

PUBLICIDADE DAS MARCAS NA INTERNET E A PROTEÇÃO DOS CONSUMIDORES

Natália de Campos Aranovich¹

SUMÁRIO: Resumo. 1 Introdução. 2 Conceito e função da marcas. 3 Publicidade e as suas formas na Internet. 4 A proteção do consumidor através da publicidade das marcas veiculadas na Internet. 5 Considerações. Referências.

RESUMO

Este artigo analisa a função secundária das marcas em relação a sua força vinculante como garantia dos produtos e serviços para o consumidor; este último conforme definido na Lei n.8078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor). Enfoca-se, em um primeiro plano, o conceito e a função da marca para após ser analisado o conceito de publicidade e as formas de veiculação da publicidade na Internet. Diante disso, verifica-se qual a função que a marca exerce para fins de garantia do consumidor na Internet, juntamente com a análise de algumas decisões, proferidas pelo poder judiciário, as quais ressaltam a relação existente entre o consumidor, a marca e a publicidade na Internet.

Palavras-chave: Consumidor. Marcas. Publicidade na Internet.

1 INTRODUÇÃO

O estudo da relação entre as marcas, a publicidade na Internet e o consumidor² nasceu de convite para assistir, na condição de ouvinte, a uma aula de doutorado da Ciência da

¹ Advogada e sócia do Escritório Aranovich, Branco e Cia. Advogados, mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Especialista em Direito Internacional pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Vice- Presidente da Comissão de Estudos sobre Propriedade Intelectual da Ordem dos Advogados do Brasil e vice-coordenad.

² Adotaremos a expressão “consumidores” em conformidade com a distinção feita por José de Oliveira Ascensão, para quem o conceito de público é muito mais abrangente que consumidor. “[...] O Código de Propriedade Industrial, mesmo ao regular os direitos privativos, considera frequentemente o interesse dos consumidores. Assim, em matéria de marca, condena a imitação ou usurpação por induzir facilmente o consumidor em erro ou confusão [...]. Para não sobrecarregar mais a análise, vamos supor que o interesse do público destinatário se identifica com o interesse do consumidor. [...]” (ASCENSÃO, José de Oliveira. *Concorrência desleal*. Lisboa: Almedina, 2002. p. 133). Isso porque, para José de Oliveira Ascensão, o público destinatário é muito mais abrangente do que o consumidor, sendo esse último gênero daquela espécie. O público destinatário pode não ser necessariamente um consumidor.

Comunicação na New York University, em 2009, a qual tinha como tema central as formas de publicidade em redes sociais na Internet. A oportunidade teve origem no convite do ministrante da aula, o Publicitário Pedro Cabral, criador e idealizador da primeira Agência de Publicidade voltada para a Internet no Brasil. Durante a aula, foi demonstrado à classe como a criação de grupos dentro da rede social, *Facebook*, influencia as formas de comunicação e ainda direciona a publicidade do usuário que utiliza as redes sociais. Posteriormente, através também de convite e do incentivo do Doutor, Professor, Advogado e Presidente da Comissão de Propriedade Intelectual da OAB.RS, Luiz Gonzaga Adolfo, utilizamos aqueles conhecimentos adquiridos na aula de 2009 para aplicação ao direito da propriedade intelectual, dando azo à realização de palestra a qual demonstrava a relação entre as marcas, o consumidor e a publicidade na Internet.

Feitas essas considerações iniciais, em artigo publicado no livro *Propriedade Intelectual em Perspectiva*³, endossamos a teoria defendida por João da Gama Cerqueira⁴, de que a função primordial da marca é assegurar a proteção ao seu titular em relação aos demais produtos e serviços postos no mercado. Essa tese contrapõe-se a outra defensora de que a função primordial da marca é a proteção dos interesses do consumidor⁵. Não desconsideramos esta segunda teoria, pelo contrário, damos a ela, neste artigo, extrema relevância. Contudo, a teoria da função da marca como tutela do consumidor é apenas secundária e deve ser analisada em conformidade não apenas com as regras relativas à proteção da propriedade intelectual, mas principalmente com aquelas regulamentadoras da relação consumeirista e previstas na Lei n.8.078 de 1990. Portanto, a diferenciação necessária para a compreensão deste artigo é de que analisáramos a relação entre as marcas, os consumidores, a publicidade e a Internet sob a ótica das relações de consumo e não da tutela da propriedade intelectual. Isso porque, quando o enfoque tem como centro o titular da propriedade intelectual, as regras e princípios aplicáveis são aqueles previstos nas leis que regulamentam a propriedade intelectual e o próprio Código Civil Brasileiro. De outro lado, quando analisamos a função secundária da marca, o enfoque é desviado para o consumidor e as regras aplicáveis são

³ ARANOVICH, Natália de Campos. Marcas e Sua Importância para os Consumidores. In: ADOLFO, Luiz Gonzaga; MORARES, Rodrigo (Coord.). *Propriedade Intelectual em Perspectiva*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008. p. 347.

