

A ELABORAÇÃO DO CONCEITO DE MARCA

MARCO ANTONIO MARCONDES PEREIRA¹

RESUMO

O conteúdo do presente escrito tem como objetivo especular a respeito do conceito de marca, com base nos enunciados colhidos na legislação e na doutrina, tanto pátria, quanto estrangeira. Não se pretendeu a citação exaustiva de elementos que contribuem para o conceito de marca, retirados da legislação, ou de conceitos encontrados na doutrina, mas foram utilizados os necessários à constatação crítica que se propôs fazer das elaborações possíveis do signo *marca*, para, ao final, alvitrar-se uma conceituação que julgamos mais apropriada, ainda que estimulante à novas críticas, quiçá, mais apropriadas e severas do que as produzidas neste trabalho.

Palavras-chave: marca ; propriedade industrial, legislação, direito comercial

ABSTRACT

The objective of the article's content is to speculate about trademark concept, based on titles chosen from the legislation and the doctrine both national and foreign. There was no intention to cite exhaustively the elements that contribute to trademark concept removed from the legislation or from the doctrine but, it was used the ones necessary to the critical assurance that was proposed from the possible elaborations of *Trademark*. So, finally, create the most appropriate concept for us, even thought, it stimulate new critics or more appropriate and sever than the ones produced in this article.

Key-words: trademark, legislation, industrial property, law

¹ Promotor de Justiça do Estado de São Paulo, Mestre em Direito Comercial pela Pontifícia Universidade Católica, Professor da graduação e da pós-graduação das Faculdades Integradas de Guarulhos e Do Instituto Brasileiro de Pesquisa – INBRAPE – Londrina/PR.

1. ABORDAGEM CONCEITUAL DE MARCA

Um determinado objeto pode ser compreendido por diversas formas pelo ser humano, inserido num contexto cultural proveniente de suas variadas relações sociais e da integração com o ambiente que ocupa e transforma. Assim, o objeto pode ser representado concretamente (plano da realidade), idealmente e lingüisticamente, de tal sorte que, como usualmente apontado nos correntes escritos de filosofia, a árvore pode ser considerada em si mesma pelo botânico ou como idéia pelo filósofo ou como palavra pelo gramático.

Colocada a marca como objeto de análise, analogicamente, é aferível que a sua apreciação pode se dar nos diversos planos já referidos, isto é, no plano da realidade, da ideação ou da linguagem. Como manifestação concreta, a contextualização gráfica, composta de desenhos, símbolos e cores, ou produção tipográfica, afixada em suportes físicos, tais como papéis, panos, invólucros, recipientes etc. Interessa, no aspecto de sua elaboração, diretamente ao desenhista ou ao artista plástico, além de outros profissionais que laboram no campo da criação. No plano das idéias ou ideologicamente, a marca pode retratar o estímulo do desejo; a instigação para o consumo; um instrumento econômico de realização de mercadorias na sociedade de massa; o reclamo mental de uma coisa em relação à própria marca assinalada. Como linguagem, marca é a palavra que a designa, é um sinal que goza de significado plural, quer dizer, de sentidos variáveis, de acordo com o meio em que é objeto de estudo. Vale dizer, marca tem significados diversos nos meios da linguagem natural e da linguagem formalizada ou científica. Na primeira, em linguagem natural, pode significar um sinal ou distintivo impresso num corpo qualquer (*v.g.* a tatuagem), o sinal impresso a fogo no dorso de um animal ou até o próprio instrumento utilizado pelo fazendeiro para identificar seus animais. Em linguagem científica, marca é objeto da Ciência do Direito, figura que confere direitos e impõe obrigações.

Metodologicamente, pode interessar ao operador do Direito a abordagem conceitual da marca sob qualquer das óticas indicadas anteriormente, as quais podem interagir, ao invés de se excluírem, ofertando uma visão ampla do objeto em estudo. Mas

a tentação classificatória que instrumenta o ser humano o conduz ao esforço para isolar o objeto em estudo, no caso a *marca*, abstraindo-o o máximo possível de todas as relações que possa ter com outros objetos encontrados no meio cultural, para se chegar às definições ou “*unicamente pontos de partida para crítica dos objetos de estudo*” (BARBOSA, 1999).

