

DA MARCA COMO IDENTIFICADORA DO PRODUTO ÀS NOVAS PROTEÇÕES LEGAIS DAS MARCAS: UMA ANÁLISE DAS LEIS ANTIDILUIÇÃO*

ANTÓNIO MACHUCO ROSA**

Resumo: *Este artigo tem como objetivo analisar a evolução da lei das marcas registadas. Começaremos com a lei clássica das marcas, salientando que o seu fundamento é associar a marca (o signo) a uma certa fonte ou origem e garantir que ela refere um produto. Esse fundamento tem vindo a alterar-se com a importância que as empresas atribuem ao branding e com as estratégias de expansão horizontal (produtos diferentes designados por uma mesma marca) que elas têm desenvolvido. Será nesse contexto que serão analisadas as recentes leis antidiluição que surgiram nos Estados Unidos e na Europa. Será salientado que essas leis constituem uma novidade no campo da propriedade intelectual e industrial, visto protegerem legalmente as manifestações do desejo ligadas à posse de uma certa marca.*

Palavras-chave: *marcas registadas; diluição; desejo.*

Abstract: *This article aims to analyse the evolution of trademark law. We will start with the classic law of trademarks, stressing that its foundation is to associate the trademark (the sign) with a specific source or origin and ensure that it refers to a product. This foundation has been changing with the importance that companies attach to branding and with the horizontal expansion strategies (different products designated by the same brand) that they have developed. It will be in this context that the recent Antidilution Laws that have emerged in the United States and Europe will be analysed. It will be stressed that these laws are a novelty in the field of intellectual and industrial property since they legally protect the manifestations of desire linked to the possession of a specific brand.*

Keywords: *trademarks; dilution; desire.*

1. A LEI CLÁSSICA DAS MARCAS REGISTADAS

O conceito moderno de marca registada tem uma dupla origem que é anterior ao século XIX. Em meados do passado milénio, a marca era constituída por um signo, logótipo ou emblema gravado num certo produto, identificando desse modo qual era o seu nome e quem era o seu proprietário. Por outro lado, as marcas surgiram no contexto das sociedades de ordens ou corporações do Antigo Regime como uma forma de mostrar que um certo produto tinha origem numa certa corporação específica. A marca era muitas vezes outorgada como uma patente pelo Rei, que visava garantir a origem ou fonte do produto cuja qualidade era dessa forma certificada¹. Mas foi apenas em meados do século XIX que o estatuto legal das marcas comerciais começou realmente a ser discutido. Tal como

* Se o *copyright* das imagens não for indicado, pertence ao autor deste texto.

** FLUP-CITCEM.

¹ Cf. SCHECHTER, 1927.

sucedeu com as outras áreas da propriedade intelectual surgiu, nessa altura, a ideia de considerar a marca — o próprio signo —, como uma propriedade, e não apenas enquanto signo que reenvia à propriedade e natureza de um certo bem de consumo. Uma marca que fosse registada tornava-se propriedade de um indivíduo que impedia que terceiros a utilizassem para vender os seus produtos. Procurava-se assim proteger os comerciantes contra a «pirataria». A «pirataria» podia ter origem quer nacional quer internacional. Também como ocorreu nas áreas do *copyright* e das patentes, a ideia de considerar as marcas como uma propriedade foi impulsionada em meados do século XIX pela emergência do nacionalismo comercial. A partir da década iniciada em 1850, os fabricantes britânicos procuraram que o seu governo garantisse direitos internacionais sobre as suas marcas, dando origem a diversos acordos bilaterais.

Foi dentro da filosofia geral que encarava a marca como uma espécie de propriedade, e no contexto da existente pirataria nacional e internacional, que foi aprovada, no Reino Unido, em 1862, a *Sheffield Bill*, que efetivamente visava proteger os indivíduos que fabricavam um certo produto designado por uma certa marca. No espírito dessa lei, a marca registada é propriedade exclusiva do seu detentor. Em consequência, a violação dessa propriedade consistia em outro fabricante vender um outro produto, similar ao do fabricante do produto original, no qual estava escrita a marca criada pelo fabricante original. Apenas esse fabricante tinha o direito de explorar comercialmente a marca associada ao seu produto². Portanto, o objetivo primeiro da lei era proteger os fabricantes da concorrência desleal. Essa proteção podia, adicionalmente, ter como efeito proteger os consumidores, evitando que comprassem um produto, designado por uma certa marca, que era na realidade fabricado por um outro indivíduo ou empresa diferente do real criador da marca associada ao produto. Em especial no Reino Unido, a lei começa assim a conjugar a proteção dos fabricantes com a necessidade de não enganar o público consumidor, levando-o a comprar um produto originado num fabricante diferente daquele que fabricava o produto supostamente genuíno. Uma decisão de um tribunal britânico estipulava em 1868:

O objetivo ou finalidade da lei em proteger marcas é duplo: em primeiro lugar, para dar segurança àqueles que introduziram no mercado um superior produto comercial resultado da sua arte e engenho; em segundo lugar, para proteger a comunidade do transtorno, e para fornecer alguma segurança, de que o artigo comprado como um bem de alguém que apropriou para seu próprio uso um certo nome, símbolo ou emblema como uma marca registada, é genuíno. Consequentemente, a violação de propriedade das marcas provoca uma lesão dupla; o detentor da marca sofre,

² Sobre este período das marcas registadas algumas fontes relevantes são McKENNA, 2007; BARTHOLOMEW, 2008; BENTLY, 2008a, 2008b.

*por não receber a remuneração a que tem justamente direito, e sofre o público ao ser enganado quando induzido a comprar artigos feitos por alguém sob a crença de que eles são os produzidos por outros*³.

Neste texto concebe-se, em primeiro lugar, uma marca registrada como uma proteção de um fabricante e, em segundo e acessório lugar, como algo que permite que o público consumidor não seja confundido e enganado. A proteção das empresas, bem como da sua reputação enquanto autênticos fabricantes de um certo produto, era a primeira função da lei, mas ela também tinha como efeito secundário, mais ou menos intencional, proteger o consumidor. Verifica-se bem que o objetivo inicial das primeiras leis de marcas registradas era a promoção da concorrência leal entre os fabricantes e, apenas secundariamente, a proteção da reputação da marca e os interesses dos consumidores.

É esta conceção das marcas registradas que se vai alterar nos inícios do século XX, quando a prática corrente das empresas era usar uma marca como referente de um produto⁴. As ideias acerca da propriedade da própria marca vão desaparecer, tal como sucedeu numa lei norte-americana de 1905, na qual se começa a tornar definitivamente claro que a proteção da marca consiste em proibir que um terceiro, um certo indivíduo ou empresa, use uma marca, idêntica ou similar a outra marca já registrada, na designação de um produto que seja idêntico ou similar ao produto do indivíduo ou empresa que originalmente registou essa marca em conexão com o seu produto⁵. Esse ponto é importante, pois significa que, pelo menos nos seus inícios, e mesmo até recentemente, a lei não considerava ser uma infração que um indivíduo ou empresa usasse uma mesma marca, a qual já tinha sido anteriormente registrada por outra empresa, para designar um produto desde que este fosse clara e funcionalmente diferente do produto associado ao nome da marca originalmente registrada. Portanto, as marcas elas próprias — os signos — deixam de ser concebidas como uma propriedade.