⁴ CERQUEIRA, João da Gama. *Tratado de propriedade industrial*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. v. 2, p. 773-774.

⁵ “The main function of a trademark is to enable consumers to identify a product (whether a good service) of particular company so as to distinguish it from other identical or similar products provided by competitors.”

aquelas regulamentadoras das relações de consumo, sendo as relativas à propriedade intelectual analisadas apenas de forma secundária e para definir as funções e conceitos da propriedade intelectual.⁶

2 CONCEITO E FUNÇÃO DAS MARCAS

As marcas servem para identificar, individualizar e distinguir determinados produtos e serviços de outros existentes no mercado, como conceitua um dos maiores clássicos da doutrina sobre propriedade industrial, João da Gama Cerqueira:

[...] A marca de fábrica e de comércio pode ser definida como todo o sinal distintivo aposto facultativamente aos produtos e artigos das indústrias em geral para identificá-los e diferenciá-los de outros idênticos ou semelhantes de origem diversa. [...] As marcas consistem essencialmente, como o próprio nome indica, em um sinal colocado nas mercadorias para distingui-las. Dizendo, pois, todo o sinal distintivo, abrangemos qualquer sinal suscetível de constituir marca, exceto, como é óbvio, os que a lei explícita ou implicitamente proíbe, oposto facultativamente aos produtos e artigos, acrescentamos, porque a marca não é obrigatória, nem precisa ser inerente ao produto, podendo ser oposta de qualquer modo; das indústrias em geral, porque o uso da marca não se restringe a certas e determinadas indústrias; para identificá-los e diferenciá-los de outros idênticos ou semelhantes de origem diversa, porque, embora se aponte como principal função da marca distinguir o produto pela sua origem, não é essencial que conste a marca o nome do produtor ou vendedor, de modo que, nesses casos, a marca individualiza e identifica o produto, distinguindo-o de seus similares de origem diversa pelo próprio emblema ou denominação adotada.⁷

Os critérios para evitar e tutelar essa confusão, quando estivermos falando sob a ótica do titular da marca são encontrados na Lei de Propriedade Industrial (Lei n.9.279 de 14 de maio de 1996). De outro lado, quando estivermos analisando a confusão sob o enfoque do consumidor, incidirão as leis e os princípios regulamentadores das relações de consumo, sendo as normas relativas à propriedade intelectual secundárias e utilizadas apenas para as definições de conceitos a serem aplicados nas relações de consumo. Assim, na Lei de Propriedade Intelectual, encontramos de forma indireta alguns nortes para a definição sob o enfoque do consumidor, que são os princípios da veracidade e novidade.

WIPO. Making a mark: separate. [S.l.], 2006. p. 3. (Intellectual Property for Business Series, n. 1). Disponível em: <http://www.wipo.int/sme/en/documents/guides/making_mark.html>. Acesso em: fev. 2007.

⁶ Nesse sentido: “Podemos dizer que o interesse do consumidor está necessariamente presente no instituto da concorrência desleal? O Código da Propriedade Industrial, mesmo ao regular direitos privativos, considera, frequentemente, o interesse dos consumidores. Assim, em matéria de marca, condena a imitação ou usurpação por induzir facilmente o consumidor em erro ou confusão (art. 192/1 b). [...]” (ASCENSÃO, 2002, p. 133).

⁷ CERQUEIRA, 1982, v. 2, p. 773-774.

Dispõe o art. 124, inciso V, da Lei n. 9.279/96 a respeito do princípio da veracidade quando determina que “[...] não podem ser registradas como marca reprodução ou imitação de elemento característico ou diferenciador de título de estabelecimento ou nome de empresa de terceiros, suscetível de causar confusão ou associação com estes sinais distintivos.” Com efeito, o princípio da veracidade tem como objetivo atestar a origem da marca em correspondência com o fabricante do produto ou prestador do serviço, ou seja, a pessoa jurídica do fabricante ou aquele que comercializa o produto no mercado. Embora a veracidade seja requisito para o registro da marca, configura também garantia para o consumidor que, ao adquirir o produto ou serviço, não será induzido em erro a respeito de sua origem e, ou, procedência.⁸ A marca estará, assim, para o consumidor, atestando a origem do fornecedor, produtor e fabricante.

