⁹⁷ MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 103.

⁴⁹⁸ FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2004, p.64.

A elevada afluência de renda e de crédito esgotou rapidamente o sistema produtivo em série planejado sob a lógica dos ganhos de escala. As vendas estabilizam-se, sendo mínima a margem de crescimento econômica da indústria.

Em mesma época, presenciamos uma nova crise econômica mundial, a primeira após a crise de 29, originada dos choques de preço do petróleo de 1973/74 e 1978/79 e da crise do padrão monetário mundial (padrão ouro-dólar do Acordo de Bretton Woods)⁴⁹⁹.

Diante desse quadro a organização produtiva foi pressionada a alterar-se. Assim as estratégias empresariais foram repensadas.

Alterou-se a configuração da produção fazendo com que a organização produtiva fosse pensada em bases mais flexíveis⁵⁰⁰, assim a produção passou a ser realizada em escala menor e orientada para a inovação constante de processos, produtos e serviços. Esse fenômeno foi chamado por alguns de pós-fordista⁵⁰¹ e por outros da fase da “fábrica global”⁵⁰².

As empresas multinacionais tiveram a sua organização baseada em estruturas rigidamente hierarquizadas, com processo de tomadas de decisão verticalizados e divisão do trabalho baseada na lógica weberiana de criação de setores especializados, repleta de normas organizacionais, com a concentração das unidades produtivas em parques industriais situados normalmente nos países de origem das empresas.

Já a companhia global passa a ter uma organização menos hierárquica, em que a divisão de trabalho deixa de se basear nas ideias burocráticas weberianas, em que o poder é

⁴⁹⁹ FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2004, pp.63-64.

⁵⁰⁰ MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, pp. 103-112.

⁵⁰¹ LIPOVESTKY. *Op. cit.*, p. 76; FARIA, José Eduardo. *Op. cit.*, pp. 64-85.

⁵⁰² TRUBECK, David; DEZALAY, Yves. A reestruturação global e o direito – a internacionalização dos campos jurídicos e a criação de espaços transacionais. In FARIA, José Eduardo (Org.). *Direito e globalização econômica – implicações e perspectivas*. São Paulo: Malheiros, 2010, pp. 29-30. Também ver FARIA, José Eduardo. *Op. cit.*, p.70-72.

dividido, criando policentros de decisões, tudo em busca de uma agilidade maior na produção e da constante diminuição de custos.

A companhia global é o resultado da conjunção de alguns fatores. No âmbito da tecnologia da informação e comunicação, temos o desenvolvimento de máquinas cada vez mais potentes com grande capacidade de processamento de informações, bem como a formação de uma rede mundial de comunicação, com um sistema de satélites, de cabeamento interoceânico e o desenvolvimento de uma rede de comunicação entre computadores. No campo dos transportes, havia a oportunidade de exploração dos ganhos em escala que essa atividade econômica poderia gerar, principalmente com a diminuição dos seus custos⁵⁰³. Ademais, a estratégia empresarial é pensada além das fronteiras nacionais, considerando que muitos países poderiam propiciar alguma vantagem competitiva, isto é, oferecer vantagens tributárias e fiscais, apresentar um direito do trabalho incipiente, a ausência de organização sindical, um ordenamento jurídico de baixa complexidade e um Estado pouco atuante⁵⁰⁴.

Assim, os investimentos são voltados para o aperfeiçoamento das técnicas de gerenciamento e organização produtivas a fim de explorar as vantagens e potencialidades comparativas que os países apresentavam.

Um dos resultados dessa nova estratégia empresarial foi que as unidades produtivas passaram a ser alocadas nos mais variados lugares do mundo. Essa situação só foi possível devido ao desenvolvimento da tecnologia de processamento das informações e das comunicações, o que permite o controle seguro e global de toda compartimentada cadeia de produção, à distância e em tempo real.

Entretanto, não foi só a alteração da organização produtiva que se transformou para superar a nova crise do capitalismo. Aos produtos se agregaram serviços, e passou-se a investir consideravelmente em seu desenvolvimento, procurando-se inserir novas funcionalidades, articulando facilidades. E a marca passou a representar esse esforço e a ser

⁵⁰³ *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2004, p.66.

⁵⁰⁴ O detentor do conhecimento e da tecnologia da empresa, enquanto atividade afetada pelo lucro, não quer ficar submetido a ordenamentos jurídicos que ensejam insegurança e incerteza por ter uma racionalidade jurídica desarrazoada ou questionáveis de acordo com o seu entendimento, cf. WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge. Os contratos e a insuficiência das formas societárias de organização da empresa econômica. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, n. 22, p. 271.

um objeto de desejo do consumidor. São estas duas condições contemporâneas que serão analisadas a seguir

3.1.3. A preponderância do marketing

Por outro lado, o esgotamento dos ganhos de escala, faz emergir as promessas do “marketing” e este se tornou uma ciência, apta a trazer novas soluções por meio da pesquisa das regras que ordenam o funcionamento do mercado. O objetivo era compreender e revelar essas regras a fim de tirar algum proveito delas.

Se se viveu uma época do auge dos empreendedores e industriais, essa época deu passagem a da era áurea dos profissionais de marketing. Os 4 p’s regem as conversas nos corredores das empresas: produto, praça, promoção e publicidade⁵⁰⁵.

Nesse estudo focado nas regras do mercado, que é o objeto científico do *marketing*, o conhecimento se torna cada vez mais vertical e especializado. Assim, a estratégia pautada numa publicidade e em práticas comerciais de massa cede às estratégias de segmentação com alto grau de refinamento. Não há mais o mercado, mas mercados específicos, todos com uma enorme potencialidade singular de exploração. É um ciclo intermediário e híbrido entre a lógica de massa e a da particularização, considerados por alguns como a era da moda⁵⁰⁶, e por outros como a do consumo de *status*⁵⁰⁷.

Nessa especialização do conhecimento do mercado, o produto começa a ser pensado como um bem que deveria constantemente se renovar, tendo, assim, uma vida útil

⁵⁰⁵ Essa preocupação com a venda do produto é atribuída a técnica do “marketing”, que, de forma rústica, engloba o estudo dos 4 P’s – Produto, Ponto, Promoção e Preço – que são elementos estratégicos para tornar vendável produtos e serviços, bem como valorizar as marcas ostentadas nos produtos e as empresas. Sobre marcas ver interessante estudo de CARRIL, Carmem. *A Alma da marca Petrobrás: significado e potencial comunicativo*. São Paulo: Anhembi Morumbi, 2004 e interessante monografia *Qual a importância da marca na sociedade contemporânea?* São Paulo: Editora Paulus, 2007.

⁵⁰⁶ LIPOVESTKY, Gilles. *A felicidade paradoxal*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p.34.

⁵⁰⁷ *Ibidem*, p.40.

mais efêmera, como meio de alavancar as vendas. Assim, é nessa fase da organização produtiva que se aprofunda e se fixa essa forma de pensar. Iniciam-se os investimentos constantemente em inovação e desenvolvimento de produtos. Começa-se a se ressaltar a perenidade dos produtos, é como se estabelecesse um “prazo de validade” mercadológico para eles. Essa situação é tão marcante que começa-se a afirmar de que os produtos possuem uma “obsolescência programada”⁵⁰⁸, dirigida⁵⁰⁹ e o aprofundamento da concepção dos “*convenience products*” dos norte americanos⁵¹⁰.

As estratégias de comunicação de marketing visam à valorização da cultura hedonista em que os produtos e serviços são uma forma de expressão de quem sabe “viver a vida”, ser feliz por meio das facilidades proporcionadas pelo o que é produzido pela modernidade que são apresentados como uma forma de melhorar a qualidade de vida, conservar a juventude e a saúde⁵¹¹, individualmente, pelo consumo.

Se intensifica a lógica da mercantilização da vida, e o mercado é colocado como o *locus* em que se pode encontrar produtos e serviços capazes de suprir as mais variadas necessidade, pois estão disponíveis à venda, ou seja, a quem quiser e puder adquiri-los. Esse estilo de vida aprofunda o individualismo, como forma de ver o mundo e se relacionar, sendo qualquer iniciativa de associativismo totalmente prescindível. O sucesso é um caminho traçado e trilhado individualmente, em que o outro é desnecessário, basta que se tenha a possibilidade de comprar e adquirir os produtos e contratar os serviços que auxiliarão no alcance da felicidade.

A sociedade é estimulada ao consumo das mais variadas formas, seja por meio do estímulo ao valor experiencial único de cada produto, seja em relação ao seu valor distrativo em substituição ao valor honorífico⁵¹². É o que Lipovestky denominou de consumo emocional⁵¹³.

⁵⁰⁸ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos *et al.* *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 104.

⁵⁰⁹ LIPOVESTKY, Gilles. *Op. cit.*, p.36.

⁵¹⁰ Termo cunhado nos Estados Unidos do Norte, e revelados por Antoine Pillet. (*apud* DOMINGUES, Douglas Gabriel. *Marcas e expressões de propaganda*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, pp. 74-76)

⁵¹¹ LIPOVESTKY, Gilles. *Op. cit.*, p. 42.

⁵¹² LIPOVESTKY, Gilles. *A felicidade paradoxal*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p.42.

O marketing não se volta mais para o produto e sua funcionalidade, mas para o seu potencial de atratividade, seja a sensível ou a emocional. O produto é carregado de serviços que podem desencadear processos que permitem ao consumidor ser singular, viver experiências afetivas, imaginárias e sensoriais⁵¹⁴. O produto perde a exclusiva atenção, compartilhando o seu espaço com as qualidades que podem ser a ele agregados, que, por muitas vezes, o tornam desvalorizado.

Uma das soluções encontradas para se obter uma vantagem competitiva exclusiva foi a busca constante por diversificação e inovação dos produtos e serviços.

A principal explicação para adoção dessa estratégia foi a comoditização dos produtos e serviços, isto é, estão cada vez mais idênticos, sem diferenciais a serem percebidos. Num mercado competitivo esse fenômeno ameaça as instituições porque resulta no excesso de escolhas⁵¹⁵.

Essa renovação constante do que se produz introduz uma dinâmica em que há uma necessidade contínua de inovação, com redução do tempo para a conclusão desses processos, exigindo que o tempo para a criatividade e a organização da produção sejam cada vez menores.

Aos produtos agregaram-se serviços, e passou-se a investir consideravelmente em seu desenvolvimento, procurando-se inserir novas funcionalidades, articulando facilidades. E marca passou a representar esse esforço e passa a ser um objeto de desejo do consumidor.

Começou-se a conformar uma nova estrutura da organização dos meios de produção que, por sua vez, impactaram no modo de vida das pessoas e na organização da sociedade. Houve uma desmaterialização do valor e uma sobrevalorização do conhecimento em relação aos produtos. A sociedade foi inundada por uma onda de serviços, que atribuem

⁵¹³ *Ibidem*, p. 45.

⁵¹⁴ *Ibidem*.

⁵¹⁵ CARRIL, Carmem. *Op. cit.*, p.10.

valor às coisas e ao trabalho. A atividade intelectual, como processo afim dessa desmaterialização, começou a ser mais valorizada. Tudo isso apoiado na nova forma de organização da produção e da renovação propiciada pelo marketing. Entraremos, então na era do conhecimento e na superação do conceito de marca como foi conhecida desde da revolução industrial. Essa será a análise feita a seguir.

3.1.4. A era do conhecimento e dos bens imateriais – a preponderância da marca

Por outro lado, os investimentos em pesquisa e desenvolvimento de produtos nas empresas cresceram progressiva e vertiginosamente, provocando o fenômeno da comoditização do conhecimento⁵¹⁶.

Um dos planos estratégicos para obter essa vantagem refere-se as estratégias de marketing voltados aos aspectos intangíveis da atividade empresarial.

Diante desse quadro, embora o consumo seja de produtos e serviços⁵¹⁷, este não é mais o centro exclusivo de interesse dos negócios da atividade da empresa, outras atividades integram o fornecimento no mercado de consumo⁵¹⁸, em busca da aproximação com o

⁵¹⁶ FARIA, José Eduardo. *Direito e Conjuntura*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 11. Sobre o fenômeno ver *ibidem*, pp. 12-14 e *idem*, *O direito na economia globalizada*, pp. 75-76, 86.

⁵¹⁷ Objeto da relação de consumo. NERY JUNIOR, Nelson. A defesa do consumidor no Brasil. *Revista de Direito Privado*, n. 18, p. 218-299.

⁵¹⁸ SANTOS, Fernando Gherardini. *Direito do marketing*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, pp.129-130, embora este autor diga que a atividade organizada tem como finalidade a colocação de produtos e serviços no mercado visando o lucro, ousamos discordar porque a empresa não está mais preocupada apenas com a venda de produtos ou a contratação de serviços, mas num relacionamento com o consumidor, na construção de marcas de alto valor, do design de produtos, aplicação de novas tecnologias sempre pensando em um contexto de negócios altamente competitivos e mundiais.

consumidor no intuito de realizar negócios, que jurídica e sociologicamente intensificam o contato social⁵¹⁹ com o consumidor, de forma cada vez mais diversificada e especializada⁵²⁰.

Contemporaneamente, mais do que um signo distintivo, busca-se cunhar na marca a totalidade das percepções, crenças, experiências e sentimentos do consumidor associado ao produto, transmitindo emoções e fixando valores contextualizados, definindo assim os diferenciais das empresas e seus produtos⁵²¹.

Uma das circunstâncias que altera o conceito e a funcionalidade da marca refere-se ao fato de que os produtos são facilmente reproduzidos. Basta verificarmos a avassaladora indústria do oriente, que se iniciou com a japonesa, seguida pela coreana e a agora pela chinesa. Essa competitividade extremada é acompanhada por uma rápida homogeneização dos produtos disponibilizados no mercado. Nesse contexto, os fornecedores procuram modos de diferenciar os seus produtos, bem como a si, de seus concorrentes.

A marca é uma representação percebida pelo consumidor como uma forma de diferenciação dos fornecedores no mercado. O consumidor a valoriza considerando uma forma de identificação do fornecedor⁵²².

Também busca o consumidor personalizar de alguma forma essa relação que é estabelecida⁵²³, pois a organização produtiva, ao contrário do que espera o consumidor, vem se realizando de forma altamente despersonalizada, em estruturas contratuais⁵²⁴, compondo

⁵¹⁹ PASQUALOTO, Adalberto. *Os efeitos obrigacionais da publicidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 55-63. SANSEVERINO, Paulo de Tarso. *Responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor*, 2ª ed. 2007, pp. 205-214.

⁵²⁰ MARQUES, *Vinculação Própria*.

⁵²¹ CARRIL, Carmem. *Op. cit.*, p.5-6.

⁵²² MARQUES, Cláudia Lima. *Op. cit.*, p. 278.

⁵²³ *Ibidem*, p. 406.

⁵²⁴ *Idem*, pp. 406 e 407. WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge. Os contratos e a insuficiência das formas societárias de organização da empresa econômica. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, n. 22, p.262-275. ARAÚJO, Danilo Borges dos Santos Gomes de. Empresa e desenvolvimento impõem as estruturas jurídico-organizativas à disposição dos agentes para o exercício de atividades empresariais. In RODRIGUEZ, José Rodrigo (org.). *Fragments para um dicionário crítico de direito e desenvolvimento*. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 63-65.

uma nova forma de estrutura empresarial. Nessa lógica, a marca exerce uma função de personalização⁵²⁵.

A valorização da marca e seu foco selam o fim da era da indústria e a passagem para uma nova fase: a era do conhecimento⁵²⁶.

Essa fase é caracterizada pela internacionalização dos mercados, sofisticação e aparecimento de novas tecnologias e mídias; pelo esgotamento das potencialidades do marketing de massa, pressão dos acionistas por resultados cada vez mais raros de se obter e, por isso, cada vez mais de possibilidades diminutas, a emancipação comportamental do consumidor no mercado e pela emergência da exigência social do desenvolvimento sustentável⁵²⁷.

Nessa corrida altamente competitiva pelo sucesso, o conhecimento tornou-se a principal matéria prima das empresas, um dos fatores de produção mais relevantes.

Ao mesmo tempo, a marca é o signo que representa a desmaterialização da produção. Nesse contexto, a sua importância eleva-se muito, ao ponto de termos a sua criação e gestão como atividade explorada pela empresa por apresentar relativas vantagens como a necessidade reduzida do uso de ativo fixo (máquinas, plantas fabris etc.), de insumos e de trabalhadores.

Essa reduzida necessidade de recursos promove uma considerável flexibilidade ao exercício da atividade empresarial, pois passa a ser possível remodelar os negócios e as

⁵²⁵ Trata-se do fenômeno da “pós-personalização” descrita por Cláudia Lima Marques. Essa respersonalização surge como uma personalização às avessas, pois na visão da autora o anonimato é uma tônica das relações de consumo pós-modernas e em meio a essa despersonalização o consumidor busca a personalizar as suas relações, revelando um processo aparentemente contraditório, expressando-se como um “double coding”: uma relação intrinsecamente despersonalizada e externamente personalizada. O consumidor reconhece na marca, ou num grupo econômico forte, ou em uma “imagem-qualidade” um elemento suficiente que lhe dê uma garantia de que a sua expectativa seja atendida, por isso fideliza-se a ela. Esse querer estar vinculado do consumidor denominou a autora de “fidelização da clientela”. V. em *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 406.

⁵²⁶ CARRIL, Carmem. *Qual a importância da marca na sociedade contemporânea?* – São Paulo: Paulus, 2007. p.9.

⁵²⁷ *Ibidem*.

estratégias sempre que surgir nova pressão por menores custos e maior rentabilidade. A ausência de uma planta produtiva e de grande número de funcionários, acaba exigindo um esforço menor, facilitando qualquer mudança rápida e repentina que se faça necessária.

Essa situação identifica o capitalismo atual. A atividade empresarial é voltada para a atividade intelectual que guarda relativa preponderância com as de produção, distribuição e comercialização.

A marca, assim, é reconhecida como um bem de valor inestimável para a empresa. É por meio dela que se pode valorar o quanto uma empresa é capaz de atrair e manter certa quantidade de consumidores cativos, fidelizados a sua filosofia, a sua forma de atuação no mercado e aos seus produtos.

Também representa valores intangíveis que revelam a capacidade da empresa em realizar negócios com sucesso em diferentes contextos e mercados.

Considerando esses elementos, também é possível afirmar que a marca é um signo distintivo, reconhecido pelo consumidor como uma forma de diferenciar e promover as suas escolhas num mercado em que os produtos e serviços apresentam-se homogêneos.

É também um recurso de que se utiliza o consumidor para reduzir a complexidade inerente aos novos produtos, serviços e atividades de fornecimento, sendo esta o resultado da aplicação de intenso conhecimento e de constante aperfeiçoamento e o alcance de suas finalidades, exigindo do consumidor uma análise difícil de ser realizada, senão impossível. Assim, reduz as informações essenciais para a decisão do consumidor, sendo a marca uma dessas formas de simplificação das informações às essenciais para a avaliação do consumidor⁵²⁸.

A marca exsurge como um fenômeno jurídico, social e econômico também extremamente complexo, possível de ser analisado sob diversos enfoques no contexto contemporâneo.

⁵²⁸ LORENZETTI, Ricardo Luis. La oferta como apariencia y la aceptación basada en la confianza. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, n. 35, p. 13; LOBO, Thomaz Thedim. *Introdução à nova lei de propriedade industrial: Lei nº 9.279/96*. São Paulo: Atlas, 1997, p. 73.

A criação de uma marca envolve um esforço contínuo e de longo prazo.

Realiza-se um aporte expressivo de investimento com o objetivo de formar uma reputação perante os consumidores potenciais e, assim, possibilitar gradativamente o seu contínuo reconhecimento⁵²⁹.

Por isso, é uma exigência hodierna a proteção contra a imitação, reprodução ou qualquer outra forma de utilização por quem não seja o seu titular.

Conforme podemos observar na história do desenvolvimento da atividade empresária, a marca passou de um simples signo de diferenciação de produtos e serviços que, por muitas vezes, indicava a sua origem ou credibilidade para se transformar na representação de uma característica destacada para o consumidor.