É na época, sempre na transição para os inícios do século XX, de uma sociedade cada vez mais transformada numa sociedade de consumidores individuais e anónimos que se vai tornar cada vez mais importante a ideia de que o objetivo principal da lei das marcas registradas não consiste sobretudo na proteção dos fabricantes contra a pirataria e a concorrência desleal, mas, antes, invertendo as prioridades estipuladas em 1868, que ela deve acima de tudo proteger os consumidores. Se, anteriormente, a prioridade era a proteção dos fabricantes, da qual decorria como efeito a proteção dos consumidores, a lei passa antes de mais a procurar impedir que os consumidores sejam levados ao engano, consumindo um produto com origem diferente do produto «autêntico»; o que, no entanto, tem igualmente como efeito secundário proteger os fabricantes de concorrência

³ McKENNA, 2007: 1864.

⁴ Cf. BARTHOLOMEW, 2008: 1-48.

⁵ BARTHOLOMEW, 2008: 8.

desleal. Começou a tornar-se prevalecente a ideia de que o objetivo da lei das marcas registadas é, nas palavras de um acórdão do Supremo Tribunal norte-americano de 1916, «identificar a origem ou posse dos produtos nos quais a marca está afixada»⁶. Portanto, no início do século XX, o propósito explícito da lei era identificar a origem do produto. O importante era que a marca referisse um produto que, inquestionavelmente, tinha a sua origem numa certa empresa. Compreende-se bem que este quadro legal foi uma consequência da proliferação de marcas comerciais que estava a ocorrer na moderna sociedade de consumo. Ele estava também de acordo com o facto de os anúncios publicitários usualmente referirem o nome do fabricante do produto.

No entanto, com a generalização dos mercados nacionais de dimensões enormes como o norte-americano e com a introdução de técnicas publicitárias que não se limitavam a identificar o produto, mas também o envolviam num conjunto de apelos emocionais, evidentemente que se tornou questionável presumir que os consumidores tinham um conhecimento exato de qual a empresa, e qual a sua localização, que estava situada no ponto de origem do produto. Foi para contornar essa dificuldade que, nas primeiras décadas do século XX, se desenvolveu «a teoria da origem anónima» (*anonymous source theory*)⁷. Ela apenas exige que o consumidor presuma que todos os exemplares de um certo produto tenham, todos eles, origem numa mesma fonte (a empresa fabricante), sendo usualmente reconhecidos pelos seus habituais canais de distribuição. O que se garante é a presunção de que todas as unidades de um produto designado por uma certa marca (cada garrafa de Coca-Cola, por exemplo) têm todas a mesma origem (neste caso, a Coca-Cola Inc.), a qual tem a reputação de garantir a idêntica qualidade de cada exemplar. Deste ponto de vista, infringir a marca Coca-Cola consiste simplesmente em um outro fabricante engarrafar um refrigerante carbonato com um concentrado possuindo as adequadas quantidades de açúcar e cafeína, designando-o por «Coca-Cola» (ou um nome similar), pretendendo assim que esse produto seja a «Coca-Cola» produzida pela Coca-Cola Company. Note-se, de novo, que esta conceção das marcas registadas permite conciliar perfeitamente a função de identificação da origem com a reputação de qualidade consistente da marca: ao usar indevidamente a marca de um seu concorrente, um fabricante está simultaneamente a ameaçar a sua reputação, a fazer concorrência desleal e a enganar os consumidores. Retenha-se ainda um outro ponto importante: a infração não consiste em usar a marca ela própria (o signo), mas sim em uma empresa terceira usar uma marca de forma a levar os consumidores a pensarem que o produto tem origem na empresa que comercializa o produto denotado pela marca. A infração consiste no uso indevido da ligação entre a marca e a origem, a qual é uma certificação de qualidade.

⁶ SCHECHTER, 1927: 815.

⁷ Sobre as razões que levaram à teoria da origem anónima, cf. SCHECHTER, 1927: 816 e ss. Para um tratamento atual, cf. LANDES, POSNER, 2003: 166 e ss.

A ideia de que o fundamento da lei das marcas registradas reside na proteção do consumidor quanto à origem e garantia da qualidade do produto passou então a ser um guia explícito da maior parte da legislação que surgiu até às últimas décadas do século XX. Uma lei relevante foi a lei norte-americana de marca registrada, traduzida no *Lanham Act* de 1946. Ela articula precisamente a defesa do consumidor com a defesa da marca criada e comercializada por um certo fabricante. No processo que conduziu à elaboração da lei, salientou-se quais os objetivos que devem ser perseguidos por uma lei protetora das marcas comerciais:

Um objetivo é proteger o público para que ele esteja confiante de que, ao adquirir um certo produto com uma certa marca comercial geralmente conhecida, obterá o produto que procura e que quer. O segundo é que, quando o detentor da marca comercial despendeu energia, tempo e dinheiro ao disponibilizar o produto ao público, o seu investimento esteja protegido de apropriação indevida por parte de piratas e bato-teiros. Esta é a comumente aceite regra de proteção quer do público quer do detentor da marca registrada⁸.

Procura-se que o público não seja confundido e enganado, o que tem como consequência um segundo objetivo que consiste na proteção do detentor da marca. O texto do *Lanham Act*, que acabou por ser aprovado, define o conceito de marca registrada nos seguintes termos:

O termo «marca» inclui qualquer palavra, nome, símbolo ou instrumento, ou qualquer combinação dos mesmos [...] usados por uma pessoa [...] para identificar e distinguir os seus produtos, incluindo um produto único, dos fabricados ou vendidos por terceiros, e para indicar a origem dos produtos, mesmo que essa origem seja desconhecida⁹.

A lei estipula que uma marca se refere a um certo produto que tem uma certa origem, mesmo se a sua localização for desconhecida — trata-se da teoria da origem ou fonte anónima. Essa lei pode ser fundamentada nos termos utilitários da promoção da eficiência económica. Tal como veremos ser o caso das leis do *copyright*, em que a lei incentiva a criação de novas obras, a lei das marcas incentiva a produção de produtos de qualidade assim como reduz os custos de procura de informação por parte dos consumidores. O argumento económico que fundamenta a proteção das marcas consiste em afirmar que estas transmitem informação acerca da qualidade do produto, levando a que o consumidor

⁸ NASER, 2010: 87.

⁹ USA GOVERNMENT, [1995]: § 1127.

fique satisfeito e volte a comprá-lo (a marca que reenvia à origem, garantindo-se que a qualidade permanece), permitindo assim o retorno do investimento inicial feito pelo fabricante. A partir do momento em que o consumidor está familiarizado e satisfeito com a qualidade de um produto, ele não necessita gastar mais tempo e dinheiro na procura de um outro produto que melhor satisfaça a sua utilidade pessoal, pois a identificação da marca permite-lhe de imediato saber qual é a fonte dessa utilidade¹⁰.

Se passarmos das leis norte-americanas para as leis europeias, os fundamentos da proteção legal das marcas comerciais são similares. No caso da lei portuguesa (*Código da Propriedade Industrial*), uma marca é assim definida:

A marca pode ser constituída por um sinal ou conjunto de sinais suscetíveis de representação gráfica, nomeadamente palavras, incluindo nomes de pessoas, desenhos, letras, números, sons, cor, a forma do produto ou da respetiva embalagem [...] desde que sejam adequados a distinguir os produtos ou serviços de uma empresa dos de outras empresas (Art.º 208)¹¹.