Na vereda dessa predisposição classificatória, e sem que se perca da mente a abordagem do assunto no contexto jurídico, é importante identificar em que plano é correntemente vazado o conceito de marca, isto é, se a sua construção é elaborada partindo do plano da realidade, das idéias ou da linguagem, para, só então, elaborar-se a crítica necessária ao conceito, diante das realidades projetáveis pelo desenvolvimento tecnológico e científico do homem.

2. ALGUNS CONCEITOS DE MARCA

Ofertam-se conceitos de marca, partindo-se de textos legais e da doutrina, sem limitação geográfica e sem se prender na legislação pátria em vigor, porquanto, na elaboração conceitual não se pode dispensar o concurso da legislação estrangeira, ou comunitária, e o processo histórico, ainda mais em sendo a matéria alicerçada em preceitos cunhados no âmbito dos tratados internacionais.

Antes de declinar sua preferência pelo conceito elaborado por Carvalho de Mendonça, João da Gama Cerqueira cita os que foram elaborados por Afonso Celso, Bento de Faria e Almeida Nogueira, advertindo que esses autores acentuaram como finalidade da *marca* a indicação ao consumidor da origem ou procedência dos produtos e não a de identificá-los e distingui-los dos similares.

Carvalho de Mendonça (apud Cerqueira, 1946), assim elabora a definição:

“Essas marcas consistem em sinais gráficos ou figurativos, destinados a individualizar os produtos de uma empresa industrial ou as mercadorias postas à venda em uma casa de negócio, dando a conhecer sua origem ou procedência, e atestando a atividade e o trabalho de que são resultado”.

O Decreto-Lei nº 7.903, de 27-8-1945, conceituou marca no artigo 89 da seguinte forma:

“Considera-se marca de indústria aquela que for usada pelo fabricante, industrial, agricultor ou artífice, para assinalar os seus produtos, e marca de comércio, aquela que usa o comerciante para assinalar as mercadorias do seu negócio, fabricadas ou produzidas por outrem”.

Pontes de Miranda (1983) vê na marca um sinal:

“que se apõe em produtos ou mercadorias para servir de indicação da sua qualidade, algumas vezes também da quantidade”, sendo “o mais típico sinal distintivo de produto ou de mercadoria”.

O artigo 59 do antigo Código da Propriedade Industrial Brasileiro (Lei nº 5.772, de 21-12-1971) dispunha:

“Será garantida no território nacional a propriedade da marca e o seu uso exclusivo àquele que obtiver o registro de acordo com o presente Código, para distinguir seus produtos, mercadorias ou serviços, de outros idênticos ou semelhantes, na classe correspondente à sua atividade”.

Nota-se que o legislador, portanto, preferiu realçar, como traço conceitual, a distintividade do signo marca em relação a outros produtos e serviços de concorrentes, reafirmando ainda no artigo 64 do Código revogado que:

“São registráveis como marca os nomes, palavras, denominações, monogramas, emblemas, símbolos, figuras e quaisquer outros sinais distintivos que não apresentem anterioridades ou colidências com registros já existentes e que não estejam compreendidos nas proibições legais”.

O traço distintivo, numa primeira leitura dos textos legais, implicava caracterização gráfica ou visual, propícia a diferenciar os produtos e serviços. Excluída,

nesses termos, era a marca sonora, produto da elaboração fonética, para distinguir os bens industrializados, comerciáveis ou serviços do empresário.

Douglas Gabriel Dominguez (1984), seguindo orientação de Franceschelli, apontou o desenvolvimento da radiodifusão para incluir no conceito de marca, como traço distintivo, a impressão visual e sonora para afastar o risco de confusão dos consumidores, com supedâneo na jurisprudência nacional, inclusive.

Como último conceito recolhido na doutrina nacional, temos o alinhavado por Newton Silveira (1987) “todo nome ou sinal hábil para ser apostado a uma mercadoria ou produto indicar determinada prestação de serviços e estabelecer entre consumidor ou usuário e a mercadoria, produto ou serviço uma identificação, constitui marca”.

