

Função distintiva da marca: alargamento ou redução do seu significado?

Distinctive brand function: enlargement or reduction of its meaning?

Salomão António Muressama Viagem

Professor de Direito Empresarial e Direito Fiscal na Escola Superior de Negócios e Empreendedorismo de Chibuto-ESNEC da Universidade Eduardo Mondlane – UEM

Advogado e Agente da Propriedade Industrial

Av. Samora Machel, Esquina com Josina Machel-Chibuto, Gaza, Moçambique
sviagem@svevigny.com

<https://orcid.org/0000-0001-8420-3160>

Outubro de 2018

RESUMO: Uma das incontornáveis matérias do Direito de Marcas é a relativa às “funções das marcas”, estudadas quer na perspectiva socioeconómica quer na perspectiva jurídica. Embora o tema não seja atual, para Moçambique, país emergente no domínio da Propriedade Industrial e naturalmente no Direito de Marcas, ainda se afigura necessário o seu estudo. Aqui, serão objecto de análise, apenas, as funções jurídicas, sobre as quais há muito que se tem discutido; tendo até aqui sido identificadas três principais funções, a saber: função distintiva, função de garantia ou de qualidade e função atrativa ou de publicidade. De entre estas funções a que tem reunido consensos entre os tratadistas da matéria, é a função distintiva. Todavia, mesmo em relação a esta função “distintiva”, os autores divergem no entendimento sobre o seu significado, facto que origina duas orientações doutrinárias e legais a saber: a redutora do significado da função distintiva e a alargadora ou dualista. Tendo em conta a doutrina e a lei europeia em matéria de marcas e pontuais normas do Código da Propriedade Industrial de Moçambique (uma vez escassa a doutrina moçambicana sobre marcas) curaremos de examinar as duas orientações para aferir qual se mostra mais próxima da atual realidade das marcas.

PALAVRAS-CHAVE: Função; distintiva; marca; alargamento; redução; significado.

ABSTRACT: One of the unquestionable issues of trademark law is that relating to "trademark functions", which is studied both from a socio-economic perspective and from a legal point of view. Although the theme is not current, for Mozambique, an emerging country in the field of Industrial Property and of course in Trademark Law, its study is still necessary. Here, only the legal functions of trademarks, which have long been discussed, will be examined; three main functions have hitherto been identified, namely: distinctive function, guarantee function or quality, and attractive or advertising function. Among these functions, which has gathered consensus among the writers of matter, is the distinctive function. However, even in relation to this "distinctive" function, the authors differ in their understanding of their meaning. Some are of the reductive idea of the meaning of the distinctive function, others suggest a broad or at least dualistic meaning. In view of the European trademark doctrine and law and specific rules of the Industrial Property Code of Mozambique (once the Mozambican trademark doctrine is scarce), we will be careful to examine the two guidelines in order to ascertain what is closest to the current reality of brands.

KEY WORDS: Function; distinctive; mark; enlargement; reduction; meaning.

SUMÁRIO:

1. Generalidades sobre as funções das marcas
 - 1.1. Função distintiva
 - 1.2. Função de garantia ou de qualidade
 - 1.3. Função atrativa ou de publicidade
 2. Indústria versus comércio: uma nova correlação de forças com a marca como protagonista
 3. Alargamento ou redução do significado da função distintiva?
- Bibliografia

1. Generalidades sobre as funções das marcas

De entre os vários aspetos teóricos estudados no domínio das marcas, destaca-se o relativo às suas funções¹. Mas que funções? As que são relevantes para o direito, aquelas funções juridicamente tuteladas². Assim, não se deve falar de funções jurídicas das marcas sem que tais funções tenham fundamento no quadro jurídico concernente as marcas. Talvez seja por isso que não há unanimidade a nível da doutrina quanto à presente matéria, visto que os autores procuram desenvolver e fundamentar as suas posições sobre as funções das marcas à luz do seu direito pátrio.

Com o estudo das funções jurídicas da marca, pretende-se saber, fundamentalmente, o que o direito tutela com o registo das marcas. É assim que, apesar de discordantes posições, tem sido apontadas como funções das marcas as que a seguir se apresentam:

1.1. Função distintiva

Sufragada durante muito tempo pelos autores como sendo a única função das marcas, desenvolveu-se com a afirmação da concorrência empresarial que obrigou o uso massivo de marcas individuais por forma a diferenciar o que vinha sendo padronizado pela produção industrial. Deste modo, a função distintiva foi apurada no momento em que as marcas começaram a ser usadas de forma massiva. Ao atribuir ao titular da marca o direito de uso exclusivo do sinal para identificar os seus produtos no seio da concorrência, tinha-se em vista distinguir os produtos apresentados no mercado pelos diversos empresários bem como

¹ Sobre as funções das marcas, por todos v. monografia no âmbito da tese de doutoramento de COUTO GONÇALVES, *Função distintiva da marca*, Almedina, Coimbra, 1999, *Direito de Marcas*, 2ª ed, revista e atualizada, Almedina, Coimbra, 2003, pp. 19 e ss, *Manual de Direito Industrial*, 2ª ed, revista e aumentada, Almedina, Coimbra 2008, pp. 185 e ss; REMO FRANCISCHELLI, *Trattato di Diritto Industriale*, vol I Giuffrè Ed., Milano, pp. 186, 201-04, 217-218; *Sui Marchi di forma*, RDI, 1960, II, Giuffrè, 348, pp. 29-35; MARIO CASANOVA, *Impresa e Azienda*, UTET, Torino, 1955, p. 491; VANZETTI/DI CATALDO, *Manuale di Diritto Industriale*, 3ª, ed., Giuffrè Ed., Milano, 2000, pp. 147 e ss; FERDINANDO CIONTI, *La Funzione del Marchio*, Giuffrè Ed, Milano, 1988, pp. 3 e ss; VITO MANGINI, *IL Marchio e Gli Altri Segni Distintivi*, "Trattato di Diritto Commerciale", vol. V., CEDAM, Padova, 1982, pp. 57 e ss; DI CATALDO VINCENZO, *I Segni Distintivi*, 1ª ed., Giuffrè Ed., Milano, 1993, pp. 19 e ss; ANTOINE BRAUN, *Précis des Marques*, 3ª ed., Larcier, Bruxelles, 1995, pp. 309 e ss; FERNANDEZ-NOVOA, *Fundamentos de Derecho de Marcas*, Ed., Montecorvo, Madrid, 1984, pp. 44 e ss; GIOVANI MASSA, *Funzione Attrattiva e Autonomia del Marchio*, Jovene Ed., Napoli, 1994, pp. 121 e ss; CESAR GALLI, *Funzione del Marchio e Ampiezza della Tutela*, Giuffrè Ed., Milano 1996, pp. 51 e ss; PINTO COELHO, *Marcas Comerciais e Industriais*, Lisboa, 1922, *Lições de Direito Comercial*, Lisboa, 1957; FERRER CORREIA, *Lições de Direito Comercial*, Coimbra, 1973; OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Comercial*, Volume II, *Direito Industrial*, Lisboa, 1994, pp. 141 e ss, *As funções da marca e os descritores (Metatags) na internet*, in *Estudos de Direito do Consumidor*, Centro de Direito do Consumo, FDUC, Coimbra, 2002, pp. 99-120; CARLOS OLAVO, *Propriedade Industrial*, Almedina, Coimbra, 1997, pp. 73 e ss; COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, vol I, Almedina, Coimbra, 1996, pp. 370 e ss; NOGUEIRA SERENS, *A Vulgarização da Marca na Directiva 89/104/CEE de 21 de Dezembro de 1988 (Id Est, no nosso Direito Futuro)*, Coimbra, 1995 pp. 7 e ss, *A Monopolização da Concorrência e a (Re-) Emergência da Tutela da Marca*, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 1179 e ss; AMÉRICO DA SILVA CARVALHO, *Direito de Marcas*, Coimbra Editora, 2004, pp. 105 e ss; PEDRO SOUSA E SILVA, *Direito Industrial*, Coimbra Editora, 2011, pp. 141 e ss; LUIS MIGUEL PEDRO DOMINGUES, *A Função da marca e o princípio da especialidade*, Direito Industrial, APDI-Associação Portuguesa de Direito Industrial, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 447-496.

