ANO 07 / VOL. 12 Nº 12
ABRIL / 17

BRANDTRENDS

JOURNAL OF
STRATEGIC
COMMUNICATION
AND BRANDING

Branding & Sociedade

B821

BrandTrends. -Vol. n0. 12 (2011)- . --Lajeado,RS:/
Observatório de Marcas, 2011-.

Bi-anual
ISSN 2237-8529

1. Comunicação estratégica 2. Branding 3. Marca
4. Marketing I. Título

CDU: 659:658

Ficha catalográfica elaborada por Maristela Hilgemann Mendel CRB-10/1459

Índice

EDITORIAL 04

ARTIGO: A ECONOMIA VERDE, O OCEANO E OS DIREITOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL
Autora: Cristina Maria de Gouveia Caldeira 06

ARTIGO: BOTTOM - UP BRANDING: DESAFÍOS DESDE UNA TERCERA ERA DEL MARKETING
Autor: Sebastian Goldsack Trebilcock 25

ARTIGO: MARCAS NÃO TRADICIONAIS1: DA CONSTRUÇÃO DE UM SIGNIFICADO AO RECONHECIMENTO, PROTEÇÃO JURÍDICA E POLÍTICAS PÚBLICAS DE INCENTIVO NO BRASIL
Autora: Thaís Carnieletto Müller 35

NORMAS DE PUBLICAÇÃO 62

EDITORIAL

BrandTrends Journal

Com o presente trabalho, apresentamos o décimo segundo volume de *BrandTrends Journal*, revista científica digital do Observatório de Marcas, dedicada à temática *Brand(ing)* e Sociedade. Em conformidade com o determinado desde o primeiro volume, esta é uma revista internacional, de publicação bianual, *peer-refereed*, mediada em língua portuguesa, inglesa, espanhola e francesa, aberta a colaboradores de todas as partes do mundo interessados na área da Comunicação Estratégica, *Business* e *Branding*.

A temática do presente volume remete-nos para a área abrangente de *Branding* e Sociedade, permitindo aos colaboradores incidirem a sua atenção na marca e as suas diferentes relações com a sociedade, quer como elemento constitutivo, construtivo, modificador da sociedade, quer como elemento condicionado, constrangido pela sociedade, quer ainda numa relação dialógica do binómio *Branding* e Sociedade. Realçamos ainda o amplo uso do termo marca, não apenas no que diz respeito ao referente de estudo (produto, serviço, empresa, grupo, país, pessoa, etc.), como também da área disciplinar de proveniência da atividade do estudo (Comunicação, Marketing, Gestão, Contabilidade, Semiótica, Linguística Aplicada, Cultura, Psicologia, Sociologia, *Design*, Direito, entre outras), possibilitando a divulgação de trabalhos inéditos que contribuam, numa perspetiva pluri e interdisciplinar, para melhor servir todos os intervenientes do processo – produtores, marcas, consumidores. Relativamente ao segundo termo da temática escolhida – Sociedade – é um termo abrangente. Tradicionalmente este termo é entendido como um grupo de pessoas que vivem num território e estão sujeitas a um sistema comum de autoridade política, e estão conscientes de terem uma identidade distinta de outros grupos. Contudo, acreditamos que o conceito é bastante mais complexo e no mundo em que vivemos o entendimento "atomista" de sociedade tem revelado, fundamentalmente na década de 1990 – dita da globalização, conter imprecisões, contradições e especificidades conflituantes, resultantes de um paradigma político neoliberal cujos procedimentos inscritos em processos globais têm tido implicações em aspetos da vida social, pessoal e local dos cidadãos. Deste modo, a abrangência da temática implica não apenas o objeto de estudo, a área disciplinar, a abordagem teórica, mas também o domínio de interesse das questões em análise, incluindo o bem comum e a natureza. Por outras palavras, não circunscrevermos esta questão apenas ao domínio empresarial, interessa estender esta preocupação ao domínio social, como intervenientes de um processo económico e social, pois todos nós, de uma forma ou de outra, estamos envolvidos nesse processo e, consequentemente, direta ou indiretamente, somos agentes produtores, mediadores ou consumidores de marcas. Por conseguinte, somos atores ou alvos da mediação. Entenda-se esta no sentido, onde quer que seja a parte em que o indivíduo viva, e seja qual for a atividade que tenha, a sua experiência é uma mistura complexa de experiência não mediada (interação face-a-face com o outro) com experiência mediada pela televisão, *internet*, publicidade, entre outros meios, em que as relações entre o local, nacional, internacional ou global são inevitavelmente redimensionadas.

BrandTrends Journal é mediado por este espaço *web*, que é o nosso, vai-se construindo com a contribuição de académicos, pesquisadores e profissionais, que trabalham em áreas que se intersetam no estudo da comunicação e

do *branding* criando, assim, uma comunidade de prática, que coexiste de forma real e virtual, dando corpo a transformações na organização espacial das relações, das ideias e das transações sociais, impulsionadas por dinâmicas sociais, que, aplicadas a contextos culturais específicos, determinam novos saberes e novas práticas.

Assim, neste contexto, temos trabalhos provenientes do Chile, Portugal e Brasil, enquadrados em áreas disciplinares como a Gestão/Administração e o Direito. As diferentes contribuições mostram pontos de partida diferenciados, escolhas teóricas e áreas disciplinares de interseção específicas, conducentes a instrumentos analíticos particulares de forma a mostrar a crescente paisagem intelectual e mostrar as preocupações com os dados escolhidos, mostrando as relações entre marca e vida social em espaços geográficos distintos, determinadas por práticas sociais glocalizadas.

O primeiro artigo "A Economia Verde, o Oceano e os Direitos de Propriedade Intelectual", de Cristina Maria de Gouveia Caldeira, aborda a crise ecológica, a biodiversidade e a conservação da natureza e a sua transição para a economia verde. De acordo com a autora, é nosso compromisso, e também das marcas, termos comportamentos ambientais responsáveis, pois o mesmo gera vantagens para o ambiente, para a sociedade no geral e para todas as instituições, criando oportunidades de desenvolvimento por meio da economia verde que gera emprego, permite reduzir a dependência energética do exterior e cria meios eficientes de fiscalização para quem polui mais.

O segundo artigo "Bottom-Up Branding: Desafíos desde una tercera era del marketing", de Sebastian Goldsack Trebilcock, apresenta a evolução do Marketing que, ao chegar na terceira era, reconhece a importância de situar as marcas em um contexto social, incorporando o conceito de cocriação como principal fenômeno e mudando a relação de controle que as empresas acreditavam ostentar. Assim, as decisões passam de impostas (*Top Down*) a culturais (*Bottom Up*). O autor apresenta alguns desafios para os integrantes do sistema social, pois a marcas passam a ser relatos de histórias nas quais os públicos participam ativamente, experimentando e expressando a vida social. A autenticidade e relevância da marca se dará na medida em que esta permite a cocriação de si mesma pelos públicos.

