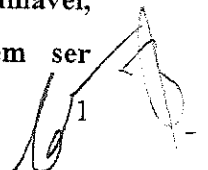


PARECER

SISTEMA DE DISTRIBUIÇÃO DE GLP (GÁS LIQUEFEITO DE PETRÓLEO). PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR. ATIVIDADE DOS DISTRIBUIDORES E REVENDEDORES SUBMETIDA À AUTORIZAÇÃO DO ESTADO, POR INTERMÉDIO DA AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO. SERVIÇO DE UTILIDADE PÚBLICA E DE CARÁTER ESSENCIAL (ART. 1º, §1º, DA LEI 9.847/99, E ART. 10, I, DA LEI 7.783/89).

PROTEÇÃO DA MARCA DO DISTRIBUIDOR, GRAVADA EM RELEVO NOS RECIPIENTES DE ENVASE DO GLP (BOTIJÕES). LIMITAÇÃO DA POSSIBILIDADE DE ENCHIMENTO DOS BOTIJÕES APENAS AOS DISTRIBUIDORES CUJA MARCA ESTEJA NELES GRAVADA OU OUTROS COM QUEM TENHAM CONVENCIONADO CONTRATO DE USO DE MARCA. SEGURANÇA DO CONSUMIDOR E RESPONSABILIDADE DO GRUPO QUE DETEM REFERIDA MARCA. OBRIGAÇÃO DE REQUALIFICAÇÃO PERIÓDICA DOS BOTIJÕES DE GÁS POR PARTE DOS DISTRIBUIDORES DAS RESPECTIVAS MARCAS. PROTEÇÃO DA CONFIANÇA DO CONSUMIDOR E PREVENÇÃO À CONCORRÊNCIA DESLEAL (ART. 4º, VI, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR). Tratando-se o GLP de produto que, a par de ser essencial, é combustível e inflamável, razão pela qual é produto perigoso, devem ser



adotadas medidas de redução e prevenção de riscos (art. 9º do Código de Defesa do Consumidor). Cumpre também à autoridade que supervisiona e regulamenta a atividade zelar pelo interesse do consumidor, organizando e disciplinando o mercado de modo a assegurar a oferta do produto em atenção aos deveres de adequação e segurança legitimamente esperados (qualidade-segurança que inclui a marca no botijão).

LIMITAÇÃO DE ENCHIMENTO DE BOTIJÕES PREVISTO EM NORMA REGULAMENTAR (RES. N. 49/2016, DA ANP) APENAS AO DISTRIBUIDOR DA RESPECTIVA MARCA OU OUTRO COM QUEM TENHA CONTRATO QUE AUTORIZA O USO DA MARCA DEFINE PARADIGMA PARA PERMITIR A IDENTIFICAÇÃO DO FORNECEDOR RESPONSÁVEL PELOS DEVERES DE ADEQUAÇÃO E SEGURANÇA, ASSIM COMO A IDENTIFICAÇÃO DOS RESPONSÁVEIS NO CASO DE ACIDENTE DE CONSUMO (arts. 12 a 17 do CDC). FUNDAMENTOS EM CONFORMIDADE COM O INTERESSE DO CONSUMIDOR E AS NORMAS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. Hipótese contrária, de enchimento livre, levaria à indeterminação da responsabilidade dos fornecedores, em detrimento dos direitos do consumidor. Há plena adequação do sistema de distribuição e das exigências regulamentares vigentes, notadamente da restrição de enchimento de botijões de outras marcas, viabilizando a adequada fiscalização, identificação de responsabilidade e concorrência leal entre as empresas que atuam no segmento econômico.

DA CONSULTA

1. Honra-nos o Sindicato Nacional das Empresas Distribuidoras de Gás Liquefeito de Petróleo – SINDIGAS –, por intermédio do advogado Daniel Raichelis Degenszajn, com consulta relativa à adequação das regras vigentes de identificação dos botijões de gás fabricados pelas distribuidoras de GLP, assim como as obrigações de sua requalificação, em vista da proteção da segurança do consumidor, e melhores condições de identificação do fornecedor. Da mesma forma, solicita o exame sobre o atual sistema de distribuição de gás liquefeito de petróleo (GLP), em especial quanto à preservação do interesse do consumidor frente à concorrência dos vários fornecedores nesse mercado.
2. Registra que o Brasil é o 9º mercado mundial de GLP, com mais de 34 milhões de botijões entregues a domicílio mensalmente, tendo quase 100 % (cem por cento) dos municípios atendidos, por quase setenta mil revendedores autorizados.
3. Observa o consulente que a matéria objeto desta consulta não se encontra disciplinada por lei específica, estando submetida à disciplina regulamentar de competência da Agência Nacional do Petróleo (ANP). Em especial, por intermédio da Resolução nº 49, de 30 de novembro de 2016, que dispôs sobre os requisitos necessários à autorização para o exercício da atividade de distribuição de gás liquefeito de petróleo – GLP – e a sua regulamentação. No preâmbulo desta norma, consta expressamente que seu propósito “visa a atender, além dos controles de competência da ANP, direitos básicos previstos no Código de Defesa do Consumidor, assegurando, ainda, a responsabilidade civil do distribuidor de GLP perante o consumidor”.
4. Refere que a de distribuição de GLP para o consumidor, para utilização doméstica, em residências unifamiliares ou em condomínios, observadas as vedações regulamentares (art. 31 da Res. 49/2016), é atividade subordinada a autorização da ANP, que estabelece requisitos específicos para sua concessão.
5. Da mesma forma, o sistema de distribuição de GLP é organizado de modo a preservar a proteção e a segurança do consumidor, impondo aos distribuidores o dever

de assegurar a qualidade dos vasilhames (botijões), nos quais é envasado o produto, assim como sua requalificação, de modo a permitir a manutenção de suas características originais de segurança.

6. O sistema de comercialização de GLP para o consumidor apresenta certas características, se dando tanto com a usual entrega do produto e sua instalação para utilização no imóvel do adquirente, quanto a venda no estabelecimento do revendedor. Da mesma forma, o consumo do produto supõe a aquisição do vasilhame (botijão) no qual é envasado. A cada nova aquisição do produto, contudo, este vasilhame vazio é objeto de troca por outro cheio com o produto. Neste particular, note-se que o vasilhame em metal é adquirido pelo distribuidor de GLP, que nele grafa em relevo sua respectiva marca. Esta providência, de um lado, exigirá dos distribuidores de GLP que mantenham a qualidade dos vasilhames onde consta sua marca, inclusive com a obrigação de promover sua requalificação periódica, avaliando o estado em que se encontra o recipiente, e sua conformidade com a regulamentação, determinando a continuidade de sua utilização ou retirada do mercado.

7. A oferta do produto em vasilhames, por sua vez, é feita a domicílio, diretamente na residência do consumidor, transportado por caminhões da distribuidora ou revendedora, com trajetos periódicos e predeterminados, ou também mediante aquisição no estabelecimento do revendedor. Na aquisição do produto o consumidor troca o seu recipiente vazio por outro cheio, que se desejar, já é instalado para pronta utilização. Este modelo de oferta permite que praticamente toda a população urbana, independentemente da região em que se encontre, seja atendida pelo serviço de distribuição. Ao lado da oferta do produto a domicílio, convive também a possibilidade de compra nos estabelecimentos comerciais autorizados, assim como o pedido de entrega em domicílio, por iniciativa do consumidor.

8. O sistema atual é resultado de contínuo aperfeiçoamento. Registre-se que antes da criação da ANP, quando a disciplina da atividade era de competência do extinto Conselho Nacional do Petróleo, norma daquele órgão impunha que cada distribuidora só pudesse manusear, receber, envasar e comercializar o GLP em vasilhames que contavam com a sua marca (art. 72 da Resolução nº 13/1976), de modo a limitar

também a opção do consumidor que apenas poderia adquirir o produto daquele distribuidor correspondente ao recipiente de que dispunha para a troca. Tal providência restringia fortemente a liberdade de escolha do consumidor, criando, ademais, uma catividade em relação ao distribuidor que originalmente lhe tivesse vendido o recipiente (botijão), fazendo com que tivesse condicionado a adquiri-lo sempre do mesmo fornecedor.

9. Daí porque se optou, no sistema atual, por afastar qualquer restrição em relação à troca de recipientes (botijões) dos vários distribuidores estabelecidos no mercado. Deste modo, atualmente, o consumidor pode escolher livremente de qual distribuidor deseja adquirir o produto, permitindo que entre os próprios distribuidores se estruture um sistema de destroca, realizado especificamente em centrais de destroca, definidos como “local que se destina à destroca de recipientes transportáveis de GLP, vazios ou parcialmente utilizados, entre distribuidores detentores das marcas comerciais” (art. 2º, IV, da Res. nº 49/2016, da ANP).
10. Este sistema assegura a liberdade de escolha do consumidor, que pode adquirir o produto de qualquer um dos distribuidores que o ofereçam, uma vez sendo possível que estes, recebendo o vasilhame de qualquer dos seus concorrentes, possa efetuar a destroca nos termos da Res. nº 49/2016 da ANP, que é responsabilidade dos fornecedores.
11. Registra o consulente, contudo, que este sistema é desafiado por distribuidoras que, pretendendo concorrer no mercado com as demais, postulam envasar GLP nos recipientes recebidos para destroca, porém sem contar, elas próprias, com estoque de recipientes com sua marca. Ou seja, buscam participar do mercado sem realização de investimento na fabricação dos vasilhames com sua marca e deixando, portanto, de ter este custo necessário a suas operações neste mercado de consumo.
12. Da mesma forma, postulam a possibilidade de que o envasamento de gás possa ser feito por qualquer distribuidor, independente do vasilhame a que se refira, impedindo, assim, a identificação do consumidor e das autoridades em relação ao responsável no caso de qualquer situação que decorra de defeito, vício do produto ou

acidente de consumo. Esta mesma circunstância, inclusive, impede que seja fiscalizado o procedimento de requalificação dos botijões, nos termos definidos na regulamentação da ANP.

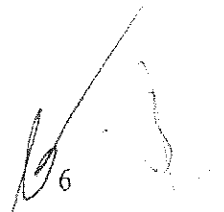
13. Neste sentido, oferece consulta para a qual formulou as seguintes perguntas:

A) O sistema vigente de distribuição de GLP, com a exigência de identificação dos distribuidores, através de sua marca em relevo nos botijões de gás, e da obrigação de sua requalificação, está de acordo com as normas de proteção do consumidor, em especial as que impõem o dever de segurança do produto e a identificação do responsável por eventuais acidentes de consumo?

B) A proteção da marca do fornecedor, no atual sistema de distribuição de GLP, com a fixação da obrigação de destroca e requalificação dos botijões, uma vez que implica custos específicos ao fornecedor que pretenda atuar no mercado, constitui uma restrição à livre concorrência ou prejudica o consumidor?

DA RESPOSTA:

14. A resposta às perguntas feitas pelo consulente pressupõe, em uma primeira parte, o exame das características do sistema de distribuição de GLP no Brasil e seu marco legal, a Lei 9.847, de 26 de outubro de 1999, e na regulamentação da Agência Nacional do Petróleo – ANP – ora vigente a Resolução nº 49, de 30 de novembro de 2016. Bem como as normas do Código de Defesa do Consumidor no tocante ao dever de qualidade no fornecimento do produto aos consumidores e o relevo da marca como elemento de informação e confiança do consumidor.