² Cfr. FERDINANDO CIONTE, *La Funzione del Marchio*, Giuffrè Ed, Milano, 1988, pp. 3 e ss, na nota 1 da p. 3, faz notar que GHIRON foi o primeiro autor a tratar a temática das funções das marcas, v. *tb.* a nota 2, na qual apresenta um leque de destacados autores italianos que se debruçaram sobre a matéria.

permitir ao consumidor a identificação do produtor e a consequente escolha do bem desejado³.

A função distintiva significa(va) que a marca distingu(e)ia os produtos de uma empresa dos produtos de outra. Assim, a marca para além de diferenciar produtos, distingu(e)ia também as fontes produtivas, isto é a origem dos produtos⁴. Esse entendimento nem sempre foi pacífico, especialmente no que se refere à função de indicação de origem ou proveniência como uma das concretizações da função distintiva⁵. Tendo por esse motivo surgido duas orientações sobre o significado da função distintiva que chamaremos de dualista (a que entende que a marca distingue em dois sentidos: a) os produtos e serviços em si, b) a origem empresarial dos produtos e serviços) e monista (que entende que a marca distingue apenas os produtos e serviços)⁶.

Os que se opõem ao entendimento de que a marca também distingue as fontes produtivas, dizem que a marca é por vezes um sinal “anónimo”, sem qualquer menção ao titular ou à empresa; que uma mesma marca pode ser usada para produtos idênticos ou semelhantes por diferentes empresas de um grupo, por transmissão e por diversas empresas a título de licença⁷. Sobre o anonimato da marca, defendem os opositores do significado dualista da função distintiva da marca que num mercado como o atual não se pode enfatizar uma ligação entre a marca e a empresa na medida em que o consumidor desconhece a identidade da empresa titular da marca⁸. Justificam esses autores que, com o desenvolvimento e crescimento da produção industrial e com as inovações tecnológicas dos últimos séculos, assiste-se a um afastamento cada vez mais acentuado entre o produtor e o consumidor, sendo, normalmente, o produtor atual desconhecido pelo consumidor, por outro lado afirmam que o consumidor conhece a marca mas não conhece o empresário que é dela titular.

Porém, esta perspetiva foi contestada naturalmente pelos dualistas com a ideia de que o consumidor, conhecendo a marca e não o empresário, confia que é sempre o mesmo empresário titular da marca cujos produtos são por si desejados, ou seja, tem a ideia da proveniência do produto com base na marca⁹. Quanto a marca de grupo, defendem os autores que entendem que a marca é, normalmente, anónima que, sendo esta marca

³ V. HUGO DANIEL LANÇA SILVA, *A Função publicitária da marca de empresa no direito português*, Verbojurídico, 2009, p. 66.

⁴ V. argumentando esta orientação NOGUEIRA SERENS, *A Monopolização...ob. cit.*, p. 1185: “...o público em presença de uma marca, independentemente do modo como fosse composta ou da maneira como fosse utilizada, poder acreditar na constância da origem dos produtos que essa marca contradistinguia ou, por outras palavras, poder acreditar que havendo igualdade entre as marcas que assinalavam produtos merceologicamente iguais, a origem ou proveniência (empresarialmente falando) de tais produtos, conquanto fosse dele (do público) desconhecida, seria sempre a mesma, ou melhor, única”; v. tb a nota 2365 deste mesmo autor. V. neste sentido VANZETTI, *Funzione e Natura Giuridica del Marchio*, RDI, p. 16.

⁵ V. Desenvolvidamente sobre o significado da função distintiva, NOGUEIRA SERENS, *A monopolização...ob. cit.*, pp. 1179 e ss.

⁶ Sobre as diferentes orientações doutrinárias atinentes ao significado da função distintiva v. desenvolvidamente NOGUEIRA SERENS, *A Monopolização...ob. cit.*, nota 2356, pp. 1186-1188

⁷ V. detalhadamente a discussão sobre a dualista concretização da função distintiva da marca em HUGO LANÇA SILVA, *Função publicitária...ob. cit.*, pp. 65-83, COUTINHO DE ABREU, *Curso...ob. cit.*, (9ª ed) pp. 361-362.

⁸ V. neste sentido FERRER CORREIA, *Lições de Direito Comercial*, Coimbra, 1973, p. 179.

⁹ V. AA.VV. *Direito Industrial*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2010, p. 82, FERNANDES NÓVOA, *Las funciones de la Marca*, ADI, 1978, p. 37.

propriedade de uma sociedade é usada por outras, a esta ligadas, mas, juridicamente autónomas. Em reação a esta crítica, os defensores do significado dualista da função distintiva argumentaram no sentido de que a existência de uma autonomia jurídica entre a entidade que regista a marca e aquela que a utiliza deve ser desvalorizada, porquanto é manifesta a unidade económica destas, que fará supor uma coerência organizativa e diretiva, mantendo inalterada a visão tradicional da indicação de origem das marcas.

Por seu turno, GALGANO, na senda do significado monista ou unitário da função distintiva da marca, sustenta que o sistema integrado de produção faz perder relevância a identidade do empresário que materialmente produz os produtos e ganha relevo aquele que dá as instruções sobre a forma de produzir ou que exerce o controlo sobre a qualidade dos produtos¹⁰. Ainda a propósito da marca de grupo, GALGANO reforça o seu argumento dizendo que: “nenhum consumidor se sentirá enganado se descobrir que o produto sobre o qual foi aposta uma marca conhecida, não provém da empresa titular da marca, mas de uma sociedade que esta controla ou por uma sociedade controlada por uma holding comum”¹¹.