Assim, há um potencial de atração exercida pela marca em relação aos consumidores, essa característica que permite ao fornecedor o crescimento de sua participação no mercado (“*market share*”) por meio da sua capacidade de se expandir⁵³⁰.

Também há a possibilidade de estender a marca a outros produtos e novos negócios⁵³¹. Uma linha de produtos inteira pode ser criada a partir de um único em que a estratégia de construção da marca foi bem sucedida. Os exemplos mais ilustrativos referem-se a marca Dove de produtos de higiene pessoal e a marca Ferrari para os produtos masculinos.

Esse valor intrínseco e intangível da marca é considerado no momento de avaliação financeira de uma empresa. Para ilustrar essa afirmação trazemos à baila os casos da “*Kraft Foods*” e da Kibon.

⁵²⁹ SILVA, Sandra Lungvitz. Critérios para mensuração da indenização causada por violação à marca. *In Direito dos Negócios em debate*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 461.

⁵³⁰ CARRIL, Carmem. *Qual a importância da marca na sociedade contemporânea?* – São Paulo: Paulus, 2007, p. 39. (Questões Fundamentais da Comunicação).

⁵³¹ *Ibidem*.

A *Philip Morris* incorporou a indústria de alimentos *Kraft* pagando o valor de 10 bilhões de dólares. Porém, não foi o valor da operação que chamou a atenção, mas o fato de que patrimônio físico da *Kraft* – ativo – fora contabilizado em 1 bilhão de dólares. Conclui-se que os restantes 9 bilhões se referiam aos bens intangíveis (marca, imagem, posição comercial etc.)⁵³².

O mesmo ocorreu aqui no Brasil com a aquisição da *Kibon* pela *Unilever*. Esta empresa adquiriu aquela por 930 milhões de dólares, embora o patrimônio físico da empresa contabilizado fosse menor do que os 30% do valor que foi negociado⁵³³.

Esses valores ultrapassam a casa dos milhões de reais. Conforme a avaliação realizada por uma consultoria de Londres chamada “*Interbrand*”⁵³⁴, podemos ter uma dimensão desse fenômeno.

Todo ano essa consultoria elabora um *ranking*⁵³⁵ das marcas mais valiosas do mundo e do Brasil. Em 2011, já por anos consecutivos, o topo da classificação é ocupado pela *Coca-Cola*. Em 1990, a marca alcançava a cifra de 39,5 bilhões de dólares. Já em 2011, foi avaliada em valores próximos a 72 bilhões de dólares.

Seguem a marca de refrigerantes, as marcas da *IBM* (70 bilhões), *Microsoft* (59 bilhões), *Google* (55 bilhões) e *General Eletric* (43 bilhões).

No Brasil⁵³⁶, a mesma consultoria elaborou classificação, em que, pela ordem, figuram em primeiro lugar a marca *Itaú* (24 bilhões de reais), seguida pela do *Bradesco* (13,6

⁵³² CARRIL, Carmem. *Qual a importância da marca na sociedade contemporânea?* – São Paulo: Paulus, 2007, p. 41.

⁵³³ *Ibidem*, p. 41.

⁵³⁴ É uma empresa fundada em 1974, uma das principais na consultoria de marcas (*branding*), que tem escritórios em mais de 20 países no mundo (<http://www.interbrand.com>). A metodologia de avaliação consiste na probabilidade de rendimento futuro do ativo marca. V. tb. CARNEIRO, Thiago Jabur. *Licença de marca*. Curitiba: Juruá Editora, 2012, pp. 66-67.

⁵³⁵ Disponível em <<http://www.interbrand.com/EN/best-global-brands/best-global-brands-2008/best-global-brands-2011.aspx>>, acesso realizado em 01 jan. 2012.

⁵³⁶ INTERBRAND – *creating and managing brand value. Marcas Brasileiras mais valiosas*. Disponível em <http://www.interbrand.com/es/knowledge/branding-studies.aspx>, acessado em 01 jan. 2012.

bilhões), Petrobrás (11,6 bilhões), Banco do Brasil (11,3 bilhões), Skol (7,2 bilhões) e Natura (5,6 bilhões).

Outra empresa do ramo de consultoria marcas, a BrandAnalytics⁵³⁷, realiza um estudo sobre as marcas mais valiosas do Brasil para indicar qual o peso do valor da marca no valor total da empresa⁵³⁸. Os números impressionam. Se os bens intangíveis representam mais que a metade do valor dos bens materiais, a marca surpreende ao tangenciar valores que quase alcançam a metade do valor das empresas.

As marcas Skol e Brahma representam 40% do que vale a empresa. Natura, empresa do ramo de cosméticos, tem a sua marca avaliada em valores que representam 39% do total da empresa. As marcas Sadia, Perdigão, Porto Seguro, Antártica e Casas Bahia margeiam os 30% do valor da empresa.

Isso nos proporciona uma perspectiva do valor econômico da marca na sociedade contemporânea e conhecimento crítico para analisar a marca como um instituto jurídico.

3.2. A Marca e o Direito

A marca é hoje um bem considerado juridicamente relevante no contexto do sistema de produção capitalista contemporâneo e na perspectiva da atividade empresarial.

Este signo distintivo está inserido, em conjunto com as patentes, no ramo denominado de direito industrial, ou direito de propriedade industrial. São bens do empresário, ou da sociedade empresária, que são organizados com outros no empreendimento da atividade empresarial, por isso, compõe o estabelecimento comercial⁵³⁹.

⁵³⁷ <http://www.brandanalytics.com.br/indsomos.html>.

⁵³⁸ http://www.portaldebranding.com/v1/wp-content/uploads/2009/09/Ranking_2011.png.

⁵³⁹ NEGRÃO, Ricardo. *Direito empresarial*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 100.

Há autores que preferem tratar a marca como parte integrante do conjunto de sinais distintivos da empresa⁵⁴⁰. Essa classificação refere-se a uma forma de agregar todos os sinais que exercem uma função individualizante, atribuindo uma identidade própria ao que se referem⁵⁴¹.

Incontestemente é que instituiu uma disciplina jurídica para os bens imateriais que compõe a atividade econômica organizada com fulcro no lucro.

No Brasil, a legislação sobre marcas veio a lume em 1875, em resposta à representação apresentada por Ruy Barbosa e comerciantes⁵⁴² à Câmara dos Deputados⁵⁴³. Em seu pleito, esse causídico argumentou sobre a impossibilidade de lograr êxito na defesa do interesse de seu cliente (Meuron & Cia) – titular da marca de rapé Arêa Preta – porque não existia no país uma norma protetora vigente sobre a respectiva propriedade imaterial⁵⁴⁴.

Foi, nesse contexto, que, em 23.10.1875, foi baixado o Decreto n. 2.682, reconhecendo o direito exclusivo do fabricante ou comerciante de marcar os seus produtos com sinais que os tornassem distintos, desde que fossem destinados ao comércio⁵⁴⁵. Sofreu

⁵⁴⁰ Essa forma de tratamento da propriedade intelectual perpassa o conjunto de artigos publicados pela GV Law, sob a coordenação de Manoel J. Pereira dos Santos e Wilson Pinheiro Jabur. Cf. estes, em prefácio, afirmam que os sinais distintivos “compreendem marcas, nomes de empresa, indicações geográficas, expressões e sinais de propaganda e nomes de domínio”. Complementa essa ideia Lélío Denicoli Schmidt “sinal distintivo designa qualquer combinação de palavras ou figuras empregadas para identificar um produto, serviço, empresa ou estabelecimento comercial, de modo a diferenciá-lo dos demais congêneres existentes no mercado” (Princípios aplicáveis aos sinais distintivos. *In Propriedade Intelectual: sinais distintivos e tutela judicial e administrativa*. Wilson Pinheiro Jabur e Manoel J. Pereira dos Santos (coord.). São Paulo: Saraiva, 2007. Série GVLAW, p. 31. V. tb. REALE, Miguel. *Temas de direito positivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 110.

⁵⁴¹ SCHMIDT, Lélío Denicoli. Princípios aplicáveis aos sinais distintivos. *In Propriedade Intelectual: sinais distintivos e tutela judicial e administrativa*. Wilson Pinheiro Jabur e Manoel J. Pereira dos Santos (coord.). São Paulo: Saraiva, 2007. Série GVLAW, p. 31.

⁵⁴² Tratavam-se de comerciantes insatisfeitos e cansados de ser vítimas de emblemas e invólucros falsificados ou contrafeitos. ZEBULUM, José Carlos. Introdução às marcas. *Revista da ABPI - Associação Brasileira da Propriedade Intelectual*, n. 80, p. 58.

⁵⁴³ MORO. Maria Cecília Fabbri. *Direito de Marcas – Abordagem das marcas notórias na Lei 9.279/1996 e nos acordos internacionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 28.

⁵⁴⁴ Embora tenha tido uma decisão em 1º grau de jurisdição favorável, o Tribunal baiano, em acórdão datado de 1874, anulou o processo *ab initio* por não haver previsão legal, nem Código ou lei, do delito de contrafação das marcas de indústria e de comércio, v. MORO. Maria Cecília Fabbri. *Op. cit.*, p. 28; ZEBULUM, José Carlos. Introdução às marcas. *Revista da ABPI - Associação Brasileira da Propriedade Intelectual*, n. 80, p. 58).

⁵⁴⁵ ZEBULUM, José Carlos *Op. cit.*, p. 58. SOARES, José Carlos Tinoco. Panorama da propriedade intelectual: sinais distintivos. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*. São Paulo, n. 20, p. 140.

esta norma alterações em 1882 e 1904⁵⁴⁶⁻⁵⁴⁷, sempre com o cunho de proteger o direito exclusivo do produtor de marcar e diferenciar os seus produtos. Ao ensejo, atente-se que a norma brasileira antecedeu a convenção unionista de Paris, que surgira em 1883, oito anos depois da nossa legislação.

Em 1923, houve a promulgação de uma nova lei sobre o assunto, agora tratando pela primeira vez da matéria de marcas e invenções. Antecedeu a lei, a criação de um órgão administrativo regulador – a Diretoria Geral da Propriedade Intelectual⁵⁴⁸.

A partir da década de 40, no Brasil, a marca e as patentes têm na história das suas normas que a regulam quatro Códigos tratando do direito da propriedade industrial. O Decreto-lei nº 7.903, de 27 de agosto de 1945, que foi o primeiro código, seguido pelos Decreto-lei nº 254, de 28 de fevereiro de 1967, Decreto-lei nº 1.005, de 21 de outubro de 1969, e pela Lei nº 5.772, de 21 de dezembro de 1971, que foi a primeira lei emanada do Poder Legislativo, após os três primeiros diplomas terem se originado do poder normativo do Executivo. Enfim, em 1996, foi promulgada a Lei nº 9.279, de 14 de maio, o atual Código de Propriedade Industrial⁵⁴⁹.

Embora a convenção da União de Paris tenha se utilizado de um conceito largo que abarcasse todos os bens sujeitos da propriedade industrial, inclusive todos os sinais distintivos, a legislação brasileira preferiu tratar em um conjunto de normas as matérias relativas às invenções, aos desenhos industriais, às marcas, às indicações geográficas e à concorrência desleal (Lei n. 9.279/96)⁵⁵⁰, deixando o nome empresarial como um assunto da regulação da lei do registro da empresa (Lei n. 8.934/94)⁵⁵¹.

⁵⁴⁶ *Ibidem*, p. 136.

⁵⁴⁷ SOARES, José Carlos Tinoco. *Lei de patentes, marcas e direitos conexos – Lei 9.279 – 14.05.1996*, p.12.

⁵⁴⁸ COELHO, Fabio Ulhoa. *Op. cit.*, p. 136.

⁵⁴⁹ ZEBULUM, José Carlos. *Op. cit.*, p. 59. BARBOSA, Denis Borges. *Uma introdução a propriedade intelectual*. 2ª ed. *Lumen Juris*: Rio de Janeiro, 2003, p. 15.

⁵⁵⁰ Para saber mais sobre o processo legislativo desta lei, ver SOARES, José Carlos Tinoco. *Lei de patentes, marcas e direitos conexos – Lei 9.279 – 14.05.1996*, p.14-16.

A atual lei, em relação à marca, marcou avanços, considerando as que a antecederam, pois prescreveu de forma bem mais ampla a sua definição, inclusive, ressaltando expressamente as proibições legais⁵⁵².

A lei constituiu a marca como um bem móvel⁵⁵³, colocando-a, assim, próxima às regras dos direitos reais. Entretanto, como se trata de bem imaterial, a sua forma de apropriação jurídica é presumida e se realiza por meio do registro em órgão público competente (em nossa legislação, essa competência é do Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI). Assim, vige em nosso país o registro de caráter atributivo de marca, pois é com este que se constitui a propriedade, reverso do sistema adotado pelos Estados Unidos do Norte, em que a aquisição se dá pelo efetivo uso da marca, atribuindo-se ao registro um caráter meramente declaratório⁵⁵⁴.

Acompanhando as patentes, os modelos de utilidade, os desenhos e modelos industriais, as indicações de proveniência ou as denominações de origem, a marca é considerada elemento integrante do patrimônio imaterial do empresário.

⁵⁵¹ COELHO, Fabio Ulhoa. *Op. cit.*, p. 136. O tratamento apartado do nome empresarial em lei outra que não da propriedade industrial sofreu severas críticas de Rubens Requião. Considera o autor que propriedade industrial é o gênero que comporta todo o empreendimento humano ligado à produção da riqueza. Assim nome empresarial e título de estabelecimento deveriam constituir matéria pertinente a uma pretensa codificação da propriedade industrial. Considera que o Brasil descumpriu as regras unionista e que nenhuma das leis constituiu um Código de Propriedade Industrial, porque estavam incompletos na que toca a regulação da matéria que se atine, não passando então de meras leis especiais sobre determinadas matérias sobre o tema. Inclusive direcionou essas suas observações a Comissão Especial do projeto de lei que culminou na Lei nº 9.279/96, v. tb. REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 30ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1, p. 179-180. Para entender o contexto de elaboração da Lei nº 9.279/96, v. BARBOSA, Denis Borges. *Uma introdução a propriedade intelectual*. 2ª ed. *Lumen Juris*: Rio de Janeiro, 2003, pp. 15-18.

⁵⁵² ZEBULUM, José Carlos. Introdução às marcas. *Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual*, n. 80, p. 59.

⁵⁵³ Art. 5º Consideram-se bens móveis, para os efeitos legais, os direitos de propriedade industrial.

⁵⁵⁴ ZEBULUM, José Carlos *Op. cit.*, p. 136p. 64.

Por definição do art. 122 da Lei de Propriedade Industrial é o “sinal distintivo, suscetível de percepção visual, que identifica, direta ou indiretamente, produtos e serviços”. Portanto, a marca não é produto, mas algo que se acresce a ele⁵⁵⁵.

Vários são os fundamentos a ensejar a proteção da marca. Isso porque são várias as funções a que a ela se destinam: a de concorrência, de identificação, econômica e de garantia de qualidade⁵⁵⁶.

A lei garante ao empresário a utilização econômica da marca com exclusividade. O seu valor hodiernamente é tão relevante que seu titular espera sempre encontrar no direito uma forma de atuação para sua proteção⁵⁵⁷.

A proteção é efetivada por meio da proibição do uso dos sinais distintivos que lhes são próprios, juntamente com a marca do produto, para se fazer promoção ou comercialização de bem ou serviço.

Também na garantia do direito sobre a marca, pode o seu titular requerer o ressarcimento de prejuízo caso alguém se beneficie do uso da marca sem a sua autorização, inclusive possibilitando que requeira uma indenização por dano moral por ofensa à imagem se o uso indevido depreciar a reputação comercial do produto, tanto por meio da sua vulgarização, quanto pela exposição ao consumidor de produto falsificado, bem como atribuindo ao produto um preço menor que o encontrado no mercado⁵⁵⁸. A mera exposição à venda de produtos falsificados é hábil a justificar uma indenização.

⁵⁵⁵ SILVEIRA, Newton. *A propriedade intelectual e as novas leis autorais*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 16.

⁵⁵⁶ Esse assunto será mais desenvolvido em capítulo próprio.

⁵⁵⁷ SILVEIRA, Newton. *Op. cit.*, p.26.

⁵⁵⁸ MAMEDE, Gladston. *Op. cit.*, p. 261-263.

Também pode incorrer em sanção penal porque, conforme os art. 189 a 190 da Lei n. 9.279/96, a conduta pode ser considerada crime contra o registro de marcas⁵⁵⁹.

Assim, temos um panorama amplo da marca como um direito.

Focar-se-á o estudo na análise da função da marca a fim de encontrar alguma pontencialidade explicativa, que sirva de referência a correlação da marca e o direito do consumidor.

Verificou-se que essa possibilidade pode ser encontrada na função da marca, pois é baseada nos seus elementos que a doutrina desenvolve seu conceito e funda as bases para toda a discussão do fenômeno da marca como relevante para o direito.

Assim, passemos à análise das funções da marca.

3.2.1. Funções atribuídas à marca

O conceito jurídico da marca está diretamente vinculado à aceitação pela doutrina do adensamento ou não das várias funções a que ela foram destinados no passar do tempo.

Como pode se verificar, a marca serviu a indicar quem era o dono de determinado bem e representar a capacidade de atratividade de consumidores e da quantidade de vendas em potencial que representa. Esta capacidade é precificada e é conhecido o seu valor, que pode ultrapassar muito o valor dos bens tangíveis referenciados no estabelecimento comercial.

Também, é possível verificar que as funções da marca servem a outros objetivos maiores, uma espécie de política do direito de marcas, em que esse direito torna-se um referencial para a defesa da concorrência, em especial, à proteção dos empresários contra a

⁵⁵⁹ *Idem*, p. 264.

concorrência desleal – e para a proteção dos consumidores, sempre sopesando o exercício do direito de propriedade, isto é, o interesse egoístico do titular do direito da marca.

Assim veremos as funções que foram e são atribuídas às marcas, para, em seguida, tratarmos do seu equívoco conceito e as formas que exterioriza e caracteriza a sua cessão e autorização de uso, isto é, a licença da marca.

Esses conceitos serão essenciais para a análise que se fará ao final, no confronto do conhecimento levantado sobre a marca, o consumidor, o sistema de responsabilidade da lei protetiva e a evolução da doutrina consumerista sobre marca.

3.2.1.1. Função de indicação de origem

Inicialmente, a marca tinha a função de indicar a origem ou a procedência da mercadoria⁵⁶⁰. Antes da Revolução Francesa, porque praticamente inexistia a competição industrial e o mercado era regido por um regime protecionista das corporações de ofício e dos monopólios garantidos pelos decretos reais, a proteção dos sinais distintivos era justificada sob o auspício das criações do espírito, como uma forma de garantir que os produtos provinham de um mesmo local, de assegurar que todos tinham a mesma procedência⁵⁶¹.

Era a indicação de origem uma função por excelência da marca, que tornava possível rastrear a proveniência do produto, indicando a casa comercial que o vendeu, o local em que foi manufaturado ou o artesão que o produziu⁵⁶².

⁵⁶⁰ ASCENSÃO, José de Oliveira. As Funções da Marca e os Descritores (Metatags) na Internet. *Revista da ABPI*, n. 61, p. 45.

⁵⁶¹ SILVEIRA, Newton. *A propriedade intelectual e as novas leis autorais*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 15-16.

⁵⁶² “ as marcas indicavam, pois, a indústria fabril ou manufatureira, produtora do artigo, ou o estabelecimento comercial que vendia, como intermediária entre o produtor e o consumidor, o que constituía a sua função essencial” GAMA CERQUEIRA, João da. *Tratado da propriedade industrial*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1946. v. 1, p. 347. MORO, Maitê Cecília Fabbri. *Direito de Marcas – Abordagem das marcas notórias na Lei 9.279/1996 e nos acordos internacionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 38. Waldemar Ferreira considerava a função de indicação de proveniência a principal: “quer isso dizer que a marca, como para o produtor, para o consumidor reverte em garantida da identidade do produto, certificando-lhe a origem ou

Adaptando o conceito à nossa contemporaneidade⁵⁶³, Newton Silveira⁵⁶⁴ ressalta que essa ainda é a função da marca, porém ressalva que essa ampliou-se para servir não mais ao controle do sistema corporativo medieval, mas ao consumidor, na medida em que identifica o empresário que é responsável pela produção.