A sociedade tem mudado significativamente, mas nem sempre as leis acompanham essas mudanças. O terceiro artigo "Marcas não tradicionais: da construção de um significado ao reconhecimento, proteção jurídica e políticas públicas de incentivo no Brasil", de Thaís Carnieletto Müller, apresenta a urgência de reformulação da Proteção Marcária para atender as necessidades e demandas sociais. A marca é mais do que a identidade visual (logo), entretanto, no Brasil, a proteção limita-se aos signos visuais distintivos e, portanto, dissonante das práticas contemporâneas. E para a legislação estar atualizada e coerente é preciso mudar com novas propostas de políticas públicas para o sector.

Sem dúvidas, os três artigos colaboram para a nossa reflexão sobre a atuação da marca na sociedade, seus caminhos, suas preocupações e suas responsabilidades. Uma boa leitura a todos!

Antonio Hohlfeldt, Carminda Silvestre, Elizete de Azevedo Kreutz e Jean Zozzoli.

EQUIPE
Presidente do Observatório de Marcas:
Profa Dra Elizete de Azevedo Kreutz (UNIVATES/Brasil)
Diretor Científico Internacional:
Prof. Dr. Antonio Hohlfeldt (PUCRS/Brasil)
Editor Geral:
Prof. Dr. Jean Charles Zozzoli (UFAL/Brasil)
Diretora Editorial Observatório de Marcas:
Profa Dra Carminda Silvestre (Instituto Politécnico de Leiria, ESTG/ILTEC, Portugal)
Coordenação Geral :
Profa Dra Elizete Azevedo Kreutz
Capa, diagramação e *webdesign*:
Edgar Vieira de Azevedo

ARTIGO

A Economia Verde, o Oceano e os Direitos de Propriedade Intelectual

Cristina Maria de Gouveia Caldeira[1]

Resumo:
A Economia Verde, o Oceano e os Direitos de Propriedade Intelectual convidam a breves considerações sobre a crise ecológica, a biodiversidade e a conservação da natureza e a sua transição para a economia verde. O estudo deste conjunto de temas segue de perto a obra de Naomi Klein Tudo pode Mudar, capitalismo versus Clima e Sofia Guedes Vaz em Ambiente em Portugal. Os ecossistemas marinhos e a mobilização de Portugal em defesa do oceano e de um desenvolvimento azul sustentável antecedem a análise da inserção da propriedade intelectual nas negociações comerciais, sob tutela internacional, por ser tratar de problemáticas que deixaram de ser resolvidas pelos Estados individualmente. O elevado desenvolvimento da economia verde e a sua integração mundial impõem inovação e avanços tecnológicos à escala global. Esta transformação tem carácter transversal e um especial impacto nos direitos de propriedade intelectual, na medida em que a tutela internacional destes direitos, reforça o investimento em inovação e a transferência de conhecimento científico e tecnológico para o sector empresarial. Em particular, o aumento da produção científica orientada para economia verde promove a defesa dos direitos dos criadores e dos direitos industriais, condição necessária para que se continue a estimular os criadores e as empresas de base tecnológica e de alto valor acrescentado a promover a internacionalização do conhecimento, dos produtos e dos conceitos com originalidade e potencial de inovação.

Palavras-chave: *marcas; economia verde; crise ecológica; direitos de autor e industriais; tutela internacional.*

Abstract:
The Green Economy, the Ocean and Intellectual Property Rights invites us to a set of short comments on the ecological crisis, biodiversity and nature conservation and their transition to the green economy. The study of this set of themes follows close to Naomi Klein in This Changes Everything: Capitalism vs. The Climate and Sofia Guedes Vaz in Ambiente em Portugal (Environment in Portugal). The maritime ecosystems and Portugal's mobilization towards the ocean's defence and to the sustainable blue development precede the analysis of the insertion of intellectual property in trade negotiations, under international supervision, since it deals with problems that are no longer solved by individual states. The high development of the green economy and its global integration requires innovation and technological advances at a global scale. This transformation has a cross-cutting nature and a special impact on intellectual property rights, since the international tutelage of these rights reinforces the investment in innovation and the transfer of scientific and technologic knowledge to the business sector. In particular, the increase in scientific production oriented towards the green economy promotes the defense of the rights of creators and industrial rights, this being the necessary condition to stimulate creators and technology-based companies with high added value to promote the internationalization of knowledge of products and concepts with originality and innovative potential.

Keywords: brand; green economy; ecologic crisis; authorship and industrial rights; international tutelage

Résumé:
L´Economie Verte, L´Ocean et les Droits de la Propriété Intellectuelle nous invitent à de brefs commentaires sur la crise écologique, la biodiversité, et la conservation de la nature et leur transition vers l´économie verte. L´étude de ces thèmes se raproche de Naomi Klein dan son livre intitulé «Cela Change Tout, le capitalisme face au climat et de Sofia Guedes Vaz dans l´environnement au Portugal. Les écosystèmes maritimes et la mobilisation du Portugal pour la défense de l´océan et du développement bleu durable précède l´analyse de l´insertion de la propriété intellectuelle dans les négociations commerciales, sous la supervision internationale car il s'agit de problèmes qui ne sont plus résolus par les états individuellement. Le grand développement de l´économie verte et son integration globale requiert une innovation et des avances technologiques à l´échelle globale. Cette transformation a une nature transversale et un impact particulier sur les droits de la propriété intellectuelle dans la mesure où la tutelle internationale de ces droits renforce l´investissement dans l´innovation et le transfert de connaissances scientifiques et technologiques au secteur des affaires. En particulier, l'augmentation du nombre de recherches orientées vers l' économie verte promeut la défense des droits des créateurs et des droits industriels, ceci étant une condition nécessaire pour stimuler les créateurs et les entreprises basées sur la technologie de grande valeur pour promouvoir l´internationalisation de du savoir, des produits et des concepts avec originalité et un potentiel d´innovation.

Mots-clés: marque; économie verte; crise écologique; droits d´auteur; droits industriels; tutele internationale.