A marca é um sinal (um signo) que identifica no mercado os produtos ou serviços de uma empresa, distinguindo-os dos de outras empresas. A marca não tem realidade legal fora dessa função de distinguir um certo produto com origem numa certa empresa. «O registo da marca confere ao seu titular o direito de impedir terceiros, sem o seu consentimento, de usar, no exercício de atividades económicas, qualquer sinal se: [...] b) Esse sinal for idêntico à marca e for usado em relação a produtos ou serviços afins aos produtos ou serviços abrangidos pelo registo ou se esse sinal for semelhante à marca e for usado em relação a produtos ou serviços idênticos ou afins aos produtos ou serviços abrangidos pelo registo, caso exista um risco de confusão ou associação no espírito do consumidor»¹². Note-se bem que a lei proíbe contra o uso de «sinais iguais ou semelhantes» em «produtos ou serviços idênticos». Como o Instituto Nacional da Propriedade Industrial tem o cuidado de explicar, se uma empresa usa uma certa marca para designar os computadores que fabrica, ela poderá reagir contra quem usar idêntica, ou semelhante, marca para assinalar computadores ou serviços claramente relacionados com computadores, mas já não poderá demandar judicialmente quem usar essa marca para denotar um outro tipo de produto. A lei é clara quanto ao facto de o seu objetivo ser evitar a confusão no espírito do consumidor. A Diretiva Europeia (2008/95/Ce) das marcas registadas, a que teremos de voltar, é igualmente clara ao afirmar que «a protecção conferida pela marca registada, cujo objectivo consiste nomeadamente em garantir a função de origem da marca, deverá ser absoluta em caso de identidade entre a marca e o sinal e entre os produtos ou serviços»¹³.

¹⁰ Cf. LANDES, POSNER, 2003.

¹¹ PORTUGAL. Presidência do Conselho de Ministros, 2018: art.º 208.

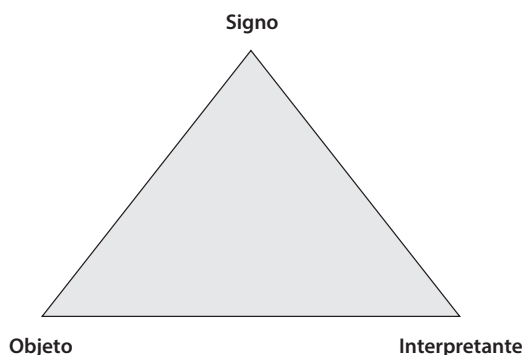
¹² PORTUGAL. Presidência do Conselho de Ministros, 2018: art.º 249, (1).

¹³ UNIÃO EUROPEIA. Parlamento. Conselho, 2008: (11).

2. A ESTRUTURA TRIANGULAR DAS MARCAS

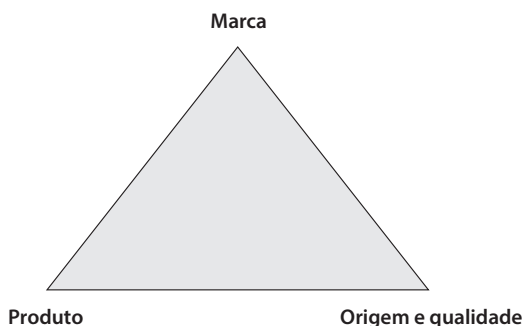
Muita da confusão aos olhos do público em geral, e mesmo aos olhos de muitos especialistas em Direito, no que respeita ao conceito de marca registada, decorre do facto de não se reconhecer devidamente que esse conceito envolve uma estrutura triangular triádica, com três vértices bem distintos, mas ligados entre si. Como mostrou Barton Beebe (2014), a definição de marca registada é um caso particular da relação semiótica de signo. Na definição de Charles S. Peirce, um signo é definido por três elementos em relação: o signo em si mesmo (uma palavra, um desenho, por exemplo); esse signo em si mesmo na sua relação de referência com um objeto físico exterior no lugar do qual o signo em si mesmo se encontra; e o signo em si mesmo enquanto determina um interpretante, o qual «significa» o signo e encontra-se na mesma relação para o objeto que o signo em si mesmo ele próprio se encontra. Isso pode ser representado pelo conhecido triângulo semiótico da Figura 1.

Fig. 1. A estrutura triádica do signo em Charles S. Peirce



Confunde-se, por vezes, na definição de Peirce, o signo em si mesmo com o «signo» enquanto ele designa a relação entre os três termos que podem ser figurados pelos vértices de um triângulo. Na realidade, existe o signo enquanto exprimindo a relação entre o signo em si mesmo, o interpretante e o objeto, e existe o signo em si mesmo enquanto apenas primeiro termo dessa relação triádica. Esta distinção é útil por uma confusão similar ocorrer a propósito das marcas comerciais registadas. Neste caso, confunde-se por vezes a marca enquanto materialidade fisicamente perceptível (o nome ou sinal, desenho, etc.) com a marca enquanto relação entre a marca ela própria (o nome), o produto que ela refere e o significado para que ela reenvia, isto é, a sua origem garante da sua qualidade. A marca, o nome, corresponde ao signo em si mesmo de Peirce, o produto corresponde ao objeto e a origem e a qualidade correspondem ao interpretante. Uma marca apenas é uma marca registada, isto é, um monopólio estatuído pela lei, quando estão presentes esses três elementos ligados entre si (cf. Fig. 2).

Fig. 2. Uma marca registrada é uma estrutura triádica composta pela marca, o nome, produto e origem e qualidade



As leis, anteriormente citadas, das marcas registradas são a forma de preservar a integridade da relação entre os três termos do triângulo. Decorre daí o ponto importante já sublinhado: a lei não concede qualquer monopólio ao uso de um nome per si, ao uso do signo em si mesmo. Existe sempre *referente*: a lei protege a referência da marca (o signo em si mesmo) a uma certa origem e a um certo produto dotado de uma funcionalidade específica. Não existe qualquer infração legal no uso do signo em si mesmo, mas sim a infração da totalidade da relação triádica, a qual tem como consequência confundir o consumidor. Noutros termos, a infração consiste em usar o signo em si mesmo como um meio para confundir produtos e interpretantes similares. A infração poderá consistir, por exemplo, em usar a marca «Rolex», ou «RoleX», para levar um consumidor a pensar que está a comprar um relógio fabricado e certificado pela Rolex S. A. Do modo como foi exposta até agora — só que esta não será a última palavra sobre o assunto — a lei não proíbe o uso de «Rolex», por parte de terceiros que não a Rolex S. A., para designar outros produtos, claramente diferentes de relógios, como, digamos, óculos de natação.