Do Direito estrangeiro, escolhemos as seguintes definições legais de marca:

“Est considéré comme marque de fabrique ou de commerce tout signe servant à distinguer les produits d’une industrie ou lês objects d’um commerce”.(art. 1º da Lei Belga de 1879) ²

“La marque de fabrique, de commerce ou de service est um signe susceptible de représentation graphique servant à distinguer lês produits ou services d’une personne physique ou morale.” (art. L.711-1 do Código de Propriedade Intelectual) ³

Já do Direito português, colhemos a seguinte definição de marca “o sinal distintivo que serve para identificar o produto ou o serviço proposto ao consumidor.” (OLAVO, 1997).

Roger Houin e Michel Pédamon (1990) na doutrina francesa, têm nas marcas:

² “É considerada marca de fábrica ou de comércio todo sinal que serve para distinguir os produtos de uma indústria ou os artigos de um comércio”.

³ “A marca de fábrica, de comércio ou de serviço é um sinal suscetível de representação gráfica que se presta a distinguir os produtos ou serviços de uma pessoa física ou moral”.

“les signes distinctifs qui servent à identifier auprès de la clientèle les produits fabriqués par un industriel (marques de fabrique), les produits diffusés par un commerçant, grossiste ou détaillant (marques de commerce), les prestations de services fournies par un hôtelier, un transporteur, un teinturier, etc. (marques de service).”

E, há tempos, no plano internacional, tivemos:

“Considera-se marca de comércio ou de fábrica todo sinal, emblema ou nome especial que os comerciantes ou industriais adotarem ou aplicarem nos seus artigos ou produtos, para distinguir dos de outros industriais ou comerciantes que fabricarem ou negociarem em artigos da mesma espécie.” (Artigo IV da Convenção Internacional Americana de Buenos Aires, de 1910)

A Primeira Diretiva 89/104/CEE, de 21 de dezembro de 1988, no terreno da comunidade europeia, conceituou marca como:

“Signos que pueden constituir una marca. Podrán constituir marcas todos los signos que pueden ser objeto de una representación gráfica, especialmente las palabras, incluidos los nombres de personas, los dibujos, las letras, las cifras, la forma del producto o de su presentación, a condición de que tales signos sean apropiados para distinguir los productos o los servicios de una empresa de los de otras.”⁴

Atualmente, a Lei nº 9.279, de 14-05-1996, que regula a propriedade industrial no Brasil, dispõe, no artigo 122, que é registrável como marca todo sinal distintivo visualmente perceptível, não proibido legalmente. Nesse sentido, o artigo 123 confere-lhe traço de distinção entre produtos ou serviços de outro idêntico, semelhante ou afim, de origem diversa:

⁴ "Poderão constituir especialmente marca todos os sinais que podem ser objeto de uma representação gráfica, as palavras, incluídos os nomes das pessoas, os desenhos, as cartas, as figuras, a forma do produto ou sua apresentação, contanto que tais sinais sejam apropriados para distinguir os produtos ou os serviços de uma empresa dos de outras."

“Art. 122 - São suscetíveis de registro como marca os sinais distintivos visualmente perceptíveis, não compreendidos nas proibições legais.

Art. 123 - Para os efeitos desta lei, considera-se:

I - marca de produto ou serviço: aquela usada para distinguir produto ou serviço de outro idêntico, semelhante ou afim, de origem diversa “.

Esses são apenas alguns conceitos de marca dentre os muitos que podem ser extraídos das mais variadas legislações existentes e encontrados nas doutrinas pátrias e estrangeiras, resultando que todos os autores se esforçam em elaborar suas próprias definições.

3. ANÁLISE DOS CONCEITOS OFERTADOS

3.1. O conceito ideológico de marca

Nota-se na elaboração dos conceitos, mesmo nos cunhados em épocas mais remotas, que o traço identificador da marca é o de constituir-se um sinal de distinção, daí o acerto da atual norma constitucional, prevista no artigo 5º, inciso XIX, da Constituição Federal, que resguarda a proteção das marcas dentre outros signos distintivos. Vale dizer, a norma magna considerou a marca como um signo distintivo peculiar, um dentre muitos outros que habitam a ordem das criações intelectuais e industriais no mundo moderno.

Outros aspectos também integram os conceitos: a) a indicação ao consumidor da origem ou procedência dos produtos; o reconhecimento do trabalho e da atividade empresária na elaboração concreta do signo; b) a indicação da qualidade e, às vezes, da quantidade, funcionando como garantia; c) e, finalmente, a característica implícita de que se presta à informação ou publicidade dos produtos e serviços.