Outra forma de análise da confusão, prevista de forma indireta na Lei de Propriedade Industrial para o consumidor, é através do princípio da novidade. Segundo esse princípio, a marca, para fins de registro, deve ser nova, isto é, gozar de cunho distintivo das outras já existentes no mercado. Todavia, a novidade está adstrita ao ramo de atividade da pessoa jurídica e à classe em que a marca está registrada. Por esse motivo, o princípio da novidade ganha também o nome de princípio da novidade relativa ou da especificidade, como preconizado no inciso XIX, do art. 124⁹, da Lei n. 9.279/96¹⁰. Pelo princípio da especificidade, a marca deve ser registrada, pelo titular, na classe correspondente aos serviços por ele prestados ou pela relação com os produtos por ele comercializados. Atualmente, o Brasil adota a Classificação Internacional de Produtos e Serviços - NICE (adotada pelo Brasil em janeiro de 2000 e atualizada pela OMPI/WIPO): NCL (9), segundo a qual cada pedido de registro deverá referir-se a uma única classe de produto ou serviço, sendo, atualmente, 45

⁸ “El primer principio en sustancia concierne a la tutela del consumidor y se conecta a la necesaria veracidad de la marca, que de otro modo se convertiría en instrumento de engaño para el consumidor. [...]” (ASCARELLI, Túlio. *Teoría de la concurrencia y los bienes inmateriales*. Barcelona: Real Colegio de España en Bolonia, 1970. p. 411).

⁹ “Art. 124. Não podem ser registradas como marca: (omissis): XIX – reprodução ou imitação, no todo ou em parte, ainda que com acréscimos de marca alheia registrada, para distinguir ou certificar produto ou serviço idêntico, semelhante ou afim, suscetível de causar confusão; (omissis).”

¹⁰ “Este requisito, entretanto, não deve ser entendido de modo absoluto: a novidade da marca é relativa, bastando, para considerar-se nova, que a marca não seja ainda usada para assinalar produtos idênticos e semelhantes. Diz-se isso, também que a marca deve ser especial, isto é, deve aplicar-se a certo produto ou classe de produtos, ou a certo gênero de comércio ou indústria, conforme o sistema de cada lei. A novidade da marca, portanto, resulta de sua especialização, o que Allart explica com justeza, dizendo: “Em resumo, a novidade exigida em matéria de marcas consiste na especialização do sinal adotado pela sua aplicação a certo produto; é o que se costuma exprimir dizendo-se que a marca deve ser especial, isto é, não deve confundir-se

classes, 34 de produtos e 11 de serviços.¹¹ Por essa razão é que podemos ter duas marcas iguais que atestem fornecedores ou fabricantes diversos. E mais, o registro em apenas uma das classes não confere, em tese, o direito ao titular de impedir o registro de marca semelhante ou idêntica em outras classes, a não ser que haja estreita relação com a sua atividade. Assim, recomenda-se que para se evitar confusão, aquele que pretende registrar uma marca deverá fazê-lo em todas as classes de produtos e serviços nas quais exerça sua atividade e evitar assim que o consumidor não seja induzido em erro ou que outrem venha a registrar a sua marca em outra classe de produto ou serviço.

Verifica-se, portanto, especialmente através da análise dos princípios da especificidade (ou novidade relativa) e da veracidade, ser a preocupação do legislador evitar a confusão entre marcas idênticas e semelhantes para o consumidor seja atestando a origem ou evitando a confusão em classes semelhantes ou afins. Importante ressaltar que tal proteção tem apenas como aspecto secundário a tutela do consumidor, de modo a evitar que o mesmo seja induzido em erro ou engano no momento da compra. Reitera-se que, na análise das regras relativas à propriedade intelectual, apenas de forma secundária e indireta está a preocupação do legislador com a figura do consumidor. A proteção indireta se justifica porque é o consumidor quem será induzido em erro no momento da aquisição do produto ou serviço, o qual contenha marca idêntica ou semelhante a outra já registrada. Ao violar os direitos sobre a marca, aquele que o faz atua de forma ilícita tanto em relação ao titular dos direitos sobre a marca, como também contra o consumidor.

Cerqueira, considerado uma das mais clássicas doutrinas a respeito da propriedade industrial, ressalta ser a marca uma garantia do titular. Segundo o autor, a função principal desta é garantir ao seu detentor usufruir economicamente os frutos de seu trabalho, na exploração de determinada marca de produto ou serviço.¹² Apenas de forma secundária e indireta é que a legislação a respeito da propriedade industrial preocupa-se com a figura do consumidor.

com qualquer outra anteriormente empregada para objetos semelhantes. [...]” (CERQUEIRA, 1982, v. 2, p. 778).

¹¹ A classificação de NICE pode ser obtida no site do Instituto Nacional de Propriedade Industrial (www.inpi.gov.br).

¹² “[...] a função da marca, em relação ao consumidor é secundária e indireta, sendo sua função primordial assegurar os direitos e interesses de seu titular, evitando-se a confusão entre os produtos postos no comércio. [...]” (CERQUEIRA, 1982, v. 2, p. 775).