15. Em seguida, em uma segunda parte, deve-se analisar a repercussão das normas que disciplinam a distribuição de GLP em vista do interesse do consumidor, especificamente no tocante aos deveres de adequação e segurança que devem ser observados pelos fornecedores do serviço, assim como, na hipótese da ocorrência de acidente de consumo, a possibilidade de identificação e responsabilização do fornecedor.

I PARTE – A DISCIPLINA JURÍDICO-NORMATIVA DO SISTEMA DE DISTRIBUIÇÃO DE GLP E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

A) O serviço de distribuição de GLP como serviço de utilidade pública e essencial à coletividade.

16. O serviço de distribuição de GLP refere-se a produto com ampla utilização no Brasil, presente em quase totalidade das residências e, igualmente, com ampla utilização comercial. Por esta razão, inclusive, insere-se, junto aos demais combustíveis, como serviço de utilidade pública, conforme previsto no art. 1º, §1º, I, da Lei 9.847/99. Seu fornecimento é também qualificado como serviço essencial pelo art. 10, I, da Lei 7.783, de 28 de junho de 1989 (Lei de Greve), que em razão disso estabelece limitações ao direito de greve dos trabalhadores que dele participam.

17. Observados os marcos legais, o serviço de distribuição de GLP oferece produto objeto de relação de consumo, devendo sua disciplina observar as normas do Código de Defesa do Consumidor. A distribuição do GLP depende, igualmente, de autorização da Agência Nacional do Petróleo (ANP), sendo os requisitos para sua concessão fixados por norma regulamentar – no caso, a Resolução n. 49, de 30 de novembro de 2016.

18. Nesta norma, ao dispor sobre os requisitos para a concessão da autorização, são traçadas as características fundamentais do sistema de distribuição, inclusive com a definição das atividades específicas confiadas aos distribuidores no tocante à qualidade dos recipientes no qual é envasado o GLP – os botijões – e sua venda aos consumidores. Da mesma forma, a concessão para distribuição de GLP pressupõe a existência de

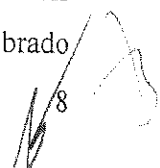
autorização para instalação e armazenamento, cujos requisitos são definidos pela Resolução nº 42 da ANP, de 18 de agosto de 2011.

19. A norma regulamentar fixa diversas condições para a aquisição do GLP pelos distribuidores autorizados. Determina, neste sentido, que os distribuidores de GLP podem adquirir o produto para distribuição apenas de produtor, importador autorizado pela ANP, diretamente do mercado externo quando seja autorizado para o exercício da atividade de importação, ou de outro distribuidor que seja autorizado pela ANP (art. 18, da Res. 49/2016 da ANP).

20. Por outro lado, a comercialização pelo distribuidor de GLP só pode ser feita em duas modalidades, envasado e a granel. Na modalidade envasado, poderá fazê-lo em recipientes transportáveis (botijões), com revendedores autorizados pela ANP, classificados como distribuidores vinculados ou independentes. Já a comercialização a granel, feita também em recipientes transportáveis e estacionários com outro distribuidor de GLP ou consumidor que possua Central de GLP que atenda as normas de construção e segurança vigentes (art. 24 da Res. 49/2016 da ANP).

21. A revenda direta ao consumidor de GLP é feita por duas espécies de revendedores definidos pelo regulamento, a saber: a) o revendedor de GLP independente e b) o revendedor de GLP vinculado. O primeiro é aquele que, autorizado pela ANP, optou por não exibir marca comercial de distribuidor e que comercializa recipientes transportáveis de GLP cheios de um ou mais distribuidor, sem poder, entretanto, ostentar marca comercial de qualquer distribuidor. Já o revendedor de GLP vinculado é aquele que optou por exibir marca comercial de distribuidor, e que comercializa recipientes transportáveis de GLP cheios de um único distribuidor do qual ostenta sua marca comercial.

22. Nota-se que o respeito à marca dos distribuidores é um dos fundamentos da organização do sistema de distribuição de GLP, sendo a atuação dos distribuidores e sua relação com os revendedores delimitada a partir deste critério. A norma regulamentar, neste sentido, permite ao distribuidor de GLP envasar apenas recipientes transportáveis de sua marca, ou de terceiros, desde que, neste último caso, tenha contrato celebrado


8

com este objeto. Da mesma forma, o distribuidor de GLP só pode comercializar o produto em recipientes transportáveis ou para o abastecimento de recipientes estacionários de sua própria marca ou de terceiros, caso em que se exigirá que possua contrato de direito de uso de marca homologado pela ANP. Neste particular, note-se que a homologação pela ANP do contrato de direito de uso de marca tem por finalidade, também, tornar claro a quem cabe responder por deveres específicos acerca da qualidade do produto, de modo que a confiança gerada no consumidor pela exposição da marca do distribuidor não o induza em equívoco. Daí ser obrigatório constar no contrato, como condição para sua homologação, cláusula que defina o responsável pela manutenção e requalificação dos recipientes transportáveis de GLP, sem prejuízo da obrigação solidária definida às contratantes pela requalificação dos recipientes (art. 26 da Res. 49/2016, da ANP).

23. Todavia, ao permitir que o envase de GLP em recipientes da marca do distribuidor por ele próprio, ou de terceiros com os quais tenha contrato específico, a norma regulamentar também define ampla responsabilidade solidária daquele que realizou o envase ou comercialização do recipiente do GLP e o titular da marca. Da mesma forma, inclusive para promover ampla informação e esclarecimento do consumidor quanto à participação de cada distribuidor no ciclo de fornecimento do GLP, a norma regulamentar exige que o recipiente comercializado seja acompanhado por rótulo que informe, dentre outros dados, a data do envase, o distribuidor que o realizou e aquele que realizará a comercialização, indicação de que o gás é inflamável, cuidados com a instalação, manuseio e procedimentos em caso de vazamento, telefone de assistência técnica, e outras informações exigidas pelo Código de Defesa do Consumidor, bem como possua lacre de inviolabilidade da válvula de fluxo, que informa a marca do distribuidor responsável pela comercialização do produto (art. 41, IV, da Res. 49/2016, da ANP).

24. Os cuidados para a identificação do responsável pela comercialização do produto, da mesma forma, abrangem os recipientes com a marca de cada distribuidor, e a articulação entre a obrigação de revendedores e distribuidores aceitarem a devolução dos recipientes vazios ou parcialmente cheios, independentemente da marca que ostentem. Esta obrigação, de sua vez, vincula-se a outra, de “destroca” dos recipientes

recebidos, que não sejam de sua marca ou de outro distribuidor com o qual tenha contrato de uso de marca.

25. Esta “destroca” realiza-se entre os vários distribuidores para que possam obter os recipientes com sua marca, dos quais devem assegurar a qualidade, para que então tenham como voltar a envasar o produto e oferta-los no mercado. Será operacionalizada em Centros de Destroca, onde houver, de modo a tornar mais eficiente a operação, ou ainda, convencionada entre os diversos distribuidores.

26. É a obrigação do distribuidor de realizar o envase apenas dos recipientes que ostentem sua marca, ou de outros distribuidores com os quais tenham contrato de uso de marca, que fundamenta a condição para participar da distribuição de GLP, de que realize o investimento necessário à fabricação de certa quantidade de recipientes com sua própria marca. Os quais deverão, ademais, atender as exigências técnicas definidas pelo Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial – INMETRO. Esta exigência supõe a obrigação de destroca dos recipientes de outras marcas, que tenha recebido por ocasião da comercialização do produto para o consumidor, de modo que todos os distribuidores possam ter acesso aos recipientes com a sua marca para novo envase do produto e recolocação no mercado de consumo. Os distribuidores tem, ainda, a obrigação de receber a devolução dos recipientes transportáveis de GLP, cheios, parcialmente utilizados, e/ou vazios, de sua marca ou de terceiro com os quais tenha contrato de direito de uso de marca homologado pela ANP, quando apresentem avarias, vazamentos, ou se encontrem fora do prazo de requalificação (art. 41, XVI, da Res. n. 49/2016, da ANP).

27. Porém, além da distribuição e comercialização de GLP, os distribuidores autorizados têm o dever de manter serviço ininterrupto (24 horas) de atendimento e de assistência técnica ao consumidor, tanto o que possua Central de GLP, quanto o de recipiente transportável que exiba sua marca comercial, disponibilizando telefone cujo número deve constar do rótulo afixado no botijão (art. 41, X, da Res. n. 49/2016, da ANP). Observe-se que tanto as restrições de envase dos recipientes em que conste a marca do distribuidor, ou de outro distribuidor com quem tenha convencionado contrato de uso de marca, quanto a obrigação de assistência técnica permanente, se inserem no

dever de qualidade que a ser observado pelos fornecedores de GLP, o que traduz em condutas concretas o disposto no Código de Defesa do Consumidor (CDC).

28. A vedação ao enchimento de botijões com marca de terceiros é *conditio sine qua non* para o adequado funcionamento do sistema de distribuição. Seria impensável ou de difícil concepção um sistema que assegure a um só tempo a concorrência leal, a segurança do usuário e a identificação do responsável em caso de acidente de consumo, sem que houvesse o respeito à exclusividade no enchimento do botijão pelo detentor da marca nele forjada. A experiência brasileira desenvolveu um sistema complexo para atender necessidades extremamente particulares e esse sistema tem na vedação ao enchimento de *outras marcas* o seu pilar de sustentação.

29. Neste sentido, a regulamentação das atividades econômicas em geral, como é o caso do sistema de distribuição de GLP, contando ou não com disciplina legal específica, tem por função concretizar este dever de qualidade imposto, indistintamente, a todos os fornecedores que ofertam produtos e serviços no mercado de consumo. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido que a origem de um produto de petróleo envasado é um elemento de segurança para o consumidor, ex vi art. 31 do CDC, como o fez considerar que *“a fiscalização constatou que nas amostras do produto recolhidas não havia em seus rótulos a indicação da sua origem e do grau de viscosidade SAE, deixando de fornecer ao público consumidor as informações previstas na legislação, o que ensejou a lavratura dos Autos de Infração...”* E que pode ser o método de distribuição e ‘rotulagem’ ou ‘envasamento’ regulamentado pela agência, que impõe multas, em caso de desrespeito, face à essencialidade do produto e interesse social presente nesta organização do mercado. Em caso envolvendo outros produtos de petróleo, a jurisprudência do STJ fixou que *“por se tratar de infração de caráter formal, não há necessidade de ocorrência efetiva do dano ao consumidor para que haja autuação no caso de prática infracional, sendo a mera prática delitiva, ou seja, o desrespeito às normas então vigentes, suficiente para lavratura do auto de infração..., pois demonstra que a parte recorrente realmente vinha descumprindo as normas da agência reguladora”*.¹

¹ STJ, REsp 1703521/RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, 2ª Turma, j. 16/11/2017, DJe 19/12/2017.