Os opositores da concretização da função distintiva em duas vertentes (distinção de produtos e das respetivas fontes produtivas) argumentam ainda que a marca não indica a fonte produtiva, se se considerar a possibilidade de transmissão autónoma da marca, isto é, sem o estabelecimento, supondo que ao se proceder a transmissão autónoma da marca, a desvinculação que ocorre em relação a sua anterior titular faz com que a sua proveniência não seja conhecida. De acordo com o artigo 21º do Código da Propriedade Industrial de Moçambique - CPI(M), há na nossa ordem jurídica admissibilidade de transmissão autónoma da marca. Ora, o argumento da não indicação de origem empresarial da marca através da transmissão autónoma tem sido rebatido com o pensamento segundo o qual, apesar da desvinculação da marca ao anterior titular, esta passará a identificar a sua nova origem empresarial, isto é, a sua nova proveniência.

Igualmente se erguem críticas à função de indicação de proveniência empresarial das marcas, resultantes da possibilidade da existência de licença de exploração de marcas¹², prevista no artigo 141º do CPI(M). A não aceitação da função de origem com base no argumento das licenças é segundo NOGUEIRA SERENS, retrógrada, visto que se alicerça no quadro da função de “origem nominada”, segundo esta conceção, era “aberrante, para dizer o menos, que uma marca pudesse ser usada por outrem que não o seu titular – a titularidade que era uma repudiava o uso prurimo, (...), a função de origem nominada, que permitia que as marcas de fantasia não fossem deixadas sem proteção, era mais dúctil, relativamente, ao princípio da indissociabilidade da titularidade da marca e do seu uso (...)”¹³.

¹⁰ V. FRANCESCO GALGANO, *IL marchio nei sistemi produttivi integrati: sub-forniture, gruppi di società, licenze, merchandising, Contratto e impresa*, 1987, Cedam, Padova, p. 174.

¹¹ V. FRANCESCO GALGANO, *IL marchio...ob. cit.*, p. 192.

¹² Sobre a história da licença de marcas, v. por todos, desenvolvidamente NOGUEIRA SERENS, *A Monopolização*, nota 2358, pp. 1193-1200.

¹³ Cfr. NOGUEIRA SERENS, *A Monopolização...ob. cit.*, p. 1192.

Uma outra censura frequente à validade da função de proveniência relaciona-se com as dificuldades em conciliar esta função com as hodiernas técnicas de produção industrial, com base nas quais é recorrente uma cisão entre as empresas proprietárias das marcas e as encarregues da produção dos seus produtos. As empresas proprietárias das marcas limitam-se a gerir o circuito de distribuição e a exercer um controlo sobre a qualidade dos produtos¹⁴.

Outra reflexão crítica à luz da função indicadora de origem é feita em relação a marca de prestígio, que segundo os contestatários, com este tipo de marca cuja proteção é ultramerceológica, se protege a capacidade sugestiva e não a função distintiva.

Por forma a neutralizar todas as críticas expostas contra a função indicadora de proveniência, tem sido feito o redimensionamento da função distintiva, passando a ser entendida num contexto mais amplo. Defende-se a este propósito que a função distintiva da marca significa que os produtos provêm de uma empresa que mantém com a empresa originária relações de natureza contratual ou económica. Desta forma, a noção de procedência empresarial significa a existência de identidade entre a produção própria do titular da marca e de terceiros a quem este esteja contratualmente ligado¹⁵.

Segundo COUTO GONÇALVES¹⁶, "Foi VANZETTI quem, de uma forma irredutível, colocou o problema do significado da função distintiva nos seguintes termos: "a marca só pode distinguir por duas (e só por duas) formas: a primeira, seria garantir diretamente a presença constante das mesmas qualidades em cada unidade de produtos marcados e, a segunda seria garantir indiretamente essa presença, assegurando a proveniência constante de cada produto marcado de uma mesma fonte de origem". Assim, atribui-se a este conceituado e incontornável autor do direito de marcas, o pioneirismo da elaboração teórica do significado da função distintiva da marca e outras funções jurídicas.

No entanto, NOGUEIRA SERENS¹⁷ afirma que: "O grande mérito de VANZETTI, ao contrário do que comumente se julga, não reside na autoria da "teoria das funções das marcas"- muito antes dele (e, como é óbvio, não sabemos se foi o primeiro), já F. FALB, *Die Ubertragung*, 39-64, a havia exposto. O que todos devemos ao conceituado autor italiano é, sim, a distinção, que depois se tornou óbvia, entre as funções económicas (âmbito ontológico) e as funções jurídicas da marca (âmbito normativo), seguida da advertência de que a existência das primeiras, conquanto não pudessem ser ignoradas pelo legislador, não o vinculava a transformar todas essas funções em funções jurídicas".

Não obstante as divergentes posições relativas ao significado da função distintiva expostas *supra*, de acordo com a maioria das legislações em matéria de marca, percebe-se que ainda é predominante a ideia de que a função primeira e essencial da marca é a de distinguir produtos ou serviços de uma empresa, dos produtos ou serviços de outras empresas. Assim,

¹⁴ De acordo com esta maneira de pensar, as fábricas são instaladas em países subdesenvolvidos, com baixos custos de produção, nomeadamente ao nível da mão-de-obra, a cargo de subcontratados ou de licenciados. V. HUGO LANÇA SILVA, *A Função publicitária...ob. cit.*, p. 71.

¹⁵ V. NOGUEIRA SERENS, *A Vulgarização...ob. cit.*, pp. 14-15.

¹⁶ *Manual...ob. cit.*, p. 185.

¹⁷ *A Monopolização...ob. cit.*, p. 1248, última nota, 2452.

segundo esta conceção, a função distintiva das marcas equivale a uma função jurídica de indicação da origem dos produtos.

É por essa razão que para FERNANDEZ-NÓVOA¹⁸, não há dúvidas que a função primeira da marca, aquela que sobressai imediata e diretamente, é a função indicadora de proveniência dos produtos ou serviços: ao contemplar uma marca aposta num determinado produto ou a indicar certo serviço, o comprador interioriza, logicamente, que todos os bens daquela classe que utilizam aquela marca apresentam iguais características. Posteriormente, o consumidor é instado a considerar que todos os produtos ou serviços com a mesma marca emanam da mesma empresa.

A função indicadora de origem dos produtos ou serviços, encontrava acomodação no CPI(M), revogado (Decreto 4/2006 de 12 de Abril), nomeadamente na alínea f) do artigo 1º cujo teor era o seguinte: “Marca de produtos e serviços: o sinal distintivo manifestamente visível e ou audível suscetível de representação gráfica, permitindo distinguir produtos ou serviços de uma empresa dos produtos e serviços de outra empresa (...)”. Segundo esta norma a marca ao distinguir os produtos e serviços, distinguia também a respetiva empresa, isto é, a fonte produtiva; é nisto que se concretizava a função distintiva da marca no passado direito de marcas moçambicano. Inversamente, como se verá no ponto 3 *infra*, o atual CPI(M) toma sobre esta matéria uma posição diferente (monista-redutora da tradicional função distintiva) e que parece ser mais ajustada ao atual cenário quase ingovernável no que diz respeito ao conhecimento da titularidade das marcas.