Ascarelli, destacando a característica distintiva das marcas, observa ser possível, mediante tal requisito, o consumidor identificar, facilmente, determinado produto como sendo do fabricante. O jurista insere, ainda, o interesse do consumidor, nessa ótica, como sendo a primeira justificativa para a tutela do direito sobre marcas.¹³

3 A PUBLICIDADE E AS SUAS FORMAS NA INTERNET

A publicidade pode ser considerada como forma de

[...] manipulação planejada da comunicação visando, pela persuasão, promover comportamentos em benefício do anunciante que a utiliza e que tem como função disseminar informações, raciocínios e ideias que permitam aos consumidores estarem mais informados sobre os produtos e serviços existentes e à sua disposição, e, possibilitar aos anunciantes o aumento dos seus negócios, através da conquista de mais consumidores.¹⁴

Para Cláudia Lima Marques, a

[...] web publicidade é realizada por inúmeros meios e pode ser considerada como sinônimo de toda e qualquer informação comercial, comunicação institucional, gráfica ou de marca, que utiliza o meio eletrônico (ícones, marcas no site, banners estáticos, banners interativos, textos publicitários, mensagens de e-mails, spam, web sponsoring, ofertas etc.¹⁵

Elemento comum tanto no conceito publicitário como no jurídico de publicidade é a importância dada à informação para o consumidor dos diferentes produtos e serviços existentes no mercado. Porém, enquanto no conceito publicitário a informação é destinada a disseminar idéias dos diferentes produtos e serviços existentes no mercado, no conceito jurídico ela é destinada à proteção do consumidor, pois a informação tem caráter vinculativo para aquele que a divulga através dos meios de comunicação. No conceito jurídico e para fins de aplicação do Código de Defesa do Consumidor, o importante é que o consumidor seja informado com clareza a respeito de todos os elementos dos produtos e serviços existentes no mercado.

¹³ “Por ello puede requerirse en la marca (v.arts.17 y 18 L.M.) originalidad y novedad, esto es, por un lado, abstracta capacidad distintiva (requisito que concierne a la tutelabilidad misma del signo, como marca), por otro, diferenciación de otras marcas válidas dentro del mismo ámbito, requisitos, ambos, que tienen una primera justificación en la tutela del público consumidor. [...]” (ASCARELLI, 1970, p. 407).

¹⁴ SAMPAIO, Rafael. *Propaganda de A a Z*. 3. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2003. p. 28.

¹⁵ MARQUES, Cláudia Lima. *Confiança no Comércio Eletrônico e a Proteção do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 162.

Consideradas tais premissas, temos que as formas de publicidade – informação a respeito de produtos e serviços - na Internet podem dar-se de duas formas, isto é, direta ou indireta. Cada uma dessas formas de divulgação da informação publicitárias será a responsável por ser o veículo condutor até o consumidor a respeito das diferentes marcas. Cláudia Lima Marques, por sua vez, classifica as formas de publicidade na *web* como interativas ou diretas, naquela que o consumidor está presente para interagir com a publicidade e a publicidade estática eletrônica, que são aquelas em que não há interação do consumidor.¹⁶ Porém, preferimos as expressões direta e indireta ao invés de direta e estática. O que diferenciara ambas as formas de publicidade será a influência do elemento vontade do consumidor no recebimento da informação publicitária.

Consideramos presente a publicidade direta quando o consumidor busca as informações sobre determinados produtos e serviços (a marca) através de uma página específica na *web*. Na publicidade direta, o elemento vontade do consumidor está presente, pois é ele quem associa a marca ao produto e serviço na busca das informações a respeito dos mesmos. A busca da marca é normalmente feita pelo consumidor, associando a marca na busca do produto ou serviço conhecido com o nome de domínio.¹⁷ Exemplos de propaganda direta são aqueles casos em que o consumidor deseja localizar um determinado serviço na sua cidade de assistência técnica para os serviços da “Apple”, que fabrica Ipod dentre outros e coloca a marca “Apple” associada a assistência técnica em sites de busca, ou quando o consumidor pretende comprar uma televisão na *web* e associa a marca do produto desejado (ex. Sony) ao nome de domínio (www.sony.com.br).

A publicidade indireta, por sua vez, é aquela em que o elemento volitivo do consumidor não está presente, porque a marca é visualizada por este indiretamente. A marca usa, assim, a mídia disponível nas páginas de Internet “navegadas” pelo consumidor para disseminar as suas informações. Ex.: anúncio, pequeno ícone na página, logotipo, símbolo, banners etc. Ainda, dentro desta espécie, podemos subdividir a publicidade indireta

¹⁶ “Aqui, a *web*-publicidade pode ser comparada (ou aproximada) a algumas categorias conhecidas do comércio tradicional, como a contratação entre presentes (publicidade interativa ou imediata) e a contratação entre presentes (publicidade estática- eletrônica, por *e-mail*).” (MARQUES, 2004, p. 162, grifo do autor).