Tais dados, trazidos nos referidos enunciados, denotam o plano ideológico na definição do instituto marca.

Ocorre que reportados aspectos não se justificam na redação conceitual, já que retratam apenas as funções do signo marca no meio social, não parecendo ser razoável a fixação de um conceito que parta das conseqüências ou relações supervenientes, do próprio objeto estudado, ao invés de preferir-se as suas qualidades intrínsecas, as quais servem para afastá-lo de outros objetos, já perfeitamente conceituados.

Não é atributo exclusivo da marca indicar a origem ou procedência dos produtos ou serviços, pois a publicidade, em si mesma, pode identificar a origem ou procedência, ao indicar o nome do empresário que produz ou comercializa um produto, ou ainda presta um serviço. Suponha-se, mesmo em situação estranha, seja veiculada uma publicidade que anuncie: *Leite tipo A, distribuído por Teixeira, Indústria e Comércio de Laticínios Ltda. Compre, é o melhor para sua saúde.* Nesta peça publicitária, então, o que identifica a origem é o nome do comerciante, pois não há marca na publicidade.

A indicação da qualidade, quantidade ou a projeção de garantia do produto, por sua vez, não é também elemento essencial no conceito de marca. Muitas normas técnicas, elaboradas por órgãos governamentais ou instituições privadas, v.g. as normas produzidas pela ABNT – Associação Brasileira de Normas Técnicas - atestam tais requisitos nos produtos ou serviços, que podem ser inseridos nos seus recipientes, invólucros ou instrumentos de publicidade, em benefício ao consumidor e de sua proteção. Isto é, não é a marca que confere garantia ao consumidor, mas, no mais das vezes, as regulamentações administrativas (nos níveis sanitários, de saúde, ambiental etc.) e corporativas de classe que, uma vez observadas, protegem os adquirentes dos produtos. Ademais, como costumeiramente apontado na doutrina, a proteção ao consumidor é indireta.

A função publicitária da marca também fica relegada a um segundo plano, quando se trata de formalizar um conceito jurídico deste instituto. Muitos outros signos trazem em si a finalidade de atrair clientela, gozando de uma penetração natural nas massas por sua simples exposição no mundo físico. É o que se dá com o título do estabelecimento, que não goza de proteção registrária, e nem por isso deixa de ser objeto de natural publicidade.

Os conceitos vazados no plano estritamente ideológico, portanto, não merecem prevalecer, precisando a doutrina alinhar com mais refinado labor um enunciado que identifique o instituto marca, empregando-lhe o traço de distinção conceitual necessário, e que vá além da simples afirmação de que se trata de um signo distintivo dentre muitos outros, como grava a norma constitucional (art.5º, inciso XIX).

3.2. Marca no plano da realidade

3.2.1 Um signo visível

As referências produzidas conceitualmente à marca, ainda que com a agregação de concepções ideais como já mencionadas, não deixam de realçar aspectos concretos, perceptíveis aos sentidos do ser humano.

Colhe-se, assim, a noção de que a marca é um sinal gráfico ou figurativo, e até sonoro, para alguns, como se vê da lição de Franceschelli, na medida em que pode ser expresso verbalmente e compreendido auditivamente.

Inegável, aqui, o prestígio ao suporte pelo qual ela se manifesta e ao contexto fático em que é apreendido o objeto marca. Marca, nesse sentido, na concretude, é o signo que identifica algo por meio de “*nomes, palavras, denominações, monogramas, emblemas, símbolos, figuras e quaisquer outros sinais distintivos*” (art.64, do antigo Código da Propriedade Industrial brasileiro). Perceba-se que, neste limite conceitual, em que marca pode ser qualquer sinal distintivo, não se pode afastar a possibilidade de uma marca sonora ou até olfativa (v.g. o aroma peculiar de um determinado perfume) e ainda degustativa (v.g. o sabor de um doce), porque no antigo Código da Propriedade Industrial (Dec-Lei nº 5.772/21-12-1971) não se cogitava de nenhuma proibição, como anotado por José Roberto Gusmão(1990):

“253. - La loi brésilienne interdit l'enregistrement des marques constituées de signes à trois dimensions. Nous allons approfondir cette question lors de l'étude de ce motif de refus de l'enregistrement.