1.2. Função de garantia ou de qualidade

A função distintiva, tida como a principal função jurídica das marcas, tem vindo a perder a sua hegemonia ao dar, ela mesma, origem a outras funções como é o caso da função de garantia ou de qualidade ou de confiança¹⁹.

O titular da marca, ao assinalar os produtos ou serviços que oferece, procura, através deste procedimento, dialogar com os consumidores que conhecerão, face aos demais concorrentes, o que de especial tem o seu produto ou serviço em relação a outros produtos ou serviços. Tal diálogo pode acontecer através de uma marca que é constituída por elementos que identificam a empresa de onde ela é proveniente (origem nominada) ou através de uma marca não constituída por quaisquer elementos que permitam identificar a empresa de origem (origem anónima)²⁰.

Ainda que o titular da marca não seja revelado ou conhecido através do seu sinal é como se ele estivesse presente diante dos que apreciam a qualidade do seu produto ou serviço no

¹⁸ *Tratado sobre Derecho de Marcas*, Marcial Pons, Madrid, 2001, p. 61.

¹⁹ V. NOGUEIRA SERENS, *A Monopolização...ob. cit.*, p. 1188 e ss.

²⁰ NOGUEIRA SERENS, *A Monopolização...ob. cit.*, pp. 1188 e ss., mostra como a origem nominada contribuiu para o surgimento da função de garantia.

momento da sua aquisição. Os que normalmente adquirem os produtos ou serviços com certa marca fazem-no cientes de que a qualidade dos mesmos será sempre a mesma, por isso as suas expectativas em relação ao produto ou serviço marcado não serão defraudadas pela confiança desenvolvida nas aquisições e experiências de consumos anteriores²¹.

Mesmo que o empresário titular da almejada marca esteja distante, por intermédio do sinal que contradistingue os seus produtos e serviços, é como se ele estivesse face a face com o público que tem optado pela aquisição dos produtos e serviços assinalados com a sua marca. O público que habitualmente adquire os produtos ou serviços marcados por aquele sinal, supõe terem a mesma qualidade todos os produtos em que a mesma marca é aposta. Neste sentido, sendo a mesma fonte produtiva, fica garantida a constância de qualidade dos produtos ou serviços²², embora não seja o titular da marca impedido de alterar a qualidade dos produtos ou serviços introduzindo melhorias²³.

Além da fundamentação sócio - económica da função de garantia ou de qualidade até aqui apresentada, encontramos na lei disposições que conferem juridicidade a função que estamos a examinar, é o que acontece nos casos das marcas de certificação, alínea k) do artigo 1º do CPI(M), garantem as características ou as qualidades particulares dos produtos ou serviços em são apostas.

Pode, igualmente, se encontrar a fundamentação legal desta função, na alínea c) do artigo 121º do CPI(M), que alude sobre o princípio da verdade, ao apresentar como um dos requisitos para a proteção da marca o não ser suscetível de induzir em erro o consumidor ou o público sobre os elementos característicos específicos do produto ou serviço a que a marca disser respeito, nomeadamente sobre a origem geográfica, a natureza ou as características dos produtos ou serviços em questão²⁴.

A marca mais não faz que comunicar ao público a qualidade dos respetivos produtos, emergindo como símbolo desta mesma qualidade - mas só dela-, como vantagem, é claro, para o seu titular²⁵.

Vê-se, assim na função de qualidade ou de garantia, o diálogo entre os consumidores e os titulares das marcas no que respeita aos interesses de cada parte ²⁶.

²¹ V. neste sentido NOGUEIRA SERENS, *A Monopolização...ob. cit.*, pp. 1189 e ss dissertando sobre o efeito que tinha a função de origem nominada sobre a função de garantia ou função de qualidade ou função de confiança. Assim se referiu : "(....) confiança (na pessoa humana ou jurídica - do titular da marca)- garantia de não desapontamento sobre a) -qualidade (dos respectivos produtos) a razão para o uso, frequentemente sinonimico, das expressões "função de qualidade", "função de garantia" e "função de confiança", p. 1189.

²² V. FERNANDEZ NÓVOA, *Tratado...ob. cit.*, p. 66.

²³ V. COUTO GONÇALVES, *Direito das Marcas*, 2ª Edição, Almedina, 2003, p. 25.

²⁴ Por todos v. COUTINHO DE ABREU, *Curso...ob. cit.*, (9ª ed), pp. 365-366.

²⁵ V. NOGUEIRA SERENS, *A Monopolização...ob. cit.*, p. 1202.

²⁶ V. FERNANDEZ NÓVOA, *Las funciones de la Marca*, ADI, 1978, p. 46, MANGINI, *Il marchio e gli altri segni distintive...ob. cit.*, p. 89.

1.3. Função atrativa ou de publicidade

Por função publicitária, quer-se antes referir o especial magnetismo que algumas marcas, por si ou por força de técnicas publicitárias, exercem sobre o consumidor²⁷. Quando a qualidade do produto gera boa fama nos círculos consumidores, faz nascer um efeito de publicidade da marca em causa. Essa publicidade é natural, ou seja, meramente informativa, na medida em que, através da marca em si, isto é, sem nenhuma força adicional, os consumidores conhecem a qualidade dos produtos ou serviços assinalados, devido a experiências de uso ou consumos anteriores²⁸. Quando a publicidade é pura ou meramente informativa, não acrescenta valor à marca, neste caso, o produto, por si só, é que qualifica a marca.

Ao se falar de função de publicidade ou função sugestiva, normalmente não se tem tomado em linha de conta a publicidade informativa da marca em si mesma, tal como nos referimos no parágrafo anterior. Trata-se sim da publicidade sugestiva²⁹.

No entanto, houveram autores que, desde cedo, defenderam a possibilidade de a marca por si só, independentemente da qualidade dos produtos que assinalam possuírem uma força atrativa autónoma³⁰. Como expoentes máximos dessa orientação, tem sido apontados os juristas norte-americano FRANK I SCHECHTER e alemão HERMAN ISAY, a quem se atribuem o mérito da teoria da força atrativa autónoma da marca³¹. No Direito norte-americano, o contributo de SCHECHTER consistiu em sustentar que a marca não é apenas um símbolo do *goodwill* de uma empresa, mas de *per si*, é um mecanismo suscetível de constituir e garantir o aviamento da empresa, sendo que o valor da marca relaciona-se com a sua capacidade de venda. Por seu turno, na Europa, ISAY defendeu que existem três funções jurídicas de igual dimensão e importância. Refere o autor: a) função indicadora de proveniência; b) função de garantia de qualidade; c) função publicitária.