É, portanto, importante realçar que a lei de marca registrada, sempre na forma até agora apresentada, supõe uma estrutura triádica de significação. Apenas quando os três termos da relação estão presentes se pode realmente falar de marcas *registradas*. E se esses três termos — signo, produto e garantia de qualidade e origem — têm de estar presentes, então a lei assume que os consumidores apenas consomem bens físicos. A lei assume implicitamente que os indivíduos consomem marcas apenas na medida em que estas reenviam a uma origem e qualidade do produto. Eles não consomem *marcas*, o signo ele próprio associado a valores, como o prestígio, que a marca possa veicular. Não são orientados pela atração do desejo de marca ele próprio. Os consumidores não são orientados pelo magnetismo de certas marcas, pelo significado que hoje em dia muitas vezes associamos espontaneamente ao termo «marca». Em consequência, a lei apenas protege *meios* de consumo (a marca como identificadora do produto e da origem) e não as finalidades do consumo que, como veremos, podem ir para além da mera satisfação de necessidades objetivas que o produto denotado pela marca pode

oferecer¹⁴. A lei das marcas registadas assume uma teoria muito particular do consumidor, que pressupõe que os indivíduos preferem um certo bem físico independentemente das preferências de terceiros, o que está em consonância com a conceção das marcas comerciais enquanto minimização dos custos de busca de informação por parte dos consumidores. Segundo este ponto de vista, que forma o âmago da chamada teoria neoclássica da economia, os consumidores visam maximizar a sua utilidade absoluta: máxima satisfação que o consumo do objeto pode proporcionar tendo em conta o orçamento disponível¹⁵. Sempre segundo essa perspetiva, a estrutura das marcas comerciais legalmente traduzida nas leis das marcas registadas pressupõe uma estrutura diádica sujeito → objeto, a qual deixa de lado o facto de o consumo ter em muitos casos, sobretudo, em vista o prestígio perante terceiros que um indivíduo pode adquirir ao consumir uma certa marca. São estas assunções que se tornam mais claras se analisarmos a que ponto as leis até agora passadas em revista *não* descrevem o efetivo papel que as marcas possuem nas modernas sociedades de consumo, bem como o facto de, progressivamente, o enquadramento legal até agora descrito se ter vindo a alterar. Será ainda possível a marca «Rolex» poder continuar a ser usada em contextos diferentes da referência a um certo e único produto garantido por uma certa empresa? Ou a marca «Apple»? Ou, um exemplo que é agora mais pertinente: a «YSL» (Yves Saint Laurent) apenas pode denotar vestuário?

3. O *BRANDING* E O DESEJO DE MARCA

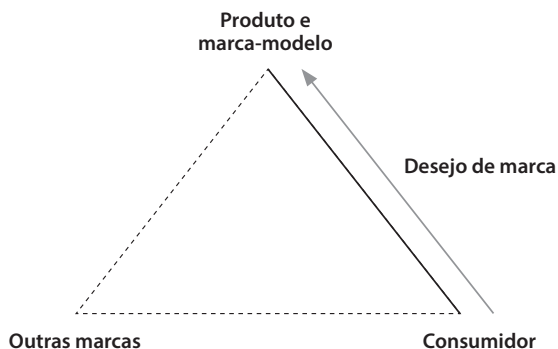
A conceção clássica das marcas registadas veio a ser alterada, ou antes, complementada, no contexto da cada vez maior tendência que as empresas colocam nas suas marcas, no *branding*. O facto reside em que, mais do que designar um produto e uma origem, muitas das marcas tornaram-se modelos orientadores do desejo dos consumidores, constituindo uma forma de mediação externa do seu desejo. A marca foi-se desligando, em primeiro lugar, da sua origem e, depois, do produto que ela denota ou denotava. Através do seu «magnetismo» ou «poder de atração», a marca cria e orienta o desejo do consumidor. Esse poder não está cingido a marcas associadas ao luxo, estando também presente em marcas de produtos de consumo corrente, mas cujo nome de marca em si mesmo atrai («Red Bull»). No entanto, ele está ainda mais visivelmente presente no desejo de marca como um desejo que garante prestígio: já não o desejo de umas calças ou de um refrigerante, mas o desejo de uma certa marca que garante a distinção. O desejo de um indivíduo vai tornar-se o desejo da *própria marca*, mais do que o produto funcional ao qual ela está ligada. Nessa configuração da marca enquanto modelo criado e orientador do desejo, o vértice «produto» do triângulo tende a coalescer com a marca,

¹⁴ Estes pontos foram todos salientados por Barton Beebe em dois excelentes artigos (BEEBE, 2010, 2014), os quais constituíram a principal inspiração para a filosofia das marcas registadas aqui exposta.

¹⁵ Cf., por exemplo, ORLÉAN, 2011.

a identificar-se com ela; a marca torna-se, ela própria, algo único, que se quer diferente. Contudo, tendem sempre a existir novos produtos de substituição, em particular *marcas* de substituição.

Fig. 3. Nas últimas décadas, a identidade do produto tem vindo a colapsar na identidade da marca, que gera o desejo de marca. Mas as marcas ainda podem estar sujeitas à concorrência de outras marcas



A evolução das marcas ao longo das últimas décadas consistiu no desenvolvimento de múltiplas estratégias destinadas a reforçar a imagem, a identidade e a diferença distintiva de cada marca. Em vez de serem apenas indicadores da origem e da qualidade dos produtos, as marcas elas próprias passaram a ter um valor comercial quantificado, o «valor da marca» ou «*brand value*». Significativamente, e esse é um ponto essencial a ser retido, as empresas começaram cada vez mais a designar por uma mesma marca produtos com funcionalidades distintas.

As marcas estão sujeitas a duas forças contraditórias. Por um lado, elas procuram a diferença, a sua singularidade oposta a todas as outras marcas de produtos concorrentes. Por outro lado, elas tendem também a indiferenciar-se, que tem como consequência a *diluição* de uma marca, isto é, a perda da sua identidade singular decorrente da cópia e do seu uso generalizado. Na diluição e tentativas de a evitar está presente uma força dilemática (um *double bind*, usando uma expressão da língua inglesa) que simultaneamente cria as tendências aparentemente contraditórias da diferenciação e da indiferenciação. Esse já era o dilema fundamental com que se deparavam os publicitários das décadas de 50 e 60 do século passado. As marcas passaram a operar num contexto extremamente concorrencial e acabaram a copiar-se cada vez mais umas às outras. A cópia por uma marca empresarial das estratégias e identidade de uma outra marca que obteve sucesso, e assim serve de modelo, através do recurso sistemático a técnicas como o *benchmarking* (a observação das práticas das marcas concorrentes), do recurso a cadernos de tendências (escolha de algumas das tendências dos consumidores com vista a orientar a produção futura) e a existência de processos de manufatura cada vez mais semelhantes, representaram fatores que causaram a indiferenciação das marcas¹⁶. A cópia e a imitação

¹⁶ Cf. SICARD, 2010.

em geral desempenharam aqui a sua habitual função indiferenciadora. Ao mesmo tempo, a principal tarefa de um publicitário é diferenciar uma marca em relação às outras. Nos anos 60, um publicitário como David Ogilvy tornou-se famoso precisamente por ter insistido na imagem de marca e na identidade própria diferenciadora que ela deve transmitir ao consumidor. Ele insistiu que uma marca também se devia distinguir pelas características diferenciadoras do seu produto, mas para negar que esse fosse o fator que realmente orienta a escolha dos consumidores: «é o sabor e a qualidade intrínseca que levam a consumir uma certa marca de whisky [Jack Daniels] em vez de outras?». «Don't make me laugh»¹⁷. Aquilo que verdadeiramente diferencia o produto e orienta o consumidor é a imagem de marca, a qual, formando o âmago da «personalidade» do produto, surgia a Ogilvy quase como a única estratégia possível de diferenciação: «quando confrontados com a venda de produtos iguais, tudo o que podemos esperar fazer é explorar as suas virtudes de forma mais persuasiva que os nossos competidores, e diferenciá-los pelo estilo da nossa publicidade»¹⁸. Para o publicitário britânico, é a *publicidade*, referindo ou não as qualidades objetivas do produto, que em larga medida cria a marca — a sua identidade singular —, e, portanto, esta não é um simples nome que se limita a reenviar para uma origem e qualidade do produto.