254. - En ce qui concerne les marques ne possédant aucune dimension cependant, la loi est muette. L'on peut alors se poser la question, comme le fait d'ailleurs la doctrine française, des marques sonores, olfactives, gustatives ou tactiles.

C'est une question délicate. En principe, ces marques ne rencontrent aucun empêchement légal à l'enregistrement. La loi brésilienne, en dehors de l'interdiction des marques à trois dimensions (V. le chapitre II de ce titre, n° 263 et s.), ne pose aucune interdiction de principe à l'enregistrement des signes sans aucune dimension, tels que les marques auditives, gustatives ou olfactives.”⁵

O grande problema em se reconhecer a possibilidade de marcas não palpáveis concretamente pelo sentido da visão é a materialização do registro que funciona como um mecanismo probatório da propriedade intelectual em benefício do trabalho e atividade do empresário, e lhe confere exclusividade de seu uso, sem mais indagações.

A Lei nº 9.279, de 14-5-1996, no artigo 122, aboliu a viabilidade de se ter uma marca sonora, olfativa ou degustativa, na medida em que conferiu suscetibilidade registrária apenas aos “*sinais distintivos visualmente perceptíveis*”. A preferência do legislador limitou a discussão no plano da proteção legal, ou seja, conferiu a qualidade de marca protegível juridicamente apenas àqueles signos ou sinais, que podem ser apreendidos visualmente. Pode-se dizer que limitou a realidade, e aceitando-a em parte, na medida em que prefere uma forma de percepção apenas, repudia-a noutra, já que não permite a proteção legal aos signos perceptíveis por outros sentidos. Essa opção, todavia, ainda não está longe de ser objeto de discussão, diante dos avanços

⁵ L'acquisition du droit sur la marque au Brésil. Paris: Litec, 1990, p. 91. (253. - A lei brasileira proíbe o registro das marcas tridimensionais. Nós vamos aprofundar este tema na hora da pesquisa dos motivos da recusa do registro.

254. - Com respeito às marcas que não possuem nenhuma dimensão porém, a lei é muda. Podemos indagar, como na doutrina francesa, acerca de marcas sonoras, olfativas, gustativas e táteis. É um tema delicado. Em princípio, estas marcas não afrontam nenhum obstáculo legal para registro. A lei brasileira, além da vedação às marcas tridimensionais (Cap. II deste título, n° 263 e s.), não opõe qualquer proibição, em princípio, à inscrição dos sinais abstratos, como o audível, gustativo ou olfativo.”

tecnológicos que se prenunciam. Veja-se como exemplo a possibilidade de “*video games*” interativos, em que o jogador, de olhos fechados, passe a ter contato mental com símbolos e dizeres, penetráveis cerebralmente e que propiciam a sensação visual, sem que tal tenha se dado da maneira como concebemos o sentido visão. Suponha-se a criação distintiva de signos identificadores de produtos nesse mundo de miragem, em que se vê o invisível sem os olhos, e em que se vivenciam realidades virtuais como no filme *Matrix*. Poder-se-ia cogitar da existência de uma marca nesse universo virtual? Seria essa uma marca sensitiva, já que não deixa de ser *visualmente* perceptível? Nessa situação, em sendo afirmativas as respostas, ainda estaria presente o problema da registrabilidade dessa marca, tal qual ocorre, se ficasse reconhecida a existência da marca olfativa.

De qualquer forma, certo é que o legislador pátrio fez a clara escolha por considerar registrável como marca o signo perceptível visualmente, que distingue produtos ou serviços, merecendo tal elemento apresentar-se no conceito do instituto.

Cumprе ressaltar, todavia, que podem existir marcas não registradas por liberalidade do empresário, que buscará sua proteção em fundamentos diversos do direito de propriedade conferido pelo registro. Quer-se dizer, a defesa dar-se-á embasada nas regras que reprimem o ato ilícito, o abuso de direito, o locupletamento sem causa ou a concorrência desleal. Sem embargo dessa forma de defesa da marca sem registro, é pressuposto necessário que só se possa proteger aquilo que seja suscetível de registro como tal: marca. Ora, se em princípio só o sinal distintivo visualmente é suscetível de registro como marca, a marca que não esteja registrada deve, no mínimo, gozar daquela característica para invocar a sua condição – de marca – para ser protegida no contexto obrigacional, da reparação do ato ilícito ou da repressão ao locupletamento sem causa ou, ainda, da repressão à concorrência desleal.