Maitê Moro, baseada em observações de Gregorio Robles Morchon, afirma que a atualidade dessa função encontrou funcionalidade nas diretrizes da regulação jurídica da marca na União Europeia⁵⁶⁵.

Embora ganhe destaque, a função de indicação de origem recebeu várias críticas por parte da doutrina, pois alguns autores consideraram essa função ultrapassada⁵⁶⁶, principalmente quando a marca passa a ter a função essencial de identificar o próprio produto para distingui-lo de outros iguais ou similares, e não mais a sua procedência.

Complementando, Douglas Gabriel Domingues⁵⁶⁷ acrescenta um argumento de ordem fática ao considerar que o enfraquecimento dessa função sobreveio porque não é mais possível ao consumidor médio identificar pela marca se um produto foi realmente fabricado no país de sua origem, ou no Brasil, ou, ainda, em outro país, em regime de licenciamento.

procedência (...) predomina, como se vê, na finalidade da marca a de revelar a origem do produto a que se apõe: o lugar em que se fabrica ou em se vende” (*Tratado de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 1962. v. 6, p. 268-269).

⁵⁶³ CARNEIRO, Thiago Jabur. *Licença de marca*. Curitiba: Juruá Editora, 2012, p. 61; MORO, Maria Cecília Fabbri. *Op. cit.*, p. 38.

⁵⁶⁴ SILVEIRA, Newton. *A propriedade intelectual e as novas leis autorais*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, pp. 24-25.

⁵⁶⁵ MORO, Maitê Cecília Fabbri. *Op. cit.*, p. 38.

⁵⁶⁶ “a função primordial da marca de indicar a procedência dos produtos, distinguindo-os, sob este aspecto, de outros similares de procedência diversa, desviou-se no sentido de identificar os próprios produtos e artigos”, a “marca individualiza o produto, identificando-o, distingue-o dos outros similares, não pela sua origem, mas pelo próprio emblema ou pela denominação que a constitui” GAMA CERQUEIRA, João da. *Op. cit.*, p. 347 e 348. respectivamente; MORO, Maria Cecília Fabbri. *Op. cit.*, p. 38; OTAMENDI, Jorge. *Derecho de Marcas*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2003, p. 11.

⁵⁶⁷ DOMINGUES, Douglas Gabriel. *Marcas e expressões de propaganda*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 88. Acompanha-o Maria Cecília Fabbri Moro, in *Direito de Marcas – Abordagem das marcas notórias na Lei 9.279/1996 e nos acordos internacionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 40.

Também intensifica o enfraquecimento dessa função marcária, a possibilidade jurídica do uso da marca fora dos limites territoriais de onde o registro originário foi realizado.

No mesmo sentido encontramos a crítica de José Oliveira Ascensão⁵⁶⁸. Este autor considera que com a permissão normativa da cessão da marca independentemente do estabelecimento comercial e a concessão de licenciamento do uso da marca, esta deixou há muito de garantir a origem do produto, principalmente porque como outro arranjo produtivo pode-se realizar a fabricação apondo ao produto a marca alienada e, ainda, ter o produto mais de uma origem, podendo ser produzido sob as mais diversas condições, seja climática, cultural, de matéria prima, bem como toda e qualquer outra que influa sobremaneira no resultado final da produção. Nessas condições, então, a marca pode ser aposta em produtos da mais variada qualidade.

Otomendi⁵⁶⁹ acompanha a posição defendida por Ascensão:

“Obsérvese que es muy común que sean varios y diferentes los fabricantes de productos y prestatarios de servicios que los distinguan con las mismas marcas. Esto es posible a través de la concesión de licencias y de franquicias. En estos supuestos los "órigenes" pueden ser muchos y la marca una sola”

Ademais, o autor argentino adensa a discussão apontando que, no caso do consumidor querer saber a origem do produto, pode identificá-lo consultando o rótulo ou o próprio comerciante que expôs o produto à venda. Relega-a a segundo plano, quando reforça a afirmação de que a função da marca é trazer a informação de origem ao consumidor⁵⁷⁰.

Embora sejam opostas críticas a essa função, não se pode negar o valor que essa função teve no passado, pois distinguia indiscutivelmente os produtos por meio da sua origem e dos seus fabricantes⁵⁷¹ e, nessa linha, e em certo nível protegia o consumidor do engano e o os competidores da concorrência desleal. Entretanto, foi transformação avassaladora do

⁵⁶⁸ ASCENSÃO, José de Oliveira. As Funções da Marca e os Descritores (Metatags) na Internet. *Revista da ABPI*, n. 61, p. 45.

⁵⁶⁹ OTAMENDI, Jorge. *Derecho de Marcas*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2003, p. 11.

⁵⁷⁰ *Ibidem*, p. 12.

⁵⁷¹ FERREIRA, Waldemar. *Tratado de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 1962. v. 6, p. 268-269.

capitalismo que alterou a estrutura do mercado, pois começam a surgir empresas, providas de maquinário, que passaram a produzir produtos iguais ou similares em grande quantidade, apresentando, por conseguinte, um cenário de concorrência entre as empresas, situação essa que alcançou a marca, passando esta a desempenhar função de identificar o produto por si só⁵⁷², de forma a distingui-lo em relação aos dos concorrentes, conforme veremos a seguir, na definição da função distintiva da marca.

3.2.1.2. *Função distintiva da marca e a concorrência*

Como se expôs, a marca inicialmente tinha a função de indicar a origem ou a procedência da mercadoria como forma de diferenciar o produto por meio dos seus produtores. Conforme Gama Cerqueira⁵⁷³, essa função ficou ultrapassada para dar o seu lugar à função identificadora do produto. Considera que assim se realiza, porque é o quê o seu titular quer no contexto de concorrência, isto é, quer o seu fabricante que o seu produto tenha uma singularidade frente a grande quantidade de outros iguais ou similares.

Embora tenha esse autor se destacado ao ressaltar uma função identificadora da marca, é na sua possibilidade de distinguir que a função da marca demonstra mais próxima da realidade vivida, e é a que mais se ressalta hodiernamente, tanto na doutrina⁵⁷⁴, quanto na lei⁵⁷⁵. Considerando isso, Maitê Moro denomina-a como a função de essência da marca, classificando qualquer outra como secundária⁵⁷⁶. Assim também considera Douglas Gabriel

⁵⁷² OTAMENDI, Jorge. *Derecho de Marcas*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2003, p. 11.

⁵⁷³ GAMA CERQUEIRA, João da. *Tratado da propriedade industrial*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1946. v. 1, pp. 345-349, 365-366. Acompanho-o MORO, Maria Cecília Fabbri. *Direito de Marcas – Abordagem das marcas notórias na Lei 9.279/1996 e nos acordos internacionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, pp. 30 e 36.

⁵⁷⁴ MORO, Maria Cecília Fabbri. *Op. cit.*, p. 36.

⁵⁷⁵ CARNEIRO, Thiago Jabur. *Licença de marca*. Curitiba: Juruá Editora, 2012, p. 61

⁵⁷⁶ MORO, Maria Cecília Fabbri. *Direito de Marcas – Abordagem das marcas notórias na Lei 9.279/1996 e nos acordos internacionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 35.

Domingues realizando o mesmo estudo⁵⁷⁷. Para exemplificar, citaremos alguns dispositivos normativos.

Na Convenção de Paris, após a revisão de Estocolmo de 1967, o art. 6 *quinquies*, B, prescreve:

Só poderá ser recusado ou invalidado o registro das marcas de fábrica ou de comércio mencionadas no presente artigo, nos seguintes casos: (...) 2. Quando forem desprovidas de qualquer caráter distintivo (...)

O art. 15.1 do Acordo de TRIPS tem a seguinte prescrição:

Qualquer sinal, ou combinação de sinais, capaz de distinguir bens e serviços de um empreendimento daqueles de outro, poderá constituir uma marca (...)

O art. 122 da Lei nº 9.279/96 impõe que “são suscetíveis de registro como marca os sinais distintivos visualmente perceptíveis”.

A adequação desta função à realidade coloca-a como um requisito que deverá atender, quem faz uso da marca, para que seja protegida juridicamente⁵⁷⁸.

Anote-se que essa distintividade pode ser intrínseca ao signo, isto é, auferida pelo seu titular na perenidade da atividade no tempo, ou ainda, forçada, construída deliberadamente por ele⁵⁷⁹.

É com base na função distintiva que se elabora o regramento do direito marcário. Quase não se exige de quem se utiliza da marca qualquer dever ou obrigação. Se a marca serve apenas para diferenciar, o registro exige isso, sem mencionar qualquer outra função.

Assim, a marca se vincula ao produto para torná-lo distinto, por isso também a lei estabelece que o direito exclusivo de seu titular está adstrito ao seu ramo de atividade comercial, como regra. Nessa forma de pensar, a marca tem um valor acessório, pois a sua existência depende do produto, serviço ou atividade de que se quer utilizar com exclusividade.

⁵⁷⁷ *In Marcas e expressões de propaganda*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 88.

⁵⁷⁸ OTAMENDI, Jorge. *Derecho de Marcas*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2003, p. 12.

⁵⁷⁹ MORO, Maria Cecília Fabbri. *Op. cit.*, p. 36.

Como pudemos observar, na história da evolução da organização dos meios de produção, o empresário busca realizar a sua atividade valendo-se da propriedade imaterial, no uso da marca, na sua consolidação no mercado, no desenvolvimento e aperfeiçoamento de produtos e serviços, na publicidade, isto é, trabalha com bens intangíveis.

Isso faz com que a marca se destaque do produto e ganhe autonomia. É inteligível que essa autonomia é fruto de uma legislação que trata a marca referenciada em si, isto é, o direito marcário é um direito próprio, que é tratado pela doutrina como um ramo autocentrado, que, também, pouco se comunica com os demais ramos do direito. Basta verificarmos que o direito do consumidor tem como seu fundamento a exigência de um nível de qualidade dos produtos, de que estes não podem ocasionar danos ao consumidor, isto é, a propriedade, os produtos e própria atividade necessitam cumprir uma função social, que é um mandamento das constituições *welfaristas*, que não admite mais uma ausência de conduta, uma inércia, mas uma ação voltada para objetivos mais elevados, como por exemplo, a dignidade, a solidariedade e o bem estar das pessoas.

Embora a distintividade ainda seja a função de excelência da marca, esta deve ser colocada diante da complexa trama de direitos e deveres constituídos, por vezes em microssistemas, que influenciam reciprocamente as normas jurídicas dos mais variados setores do direito, exigindo condutas nas direções mais variadas, redesenhando os modelos para que se acomodem, considerando as forças existentes em todo o sistema jurídico.

Por isso, relevante é estudar as demais funções e, a partir dessa massa crítica, enquadrar juridicamente a marca e quem a utiliza.

3.2.1.3. Função econômica – a valorização do goodwill da empresa

Entre nós, Carvalho de Mendonça é o único que demonstra alguma irresignação frente à valoração exclusiva da função distintiva da marca, quando ressalta a sua função

econômica, ao defender que a ela atesta o trabalho e o esforço humano e determina o êxito e a segurança que se procura nas transações comerciais⁵⁸⁰.

Para Moro⁵⁸¹ essa função estaria relacionada às marcas que tenham alcançado um alto grau de reconhecimento, como as marcas de alto renome e as notoriamente conhecidas. Esse reconhecimento seria uma justificativa a maior proteção desses signos distintivos pelo direito.

Não se pode deixar de afirmar que o valor econômico da marca é um objetivo do empresário que inclusive espera encontrar no direito meios de se defender de qualquer conduta que atente contra esse valor. Busca o empresário que ostenta a marca em seus produtos, quando verifica a exposição de outros à venda que não seja o seu, porém recebe a sua marca, imediatamente que se cesse a distribuição e requerer que seja indenizado pela ocorrência de um dano moral, se considerar que houve ofensa a imagem que construiu e que o seu uso indevido depreciou a reputação comercial da marca e do produto, tanto por meio da sua vulgarização, quanto pela exposição ao consumidor de produto falsificado, bem como atribuindo ao produto de determinada marca um preço menor que o encontrado no mercado⁵⁸².

Para a doutrina estadunidense, o reconhecimento desse esforço do empresário é denominado de *goodwill*⁵⁸³, uma das espécies do aviamento, um direito da clientela, conforme Denis Borges Barbosa⁵⁸⁴, apoiado nas lições de Paul Roubier⁵⁸⁵.

⁵⁸⁰ MENDONÇA, Jose Xavier Carvalho de. Tratado de direito commercial brasileiro. Rio de Janeiro: Jornal do Commercio, 1919. v. 5, p. 237-239; MORO, Maria Cecília Fabbri. *Direito de Marcas – Abordagem das marcas notórias na Lei 9.279/1996 e nos acordos internacionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 43.

⁵⁸¹ *Ibidem*, p. 43.

⁵⁸² MAMEDE, Gladston. *Op. cit.*, p. 261-263. FERNANDEZ-NOVOA, Carlos. Fundamentos de derecho de marcas. Madrid: Montecorvo, 1984, p. 60, “*la finalidad del registro de marca no es sólo evitar el error de los consumidores, sino también evitar que se beneficien las marcas del prestigio adquirido por otras*”.

⁵⁸³ ROGERS, Edward S. The Lanham Act and the Social Function of Trade-Marks. *Law and Contemporary Problems*, v. 14, n. 2, pp. 176-177; FERNANDEZ-NOVOA, Carlos. Fundamentos de derecho de marcas. Madrid: Montecorvo, 1984, p. 60.

⁵⁸⁴ BARBOSA, Denis Borges. *Sobre a noção jurídica e econômica de marca*. Disponível em <<http://www.denisbarbosa.addr.com/notamarca1.pdf>>. Acesso em 22 jul. 2011, pp. 2-3, ou ainda do mesmo autor *Uma introdução à propriedade intelectual*. 2ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, pp. 695-696. Seria uma posição jurídica justificável em relação a clientela, e que clama a proteção pelo direito do seu titular,

O empresário precisa produzir coisas capazes de satisfazer as necessidades das pessoas, ou, pelo menos, necessita que estas identifiquem que o produzido tem qualquer qualidade útil⁵⁸⁶. Acreditando nisso, cria-se um potencial de venda para o empresário, surgindo uma qualidade própria, que identifica a boa fama da empresa⁵⁸⁷. Por isso, é plausível o pedido indenitário de ofensa à reputação.

O *goodwill* é forjado sobre três fatores⁵⁸⁸: a boa qualidade dos produtos, a publicidade realizada e o potencial de venda gerado. Por isso, é adequada a colocação de Denis Barbosa ao afirmar que o direito sobre a marca é um direito de clientela.

Ademais considerando a primeira parte do estudo deste tema, verificamos que as marcas compõem em média 40% do valor total do estabelecimento comercial e seu valor, para as marcas com grande reconhecimento, alcançam a cifra de bilhões ou centenas de milhares de dólares norte americanos.

Ressalta-se que com a função econômica é que a função de qualidade e a função publicitária ganham bastante sentido. Serão estas o foco a seguir.

3.2.1.4. Função de indicação de qualidade

Há uma corrente doutrinária que propugna que as marcas indicam a qualidade dos produtos. Trata-se de uma definição controvertida, conforme nos alerta Thiago Carneiro⁵⁸⁹.

considerando a sua universalidade, denominada entre nós de estabelecimento comercial e na doutrina francesa *fonds de commerce*.

⁵⁸⁵ ROUBIER, Paul. *Le droit de la propriété industrielle*. Paris, Recueil Sirey, 1952.

⁵⁸⁶ BARBOSA, Denis Borges. *Uma introdução à propriedade intelectual*. 2ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 696.

⁵⁸⁷ Cf. FERNANDEZ-NOVOA, Carlos. *Op. cit.*, p. 58.

⁵⁸⁸ *Ibidem*

⁵⁸⁹ CARNEIRO, Thiago Jabur. *Licença de marca*. Curitiba: Juruá Editora, 2012, p. 63.

Com o objetivo de provar a assertiva, este autor traz duas posições, uma favorável e outra criticando essa consideração.

Na posição a favor, cita as lições de Gutierrez Carrau, que ensina estar a marca ligada intrinsecamente à qualidade do produto e apresenta o exemplo de um sujeito que frequenta o “*McDonalds*” fora dos Estados Unidos do Norte, pois externa uma consciência de crédito a qualidade do produto e a seriedade, respaldo e confiança que lhe confere o fabricante ou a empresa a que tenha sido licenciada ou franqueada⁵⁹⁰. A marca é um indicador de qualidade do produto⁵⁹¹.

Essa é a posição adotada na doutrina estadunidense⁵⁹². Conforme explicita Fernandez-Novoa⁵⁹³, no final e início da década de 30, do séc. XX, começa-se a advogar pela existência de uma função de indicação de qualidade, amparada pelos estudos de Schechter⁵⁹⁴. Este autor identificou a marca com a satisfação do consumidor, um signo que identifica a constante e uniforme satisfação. Posteriormente, estendeu-se o entendimento de que a marca aposta definiria a qualidade de qualquer produto, considerando a satisfação já experimentada.

Mais contemporaneamente o conceito foi adotado pela doutrina da análise econômica do direito⁵⁹⁵, colocando o direito de marca com duas finalidades econômicas⁵⁹⁶: diminuir os custos econômicos de transação⁵⁹⁷ do consumidor e incentivar o empresário a

⁵⁹⁰ Apud MORO, Maria Cecília Fabbri. *Direito de Marcas – Abordagem das marcas notórias na Lei 9.279/1996 e nos acordos internacionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 41.d

⁵⁹¹ CARNEIRO, Thiago Jabur. *Op. cit.*, p. 63.

⁵⁹² FERNANDEZ-NOVOA, Carlos. *Fundamentos de derecho de marcas*. Madrid: Montecorvo, 1984, p. 51.

⁵⁹³ *Ibidem*.

⁵⁹⁴ SCHECHTER, Frank I. Fog and Fiction in Trade-Mark Protection. Part I. *Columbia Law Review*. v. 36, n. 1. jan. 1936. p. 60-87.

⁵⁹⁵ Por meio do seu expoente, Richard Posner, em obra conjunta com William Landes. Landes, William M., Posner, Richard A.. *The economic structure of intellectual property law*. Cambridge, Mass., Harvard University Press, 2003.

⁵⁹⁶ BARBOSA, Denis Borges. *A função econômica da marca*. Disponível em <<http://denisbarbosa.addr.com/econmar.pdf>>. Acesso em 22 jul. 2011, p. 3.

⁵⁹⁷ Todo e qualquer fator que se coloca diante dos agentes econômicos e que diminuam a eficiência econômica natural das transações ocorridas no mercado. Denis Borges Barbosa traduz como “diminuição de esforço de busca do consumidor”, Flávia Puschel “custos da negociação”, Ricardo Lorenzetti “custos sociais”. V.

instituir e manter a qualidade do produto. Então a marca seria uma forma do consumidor reconhecer a qualidade e o conjunto de características que demanda, sem ter que testar, inspecionar ou avaliar os produtos, ou ainda se arriscar, pois confia na representação de qualidade que lhe proporciona, de acordo com a reputação do empresário e da reiterada satisfação com a experiência anterior do produto⁵⁹⁸.

Acompanha esse raciocínio Thomaz Thedim Lobo⁵⁹⁹, quando afirma que a marca permite ao consumidor escolher um produto ou serviço tendo em vista a sua experiência anterior⁶⁰⁰.

Ideia diversa é defendida por Newton Silveira⁶⁰¹. Reforça este autor o caráter de distintividade da marca e sua correlação com a identificação do responsável pela produção.