A realidade intangível das marcas cada vez mais desligada dos produtos que originariamente referiam também se começou a tornar clara, nomeadamente a partir da década de 80 do século passado, aos olhos de muitos juízes. Foi o caso do famoso juiz federal norte-americano Alex Kozinski:

*Existe uma tendência crescente para usar as marcas não apenas para identificar os produtos, mas também para os realçar ou enfeitar, mesmo para criar completamente novos bens de consumo [...]. Os ideogramas que anteriormente serviam apenas como sinais da fonte, origem e qualidade dos bens, tornaram-se eles próprios produtos de pleno direito, valorados como indicadores de status social, preferências e aspirações daqueles que os exibem*¹⁹.

As marcas, os ideogramas eles próprios, são uma forma de orientar o desejo e adquirir prestígio perante os outros. Para Alex Kozinski, esse era o deplorável uso que as marcas tinham adquirido, no lugar da plácida e tangível função identificadora da origem. De acordo com a tradição das leis norte-americanas, as leis de proteção das marcas deveriam incidir apenas sobre as características funcionais ou utilitárias dos produtos. Elas nada deveriam ter a ver com o desejo e muito menos com a sua regulação.

Contudo, tem sucedido o contrário, num contexto de evolução histórica em que as empresas detentoras de marcas as têm diluído. Isso sucedeu inicialmente com as práticas

¹⁷ OGILVY, 1983: 15.

¹⁸ OGILVY, 1983: 20.

¹⁹ GINSBURG, 2008: 100.

de licenciamento, que começaram já nos anos 60 com Pierre Cardin, que permitiu que terceiros usassem o nome da sua marca em inúmeros produtos distintos (cerca de 800!). Nos anos 70 e na década de 80, o licenciamento de marcas a terceiros aumentou em grande escala, ameaçando cada vez mais o valor de uma marca. Em finais dessa última década era possível encontrar a marca «Gucci» afixada em 22 000 produtos, incluindo malas, sapatos, gravatas, copos e talheres²⁰. No curto prazo, o licenciamento garante lucros imediatos, mas no longo prazo a integridade da marca fica diluída. O valor das marcas também começou a ser ameaçado quando algumas delas, que estavam associadas a uma certa exclusividade luxuosa, passaram a dirigir-se à grande maioria dos consumidores dos países ocidentais, primeiro, e economias emergentes, depois. Elas meteram assim nas mãos de muitos os objetos que eram perçecionados como escassos. O exclusivo começou a ser cada vez menos exclusivo. A diminuição da exclusividade aumentou ainda mais nos anos 80 e 90 quando, definitivamente, as marcas associadas a produtos de luxo, em particular de vestuário, levaram sistematicamente a cabo estratégias de expansão vertical — por exemplo, lançando diversas linhas de vestuário com preços diferenciados e dirigidas a segmentos de consumidores diferentes — e expansão horizontal — quando a mesma marca de uma empresa passa a designar produtos diferentes como, no caso de marcas de moda, designando perfumes, cosméticos, óculos, malas, carteiras, mochilas, canetas, etc. Esse processo levou à formação de grandes conglomerados de moda, como LVMH (detendo a Louis Vuitton, Dior, Fendi, etc.) ou PPR (detendo a Balenciaga, Bottega Veneta, Alexander McQueen, Stella McCartney, YSL, etc.). Mas esse processo não se limitou à indústria do pronto a vestir de moda; outras empresas (e.g., a Virgin, Harley-Davidson, etc.) passaram a designar por uma mesma marca um vasto conjunto de produtos funcionalmente distintos.

As estratégias de expansão vertical e horizontal foram levadas a cabo com a consciência de que elas podem diluir o valor da marca. Esse é o dilema de muitas marcas: garantir a abundância de consumidores, mas, ao mesmo tempo, criar a escassez que justifique o alto preço cobrado por artigos perçecionados como exclusivos. A abundância deve ser contrariada pela introdução artificial de (pelo menos alguma) escassez. Deve existir identidade e ao mesmo tempo diferença. Prosseguindo essa estratégia, as empresas detentoras de marcas famosas procuraram controlar totalmente a sua marca, nomeadamente limitando de modo drástico as práticas de licenciamento a terceiros e criando canais exclusivos de distribuição, como as lojas de marcas famosas que hoje existem nos centros de todas as grandes cidades do mundo. Elas também passaram a combater intensamente a cópia e a contrafação, que certamente diluem uma marca. Foi nesse ambiente geral em que as marcas deixaram definitivamente de estar ligadas à fissão da «fonte» ou «origem», em que elas deixaram de referir produtos únicos e bem

²⁰ Cf. BANNON, 1992.

diferenciados, e em que passou a existir um crescente «desejo de marca» por parte de um número igualmente crescente de indivíduos, que a própria legislação surgiu como um modo adicional de garantir a escassez que evita a diluição. As estratégias empresariais e a lei vão contrariar a tendência para que os objetos de consumo estejam nas mãos de todos, tentando assegurar que estejam apenas nas de alguns. É esse o significado geral das recentes leis antidiluição que, conjugando-se de forma ambígua, senão mesmo contraditória, com as leis clássicas de marca registada, têm vindo a ser publicadas nos países ocidentais.

4. LEIS ANTIDILUIÇÃO

Após diversas iniciativas ao nível dos Estados, a lei federal norte-americana antidiluição começou a ser sistematizada no *Lanham Act* de 1995. A Secção 45 dessa lei define a diluição nos seguintes termos:

*O termo «diluição» significa a diminuição da capacidade de uma marca famosa para identificar e distinguir produtos ou serviços, independentemente da presença ou ausência de: (1) a concorrência entre o proprietário da marca famosa e terceiros, ou (2) risco de confusão, erro ou engano*²¹.

As cláusulas legais antidiluição têm um campo de aplicação distinto das cláusulas que proíbem a apropriação indevida de uma marca registada. Pode existir infração com base em diluição mesmo que se trate do uso, por empresas diferentes, de uma marca similar em produtos diferentes que não competem diretamente entre si, mesmo que esse uso não crie qualquer confusão nos consumidores quanto à origem. É nesse sentido que a lei refere «produtos ou serviços». No entanto, o real objetivo de uma lei antidiluição pode ser evitar a diluição da *marca*. Existe uma ambiguidade entre proteção da ligação entre produto e marca, por um lado, e proteção da marca ela própria, e é essa ambiguidade que teremos agora de esclarecer completamente.

Ainda nos Estados Unidos, o Congresso aprovou, em 2006, o *Trademark Dilution Revision Act* (TDRA), onde se pode ler:

*O detentor de uma marca famosa que seja distintiva, intrinsecamente ou de modo adquirido, terá direito a uma medida cautelar contra qualquer outra pessoa que, em qualquer momento após a marca detida se tornar famosa, faça um uso de uma marca ou marca comercial tal que ele provavelmente cause a diluição por indistinção (blurring) ou diluição por depreciação (tarnishment) da marca famosa, independentemente da presença ou ausência de provável confusão, de competição ou de um real prejuízo económico*²².

²¹ USA GOVERNMENT, [1995]: § 1127.

²² USA GOVERNMENT, 2006: sec. 2.