30. Também se consolidou na jurisprudência a noção que a organização da distribuição do GLP é em ‘mercado regulado’, de forma a “organizar a distribuição do GLP, facilitar a sua fiscalização, evitar a proliferação de revendedores clandestinos e propiciar melhores condições de segurança ao consumidor.”²

31. No caso do sistema de distribuição de GLP, tanto a utilização – inclusive as informações relativas à sua correta utilização –, quanto à segurança deste uso – em especial se tratando de produto combustível e inflamável – são compreendidas no dever de qualidade que se impõe aos fornecedores do serviço. Por todas as suas características, o sistema de distribuição merece rígido controle pela Agência Nacional do Petróleo e do Poder Judiciário.³

32. No caso do GLP, a marca forjada é o que relaciona o botijão ao responsável pela oferta do produto ao consumidor. Essa identificação é resistente a uma série de eventos, consubstanciando-se na única forma de assegurar a rastreabilidade em caso de acidente com fogo. Essa característica é essencial para que o sistema de distribuição seja compatível com as garantias insertas no Código de Defesa do Consumidor. Um sistema que não permita a identificação de quem colocou o produto no mercado é objetivamente incompatível com o CDC, uma vez que, conforme refere o consultante, a ciência ainda não desenvolveu nenhuma alternativa (não existe lacre resistente ao fogo, tampouco o botijão não pode ser perfurado em razão de normas de segurança). É nesse sentido que se pode afirmar a plena adequação do sistema de distribuição do GLP ao consumidor, de modo a ser justificável, tratando-se de produto envasilhado, a exigência para ingresso de novos fornecedores, de investimentos iniciais de fabricação e em estrutura de requalificação de botijões de gás. Isso porque a ausência de exigências pode incentivar agentes *free riders*, e repercutir na própria desarticulação e *ruína* da base econômica que sustenta o sistema de distribuição.

² STJ, REsp 1390875/RS, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, 1ª Turma, j. 09/06/2015, DJe 19/06/2015.

³ Bom exemplo deste controle é a decisão do STJ sobre a proibição de determinados tipos de distribuição para grandes ‘consumidores’: REsp 732.795/RJ. Rel. Min. Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 07/10/2008, DJe 29/10/2008.

33. A identificação do fornecedor e a própria aferição do cumprimento dos deveres definidos por lei e por norma regulamentar, aos distribuidores de GLP, tem na proteção da marca gravada nos recipientes (botijões), assim como na própria identificação do fornecedor, um dos seus elementos mais relevantes. Essa característica, aliás, está em acordo com a clara tendência do direito do consumidor brasileiro de proteção da confiança gerada pela marca, conforme passamos a examinar.

B) A marca do fornecedor como fundamento da confiança do consumidor e sua tutela no sistema de distribuição de GLP.

34. Dentre os princípios da Política Nacional das Relações de Consumo, definidas no Código de Defesa do Consumidor, está a “coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores” (art. 4º, VI, do CDC).⁴

35. Tanto a concorrência desleal, quanto a utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais, e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores, são considerados comportamentos abusivos dos agentes econômicos, passíveis, portanto, das sanções previstas no CDC ou na legislação que os regule, quando impliquem ou possam implicar prejuízo aos consumidores.

36. A proteção jurídica da marca e seu aproveitamento econômico constitui um importante ativo do patrimônio da empresa. Define o artigo 122 da Lei 9.279, de 14 de maio de 1996 – Lei de Propriedade Industrial –, que: “são suscetíveis de registro como marca os sinais distintivos visualmente perceptíveis, não compreendidos nas proibições legais”.

37. Já o artigo 123 da mesma Lei 9.279/96, define os conceitos de marca de produto ou serviço como sendo “aquela usada para distinguir produto ou serviço de outro idêntico, semelhante ou afim, de origem diversa”; marca de certificação, “aquela usada

⁴ MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 7ª ed. São Paulo: RT, 2018, p. 94-95.

para atestar a conformidade de um produto ou serviço com determinadas normas ou especificações técnicas, notadamente quanto à qualidade, natureza, material utilizado e metodologia empregada” (inciso II); e marca coletiva “aquela usada para identificar produtos ou serviços provindos de membros de uma determinada entidade” (inciso III).

38. No âmbito das relações de consumo, a marca tem grande importância na atividade econômica do fornecedor, especialmente no contexto da sociedade da informação em que a publicidade assume dimensão ainda mais destacada nas relações econômicas massificadas nos dias atuais. Sua avaliação econômica, em larga medida, se estabelece de modo autônomo ao produto ou serviço a que se referem. Compõe, muitas vezes, uma estratégia de marketing em que o valor do próprio produto ou serviço termina por ser proporcionalmente muito menor do que o atribuído à marca. É importante para o fornecedor, uma vez que serve como meio de captação e fidelização de consumidores, permitindo a identificação dos produtos e serviços oferecidos no mercado e vinculação pela confiança despertada na marca.⁵

39. Na perspectiva do fornecedor, a proteção jurídica da marca visa proteger juridicamente seu investimento na criação, divulgação e consolidação junto ao mercado consumidor, assim como cria incentivos para que o implemente e/ou mantenha a qualidade de produtos ou serviços associados àquela marca.⁶

40. É consagrado o entendimento de que o uso indevido de marca caracteriza-se como concorrência desleal.⁷ Assim o artigo 10 bis, da Convenção de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial (cujo texto atual é ratificado, no Brasil, pelo Decreto 1263/94):

“Artigo 10 bis 1) Os países da União obrigam-se a assegurar aos nacionais dos países da União proteção

⁵ WEINGARTNER, Célia. El valor economico de la confianza para empresas y consumidores. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *Doutrinas essenciais de direito do consumidor*, t. 3. São Paulo: RT, 2011. cit.

⁶ BARBOSA, Denis Borges. *Proteção das marcas: uma perspectiva semiológica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 13-16.

⁷ CHAVES, Antônio. Marca e nome comercial. *Revista dos Tribunais*, v. 453. São Paulo: RT, jul./1973. p. 27 e ss.

efectiva contra a concorrência desleal. 2) Constitui ato de concorrência desleal qualquer ato de concorrência contrário aos usos honestos em matéria industrial ou comercial. 3) Deverão proibir-se especialmente: 1º Todos os atos suscetíveis de, por qualquer meio, estabelecer confusão com o estabelecimento, os produtos ou a atividade industrial ou comercial de um concorrente; 2º As falsas afirmações no exercício do comércio, suscetíveis de desacreditar o estabelecimento, os produtos ou a atividade industrial ou comercial de um concorrente; 3º As indicações ou afirmações cuja utilização no exercício do comércio seja suscetível de induzir o público em erro sobre a natureza, modo de fabrico, características, possibilidades de utilização ou quantidade das mercadorias.”

41. Na legislação brasileira de defesa da concorrência encontra-se um tipo geral de infração à ordem econômica, de “exercer ou explorar abusivamente direitos de propriedade industrial, intelectual, tecnologia ou marca.” (artigo 36, § 3º, XIX, da Lei 12.529/2011). Isso não impede, contudo, que se perceba na exclusividade do uso da marca, independentemente de seu fundamento em acordo entre competidores ou por força de lei, efeitos reconhecidamente positivos. É o caso em que garantem a reputação do produto ou da marca, a redução do oportunismo dos competidores, a manutenção de certo nível de qualidade e segurança, assim como a redução de riscos ligados à responsabilidade civil do titular. Estes benefícios, geralmente, são comparados com efeitos considerados negativos, tais como a limitação da competição preços, a elevação de custos de entrada de competidores, ou o aumento do poder de mercado do titular da marca, uma vez que obriga os ingressantes a constituírem canais de distribuição próprios.⁸

42. Entretanto, a proteção jurídica da marca também observa um claro benefício ao

⁸ CARVALHOSA, Modesto (Coord.); FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga; BAGNOLI, Vicente. *Tratado de direito empresarial*, v. 7. 2ª ed. São Paulo: RT, 2018, cap. V.

interesse dos consumidores, o que justifica a coibição e repressão eficientes ao seu uso indevido, assim como dos nomes comerciais e signos distintivos, pelo CDC, nos termos do disposto em seu artigo 4º, VI. Notadamente, dentre as finalidades da proteção jurídica da marca, está assegurar a liberdade de escolha do consumidor, uma vez que lhe seja permitido, mediante o direito de uso exclusivo por determinado fornecedor, identificar e distinguir produtos e serviços, diminuindo seu esforço de busca, e evitando possíveis confusões.

43. A marca é elemento considerado pelo CDC na avaliação do valor econômico, e mesmo de uso dos produtos para atendimento ao interesse legítimo do consumidor. Neste sentido é que os artigos 18, § 4º e 19, III, tutelam o interesse do consumidor, na hipótese de substituição do produto com vício, de receberem outro da mesma marca, em perfeitas condições.

44. Conforme já sustentamos,

“no mundo atual, o déficit informacional dos consumidores é cada vez mais profundo. A jurisprudência, porém, está demonstrando uma tendência de valorizar as informações prestadas, mesmo que através da marca ou aparência

...

na sociedade de massa a “personalização” do fornecedor quase que desapareceu, para ser então substituída, na sociedade da informação ou pós-moderna, por uma “repersonalização” desmateralizada do fornecedor, através de símbolos (aquele que apõe a sua marca ou empresta seu nome ou denominação comercial)

...

A *pós-personalização* é um misto entre relação intrinsecamente despersonalizada e externamente personalizada, em um *double coding* pós-moderno. Parece-me um fenômeno pós-moderno por sua

complexidade e fragmentação – assim, se de um lado a marca ou grupo importa para o consumidor e faz parte de suas expectativas legítimas estar vinculado a este fornecedor, a verdadeira personalidade jurídica do fornecedor não importa (...) o que importa é justamente a marca, esta 'pós-personalização'.⁹

45. A proteção jurídica da marca e o direito de exclusividade de sua utilização pelo fornecedor, assim, projeta-se na esfera jurídica do consumidor para proteger a confiança despertada e legítima expectativa em relação a sua vinculação a determinados produtos ou serviços, inclusive em produtos destinados a consumidores com vulnerabilidade agravada, caso dos direcionados a crianças.¹⁰

⁹ MARQUES. Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 8ª ed. São Paulo: RT, 2018, cit.

¹⁰ "DIREITO MARCÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. COMPETÊNCIA PARA JULGAR PEDIDO DE PERDAS E DANOS DECORRENTES DO USO DA MARCA, CUJO REGISTRO PRETENDE-SE A ANULAÇÃO. LIDE QUE NÃO ENVOLVE A UNIÃO, AUTARQUIA, FUNDAÇÃO OU EMPRESA PÚBLICA FEDERAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. REGISTRO DA MARCA "CHEESE.KI.TOS", EM QUE PESE A PREEXISTÊNCIA DO REGISTRO DA MARCA "CHEE.TOS". AMBAS ASSINALANDO SALGADINHOS "SNACKS". COMERCIALIZADOS NO MESMO MERCADO. IMPOSSIBILIDADE, VISTO QUE A COEXISTÊNCIA DAS MARCAS TEM O CONDÃO DE PROPICIAR CONFUSÃO OU ASSOCIAÇÃO AO CONSUMIDOR.