Sobre a última função, ISAY sustenta que a marca é um bem jurídico independente (possui intrinsecamente o potencial publicitário), devendo por isso reconhecer-se-lhe um valor jurídico autónomo³².

De acordo com os autores defensores da força atrativa autónoma da marca, algumas vezes o magnetismo da marca baseia-se na excelência dos produtos ou serviços que assinala; outras vezes, assenta no sinal distintivo em si mesmo, na sua especial potencialidade para atrair o

²⁷ V. COUTO GONÇALVES, *Manual...ob. cit.*, p. 193.

²⁸ V. NOGUEIRA SERENS, *A Monopolização...ob. cit.*, p. 1202.

²⁹ Nogueira Serens, *A Monopolização...ob. cit.*, p. 1239, faz uma dicotomia entre publicidade informativa, que corresponde ao sentido próprio da expressão e publicidade sugestiva ou persuasiva, aquela que é feita através dos meios de comunicação social, *máxime* a televisão.

³⁰ A ideia de força atractiva autónoma da marca foi inicialmente apresentada por FRANK I SCHECHTER e delucidada por HERMAN ISAY, v. NOGUEIRA SERENS, *A Monopolização...ob. cit.*, p. 1202.

³¹ V. NOGUEIRA SERENS, *A Monopolização...ob. cit.*, pp. 1202 e ss, apresenta desenvolvidamente as possíveis causas que, segundo ISAY, criam a força atractiva autónoma, v. p. 1203.

³² V. HUGO LANÇA SILVA, *Função...ob. cit.*, p. 102, nota 307.

consumidor; outras vezes, a capacidade atrativa encontra sustentação na associação da marca a pessoas, personagens, símbolos famosos³³.

O empresário atualmente não se cinge na referida força atrativa autónoma, o mesmo é dizer, não fica à espera que a marca por si só promova os respetivos produtos ou serviços que assinala, uma vez que a concorrência se mostra cada vez mais forte, na medida em que aumenta exponencialmente a oferta de produtos e serviços suscetíveis de proporcionar idêntica satisfação das necessidades do público consumidor a preços competitivos. Atento a esta situação, o empresário viu-se forçado a encontrar (além da mera distinção com a marca) uma nova técnicas de diferenciação dos seus produtos e serviços face aos produtos e serviços dos seus concorrentes por forma a aumentar o volume de vendas.³⁴; essa técnica é a publicidade sugestiva. Com esta técnica, pretende-se através de elaborados meios de persuasão psicológica: a) divulgar massivamente a marca, b) enaltecer as qualidades e vantagens da marca, c) neutralizar as marcas dos concorrentes diretos, d) afirmar o poder económico do titular da marca publicitada.

A função publicitária, como função socio-económica da marca, foi acolhida na doutrina com passividade mas o mesmo não tem acontecido no campo jurídico. Sempre houve forte oposição à proteção jurídica da função publicitária. As principais críticas a essa proteção situavam-se a três níveis: por um lado, que ela representaria um fator de desigualdade entre os concorrentes; por outro, prejudicaria a liberdade de escolha dos consumidores baseados em fatores racionais; e, por último, colocaria problemas graves à subsistência do direito de marcas pela aproximação do regime da marca, enquanto sinal autónomo e sugestivo, às obras intelectuais.

Atualmente, o que se tem discutido não é o facto da função publicitária ser considerada como legalmente tutelada, mas á autónoma ou não da sua fundamentação jurídica. Uns defendem a fundamentação autónoma desta função, outros argumentam que a função publicitária deriva da função distintiva ou seja, que não é uma função autónoma. Os defensores da ideia de que a marca exerce uma função publicitária autónoma, recorrem frequentemente aos fundamentos legais da proteção da marca de prestígio³⁵. Com a proteção deste tipo de marca, pretende-se tutelar o seu poder atrativo ou sugestivo, grosso modo adquiridos através de massivas campanhas publicitárias; referimo-nos á publicidade sugestiva, e não, meramente, á informativa.

³³ Nestes aspectos se baseavam os fundamentos de ISAY para justificar a razão da força atractiva autónoma da marca, v. NOGUEIRA SERENS, *A Monopolização...ob. cit.*, pp. 1203 e ss.

³⁴ Neste sentido, escreveu NOGUEIRA SERENS, *A Monopolização...ob. cit.*, pp. 1238-1239, "Essa insuficiência da marca para determinar a escolha dos produtos, que está associada ao carácter oligopolista dos mercados- os "sindicatos industriais", não obstante disporem de um elevado poder de mercado, enfrentavam a concorrência dos *outsiders*, estando sujeitos, outrossim, à concorrência potencial, e, nessa medida, constituíram, digamos, os precursores dos mercados desse tipo-, irá ser suprida pelo recurso à *publicidade* que assim voltava a ser encarada como meio de concorrência: falamos, é claro, não já na publicidade informativa, que se traduziria no esforço de divulgação, não importa porque meio, da existência de múltiplos produtos com diferente proveniência empresarial aptos a satisfazer uma determinada necessidade do público (dos consumidores), apontando-lhes as respectivas características/qualidades merceológicas, numa palavra, não falamos da publicidade cujo objectivo fosse apenas o de informar o público (dos consumidores) sobre as várias possibilidades de escolha que o mercado lhe oferecia, falamos, sim, da publicidade dita sugestiva ou persuasiva".

³⁵ V. neste sentido COUTINHO DE ABREU, *Curso...ob. cit* (9ª ed), pp. 363-364.

Há em relação a esta forma de aquisição de força atrativa o entendimento crítico de que são os titulares das grandes empresas-proprietárias das grandes marcas-que têm o poder financeiro à altura de suportar avultados investimentos em campanhas publicitárias de modo a promover as suas marcas, criando assim uma *desigualização* das marcas; passando por isso a existir dois tipos de marcas (fracas e fortes) ou marcas comuns normalmente tuteladas no âmbito do regime jurídico geral e marcas de prestígio (que gozam de uma proteção especial ou à margem de regras comuns). Dizem os críticos que é pela diferenciação do poder económico das empresas que as marcas já não são naturalmente (fortes), capazes de se autopromoverem, mas que passam a ter a dita capacidade autopromocional, depois de todo um investimento em publicidade sugestiva para alcançar tal finalidade³⁶.

Na Alemanha, a função publicitária ou sugestiva veio quebrar a tradicional regra da função distintiva que governava as marcas. Esta função passou também a gozar de uma proteção autónoma à luz da alínea 1 do parágrafo 823 do BGB³⁷.

A perspetiva alemã de tutela autónoma da função publicitária ou sugestiva parece ser a mais acertada porque “abrangente”, e uma vez que a mesma pode ser invocada pelo titular da marca independentemente de estar em causa uma marca célebre, bastando que haja potencial prejuízo da capacidade publicitária da marca, qualquer marca, diga-se³⁸.