A diluição por indistinção ocorre quando se dilui a «qualidade distintiva» de uma marca famosa, e ocorre quando essa «distinção» se perde aquando do uso de uma certa marca, por terceiros, em produtos diferentes. A diluição por «depreciação», aqui menos importante, ocorre quando uma empresa usa uma marca conhecida em produtos «pouco próprios», como, por exemplo, ao usar-se uma marca famosa para designar preservativos. Em qualquer dos casos, proíbe-se que terceiros usem uma marca famosa independentemente de esse uso poder provocar confusão no consumidor ou prejuízo económico ao detentor da marca.

Se voltarmos à Diretiva Europeia sobre marcas registadas, que já foi citada, na parte em que ela menciona a confusão no consumidor quanto à origem ou fonte, podemos começar a esclarecer melhor o significado da «qualidade distintiva». A Diretiva também passou a incorporar uma cláusula antidiluição:

*Qualquer Estado-Membro poderá também estipular que o titular fique habilitado a proibir que terceiros façam uso, na vida comercial, sem o seu consentimento, de qualquer sinal idêntico ou semelhante à marca para produtos ou serviços que não sejam semelhantes àqueles para os quais a marca foi registada, sempre que esta goze de prestígio no Estado-Membro e que o uso desse sinal, sem justo motivo, tire partido indevido do carácter distintivo ou do prestígio da marca ou os prejudique*²³.

Existe ainda aqui alguma ambiguidade. Por um lado, refere-se o uso de um signo idêntico ou similar a uma marca registada usado em associação com «produtos ou serviços que não sejam semelhantes» e, ao mesmo tempo, refere-se «o carácter distintivo ou do prestígio da marca». A lei protege a ligação entre uma marca e um certo produto, impedindo que uma outra empresa utilize a mesma, ou similar, marca para designar um outro tipo de produto. Nesse sentido, a lei visa impedir que a associação entre uma certa marca e um certo produto fique «diluída» quando uma outra empresa utiliza a mesma marca para designar um produto diferente; ela visa proteger a ligação indiscutível entre uma marca e um certo produto. Se X comercializasse óculos de natação sob a marca «RoLex», um tribunal condenaria X por estar a diluir a ligação entre «Rolex» e um certo tipo de relógios, pois «Rolex» deixaria de estar apenas ligada a relógios. A identidade da marca, entendida como a designação de um certo produto único, ficaria diluída. No entanto, por outro lado, a lei pode ser interpretada como ilegalizando a apropriação da «reputação da marca», do seu «prestígio». Nesse sentido, a diluição seria a da *própria* marca, independentemente da sua ligação a um produto. Esta segunda interpretação pode ser tornada mais clara recorrendo ao exemplo de um caso recentemente julgado pelo Tribunal Europeu de Justiça. Ele mostra que a lei pode proteger a própria marca, e não apenas a sua ligação ao produto ou à origem.

²³ UNIÃO EUROPEIA. Parlamento. Conselho, 2008: Art.º 5(2).

Trata-se do caso *L'Oréal SA v. Bellure*. A empresa Bellure começou a comercializar perfumes com uma embalagem e uma fragrância muito semelhantes às dos perfumes da L'Oréal, nomeadamente as suas linhas Trésor e Miracle, comercializados sob a marca Lancôme. Note-se que quer a embalagem quer as fragrâncias (o cheiro) não estão intelectualmente protegidas. Note-se também que os nomes dos perfumes da Bellure, La Valeur e Pink Rose, muito dificilmente poderão ser confundidos com os da L'Oréal, Trésor e Miracle, e note-se ainda que os produtos da Bellure eram vendidos a baixo preço em lojas populares. A probabilidade de confusão com as linhas perçecionadas como de gama alta da Lancôme era, portanto, reduzida, mesmo tendo a Bellure recorrido a publicidade comparativa do género: «se aprecia o Miracle de Lancôme experimente o equivalente mais barato». L'Oréal queixou-se, invocando a proteção quanto à confusão de origem e, sobretudo, invocando a proteção estipulada pelo acima citado Artigo 5(2) da Diretiva Europeia. O tribunal deu-lhe razão exatadamente sobre este último ponto, não aceitando a queixa por confusão. A principal justificação foi a seguinte:

Quando terceiros procuram, através da utilização de um sinal semelhante ao de uma marca com prestígio, aproveitar-se dessa marca para beneficiarem do seu poder de atração, da sua reputação e do seu prestígio, e explorar — sem pagarem qualquer compensação e sem realizar a ação de marketing destinada a criar e a manter a imagem dessa marca — a vantagem que resulta desse uso, essa utilização deve ser considerada uma vantagem que foi injustamente obtida a partir do carácter distintivo ou do prestígio dessa marca²⁴.

Este excerto torna definitivamente claro o real significado da diluição. Os perfumes da Bellure não confundiam o consumidor quanto à origem, pois os pacotes e nomes eram suficientemente distintos. No decorrer do processo, quer o tribunal quer a L'Oréal reconheceram que os produtos da Bellure não se confundiam com os seus. Também ficou evidenciado que a L'Oréal provavelmente não perdia dinheiro, pois os seus potenciais clientes não pareciam ter passado a comprar os perfumes baratos de substituição da Bellure. O tribunal condenou que, com a comercialização de um produto similar da Lancôme, a L'Oréal estaria a perder o «seu poder de atração», a sua «reputação» e o seu «prestígio» sem ser devidamente compensada pelo efeito gerado. Percebe-se bem porquê. A Bellure vendia a baixo custo e em lojas baratas fragrâncias similares às da L'Oréal. Os consumidores não ficavam confundidos quanto à origem ou quanto ao facto do La Valeur não designar um perfume comercializado pela L'Oréal sob a marca Lancôme. O que os consumidores ficavam a saber, atendendo à identidade das fragrâncias, era que a *única* coisa que diferenciava os perfumes Trésor de La Valeur era apenas a *marca*, a marca Trésor da

²⁴ Texto do acórdão disponível em <http://www.ippt.eu/files/2009/IPPT20090618_ECJ_L-Oreal_v_Bellure.pdf>.

Lancôme. Portanto, o que o tribunal protegeu foi *apenas* a marca, a marca com o prestígio que a envolve. O tribunal não protegeu a marca Lancôme, enquanto designando uma origem ou enquanto designando um produto específico; ele protegeu a identidade dessa marca, protegeu uma realidade intangível que consiste no seu poder de atrair os consumidores e de capturar o seu desejo. É o próprio acórdão que afirma proteger «o poder de atração, a reputação, o prestígio». É esse «prestígio» que não se quer ver diluído. Este é um momento absolutamente singular da evolução das leis de propriedade intelectual, quando se acorda dar proteção legal a uma realidade intangível como o «prestígio».