Resumén:
La Economía Verde, el Océano y los Derechos de Propiedad Intelectual nos invita a una serie de breves comentarios sobre la crisis ecológica, la biodiversidad y la conservación de la naturaleza y su transición a la economía verde. El estudio de este conjunto de temas sigue muy cerca Naomi Klein en This Changes Everything: Capitalism vs. The Climate y Sofia Guedes Vaz en Ambiente en Portugal. Los ecosistemas marítimos y la movilización de Portugal hacia la defensa del océano y el desarrollo azul sostenible preceden al análisis de la inserción de la propiedad intelectual en las negociaciones comerciales, bajo la supervisión internacional, ya que trata de problemas que ya no son resueltos por los Estados individuales. El desarrollo económico de la economía mundial y su integración mundial en la innovación y los avances tecnológicos en la escala mundial. Esta transformación tiene carácter transversal y un impacto especial en los derechos de propiedad intelectual, en la medida en que una tutela internacional de los derechos, refuerza la apuesta en innovación y una transferencia de conocimiento científico y tecnológico para el sector empresarial. En particular, el aumento de la producción científica orientada a la economía verde promueve la defensa de los derechos de los creadores y los derechos industriales, la condición necesaria para continuar a estimular los creadores y las empresas de base tecnológica y de alto valor agregado a promover una internacionalización de conocimiento, dos productos y dos conceptos con originalidad y potencial de innovación.

Palabras-clave: marca; economía verde; crisis ecológica; derechos de autor e industriales; protección internacional.

[1]Investigadora de Pós-Doutoramento. Faculdade de Ciências Sociais e Humanas/Universidade Nova de Lisboa

Introdução

«Nós, enquanto nação, temos de passar por uma revolução radical de valores. Temos rapidamente de começar a mudança de uma "sociedade orientada para coisas" para uma "sociedade orientada para as pessoas"».

Martin Luther King Jr., «Beyond Vietnam», 1967 [2]

1. Da crise ecológica: desafios e oportunidades

A Agência Internacional de Energia adverte para o controlo das emissões de gases com efeito de estufa até 2017. Caso assim não aconteça, a nossa economia de combustíveis fosseis irá provocar um aquecimento perigoso. Partilhando a mesma preocupação, o Banco Mundial alertou também para a crise ecológica ao afirmar que «estamos a caminhar para um mundo [final século XXI] 4.ºC mais quente, marcado por ondas de calor extremo, reservas de alimentos em declínio a nível global, perda de ecossistemas e biodiversidade e subida perigosa do nível do mar»[3]. A Agência Europeia do Ambiente, no reporte de 2017, *Climate Change, impacts and vulnerability in Europe 2016*, reflete igualmente este desafio. Esta apreensão foi igualmente sublinhada em 2014, por cientistas da NASA e da Universidade da Califórnia quando em concreto se referiram ao imparável degelo dos glaciares numa vasta região da Antártida[4].

No setor empresarial, em vez de se investir em energias renováveis, estão antes a produzir novas formas de extração de combustíveis alternativos ao petróleo e ao gás natural tradicionais, como o gás de xisto, através do *fracking*[5]. Nesse sentido, recordamos o decreto promulgado por Donald Trump em março de 2017, contra as alterações climáticas e que reverte as medidas ambientais tomadas por Barack Obama. O atual presidente dos EUA, ordenou que a Agência Ambiental dos EUA (EPA) reavalie o *Clean Power Act* (2015), lei que obriga as centrais elétricas a reduzir emissões de gases de efeito de estufa. Pretende também desregular a emissão de metano e a exploração de gás natural através do método de *fracking*. Com esta medida deixa de ser necessário incorporar as mudanças climáticas nos projetos federais com o cálculo do "custo social do carbono", que atribuía um custo monetário à emissão de dióxido de carbono.

O fracasso da Cimeira da Organização das Nações Unidas (ONU) sobre as alterações climáticas, realizada em Copenhaga (2004) e o silêncio dos meios de comunicação relativamente às alterações climáticas, têm permitido o crescimento de um modelo de desenvolvimento económico orientado para a crise climática. Este modelo, alicerçado na "privatização da esfera pública", na "desregulação do setor empresarial" e na "tributação mais baixa das empresas"[6] facilita o crescimento do mercado de *futuros climáticos*[7] à luz do qual as empresas e em particular os bancos desenvolvem apostas lucrativas baseadas nas alterações climáticas, ao mesmo tempo que transformam as florestas em explorações privadas atribuindo aos seus proprietários os *créditos de carbono*[8]. Para Naomi Klein, o futuro afigura-se sombrio se continuarmos o rumo atual, destruindo recursos naturais e emitindo gases com efeito estufa, sendo a verdadeira mudança imposta e determinada pelo sistema climático[9].

No plano internacional, prosseguem os compromissos sobre as obrigações dos diversos países em matéria ambiental, a exemplo da Convenção-Quadro das Nações Unidas para as Alterações Climáticas (UNFCCC)[10], do Protocolo de Quioto[11] e do Acordo de Partilha de Res-

[2]Martin LUTHER KING Jr., «Beyond Vietnam», discurso, Nova Iorque, 4 de abril de 1967, Martin Jr. Research and Education Institute, Universidade de Stanford, http://mlk-kpp01.stanford.edu.

[3]Cfr. Naomi KLEIN, Tudo Pode Mudar, Capitalismo versus Clima, p. 26.

[4]Idem, p. 27.

[5]Fracking ou fratura hidráulica é o processo de perfuração e injeção de fluídos químicos no solo para elevar a pressão. Ao fraturara as rochas dá-se a libertação do gás natural.

[6]Cfr. Naomi KLEIN, Tudo Pode Mudar, Capitalismo versus Clima, p. 31.

[7]Idem, p. 20.

[8]Idem, Ibidem.

[9]Idem, Ibidem.

[10]O Protocolo de Quioto herda da Convenção Quadro das Nações Unidas sobre as Alterações Climáticas (UNFCCC), os princípios fundamentais do regime climático, em particular o princípio das responsabilidades comuns mas diferenciadas.

ponsabilidades, que determinou a redistribuição interna da meta global europeia em 8%.

Contudo, não obstante o crescimento verde ter conseguido, com a Conferência das Nações Unidas Rio + 20 (2012), avançar para o conceito de economia verde, o estudo solicitado por Kofi Annan às Nações Unidas: Avaliação dos Ecossistemas do Milénio (2000), revela que nas últimas cinco décadas

> o homem modificou os ecossistemas mais rápida e extensivamente que em qualquer intervalo de tempo equivalente na história da humanidade, na maioria das vezes para suprir rapidamente a crescente procura de alimentos, água potável, madeira, fibras e combustível. Isso acarretou uma perda substancial e, em grande medida, irreversível, para a diversidade da vida no planeta[12].