PAUL DEMARET³⁹, em 1972, dizia que a utilização de uma marca constitui em si mesma uma publicidade, porquanto ela chama a atenção do público para um produto. A marca recordará o produto aos consumidores e constituirá uma recomendação para aqueles que tenham ficado satisfeitos. No entanto, este efeito de publicidade é uma consequência da função da indicação de proveniência. O mesmo autor, porém, já ressalva certas situações em que a marca desempenha uma função publicitária sem que tal se relacione com a indicação da procedência, nomeadamente quando se trate de um sinal com um poder atrativo ou sugestivo próprio ou provocado pela promoção feita em seu redor. Quando a tutela legal da marca assuma esta extensão, não será já dirigida à função de indicação da fonte empresarial, mas sim e especificamente àquela função publicitária. É justamente isso que se verifica com a proteção concedida às denominadas “marcas de prestígio”, contra o seu uso por terceiros em produtos inteiramente distintos, com o objetivo de impedir a erosão ou diluição dessas marcas. O que há a salvaguardar, neste âmbito, não é tanto a indicação de proveniência – pois pode mesmo não existir qualquer risco de confusão entre os produtos – mas sim, e primordialmente, o valor comercial da marca ou seu poder de atrair o público, mercê do prestígio que gozam os produtos em questão.

Apresentados que foram os aspetos que dominam o debate relativo a função publicitária, parece ser inquestionável a tutela jurídica desta função. Se a tutela é ou não autónoma,

³⁶ V. NOGUEIRA SERENS, *A Vulgarização...ob. cit.*, pp. 123 e ss.

³⁷ V. *Idem*, *A Vulgarização...ob. cit.*, pp. 130-132.

³⁸ V. *Idem*, *A "Vulgarização"...ob. cit.*, p. 131.

³⁹ V. PEDRO SOUSA E SILVA, *Direito...ob. cit.*, pp. 146-147.

pouco ou quase nada releva, uma vez que qualquer marca seja ela ou não de prestígio tem um potencial poder publicitário.

Contrariamente ao que se passa nos estudos das funções socio-económicas⁴⁰ da marca que tem sido geralmente pacífico, com as funções jurídicas não tem havido entendimento uniforme entre os autores como se revela entre outros no estudo desenvolvido por AMÉRICO DA SILVA CARVALHO^{41 42}.

De um modo geral, são evidentes as diferenças de entendimento entre os autores sobre as funções jurídicas das marcas. Apesar disso, e entre outros, excetuando AMÉRICO DA SILVA CARVALHO que parece ter formulado um pensamento inovador, na medida em que entende que a função publicitária está próxima de ser a principal função da marca.

Contudo, a função distintiva é por todos reconhecida como a principal função da marca. Porém, uns como PINTO COELHO, NOGUEIRA SERENS e ADRIANO VANZETTI, assumem um entendimento dualista, o mesmo é dizer, alargado desta função (no sentido de que a marca distingue os produtos e serviços e indica a origem empresarial dos produtos e serviços, outros, com destaque para FRANCISCHELLI, FERRER CORREIA, OLIVEIRA ASCENÇÃO E COUTINHO DE ABREU mais ou menos próximos um do outro, propõem uma perceção redutora da função distintiva no sentido de se entender que a marca ao ser registada (tutelada pelo direito), visa proteger a função distintiva da marca em si mesma. Assim deve, segundo estes autores, entender-se que a marca essencialmente distingue produtos ou serviços e nada mais do que isto.

2. Indústria versus comércio: uma nova correlação de forças com a marca como protagonista

A atual situação de uso das marcas tanto pelos comerciantes como pelos industriais, suscita questões sobre como interpretar as funções das marcas, especialmente a função de indicação de origem dos produtos largamente entendida pela doutrina tradicional como sendo o significado da função distintiva.

A emancipação dos consumidores promovida pelas mudanças socioeconómicas a nível mundial, faz com que estes deixem de considerar uma única variável no ato de aquisição de determinado produto ou serviço. As variáveis-preço, qualidade-passam também a ser tomadas em conta pelos consumidores.

⁴⁰ Cfr. sobre as funções socio-económicas, desenvolvidamente NOGUEIRA SERENS, *A Monopolização da Concorrência e a (Re-) Emergência da Tutela da Marca*, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 1179 e ss; v. tb., abordagem sucinta e igualmente proveitosa em PEDRO SOUSA E SILVA, *Direito Industrial*, Coimbra Editora, 2011 pp. 141.

⁴¹ V. sistematizadas as distintas posições de autores portugueses, italianos e espanhóis sobre as funções jurídicas das marcas, AMÉRICO DA SILVA CARVALHO, *Direito de Marcas*, Coimbra Editora, 2004, pp. 105-108.

⁴² Cfr. a abundante indicação bibliográfica sobre as funções das marcas (de autores alemães, italianos, espanhóis, portugueses...), apresentada por NOGUEIRA SERENS, *A Vulgarização da Marca na Diretiva 89/104/CEE, de 21 de Dezembro de 1988 (id este, no Direito Futuro)*, Coimbra 1995, pp. 7-8.

A origem empresarial dos produtos ou serviços não é o que mais interessa ao consumidor mas a qualidade e o preço.

Assim, os comerciantes, aproveitando-se desta nova realidade dos consumidores, passaram através de “marcas próprias” a apresentar-lhes alternativas de produtos segundo as variáveis tomadas atualmente em consideração pelos consumidores.

Além disso, a sindicalização dos comerciantes promoveu o chamado *Privat Label* de tal sorte que os consumidores passaram a ter à sua disposição não só as marcas das indústrias, tradicionais fabricantes ou produtores, como também as marcas dos próprios comerciantes (marcas próprias também se chamam). Há neste sentido atualmente uma verdadeira correlação de forças entre os industriais e comerciantes no que diz respeito ao uso que fazem das marcas.

Vê-se, deste modo, que o complexo circuito de produção e distribuição de produtos faz com que o consumidor não seja de um modo geral capaz de conhecer a verdadeira procedência dos produtos marcados.

Face as emergentes marcas dos distribuidores que partilham espaços e público interessado com as marcas dos industriais concorrendo ambas para o mesmo público consumidor nos atuais mercados, sendo os produtos assinalados, quer com as marcas dos industriais (fabricantes), quer com as marcas próprias dos comerciantes (distribuidores), e por conseguinte diversificada a origem empresarial das atuais marcas, não será de se repensar na função de indicação de origem ou proveniência empresarial dos produtos havida tradicionalmente como o significado da função distintiva?⁴³

3. Alargamento ou redução do significado da função distintiva?

Dissemos que os autores se socorrem das leis de marca dos respetivos países para sustentar as funções das marcas, especialmente o fundamento da função distintiva que é o âmbito do presente estudo. Postos que foram alguns aspetos doutrinários, importa agora, igualmente analisar a questão na perspetiva legal.