3.2.2 Objetos suscetíveis de marca

Em tese, tudo que integra o mundo pode receber uma marca, um sinal, e ser identificado para se distinguir de outros objetos. Uma pedra solta na planície pode ser assinalada de determinada forma para se distinguir de outras, como muitos outros objetos podem sê-lo, mas isso, por si só, não confere a noção de marca de que aqui se trata.

A marca deve distinguir um produto ou um serviço, ou seja, deve assinalar algo para que se distinga de outro da mesma espécie. Esse produto ou serviço deve se constituir no resultado da atividade empresária, que, em última análise, é protegida pela marca.

O emprego do conceito de marca, nesses termos, está ligado ao resultado da atividade empresária, o que implica a admissão de um dado apurável da realidade: os produtos e serviços realizados no plano da experiência concreta, no mundo físico e não ideológico. Implica, então, não haver marca em bens ou serviços insuscetíveis de negociação pelo empresário ou por terceiro autorizado.

3.2.3 A distintividade

Os produtos e os serviços devem ser diferenciados de outros da mesma espécie, resultando daí que o caráter distintivo é essencial ao conceito de marca.

Costuma-se afirmar, ao conceituar marca, que ela tem a função de distinguir produtos ou serviços de um empresário em relação aos produtos ou serviços de outro empresário, o que, aliás extrai-se do artigo 123, da Lei nº 9.279/14-5-1996. Declara-se, portanto, que a marca tem caráter distintivo em relação a produtos e serviços de origem diversa, realçando-se o aspecto concorrencial entre os empresários. O realce não tem razão de ser, pois uma só empresa pode produzir mercadorias variadas, cada qual recebendo uma marca, como não é raro de se verificar na atualidade. É a crítica

encontradiça na doutrina, não sem razão, como se pode verificar da narrativa de Maurício Lopes de Oliveira (2000):

“Ora, uma empresa pode, por exemplo, produzir vinhos de qualidades diferentes - é o caso da respeitada vinícola portuguesa A. A. Ferreira S.A., produtora do cobiçado Barca Velha, identificando-os através de marcas distintas.

Neste caso, a marca servirá para distinguir produtos idênticos de uma mesma empresa.”⁶

Na construção do conceito de marca, a distintividade é ponto integrante inafastável, mas é prescindível a menção de que a distinção de produtos ou serviços da mesma espécie se faça em relação a outros de origem diversa, de concorrentes. Acertada, neste aspecto, foi a abordagem legal de marca realizada pelas legislações belga e francesa, anteriormente mencionadas.

3.3 Marca no plano lingüístico

A Semiótica é a Ciência que estuda os sinais, ou signos, dividindo-se em Semântica, sintática e Pragmática. A primeira, semântica, é o estudo das significações das palavras, relaciona o sinal e o objeto significado. Já a segunda, a sintática, aborda as relações dos signos entre si, no nível estrutural, no qual são desconsiderados os sujeitos da relação comunicacional. E por fim a terceira, pragmática, dedica-se ao estudo dos signos em relação aos usuários, ou seja, aprecia-se pela pragmática a relação interlocutora.

Luis Alberto Warat (1995) não compreende a análise interpretativa do direito sem a Pragmática:

⁶ No mesmo sentido José Roberto Gusmão, in *L'acquisition du droit sur la marque au Brésil*. Paris: Litec, 1990, p. 119.