1. A autora pretende cumular duas ações: a primeira a envolver a nulidade do registro marcário, obtido pela empresa ré e efetuado pelo INPI, e a segunda buscando a reparação dos danos alegadamente causados pela sociedade ré, isto é, lide que não envolve a autarquia. Destarte, como o artigo 292, § 1º, II, do CPC restringe a possibilidade de cumulação de pedidos, admitindo-a apenas quando o mesmo Juízo é competente para conhecer de todos e o artigo 109, I, da Constituição Federal prevê que compete aos juízes federais processar e julgar as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, é descabida a cumulação, sob pena de usurpação da competência residual da Justiça Estadual.

2. Em que pese o artigo 124, XIX, da Lei da Propriedade Industrial vedar a reprodução ou imitação da marca, suscetível de causar confusão ou associação com outra, para a recusa de registro, por haver anterior de marca assemelhada, deve a autoridade administrativa tomar em conta se há identidade dos produtos e se pertencem ao mesmo gênero de indústria e comércio, consistindo a novidade marcária, sobretudo, na impossibilidade de confundir-se com qualquer outra empregada para produtos ou serviços semelhantes.

3. No caso, a recorrente tem registro de marca que, apesar da conclusão da Corte de origem de que evoca ao termo comum anglo-saxão "cheese" (queijo), é incontroverso que ambas assinalam salgadinhos "snacks", exploram o mesmo mercado consumidor e têm grafia e pronúncia bastante assemelhadas - hábeis a propiciar confusão ou associação entre as marcas no mercado consumidor.

4. "A finalidade da proteção ao uso das marcas - garantida pelo disposto no art. 5º, XXIX, da CF/88 e regulamentada pelo art. 129 da LPI - é dupla: por um lado protegê-la contra usurpação, proveito econômico parasitário e o desvio desleal de clientela alheia e, por outro, evitar que o consumidor seja confundido quanto à procedência do produto (art.4º, VI, do CDC)". (REsp 1105422/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/05/2011, DJe 18/05/2011) 5. A possibilidade de confusão ou associação entre as marcas fica nítida no caso, pois, como é notório e as próprias embalagens dos produtos da marca "CHEE.TOS" e "CHEESE.KI.TOS" reproduzidas no corpo do

17
15

46. Conforme ensina Célia Weingartner:

“El *posicionamiento etico* se vincula con la reputación en el mercado de una empresa, su trayectoria y linea de conducta, la honestidad y transparencia en su historia o lo que representa su nombre, la preocupación por el publico etc., factores estos que activan e integran la confianza, y marcan una diferencia para las elecciones de los consumidores.

La *imagen de una empresa*, se une a un nombre o una marca comercial, cuya finalidad esencial es distinguir al empresario sobre sus competidores, y sirve, a traves de esta función diferenciadora, para acrecentar y consolidar la clientela obtenida.

La *imagen* y marca, confieren un status mercatorio al tiempo que suponen una constancia en el nivel de calidad, eficiencia, seguridad y otros atributos, generando una mayor confiabilidad y certeza de que siempre podra encontrarse esas mismas cualidades que caracterizan a ese producto o servicio.

La dinamica actual de la economia hace que la empresas apelen a estas estrategias de consolidación de mercado, mostrando una imagen solida y etica.

La *publicidad* es una herramienta esencial en este proceso, en tanto es un vehiculo de comunicación entre empresas y consumidores que transmite esa imagen y sirve como

acórdão recorrido demonstram, o público consumidor alvo do produto assinalado pelas marcas titularizadas pelas sociedades empresárias em litigio são as crianças, que têm inegável maior vulnerabilidade, por isso denominadas pela doutrina - o que encontra supedâneo na inteligência do 37, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor - como consumidores hipervulneráveis.

6. O registro da marca "CHEESE.KI.TOS" violou o artigo 124, XIX, da Lei da Propriedade Industrial e não atende aos objetivos da Política Nacional de Relações de Consumo, consoante disposto no artigo 4º, incisos I, III e VI, do Código de Defesa do Consumidor, sendo de rigor a sua anulação.

7. Recurso especial parcialmente provido.” (REsp 1188105/RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, j. 05/03/2013, DJe 12/04/2013)

elemento de persuasión y estímulo a los potenciales clientes o a permanecer siendo leales a una misma marca o firma, es decir, la publicidad es un instrumento que crea y mantiene una apariencia de confianza y de ética que debe comprometer jurídicamente en esa misma medida.

Pero en esta etapa de hipercompetitividad la publicidad suele traspasar los límites que marca la ética, ya que con el fin de promover el máximo consumo, el mensaje publicitario es desnaturalizado, ocultándose información, acudiéndose al engaño, y apelando a herramientas y técnicas subliminales que manipulan al consumidor modelando sus hábitos con la finalidad de lograr la colocación del "objeto publicitado".

La libre elección del consumidor se ve restringida por esta manipulación, condicionando e induciendo su decisión"¹¹

47. Por outro lado, também ensina a jurisprudência que o uso consolidado da marca, a ponto de dar causa à expectativa legítima do consumidor de atuação em comum de diferentes pessoas jurídicas, é fundamento para responsabilização solidária entre elas. Afinal, a marca é uma informação ao consumidor, e traz consigo responsabilidades pela criação de expectativas que devem ser atendidas:

“PROCESSO CIVIL E DIREITO DO CONSUMIDOR.
PLANO DE SAÚDE. SOCIEDADES COOPERATIVAS
UNIMED. LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM.

1. O direito à informação e o princípio da vinculação da publicidade refletem a imposição da transparência e da boa-fé nos métodos comerciais, na publicidade e nos contratos, de modo que o fornecedor de produtos ou serviços se responsabiliza também pelas expectativas que

¹¹ WEINGARTNER, Célia. El valor económico de la confianza para empresas y consumidores. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *Doutrinas essenciais de direito do consumidor*, t. 3. São Paulo: RT, 2011, cit.

a sua publicidade desperta no consumidor, mormente no que tange ao uso coletivo de uma mesma marca.

2. A publicidade do Sistema Unimed busca instigar o indivíduo à contratação mediante a convicção de que se trata de uma entidade única com atuação em âmbito nacional, não sendo informado ao filiado sobre a autonomia e a independência de suas unidades, o que só faz reforçar nele a ideia de que esse sistema lhe oferece uma maior gama de serviços e facilidades.

3. Ademais, a complexa estrutura das cooperativas prestadoras de serviço, se, por um lado, visa ao estímulo e reforço do sistema cooperativo regido pela Lei n. 5.764/1971, possibilitando a atuação sob uma mesma marca e a constituição de sociedades cooperativas singulares, federações de cooperativas e confederações; por outro lado, tem como efeito externo a responsabilização de toda a cadeia de fornecimento - no caso, o Sistema Unimed - de forma solidária, uma vez que não se pode exigir do consumidor que conheça as intrincadas relações entre os diversos membros dessa cadeia, mormente quando a publicidade veiculada pelo grupo faz-lhe crer que se trata de uma entidade una.

4. Dessarte, o fato de várias sociedades explorarem uma mesma marca, ainda que com personalidades jurídicas distintas - por não ter havido a informação clara ao consumidor acerca de eventuais diferenças no conteúdo dos serviços ou na cobertura oferecida por cada uma -, traz como consequência a possibilidade de serem acionadas a responder solidariamente pelas obrigações contratadas por qualquer delas.

5. Recurso especial não provido.”

(REsp 1377899/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª

Turma, j. 18/12/2014, DJe 11/02/2015)

48. Deste modo, é possível concluir que sempre onde exista uma violação ao direito de uso exclusivo de marca pelo fornecedor, está presente, em alguma medida, prejuízo aos interesses do consumidor, uma vez presumida a possibilidade de confusão entre as marcas:

“Civil e comercial. Recurso especial. Propriedade industrial. Marca. Uso indevido. Danos materiais. Presunção. Danos morais. Comprovação. 1. Os embargos declaratórios têm como objetivo sanar eventual obscuridade, contradição ou omissão existente na decisão recorrida. Inexiste ofensa ao artigo 535 do CPC, quando o Tribunal de origem pronuncia-se de forma clara e precisa sobre a questão posta nos autos, assentando-se em fundamentos suficientes para embasar a decisão, como ocorrido na espécie. 2. Na hipótese de uso indevido de marca, capaz de provocar confusão entre os estabelecimentos e conseqüente desvio de clientela, desnecessária a prova concreta do prejuízo, que se presume. 3. Há que ser demonstrado o efetivo prejuízo de ordem moral sofrido pelo titular do direito de propriedade industrial, decorrente da sua violação. Na hipótese, configurado pelo protesto efetuado. 4. Recurso especial provido”

(STJ, REsp 1.174.098/MG, 3.ª T, j. 04.08.2011, rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 15.08.2011)

49. De referir-se, contudo, que o próprio Poder Judiciário vem sendo rigoroso na identificação das hipóteses em que marcas distintas podem gerar confusão ou não, de modo que do exame entre marcas não se restrinja excessivamente a livre concorrência.¹²

¹² “PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. PROPRIEDADE INDUSTRIAL. AÇÃO DE

21
16

50. Este entendimento é confirmado pelas normas de proteção do consumidor e da legislação que disciplina a propriedade intelectual. Neste sentido, o artigo 124 da Lei 9.279/96, estabelece em seu inciso XIX, que não são registráveis como marca a "reprodução ou imitação, no todo ou em parte, ainda que com acréscimo, de marca alheia registrada, para distinguir ou certificar produto ou serviço idêntico, semelhante ou afim, suscetível de causar confusão ou associação com marca alheia". O mesmo ocorre em relação às marcas que induzam falsamente indicação geográfica ou alguma qualidade específica do produto. Os incisos IX e X, da mesma lei, impedem o registro de marca em que haja: "IX – indicação geográfica, sua imitação suscetível de causar confusão ou sinal que possa falsamente induzir indicação geográfica; X – sinal que induza a falsa indicação quanto à origem, procedência, natureza, qualidade ou utilidade do produto ou serviço a que a marca se destina".

51. O Superior Tribunal de Justiça, em diversas situações, vem firmando seu

ABSTENÇÃO DE USO DE MARCA CUMULADA COM PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. UTILIZAÇÃO DE TERMO DESIGNATIVO DO COMPONENTE PRINCIPAL DO MEDICAMENTO. COEXISTÊNCIA. POSSIBILIDADE. CONCORRÊNCIA DESLEAL. INEXISTÊNCIA.

1. A ausência de decisão acerca dos dispositivos legais indicados como violados impede o conhecimento do recurso especial.

2. O art. 330 do CPC permite ao magistrado julgar antecipadamente a lide se esta versar unicamente acerca de questões de direito ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência. O deferimento do pedido de produção de provas está vinculado à livre convicção do magistrado de primeiro grau de jurisdição. Assim, firmada a conclusão adotada pelo Tribunal a quo na suficiência de elementos para julgar o mérito da causa, não pode esta Corte revê-la sem incursionar nas provas dos autos, providência vedada pela Súmula 07/STJ.