No plano europeu, observam-se as alterações climáticas como um dos desafios mais complexos às quais a União Europeia não fica indiferente[13]. A política ambiental europeia foi criada em 1972, na Conferência de Estocolmo, sendo hoje o verdadeiro motor das políticas ambientais nacionais[14]. Constitui mesmo o espaço político com normas ambientais mais exigentes do mundo.

O Tratado de Maastricht (1992) veio consagrar uma política ambiental assente nos princípios da precaução[15], da prevenção[16], da correção na fonte[17], do poluidor-pagador[18] e da subsidiariedade[19]. Em 2013, o Conselho e o Parlamento apro-

[11]O Protocolo de Quioto (KP) é o tratado internacional que limita as emissões quantificadas de gases com efeito de estufa dos países desenvolvidos.

[12]Cfr. ORGANIZAÇÃO das NAÇÕES UNIDAS, Relatório de Avaliação Ecossistémica do Milénio, 2000, p. 18.

[13]Política da EU em matéria de alterações climáticas: Quadro político da União Europeia para o clima e a energia (2020 a 2030); Programa para o Ambiente e a Ação Climática (LIFE) (2014-2020); Pacote clima-energia 2020; Transição para uma economia hipocarbónica em 2050. Política a longo prazo em matéria de alterações climáticas: Regime de comércio de licenças de emissão de gases com efeito de estufa; Gases com efeito de estufa: reduzir as emissões em 20% ou mais até 2020; Reduzir os gases antropogénicos com efeito de estufa (gases fluorados); Reduzir os gases com efeito de estufa até 2020: Decisão Partilha de esforços; Emissões de gases com efeito de estufa - mecanismo de monitorização e de comunicação de informações. Redução dos gases com efeito de estufa: Reduzir os gases com efeito de estufa até 2020: Decisão Partilha de esforços; Luta contra a exploração madeireira ilegal; Tornar a Europa resiliente às alterações climáticas através da adaptação; Regime de comércio de licenças de emissão de gases com efeito de estufa: Gases com efeito de estufa: reduzir as emissões em 20% ou mais até 2020; Gestão dos riscos de inundações na União Europeia; Combater a desflorestação; Programa europeu de monitorização por satélite (Copernicus): aspetos climáticos. Monitorização e adaptação às alterações climáticas: Negociações das Nações Unidas sobre o clima — Protocolo de Quioto: segundo período de compromisso; Combater a desflorestação; Negociações das Nações Unidas sobre o clima — Protocolo de Quioto: primeiro período de compromisso. O Protocolo de Quioto e outros acordos internacionais: Depois de Paris: avaliação das implicações do Acordo de Paris na luta contra as alterações climáticas; Aliança Global contra as Alterações Climáticas; A União Europeia e o acordo internacional de 2015 sobre as alterações climáticas. Energia limpa e eficiente: Transição para uma energia competitiva, sustentável e segura para a Europa; Regras da União Europeia aplicáveis à tributação dos produtos energéticos e da eletricidade; Poluição atmosférica proveniente de médias instalações de combustão; O futuro da captura e armazenamento de carbono na Europa. Energia segura e sustentável: Regras da União Europeia aplicáveis à tributação dos produtos energéticos e da eletricidade. Eficiência energética: Eficiência energética para o objetivo de 2020. Energias renováveis: Promoção da utilização da energia proveniente de fontes renováveis; Bioeconomia para a Europa; Incentivar a utilização da biomassa como fonte de energia alternativa. Transportes mais limpos: Objetivos no setor dos transportes: Estratégia da União Europeia para reduzir as emissões de CO_2 provenientes da navegação; Monitorização, comunicação e verificação das emissões de CO_2 provenientes dos navios; Energia limpa para os transportes: uma estratégia europeia para os combustíveis alternativos. Transporte aéreo e rodoviário: Quadro para a realização do céu único europeu; O comércio de licenças de emissão de gases com efeito de estufa e a aviação; Redução das emissões de CO_2 dos veículos muito pesados; Combustíveis mais limpos para os transportes rodoviários; Aplicação de imposições aos veículos pesados de mercadorias: diretiva Eurovinheta; Céu Único Europeu II. Transporte ferroviário, marítimo e por vias navegáveis: Programa Marco Polo II; Promoção do transporte por vias navegáveis interiores NAIADES. Empresas: responsabilidade ambiental: O princípio do poluidor-pagador e a responsabilidade ambiental. Agricultura e ordenamento territorial: Captura e armazenamento de dióxido de carbono; Produção e rotulagem dos produtos biológicos; Regras contabilísticas aplicáveis aos gases com efeito de estufa, emitidos ou absorvidos pelas florestas e pela agricultura; Deposição de resíduos em aterros. Quadro para a inovação: Programa NER 300: aumentar as tecnologias hipocarbónicas na União Europeia; Plano SET para o desenvolvimento de tecnologias hipocarbónicas. Disponível em http://eur-lex.europa.eu/summary/chapter/environment.html?locale=pt&root_default=SUM_1_CODED%3D20.

[14]Cfr. COMISSÃO EUROPEIA – Uma Estratégia-Quadro para uma União da Energia resistente e dotada de uma Política em Matéria de Alterações Climáticas virada para o Futuro.COM (2015) 80.

[15]Permite aos Estados-Membros desenvolver ações sem obter a confirmação científica dos indícios que apontem para a existência de um perigo ambiental. O princípio da precaução trata-se de um princípio legitimador de decisões em contextos de incerteza, como são por exemplo as decisões da esfera ambiental pela dimensão de valores éticos e políticos que envolvem. Porém, apesar de constar da maior parte dos tratados e convenções ambientais europeias e internacionais, não foram ainda alcançados consensos em torno da sua definição.

[16]A União Europeia privilegia medidas que permitam evitar danos ambientais.

[17]Os Estados-Membros dão prioridade ao tratamento ecológico in loco, ou seja, o tratamento deve ocorrer no país, no local onde ocorrem os danos ambientais, evitando que um país exporte, por exemplo, resíduos, para outro Estado-Membro.

[18]Cabe ao poluidor suportar os custos decorrentes da prevenção e eliminação dessa poluição. Cfr. COMISSÃO EUROPEIA – Diretiva 2004/35/CE relativa à responsabilidade ambiental em termos de prevenção e reparação de danos ambientais. A diretiva estabelece regras baseadas no princípio do poluidor-pagador, estando subjacente que as empresas são responsáveis pelos danos ambientais que causarem e devem por isso pôr em prática as medidas de prevenção ou reparação necessárias, bem como suportar todos os custos conexos.

varam o 7.º Programa de Ação para o Ambiente (PAA) até 2020, «Viver bem, dentro dos limites do nosso planeta». Com base numa série de iniciativas estratégicas (o Roteiro para uma utilização eficiente dos recursos, a Estratégia de Biodiversidade para 2020 e o Roteiro para a transição para uma economia hipocarbónica[20] em 2050), o novo Programa de Ação para o Ambiente define nove objetivos prioritários, entre os quais se destacam: a proteção da natureza; uma maior resiliência ecológica; um crescimento sustentável e a luta contra as ameaças ambientais à saúde.