Considera que num mercado de plena concorrência, em que há oferta de produtos idênticos ou similares, a marca acaba sendo um recurso utilizado pelo empresário para auxiliar o consumidor na identificação da proveniência do produto, isto é, quem é o responsável pelo fabrico, ou quem age como se o tivesse fabricado. A marca, sob esta ótica, não é um sinal indicativo de qualidade, sendo a garantia desta é dada pela decisão do empresário. Porém, não nega o autor que o nível de qualidade influenciou positiva ou negativamente sobre o aviamento do estabelecimento. Essa forma de pensamento defende que a correlação da qualidade com a marca é algo de interesse exclusivo do seu titular, não tendo

BARBOSA, Denis Borges. *Op. cit.*, p. 3; PÜSCHEL, Flavia Portella. Responsabilidade Civil Objetiva: Correção de Trocas Ineficientes ou Repressão ao Ilícito?. In: Maria Lúcia L. M. Pádua Lima. (Org.). *Agenda Contemporânea: Direito e Economia 30 anos de Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1, p. 299. LORENZETTI, Ricardo Luis. La oferta como apariencia y la aceptación basada en la confianza. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, ano --, n. 35. p. 9-38, jul./set. de 2000, p. 12.

⁵⁹⁸ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Op. cit.*

⁵⁹⁹ LOBO, Thomaz Thedim. *Introdução à nova lei de propriedade industrial: Lei nº 9.279/96*. São Paulo: Atlas, 1997, p. 73.

⁶⁰⁰ Também assim nos ensina Ricardo Lorenzetti, quando afirma que os contratos contemporâneos são negócios complexos que exigem uma aceitação baseada na confiança da aparência da oferta, sendo a aparência neste caso a experiência anterior vivenciada pelo consumidor que representa a credibilidade da empresa, sua reputação, a qualidade de seus produtos. V. LORENZETTI, Ricardo Luis. *Op. cit.*, p. 13.

⁶⁰¹ SILVEIRA, Newton. *A propriedade intelectual e a nova lei de propriedade industrial: Lei 9279 de 14.5.1996*. São Paulo: Saraiva, 1996, pp. 24-25. *Idem*. *Licença de uso de marca e outros sinais distintivos*. São Paulo: Saraiva, 1984, pp. 16-17. Compartilham dessa posição MORO, Maria Cecília Fabbri. *Direito de Marcas – Abordagem das marcas notórias na Lei 9.279/1996 e nos acordos internacionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 41; e CARNEIRO, Thiago Jabur. *Licença de marca*. Curitiba: Juruá Editora, 2012, p. 63.

o consumidor qualquer garantia da lei de propriedade industrial que vincule o nível de qualidade dos produtos e o titular da marca.

Embora não seja a regra, essa função é de relevância ao se tratar da marca de certificação, pois esta tem em sua essência a garantia da qualidade do produto⁶⁰².

Não há como negar que, geralmente, o consumidor acredita que todos os produtos ou serviços com a mesma marca aposta asseguram a mesma qualidade, seja alta ou baixa⁶⁰³.

3.2.1.5. Função publicitária

Esta função ressalta a relação entre a marca e a publicidade, pois, com o advento da publicidade, uma imperativa transformação ocorreu no direito de marcas⁶⁰⁴.

Com publicidade a marca passou a ser um instrumento que carrega um conjunto de significados que, por sua vez, são utilizados para incitar o consumo e valorizar a atividade empresarial do seu titular. A marca é uma forma de veículo de comunicação⁶⁰⁵.

Se a publicidade busca divulgar, promover ou difundir um produto ou serviço, a marca é o meio para se alcançar essa finalidade⁶⁰⁶. Douglas Gabriel Domingues cita como exemplo da sintonia entre marca e publicidade o caso do *Mr. Lever* que aplicou esforços na veiculação da sua marca *Sunlight* por todo o território inglês e auferiu como resultado, após

⁶⁰² MORO, Maria Cecília Fabbri. *Direito de Marcas – Abordagem das marcas notórias na Lei 9.279/1996 e nos acordos internacionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 42.

⁶⁰³ FERNANDEZ-NOVOA, Carlos. *Fundamentos de derecho de marcas*. Madrid: Montecorvo, 1984, p. 50.

⁶⁰⁴ MORO, Maria Cecília Fabbri. *Op. cit.*, p. 45; BARBOSA, Denis Borges. *Uma introdução a propriedade intelectual*. 2ª ed. *Lumen Juris*: Rio de Janeiro, 2003, p. 211.

⁶⁰⁵ ASCENSÃO, José de Oliveira. As Funções da Marca e os Descritores (Metatags) na Internet. *Revista da ABPI*, n. 61, p. 46.

⁶⁰⁶ MORO, Maria Cecília Fabbri. *Direito de Marcas – Abordagem das marcas notórias na Lei 9.279/1996 e nos acordos internacionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 43. Cita esta autora LULAI, Esther. A publicidade e a propriedade industrial no Brasil. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo. n. 76, p.75-80. out.-dez. / 1989.

24 anos, o aumento em 2.000% em suas vendas, bem como 60% do mercado britânico do seu produto⁶⁰⁷.

Moro⁶⁰⁸ reforça a finalidade atual da publicidade, qual seja, a de persuadir o público a comprar os produtos anunciados, vinculando uma imagem à marca e aos produtos que ela identificam, deixando, assim, a publicidade de ser um simples instrumento de informação ao público sobre um produto novo e uma forma de relembrar a existência de uma marca. Newton Silveira aventa ser uma força de atração e sugestão exercida pela marca, criando um elo entre o produto e o consumidor⁶⁰⁹.

Ademais, o uso da marca na publicidade cativa o consumidor e lhe propicia uma sensação de proximidade com o fornecedor do produto, passando a identificar este por meio da marca. A marca seria um recurso facilitador à escolha do consumidor quando este se depara com uma grande quantidade de produtos similares no mercado⁶¹⁰.

Essa simbiose também reforça a sobrevivência das marcas, pois o que se pode observar é que a publicidade é um esforço direcionado para a manutenção e acréscimo de clientela, que indiretamente contribui para o desenvolvimento e prolongamento da vida das marcas. A marca se desenvolve pela publicidade, e, esta necessita daquela para cumprir a sua finalidade⁶¹¹.

⁶⁰⁷ DOMINGUES, Douglas Gabriel. *Marcas e expressões de propaganda*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 67. Lever é um dos fundadores da atual Unilever, cf. <http://www.unilever.com.br/aboutus/aboutunilever/> acessado em 22 de novembro de 2011.

⁶⁰⁸ MORO, Maria Cecília Fabbri. *Op. cit.*, pp. 43-45.

⁶⁰⁹ A marca “Stolichnaya”. In SILVEIRA, Newton; SILVEIRA, Wilson (org.). *Estudos e pareceres de propriedade intelectual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 174.

⁶¹⁰ MORO, Maria Cecília Fabbri. *Op. cit.*, p. 44.

⁶¹¹ MORO, Maria Cecília Fabbri. *Direito de Marcas – Abordagem das marcas notórias na Lei 9.279/1996 e nos acordos internacionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 45. LULAI, Esther. A publicidade e a propriedade industrial no Brasil. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n. 76, p. 75-76.

Uma das principais críticas elaboradas é de Jorge Otamendi⁶¹². Este autor rebaixa a função publicitária a uma posição secundária, pois considera como primordial o seu caráter distintivo, mesmo que não tenha um apelo publicitário.

Otamendi resume o atual estágio do conceito de marca na maioria dos países ocidentais. É tão contundente a sua função distintiva da marca que é um dos requisitos exigidos para o seu registro em órgão competente. Também, há que se considerar que se fosse diferente praticamente não se poderia adquirir a propriedade de marcas caso fosse exigido que tivesse a marca uma função publicitário ou de qualidade, exceção que deve ser feita, necessariamente em relação as marcas que gozam de alto grau de reconhecimento do público consumidor, pois é de sua natureza a condição de exploração da relação entre marca e publicidade.

Resumindo a posição contrária, cita-se José Oliveira Ascensão⁶¹³, “se desempenha ou não [essa função] é uma circunstância de facto que nada repercute no domínio jurídico”.

3.2.2. Classificação jurídica das marcas

As marcas podem ser classificadas em relação a sua aplicação, finalidade e forma, e são colocadas em uma categoria especial quando são de conhecimento comum e relevante⁶¹⁴.

⁶¹² “Pero, aun así, será una función secundaria porque bien puede tratarse de un signo negativo desde el punto de vista publicitario y aun así ser distintivo” OTAMENDI, Jorge. *Derecho de Marcas*. Buenos Aires:Lexis Nexis, 2003, p. 11.

⁶¹³ ASCENSÃO, José de Oliveira. As Funções da Marca e os Descritores (Metatags) na Internet. *Revista da ABPI*, n. 61, p. 46.

⁶¹⁴ NEGRÃO, Ricardo. *Direito empresarial*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 114.

Quanto a sua aplicação, podem ser marcas (1) de produto ou serviço, (2) marca de certificação, (3) marca coletiva.

As marcas de produtos e serviços, foco desta pesquisa, são utilizadas para distinguir de outros idênticos, semelhantes ou afins, de origem diversa⁶¹⁵.

A marca de certificação atesta a conformidade de um produto ou serviço com determinadas normas ou especificações técnicas de qualidade, natureza, material utilizado ou metodologia empregada⁶¹⁶⁻⁶¹⁷. Este tipo não tinha sido recebido proteção em nosso país nas leis anteriores, sendo uma inovação da lei vigente⁶¹⁸. O pedido deverá conter regulamento sobre a utilização da marca, dispondo sobre condições e proibições, e deve vir acompanhado, também, das características do objeto da certificação e das medidas de controle que possam ser adotadas pelo titular. O uso deste tipo de marca dispensa a licença, sendo suficiente a sua autorização no regulamento de utilização⁶¹⁹.

A marca coletiva identifica produtos ou serviços providos de membros de determinada entidade⁶²⁰. Essa identificação de um grupo ou comunidade transmite a ideia de que há um determinado nível de qualidade ou origem de uma cidade, região ou país⁶²¹. Há um

⁶¹⁵ NEGRÃO, Ricardo. *Op. cit.*, p. 114. VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Curso de direito comercial*. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008. v. 1, p. 358.

⁶¹⁶ LOBO, Thomaz Thedim. *Introdução à nova lei de propriedade industrial: Lei nº 9.279/96*. São Paulo: Atlas, 1997, p. 75. VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Op. cit.*, p. 358.

⁶¹⁷ SOARES, José Carlos Tinoco. *Comentários à lei de patentes, marcas e direitos conexos: Lei nº 9.279 – 14.05.1996*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. Do mesmo autor SOARES, Jose Carlos Tinoco. Estudo e regime das marcas coletivas e de certificação e denominações de origem. Conveniencia de sua adoção. *Revista dos Tribunais*. São Paulo. n. 562, p.09-27. ago./1982.

⁶¹⁸ Segundo Tinoco Soares foi uma das conquista da lei. SOARES, José Carlos Tinoco. *Comentários à lei de patentes, marcas e direitos conexos: Lei nº 9.279 – 14.05.1996*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 181.

⁶¹⁹ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Op. cit.*, p. 358.

⁶²⁰ NEGRÃO, Ricardo. *Direito empresarial*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 114. VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Curso de direito comercial*. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008. vol. 1, p. 358. LOBO, Thomaz Thedim. *Introdução à nova lei de propriedade industrial: Lei nº 9.279/96*. São Paulo: Atlas, 1997, p. 75.

⁶²¹ LOBO, Thomaz Thedim. *Op. cit.*, p. 73. SOARES, José Carlos Tinoco. *Comentários à lei de patentes, marcas e direitos conexos: Lei nº 9.279 – 14.05.1996*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 182.

interesse do grupo de produtores na chancela da genuinidade do produto⁶²². A entidade tem o controle da qualidade, bem como a representatividade da defesa contra possíveis infratores⁶²³.

Quanto à finalidade poder ser específica ou singular – se destinadas a assinalar um só objeto – ou genérica – se identifica a origem de uma série de produtos, que devem, por sua vez, serem individualmente caracterizados por marcas específicas.

Quanto à forma, podem ser classificadas como verbais ou nominativas, emblemáticas ou figurativas, mistas, ou ainda, tridimensionais.

As marcas verbais caracterizam-se pelo uso de nomes, palavras, denominações e expressões. As emblemáticas são as que se apresentam por meio de monogramas, emblemas, símbolos, figuras ou quaisquer outros sinais distintivos. As tridimensionais são as que se constituem em várias dimensões visuais, com desenhos em vista frontal, lateral, superior, inferior, ou em algumas delas e em perspectiva; podem ser relativas à própria forma do produto desde que apta a identificá-lo, diferenciando-o de qualquer outro. Verçosa cita o formato da garrafa da “Coca-Cola” que tem a forma capaz de identificar o conhecido refrigerante⁶²⁴⁻⁶²⁵.

Quanto a seu conhecimento comum e relevante, podem ser as marcas de alto renome ou as notoriamente reconhecidas. Essas formas de apresentação dos sinais distintivos determinam um tratamento regulatório diferenciado⁶²⁶.

As de alto renome são as conhecidas no Brasil, em toda a sua extensão territorial, e são destinatárias de proteção extensível a todos os ramos de atividade. Não há regulação similar na convenção unionista, com prescrição no art. 125 do Código de Propriedade

⁶²² SOARES, José Carlos Tinoco. *Op. cit.*, p. 182.

⁶²³ *Ibidem*.

⁶²⁴ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Op. cit.*, p. 359.

⁶²⁵ LOBO, Thomaz Thedim. *Op. cit.*, p. 75.

⁶²⁶ MORO, Maitê Cecília Fabbri. A questão da regulamentação das marcas de alto renome. *In: SANTOS, Manoel J. Pereira dos (coord.); JABUR, Wilson Pinheiro (coord.). Sinais distintivos e tutela judicial e administrativa*. São Paulo: Saraiva. 2007, p. 101.

Industrial⁶²⁷. Ressalte-se que não é necessário, embora possa existir, um conhecimento internacional da marca para ser reconhecida de alto renome no Brasil, basta que atenda ao requisito imposto pela lei.

Thomaz Thedim Lobo cita os fatores que são considerados de pela INTA – *Internacional Trademark Association* – para determinar se uma marca é distintiva e famosa o suficiente para alcançar esse elevado reconhecimento por parte dos consumidores⁶²⁸. São eles:

1. grau de distintividade inerente ou adquirido;
2. duração e extensão do uso em relação aos produtos e serviços protegidos;
3. duração e extensão da publicidade e de anúncios;
4. extensão geográfica da área de comercialização;
5. canais utilizados para comercialização dos produtos ou serviços;
6. grau de reconhecimento público da marca em si, nas áreas de sua comercialização e em outras áreas de comércio ou canais de comercialização;
7. natureza e extensão do uso da marca idêntica ou semelhante por terceiros;
8. perda de valor (*goodwill*) da marca por ação de terceiros que usam marca idêntica ou semelhante;
9. prova de dano à reputação da marca.

As marcas notoriamente reconhecidas são as que possuem reconhecimento no ramo de atividade do empresário titular. Gozam de proteção especial, independentemente do depósito ou registro.

Essa proteção não tem limites territoriais, isto é, fixa-se como uma exceção ao princípio da territorialidade, inerente ao direito marcário nacional. Essa exceção tem a sua razão residindo na proteção do criador da marca, que foi quem investiu no seu reconhecimento, e na proibição de que alguém se aproveite dessa divulgação internacional e

⁶²⁷ NEGRÃO, Ricardo. Direito empresarial. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 114.

⁶²⁸ LOBO, Thomaz Thedim. *Introdução à nova lei de propriedade industrial: Lei nº 9.279/96*. São Paulo: Atlas, 1997, p. 79. Este critério também é tomado como parâmetro por VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Curso de direito comercial*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008. v. 1, p. 358.

se beneficie de investimento alheio⁶²⁹, evitando-se o parasitismo⁶³⁰. Note-se que a notoriedade é qualidade que recai sobre segmento determinado do mercado pelo conhecimento que deve obrigatoriamente o empresário possuir no seu ramo de atividade⁶³¹.

Tem prescrição prevista no artigo 6 *bis*, inciso 1 da Convenção da União de Paris e regulação nacional no art. 126 do Código de Propriedade Industrial. Não se confunde essa marca com a notória, regida pelo revogado art. 67 da Lei 5.772/71.

3.2.3. A cessão e licença da marca

Fernández-Nóvoa⁶³², fazendo uma análise curial à luz do Direito Comparado, referencia os estudos de cessão e licença da marca ao revelar três sistemas básicos de cessão da marca.

Um sistema que só admite a cessão da marca vinculada ao estabelecimento comercial (*goodwill*). Outro que admite a cessão da marca sem qualquer restrição. E um terceiro que, tomando os outros dois como referências extremas, fica em posição intermediária, porque sujeita a cessão da marca a algumas medidas em proteção ao consumidor.

No Brasil, a licença de marca só ganhou expressão econômica na medida em que se desvinculou a marca do produto, isto é, houve a superação do vínculo necessário entre o

⁶²⁹ Item 17 do parecer do INPI n. 91, de 22.11.1991, *apud* MORO, Maitê Cecília Fabbri. A questão da regulamentação das marcas de alto renome. *In: SANTOS, Manoel J. Pereira dos (coord.); JABUR, Wilson Pinheiro (coord.). Sinais distintivos e tutela judicial e administrativa.* São Paulo: Saraiva. 2007, p. 107.

⁶³⁰ RESTIFFE, Paulo Sérgio. Manual do novo direito comercial. São Paulo: Dialética, 2006, p. 77.

⁶³¹ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Curso de direito comercial. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008. vol. 1, p. 359.

⁶³² FERNÁNDEZ-NÓVOA, Carlos. *Fundamentos de Derecho de Marcas.* Madrid: Montecorvo, 1984

signo e o objeto que o designa⁶³³. Só a partir desse entendimento é que a marca passou a ser livremente disponível e licenciável no Brasil⁶³⁴.

No passado brasileiro, conforme o art. 116 do Decreto-lei nº 254/67, firmava-se a necessidade do vínculo entre a marca e o produto de forma que não se poderia alienar aquela sem parte do estabelecimento comercial dedicado a manufatura deste. Essa lógica ficou vigente até a primeira lei legislada de propriedade industrial, a Lei nº 5.772, de 21 de dezembro de 1971. A atual lei, de 1996, apenas outorga o poder ao licenciante, que, se quiser, poderá realizar o controle da qualidade. Torna-se uma liberalidade, e não um dever.

Assim, somente com o entendimento de que a marca representa um direito de propriedade é que se atribui à marca independência, considerado-a um bem em si mesma, tornando o seu titular o destinatário da sua tutela jurídica⁶³⁵.

Devido a essa forma de erigir o direito marcário, centrado na propriedade de marca, é que se abre a possibilidade de exploração da marca em seu pleno vigor.

Pensar a marca com essa lógica também a fixa como um direito independente, auto-referenciado, hermético, um direito exclusivo de propriedade.

Ademais, a licença para uso e exploração da marca equipara-se ao contrato de locação de bens móveis e não tem forma especial prevista em lei⁶³⁶. Entretanto, exige que se conste no contrato de licença: 1) especificação do registro ou de seu pedido, 2) definição da forma da licença, se é exclusiva ou não, 3) identificação do objeto e 4) identificação das condições de remuneração (*royalties*)⁶³⁷.

⁶³³ BARBOSA, Denis Borges. *Sobre a noção jurídica e econômica de marca*. <http://www.denisbarbosa.addr.com/notamarca1.pdf>. Acessado em 12/12/2010, p. 6.

⁶³⁴ *Ibidem*.

⁶³⁵ Segundo Thomaz Thedim Lobo, esse entendimento permitiu que o INPI aceitasse a convivência de marcas semelhantes quando fosse da vontade dos seus titulares. Antes disso, o órgão regulador limita o direito de propriedade em razão da proteção do consumidor, evitando a sua confusão em relação ao produto ou serviço por ela identificado. Cf. LOBO, Thomaz Thedim. *Introdução à nova lei de propriedade industrial: Lei nº 9.279/96*. São Paulo: Atlas, 1997, p. 78.