3. O art. 18, II, da Lei 9.279/96, também chamada de Lei da Propriedade Industrial (LPI) dirige-se ao procedimento de requerimento de patente, não sendo aplicável em hipóteses em que se discute a possibilidade de utilização de marca semelhante a outra já registrada no órgão competente.

4. A finalidade da proteção ao uso das marcas - garantida pelo disposto no art. 5º, XXIX, da CF/88 e regulamentada pelo art. 129 da LPI - é dupla: por um lado protegê-la contra usurpação, proveito econômico parasitário e o desvio desleal de clientela alheia e, por outro, evitar que o consumidor seja confundido quanto à procedência do produto (art.4º, VI, do CDC).

5. Nas hipóteses previstas no art. 124, VI, da LPI não se pode falar em colidência, haja vista que, em regra, inexistente a possibilidade de uso exclusivo de elementos genéricos por qualquer empresa.

6. O radical "SOR", que compõem a marca SORINE, não é apropriável, uma vez que é designativo do componente principal do produto farmacológico que se pretende assinalar, prática comum na indústria farmacêutica. Do contrário, gerar-se-ia situação incoerente com a essência da LPI, que, para além da repressão à concorrência desleal, objetiva, por meio das cláusulas de irregistrabilidade, tutelar a livre concorrência.

7. Afastada a identidade entre as referidas marcas apta a ensejar confusão e captação indevida de consumidores, não há se falar em ofensa ao art. 195, III da LPI.

8. Recurso especial não provido."

(STJ, REsp 1105422/MG, Rel. Ministra Nancy Andriighi, 3ª Turma, j. 10/05/2011, DJe 18/05/2011)

entendimento na associação entre a tutela do direito do titular da marca e a proteção do direito dos consumidores. No Recurso Especial 1.032.104/RS, a relatora, Min. Nancy Andrighi, referiu, expressamente, que

“(…) a finalidade da proteção ao uso das marcas é dupla: por um lado protegê-la contra usurpação, proveito econômico parasitário e o desvio desleal de clientela alheia e, por outro, evitar que o consumidor seja confundido quanto à procedência do produto.”¹³

52. Protege-se, deste modo, o uso exclusivo da marca tanto quando possa dar causa ao desvio de clientela,¹⁴ prejudicando o interesse comercial do fornecedor, quanto em razão da possibilidade de gerar confusão para os consumidores, frustrando ou se aproveitando de sua confiança:

“Comercial e civil. Direito marcário. Uso indevido de marca caracterizada. Abstenção. Indenização. A violação marcária se dá quando a imitação reflete na formação cognitiva do consumidor que é induzido, por erro, a perceber identidade nos dois produtos de fabricações diferentes. O uso indevido de marca alheia sempre se presume prejudicial a quem a lei confere a titularidade. Recurso parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.”
(STJ, REsp 510.885/GO, 4.ª T., j. 09.09.2003, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJ 17.11.2003)

¹³ STJ, REsp 1.032.104/RS, 3.ª T., j. 18.08.2011, rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 24.08.2011. No mesmo sentido: REsp 1.105.422/MG, 3.ª T., j. 10.05.2011, rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 18.05.2011; AgRg no REsp 954.378/MG, 4.ª T., j. 14.04.2011, rel. Min. João Otávio de Noronha DJe 03.05.2011; REsp 929.604/SP, 3.ª T., j. 22.03.2011, rel. Min. Sidnei Beneti, DJe 06.05.2011; REsp 1.204.488/RS, 3.ª T., j. 22.02.2011, rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 02.03.2011; REsp 887.686/RJ, 4.ª T., j. 23.11.2010, rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 26.11.2010; REsp 1.418.171/CE, 3.ª T., j. 01.04.2014, rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 10.04.2014; REsp 1342741/RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, j. 05/05/2016, DJe 22/06/2016.

¹⁴ STJ, REsp 1.174.098/MG, 3.ª T., j. 04.08.2011, rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 15.08.2011.

“Direito empresarial. Contrafação de marca. Produto falsificado cuja qualidade, em comparação com o original, não pôde ser aferida pelo Tribunal de Justiça. Violação da marca que atinge a identidade do fornecedor. Direito de personalidade das pessoas jurídicas. Danos morais reconhecidos. O dano moral corresponde, em nosso sistema legal, a lesão a direito de personalidade, ou seja, a bem não suscetível de avaliação em dinheiro. Na contrafação, o consumidor é enganado e vê subtraída, de forma ardil, sua faculdade de escolha. O consumidor não consegue perceber quem lhe fornece o produto e, como consequência, também o fabricante não pode ser identificado por boa parte de seu público alvo. Assim, a contrafação é verdadeira usurpação de parte da identidade do fabricante. O contrafator cria confusão de produtos e, nesse passo, se faz passar pelo legítimo fabricante de bens que circulam no mercado. Certos direitos de personalidade são extensíveis às pessoas jurídicas, nos termos do artigo 52 do CC/2002 e, entre eles, se encontra a identidade. Compensam-se os danos morais do fabricante que teve seu direito de identidade lesado pela contrafação de seus produtos. Recurso especial provido.”

(STJ, REsp 1.032.014/RS, 3.ª T., j 26.05.2009, rel. Min. Nancy Andrighi, *DJe* 04.06.2009)

53. O interesse do consumidor é relevante inclusive para distinguir o próprio âmbito de aplicação da proteção jurídica da marca. Neste sentido, observe-se a decisão do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial REsp 862.067/RJ, em que se discutia a violação do direito de marca pela denominação de um condomínio com o mesmo nome de uma empresa imobiliária. Nesta situação o relator do caso, em seu voto-condutor assinalou que:

“a marca e os outros sinais distintivos permitem impedir

que alguém use, *no exercício de actividades económicas*, sinal idêntico ou semelhante para os mesmos elementos para que o sinal foi registrado e que possa causar risco de confusão ou de associação no público (...)"

54. Aduziu, pois, que "a marca serve para registrar produtos ou serviços",¹⁵ coibindo-se daí sua reprodução ou imitação. Para que haja o reconhecimento do uso indevido da marca basta que exista a possibilidade de confusão entre mais de uma delas, não havendo a necessidade de demonstrar-se que tenha efetivamente ocorrido. Neste sentido, decidiu o STJ que "para a tutela da marca basta a possibilidade de confusão, não se exigindo prova de efetivo engano por parte de clientes ou consumidores específicos".¹⁶

¹⁵ STJ, REsp 862.067/RJ, 3.ª T., j. 26.04.2011, rel. Des. Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJRS), DJe 10.05.2011.

¹⁶ "PROPRIEDADE INTELECTUAL E PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. NECESSIDADE DE REVISÃO DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7. STJ. APLICAÇÃO. PREQUESTIONAMENTO. INEXISTÊNCIA. MARCA "KOCH" PROTEGIDA PARA O SEGUIMENTO DE SERVIÇOS JURÍDICOS E QUE, POSTERIORMENTE, VEM A SER UTILIZADA POR OUTRA SOCIEDADE DE ADVOGADOS CUJOS SÓCIOS PERTENCEM A FAMÍLIA "KOCH". PONDERAÇÃO DOS VALORES ENVOLVIDOS E NECESSIDADE DE BEM DIFERENCIAR OS PRESTADORES DE SERVIÇO NO MERCADO.

- Não se conhece do Especial que se assenta em negativa de vigência de dispositivo da Constituição Federal, tema afeito à competência do Supremo Tribunal Federal.

- É inadmissível o recurso especial deficientemente fundamentado. Aplicável à espécie a Súmula 284, STF.

- A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial. Aplicação da Súmula 7, STJ.

- O prequestionamento dos dispositivos legais tidos por violados constitui requisito específico de admissibilidade do recurso especial.

- A sociedade de advogados, nos termos do art. 16, §1º, da Lei 8.934/94, deve ostentar razão social que contenha, obrigatoriamente, o nome de, pelo menos, um advogado responsável pela sociedade.

- A anterior titularidade da marca "Koch" para o segmento de serviços jurídicos não pode impedir que outros membros da família "Koch" venham, posteriormente, constituir sociedade de advogados com razão social que inclua o seu patronímico. Só assim os sócios diferenciam-se de outros causídicos que tenham prenomes similares, atendendo à finalidade do Estatuto dos Advogados, que é de bem identificar os responsáveis pela prestação dos serviços jurídicos.

- Ocorre que ao ostentar apenas o patronímico "Koch" de seus sócios, a sociedade de advogados e os seus serviços podem ser confundidos com aqueles advogados que, anteriormente, já haviam feito registrar a marca "Koch".

- Sopesando-se, assim, o direito de marca com o direito de livre e responsável exercício da profissão de advogado, a solução razoável exige que, mesmo sem deixar de utilizar o patronímico de seus sócios, a sociedade requerida venha a fazer incluir em sua razão social outros elementos distintivos que possam bem diferenciá-la das autoras.

- Para a tutela da marca basta a possibilidade de confusão, não se exigindo prova de efetiva engano por parte de clientes ou consumidores específicos.

Recurso Especial parcialmente conhecido e, nesta parte, provido."

(STJ, REsp 954.272/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, julgado em 13/11/2008, DJe 01/04/2009)

55. Em sentido contrário, não se demonstrando as hipóteses de confusão do consumidor, concorrência desleal e/ou desvio de clientela, não deverá ser reconhecida a possibilidade de impedir o uso da marca.¹⁷ Note-se, neste particular, que o critério adotado pelo STJ é de que a possibilidade de confusão possa ocorrer ao ‘consumidor desatento’, ou como explica corretamente a Min. Nancy Andrighi, em seu voto no Recurso Especial 698.855/RJ,

“em nenhum momento a Lei exige que a semelhança entre as marcas seja grande a ponto de confundir até mesmo o observador atento. Para a Lei, basta que os produtos sejam parecidos a ponto de gerar confusão. (...) A Lei se destina, não ao consumidor atento, mas justamente ao consumidor que, por qualquer motivo, não se encontra em condições de diferenciar os produtos similares. Não se pode descurar o fato de que, muitas vezes, o consumidor não pode ler a embalagem de um produto ou, ao menos, tem dificuldade de fazê-lo, seja por seu grau de instrução, por problemas de saúde ocular ou mesmo por pressa. Nesses casos, tudo o que o consumidor distinguirá será a forma da embalagem, as características gerais do produto, as cores