“A pragmática, projetada ao direito, permite compreender que a ideologia é um fator indissociável da estrutura conceitual explicitada nas normas gerais. A partir da análise pragmática pode ser levantada a tese no sentido de que em um discurso normativo, para que exista o efeito de uma univocidade significativa, deve haver uma prévia coincidência ideológica. Por esta razão, a análise pragmática é um bom instrumento para a formação de juristas críticos, que não realizem leituras ingênuas e epidérmicas das normas, mas que tentem descobrir as conexões entre as palavras da lei e os fatores políticos e ideológicos que produzem e determinam suas funções na sociedade. Desta forma, realizar estudos jurídicos à margem da análise pragmática constitui uma atitude "cientificista". Assim, tais correntes constituem uma filosofia analítica e crítica do discurso científico, mas, no entanto, a crítica com relação à realidade social, que se dilui em um jogo proposicional. Não se pode fazer ciência social ou jurídica sem sentido histórico, sem nenhum compromisso direto com as condições materiais da sociedade e com os processos mediante os quais os sujeitos sociais são dominados e coisificados.”

A finalidade neste arrazoado não é a elaboração de uma análise semiótica do signo *marca*, sob os prismas semântico (nesse sentido, é plurívoco o termo *marca*) e sintático. O exame circunscreve-se, tão somente, a uma constatação: as definições de marca, cunhadas no campo doutrinário, socorrem-se freqüentemente, das relações que o signo possa vir a ter com os destinatários. Por isso, é comum no conceito de marca, referências às suas funções de designação de origem, garantia dos produtos ou serviços, ou informação para os consumidores. Em resumo, sob o prisma lingüístico, a definição de marca é vazada pragmaticamente.

Acautelando-se para não incorrer na atitude "*cientificista*" mencionada por Warat (1995, e, ainda, sem desconsiderar a importância da relação do signo com os receptores, razoável é a formulação de um conceito equidistante das funções que a marca pode apresentar, especialmente porque as variadas funções não são aceitas pacificamente na doutrina. Por outro lado, cogitar-se de uma conceituação que alinhava todas as possíveis funções da marca, tornaria demasiadamente extenso o conceito, tornando-o imprestável por ofensa à brevidade que ele reclama.

CONCLUSÃO

Feitas essas considerações de ordem crítica, numa tentativa de expurgar os aspectos considerados dispensáveis nas elaborações recolhidas neste trabalho, é possível conceituar marca da seguinte forma:

“Marca é todo sinal lícito e disponível, perceptível visualmente, que confere distintividade a produtos ou serviços da mesma espécie, concebida no curso da atividade empresarial ”.

Dessa forma, ainda que se reconheçam as funções da marca com o público-alvo da atividade empresária (a clientela ou consumidor), tal relação em nada aproveita ao conceito, como também não é significante indicar que os produtos e serviços distinguem-se de outros de origem diversa.

Mais importante ao conceito, por sua vez, é assinalar a liceidade e a disponibilidade do sinal, considerada a liceidade como inexistência de restrição legal de qualquer ordem e a disponibilidade no sentido de que o sinal não se encontra apropriado por um terceiro a qualquer título, justificante a proteção deste terceiro com base no próprio direito de propriedade marcário ou em regras de natureza pessoal, como nas normas de repressão à concorrência desleal ou, até, com fundamento no direito de autor.

A anotação de que a marca diz respeito a um sinal distintivo, visualmente perceptível, coaduna-se com a opção manifestada pelo legislador no artigo 122, da Lei nº 9.279, de 14-5-1996, prevalecendo as considerações previamente feitas no tópico 3.2.1 deste trabalho.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA, A. L. Figueira. **Sobre a propriedade do trabalho intelectual**. Rio de Janeiro: UFRJ, 1999.

CERQUEIRA, João de Gama. **Tratado da propriedade industrial**. Rio de Janeiro: Forense, 1946.

DOMINGUEZ, Douglas Gabriel. **Marcas e expressões de propaganda**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

GUSMÃO, José Roberto. **L'acquisition du droit sur la marque au Brésil**. Paris: Litec, 1990.

HOUIN, Roger; PÉDAMON, Michel. **Droit Commercial**. 9. ed. Paris: Dalloz, 1990.

PONTES DE MIRANDA, . **Tratado de direito privado**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; 1983; v. 17.

OLAVO, Carlos. **Propriedade industrial**. Coimbra: Almedina, 1997.

OLIVEIRA, Maurício Lopes. **Propriedade Industrial**. Âmbito de proteção à marca registrada. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2000.

SILVEIRA, Newton. **Curso de propriedade industrial**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

WARAT, Luis Alberto. **O direito e linguagem**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.