⁶³⁶ RESTIFFE, Paulo Sérgio. *Manual do novo direito comercial*. São Paulo: Dialética, 2006, p. 79.

⁶³⁷ RESTIFFE, Paulo Sérgio. *Manual do novo direito comercial*. São Paulo: Dialética, 2006, p. 79.

A eficácia perante a terceiros da cessão e da licença de uso depende da averbação do instrumento junto ao INPI⁶³⁸.

⁶³⁸ *Ibidem.*

4. A MARCA E AS RELAÇÕES DE CONSUMO

Nesta fase do trabalho, tentaremos realizar uma análise das várias tendências explicativas que se formaram em torno da marca sob a perspectiva do direito do consumidor.

São potencialidades explicativas que auxiliarão na conclusão sobre uma possível responsabilidade do proprietário da marca ou de quem detém o direito exclusivo de licenciá-la no Brasil.

Daqui só restará a conclusão geral da pesquisa.

4.1.1. A marca e o fornecedor aparente

A primeira exposição de confronto entre o conhecimento jurídico formado em torno da marca e do direito do consumidor está na exposição doutrinária sobre a responsabilidade pelo fato do produto no Código de Defesa do Consumidor.

Como tivemos oportunidade de verificar anteriormente, o fabricante é o foco de atenção da reparação da vítima de acidente de consumo, isto é, do acidente provocado por defeito de produto.

Entretanto, não se responsabiliza exclusivamente o fabricante, este é acompanhado por outros sujeitos que se considera como ele fossem, principalmente, porque têm na sua atividade alguma correspondência com a atividade preponderante do produtor.

Ressalvando a discussão travada sobre o nexo de imputação (ou causalidade jurídica) do importador, que nos servirá em momento posterior, quando realizarmos o debate

sobre a responsabilidade propriamente de quem se correlaciona com a marca, a doutrina inclui como se fabricante fosse o importador⁶³⁹, o sujeito que comercializa o produto e não se preocupa com identificação adequada de quem o produziu⁶⁴⁰, ou aquele que apõe ao produto o seu nome, marca ou outro sinal distintivo⁶⁴¹. O nosso interesse nesse capítulo refere-se a este, devido a sua correspondência com a marca.

A discussão no Brasil sobre o sujeito que apõe a marca tem origem na prescrição normativa encontrada na Diretiva 85/374 da CEE, conforme *in verbis*, art. 3º, n. 1: o termo “produtor” designa o fabricante de um produto (...), e qualquer pessoa que se apresente como produtor pela aposição do seu nome, marca ou qualquer outro sinal distintivo”.

A principal justificativa que se apresenta para inclusão de quem apõe a marca nos acidentes de consumo no rol de responsáveis é a da teoria da aparência. Tanto que a doutrina o nomina de produtor aparente⁶⁴². A sua responsabilidade relaciona com a aparência criada⁶⁴³ frente ao consumidor, pois quem apõe a marca apresenta-se como produtor, e, por isso, é responsável pela necessária segurança ao produtor atribuída.

Os produtores aparentes podem se apresentar como grandes empresas que transferem a produção dos seus bens a terceiros, de acordo com as suas instruções, para depois distribuí-los no mercado consumidor, indicando ao consumidor que os produtos foram

⁶³⁹ PÜSCHEL, Flavia Portella. *A Responsabilidade por Fato do Produto no CDC – Acidentes de Consumo*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, pp. 78-80. BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos *et al.* *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 121.

⁶⁴⁰ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos *et al.* *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 121. O autor trata aqui da situação de produto anônimo ou mal identificado, isto é, nas hipóteses em que o comerciante não é diligente ao verificar a identificação do fabricante no produto.

⁶⁴¹ PÜSCHEL, Flavia Portella. *Op. cit.*, pp. 80-82. NERY JUNIOR, Nelson. *Aspectos da responsabilidade civil do fornecedor no Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90)*. **Revista do Advogado**, n. 33, p. 76. ARRUDA ALVIM; ALVIM, Thereza; ARRUDA ALVIM, Eduardo; MARINS, James J. *Código do Consumidor Comentado*. 2ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 97-98. DENARI, Zelmo. Da qualidade de produtos e serviços, da prevenção e da reparação de danos. *In* GRINOVER, Ada Pellgrini *et al.* *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 7ª ed. São Paulo: Forense Universitária, 2001, pp. 161-162.

⁶⁴² PÜSCHEL, Flavia Portella. *Op. cit.*, p. 80.

⁶⁴³ PÜSCHEL, Flavia Portella. *Op. cit.*, p. 81. MARINS, James. *Op. cit.*, p. 101.

por ele fabricados, transmitindo, assim, a confiança que os consumidores depositam na marca⁶⁴⁴.

Também é própria da situação que se apresenta com as franquias, ou *franchising*, conforme expõe Zelmo Denari⁶⁴⁵. O franqueador, titular da marca e encarregado da supervisão e assistência técnica dos respectivos produtos e serviços, é o produtor aparente.

Desse modo, a marca tem a sua correspondência com o direito consumidor, em especial, em relação aos acidentes de consumo causados por produtos defeituosos.

A potencialidade explicativa reside na consideração de que a aposição da marca gera uma confiança baseada na aparência criada de quem a apõe age como se produtor fosse. Essa explicação ainda está muito ligada ao dogma do fabricante como o sujeito que concatena o maior número de justificativas para que lhe seja imputada a responsabilidade pela reparação de danos objetivamente.

Conforme desenvolvido em capítulo próprio, tentou-se demonstrar que a marca é um ativo de grande valor para empresa porque representa a credibilidade e, por isso, a confiança depositada pelo consumidor nos produtos que recebem a sua aposição. Há uma sobreposição da marca, bem como da sua função, que está em descompasso com a teoria sobre os deveres de quem a detém, pois ainda o direito fixa-se somente na sua função distintiva e no seu caráter de direito de propriedade, situação totalmente destoante e incoerente com as demais normas do nosso ordenamento jurídico, especialmente, o Código de Defesa do Consumidor.

Esta é uma explicação com potencial explicativo da responsabilidade de quem apõe a marca, porém restrito ainda a uma referência ao direito europeu, especialmente a Diretiva CEE 85/374.

⁶⁴⁴ PÜSCHEL, Flavia Portella. *Op. cit.*, p. 81. SILVA, João Calvão da. *Responsabilidade civil do produtor*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 551.

⁶⁴⁵ Da qualidade de produtos e serviços, da prevenção e da reparação de danos. In GRINOVER, Ada Pellgrini *et al.* *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 7ª ed. São Paulo: Forense Universitária, 2001, p. 162.

4.1.2. Pós-personalização

A marca veio dar conta do alto grau de despersonalização e desindividualização, que exige a conformação atual do capitalismo.

Como é cediço, a apresentação de produtos e serviços é feito à massa de consumidores, difusamente, pelo fornecedor, sem qualquer preocupação com a individualização de quem vai receber a declaração da oferta.

Além disso, os contratos são estipulados sem qualquer possibilidade de modificação das suas cláusulas, tendo o consumidor que aceitar o modo como ofertado, apenas realizando a declaração de aceite ou não.

Assim, apresentam-se as relações jurídicas extremamente despersonalizadas. Ofertas são realizadas sem a particularização de seu destinatário, contratos têm as suas cláusulas estipuladas em seu todo, sem considerar os interesses da outra parte, chegamos a situação em que a oferta e o aceite são realizados e recepcionados por máquinas, num processo de mecanização e automatização da vida cotidiana.

Considerando esses fatos, o jurista argentino Carlos Alberto Ghersi afirmou que relações jurídicas na pós-modernidade tem como fonte “contratos sem sujeito”⁶⁴⁶.

O consumidor presenciou no início do século XX a oferta de produtos industrializados cada vez a mais pessoas, e em maior quantidade. Esses produtos começaram a dividir o espaço com outros, que eram manufaturados quase que artesanalmente, em pequena escala, por pequenos produtores, que, ou eram conhecidos de seus consumidores, ou dos seus distribuidores.

⁶⁴⁶ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 278.

Pensando nessa linha de raciocínio, o mercado de massa é o *locus* das relações despersonalizadas.

Os serviços não escapam desse processo de despersonalização, pois inseridos na mesma lógica do tráfico de massa.

Como expõe lucidamente Cláudia Lima Marques, em estudo que buscou a elaboração de uma teoria geral dos serviços, a prestação de serviço sempre fora uma prestação obrigacional personalíssima, por isso, infungível⁶⁴⁷. Porém, com as relações de massas e sua lógica de produção voltada para o mercado de massa, o serviço começou a apresentar características de fungibilidade, isto é, passou a ser passível de ser prestado por vários sujeitos no mercado. O serviço, da perspectiva do direito, hoje, é o retrato incontestado do fenômeno da despersonalização.

Em outros termos, a despersonalização do próprio fornecedor é uma realidade – que, diga-se mesmo que *en passant* seria mais como um processo desmaterialização⁶⁴⁸ - pois se torna cada vez mais difícil identificá-lo, algo que era inimaginável no início do século XX.

A principal causa desse processo é o fato de que as empresas, pressionadas pela manutenção de sua posição no mercado, pelos acionistas por resultado, pela acirrada competição, tiveram que se recriar, inclusive no tocante aos modelos jurídicos de conformação da sua atividade. A empresa encontrou uma forma de organizar-se por meio de contratos, pois esta se apresenta como uma forma nova e eficiente de realizar a atividade mercantil⁶⁴⁹.

⁶⁴⁷ MARQUES, Cláudia Lima. Proposta de uma teoria geral dos serviços com base no Código de Defesa do Consumidor. *Revista do Consumidor*, n.33, p. 101. Ou ainda, *idem*. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 405.

⁶⁴⁸ Utilizando-se um conceito de Cláudia Lima Marques. *Op. cit.*, p..

⁶⁴⁹ WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge. Os contratos e a insuficiência das formas societárias de organização da empresa econômica. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, n. 22, p.262-275. LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Redes contratuais no mercado habitacional para consumo*. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2001, pp. 122-123 e 140-141. MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 103. FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2004, p.64.

Esses contratos são encadeados e reconhecidos somente em função da realização de uma determinada finalidade.

São formas organizativas da produção realizadas por vários fornecedores em conexão funcional. O contrato é o instrumento de empresa, não há uma organicidade institucional, mas uma determinação funcional.

Devido a essa nova funcionalidade do contrato, este instituto ganhou nuances típicas de uma sociedade⁶⁵⁰, mesmo não existindo um vínculo societário a instrumentalizar a cooperação⁶⁵¹.

Exige-se uma cooperação contínua dos vários fornecedores independentes em busca da realização do fornecimento para o consumo.

A aproximação dos contratos e o desenho de suas ligações só é possível a partir da coerência das atividades em torno da busca do fornecimento de bens e serviços para o consumo⁶⁵².

Entretanto, ao mesmo tempo em que se presencia a despersonalização da atividade de fornecimento, é uma exigência do consumidor a sua repersonalização, que se torna uma condicionante frente ao anonimato da sociedade de consumo. Esse fenômeno foi nominado de pós-personalização por Cláudia Lima Marques⁶⁵³ e traz o que esta autora denomina de *doble coding* pós-moderno⁶⁵⁴: um processo intrínseco de despersonalização e extrínseco de personalização.

⁶⁵⁰ Fábio Konder Comparato em prefácio do livro de AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *A Proteção do consumidor no contrato de compra e venda*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

⁶⁵¹ WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge. Os contratos e a insuficiência das formas societárias de organização da empresa econômica. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, n. 22, p.268.

⁶⁵² MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pp. 402-426.

⁶⁵³ *Ibidem*, pp. 403-405.

⁶⁵⁴ *Ibidem*, p. 406.

A personalização do fornecedor já era uma exigência do consumidor e o comerciante tinha esse papel preponderante no mercado de consumo.

Era o comerciante o responsável pela escolha dos produtos e a indicação dos que mais aprovesse ao seu cliente. Era a confiança que se tinha no *almacenero del barrio*⁶⁵⁵⁻⁶⁵⁶, nos dizeres de Ricardo Lorenzetti.

A posição proeminente do comerciante pode ser reconhecida na evolução das “*warranties*” no direito norte americano.

Com a introdução do mercado de massa, começa a responder o comerciante por eventual desconformidade do produto em relação a finalidade ofertada, pois se considera que o comprador confia na sua perspicácia e no seu conhecimento em realizar o mais adequado aos fins desejados por este⁶⁵⁷.

O vendedor só se eximia da responsabilidade, se o comprador fizesse a sua escolha baseada na marca, ou em um produto patenteado, porque infere-se que acredita o comprador na sua própria perspicácia e não no do vendedor⁶⁵⁸.

Considerando o aprofundamento do processo de industrialização, também encontramos essa necessidade de personalização das relações de consumo. Nesse há uma busca incessante dos resultados prometidos pelos ganhos de escala, o produtor inicia investida em busca do consumidor, vez que, embora a produção em série e escala já fosse uma realidade, o consumo de massa ainda não era.

⁶⁵⁵ LORENZETTI, Ricardo Luis. La oferta como apariencia y la aceptación basada en la confianza. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 35, p. 11.

⁶⁵⁶ *Idem*. Redes contractuales: conceptualización jurídica, realciones internas de colaboración, efectos frente a terceros. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 28, p. 24.

⁶⁵⁷ É o início das “*implied warranties*”, superando a “*privaty contract*” e o “*caveat emptor*” do direito norte americano. O vendedor responde pelas eventuais desconformidades do produto ao uso para o qual foi vendido. BECKER, Anelise. As garantias implícitas no direito brasileiro e em perspectiva comparativista. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 9, pp. 75-77.

⁶⁵⁸ *Ibidem*, p. 76.

Assim, iniciam aos empresários e os executivos das empresas atividades publicitárias de massa, com o aporte crescente de investimentos, com o intuito de tornar os produtos conhecidos dos consumidores, pois marcava aquela época o anonimato de quem produzia os produtos para o mercado.

Para vencer esse obstáculo, conforme nos informam os estudos de dois historiadores e teóricos do “design”, Ellen Lupton e Abbot Miller⁶⁵⁹, adotou-se como estratégia que se empreendesse publicidade por meio de marcas que evocassem familiaridade com o consumidor e um caráter popular. Por isso, foram criadas marcas como o “Dr. Brown”, o “Uncle Ben” e “tia Jemina” da Quaker⁶⁶⁰.

Essa forma de divulgação dos produtos não visava apenas personalizar os produtores e seus produtos, mas também aproximar produtor e consumidor, o que tendia a diminuir significativamente a influência que exercia o comerciante⁶⁶¹ na escolha e aquisição de produtos e serviços pelos consumidores.

A influência dessa estratégia é tão contundente que podemos verificar no direito anglo saxão a alteração do foco do comerciante para o fabricante pelos produtos e serviços disponíveis do mercado, deixando de ser uma responsabilidade baseado na relação contratual, para que pudesse ser imputada diretamente ao produtor, deixando ao comerciante um papel coadjuvante.

Em dado momento era o comerciante a referência do consumidor, em outro o produtor, hoje, frente a despersonalização da cadeia fornecimento, sobressai a marca como essa referência para o consumidor.

⁶⁵⁹ Apud KLEIN, Naomi. *Sem logo – A tirania das marcas em um planeta vendido*. Trad. Ryta Vinagre. São Paulo/Rio de Janeiro: Ed. Record, 2004, p. 16.

⁶⁶⁰ KLEIN, Naomi. *Op. cit.*, pp. 15-16.

⁶⁶¹ Já se identificava a diminuição da proeminência do comerciante nas relações de consumo como um fator que justificativa a mudança da responsabilidade civil focado no produtor. NERY JUNIOR, Nelson. Aspectos da responsabilidade civil do fornecedor no Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90). *Revista do Advogado*, n. 33, p. 78.

4.1.3. Catividade e as redes contratuais

Essa repersonalização também pode ser percebida por meio da catividade do consumidor a determinada imagem-qualidade, grupo consolidado, determinada qualidade diferenciada (status”), ou marca e garantia⁶⁶².

Há um processo de fidelização da clientela, nos dizeres de Cláudia Lima Marques, que faz com o consumidor acredite que determinado fornecedor garante que ele receba o que desejou, que realize as suas expectativas porque tem uma marca consolidada, apresenta uma qualidade diferenciada dos seus concorrentes, ou porque constitui um grupo econômico forte.

Portanto, frente a essa despersonalização, exsurge a marca como uma forma de identificação especial pelo consumidor da materialização de suas expectativas, não sendo necessário conhecer a complexa cadeia de fornecedores formada para o fornecimento de produtos e serviços.

Essa complexa cadeia de fornecimento constitui o que se denomina de contratos conexos ou redes contratuais.

O exemplo mais ilustrativo é o contrato de franquia. O franqueador não exerce a atividade diretamente de produção e comercialização de produtos e serviços, porém conta com uma rede de fornecedores que o fazem autorizados por ele a utilizar todos os seus sinais distintivos, marca, disposição de produtos, cores do estabelecimento comercial etc. Os consumidores contratarão com os franqueados individualmente⁶⁶³. Entretanto, as atividades de “marketing” ficam sob a responsabilidade do franqueador: gestão da marca, estratégias e atividade publicitária, desenvolvimento e inovação de produtos e serviços etc.

⁶⁶² MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 278.

⁶⁶³ *Idem*, p. 419.

Ao direito, foi colocado o desafio de lidar com a situação anônima das relações de massa criadas com situação de direito público e máquinas automatizadas que foram tratadas pela doutrina alemã sob a denominação de comportamentos sociais típicos.

Essas situações desconsideraram elementos que caracterizavam o contrato, como por exemplo, a capacidade civil dos partícipes. Como explicar o ato jurídico de compra e venda realizada por uma criança de um lanche na cantina de uma escola?

Depois de analisar e enfrentar o problema da despersonalização do consumidor nos negócios jurídicos de massa, agora se coloca esse mesmo fenômeno pela perspectiva do fornecedor.

Não se reconhece mais uma estrutura institucionalizada da empresa, mas um conjunto de atividades organizadas em torno de uma finalidade comum⁶⁶⁴. Há um esforço, a realização de cooperação com a finalidade de facilitar e realizar o consumo⁶⁶⁵

E nessa distribuição de “afazeres”, há aqueles que se destacam pela sua preponderância em relação a atividade dos demais. Como nos relata o professor Antônio Barros de Castro⁶⁶⁶

“a Nike não produz nenhum tênis, embora seja a maior empresa de tênis do mundo. Ela faz design desenvolvimento, marketing e outras atividades desse tipo. Um estudo demonstrou que o somatório dos salários de milhares de trabalhadores de uma grande fábrica que produz os tênis na Indonésia é inferior ao que recebemos onze ou doze diretores da Nike em Nova York”

Conhecimento é sinônimo de lucro⁶⁶⁷. As empresas investem na exploração econômica do que lhe proporciona o alcance do lucro eficiente. Ser eficiente é atingir lucros

⁶⁶⁴ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011., pp.106-109.

⁶⁶⁵ *Idem*, p.105.

⁶⁶⁶ Entrevista concedida jornal “O Economista”, do Conselho Regional de Economia do Estado de São Paulo, 2001

⁶⁶⁷ FARIA, José Eduardo. *Sociologia jurídica: Direito e conjuntura*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 11

crecentes por meio da combinação flexível, e de baixo custo de transação, dos fatores de produção.

Naomi Klein elucidada que há tempos a produção deixou de ser o foco do empreendimento lucrativo⁶⁶⁸. A atuação com intuito negocial é orientada pelas empresas que retêm as atividades que as coloquem uma situação de preponderância às demais.

Antes, eficiência estava direcionada para melhoria da unidade produtiva: a fábrica. Hoje depois das crises econômicas que assolaram o século XX e XXI, ser eficiente é permitir a inovação, a necessária evolução do sistema de produção capitalista por meio do fenômeno descrito e denominado por Schumpeter de “destruição criativa”.