¹⁷ “Agravado de instrumento. Propriedade industrial. Registro de marca. Anulação. Ausência de afronta ao artigo 535, II do CPC. Tribunal *a quo* de acordo com a jurisprudência do STJ. Reexame de prova. Agravo regimental ao qual se nega provimento. (...) 2. Anulação de Registro de Marca: ao firmar a conclusão de que não há possibilidade de confundir-se o consumidor entre a marca “Unilever” da recorrente e a marca “Unilevel” da recorrida, porque o circuito de distribuição e comercialização dos produtos por ela assinalados é totalmente distinto, não se podendo cogitar de concorrência desleal ou desvio de clientela, o Tribunal recorrido tomou em consideração os elementos fáticos carreados aos autos. Incidência da Súmula 7/STJ. 3. Exceção: somente o alto renome, não comprovado na espécie, a justificar a proteção em todas as classes de produtos, implicaria na desconstituição do registro da marca. Precedentes. Incidência da Súmula 83/STJ. 4. Agravo regimental ao qual se nega provimento” (STJ, AgRg nos EDcl no Ag 1.079.375/RJ, 4.ª T., j. 04.06.2009, rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 22.06.2009). No mesmo sentido: “Propriedade industrial. Colisão de marcas. “moça fiesta” e “fiesta”. Possibilidade de erro, confusão ou dúvida no consumidor. Não caracterização. Para impedir o registro de determinada marca é necessária a conjunção de três requisitos: a) imitação ou reprodução, no todo ou em parte, ou com acréscimo de marca alheia já registrada; b) semelhança ou afinidade entre os produtos por ela indicados; c) possibilidade de coexistência das marcas acarretar confusão ou dúvida no consumidor (Lei 9.279/96, artigo 124, XIX). Afastando o risco de confusão, é possível a coexistência harmônica das marcas” (STJ, REsp 949.514/RJ, 3.ª T., j. 04.10.2007, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 22.10.2007).

apresentadas e assim por diante”.¹⁸

56. A identificação de quem seja o consumidor desatento, na verdade realiza-se também a partir da incidência do princípio da vulnerabilidade, para o que se deverá levar em consideração aspectos como a espécie e destinação do produto, seu público-alvo, modo de comercialização e outras condições que permitam concretamente avaliar a possibilidade de confusão do consumidor. O mesmo ocorre em relação às situações que não se trate do uso da marca propriamente dita, mas do conjunto visual da embalagem e/ou apresentação do produto e/ou do fornecedor, que dê causa à confusão do consumidor, o denominado *trade dress* ('conjunto-imagem'), reconhecido pela jurisprudência como causa de concorrência desleal,¹⁹ mas que deve também admitir a tutela da transparência e boa-fé do consumidor.²⁰

¹⁸ “Propriedade Industrial. Alegação de imitação de marca cujo registro fora solicitado pela autora, mas ainda não concedido por ocasião da propositura da ação. Registro obtido no curso do processo. Acórdão que julga improcedente o pedido com fundamento em que, apesar de muito parecidas, as marcas da autora e da ré não seriam capazes de gerar confusão em consumidor atento. Necessidade de reformada decisão. Recurso provido. Não se conhece do recurso especial por ofensa ao artigo 535 do CPC nas hipóteses em que não há omissão, contradição ou obscuridade no acórdão recorrido. O fato de o acórdão impugnado não ter tomado em consideração a existência de registro, no curso do processo, da marca cuja proteção se pleiteia, não influenciou no julgamento porquanto o Tribunal desenvolveu, como argumento subsidiário, a ideia de que, mesmo registrada a marca, ela não mereceria proteção na hipótese dos autos. O fundamento utilizado pelo Tribunal ‘a quo’, de que as marcas do autor e do réu para o sabão em pedra controvertido são parecidas, mas não a ponto de confundir o consumidor atento não pode prosperar. O consumidor atento jamais confundiria embalagens de produtos, por mais parecidas que sejam. O que a lei visa a proteger em relação a imitações é a possibilidade de o produto concorrente ser adquirido, por engano, justamente pelo consumidor desatento ou incapaz de reparar nos detalhes da embalagem, seja por falta de instrução, por problemas de visão ou por pressa. Daí a necessidade de prover o recurso especial nessa parte, para conferir aos recorrentes a proteção da marca no período posterior ao deferimento do registro. A proteção conferida pelo artigo 129 da LPI protege apenas a marca a partir do deferimento do registro. O período compreendido entre o protocolo e a concessão do registro é protegido, ou pelo artigo 130, III, da referida Lei, ou pelo artigo 21, XVI, da Lei 8.884/95, conforme o caso. Não tendo sido arguida a violação de nenhum desses artigos, o recurso não merece prosperar nesse aspecto. Recurso parcialmente conhecido e, nessa parte, provido” (REsp 698.855/RJ, 3.ª T., j. 25.09.2007, rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 29.10.2007).

¹⁹ STJ, REsp 1.306.690/SP, 4ª T., j. 10.04.2012, rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 23.04.2012. Para o tema sob a perspectiva da proteção à propriedade intelectual, vejam-se os comentários de José Roberto D’Affonseca Gusmão e Laetitia Maria Alice Pablo D’Hanens, ao acórdão do TJSP, na ApCiv 0107915-70.2007.8.26.0000, 9.ª Câm. de Direito Privado, j. 14.02.2012, de relatoria do Des. José Luiz Gavião de Almeida. GUSMÃO, José Roberto D’Affonseca; D’HANENS, Laetitia Maria Alice Pablo. Breves comentários à proteção do *trade dress* no Brasil. Revista dos Tribunais, v.919, p. 585 e ss. São Paulo: RT, maio/2012. Da mesma forma, veja-se, com interessante pesquisa jurisprudencial, o artigo de: MELLO, Erika Faria de. *Trade dress*: análise comparativa dos tribunais nacionais de 1996 a 2011. Revista da ABPI, v. 121, p. 3 e ss. São Paulo: ABPI, nov.-dez./2012. No mesmo volume, de igual modo, o estudo de: PINTO, André Almeida Matos de. MONTENEGRO, Diego. PINHEIRO, Lauro Augusto Vieira Santos. O *trade dress* e sua aplicação no Brasil. Revista da ABPI, v. 121, p. 45 e ss. São Paulo: ABPI, nov.-dez./2012.

²⁰ “RECURSO ESPECIAL. PROPRIEDADE INDUSTRIAL. CONCORRÊNCIA DESLEAL.

57. Deste modo, o que se avalia para a identificação de concorrência desleal na hipótese de semelhança do trade dress será a utilização conjunta – por determinado fornecedor – de elementos, sujeitos ou não a registro, como a marca ou o desenho, que sejam suficientes para causar confusão no consumidor, mediante associação ou remissão a produtos ou serviços concorrentes.²¹

58. Em relação ao sistema de distribuição de GLP, a exigência de proteção da marca, seja pela exigência de sua gravação, em relevo no botijão de gás, seja pela limitação para envase e comercialização destes recipientes, em conformidade com a marca gravada, por distribuidores autorizados para este fim, atende, sobretudo, à finalidade de identificação. Não por acaso, anota a doutrina que a marca comercial substituiu, em termos práticos, a função antes desempenhada pelo nome comercial, embora este conserve sua proteção jurídica.²²

VIOLAÇÃO DE TRADE DRESS. AÇÃO COMINATÓRIA E DE REPARAÇÃO POR ATO ILÍCITO. PROTEÇÃO DO CONJUNTO-IMAGEM. LEI DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL E CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. FUNCIONALIDADE, DISTINTIVIDADE E CONFUSÃO OU ASSOCIAÇÃO INDEVIDA. PRESSUPOSTOS. PREMISSAS FÁTICAS ASSENTADAS PELOS JUÍZOS DE ORIGEM. VALORAÇÃO JURÍDICA DA PROVA. NECESSIDADE DE REPARAÇÃO DO DANO MATERIAL. 1 - Ação ajuizada em 10/5/2016. Recurso especial interposto em 16/6/2015 e encaminhado à Relatora em 25/8/2016. 2 - O propósito recursal é definir se a importação e a comercialização, pela recorrida, dos motores estacionários Motomil 168F configura prática de concorrência desleal, em razão de sua similaridade com aqueles fabricados pelas recorrentes sob a marca Honda GX. 3 - A despeito da ausência de expressa previsão no ordenamento jurídico pátrio acerca da proteção ao trade dress, é inegável que o arcabouço legal brasileiro confere amparo ao conjunto-imagem, sobretudo porque sua usurpação encontra óbice na repressão da concorrência desleal. Incidência de normas de direito de propriedade industrial, de direito do consumidor e do Código Civil. 4 - A aparência extrínseca identificadora de determinado bem ou serviço não confere direitos absolutos a seu titular sobre o respectivo conjunto-imagem, sendo necessária a definição de determinados requisitos a serem observados para garantia da proteção jurídica, como os que dizem respeito à funcionalidade, à distintividade e à possibilidade de confusão ou associação indevida. 5 - Valoração jurídica das premissas fáticas incontroversas assentadas pelos juízos de origem que não esbarra no óbice da Súmula 7/STJ. 6 - Os danos suportados pelas recorrentes decorrem de violação cometida ao direito legalmente tutelado de exploração exclusiva do conjunto-imagem por elas desenvolvido. 7 - O prejuízo causado prescinde de comprovação, pois se consubstancia na própria violação do direito, derivando da natureza da conduta perpetrada. A demonstração do dano se confunde com a demonstração da existência do fato, cuja ocorrência é premissa assentada, devendo o montante ser apurado em liquidação de sentença. 8 - Recurso especial provido." (STJ, REsp 1677787/SC. Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. 26/09/2017, DJe 02/10/2017)

²¹ STJ, REsp 1353451/MG, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 3ª Turma, j. 19/09/2017, DJe 28/09/2017.

²² "Hoje em dia, o nome empresarial não cumpre mais a função mercadológica do passado. Foi substituído, na função, pela marca. Se antes, os consumidores formulavam o conceito acerca da qualidade dos produtos, pelo prestígio do nome do comerciante que os vendia, na economia de massa opera-se uma inversão: conhece-se a marca, e é por meio dela que, indiretamente, se identifica o empresário." COELHO, Fábio Ulhôa. *Curso de direito comercial*, v. 1. São Paulo: RT, 2018, cit.

59. O mesmo fundamento encontra-se na indicação, por intermédio de rótulo específico, do distribuidor responsável pelo envase da GLP no recipiente, que poderá ser o mesmo cuja marca esteja gravada, ou terceiro com quem se tenha convencionado o direito de uso da marca.

60. Neste sentido é preciso concordar com o que o Professor Gesner Oliveira registra em estudo sobre o tema da marca no setor de distribuição de GLP, assinalando que

“é essencial para o consumidor que haja uma referência clara associada a uma marca que conquistará ou não sua fidelidade de acordo com sua experiência com o serviço. Se positiva, será fiel àquela marca porque ao longo dos anos garantiu serviços seguros e de boa qualidade. A proteção da marca constitui, portanto, uma forma de atenuar a assimetria de informação entre fornecedor e consumidor.”²³

61. Em relação à marca gravada em relevo no botijão de gás, nota-se que para além da identificação quanto ao responsável pela fabricação do recipiente, indica também aquele a quem incumbe o dever de assegurar a permanência de suas qualidades e condições de segurança, seja por intermédio do procedimento de requalificação, ou mesmo sua retirada do mercado.

62. Na perspectiva da tutela do consumidor, contudo, a marca é signo de informação quanto à procedência e responsabilidade acerca do recipiente, o que dá causa a expectativa legítima quanto à procedência do botijão e à identificação precisa sobre quem assume a obrigação por sua segurança, e responde diretamente por eventuais vícios ou defeitos.