De acordo com o artigo 3º da Diretiva de Marca da União Europeia (Diretiva (EU) 2015/2436 do Parlamento Europeu e do Conselho de 16 de Dezembro de 2015):

“Podem constituir marca todos os sinais, nomeadamente palavras, incluindo nomes de pessoas, ou desenhos, letras, números, cores, a forma ou da embalagem do produto ou sons, na condição de que tais sinais:

⁴³ Sobre esta matéria, v. por todos NOGUEIRA SERENS, *A Monopolização da Concorrência e a (Re-) Emergência da Tutela da Marca*, Almedina, 2007, pp. 1176-1177; CRESPO DE CARVALHO E SUSANA MARQUES DE CUNHA, *Marcas do Distribuidor em Portugal*, Coleção Distribuição hoje, 1998, Lisboa; MARCOS SOUZA E ARTUR NUMMER, *Marca & Distribuição*, McGraw-Hill, São Paulo, 1993; FREIRE CASTELO, *Os antecedentes e as dimensões do brand equity: uma comparação entre marcas de vestuário de fabricantes e de loja da cidade de Fortaleza*, FEUC, Coimbra, 2011; SILVIA RODRIGUES CARVALHO, *A Importância da marca do distribuidor no mercado dos eletrodomésticos*, Instituto Universitário de Lisboa, 2010.

a) *Sirvam para distinguir os produtos ou serviços de uma empresa dos de outra empresa;...*"

Por seu turno o CPIM (Código da Propriedade Industrial de Moçambique) aprovado pelo Decreto 47/2015 de 31 de Dezembro, al. f) do artigo 1º estabelece o seguinte: *Marca: Sinal distintivo manifestamente visível, audível ou olfativo, suscetível de representação gráfica, que permite distinguir produtos ou serviços de uma determinada entidade, dos produtos e serviços de outra entidade, composto, nomeadamente, por palavras, incluindo nomes de pessoas, desenhos, letras, números, forma do produto ou da respetiva embalagem*".

Cotejando as duas normas, percebe-se que a europeia mantém-se na tradicional orientação dualista-alargadora da função distintiva, a que liga a marca à empresa - origem empresarial dos produtos ou serviços. Ao passo que a norma moçambicana, rompeu a tradicional ligação da marca à empresa ao se referir que as marcas distinguem produtos e serviços de "uma entidade dos produtos ou serviços de outra entidade". Isto é certo porque a titularidade das marcas, há muito tempo (já no início do século XX) deixou de ser apenas das empresas.

Neste sentido, COUTINHO DE ABREU posicionou-se nos seguintes termos: "... os bens assinalados por uma determinada marca não têm de ser "de uma empresa" (embora o sejam as mais das vezes); (...) podem ser produtos de não empresa"⁴⁴. Aliás, neste sentido, já o pioneiro autor português em matéria de marcas PINTO COELHO⁴⁵ dissertara sobre esta

⁴⁴ *Curso...ob. cit.*, pp. 343, 354.

⁴⁵ *Marcas Comerciais e Industriais*, Ed. Portugal - Brasil, 1922, pp. 10-12." "O uso de uma marca deixa, com efeito, de ser restrito ao comerciante ou industrial, passando a utilizá-la todos aqueles, quer pessoas singulares ou coletivas, sociedades, sindicatos ou coletividades de qualquer natureza, de carácter público ou particular, têm interesse em imprimir a determinados objetos que circulam no mercado económico o sinal da sua propriedade ou da sua atividade de qualquer espécie, em relação a eles, exercida, já indicando que esses objetos são por eles fabricados, já revelando apenas que por eles são apresentados no mercado, acreditados ou recomendados, divulgados, etc. Não apenas os comerciantes ou industriais, sob a forma singular ou coletiva, isto é, não só, das organizações ou coletividades referidas, as que apresentam carácter mercantil, sob a forma de empresas ou estabelecimentos comerciais fabris ou industriais, utilizam as marcas no tráfico hodierno, visto que as próprias organizações operárias são facultados no moderno direito os benefícios resultantes da sua adoção, bem como ainda a certas entidades de carácter público, como as municipalidades, as deputações provinciais. E assim, não apenas como indicativo do comércio ou da produção industrial é hoje empregada a marca, sendo também usada para indicar outras operações diversas, como a escolha, verificação, condições de fabricação, etc., das mercadorias. Assim é que determinadamente na lei da Federação australiana de 21 de Dezembro de 1905 pode a marca servir para designar o produto singular dum simples operário ou duma associação de operários; que na lei norte-americana se permite aos sindicatos operários de produção a adoção de uma marca coletiva, como meio de propaganda e reclame; que do mesmo modo a lei japonesa de 29 de Março de 1899 reconhece aos sindicatos profissionais o direito ao uso exclusivo de qualquer sinal distintivo como marca privativa, e que igualmente a lei espanhola de 16 de Março de 1902 autoriza a usar de marcas coletivas os sindicatos, as coletividades não comerciais, para distinguir os produtos do trabalho de todos os membros do grupo, os conselhos municipais, para os produtos da área da comuna, as deputações provinciais, e os particulares, para distinguir certos produtos de localidades ou regiões determinadas, reconhecendo ainda o regulamento brasileiro de 10 de Janeiro de 1905, para a execução da lei sobre marcas de fábrica e de comércio de 14 de Setembro de 1904, o direito a uso exclusivo duma marca, além dos sindicatos profissionais, às coletividades que não constituem um sindicato. E a lei inglesa de 11 de Agosto de 1905, que começou a vigorar em 1 de Abril de 1906 (diploma que representa a fase mais avançada da evolução do instituto das marcas) expressamente considera como marca todo e qualquer sinal aposto ou destinado a quaisquer mercadorias, ou com estas relacionado no intuito de indicar que elas proveem do titular ou proprietário da marca, por serem por ele fabricadas ou produzidas, escolhidas, garantidas, negociadas (dealingwith) ou postas à venda. Não só, pois, pelo lado subjetivo, atendendo, isto é, aqueles que empregam as marcas, visto que não apenas pelos comerciantes e indústrias, mas por diferentes entidades de mais diversa natureza são hoje usadas, como ainda pelo lado objetivo, pois não designam apenas a proveniência quanto à produção e venda, mas diferentes outras manifestações de atividade, sofreu a categoria económica da marca de fábrica ou marca industrial e marca de comércio não se adaptam já hoje à verdadeira função deste instituto, não esgotando o seu real conceito objetivo nos seus múltiplos aspetos, não abrangendo todas as suas aplicações. Enquanto um grande número de legislações, pois reclamando já neste ponto importantes reformas, pressupõem ainda a ideia da marca como sinal indicativo dos produtos duma indústria, dos objetos de um comércio, as legislações positivas dos Estados mais adiantados apresentam-nos já a marca como facto e elemento do tráfico em geral, ampliando

matéria e defendera na perspetiva da marca ser usada por diferentes entidades e não apenas pelos empresários.