A evolução do capitalismo ocorre em fases. Passamos pela era da evolução da força motriz da produção da água, do vapor, do combustível fóssil, da eletricidade para o conhecimento. Conhecimento é um produto mercantil, assim, presenciamos a “comoditização” do conhecimento como forma de alcançar dividendos imediatos⁶⁶⁹.

Para inovar, é preciso aplicar conhecimento. O dado relevante serve de informação, que em conjunto com outras informações pertinentes, possibilita a tomada de ação, isto é, gera conhecimento.

Tudo está impregnado de conhecimento e este dá a dimensão do valor dos bens no mundo contemporâneo.

Quanto mais conhecimento aplicado, mais valor tem o bem. Basta verificarmos o preço de um avião comparado ao de um ônibus de transporte urbano.

O conhecimento é exigência da eficiência produtiva do mercado. Recriar o sistema produtivo a fim de manter ou aumentar o lucro.

⁶⁶⁸ KLEIN, Naomi. *Sem logo – A tirania das marcas em um planeta vendido*. Trad. Rita Vinagre. São Paulo-Rio de Janeiro: Ed. Record, 2004, pp. 15-16.

⁶⁶⁹ FARIA, José Eduardo. *Sociologia jurídica: Direito e conjuntura*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 11.

Após as cíclicas crises do sistema de produção capitalista, este se reconfigura e renova.

E a marca está em uma dessas reconfigurações do modo de produção em busca da eficiência e de lucro.

A cadeia de fornecimento de produtos e serviços deve ser flexível e enxuta o suficiente para atender a demanda adequadamente sem excessos.

Ter as plantas de produção, ou ser as suas proprietárias, não faz mais parte da estratégias das multinacionais.

Poder produzir de acordo com a oportunidade e conveniência da conjuntura é essencial. A fábrica pode estar em qualquer lugar do mundo. A ideia é a de que ao mais fraco sinal de crise, os custos devem ser reduzidos, e a produção reprogramada, para que não se oferte mais do que a demanda possa absorver.

4.1.4. A marca global como resultado da publicidade mundial - REsp 63981

Nesse sentido, houve destaque na jurisprudência brasileira do caso da filmadora, que foi discutido no julgamento do Recurso Especial nº 63.981-SP pelo Superior Tribunal de Justiça.

O caso trata de filmadora adquirida por consumidor brasileiro em Miami, que apresentou problemas de funcionamento quando aquele já estava em nosso país. Como o consumidor não obteve êxito no conserto do produto, propôs ação em face da filial brasileira da marca mundial, a fim de fazer efetivo o seu direito de garantia legal conforme o Código de Defesa do Consumidor.

Alegou a empresa brasileira em sua defesa que aquele produto não integrava a linha de produtos que fabricava e disponibilizava no mercado brasileiro. O produto adquirido era fabricado e distribuído por sociedade empresária constituída em outro país, e que fazia uso da mesma marca, por isso, a garantia era estipulada por essa.

Também contra argumentou que não poderia garantir o produto apresentado, pois era uma empresa com personalidade jurídica distinta e não havia relação direta com a empresa que dava garantia ao produto reclamado. Dizia apenas que a aproximação entre elas estava somente no vínculo contratual que ambas mantinham para o uso da marca.

O juiz de primeiro grau julgou extinto o processo sem julgamento do mérito por ilegitimidade passiva da ré. Em sede de apelação, o Tribunal de Justiça de São Paulo decidiu que as personalidades jurídicas das empresas demandadas eram distintas e que o produto não fora comprado no Brasil, por isso, não podia arcar a sua congênere nacional por atos praticados por outra⁶⁷⁰.

O Superior Tribunal de Justiça decidiu, por maioria de votos, que a filial brasileira beneficiava-se da marca consolidada pela publicidade internacional, mesmo que essas ações fossem realizadas pela matriz, por isso considerou a filial brasileira fornecedora com aplicação do art. 3º e responsável pelo saneamento do vício do produto, conforme os arts. 18 e 30 do Código de Defesa do Consumidor.

É a ementa da decisão:

DIREITO DO CONSUMIDOR. FILMADORA ADQUIRIDA NO EXTERIOR. DEFEITO DA MERCADORIA. RESPONSABILIDADE DA EMPRESA NACIONAL DA MESMA MARCA ("PANASONIC"). ECONOMIA GLOBALIZADA. PROPAGANDA. PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR. PECULIARIDADES DA ESPÉCIE. SITUAÇÕES A PONDERAR NOS CASOS CONCRETOS. NULIDADE DO ACÓRDÃO ESTADUAL REJEITADA, PORQUE SUFICIENTEMENTE FUNDAMENTADO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO NO MÉRITO, POR MAIORIA.

I - Se a economia globalizada não mais tem fronteiras rígidas e estimula e favorece a livre concorrência, imprescindível que as leis de proteção ao consumidor ganhem maior expressão em sua exegese, na busca do equilíbrio que deve reger as relações jurídicas, dimensionando-se, inclusive, o fator risco, inerente à competitividade do comércio e dos negócios mercantis, sobretudo quando em escala internacional, em que presentes empresas poderosas, multinacionais,

⁶⁷⁰ JACQUES, Daniela Corrêa. A proteção da confiança no direito do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo. n. 45, jan./mar.2003, pp. 100-101.

com filiais em vários países, sem falar nas vendas hoje efetuadas pelo processo tecnológico da informática e no forte mercado consumidor que representa o nosso País.

II - O mercado consumidor, não há como negar, vê-se hoje "bombardeado" diuturnamente por intensa e hábil propaganda, a induzir a aquisição de produtos, notadamente os sofisticados de procedência estrangeira, levando em linha de conta diversos fatores, dentre os quais, e com relevo, a respeitabilidade da marca.

III - Se empresas nacionais se beneficiam de marcas mundialmente conhecidas, incumbe-lhes responder também pelas deficiências dos produtos que anunciam e comercializam, não sendo razoável destinar-se ao consumidor as conseqüências negativas dos negócios envolvendo objetos defeituosos.

IV - Impõe-se, no entanto, nos casos concretos, ponderar as situações existentes.

V - Rejeita-se a nulidade argüida quando sem lastro na lei ou nos autos.

(REsp 63981/SP, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, Rel. p/ Acórdão Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 11/04/2000, DJ 20/11/2000, p. 296)

Com esta decisão, o Superior Tribunal de Justiça incluiu todo o grupo de fornecedores da mesma marca, com atenção, para o caso, da filial brasileira⁶⁷¹.

Como explicou o Min. Asfor Rocha:

“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 (...)

aproveitando, essa empresa nacional, todas as vantagens que são decorrentes desse conceito mundial, evidentemente que ela tem que oferecer algo em contra-partida aos consumidores dessa marca, e o mínimo que disso possa decorrer é o de reparar o dano sofrido por quem compra mercadoria defeituosa, acreditando no produto”⁶⁷²

A publicidade mundial dos produtos e serviços oferecidos pelas empresas multinacionais, buscando atuar além das fronteiras em que são produzidos trouxe uma consequência inexorável: o reconhecimento mundial da marca⁶⁷³. Se colocou o produto no mercado e beneficiou-se da marca, também assume o ônus que decorrer dessa situação. Foi nesse diapasão que a representante legal no Brasil foi condenada a prestar o serviço de assistência técnica.

⁶⁷¹ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 443. CORRÊA, Gustavo Bahuschewskyj. As faces da proteção do consumidor no direito de marcas. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 71, p. 92.

⁶⁷² STJ, REsp 63981/SP, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Rel. p/ Acórdão Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julgado em 11/04/2000, p. 18.

⁶⁷³ MARQUES, Claudia Lima. *Op.cit.*, p. 443.

Imperou, então, a regra do *cujus commodum, ejus periculum*, quem atua de forma empresarial globalizada, auferindo benefícios, também assume o ônus em qualquer lugar do mundo, considerando o caso contrato, assume o dever de realizar a assistência técnica no mundo inteiro⁶⁷⁴. Também se fundamentou essa responsabilidade da filial brasileira da marca mundial na vulnerabilidade do consumidor, não sendo razoável deixar com a vítima as consequências negativas do produto viciado⁶⁷⁵.

Cláudia Lima Marques denominou esse fornecedor de aparente. Considera que são aparentes porque agem como se fabricantes fossem, e atuam de forma a despertar a confiança do consumidor⁶⁷⁶.

Sobre a confiança, destinaremos o próximo capítulo.

4.1.5. A marca e a confiança despertada

A confiança, além de ser um elemento de importância para a teoria do negócio, é uma condição reflexa da complexidade social e da especialização técnica da sociedade atual. Essa condição coloca o consumidor em situação de vulnerabilidade.

Isso porque os produtos e serviços que possuem uma grande aplicação de tecnologia exigem do consumidor a análise de um vasto número de informações específicas, na lógica clássica, do *caveat emptor*, da decisão racional e consciente⁶⁷⁷.

⁶⁷⁴ MARQUES, Claudia Lima. *Op.cit.*, p. 444.

⁶⁷⁵ CORRÊA, Gustavo Bahuschewskyj. As faces da proteção do consumidor no direito de marcas. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 18, n. 71, p. 77-105, jul./set. 2009.

⁶⁷⁶ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 436.

⁶⁷⁷ MARQUES, Cláudia Lima. *Op.cit.*, pp. 710-715. Para esta autora a transparência e a boa-fé propiciariam uma quantidade e qualidade de informações suficientes para o exercício de uma vontade racional, uma autonomia racional. Seria uma forma de antecipar os efeitos do contrato ao consumidor e propiciar a sua execução efetiva, sem prejuízos ou expectativas frustradas.

Entretanto, o processamento dessas informações é tão complicado, que se torna uma tarefa hercúlea. Mesmo que tivesse o consumidor essa capacidade, viveria condenado a utilizar a maior parte do seu tempo avaliando as informações para fazer as escolhas mais acertadas na aquisição de produtos, que sobraria pouco tempo para fazer outras atividades e, com certeza, adquiriria muito poucos produtos. Resumindo, por meio da linguagem econômica da “*transaction cost theory*”, o custo de transação no mercado de consumo seria elevadíssimo⁶⁷⁸, o que inviabilizaria o desenvolvimento do mercado.

Somado ao fator da complexidade dos produtos, verifica-se a situação em que se encontra a figura do fornecedor. O empresário para manter ou aumentar a sua margem de lucro reorganiza a empresa para que seja cada vez mais eficiente. Especializa as empresas cada vez em mais específicas atividades, que passam a se integrar por meio de contratos, apresentando-se como um emaranhado de relações jurídicas identificadas pela finalidade negocial. Nessa condição, apresenta-se a figura do fornecedor despersonalizado, pois não é possível personificar quem exerce atividade, já que exercida por muitos fornecedores, que são identificados somente quando se identifica a finalidade empresarial. Foi essa a situação que se analisou no capítulo da catividade e das redes contratuais.

Este é o quadro fértil em que se desenvolve a marca.

A marca torna-se a representação da atividade empresarial perante o consumidor. É por meio da marca que se materializa a produção, pois ele desconhece a sua forma de organização para a produção. Também é uma forma de catividade, pois diante da homogeneização e amplitude dos produtos disponibilizados no mercado de consumo, a fim de garantir o atendimento de suas expectativas o consumidor tende a sua escolha no produto que esteja vinculado à imagem-qualidade, ao grupo consolidado, à determinada qualidade diferenciada (*status*), ou à marca⁶⁷⁹.

⁶⁷⁸ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Op.cit.*, pp. 12-11.

⁶⁷⁹ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 278.

O consumidor, como tem realizar as suas escolhas inexoravelmente no mercado, acredita na publicidade veiculada, na marca consolidada e pauta-se nas suas experiências anteriores para realizá-las, condições que proporcionam muito poucas informações para uma decisão consciente, porém confia que são as essenciais⁶⁸⁰.

Afirma-se que a confiança é um ativo da empresa nessa sua nova lógica⁶⁸¹, há um interesse econômico na confiabilidade da marca ou na imagem da empresa, tornando-se uma estratégia de atuação, um fator de investimento, para alcançar um posicionamento do mercado perante o consumidor⁶⁸².

Assim, esta é uma das potencialidades explicativas que pode auxiliar na análise do inter-relacionamento do direito marcário e o do consumidor.

⁶⁸⁰ LORENZETTI, Ricardo Luis. La oferta como apariencia y la aceptación basada en la confianza. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 35. p. 12.

⁶⁸¹ CARPENA, Heloísa. *O Consumidor no Direito da Concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 209.

⁶⁸² JACQUES, Daniela Corrêa. A proteção da confiança no direito do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 45, p.122-123.

5. A MARCA E A RESPONSABILIDADE NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

5.1. Há uma situação de irresponsabilidade?

Essa pergunta sobre a irresponsabilidade foi o que moveu o pensamento jurídico em busca de um regime especial de responsabilidade em relação aos danos provenientes dos produtos industrializados e, conseqüentemente, dos riscos que se está sujeito devido a inevitabilidade dos defeitos dos produtos.

É nessa perspectiva que os precedentes judiciais dos países anglo-saxões foram evoluindo até a teoria do “*strict product liability*”, bem como foi esta a perspectiva adotada pelos países da Europa, considerando os estudos da Comissão Econômica Europeia sobre o direito estadunidense e que culminaram na Diretiva CEE 85/374. A partir desta diretiva, iniciou-se o alastramento da responsabilidade objetiva do produto por toda a Europa, na década de 80 do séc. XX. A responsabilidade pelos vícios do produto foi um dos resultados dessa história, pois foi forjado no caminho da responsabilidade do fabricante pelos danos provenientes de produtos.

A conjuntura que sustentava a proeminência da produção e da marca deixou de existir. Hoje, a organização dos meios de produção não tem mais esse foco. Após as crises econômicas da década de 70 do séc. XX, o esgotamento da lógica dos ganhos em escala, da produção das grandes fábricas, das elevadas quantidades, a organização produtiva, tinham que mudar se quisesse se perenizar. E, desse modo, ocorreu.

A organização produtiva foi organizada em torno da atividade intelectual. O empresário com as suas grandes fábricas esmoreceu. Alterou seu foco para a exploração das atividades de marketing, que criam uma reputação para a empresa, uma experiência para o consumidor, por meio da publicidade e da marca, também para as atividades de pesquisa científica e tecnológica para a concepção e aperfeiçoamento de produtos. O fator de produção da empresa é a propriedade intelectual, é o conhecimento. Se a responsabilidade forjada para

proteger o consumidor focou no fabricante, a realidade mostrou que este passou a ter uma função secundária hodiernamente. E nessa mudança o nosso foco foi a marca.

É nessa conjuntura que podemos identificar uma irresponsabilidade deste sujeito na cadeia, que conquistou um poder de influência pela exploração da marca. A importância econômica desse sinal distintivo ganha elevadas dimensões ao ponto de ter influente relevância na precificação patrimonial das empresas, que em valores monetários aproximam-se da metade do seu valor.

Já está presente a realidade das empresas que exploram a marca, ser a sua consolidação uma atividade econômica explorável. O exemplo mais concreto é a franquia. Porém, em contrapartida, hodiernamente, juridicamente pouco se trata desta questão.

Se a responsabilidade, conforme preceituado pela escola da análise econômica do direito, é a distribuição eficiente dos riscos e danos no mercado, esse objetivo tem que contar com a presença de quem autoriza a exploração de sua marca em produtos na cadeia de responsabilidade sobre o produto, pois ele se beneficia da atividade de fornecimento, apresenta-se com poder econômico relevante perante os outros participantes da cadeia de fornecimento.

Por outro lado, mostra-se com elevado poder econômico, e, logo, poder de suportar os prejuízos provenientes dos produtos. A história da construção teórica de uma responsabilidade do fabricante revela-nos que esse modelo jurídico fixou uma forma de pensar: a de que o consumidor não deve suportar qualquer prejuízo advindo da atividade de fornecimento e a de que a ordem jurídica lhe garante a possibilidade de transferência deste dano a um fornecedor, isto é, a um participante da cadeia produtiva que explore a oferta de produtos no mercado de consumo.

Assim, como se concatenou um conjunto de justificativas para a responsabilidade do fabricante e de todos os participantes da finalidade de colocação de produtos no mercado, hoje, conjugam-se as mesmas justificativas sobre a marca e quem a explora.

Por isso, justificamos, ainda perfunctoriamente, que a responsabilidade pelo produto estabelecida no Código de Defesa do Consumidor alcança quem explora a marca, e

este passa a integrar a cadeia de fornecimento. Por isso, torna-se solidário com os demais, apresentando-se como mais uma das alternativas de garantia da reparação integral e efetiva do consumidor.

Passemos, então, ao saldo desta pesquisa com o teste da hipótese analisando se quem faz uso da marca se enquadra na situação delineada para a responsabilidade pelo fato e vício do produto no Código de Defesa do Consumidor.

5.2. Conclusões

Essa pesquisa realizou um estudo do direito de marcas e do consumidor a fim de encontrar e fundamentar a responsabilidade pelo produto de quem explora de alguma forma a marca.

O ponto de partida foi o estudo da história do capitalismo e do consumo, com base nos estudos sobre a evolução da organização produtiva. Foi possível identificar dois centros polarizadores da discussão jurídica da responsabilidade que se pretendeu travar.

Dois momentos bem distintos foram definidos: um focado no fabricante e nos danos provocados pelos produtos e outro na propriedade intelectual em que se sobressai à marca.

No primeiro momento, é possível verificar que as ideias forjadas no direito estadunidense do *strict product liability* e das *implied warranties* influenciaram a construção jurídica, nos demais países, de uma responsabilidade objetiva do fabricante, bem como a de todos os sujeitos que auxiliam no escoamento da produção ao consumidor. Assim, esse trabalho visou confrontar esse sistema de responsabilidade do fabricante com uma conjuntura em que esse sujeito não é mais proeminente nem a sua atividade realizada, pois a empresa hodierna abre mão da produção para explorar a marca, a invenção, as novas utilidades do produto, o seu *design* e a publicidade, ou seja, é uma forma de exploração econômica da propriedade intelectual.

A atividade produtiva desmaterializa-se, não apresenta uma forma institucional definida, subdivide-se e a produção passa a ser realizada em várias partes do mundo. É nessa conjuntura que surge a proeminência do sujeito que explora a marca e, por isso, deve-se repensar a estrutura da responsabilidade civil do produto na perspectiva do consumidor.

Buscou-se uma relação direta entre a marca e o direito do consumidor, explorando as potencialidades explicativas de ambos os conhecimentos jurídicos consolidados.

A conclusão que foi possível alcançar é a de que há uma condição inequívoca de qualidade dos produtos, primeiro, de que não devem causar danos e, segundo, que não devem apresentar defeitos que comprometam a alcance do fim a que se destinam ou lhes diminuam o valor.

Se a primeira expressão da qualidade não ocorrer e os danos sobrevierem deve alguém ser responsabilizado objetivamente, de forma que o prejuízo não seja suportado pela vítima. Fundamenta-se essa imputação objetiva com justificativas próprias que consideram a condição econômica de suporte dos prejuízos e a possibilidade de diluir o valor do dano por meio da contratação de um seguro, ou por meio da absorção desse custo pelo preço do produto.

Se for a segunda expressão que não se suceder e apresentar o produto vício que o torne impróprio ao consumo, deverá qualquer integrante da cadeia de fornecimento tentar sanear o problema ou reparar o prejuízo. O fundamento desta imputação é objetivo e apoia-se numa obrigação legal imposta de qualidade dos produtos.

Considerando as duas orientações normativas, os prejuízos que se originarem dos produtos não deverão ser suportados pelo consumidor, mas transferidos a qualquer sujeito que se beneficie da cadeia de fornecimento de produtos ao consumo.

Desse modo, apresenta-se a responsabilidade no Código de Defesa do Consumidor como um modelo jurídico forjado para proteger o consumidor, garantindo-lhe que não suportará qualquer prejuízo advindo de produtos.