63. Contudo, questão discutida no âmbito do sistema de distribuição de GLP é a

²³ OLIVEIRA, Gesner. *Importância da marca: desfazendo mitos sobre o mercado de GLP* (original cedido pelo consulente), mimeo, p. 2.

circunstância de distribuidores envasarem botijões de outras marcas sem que esta conduta seja perceptível, ou possa gerar confusão para o consumidor. Note-se que a garantia de segurança do produto, no caso do GLP, envolve múltiplos aspectos, desde a qualidade do recipiente propriamente dito, quanto aos meios de envase, conservação, entrega e instalação dos botijões de gás. São fases indistacáveis do processo de fornecimento do produto, conforme situam tanto a disciplina regulamentar da atividade, como também dos usos e costumes consolidados sobre sua oferta no mercado.

64. Não se pode admitir, deste modo, frente aos botijões com a marca gravada de um determinado distribuidor, o qual suporta também o dever de assegurar a qualidade e segurança do recipiente – ou retirá-lo do mercado quando deixe de ter condições de utilização – que possam ser manuseados e envasados por outro distribuidor sem a existência de autorização expressa daquele que os fabricou e gravou a marca, sob pena de violação do direito à informação do consumidor (art. 6º, III, do CDC) e, em sentido amplo, da própria tutela da confiança legítima que a marca em questão dá causa.

65. Porém, mais do que a confusão do consumidor quanto à identificação do fornecedor e a respectiva qualidade do produto ou serviço, é de se observar também que a concentração do direito de envase do produto no distribuidor cuja marca esteja gravada no respectivo recipiente, deve ser compreendida como critério necessário para identificação de eventual cadeia de responsabilidade no caso de danos. Em especial, a responsabilidade por vício do produto ou mesmo acidentes de consumo causados por produtos defeituosos, conforme passamos a examinar na segunda parte deste parecer.

66. O sistema de distribuição concebido é coeso e coerente, tendo como pilar de sustentação o conjunto de obrigações impostas pelo órgão regulador que não poderiam sobreviver isoladamente. Ou seja, a requalificação (segurança) e a destroca (direito de escolha) somente podem ser asseguradas, no plano prático, com a estrita observância da exclusividade sobre a marca forjada nos recipientes (concorrência leal).

II PARTE – OS DEVERES DE ADEQUAÇÃO E SEGURANÇA DO FORNECEDOR DE GLP E OS DIREITOS DO CONSUMIDOR

A) Os deveres de adequação e segurança do fornecedor e sua repercussão sobre o sistema de distribuição de GLP

67. Conforme já mencionamos, um dos fundamentos da defesa do consumidor na legislação brasileira compreende a garantia do cumprimento do dever de qualidade pelo fornecedor, que se traduz pela proteção da segurança e integridade psicofísica do consumidor, assim como da adequação de produtos e serviços, para que sirvam aos fins que legitimamente deles se esperam.

68. Por esta razão, o próprio sistema de responsabilidade do fornecedor no CDC assume características específicas, definindo a responsabilidade objetiva e solidária dos membros da cadeia de fornecimento perante o consumidor, em razão de vícios ou defeitos de produtos e serviços.

69. Conforme é sabido, o dever de qualidade estabelecido no CDC abrange todos os fornecedores de produtos e serviços no mercado de consumo, como é o caso do sistema de distribuição de GLP. Compreende tanto o dever de adequação do produto ou serviço, ou seja, o dever de que atendam as finalidades/utilidades que legitimamente deles se espera, quanto também a segurança esperada. Os regimes de responsabilidade do fornecedor, pelo vício do produto ou do serviço, o pelo fato do produto ou do serviço, definidos no CDC, de sua vez, respeitam esta distinção. Conforme já nos referimos:

*“No direito do consumidor, a própria classificação tradicional entre responsabilidade contratual e extracontratual é afastada, para dar lugar a uma nova terminologia, da *responsabilidade pelo fato do produto e do serviço* e a *responsabilidade pelo vício do produto e do serviço*. A *summa divisio* da responsabilidade civil no direito do consumidor, assim, não se dá mais em razão da *fonte do dever jurídico* violado (quando o descumprimento de um dever contratual ensejava a responsabilidade contratual, e a violação de um dever legal dava causa à*

responsabilidade extracontratual).²⁴ O novo critério do direito do consumidor se dá em vista do *interesse jurídico protegido* pelo ordenamento. Neste caso, a responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço, também denominada como responsabilidade por *acidentes de consumo*, tem em vista a proteção da *segurança* do consumidor. Ou seja, responde pelo fato do produto ou do serviço, aquele que não oferece a segurança esperada, causando danos ao consumidor.

Por outro lado, a responsabilidade pelo vício do produto ou do serviço visa à proteção do interesse do consumidor quanto à *adequação* do produto ou serviço. Neste caso, a responsabilidade por vício é o efeito da não adequação do produto ou serviço, o que será caracterizado – de acordo com a exata previsão do CDC – quando estes não servirem aos fins que legitimamente deles se esperam (artigo 18).”

70. No caso do produto GLP, observe-se que o seu acondicionamento, qualidade do botijão e cuidados para evitar-se o vazamento são essenciais, considerando o risco que envolve por tratar-se de produto combustível e inflamável, que pode atingir muitas vítimas, todas equiparadas a consumidor *ex vi* o disposto no art. 17 do CDC.²⁵ Porém, também o serviço de distribuição em si, pelo distribuidor e pelo revendedor, nos cuidados de transporte, entrega e instalação do botijão, são fases relevantes do fornecimento, repercutindo tanto na proteção da segurança, quanto da adequação do produto.

²⁴ Um exemplo ilustrativo é o da responsabilidade reconhecida aos *shopping centers* ou estabelecimentos empresariais pelo furto ou roubo de veículos de consumidores nos estacionamentos que disponibilizam. Tal responsabilidade, que anteriormente era fundada na equiparação entre o contrato de estacionamento e o contrato de depósito, atualmente é fundamentada exclusivamente no dever de segurança que resulta do regime legal do próprio CDC. Neste sentido, pronuncia-se o STJ: “É dever de estabelecimentos como *shopping centers*, que oferecem estacionamento privativo aos consumidores ainda que de forma gratuita, zelar pela segurança dos veículos e dos clientes.” (STJ, AgRg no AREsp 188.113/RJ, rel. Min. João Otávio de Noronha, 3ª T., j. 01.04.2014, *DJe* 07.04.2014). No mesmo sentido, em relação ao furto em estacionamento oferecido por banco para atendimento de seus clientes: STJ, AgRg no AREsp 376.268/SP, 4ª T., j. 18.02.2014, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, *DJe* 06.03.2014.

²⁵ Veja-se, sobre a aplicação do art. 17 do CDC em matéria de acidentes com gás GLP, a decisão do STJ no AgRg no Ag 1333671/SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª Turma, j. 28/02/2012, *DJe* 05/03/2012.

71. No caso do regime de responsabilidade por acidentes de consumo em razão de produtos defeituosos, o artigo 12 do Código de Defesa do Consumidor define a solidariedade do fabricante, produtor, construtor e importador pela reparação dos danos causados aos consumidores. Neste regime, o comerciante só responderá nos termos do art. 13 do CDC, quando o fabricante, o construtor, o produtor ou o importador não puderem ser identificados, quando sua identificação não for clara, ou ainda quando a causa do dano se der em razão da má-conservação de produtos perecíveis:

“Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

(...)

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.

Parágrafo único. Aquele que efetivar o pagamento ao prejudicado poderá exercer o direito de regresso contra os demais responsáveis, segundo sua participação na causação do evento danoso.”

72. Os acidentes com gás GLP são raros nas residências dos consumidores.²⁶ Já no caso a responsabilidade por danos causados por serviços defeituosos, o art. 14, caput, do CDC, estende a solidariedade a todos os fornecedores que tenham participado da prestação do serviço:

“Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.”

73. Ou seja, conforme já mencionamos:

“Dentre as diversas regras de proteção e garantia do ressarcimento de danos do consumidor-vítima dos acidentes de consumo está a previsão normativa expressa da solidariedade da cadeia de fornecimento. Estabelece o artigo 7º, parágrafo único, do CDC: “Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo”. Por outro lado, distinguem-se, ligeiramente, as previsões normativas relativas à responsabilidade pelo fato do produto (artigo 12) e a responsabilidade pelo fato do serviço (artigo 14). No caso da norma relativa à responsabilidade pelo fato do produto, optou o legislador do CDC por indicar quais seriam os agentes econômicos da cadeia de fornecimento responsáveis solidariamente pelo dever de reparar danos aos consumidores. Referiu, assim, que “o fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador, respondem,

²⁶ Veja-se: STJ, AgRg no AREsp 124.776/PE. Rel. Min. Marco Buzzi, 4ª Turma, j. 07/05/2013, DJe 13/05/2013.

independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores (...)"'. Indica, portanto, expressamente, os agentes econômicos responsáveis pelo dever de reparação."

No caso da responsabilidade pelo fato do serviço, até pelas dificuldades eventuais em denominar com precisão todos os eventuais agentes da cadeia de fornecimento dos diferentes serviços ofertados no mercado de consumo, a norma do artigo 14 do CDC foi mais abrangente ao dispor: "O fornecedor de serviços responde, independente de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores (...)"'.²⁷

74. Tratando-se da distribuição de GLP, eventual defeito que dê causa a acidente de consumo pode surgir tanto do produto em si (em especial do próprio recipiente de envase ou do modo de envase de gás), ou do serviço (se a falha decorra do transporte, armazenamento ou instalação). Em qualquer caso, contudo, por se tratar de produto combustível e inflamável – a justificar o controle estatal sobre a atividade que se realiza apenas sob autorização – as situações que caracterizem acidentes de consumo assumem certa extensão e, deste modo, causam dificuldade na própria verificação de vestígios que permitam a identificação do fornecedor do produto defeituoso. Daí justificar-se a própria gravação da marca em relevo no botijão de GLP, cujos restos, em metal, são por vezes, os únicos elementos que restam de incêndios ou explosões que caracterizam tais acidentes.

75. Neste sentido, na perspectiva do consumidor, justifica-se plenamente a limitação a que a possibilidade de enchimento dos botijões de GLP se dê apenas pelos distribuidores em relação aos botijões que ostentem sua marca gravada em relevo, e por cuja qualidade eles próprios respondem. Ou ainda, como prevê a norma regulamentar em vigor (Res. nº 49/2016, da ANP), admitindo que o enchimento se dê por distribuidor com o qual o titular da marca – que responde diretamente pela qualidade do recipiente –

²⁷ MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 7ª ed. São Paulo: RT, 2018, p. 651.

tenha convencionado a autorização para seu uso. Solução diferente desta, que permita a dissociação entre os responsáveis pela qualidade dos botijões e quem providencie o envase de GLP, permitindo que qualquer distribuidor possa fazê-lo, compromete a identificação daqueles de quem se deva exigir o atendimento do dever de qualidade. Porém, mais ainda, na hipótese de acidente de consumo em razão de defeito do produto, fica irremediavelmente comprometida a própria identificação do causador do dano para efeito de sua responsabilização, uma vez que não se terá mais a convergência entre aquele que responde pela qualidade do botijão em si (o distribuidor cuja marca está gravada em relevo), e o que responde pela qualidade do enchimento, transporte e instalação na residência do consumidor. O que se traduz em expressivo obstáculo ao ressarcimento dos danos às vítimas de eventual acidente de consumo.