Outros tribunais raciocinaram de forma semelhante. Por exemplo, no caso *Hermès International v. Lederer de Paris Fifth Avenue, Inc.*, um tribunal afirmou que um «consumidor de um bem de luxo original é prejudicado pela existência generalizada de imitações, porque o alto valor dos originais, que deriva em parte de sua escassez, fica reduzido». Numa geografia diferente, um tribunal chinês condenou uma empresa que vendia no mercado asiático contrafações de sapatos Gucci, os quais exibiam no seu interior a marca criada por essa empresa, Senda. Portanto, o consumidor não podia ficar confuso quanto à origem dos sapatos, tendo ainda presente que Senda é uma marca bem conhecida no mercado chinês. O tribunal condenou que um indivíduo, calçando uns sapatos Senda, mas cuja aparência exterior se assemelhava a uns Gucci, e tinham mesmo o famoso logótipo da Gucci visível no exterior, adquirisse assim o prestígio conferido pela marca Gucci, sem pagar por isso o devido preço²⁵. De novo, a diluição não é a diluição da confusão quanto à fonte, nem tão pouco a diluição da inequívoca ligação entre produto e marca, com a perda de valor daí resultante. Nada tem a ver com as perdas comerciais de uma empresa: toda a gente sabe que um cliente asiático que compra uma contrafação de Gucci ou de Louis Vuitton por 2 euros jamais comprará o suposto original que pode custar mais de 1000. A diluição é a diluição do prestígio que a marca encerra e que o consumidor adquire ao exibir essa marca. A diluição é a diluição da escassez que uma marca intencionalmente cria através de produtos extremamente caros e muitas vezes com séries limitadas. A diluição é o processo que conduz à indiferenciação da marca, à perda do seu prestígio diferenciador.

O ponto que deve ser de novo sublinhado consiste em que as leis antidiluição podem ser interpretadas, e têm efetivamente vindo a ser interpretadas, pelos tribunais como a proteção do prestígio da marca, e assim do prestígio ou distinção dos indivíduos que a adquirem. As leis geram, pelo menos no primeiro momento, a escassez do prestígio. Deve insistir-se que este tipo de proteção da marca registada é bem diferente dos outros dois tipos. Ele é obviamente diferente da infração da ligação ao produto e à fonte, que pode enganar o consumidor. Mas é também diferente da diluição da identidade de uma marca enquanto referindo um *único tipo* de produto. Mas, como vimos,

²⁵ Esse e outros exemplos são referidos em BEEBE, 2010: 850-855.

generalizou-se a situação em que *são as empresas a diluir a sua própria marca* quando a utilizam para designar um conjunto variado de produtos diferentes segundo a estratégia de expansão horizontal. Existe assim uma situação um pouco estranha. Por exemplo, uma empresa como a Cartier poderia levar a tribunal uma outra empresa por esta usar a sua marca em óculos de sol, mas ela própria pode fazê-lo, apesar da Cartier não estar originariamente ligada a um tal produto²⁶. Nesse caso, a Cartier pode continuar a ser «distinta», a dar distinção, mas seguramente que não é uma marca de um produto único. Em suma, as leis antidiluição não tratam do caso específico em que é a empresa detentora de uma certa marca que a dilui. Nesse sentido, poderia argumentar-se que as empresas que diluem a sua própria marca não deveriam gozar de qualquer proteção antidiluição. Essas leis deveriam apenas proteger empresas que efetivamente continuam a fabricar produtos únicos de grande qualidade, e não os grandes conglomerados que se lançaram na expansão vertical e horizontal do seu negócio e que visam sobretudo apelar ao desejo dos consumidores com produtos cuja única e real qualidade é a áurea ou prestígio que envolve o seu nome²⁷.

Seja como for, tal como têm vindo a ser interpretadas, sobretudo quando entendidas como a proteção da própria marca, as leis antidiluição são um obstáculo à diluição indiferenciadora que vimos decorrer da imitação e cópia. Elas são uma forma de garantir a distinção social baseada na exibição do prestígio de uma marca. Uma realidade intangível como o prestígio tem em si mesma uma natureza *rival*, pois se a identidade de marca que confere prestígio é um modelo que orienta o desejo dos consumidores, segue-se que se todos possuísem efetivamente a marca, esta deixaria de diferenciar. Têm de existir duas classes de consumidores: aqueles que adquirem o prestígio perante os outros através da exibição da marca e aqueles que, admirando os primeiros, apenas aspiram a esse prestígio. O troféu do prestígio não pode pertencer a todos, existem os que o possuem e os que não, mesmo que ele possa passar das mãos dos que o possuem para as mãos dos que, anteriormente, não o possuíam. Se todos o possuísem, então as marcas, como as empresas fabricantes bem sabem, cairiam na indiferença. A diluição seria completa num mundo possível no qual toda a gente vestiria Gucci e onde, adicionalmente, Gucci seria um nome que referiria não importa que tipo de produto. É a realidade desse mundo possível que as leis antidiluição podem impedir. Elas garantem a rivalidade que o prestígio envolve e são assim uma forma de garantir o sistema de escassez da distinção social de que as marcas

²⁶ Na verdade, esse caso ocorreu. No caso *Cartier, Inc. v. Deziner Wholesale, LLC*, o tribunal referiu que os consumidores de Cartier eram suficientemente sofisticados para perceberem a diferença entre os óculos de sol produzidos pela Cartier e pela Deziner. No entanto, o tribunal proibiu a Deziner de usar a marca Cartier na sua etiqueta da caixa de óculos de sol, porque a reputação distinta da Cartier no mercado podia ser prejudicada pelo uso da marca Cartier pela Deziner. O tribunal afirmou: «it is also likely that these sophisticated, brand conscious consumers will lose interest in the Cartier name as they see the number of inferior products in the market bearing the Cartier name grow». Cf. a análise de CALBOLI, 2015: 47 e ss.

²⁷ Cf. CALBOLI, 2015.

são um dos principais suportes²⁸. Marcas e leis protetoras garantem que os indivíduos se continuem a distinguir — no duplo sentido da palavra. É sempre a lei que tem um poder de mediação exterior superior que garante a diferenciação e previne a indiferenciação.

Barton Beebe designou as leis antidiluição como «as novas leis sumptuárias». Com essa expressão naturalmente que ele se estava também a referir às leis sumptuárias da moda vigentes no Antigo Regime e que foram anteriormente resumidas. A expressão é feliz e convida a considerar as leis sumptuárias, quer as «velhas» quer as «novas», no seu conjunto. Contudo, esse tratamento uniforme pode levar ao esbater excessivo do contexto e sentido histórico dos dois tipos de leis. As antigas leis sumptuárias existiam numa situação social em que as posições sociais eram dadas, estavam fixas. As leis sobre o vestuário eram apenas mais um modo de marcar, e reproduzir, uma certa condição social. Eram também um modo de conter a manifestação do desejo, de impedir que um indivíduo aspirasse a uma condição diferente daquela que era a sua. Num mundo em que essas antigas leis sumptuárias não existam pode compreender-se que o vestuário se tenha tornado um campo de competição e rivalidades com vista a ganhar o troféu do reconhecimento social, o «prestígio». Na realidade, esse é o nosso mundo. Existiu uma evolução histórica do desejo, durante a qual os indivíduos cada vez mais «iguais» passaram a poder cada vez mais livremente manifestar o seu desejo perante os outros, com as intermináveis rivalidades daí decorrentes. Sob esse aspeto, existe uma diferença profunda entre as antigas e as novas leis sumptuárias. Repete-se que as antigas visavam conter, mesmo proibir, o desejo. Pelo contrário, as novas leis sumptuárias antidiluição constituem numa *proteção legal da manifestação do desejo*. Elas concedem proteção legal ao uso das marcas como um modo de cada um manifestar o seu desejo, o seu prestígio, a sua diferença perante os outros. As leis antidiluição traduzem uma fase avançada da evolução do desejo na Época Moderna.