O legislador moçambicano ao adotar a formulação legal segundo a qual a marca distingue produtos e serviços de uma entidade dos produtos e serviços de outra entidade, certamente abandonou a tradicional ideia da necessária ligação da marca a empresa - fonte de proveniência de produtos e serviços. Assim, segundo a mente do legislador, a marca distingue produtos e serviços de uma entidade e não produtos e serviços de uma empresa dos de outra empresa. Logo, a marca distingue apenas produtos e serviços que naturalmente são da titularidade de certa pessoa (entidade).

Embora, como se viu, certos ordenamentos jurídicos continuem a atrelar a função distintiva da marca não só a distinção "per si" de produtos e serviços, mas também a indicação da origem empresarial desses produtos ou serviços, há cada vez menos argumentos para se continuar neste posicionamento legal e doutrinário, uma vez que as marcas já não distinguem apenas produtos e serviços de origem empresarial mas de variadas entidades, o mesmo é dizer - fontes produtivas e não produtivas, singulares ou coletivas, tais como socio-económicas, políticas, culturais, religiosas, intelectuais.

Todavia, não há como negar que é das empresas que provêm o grosso número de marcas de produtos e serviços submetidas ao registo através das diferentes vias. Possivelmente, este é o motivo que faz com que muitas legislações adotem a orientação segundo a qual a marca distingue os produtos e serviços de uma empresa dos produtos e serviços de outra empresa - a origem empresarial.

A correlação de forças que hoje se assiste no uso da marca, quer pelos comerciantes, quer pelos industriais, ofusca o conhecimento da verdadeira origem empresarial dos produtos ou serviços assinalados. Neste contexto, há situações em que o comerciante só é titular da marca mas o produto por essa marca contradistinguidos é produzido pelo industrial ou/ o próprio comerciante também produz e comercializa com a sua marca própria, quer os produtos por si produzidos quer os produzidos pelo industrial. Fica, deste modo, aos olhos do consumidor impercetível, a origem empresarial dos produtos⁴⁶.

Então, qual é o significado da função distintiva à luz do Direito? Com a função distintiva pretende-se proteger a exclusividade do sinal, independentemente do tipo, pertencente a uma pessoa que não é necessariamente empresa. A violação dessa exclusividade (traduzida na titularidade da marca) por terceiros, confere ao titular do direito ora reconhecido pelo registo, a possibilidade de lançar mãos dos meios legais para fazer cessar tal violação. Em última análise é a exclusividade da marca que está subjacente à função distintiva e não a origem empresarial. Não é, no entanto, de se desperdiçar outros valores (socio-económicos,

rasgadamente a esfera das suas aplicações transpondo os antigos limites, que ao comércio e indústria circunscreviam o seu campo de ação nos termos referidos".

⁴⁶ V. Neste sentido ADRIANO VANZETTI, *La funzione del marchio in un regime di libera cessione*, RDI, 1998, I, pp. 71-81.

psicológicos, informativos...) inerentes ao carácter distintivo da marca, mas estes não devem ser entendidos como estando enquadrados na tutela jurídica.

Há, assim, que assumir uma posição redutora do significado da função distintiva da marca.

Bibliografia

- ABREU, COUTINHO DE, *Curso de Direito Comercial*, vol I, 9ª Edições, Almedina, 2013.
- AA.VV. *Direito Industrial*, Vol. I, Coimbra, Almedina, 2010.
- ASCENSÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA, *Direito Comercial*, vol. II, *Direito Industrial*, ed. Polic, Lisboa, 1994.
- ASCENSÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA, "As Funções da Marca e os Descritores (Metatags) na Internet", in *Estudos de Direito do Consumidor*, Centro de Direito do Consumidor, 4, Coimbra, 2002, pp. 99-120.
- CASTELO, FREIRE, *Os antecedentes e as dimensões do brand equity: uma comparação entre marcas de vestuário de fabricantes e de loja da cidade de Fortaleza*, FEUC, Coimbra, 2011.
- CARVALHO, SÍLVIA RODRIGUES, *A Importância da marca do distribuidor no mercado dos eletrodomésticos*, Instituto Universitário de Lisboa, 2010.
- CARVALHO, AMÉRICO SILVA, *Direito de Marcas*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004.
- CARVALHO, J.M.CRESPO DE / DA CUNHA, SUSANA MARQUES, *Marcas do Distribuidor em Portugal*, Coleção distribuição hoje, 1ª Edição, Lisboa, 1998.
- CIONTI, FERDINANDO, *La Funzione del Marchio*, Giuffrè, Ed. Milano, 1988.
- CORREIA, Ferrer, *Lições de Direito Comercial*, Universidade de Coimbra, 1973.
- COELHO, José Gabriel Pinto - *Marcas Comerciais e Industriais*, Ed. Portugal-Brasil, Lisboa, 1922.
- FERNÁNDEZ NOVOA, *Fundamentos de Derecho de Marcas*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1984.
- FERNÁNDEZ NOVOA, "Las Funciones de la Marca", *ADI*, 5, 1978,33, pp. 35-39.
- FRANCISCHELLI, REMO, *Sui Marchi di Impresa*, 4.ª ed., Giuffrè Ed., Milano, 1988.
- GALGANO, FRANCESCO, "IL Marchio nei Sistemi Produttivi Integrati: Sub-Forniture, Gruppi di Società, Licenze, Merchandising", in *Contratto e Impresa*, Cedam, Padova, 1987, p. 173 ss.
- GONÇALVES, LUÍS COUTO, *Função Distintiva da Marca*, Almedina, 1999.
- GONÇALVES, LUÍS COUTO, *Manual de Direito Industrial*, Coimbra, Almedina, 2008.
- OLAVO, CARLOS, *Propriedade Industrial*, vol. I, Coimbra, Almedina, 2005.
- NUMMER, ARTUR / SOUZA MARCOS, *Marca & Distribuição*, McGraw-Hill, São Paulo, 1993.

SERENS, MANUEL NOGUEIRA, *A Monopolização da Concorrência e a (Re-) Emergência da Tutela da Marca*, Coimbra, Almedina, 2007.

SERENS, MANUEL NOGUEIRA, *A Vulgarização da Marca na Diretiva 89/104/CEE*, de 21 Dezembro de 1988 (*Id Est. no nosso Direito Futuro*), Universidade de Coimbra, 1995.

SILVA, HUGO DANIEL SILVA, *A Função publicitária da marca de empresa no direito português*, Verbojurídico, 2009.

SILVA, PEDRO SOUSA E, *Direito Industrial*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011.

VANZETTI, ADRIANO, "La funzione del marchio in un regime di libera cessione", *RDI*, 1998, I, pp. 71-81.

VANZETTI, ADRIANO, "Funzione e Natura Giuridica del Marchio", *RDC*, 1961, I, p. 16 ss.

(texto submetido a 4.07.2018 e aceite para publicação a 31.07.2018)