¹⁷ Nome de domínio é o “endereço” de determinada página na Internet. A respeito da associação entre nomes de domínio e marca *vide* ARANOVICH, Natália de Campos. O Registro de Domínios no Brasil e a proteção das marcas no âmbito da Internet. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 4, p. 127-158, out./dez. 2000.

direcionada, que ocorre quando os dados pessoais do consumidor são utilizados para veicular a propaganda, por exemplo, *cookies*¹⁸ e que é muito comum em redes sociais como facebook, msn/hotmail, orkut etc, e a não direcionada, que é aquela que surge sem que haja necessariamente um direcionamento da marca a respeito das informações existentes do consumidor e que podem ser captadas na *rede*.

4 A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR NA PUBLICIDADE DAS MARCAS VEICULADA NA INTERNET

Saindo da esfera das normas regulamentadoras da propriedade intelectual, as quais dão o norte para o conceito de confusão, adentramos no Código de Defesa do Consumidor para fundamentarmos as responsabilidades da marca pelas informações publicitárias dos produtos e serviços divulgados na Internet.

No Código de Defesa do Consumidor (Lei n.8078/90) encontramos no art.6º a importância da informação como regulamentadora e limitadora das responsabilidades do fornecedor perante o consumidor, ao estabelecer que *são direitos básicos do consumidor a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com a especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem*. Ainda, no art.30 do mesmo diploma legal temos que a *publicidade veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços obriga o fornecedor que dela se utilizar ou que a veicular e integra o contrato*.

Verdadeiro *leading case* no Direito Brasileiro, a respeito do efeito vinculativo que a publicidade de marcas gera para o consumidor, porém, fora do âmbito da Internet foi por

18 “*Cookie* (do inglês, literalmente: bolacha) é um grupo de dados trocados entre o navegador e o servidor de páginas, colocado num arquivo (ficheiro) de texto criado no computador do utilizador. A sua função principal é a de manter a persistência de sessões HTTP. A utilização e implementação de cookies foi um adendo ao HTTP e muito debatida na altura em que surgiu o conceito, introduzido pela Netscape, devido às consequências de guardar informações confidenciais num computador - já que por vezes pode não ser devidamente seguro, como o uso costumeiro em terminais públicos. Um exemplo é aquele cookie que um site cria para que você não precise digitar sua senha novamente quando for ao site outra vez. Outros sites podem utilizá-los para guardar as preferências do usuário, por exemplo, quando o sítio lhe permite escolher uma cor de fundo para suas páginas. Funcionamento: Quando o servidor deseja ativar um *cookie* no cliente, envia uma linha no cabeçalho HTTP iniciada por *Set-Cookie*: [...] A partir desse momento, consoante as opções especificadas pelo cookie, o cliente irá enviar no seu cabeçalho HTTP dos pedidos uma linha contendo os cookies relevantes, iniciada por *Cookie*: [...]”. COOKIE. In: Wikipedia. [S.l.], 2011. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Cookie>>. Acesso em: 06 mar. 2011.

ocasião do julgamento do REsp n. 63981/SP, ocorrido em 11 de abril de 2000, pelo Superior Tribunal de Justiça. O caso versa sobre a aquisição, por consumidor, de uma máquina filmadora no exterior (marca Panasonic). Ao regressar ao Brasil com o produto, o consumidor teve o equipamento danificado por defeito de fabricação. O consumidor associando a marca ao produto adquirido solicitou à Panasonic do Brasil o conserto do aparelho, posto que o mesmo ainda estava com prazo de garantia vigente. A Panasonic do Brasil recusou-se a efetuar conserto, solicitando que o consumidor exigisse o reparo no exterior, porque o equipamento havia sido adquirido no país alienígena, e, conseqüentemente, lá deveria ser exigida a validade da garantia. Em decisão inédita no Brasil, o Ministro Relator, Aldir Passarinho, julgou ser dever da Panasonic do Brasil efetuar o conserto do produto, porque se tratava de marca amplamente divulgada na mídia brasileira, a qual, além de ser notória, deveria fornecer garantias suficientes ao consumidor a respeito de sua qualidade. E mais, segundo o Relator era incontroverso que a Panasonic estrangeira beneficiava-se da propaganda da marca veiculada no Brasil. Esse *leading case* é um verdadeiro paradigma da aplicação da força vinculante da publicidade das marcas. Na decisão o principal fundamento para considerar a responsabilidade da Panasonic do Brasil estava em que, embora o produto tenha sido adquirido no exterior, a marca também veicula publicidade no Brasil e, em razão disso, o titular da marca Panasonic no exterior beneficia-se da publicidade aqui veiculada e, em razão desse benefício, pouco importa que o produto tenha sido adquirido no exterior. É importante transcrever alguns trechos do voto para melhor elucidação dos fatos e argumentos jurídicos que fundamentaram a decisão:

DIREITO DO CONSUMIDOR. FILMADORA ADQUIRIDA NO EXTERIOR. DEFEITO DA MERCADORIA. RESPONSABILIDADE DA EMPRSA NACIONAL DA MESMA MARCA (“PANASONIC”). ECONOMIA GLOBALIZADA. PROPAGANDA. PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR. PECULIARIDADES DA ESPÉCIE. SITUAÇÕES A PONDERAR NOS CASOS CONCRETOS. [...]