Vimos que assim é de facto. As primeiras leis de antidiluição visavam apenas proteger a utilidade absoluta que um produto dá a um consumidor: visavam que este não fosse enganado quanto à origem e qualidade do produto que melhor o satisfaz. Como qualquer lei, elas tinham uma função diferenciadora, a garantia de que o produto com origem numa certa fonte não era confundido com outro. A diferenciação incidia sobre uma realidade objetiva, um *produto*. Já as novas leis antidiluição visam garantir que as marcas possam conferir prestígio, procurando impedir que o troféu do prestígio esteja nas mãos de todos e que assim o próprio prestígio associado às marcas acabe por se indiferenciar, diluir, desaparecer. Sob esse ponto de vista, elas também exercem a usual função das leis, a diferenciação entre os indivíduos, só que agora se trata de uma diferenciação *social* ligada à competição entre os indivíduos. Contudo, ao incentivarem a distinção, no duplo sentido da palavra, ao protegerem as próprias marcas, as leis antidiluição também incentivam a

²⁸ Cf. BEEBE, 2010.

criação e proliferação das marcas, incentivam a busca infinita de novos modos de manifestar a distinção prestigiosa. Estamos sempre no mesmo movimento de *double bind*: a distinção conduz à indistinção, e a diferença conduz à identidade.

A evolução do desejo segue então o seu percurso natural. Essa evolução transita de um consumo de massas generalizado e imitativo para uma procura da diferença assente nas estratégias da imitação negativa. As diferenças multiplicam-se de tal modo que se pode cair na indiferença face à própria diferença. As marcas diferenciadas, inicialmente associadas a um certo produto, diluem-se quando a expansão horizontal é sistematicamente prosseguida. Que produto refere Virgin ou mesmo Samsung? E Armani, afixada em inúmeras linhas de roupas, em perfumes, mobiliário, hotéis e restaurantes? E no caso de uma outra marca tradicionalmente associada ao luxo, é ainda hoje totalmente claro o que refere Chanel? Seguramente que não se refere a um produto único, e talvez ainda se refira um pouco a distinção prestigiosa, apesar de a marca poder (dependendo da linha de produto) ser encontrada em qualquer grande superfície comercial. As marcas diluem-se, indiferenciam-se, e a única diferença é cada vez mais apenas o nome, «a marca», que apenas se refere a si mesma. A marca tende apenas a ser um signo diferente de outros signos. Com a existência de um grande número de marcas que referem uma infinidade de produtos e com a proliferação de novas marcas todas elas orientadas para a expansão horizontal, e cada vez mais acessíveis a um enorme número de indivíduos, é a própria distinção fornecida pelas marcas e pelas leis protetoras que tende a indistinguir-se. A distinção, quer a distinção associada ao prestígio quer à diferença clara das marcas de produtos entre si, ela própria tende a diluir-se. A consequência é que o próprio *desejo de marca* tende a desaparecer. Dito de outro modo, é o *próprio sistema de distinção social assente em marcas que tende a diluir-se*. Se as marcas orientavam o desejo, mas se este se indiferencia cada vez mais, o resultado líquido pode ser que o sistema de marcas deixe de ter qualquer significado e a sua tradicional função mediadora enquanto modelo do desejo tenda a desaparecer. Seguindo uma sua tendência natural, o desejo pode vir a ficar cada vez mais indiferente às marcas, e mesmo se o consumo e o prestígio do sistema das marcas não vierem a colapsar totalmente, seguramente que um longo percurso foi percorrido desde a plácida conceção das marcas registadas como identificadoras de produtos e da sua fonte até às contemporâneas tendências indiferenciadoras.

BIBLIOGRAFIA

- BANNON, Elizabeth (1992). *The Growing Risk of Self-Dilution*. «The Trademark Reporter». 82:4, 570-585.
- BARTHOLOMEW, Mark (2008). *Advertising and the Transformation of Trademark Law*. «New Mexico Law Review». 38, 1-48.
- BEEBE, Barton (2010). *Intellectual Property Law and the Sumptuary Code*. «Harvard Law Review». 123:4, 810-889.
- BEEBE, Barton (2014). *The Suppressed Misappropriation Origins of Trademark Antidilution Law: The Landgericht Elberfeld's Odol Opinion and Frank Schechter's "The Rational Basis of Trademark Protection"*. In DREYFUSS, Rochelle; GINSBURG, Jane, eds. *Intellectual Property at the Edge: The Contested Contours of IP*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 59-80.
- BENTLY, Lionel (2008a). *From communication to thing: historical aspects of the conceptualisation of trade marks as property*. In DINWOODIE, Graeme; JANIS, Mark, eds. *Trademark Law and Theory. A Handbook of Contemporary Research*. Northampton: Edward Elgar, pp. 3-40.
- BENTLY, Lionel (2008b). *The making of modern trade mark law: the construction of the legal concept of trade mark (1860-1880)*. In BENTLY, Lionel; DAVIS, Jennifer; GINSBURG, Jane, eds. *Trade Marks and Brands. An Interdisciplinary Critique*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 31-41.
- CALBOLI, Irene (2015). *The Story of Luxury Products and the (Broken) Promise of Superior Quality in a World of Prestige for the Masses*. In SUN, Haochen; BEEBE, Barton; SUNDER, Madhavi, eds. *The Luxury Economy and Intellectual Property*. Oxford: Oxford University Press, pp. 92-104.
- GINSBURG, Jane (2008). "See me, Feel me, Touch me, Hea[r] me" (and maybe Smell and Taste me too): *I am a Trademark – a US perspective*. In BENTLY, Lionel; DAVIS, Jennifer; GINSBURG, Jane, eds. *Trade Marks and Brands. An Interdisciplinary Critique*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 92-104.
- LANDES, William; POSNER, Mark (2003). *The Economic Structure of Intellectual Property Law*. Cambridge: Harvard University Press.
- McKENNA, Mark (2007). *The Normative Foundations of Trademark Law*. «Notre Dame Law Review». 82:5, 1839-1917.
- NASER, Amin (2010). *Revisiting the Philosophical Foundations of Trademarks in the US and UK*. Cambridge: Cambridge University Press.
- OGILVY, David (1983). *Ogilvy on Advertising*. Toronto: John Wiley and Sons.
- ORLÉAN, André (2011). *L'Empire de la Valeur: réfonder l'économie*. Paris: Seuil.
- PORTUGAL. Presidência do Conselho de Ministros (2018). *Decreto-Lei n.º 110/2018*. «Diário da República I Série». 237 (2018-12-10) 5596-5663. *Código da Propriedade Industrial – CPI*.
- SCHECHTER, Frank (1927). *The Rational Basis of Trademark Protection*. «Harvard Law Review». 40:6, 813-833.
- SICARD, Marie-Claude (2010). *Luxe, Mensonges et Marketing*. Paris: Pearson.
- UNIÃO EUROPEIA. Parlamento. Conselho (2008). *Directiva 2008/95/Ce do Parlamento Europeu e do Conselho de 22 de Outubro de 2008*. «Jornal Oficial da União Europeia». L 299 (2008-11-08) 25-33. Disponível em <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32008L0095&from=en>>.
- USA GOVERNMENT [1995]. *Lanham (Trademark) Act (15 U. S. C.)*. [Consult. 16 mar. 2023]. Última atualização fev. 2016. Disponível em <<https://www.bitlaw.com/source/15usc/index.html>>.
- USA GOVERNMENT (2006). *TRADEMARK Dilution Revision Act of 2006 (2006-10-06)*. Public Law 109-312. [Consult. 16 mar. 2023]. Disponível em <<https://www.govinfo.gov/content/pkg/PLAW-109publ312/pdf/PLAW-109publ312.pdf>>.