76. A disciplina atual do sistema de distribuição de GLP, definido, sobretudo, pela Res. nº 49/2016, da ANP, ao limitar a possibilidade de envase dos botijões aos distribuidores cuja marca esteja gravada em relevo, ou outros com quem aqueles tenham convencionado tal possibilidade, preserva as condições de identificação do responsável no caso de acidente de consumo, e delimita a solidariedade da cadeia de fornecimento, facilitando o ressarcimento do consumidor. Ao mesmo tempo, para além da responsabilização no caso de acidente de consumo, a disciplina vigente também contribui para maior efetividade da fiscalização preventiva, uma vez que, no caso de reclamações ou apuração de falhas de qualidade do produto, permite a pronta identificação do fornecedor responsável, de modo a corrigi-las, ou aplicar as correspondentes sanções, prevenindo consequências mais gravosas.

77. Nestes termos, respondendo já a primeira pergunta formulada pelo consulente, se (A) o sistema vigente de distribuição de GLP, com a exigência de identificação dos distribuidores, através de sua marca em relevo nos botijões de gás, assim como a obrigação de sua requalificação, está de acordo com as normas de proteção do consumidor, em especial as que impõem o dever de segurança do produto e do serviço e a identificação do responsável por eventuais acidentes de consumo, respondemos afirmativamente. A importância social do produto GLP e seu sistema de distribuição justificam amplo controle do Estado, seja para assegurar seu fornecimento adequado, seja para prevenir os riscos decorrentes do

seu fornecimento. Exigir-se a gravação da marca em relevo dos botijões, assim como limitar seu enchimento apenas aos distribuidores titulares das respectivas marcas, ou outros que tenham convencionados com eles esta possibilidade, preserva a identidade do fornecedor do produto no mercado em que há vários concorrentes. Sobretudo, com o objetivo de exercer a fiscalização preventiva no caso de falhas no processo de fornecimento, e identificação do responsável no caso de acidentes de consumo. Esta identificação do eventual causador do dano pode ser inviabilizada em sistemas que admitam a qualquer distribuidor realizar o enchimento, independentemente daquele que responda pela qualidade do botijão . O sistema de distribuição deve necessariamente conter essas características, sendo vedada a concepção de um modelo que não realize em sua plenitude esses direitos assegurados ao consumidor. Sem assegurar a identificação do eventual responsável pelos danos, a regulação do mercado estaria em contraste com as exigências do Código de Defesa do Consumidor, levando à ruína esse complexo sistema concebido exatamente para viabilizar o acesso a um produto a um só tempo perigoso e essencial.

B) Riscos inerentes a produtos e serviços perigosos e a imposição de deveres específicos pelo Estado como concretização do dever fundamental de defesa do consumidor.

78. Conforme já examinamos, a essencialidade da distribuição de GLP justifica a intervenção do Estado na sua regulação, e a exigência de autorização para exercício da atividade. Também os riscos à segurança dos consumidores fundamentam a imposição de deveres específicos que previnam danos, tratando-se – como é o caso – de produto perigoso.

79. O Código de Defesa do Consumidor, neste particular, em seu art. 9º, dispõe:

“Art. 9º O fornecedor de produtos e serviços potencialmente nocivos ou perigosos à saúde ou segurança deverá informar, de maneira ostensiva e adequada, a respeito da sua nocividade ou periculosidade, sem prejuízo

da adoção de outras medidas cabíveis em cada caso concreto.”

80. A prevenção destes riscos, assim como o próprio funcionamento do mercado, submete-se à regulação do Estado, por intermédio da ANP, atendendo tanto a critérios definidos pela legislação setorial em vista da execução de política pública de acesso ao produto essencial, quanto às normas que promovam a adequação e segurança na sua oferta e fruição.

81. A atuação da ANP, neste caso, submete-se, dentre outros, ao princípio constitucional de defesa do consumidor (art. 170, V, da Constituição da República), que coexiste com o princípio da livre concorrência (art. 170, IV). Há nestes termos, convergência entre os princípios constitucionais da livre concorrência e da defesa do consumidor,²⁸ ainda que possa se diferir em relação ao primeiro, a finalidade apenas mediata de proteção do interesse do consumidor.²⁹

82. Já foi referido que dentre os princípios da Política Nacional das Relações de Consumo, prevista no art. 4º, VI, do CDC, está a “coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores”.

83. Os estudos sobre o mercado de distribuição de GLP, contudo, apontam sua estruturação a partir de investimento de escala para ingresso, seja na estruturação de rede de distribuição e revenda, ou mesmo na fabricação dos botijões com a marca do distribuidor gravada, que viabilize sua participação no mercado.³⁰ Da mesma forma, exige-se a obrigação de requalificação de botijões, que faz com que tenham vida útil de 45 anos (sendo a primeira requalificação aos 15 anos e as seguintes a cada 10 anos), mas representam custo para o distribuidor.

²⁸ PETTER, Lafayette Josué. *Princípios constitucionais da ordem econômica. O significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal*. São Paulo: RT, 2005, p. 238-239.

²⁹ FORGIONI, Paula. *Os fundamentos do antitruste*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2010, p. 261.

³⁰ ARAÚJO JR., José Tavares. *A competição no setor de GLP: o papel da marca e da logística de distribuição*, outubro de 2018, p. 5, no original.

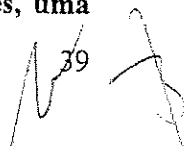
84. Por outro lado, é de anotar que a proteção da marca no âmbito concorrencial é considerada um elemento importante como estímulo à própria competição entre empresas, uma vez que ela permite a identificação, pelo consumidor, entre o atendimento dos deveres de qualidade do produto e serviço e um determinado fornecedor. Esta possibilidade de identificação, ao mesmo tempo em que justifica sua proteção jurídica, permite que o próprio interesse do consumidor seja promovido, atestando e associando o comportamento do fornecedor a uma determinada marca. A relevância da *marca* é potencializada quando se verifica que todos os botijões são estruturalmente iguais, mas se distinguem exatamente pela procedência, ou seja, por quem comercializa o produto. Nesse contexto, a marca ganha um papel ainda mais relevante, pois identifica a qualidade e confiança na empresa em razão da sua história de respeito ao consumidor.

85. Daí porque se cogitar a eliminação deste vínculo entre o produto e sua marca – o que ocorreria no caso de ser admitida a possibilidade de envase de botijões de gás de uma marca por qualquer distribuidor – pode dar causa, de um lado, à falta de critérios para identificação dos fornecedores relativamente ao atendimento dos deveres de qualidade do produto; assim como, para efeito de eventual responsabilização no caso de acidente de consumo.

86. Neste sentido, a identificação proporcionada pela vinculação à marca, como estabelece o sistema vigente da Res. n. 49/2016, da ANP, tanto coloca em evidência um critério de identificação dos fornecedores para o fim de verificar o atendimento dos deveres relativos à qualidade do produto oferecido, quanto do próprio responsável no caso de produto defeituoso que venha a dar causa a acidente de consumo. Concretiza, assim, medidas de mitigação de riscos prevista no art. 9º, do CDC, e também a proteção da confiança do consumidor na marca explorada pelo fornecedor.

87. **Deste modo, respondendo já à segunda pergunta formulada pelo consulente, (B) se a proteção da marca do fornecedor, no atual sistema de distribuição de GLP, com a fixação da obrigação de destroca e requalificação dos botijões, uma**

39



vez que implica custos específicos ao fornecedor que pretenda atuar no mercado, constitui uma restrição indevida à livre concorrência ou prejudica o consumidor, respondemos negativamente. Tratando-se de serviço de utilidade pública, de caráter essencial, e regulado pelo Estado por intermédio da ANP, a disciplina do sistema de distribuição de GLP deve harmonizar as exigências de fornecimento do produto, com o interesse do consumidor em sua adequação e segurança. Neste sentido, as exigências regulamentares que preservam a identificação dos fornecedores titulares do dever de qualidade e, em especial, no caso de acidentes de consumo, também os responsáveis pela reparação dos danos, caracterizam-se como limites legítimos à livre concorrência, plenamente adequados à tutela dos interesses legítimos do consumidor.

RESPOSTAS

88. Desse modo, passamos a responder objetivamente às perguntas formuladas nos seguintes termos:

(A) O sistema vigente de distribuição de GLP, com a exigência de identificação dos distribuidores, através de sua marca em relevo nos botijões de gás, assim como a obrigação de sua requalificação, está de acordo com as normas de proteção do consumidor, em especial as que impõem o dever de segurança do produto e do serviço e a identificação do responsável por eventuais acidentes de consumo?

SIM. A importância social do produto GLP e seu sistema de distribuição justificam amplo controle do Estado, seja para assegurar seu fornecimento adequado, seja para prevenir os riscos decorrentes do seu fornecimento. Exigir-se a gravação da marca em relevo dos botijões, assim como limitar seu enchimento apenas aos distribuidores titulares das respectivas marcas, ou outros que tenham convencionados com eles esta possibilidade, preserva a identidade do fornecedor do produto no mercado em que há vários concorrentes. Sobretudo, com o objetivo de exercer a fiscalização preventiva no caso de falhas no processo de fornecimento, e identificação do responsável no caso de

40


acidentes de consumo. Esta identificação do eventual causador do dano pode ser inviabilizada em sistemas que admitam a qualquer distribuidor realizar o enchimento, independentemente daquele que responda pela qualidade do botijão.


(B) A proteção da marca do fornecedor, no atual sistema de distribuição de GLP, com a fixação da obrigação de destroca e requalificação dos botijões, uma vez que implica custos específicos ao fornecedor que pretenda atuar no mercado, constitui uma restrição à livre concorrência ou prejudica o consumidor?


NÃO. Tratando-se de serviço de utilidade pública, de caráter essencial, e regulado pelo Estado por intermédio da ANP, a disciplina do sistema de distribuição de GLP deve harmonizar as exigências de fornecimento do produto, com o interesse do consumidor em sua adequação e segurança. Neste sentido, as exigências regulamentares que preservam a identificação dos fornecedores titulares do dever de qualidade e, em especial, no caso de acidentes de consumo, também os responsáveis pela reparação dos danos, caracterizam-se como limites legítimos à livre concorrência, plenamente adequados à tutela dos interesses legítimos do consumidor.

É o nosso parecer.

Sub censura.

Porto Alegre, 20 de novembro de 2018.


CLAUDIA LIMA MARQUES
OAB/RS 25.593
Professora Titular da Universidade
Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS)
Doutora em Direito (Univ. de
Heidelberg/Alemanha)
Mestre em Direito (Univ.
Tübingen/Alemanha)
Especialista em Direito Europeu (Univ.
Saarbrücken/Alemanha)


BRUNO NUBENS BARBOSA MIRAGEM
OAB/RS Nº 51.573
Professor Adjunto da Universidade Federal do
Rio Grande do Sul (UFRGS)
Doutor em Direito (UFRGS)
Mestre em Direito (UFRGS)
Especialista em Direito Civil e Especialista
em Direito Internacional (UFRGS)