Se empresas nacionais se beneficiam das 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. [...]

Quem compra uma máquina filmadora Panasonic em qualquer país que seja, o faz movido pela propaganda que lhe impulsiona a acreditar na respeitabilidade dessa marca, acreditando na correção da fabricação desses produtos e certo de que, seja em que país esteja, será reparado por qualquer vício ou defeito que possa posteriormente surgir.

A recorrida se apresenta com o nome Panasonic do Brasil Ltda., que lhe confere, só por isso, enorme credibilidade.

Certamente, para portar esse nome, tem, no mínimo o beneplácito de quem fabrica esses produtos, isso se não for efetiva integrante de um mesmo conglomerado econômico, ainda que possa não ser nas configurações usais.

Por outro lado, o sucesso de suas atividades muito está a dever ao elevado conceito que essa marca mundialmente desfruta, sendo, inquestionavelmente, beneficiada em razão desse conceito e da propaganda mundial que é feita em torno dela.

Ora, aproveitando, essa empresa nacional, todas as vantagens que são decorrentes desse conceito mundial, evidentemente que ela tem que oferecer algo em contrapartida aos consumidores dessa marca, e o mínimo que disso possa decorrer é o de reparar o dano sofrido por quem compra a mercadoria defeituosa, acreditando no produto. [...]¹⁹

O referido acórdão pode ser considerado ainda o marco para a aplicação da teoria da aparência ou confiança no âmbito da publicidade das marcas, a qual, segundo Cláudia Lima Marques, significa:

À procura do equilíbrio contratual, na sociedade de consumo moderna, o direito destacará o papel da lei como limitadora e como verdadeira legitimadora da autonomia da vontade. A lei passará a proteger determinados interesses sociais, valorizando a confiança depositada no vínculo, as expectativas e a boa-fé das partes contratantes.

[...]

A teoria da confiança, como já mencionamos anteriormente, pretende proteger prioritariamente as expectativas legítimas que nasceram para o outro contratante, o qual confiou na postura, nas obrigações assumidas e no vínculo criado através da declaração do parceiro. Protege-se, assim, a boa-fé e a confiança que o parceiro depositou na declaração do outro contratante. [...]²⁰

No conceito publicitário a teoria da confiança pode ser definida através das palavras de Pedro Cabral segundo o qual

[...] a gente dá mais valor ao que está buscando do que qualquer coisa que chega até nós sem que tenhamos pedido ou desejado. O momento da interação mais valioso entre um consumidor e a marca é aquele em que o consumidor busca a marca. Cabe aqui a pergunta: quem busca o que não conhece ou nunca ouviu falar? Não se trata de negar a mídia, seja ela mídia de massa ou segmentada, ou personalizada. Mas na hierarquia de valor trata-se de observar o cuidado com os ambientes receptivos. É preciso estar sempre à disposição do consumidor e proporcionar-lhe a experiência mais adequada com a marca 24h por dia, 7 dias por semana em todos os lugares. Isto é: estar on demand, encontrável e acessível.²¹

Portanto, é justamente nessa teoria que iremos encontrar a relação entre a publicidade das marcas na Internet e o consumidor. Ao analisarmos essa teoria, podemos constatar ser a proteção da pessoa do consumidor a preocupação maior do legislador, enquanto a pessoa do

¹⁹ A íntegra do acórdão está disponível no site do Superior Tribunal de Justiça: www.stj.gov.br.

²⁰ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 175-223. Ainda sobre o princípio da confiança nas relações contratuais vide também: MARQUES, Cláudia Lima. A chamada nova crise do contrato e o modelo de direito privado brasileiro: crise da confiança ou de crescimento do contrato? In: _____ (Coord.). *A nova crise do contrato: estudos sobre a teoria contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 17-86.

²¹ CABRAL, Pedro. *A essência do Marketing no século XXI*. *Revista Marketing*: 43 anos, out. 2009. Informações fornecidas pelo autor.

titular dos direitos sobre a marca é utilizada indiretamente para garantir os direitos do consumidor. O dever de informação, o qual vem disciplinado em inúmeros dispositivos do Código de Defesa do Consumidor, impõe aos fabricantes e fornecedores, ao veicular a propaganda na Internet, a obrigação de se comprometer em oferecer a qualidade do produto ou serviço representado pela marca. É a confiança na informação veiculada pelo fabricante ou fornecedor a respeito de sua marca que faz o consumidor adquirir determinado produto ou serviço.²² O consumidor, ao adquirir produto ou serviço, não tem como dissociar o mesmo de sua marca, seja em função da publicidade veiculada ou pela sua experiência pessoal com o produto ou serviço adquirido.²³ O consumidor adquire, assim, determinado produto ou serviço porque confia na marca e, conseqüentemente, na qualidade representada pela mesma.