A essas conclusões somam-se outras, que podem ser realizadas a partir das potencialidades explicativas presentes na doutrina do direito marcário. Elas estão agregadas na atribuição de funções a marca. Analisou-se apenas aquelas com a pertinência deste trabalho

Ergue-se como potencialidade para explicar a relação entre marca e responsabilidade no direito do consumidor, o tratamento que se dispensa a função econômica da marca. Nesta se propugna sobre o aumento do valor do estabelecimento comercial proporcionado pela marca. A marca agrega valor patrimonial e define o valor econômico da empresa. Atende-se à condensação do *goodwill*, como dizem os norte-americanos, e do direito de clientela, como afirmam os franceses.

Atualmente o valor das marcas alcançam cifras milionárias. Considerando isso é inequívoco o poder econômico de quem detém a marca ou a explora.

Em segundo plano, a marca exerce uma função de indicação de qualidade. Esse é um dos resultados almejados por quem explora a marca, pois é o reconhecimento da qualidade da produção e dos produtos que aumentam o valor da empresa, pois representa a sua capacidade de venda. Uma abordagem centrada na marca como mera propriedade, não permite visualizar a contribuição da marca na valorização da empresa. A marca precisa ser analisada como fenômeno jurídico complexo.

Pudemos observar que no passado havia um pensamento de que a marca estava vinculada a produção e o produto, tanto que a sua cessão era inconcebível sem a alienação da parte do estabelecimento comercial em que era manufaturado o produto. A doutrina norte-americana reconhece os efeitos sociais do fenômeno da marca e exige que o empresário mantenha o nível de qualidade dos produtos de acordo com a credibilidade da marca. A qualidade fica mais em evidência quando se trata do licenciamento da marca. Conforme a melhor doutrina espanhola e norte-americana, é possível concluir que, ao contrário do Brasil, há uma exigência de qualidade dos produtos que levam uma marca licenciada, em com o objetivo de proteção do consumidor.

E, por fim, a função publicitária da marca revela-nos que há uma ação direcionada para se alcançar o incremento de valor ao *goodwill* da empresa por meio da publicidade e da

marca. Aqui teríamos um estudo muito rico, porém de tessitura complexa, sobre a possibilidade jurídica de intersecção do conhecimento jurídico da marca e da proteção do consumidor. Para esta conclusão é suficiente essa correspondência entre marca, publicidade, qualidade e *goodwill*.

Com estas explicações podemos perceber que há um inter-relacionamento possível de ser explorado na seara dos estudos jurídicos consumeristas e da marca.

Sobre a responsabilidade pelos danos ocasionados por produtos e a marca podemos expor as seguintes potencialidades explicativas. Nessa forma de responsabilidade forjou uma imputação ao sujeito que se soerguia proeminente porque detinha os meios de produção: o fabricante. Quando os danos começaram a ocorrer vislumbrou-se que nele deveria recair o suporte dos prejuízos. Várias justificativas surgiram, embora a mais recorrente fosse a do risco. O fabricante deveria responder objetivamente sem a avaliação de sua conduta, porque era quem tinha condições econômicas de suportar os danos, que poderia diluir o seu prejuízo por meio de um seguro ou embutindo o seu custo no preço dos produtos, porque era o único capaz de prevenir os danos, ou que ainda deveria suportar o ônus da inevitabilidade dos defeitos de seus produtos e porque auferia benefício com a sua atividade de risco.

No direito estadunidense respondem fabricante e comerciante, porém, conforme a Diretiva Europeia, respondem fabricante, importador, quem apuser marca em produto e comerciante somente se não puder ser identificado o fabricante. No Brasil acresceu-se o produtor rural, o construtor e se excluiu aquele que apõe marca em produto.

Considerou na doutrina europeia que respondem os demais com o fabricante porque atuam como se este fosse, a exceção do importador. Este é responsável porque está mais acessível ao consumidor. Estas foram as explicações apresentadas pela nossa doutrina, nesse raciocínio dificultar-se-ia muito a atribuição de responsabilidade a quem explora a marca.

O problema reside na constatação de que quem explora a marca está deixando de produzir, por isso não poderia se justificar uma responsabilidade objetiva por danos

proveniente de produtos. Entretanto, se pensarmos da perspectiva do importador e demais justificativas atribuídas à aplicação da responsabilidade objetiva, consideramos isso possível.

Um dos fundamentos do fabricante é sua proeminência na organização produtiva. É porque detém o meio de produção dos principais produtos e que faz exercer relativo poder de influência na cadeia de fornecimento. O fabricante estabelece preços aos seus fornecedores e consumidores sempre os referenciado com seus custos. Assim, agrega condições de suportar melhor os prejuízos dos danos, seja porque pode distribuí-los, seja porque detém capacidade econômica para isso. Essa é a situação de quem explora a marca atualmente, assim teríamos algumas das justificativas sendo consideradas cabíveis a quem explora a marca.

Por outro lado temos a justificativa utilizada para a imputação da responsabilidade ao importador. Este não é responsável pelo risco, mas pela sua proximidade e facilitação ao consumidor da efetividade dos seus direitos. Logo, somando-se aquelas justificativas com esta, será possível afirmar que estando o proprietário da marca ou quem a licencia mais acessível ao consumidor, poderá ter-se sobre aquele a imputação de responsabilidade por danos provenientes de um produto defeituoso.

No que concerne à responsabilidade pelo vício que compromete a prestabilidade do produto ou que lhe diminua o valor, a responsabilidade seu saneamento recai sobre qualquer sujeito que participe da cadeia de fornecimento e contribua na colocação de produto no mercado de consumo. Esta é a inteligência do art. 18 do Código de Defesa do Consumidor que atribui a responsabilidade ao fornecedor, que por ser conceito legal indeterminado previsto no art. 3º, admite a sua ampliação de acordo com a realidade da organização da cadeia produtiva, estendendo o seu significado sempre que se identificar um sujeito novo que contribua direta ou indiretamente com o fornecimento de produtos no mercado. Consolida essa possibilidade de alargamento do rol de possíveis responsáveis, a regra da solidariedade, esta é a linha que perpassa e reúne todos os autores da ofensa e os que contribuíram de algum modo para a causação jurídica do dano.

Com o esforço analítico e conclusivo terminado e as possíveis conclusões expostas, podemos afirmar que é possível afirmar que responde o proprietário da marca ou

quem tem a licença exclusiva para explorá-la frente aos danos provenientes de produtos defeituosos e os vícios que comprometam os produtos.

6. BIBLIOGRAFIA

ABRAMOVAY, Ricardo. “Precaução, risco e razão científica”. *Gazeta Mercantil*. São Paulo, 12 de março de 2001.

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. Aspectos do código de defesa do consumidor. *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, ano --, n. 52, p.167-187, jul/1991.

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 1992. 2 v. (Coleção de teses).

ALMEIDA, João Batista de. *A Proteção Jurídica do Consumidor*. 3ª ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Saraiva, 2002.

ALPA, Guido. La actuación de la directiva comunitária sobre la responsabilidad del productor. *Revista Juridica de Catalunya*. Barcelona, ano 90, n. 2, p. 317-335, 1991.

ALPA, Guido. *La responsabilitá del produttore*. 3. ed. Milão: Dott, A. Giuffrè Editore, 1987.

ALPA, Guido; BESSONE, Mario. *Danno da prodotti e responsabilità dell'impresa. Diritto e problemi contemporanei*. Milão: Giuffrè, 1980. 6 v.

ALTERINI, Atílio Aníbal. Control de la publicidad y comercialización. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, n. 9, p. 12-16, out/dez 1994.

AMARAL JUNIOR, Alberto do. A responsabilidade pelos vícios dos produtos no código de defesa do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, n.2, p.100-123, mar/1992.

_____. O princípio da vinculação da mensagem publicitária. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v.14, p. 41-51, ___--___ 1995.

_____. *Proteção do consumidor no contrato de compra e venda*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

AMARAL, Luiz Otávio Oliveira de. História e Fundamento do Direito do Consumidor. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, SP, v. 78, n.648, p. 31-45, out. 1989.

ARAÚJO, Danilo Borges dos Santos Gomes de. Empresa e desenvolvimento importam as estruturas jurídico-organizativas à disposição dos agentes para o exercício de atividades empresariais. In RODRIGUEZ, José Rodrigo (Org.). *Fragments para um dicionário crítico de direito e desenvolvimento*. São Paulo:Saraiva, 2011, pp. 59-72.

ARRUDA ALVIM; ALVIM, Thereza; ARRUDA ALVIM, Eduardo; MARINS DE SOUZA, James J. *Código do Consumidor Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

_____. *Código do Consumidor Comentado*. 2ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ASCENSÃO, José de Oliveira. As Funções da Marca e os Descritores (Metatags) na Internet. *Revista da ABPI - Associação Brasileira da Propriedade Intelectual*. Rio de Janeiro, n. 61, p. 44-52, nov./dez./2002.

ATTANASIO JÚNIOR & ATTANASIO. Análise do princípio da precaução e suas implicações no estudo de impacto ambiental. Disponível em: <http://www.anppas.org.br/encontro_anual/encontro2/GT/GT09/grabriela.pdf>. Acessado em 26.09.2009 às 10:39.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Jurisprudência não pode criar responsabilidade objetiva, só a lei. Análises das súmulas n. 341, 489 e 492, do Supremo Tribunal Federal, e 132 do Superior Tribunal de Justiça. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, vol. 743, p.109-128, set./1997.

_____. Proposta de classificação da responsabilidade objetiva: pura e impura. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, vol. 698, p.7-11, dez./1993.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. O Direito Pós-moderno e a Codificação. *Revista do Direito do Consumidor* São Paulo, v.9, n. 33, p.123-129, jan./mar. 2000.

BARBOSA, Denis Borges. *A função econômica da marca*. Disponível em <<http://denisbarbosa.addr.com/econmar.pdf>>. Acesso em 22 jul. 2011.

_____. *Sobre a noção jurídica e econômica de marca*. <http://www.denisbarbosa.addr.com/notamarca1.pdf>. Acessado em 12/12/2010.

_____. *Sobre a noção jurídica e econômica de marca*. Disponível em <<http://www.denisbarbosa.addr.com/notamarca1.pdf>>. Acesso em 22 jul. 2011

_____. *Uma introdução a propriedade intelectual*. 2ª ed. *Lumen Juris*: Rio de Janeiro, 2003. Disponível em <http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/livros/umaintro2.pdf>. Acessado em 25/7/2012.

_____. *Uma introdução à propriedade intelectual*. 2ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. Disponível em <<http://www.denisbarbosa.addr.com/notamarca1.pdf>>. Acesso em 22 jul. 2011

BEBER, Sedinei José Nardelli; ROSSI, Carlos Alberto Vargas. Estudo da insatisfação do consumidor nos serviços prestados por assistências técnicas autorizadas de automóveis. *Rev. Adm. Contemp.*, Curitiba, v. 10, n. 2, jun/ 2006 . Disponível em <<http://www.scielo.br>>. Acesso em 18 mai 2009.

BECK, Ulrich. *Sociedad Del Riesgo*. Barcelona: Paidós, 1986.

BECKER, Anelise. As garantias implícitas no direito brasileiro e em perspectiva comparativista. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, n. 9, p.69-91, 1994.

BECKER, Anelise. Elementos para uma teoria unitária da responsabilidade civil. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, n. 13, p.42-55, 1995.

_____. *Teoria geral da lesão nos contratos*. São Paulo: Saraiva, 2000.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos *et al.* *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. GRINOVER, Ada Pellgrini *et. al.* *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 7ª ed. São Paulo: Forense Universitária, 2001.

_____. Da qualidade de produtos e serviços, da prevenção e da reparação de danos. OLIVEIRA, Jurez de (coord.). *Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 23-138.

_____. Fato do produto e do serviço. *In idem. Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 112-139.

_____. O conceito jurídico do consumidor. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, n.º 628, p. 69-79, fev. 1988.

_____. Teoria da Qualidade. *In idem et al. Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 100-111.

_____. *Teoria da Qualidade*. Disponível em: www.bdjur.stj.gov.br. Acesso em 31 ago 2009.

BERTOLDI, Marcelo. Responsabilidade contratual do fornecedor pelo vício do produto ou serviço. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, n. 10, p. 126-143. abr./jun. 1994.

BESSA, Leonardo Roscoe. Fornecedor equiparado. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, n. 61, p. 126-141, jan/mar 2007.

BESSA, Leonardo Roscoe. *Relação de consumo e aplicação do Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. Vício do Produto e Serviço. In BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos et al. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BIGNÉ ALCAÑIZ, J. Enrique; MARÍN SÁNCHEZ, Carmelo E. Influencia de la publicidad en la actitud hacia los productos foráneos versus domésticos. *Estudios sobre consumo*. Madrid, Ministerio de Sanidad y Consumo, Instituto Nacional del Consumo, n. 47, p. 35-50, 1998.

BOURGOIGNIE, Thierry. O conceito jurídico de consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 2, pp. 7-51, 1992.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. A proteção das expectativas legítimas derivadas das situações de confiança: elementos formadores do princípio da confiança e seus efeitos. *Revista de Direito Privado*. São Paulo, t. 3, v. 12, p. 169-225, out/dez 2002.

BRASIL. STJ. 3ª Turma, Resp 488.274/MG, rel. Min. Nancy Andrigui, j. 22.05.2003, v.u.

BULGARELLI, Waldírio. A tutela do Consumidor na Jurisprudência Brasileira e de *lege ferenda*. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. [cidade], ano --, v. 21, n. 49, p. 41-55, -- de 1983.

_____. Os interesses difusos e a proteção ao consumidor. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo, v. 46, p. 87-93, abr./jun. 1982.

_____. Publicidade enganosa: aspectos da regulamentação legal. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo, v. 57, p. 89-96, jan./mar. 1985.

_____. *Questões contratuais no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 1993.

CAMPOS, Maria Luiza Sabóia de. Da responsabilidade sem culpa do direito norte americano na proteção do consumidor. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*. São Paulo, v. 55, p. 56-68, jan./mar. 1991.

CANNATA, Carlo Augusto. In VISINTINI, Giovanna. “Sulle Fonti delle Obbligazione”– *Trattato della Responsabilitá Contrattuale (Diretto)*. [S.l.]: CEDAM, 2009.

CAPPELETTI, Mauro. Formações Sociais e Interesses Coletivos diante da Justiça Civil. *Revista de Processo*. São Paulo, n. 5, p.128-159, jan/mar 1977.

CARNEIRO DA FRADA, Manuel Antonio de Castro Portugal. *Teoria da Confiança e responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2004.

CARNEIRO, Thiago Jabur. *Licença de marca*. Curitiba: Juruá Editora, 2012.

CARPENA, Heloísa. Afinal, quem é o consumidor. Campo de aplicação do CDC à luz do princípio da vulnerabilidade. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro, ano 5, v. 19, p.29-48, jul/set 2004.

_____. O princípio da vulnerabilidade. In *O Consumidor no Direito da Concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 180–189.

CARRIL, Carmem. *Qual a importância da marca na sociedade contemporânea?*. São Paulo: Paulus, 2007. (Questões Fundamentais da Comunicação)

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Direito do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2008.

CEZAR, Frederico Gonçalves; ABRANTES, Paulo César Coelho. Princípio da precaução: considerações epistemológicas sobre o princípio e sua relação com o processo de análise de risco. *Cadernos de Ciência & Tecnologia*. Brasília, v. 20, n. 2, p. 225-262, mai/ago. 2003.

CHAISE, Valéria Falcão. *A publicidade em face do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2001.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial – Direito de Empresa*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 01.

_____. In OLIVEIRA, Juarez de (Coord.). *Comentários ao Código de Proteção do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. *O Empresário e os Direitos do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1994.

COMPARATO, Fábio Konder. Proteção do consumidor: importante capítulo do direito econômico. *Revista de Direito Público. Cadernos de direito econômico e empresarial*. São Paulo, v. 19, n. 80, p.185-196, out./dez. 1986.

_____. O direito Privado como um “Sistema em Construção” - As Cláusulas Gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, ano 87, v. 753, p. 24-48, jul/ 1998.

_____. Os campos normativos da boa-fé objetiva: as três perspectivas do Direito Privado brasileiro. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, ano 101, v. 382, p. 119-143, nov/dez 2005.

CORRÊA, Gustavo Bahuschewskyj. As faces da proteção do consumidor no direito de marcas. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 18, n. 71, p. 77-105, jul./set. 2009

COUTO E SILVA, Clovis Verissimo do. A teoria da base do negocio juridico no direito brasileiro. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 655, p. --, ----- 1990.

_____. Dever de indenizar. *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, v. 6, p. --, ----- 1967.

_____. Miguel Reale e Gilberto Freyre: duas matrizes do culturalismo brasileiro. In *LAFER, Celso; FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio (coord.). Direito. Política. Filosofia. Poesia: estudos em homenagem ao professor Miguel Reale no seu octogésimo aniversário*. São Paulo: Saraiva. 1992.

_____. O conceito de dano no direito brasileiro e comparado. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, n. 667, p. --, ----- 1991.

_____. O conceito de empresa no direito brasileiro. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, n. 613, p. --, ----- 1986.

_____. O conceito de empresa no direito brasileiro. *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, n. 37, p. --, 1986.

_____. O direito civil brasileiro em perspectiva historica e visao de futuro. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, n. 628, p. --, 1988.

_____. O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, n. 40, p. --, ----- 1987.

_____. O princípio da boa-fé e as condições gerais dos negócios. In: *Simpósio sobre as condições gerais dos contratos bancários e a ordem pública econômica. Organizado pelo Tribunal de Alçada do Paraná*. Curitiba: Juruá. 1988.

_____. O princípio da boa-fé no direito brasileiro e Português. *Em Estudos de Direito Civil brasileiro e português*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1980.

_____. *Obrigação como processo*. São Paulo: FGV. 2006.

_____. Para uma historia dos conceitos no direito civil e no direito processual civil. A atualidade do pensamento de Otto Karlowa e de Oskar Bulow. *Revista de Processo*. São Paulo, n. 37, p. 238-270, jan/mar. de 1985.

_____. O seguro no Brasil e a situacao das seguradoras. *Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, n. 33, p. --, 1985.

DENARI, Zelmo. Da qualidade de produtos e serviços, da prevenção e da reparação de danos. *In GRINOVER, Ada Pellgrini et al. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 7ª ed. São Paulo: Forense Universitária, 2001.

DIAS, José Aguiar. *Da reponsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DINIZ, Maria Helena. Responsabilidade do fornecedor pelos produtos fabricados e pelos serviços prestados. *Revista da Procuradoria-Geral da Republica*, n. 1, p. 76-95, out./dez. de 1992.

DIREITO GV. *O que é Pesquisa em Direito?* São Paulo: Quartier Latin, 2005.

DOMINGUES, Douglas Gabriel. *Marcas e expressões de propaganda*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. [tjsp, oab]

DONATO, Maria Antonieta Zanardo. *Proteção ao Consumidor – Conceito e Extensão*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

DONINI, Rogério Ferraz. *Responsabilidade Civil Pós-Contratual – No Direito Civil, no Direito do Consumidor, no Direito do Trabalho e no Direito Ambiental*. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FARIA, Jose Eduardo Campos de Oliveira. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Sociologia jurídica: direito e conjuntura*. São Paulo: Saraiva, 2008.

FERNANDES, Wanderley. O Código de Defesa do Consumidor e o Desenvolvimento Do Mercado. In LIMA, Maria Lúcia L. M. Padua (org.). *Direito e Economia - 30 anos de Brasil - Agenda Contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 2. (Direito GV - Série Gvlaw).

FERNÁNDEZ-NÓVOA, Carlos. *Fundamentos de Derecho de Marcas*. Madrid: Montecorvo, 1984.

FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo. Considerações sobre o interesse social e interesse difuso. *Revista Internacional de Direito e Cidadania*, n.06, p. 33-46, fev. de 2010.

FERREIRA, Waldemar. *Tratado de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 1962. v. 6.

FILOMENO, Jose Geraldo Brito. *Curso fundamental de direito do consumidor*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. *Manual de Direitos do Consumidor*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FLORÊNCIO, Marcelo Akyama. A estrutura jurídica da responsabilidade objetiva e da cláusula geral da solidariedade no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito Privado*. São Paulo, vol. 47, p.533-551, jul./set. de 2011.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

FONSECA, Jose Julio Borges da. Responsabilidade do fabricante pelo fato do produto e do serviço. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo. v.34. n.98. p.63-77. abr./jun. 1995.