Especiais expetativas recaem agora sobre o *Acordo de Paris*, adotado por 195 países na Conferência de Paris sobre o clima (COP21), realizada em dezembro de 2015. Foi o primeiro acordo global, universal e juridicamente vinculativo sobre o clima[21]. Entrou em vigor em 4 de novembro de 2016 e estabelece um *plano de ação para combater as alterações climáticas*, que prevê: limitar o aquecimento global a menos de 2.ºC acima dos níveis pré-industriais e esforços para limitar o aumento da temperatura a 1,5.ºC; efetuar um balanço global de cinco em cinco anos, com início em 2023, para analisar os progressos realizados; assegurar a obrigação jurídica dos signatários de adotar medidas nacionais de atenuação que passa pela transição para as energias renováveis e nuclear destinada a combater as causas profundas das alterações climáticas através da redução das emissões de gases com efeito de estufa. Prestar apoio financeiro e outro tipo de apoio para ajudar os países menos ricos a tomar as medidas de adaptação[22].

No plano interno, a entrada de Portugal na Comunidade Europeia (1986) foi determinante para uma maior consciência das questões ambientais por parte dos portugueses, sobretudo pelo maior volume de informação disponível, pelos programas de cidadania que foram levados às escolas, bem como a influência dos novos media, em conjunto proporcionaram uma maior literacia nestas matérias. Ainda assim, os mais jovens encontram-se entre os mais informados[23]. Esta perspetiva é observada por Luísa Schmidt e Ana Delicado num estudo intitulado *Ambiente, Alterações Climáticas, Alimentação e Energia*, no qual se faz referência ao primeiro programa em matéria de ambiente (1973-1976), a partir do qual foram criados os programas de ação, que têm vindo a acompanhar a evolução do conhecimento e do estado do ambiente até ao presente e que se encontram vertidos no 7.º Programa de Ação sobre o Ambiente (2013-2020).

2. Uma cidadania ambiental ativa

Para Sofia Vaz, a política é a estrutura mais tradicional de resolução de problemas ambientais, à qual se junta a procura de uma economia mais amiga do ambiente e uma cidadania mais ativa.

Contudo, a complexidade que estas matérias envolvem faz com que seja igualmente chamada a ciência e a inovação, numa perspetiva de responsabilidade, integridade, humildade e necessidade de abertura e sobretudo como meio de criar interfaces[24]. Em Ambiente em Portugal a autora apresenta uma proposta construtiva de resolução dos problemas ambientais assente sobretudo no respeito pela biodiversidade, enquanto conjunto da diversidade de seres vivos, de genética e de ecossistemas[25] e, na conservação da natureza[26]. Segundo a autora, as alterações climáticas, a poluição, a desertificação, os riscos naturais, a extinção de espécies são temas que a todos di-

[19]As ações da União Europeia devem limitar-se exclusivamente às medidas que não possam ser tomadas pelos Estados-Membros, ou seja, a União Europeia intervém supletivamente.

[20]Ou seja com baixas emissões de carbono.

[21]Cfr. COMISSÃO EUROPEIA – O caminho a seguir a partir de Paris: avaliar as implicações do Acordo de Paris, COM (2016) 110.

[22]Cfr. COMISSÃO EUROPEIA – O caminho a seguir a partir de Paris: avaliar as implicações do Acordo de Paris, COM (2016) 110.

[23]Ainda assim, Luísa Schmidt e Ana Delicado revelam que os portugueses valorizam ainda muito mais os problemas ambientais «clássicos», também designado por desafios ambientais de «primeira geração», como a poluição da água e do ar, enquanto os restantes europeus, sobretudo do centro e norte, estão mais preocupados com problemas de «segunda geração», como é o caso dos recursos naturais e dos hábitos de consumo.

[24]Cfr. Sofia VAZ, Ambiente em Portugal, 2016, p.73-74.

[25]Definido como o "conjunto de organismos vivos que interagem entre si e com a componente abiótica (não viva) numa determinada área e meio físico segundo Sofia VAZ, Ambiente em Portugal, 2016, p.38.

[26]Cfr. Sofia VAZ, Ambiente em Portugal, 2016, p.38.

zem respeito e no âmbito dos quais, cientistas e artistas podem trabalhar juntos na elaboração de mensagens de sensibilização ambiental de forma mais criativa, mais inovadora e mais integradora. Sofia Vaz defende que é preciso comunicar propostas positivas para uma cidadania ambiental ativa. A esse propósito observa que a arte, em concreto o teatro, o humor, mas também o cinema e da literatura são as propostas facilitadoras da comunicação ambiental e recorda alguns filmes como: o *Síndroma da China* sobre energia nuclear; Eric Brockovich sobre poluição da água, *Avatar* sobre biodiversidade, o dia de amanhã ou *Wall E* (filme de animação), que tratam os dilemas ambientais. De igual modo, os documentários sobre os efeitos das alterações climáticas, como *uma verdade inconveniente*, a 11ª hora, a marcha dos pinguins, *Home*, constituem outro modo de sensibilizar a sociedade. Na literatura portuguesa encontramos também histórias que promovem os valores ambientais como *a cidade e as serras* de Eça de Queirós (1901) *e quando os lobos uivam* de Aquilino Ribeiro (1958).

3. A gestão sustentável dos oceanos

A Comissão Europeia, na comunicação de 10 de novembro de 2016, Governação Internacional dos Oceanos: uma agenda para o futuro dos nossos oceanos, refere que a "economia global dos oceanos está estimada em 1,3 mil biliões de euros (e que as) alterações climáticas, a pobreza e a segurança alimentar são alguns dos desafios globais que podem ser vencidos se os oceanos estiverem mais bem protegidos e se forem geridos de forma sustentável", revelado no Daily News de 3 de abril de 2017. Na mesma comunicação, a Comissão Europeia alude à sobre-exploração dos oceanos, às alterações climáticas, à acidificação, à poluição e ao declínio da biodiversidade, como causas da degradação dos oceanos. Em simultâneo, estão a emergir "economias marítimas e costeiras, cujo êxito depende de uma melhor sustentabilidade". Para uma governação sustentável assente em normas, é fundamental ter conhecimento das atividades ilegais no domínio marítimo."[27] O acesso às rotas marítimas é por vezes impedido por comportamentos de pirataria, assaltos e outras formas de criminalidade marítima. São tentativas de fazer valer reivindicações territoriais ou marítimas fora do quadro estabelecido pela Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (UNCLOS) por meio da intimidação, coerção ou força, práticas que podem afetar não só a estabilidade regional, como também a economia mundial.