O Superior Tribunal de Justiça teve também a oportunidade de se pronunciar a respeito da força vinculante da publicidade da marca Fiat, na Internet, em relação ao consumidor, por ocasião do julgamento do Resp 363.393-MG, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, que foi julgado em 04 de junho de 2002. O caso versava sobre a venda de veículos da marca FIAT, na Internet por determinada concessionária. Ocorreu que a concessionária responsável pela publicidade na Internet veio a falir e não entregou os veículos para o consumidor. O consumidor se sentido lesionado ingressou em juízo contra a Fiat do Brasil, titular do registro da marca, exigindo a entrega do veículo. No voto a Ministra Nancy Andrighi ressaltou que, pelo princípio da veiculação, toda a publicidade veiculada na Internet obriga o fornecedor que dela vier a utilizar, independentemente se esse fornecedor é ou não parte no contrato. O caso representa a típica forma de proteção dos interesses do consumidor garantida pela marca, pois no caso a FIAT do Brasil, titular da marca, mesmo que não tenha integrado o contrato, deve entregar o veículo ao consumidor em razão da publicidade gerada pela concessionária FIAT falida, da marca FIAT.²⁴

²² “Efetivamente, na nova concepção social de contrato, a lei deve proteger as expectativas legítimas dos consumidores criadas pela atividade do fornecedor, protegendo aqueles que confiaram na informação veiculada. [...]” (MARQUES, 2002, p. 655).

²³ “O consumidor relaciona à marca características advindas de sua experiência pessoal com o produto, ou com aquelas prometidas pela publicidade. Ela garante que o produto foi produzido sobre o controle de seu titular, e, portanto, presume-se que possui uma qualidade constante. É a chamada função da marca. [...]” (GRAU-KUNTZ, Karin; SILVEIRA, Newton. A exaustão do direito de marcas na União Europeia e o Mercosul. *Revista de Direito Mercantil, Industrial e Econômico*, São Paulo, v. 36, n. 106, p. 109, abr./jun. 1997. p. 109).

²⁴ Ementa: “Consumidor. Recurso especial. Publicidade. Oferta. Princípio da vinculação. Obrigação do fornecedor. - O CDC dispõe que toda informação ou publicidade, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, desde que suficientemente precisa e efetivamente conhecida pelos consumidores a que é destinada, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar, bem como integra o contrato que vier a ser celebrado. Constatado pelo eg. Tribunal a quo que o fornecedor, através de publicidade amplamente divulgada, garantiu a entrega de veículo objeto de contrato

Outro caso em que se verificou a responsabilidade da marca pela publicidade veiculada na Internet foi entre um consumidor e a marca MERCADO LIVRE, tendo sido reconhecida a responsabilidade da marca MERCADO LIVRE pela não entrega de produtos e serviços ao consumidor. Neste caso o consumidor havia adquirido um projetor da marca EPSON através da publicidade veiculada no *site* www.mercadolivre.com.br. Contudo, a mercadoria não foi entregue ao consumidor, o que motivou o ingresso, pelo consumidor, de ação de responsabilidade civil contra o titular da marca MERCADO LIVRE perante o Juizado Especial de Porto Alegre, RS. Na contestação o titular da marca e do site MERCADO LIVRE argumentou que não era parte legítima para responder o feito, pois apenas intermediou a venda do produto da marca EPSON. A ilegitimidade foi afastada pelo Tribunal Recursal dos Juizados Especiais do Estado do Rio Grande do Sul, sob o fundamento da teoria da confiança. Segundo os termos da decisão, *tendo o autor adquirido um projetor Multimídia S-5, marca EPSON, por intermédio do Site de Leilão eletrônico, efetuando o depósito antecipado à empresa que desfrutava de qualificação positiva no Site, sugerindo inclusive confiabilidade, por certo que há responsabilidade da ré Mercado Livre pelo não recebimento da mercadoria*²⁵.

Outro caso envolvendo a publicidade das marcas na Internet e a proteção dos consumidores, cujo julgamento ainda não foi concluído, é o do Recurso Especial n. 1200691/MS, de Relatoria da Ministra Nancy Andrighi, o qual teve seu início em 14 de dezembro de 2010. O processo versa sobre responsabilidade da marca UNIMED em relação

de compra e venda firmado entre o consumidor e uma de suas concessionárias, submete-se ao cumprimento da obrigação nos exatos termos da oferta apresentada. Diante da declaração de falência da concessionária, a responsabilidade pela informação ou publicidade divulgada recai integralmente sobre a empresa fornecedora.”