_____. Responsabilidade do fabricante pelo fato do produto e do serviço. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo. v. 32. n. 90. p. 52-64. abr/jun de 1993.

FORGIONI, Paula A.. *Os Fundamentos do Antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____; GRAU, Eros Roberto. *O Estado, a empresa e o contrato*. São Paulo: Malheiros, 2005.

FRADERA, Vera Maria Jacob de. *O dever de informar do fabricante*. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, n. 656, p. 53-71, jun. de 1990.

FRANCO, Vera Helena de Mello. A responsabilidade do fabricante no direito brasileiro futuro. Confronto com o direito comparado. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo, n. 73, p. 80-92, jan./mar. de 1989.

FURLAN, Valéria. Princípio da veracidade nas mensagens publicitárias. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, n.10, p.97-125, abr./jun. de 1994.

GAMA CERQUEIRA, João da. *Tratado da propriedade industrial*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1946. v. 1.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. Responsabilidade pelo fato do produto e do serviço. In *SILVA, Regina Beatriz Tavares da (Coord.). Responsabilidade civil nas relações de consumo*. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 131-171.

_____. Vícios do produto e do serviço. In *LOTUFO, Renan; MARTINS, Fernando Rodrigues (coord.). 20 anos do Código de Defesa do Consumidor: conquistas, desafios e perspectivas*. São Paulo: Saraiva. 2011. p. 331-356.

GOMES, Orlando. Responsabilidade civil do fabricante. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*. São Paulo, n. 32. p.12-21. abr./jun./1985.

_____. *Transformações Gerais do Direito das Obrigações*. 2ª ed., 1980.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro – Contratos e atos unilaterais*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v.3.

_____. *Responsabilidade Civil*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GOZZO, Gonzalo. Publicidad: su relación com La oferta y la ejecución del contrato. *Revista do Consumidor*. São Paulo, v.17, p. 26-__.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 – Interpretação e Crítica*. 6ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 7ª ed. ver. e ampl. São Paulo: Forense Universitária, 2001.

GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. *Publicidade Ilícita e a Responsabilidade Civil das Celebridades que dela Participam*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007

_____. *Vícios do produto e do serviço por qualidade, quantidade e insegurança: cumprimento imperfeito do contrato*. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GUIVANT, Julia. A Teoria da Sociedade de Risco de Ulrich Beck: Entre o Diagnóstico e a Profecia. *Estudos de Sociedade e Agricultura*. n. 16, pp. 95-112, abril de 2001.

_____. Reflexões na Sociedade de Risco: Conflitos entre Leigos e Peritos sobre os Agrotóxicos. In *Qualidade de vida e riscos ambientais*. Herculano Selene (org.). Niteroi: Editora da UFF, 2000, pp. 281-303.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. coord.. *Direito e responsabilidade*. Belo Horizonte: Del Rey. 2002.

_____. Novos rumos da satisfação reparatoria. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*. Bauru, n. 28, p. 107-118, 2000.

_____. Responsabilidade civil e contemporaneidade: relato e moldura. *Revista da Escola Paulista de Direito*. São Paulo, v. 1, n. 1, p. 203-216, 2005.

_____. Responsabilidade civil: estado da arte no declínio do segundo milênio e alcores dos novos tempos. In *NERY, Rosa Maria de Andrade; Rogério DONNINI (coord.). Responsabilidade Civil – Estudos em homenagem ao Professor Rui Geraldo Camargo Viana*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, pp. 184-224.

_____. Responsabilidade civil: circunstâncias naturalmente, legalmente e convencionalmente escusativas do dever de indenizar o dano. In: *DINIZ, Maria Helena (Coord.). Atualidades jurídicas*. São Paulo: Saraiva. 1999. vol. 1.

_____. Responsabilidade pressuposta: evolução de fundamentos e de paradigmas da responsabilidade civil na contemporaneidade. In: *TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coord.). O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas: estudos em homenagem ao professor Ricardo Pereira Lira*. Rio de Janeiro: Renovar . 2008.

_____. *Responsabilidade pressuposta*. São Paulo: Del Rey, 2005.

_____. Tendências atuais da responsabilidade civil: marcos teóricos para o direito do século XXI. In: DINIZ, Maria Helena); LISBOA, Roberto Senise (Coord.). *O direito civil no século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____; SIMÃO, José Fernando (Coord.). *Ensaio sobre responsabilidade civil na pós-modernidade*. Porto Alegre: Magister, 2009.

INTERBRAND – *creating and managing brand value. Marcas Brasileiras mais valiosas*. Disponível em <http://www.interbrand.com/es/knowledge/branding-studies.aspx>, acessado em 01 jan. 2012

JACQUES, Daniela Corrêa. A proteção da confiança no direito do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo. n. 45, jan./mar.2003. p.331-362.

KLEIN, Naomi. *Sem logo – A tirania das marcas em um planeta vendido*. Trad. Ryta Vinagre. São Paulo-Rio de Janeiro: Ed. Record, 2004.

KUHN, Thomas. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. São Paulo: Perspectiva, 1995.

LACEY, Hugh. *O princípio de precaução e a autonomia da ciência*. **Scientiæ Zudia**, São Paulo, v. 4, n. 3, p. 373-92, 2006.

LARENZ, Karl. “*Culpa in contrahendo*”, dever de segurança no tráfico e contato social. Trad. Karina Nunes Fritz. *Revista de Direito Privado*. São Paulo, n. 34, p. 343-352, 2008.

_____. O estabelecimento de relações obrigacionais por meio de comportamento social típico. Trad. Alessandro Hirata. *Revista da Direito GV*. São Paulo, v. 2, n. 1, p. 055–064, jan/jun 2006.

LEAES, Luiz Gastão Paes de Barros. *A responsabilidade do fabricante pelo fato do produto*. São Paulo: Saraiva, 1987.

LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações coletivas – História, teoria e prática*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Redes contratuais no mercado habitacional para consumo*. TOMASETTI Junior, Alcides (orient). Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2001.

LIPOVESTKY, Gilles. *A felicidade paradoxal*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

LISBOA, Roberto Senise. *Relação de Consumo e a proteção jurídica no direito brasileiro*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

_____. *Responsabilidade civil nas relações de consumo*. 2ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006.

LOBO, Paulo Luiz Netto. Deveres Gerais de Conduta nas obrigações civis. In *Série grandes temas de Direito Privado - Questões controvertidas no novo Código Civil – No direito das obrigações e nos contratos – vol. 4 – coord. Mário Luiz Delgado e Jones Figueiredo Alves*. São Paulo: Ed. Método, 2005, pp. 75-94.

_____. Fatos Jurídicos como Fonte das Obrigações. *DIDIER JR., Fredie.; EHRHARDT JR, Marcos (Coord.). Revisitando a Teoria do Fato Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 489-498.

_____. *Responsabilidade por vício do produto ou do serviço*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

_____. Responsabilidade por vícios nas relações de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, ano--, n. 14, p.33-40, abr./jun./1995.

LOBO, Thomaz Thedim. *Introdução à nova lei de propriedade industrial: Lei nº 9.279/96*. São Paulo: Atlas, 1997.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direito da Concorrência e Direito do Consumidor*. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, v. 34, _____.

_____. *Responsabilidade civil do fabricante*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

LOPEZ, Teresa Ancona. *Nexo Causal e Produtos Potencialmente Nocivos: A Experiência Brasileira do Tabaco*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

_____. *Princípio da precaução e evolução da Responsabilidade Civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

LORENZETTI, Ricardo Luis. La oferta como apariencia y la aceptación basada en la confianza. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, ano --, n. 35. p. 9-38, jul./set. de 2000.

_____. Redes contractuales: conceptualización jurídica, realciones internas de colaboración, efectos frente a terceros. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, ano --, n. 28. p. 22-58, out./dez. de 1998.

_____. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LUCCA, Newton. *Direito do Consumidor*. 1ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

_____. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. 2ª rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MAGALHAES DIAS, Lucia Ancona Lopez de. *Publicidade e Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARINS, James. *Responsabilidade da empresa pelo fato do produto – Os acidentes de consumo no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. (Biblioteca de direito do consumidor). v. 5.

MARQUES, Cláudia Lima, BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos, e BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 4^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 5^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 6^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Proposta de uma teoria geral dos serviços com base no Código de Defesa do Consumidor*. **Revista do Consumidor**. São Paulo, ano 9, n.33, p. 79-122, jan./mar. 2000.

_____. *Vinculação própria através da publicidade? A nova visão do Código de Defesa do Consumidor*. **Revista do Consumidor**. São Paulo, n.10, p. 7-20, abr./jun. 1994.

_____; BENJAMIN, Antônio Herman; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao código de defesa do consumidor: arts. 1 a 74, aspectos materiais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MCcRACKEN, Grant. *Cultura & Consumo: novas abordagens ao caráter simbólico dos bens e das atividades de consumo*. Tradução Fernanda Eugenio. Rido de Janeiro: Maud, 2003. (Coleção cultura e consumo / Coord. Everardo Rocha).

MELEDO-BRIAND, Danièle. *A Consideração dos Interesses do Consumidor e o Direito da Concorrência*. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 35, p. 39 a 59, -- de ----.

MENDONÇA, Jose Xavier Carvalho de. *Tratado de direito commercial brasileiro*. Rio de Janeiro: Jornal do Commercio, 1919. v. 5.

MORO, Maitê Cecília Fabbri. A questão da regulamentação das marcas de alto renome. *In: SANTOS, Manoel J. Pereira dos (coord.); JABUR, Wilson Pinheiro (coord.). Sinais distintivos e tutela judicial e administrativa*. São Paulo: Saraiva. 2007. p. 100-132.

_____. *Direito de Marcas – Abordagem das marcas notórias na Lei 9.279/1996 e nos acordos internacionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

NEGRÃO, Ricardo. *Direito empresarial*. São Paulo: Saraiva, 2008

_____; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. *A defesa do consumidor no Brasil*. **Revista de Direito Privado**. São Paulo, ano 5, n. 18, p. 218-297, abr./jun. 2004.

_____. *Aspectos da responsabilidade civil do fornecedor no Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90)*. **Revista do Advogado**. São Paulo, n. 33. p. 76-7. dezembro de 1990.

_____. *Aspectos do processo civil no código de defesa do consumidor*. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, ano --, n. 1, p.200-221. mar./1992.

_____. *Aspectos do processo civil no código de defesa do consumidor* Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/17436-17437-1-PB.htm>. Acesso em 22 jul. 2011.

_____. *Os Princípios Gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. **Revista do Direito do Consumidor**. São Paulo, ano 1, v. 3, pp. 44-77, julho/agosto de 1992.

_____. *In Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 9ª ed. São Paulo: Forense Universitária, 2007.

_____. *Proteção contratual*. *In Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 10ª ed. Rio de Janeiro: GEN & Forense, 2011.

_____. *In Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 7ª ed. São Paulo: Forense Universitária, 2001.

_____. *Visão sobre a principiologia do Código de Defesa do Consumidor*. *Revista do Advogado*. São Paulo. São Paulo, n. 114. p. - . -- 2011.

_____; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Leis civis comentadas*. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____; SANTOS, Thiago Rodovalho dos. *Renegociação contratual*. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 906, -- 2011.

NERY, Ana Luiza Barreto de Andrade Fernandes. *O fenômeno jurídico de interesse transindividual*. **Revista de Direito Privado**. São Paulo, v. 36, p.33-50, -- 2008.

NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. *Ato e atividade*. **Revista de Direito Privado**, ano 6, vol. 22, pp. 10/21, abril-junho de 2005.

_____. *Introdução ao Pensamento Jurídico e a Teoria Geral do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NORONHA, Fernando. *Responsabilidade civil: uma tentativa de ressystematização*. **Revista de Direito Civil**. São Paulo, ano --, p. 12-47, -- - -- de 19--.

OTAMENDI, Jorge. *Derecho de Marcas*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2003.

PAES, Paulo Roberto Tavares *Propriedade industrial*. São Paulo: Saraiva, 1987.

PASQUALOTO, Adalberto. A responsabilidade civil do fabricante e os riscos de desenvolvimento. *In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). Estudos sobre a proteção do consumidor no Brasil e no Mercosul*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994, pp. 73-94.

_____. *Oferta e Publicidade no Código de Defesa do Consumidor*. *In: LOPEZ, Teresa Ancona; AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado (Coord.). Contratos de Consumo e Atividade Econômica*. São Paulo: Direito GV/GVlaw e Editora Saraiva, 2009, pp. 35-112. (Série GVlaw)

_____. *Os efeitos obrigacionais da publicidade no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

PENTEADO, Luciano de Camargo *Direito das coisas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil do fabricante*. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, ano 80, n. 285, p. 7-14, jan.-mar. de 1984.

_____. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

PODESTA, Fabio Henrique. *Interesses Difusos, qualidade de Comunicação e Controle Judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PUGLIESI, Márcio. *Teoria do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2009.

PÜSCHEL, Flavia Portella ; MACHADO, Marta Rodriguez de Assis . Questões atuais acerca da relação entre as responsabilidades civil e penal. *In XV Congresso Nacional do CONPEDI, 2006, Manaus. Anais do XV CONPEDI*. São Paulo : ANPEDI, 2006. v. 15

_____. *A Responsabilidade por Fato do Produto no CDC – Acidentes de Consumo*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

_____. Consequências práticas da distinção entre vício e fato do produto: uma análise de decisões judiciais escolhidas. *Revista de Direito Privado*. São Paulo, v. 25, p. 164-176, 2006.

_____. Responsabilidade Civil Objetiva: Correção de Trocas Ineficientes ou Repressão ao Ilícito?. *In: Maria Lúcia L. M. Pádua Lima. (Org.). Agenda Contemporânea: Direito e Economia 30 anos de Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1, p. 299-315.

_____. Responsabilidade. *In: José Rodrigo Rodriguez. (Org.). Fragmentos para um dicionário crítico de direito e desenvolvimento*. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 1, p. 167-182

_____. MACHADO, Marta Rodriguez de Assis (Org.). *Teoria da Responsabilidade no Estado Democrático de Direito – Textos de Klaus Günther*. São Paulo: Saraiva – Direito FGV, 2009.

QUEIROZ, Odete Novais Carneiro. *Da responsabilidade por vício do produto e do serviço*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998

REALE, Miguel. *Estudos Preliminares do Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Lições Preliminares de Direito*. 24ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *Visão geral do novo Código Civil*. Jus Navigandi, Teresina, a. 6, n. 54, fev. 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2718>>. Acesso em: 08 fev. 2004.

REICH, Norbert. Algumas Proposições para a Filosofia da Proteção do Consumidor. **Revista dos Tribunais** 728/11.

REICH, Norbert. *Mercado y derecho: (teoría y praxis del derecho económico en la República Federal Alemana)*. Barcelona : Ariel, 1985.

REQUIAO, Rubens. *Curso de direito comercial*. Atual. por Rubens Edmundo Requião. 30ªed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1.

ROCHA, Silvio Luís Ferreira. *A oferta no Código de Defesa do Consumidor*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010.

_____. *Responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto no Direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ROGERS, Edward S. The Lanham Act and the Social Function of Trade-Marks. *Law and Contemporary Problems*. v. 14, n. 2, Trade-Marks in Transition. Spring 1949. p. 173-184.

SALLES, Carlos Alberto (Org.). *Processo Civil e Interesse Público – O processo como instrumento de defesa social*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito como instrumento de transformação social e econômica. *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte, v. 1, p. 15-44, 2003.

_____. *Direito Concorrencial - As Condutas*. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Direito Concorrencial - As Estruturas*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor e a defesa do fornecedor*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor e a defesa do fornecedor*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTANA, Hector Valverde. *Prescrição e decadência nas relações de consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SANTOS, Fernando Gherardini. *Direito do Marketing*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

SAYEG, Ricardo Hasson & MATSUSHITA, Thiago Lopes. O Direito Econômico Brasileiro como Direito Humano Tridimensional . In: CONGRESSO COPENDI, [S.l.], 2008. *Anais ...* [S.l.]: COPENDI, 2008. Disponível em <http://www4.pucsp.br/capitalismohumanista/downloads/o_direito_economico_brasileirocom_o_direito_humano_tridimensional.pdf>.

Acesso em: 25 jul 2010 18:45:54.

_____. *O Capitalismo Humanistas – Textos de Estudo da Pós-Graduação – Mestrado*. Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2010.

_____. Capitalismo Humanista no Brasil. Disponível em: http://www4.pucsp.br/capitalismohumanista/downloads/o_capitalismo_humanista_no_brasil.pdf. Acesso em 25 jul 2010 18:45:54.

_____. Práticas Comerciais Abusivas. *Revista do Consumidor*. São Paulo, ano 2, vol. 7, p. 37-58, jul/set 1993.

SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil – Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos*. São Paulo: Atlas, 2009.

SCHUMPETER, Joseph A. *A Teoria do Desenvolvimento Econômico*. Nova Cultural, 1985.

SHERWOOD, Robert. M. *Propriedade intelectual e desenvolvimento econômico*. São Paulo: Edusp, 1992. (Mack 342.27 S554p)

SIDOU, Jose Maria Othon. Responsabilidade civil do produtor em face do consumidor. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*. São Paulo, v. 3, p.187-194, jan./mar./1978.

_____. *Proteção do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

SILVA, João Calvão da. *Responsabilidade civil do produtor*. Coimbra: Almedina, 1999.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVEIRA, Newton. *Curso de propriedade industrial*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

_____. *A propriedade intelectual e a nova lei de propriedade industrial: Lei 9279 de 14.5.1996*. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. *Licença de uso de marca e outros sinais distintivos*. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____; SILVEIRA, Wilson (org.). *Estudos e pareceres de propriedade intelectual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SIMÃO, José Fernando. Fundamentos da Responsabilidade Civil no Código de Defesa do Consumidor. In SILVA, Regina Beatriz Tavares da (Coord.). *Responsabilidade civil nas relações de consumo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 79-129.

_____. *Vícios do produto no novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2003.

SMITH, Adam. *A Riqueza das Nações - Investigação sobre sua Natureza e suas Causas*. Tradução de Luiz João Baraúna. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1996. v. 01. (Col. Os Economistas)

SOARES, José Carlos Tinoco. *Comentários à lei de patentes, marcas e direitos conexos: Lei nº 9.279 – 14.05.1996*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. Estudo e regime das marcas coletivas e de certificação e denominações de origem. Conveniência de sua adoção. *Revista dos Tribunais*. São Paulo. n. 562, p.09-27. ago./1982.

SOARES, Jose Carlos Tinoco. Marca de alto renome e marca notoriamente conhecida. *Revista dos Tribunais*. São Paulo. n. 738, p.32-40. abr. / 1997.

_____. Panorama da propriedade intelectual: sinais distintivos. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*. São Paulo, n. 20, p.138-151, jul./dez./2007.

SODRE, Marcelo Gomes. *A Construção do Direito do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. *Formação Nacional de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil. In: *TEPEDINO, Gustavo (Coord.). Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 29-44.

TOMASETTI Jr. As relações de consumo em sentido amplo na dogmática das obrigações e dos contratos. *Revista do Consumidor*. São Paulo, v.13, 1995, pp. 12-17.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Curso de direito comercial. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008. vol. 1.

WADA, Ricardo Morishita. A Defesa da Concorrência e sua relação com a defesa do consumidor – Algumas proposições reflexivas. *Revista de Direito Econômico*. Brasília, n. 30, pp. 163-166, ago/dez 1999.

WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge. Os contratos e a insuficiência das formas societárias de organização da empresa econômica. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*. São Paulo, n. 22, p.262-275, jul./dez. 2008.

ZEBULUM, José Carlos. Introdução às marcas. *Revista da ABPI - Associação Brasileira da Propriedade Intelectual*. Rio de Janeiro. n. 80, p.56-68. jan./fev./2006.