A este propósito importa realçar o papel da União Europeia na promoção da segurança marítima, no crescimento mundial marítimo e na governação mundial através de parcerias bilaterais, regionais e multilaterais a partir da Estratégia Global para a Política Externa e de Segurança da UE. Mas é necessária uma ação coletiva e a UE está a assumir a liderança para promover uma governação dos oceanos mais forte em todo o mundo. "Para a União Europeia, como para muitas nações em todo o mundo, os oceanos detêm a chave do futuro. Têm um enorme potencial para impulsionar o crescimento, o emprego e a inovação; a produção da economia oceânica mundial está estimada em 1,3 mil biliões de euros, valor que poderá crescer para mais do dobro até 2030."[28]

Em Portugal, os sucessivos Governos têm-se empenhado em defender o Mar. A Resolução do Conselho de Ministros n.º 9/2005, de 17 de janeiro, cria a Estrutura de Missão para a Extensão da Plataforma Continental (EMEPC), com o objetivo de preparar, apresentar e assegurar a defesa da proposta de extensão da plataforma continental perante a Comissão de Limites da Plataforma Continental (CLPC), até a conclusão do respetivo processo nas Nações Unidas. A Resolução do Conselho de Ministros n.º 84-A/2016, de 28 de dezembro de 2016, redefine a extensão do mandato da Estrutura de Missão. Relativamente às circunstâncias climáticas, geológicas e biogeográficas[29], por-

[27]Cfr. COMISSÃO EUROPEIA – Comunicação Conjunta ao Parlamento Europeu ao Conselho, Governação Internacional dos Oceanos: uma agenda para o futuro dos nossos oceanos, JOIN (2016) 49 final, p. 2.

[28]Idem, Ibidem.

tuguesas, constatamos que o país possui uma diversidade de flora e fauna considerável, com a qual conviveu pacificamente durante vários séculos. Mas, a expansão urbana e industrial, o uso insustentável do solo, a intensificação da agricultura, a gestão intensiva das florestas, a expansão de espécies exóticas invasoras, a sobre-exploração dos recursos naturais e os crescentes impactos das alterações climáticas, fragmentaram e degradaram os ecossistemas e *habitats*, ao mesmo tempo que eram perdidas espécies e ameaçados os equilíbrios naturais[30]. Porém, o país tem vindo também a mobilizar-se em defesa do oceano quer como "vetor estratégico de desenvolvimento"[31], quer enquanto reserva de recursos naturais marinhos e costeiros - "capital natural azul"[32], ativo importante no desenvolvimento de atividades geradoras de emprego e crescimento económico (setor alimentar, farmacêutico, cosmético, mas também renováveis (vento e ondas) mas também de lazer (surf, vela e mergulho). A Estratégia Nacional do Mar (2013-2010) alude também

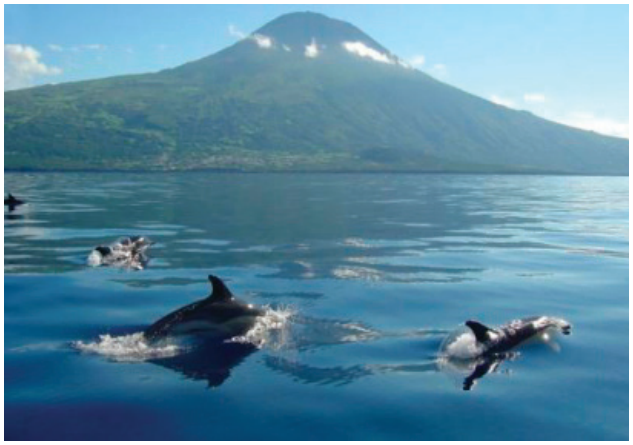

Figura 01: O Mar
Fonte: Estratégia Nacional do Mar (2013-2020), p.16

[29]Portugal possui 32 áreas protegidas, 97 sítios de importância comunitária e 59 zonas de proteção especial (ZPE) a elevada diversidade biológica de Portugal deve-se ao seu posicionamento geográfico, abrangendo 3 regiões biogeográficas: a atlântica, a mediterrânica e a marcaronésica, nos arquipélagos da Madeira e Açores, cfr. Sofia VAZ, Ambiente em Portugal, 2016, p. 39.

[30]Cfr. Sofia VAZ, Ambiente em Portugal, 2016, p.39.

[31]Cfr. DIREÇÃO GERAL de POLÍTICA do MAR, Estratégia Nacional do Mar (2013-2020), p. 13.

[32]Protocolo do Capital Natural, apresentado no dia 22 de junho de 2016 pela Fundação Calouste Gulbenkian e o BCSD Portugal – Conselho Empresarial para o Desenvolvimento Sustentável.

à boa gestão da rede das áreas marinhas protegidas e compromete-se com um modelo de desenvolvimento que assenta

> na preservação e utilização sustentável dos recursos e serviços dos ecossistemas marinhos, apontando um caminho de longo prazo para o crescimento económico, inteligente sustentável e inclusivo, assente na componente marítima e a Lei de Bases de Ordenamento e Gestão do Espaço Marítimo, nasce a esperança de uma correta implementação de um desenvolvimento azul sustentável[33].

Portugal aguarda a decisão das Nações Unidas de extensão da plataforma continental que, "poderá estender a jurisdição nacional a uma área correspondente a cerca de 40 vezes a sua área terrestre, num total de 4.000.000 KM2 "[34]. A extensão geográfica vai permitir ao país, "direitos de soberania para efeitos da exploração e aproveitamento dos recursos naturais, minerais e seres vivos, que existam no fundo do mar e no subsolo"[35]. Por último, a Resolução de Conselho de Ministros n.º 14/2016, de 16 de março de 2016, aposta no Mar como um desígnio nacional, cuja concretização passa pela valorização da posição estratégica de Portugal no Atlântico.

4. Transição para a economia verde: desafios climáticos

A crescente consciencialização do impacto da ação antrópica sobre o ambiente, tem impulsionado a mudança de hábitos e sedimentado o conceito da economia verde que promove o bem-estar e a equidade social ao mesmo tempo que esbate os riscos sobre o ambiente e a escassez ecológica. O mundo volta-se agora para as energias renováveis e surge entre académicos, políticos, empresários e cidadãos, a consciência da necessidade de nos adaptarmos a ritmos naturais, o que implica uma mudança de atitude com impacto nas relações de poder entre o homem e a natureza. Em grande parte, a presença da economia verde nas agendas políticas, reflete o re-

[33]Cfr. Sofia VAZ, Ambiente em Portugal, 2016, p.42.