²⁵ Ementa: “AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. COMÉRCIO PELA INTERNET. MERCADO LIVRE. LEGITIMIDADE PASSIVA DA RÉ. DESCUMPRIMENTO AO DEVER DE INFORMAÇÃO. INOCORRÊNCIA DE DANOS MORAIS. 1. Legitimada passivamente se encontra a ré que qualifica seus clientes, serve de intermediária para pagamentos, cobra comissões, integrando assim a cadeia de fornecedores de serviço. 2. Tendo o autor adquirido um projetor Multimídia S-5, marca EPSON, por intermédio do Site de Leilão eletrônico, efetuando o depósito antecipado à empresa que desfrutava de qualificação positiva no Site, sugerindo inclusive confiabilidade, por certo que há responsabilidade da ré Mercado Livre pelo não recebimento da mercadoria. 3. Situação em que a empresa não recolhe os tributos, o que levou a apreensão da mercadoria junto à Receita Federal. Em que se pese haja previsão nos termos e condições de uso do *site*, sobre a ausência de responsabilidade da requerida quanto ao cumprimento integral das obrigações tributárias incidentes sobre as operações de compra e venda; tal ressalva não pode ser oposta aos consumidores, mormente quando a ré atua como intermediária das operações, cadastra e qualifica empresa como confiável. Responsabilidade solidária. Nexos de causalidade entre a conduta da demandada e evento danoso. 4. Valor da indenização que se restringe aos danos materiais. Danos morais inexistentes. Hipótese de mero descumprimento contratual, sem ofensa a direitos da personalidade. Mero transtorno inerente à vida de relação. Recurso parcialmente provido. (Recurso Cível Nº 71001724384, Segunda Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Ricardo Torres Hermann, Julgado em 18/03/2009).”

aos usuários do plano de saúde da Unimed. No voto da ministra Relatora, Nancy Andrighi, é justificada a responsabilidade da marca UNIMED perante todas as suas cooperadas, pouco importando com quem o consumidor tenha firmado o contrato. Ainda, no voto, a Ministra aponta que, em consulta à página de Internet da UNIMED, a mesma informa que tem cobertura em todo o Brasil, responsabilizando-se assim pelas informações prestadas através da Internet, mesmo que não tenha sido o titular da marca que tenha firmado o contrato com o consumidor.

6 CONSIDERAÇÕES

A proteção dos interesses do consumidor na Internet se dará através da forma com que a informação a respeito dos produtos e serviços existentes no mercado chegará até ao consumidor. Isso significa dizer que a forma como é feita a publicidade - leia-se disseminação da informação- é que será a responsável pela proteção do consumidor através da marca.

Verifica-se, ainda, que a tendência dos Tribunais Pátrios é a de responsabilizar o titular da marca que veicula a informação disponível na Internet, mesmo que não tenha sido o titular da marca que tenha firmado o contrato com o consumidor. Portanto, a publicidade feita na *web* seja ela direta ou indireta é a garantia para o consumidor de que o titular da marca responderá pelos danos sofridos.

REFERÊNCIAS

ARANOVICH, Natália de Campos. Marcas e Sua Importância para os Consumidores. In: ADOLFO, Luiz Gonzaga; MORARES, Rodrigo (Coord.). *Propriedade Intelectual em Perspectiva*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008. p. ??-??.

ARANOVICH, Natália de Campos. O Registro de Domínios no Brasil e a proteção das marcas no âmbito da Internet. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 4, p. 127-158, out./dez. 2000.

ASCARELLI, Túlio. *Teoría de la concurrencia y los bienes inmateriales*. Barcelona: Real Colegio de España en Bolonia, 1970.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Concorrência desleal*. Lisboa: Almedina, 2002.

CERQUEIRA, João da Gama. *Tratado de propriedade industrial*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. v. 2.

COOKIE. In: Wikipedia. [S.l.], 2011. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Cookie>>. Acesso em: 06 mar. 2011.

GRAU-KUNTZ, Karin; SILVEIRA, Newton. A exaustão do direito de marcas na União Europeia e o Mercosul. *Revista de Direito Mercantil, Industrial e Econômico*, São Paulo, v. 36, n. 106, p. 109, abr./jun. 1997.

MARQUES, Cláudia Lima. A chamada nova crise do contrato e o modelo de direito privado brasileiro: crise da confiança ou de crescimento do contrato? _____ (Coord.). *A nova crise do contrato: estudos sobre a teoria contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.17-86.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARQUES, Cláudia Lima. *Confiança no Comércio Eletrônico e a Proteção do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SAMPAIO, Rafael. *Propaganda de A a Z*. 3. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2003.

WIPO. *Making a mark: separata*, [S.l.], 2006. (Intellectual Property for Business Series, n. 1). Disponível em: <http://www.wipo.int/sme/en/documents/guides/making_mark.html>. Acesso em: fev. 2007.