[34]Cfr. DIREÇÃO GERAL de POLÍTICA do MAR, Estratégia Nacional do Mar (2013-2020), p. 16.

[35]Cfr. Sofia VAZ, Ambiente em Portugal, 2016, p.41.

conhecimento de que o "modelo vigente de crescimento económico baseado no consumo cada vez maior de recursos, com crescente produção de resíduos e emissão de poluentes, não pode ser mantido num mundo de recursos e de capacidade de resiliência dos ecossistemas limitados."[36].

Várias organizações multilaterais apelam no mesmo sentido. A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE), as Nações Unidas e o Banco Mundial têm vindo a desenvolver trabalhos sobre a crise climática. Portugal apresentou em 2014 um documento intitulado Compromisso para o Crescimento Verde que é "um plano estratégico de olhos postos num futuro sustentável para Portugal, onde o crescimento económico dá as mãos a comportamentos ambientais responsáveis, contribuindo assim para a justiça social e a qualidade de vida das populações de hoje e das gerações futuras"[37].

No plano interno, este compromisso foi assinado por uma Coligação para o Crescimento Verde, composta por mais de 100 entidades das áreas empresarial, científica, financeira, organismos públicos, fundações e organizações não-governamentais. A ideia base é a de que este compromisso seja uma vantagem para o ambiente, para a sociedade no geral e para todas as instituições que o assinaram, acreditando que a sua implementação crie oportunidades de desenvolvimento, através da aposta do crescimento da chamada economia verde, que gera emprego, permite reduzir a dependência energética do exterior, e cria uma fiscalidade mais inteligente e mais pesada para quem polui mais.

Partilhando o mesmo entendimento, Naomi Klein observa que o modelo económico da sociedade capitalista, responsável pelas emissões de gases de estufa, é atualmente o principal inimigo do clima. Contudo, a transição para a economia verde oferece igualmente um conjunto de desafios, assinalando-se em particular as megatendências globais que moldam as políticas governativas nacionais. O Relatório da Agência Europeia do Ambiente define esta transição como um "processo pluridimensional e basilar de longo prazo, que obriga a abandonar o modelo económico atual. Isto significa dinamizar a economia circular, investir em produção e consumo sustentáveis e no desenvolvimento da economia de baixo carbono"[38].

Segundo Naomi Klein, encontramo-nos num ponto insustentável no qual todos são convidados a repensar as suas estratégias de desenvolvimento e estilos de vida. A autora reafirma que só uma mudança profunda de paradigma poderá ainda recuperar o planeta. Menos fatalista, Sofia Vaz refere-se ao fascínio que o ambiente oferece pela sua importância para a humanidade. Mas perante tal complexidade a autora aponta a ética como o caminho que nos ajuda "a refletir, argumentar e fundamentar as nossas decisões, escolhas e ações e atua como um guia para que saibamos o que é correto ou incorreto fazer"[39], sendo a educação o melhor instrumento para a interiorização da cidadania ambiental. Este percurso passa ainda, pela ciência, pelo teatro, pelo humor e pela arte em geral[40], já anteriormente sublinhado.

Dos contributos sobre a crise climática acima mencionados, podemos observar que se por um lado, a atual crise ambiental pode evoluir para uma catástrofe global de dimensões apocalíticas, por outro lado, pode constituir uma oportunidade, se for capaz de agregar a humanidade em torno de um novo modelo humanamente justo e em equilíbrio com a natureza. Por outras palavras, a crise apresenta-se como uma oportunidade, por via das reparações históricas que promove, pelo ressurgimento dos movimentos sociais e pela criação de uma economia sustentável, capaz de acolher as necessidades do presente sem por em risco o bem-estar das gerações futuras.

Começa-se a discutir na Europa a transição social e justa ao mesmo tempo que a União Europa lança uma agenda das novas competências para a Europa[41]: Trabalhar em conjunto para reforçar o capital humano, a empregabilidade e a compe-

[36]Cfr. MINISTÉRIO do AMBIENTE, ORDENAMENTO do TERRITÓRIO e ENERGIA, Compromisso para o Crescimento Verde, p. 25.

[37]Idem, Ibidem.

[38]Cfr. Sofia VAZ, Ambiente em Portugal, 2016, p.94.

[39]Idem, Ibidem.

[40]Idem, p.80-86.

[41]Cfr. COMISSÃO EUROPEIA – Uma Agenda de Novas Competências para a Europa: Trabalhar em conjunto para reforçar o capital humano, a empregabilidade e a competitividade, COM (2016) 381.

titividade.

> A transição para uma economia hipocarbónica deverá reduzir as profissões nos mercados tradicionais (relacionadas com os combustíveis fósseis; em especial, as indústrias com elevada intensidade de emissões de carbono), ao mesmo tempo que se criarão novos empregos (relacionados com as energias renováveis, a eficiência energética e a eletrificação do transporte de veículos)[42].

5. A responsabilidade ambiental das empresas: a imagem de marca

Algumas empresas, mais inovadoras e visionárias aderem a este novo paradigma, em parte por verificarem que a sua sustentabilidade económica é indissociável da sustentabilidade ambiental. Nessa medida, comprometem-se com a redução da utilização de capital natural nos seus processos produtivos, quer reutilizando materiais, quer através da melhoria da eficiência dos processos produtivos, entre outros. A World Business Council for Sustainable Development recomenda uma redefinição do valor da empresa, que vá para além do capital financeiro. As empresas devem redefinir o valor e tal como a figura 02 exemplifica, "They need to take an integrated approach, via a better understanding of how to incorporate and account for their natural and social capital as well"[43].

A economia verde aposta na continuação de

Figura 02: Capital Natural e Social das empresas
Fonte: *World Business Council for Sustainable Development – redefining value*

[42]Cfr. COMISSÃO EUROPEIA – Acelerar a transição da Europa para uma economia hipocarbónica, COM (2016) 500, p. 7.

[43]Cfr. WORLD BUSINESS COUNCIL FOR SUSTAINABLE DEVELOPMENT (WBCSD).

uma política de investimento nos diferentes setores económicos tornando-os mais amigos do ambiente. Desta forma os atores principais do crescimento serão os próprios empresários, industriais, políticos e a sociedade em geral, que terão de abraçar este desafio voluntariamente. Fazem-no, em primeiro lugar por uma razão antroprocêntica e utilitarista. Ou seja, as empresas recorrem ao *reporte do capital natural*[44] como uma ferramenta de gestão empresarial que lhes permite uma redução de custos significativa e, muitas vezes, um aumento de receitas, que por sua vez os enriquece pelo poder de antecipação face a eventuais riscos operacionais e legislativos. É assumido ainda que a adoção de medidas ambientais pode melhorar significativamente a sua imagem de marca.

Mas o mais relevante é que o reporte do capital natural defende também as gerações futuras na medida em que as empresas contribuem assim diretamente para melhorar o seu desempenho económico através da melhoria da sustentabilidade ambiental das suas atividades. É com base neste valores que o investimento e a inovação devem ser incentivados, sustentando, deste modo, o crescimento e favorecendo o aparecimento de novas oportunidades de negócio e de criação de emprego"[45]. Assim, em face da exigência crescente dos consumidores em relação à responsabilidade social,

> as empresa têm vindo a proliferar os rótulos sociais, criados por fabricantes individuais (marcas autodeclaradas) ou sectores de atividade, ONG e governos. Mais do que instrumentos reguladores, trata-se de incentivos baseados no mercado, passíveis de provocarem uma evolução social positiva entre empresas, retalhistas e consumidores. No entanto, o âmbito de aplicação e o impacto potencial das iniciativas de rotulagem social são limitados, já que se restringem a nichos específicos do mercado retalhista e, no caso dos rótulos sociais, aos produtos importados, apenas acessíveis a consumidores com maior poder de compra. Por conseguinte, a quota de mercado dos produtos que ostentam um rótulo social tem cresci-

[44]Capital Natural é o valor da natureza para as pessoas, a sociedade, as empresas e a economia. É o stock de recursos físicos e biológicos e a capacidade dos ecossistemas fornecerem um conjunto de serviços que contribuem para o bem-estar humano e para o desenvolvimento sustentável, Cfr. WORLD BUSINESS COUNCIL FOR SUSTAINABLE DEVELOPMENT (WBCSD).

[45]Cfr. MINISTÉRIO do AMBIENTE, ORDENAMENTO do TERRITÓRIO e ENERGIA, Compromisso para o Crescimento Verde, p. 25.

do, mas continua a ser reduzida, o que demonstra a necessidade de melhorar a eficácia desses rótulos[46].

Por fim, importa reter que a energia de fontes renováveis como o vento e a água precede a utilização de combustíveis fósseis e está a tornar-se mais barata, mais eficiente e mais fácil de armazenar de ano para ano. Nas últimas duas décadas assistimos à explosão de conceito de desperdício zero, bem como ao planeamento urbano verde. Não só possuímos as ferramentas técnicas para abandonar os combustíveis fósseis, como também possuímos infindáveis pequenas bolsas em que estes modos de vida com baixas emissões de carbono[47]. Estas dinâmicas exigem um aperfeiçoamento dos instrumentos jurídicos dos direitos de propriedade intelectual.

6. Os direitos de propriedade intelectual

A propriedade industrial (PI), em conjunto com os direitos de autor e os direitos conexos, constituem a propriedade intelectual. Relativamente ao objeto, enquanto a propriedade industrial protege as invenções (patente), as criações estéticas (*design*) e os sinais usados para distinguir produtos e empresas no mercado (logotipos, marca), o direito de autor visa a proteção das obras literárias e artísticas, incluindo as criações originais da literatura e das artes. Verifica-se assim que os direitos de autor e os direitos industriais apresentam grandes diferenças quanto à diversidade dos bens protegidos, mas também quanto à forma de aquisição, à duração da tutela e às sanções, não cabendo no entanto no âmbito deste estudo uma abordagem mais detalhada dessas diferenças.

Na maior parte dos países europeus, o direito de autor tem base constitucional, assim é em Portugal, Espanha, Suécia, Suíça e Alemanha, porém as constituições de teor mais político não chegam a pormenorizar o estatuto do direito autoral e industrial designadamente das marcas e das patentes. Tomando por exemplo a Constituição Americana verificamos que a mesma promove o progresso da ciência e das artes, mas faz incidir sobre o Congresso a faculdade de conceder aos autores e inventores direitos exclusivos sobre seus escritos e descobertas: "*The Congress shall have power (...) To promote the progress of science and useful arts, by securing for limited times to authors and inventors the exclusive right to their respective writings and discoveries* (art. I § 8, cl. 8ª)". Já na América Latina, a protecção da propriedade intelectual é assegurada no Brasil, Argentina, Uruguai, do Paraguai e do Chile.

A expressão «direitos de propriedade intelectual» é correntemente utilizada em instrumentos jurídicos comunitários[48] e internacionais[49]. Quanto à sua origem, recordamos que a expressão «propriedade intelectual», nasceu no final do século XVIII, quando se anunciava, em plena Revolução Francesa, o fim de todos os privilégios, colocando em perigo os privilégios concedidos aos autores. Como forma de ultrapassar esta ameaça, assumiu-se que "o direito de autor não seria um privilégio, mas uma propriedade"[50].

Esta opção não nos supreende se tivermos presente que a Revolução Francesa, "foi em grande parte gerada pelos homens da pena"[51]. Tratou-se também de uma "revolução proprietarista por excelência"[52] e nessa medida muito favorável aos autores, "agora sob um novo rótulo"[53]. Assim, concluímos que a natureza do direito de autor[54] possui uma forte influência no pensamento

[46]Cfr. COMISSÃO EUROPEIA – Livro verde, promover um quadro europeu para a responsabilidade social das empresas, COM (2001) 366 final, p. 21.

[47]Cfr. Naomi KLEIN, Tudo Pode Mudar, Capitalismo versus Clima, p. 29 e 30.

[48]Cfr. COMISSÃO EUROPEIA – Diretiva 2004/48/CE, de 29 de Abril de 2004, relativa ao respeito dos direitos de propriedade intelectual, in JOUE, nº L 195, de 2 de junho de 2004, pp. 16 ss.;

[49]A exemplo da Convenção que institui a Organização Mundial da Propriedade Intelectual (1967) e mais recentemente o Acordo Sobre os Aspetos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados com o comércio.

[50]Cfr. ASCENSÃO, J. O. Direito de Autor Sem Autor e Sem Obra, 2008, p. 87.

[51]Idem, Ibidem.

[52]Idem, Ibidem.

[53]Idem, Ibidem.

[54]Entendemos direitos de autor, enquanto forma jurídica de apropriação exclusiva de certos bens culturais e que, segundo alguns autores, introduzem um elemento de restrição no seio da liberdade de criação cultural, limitando a fruição patrimonial.

clássico, na visão do criador independente[55] detentor de direitos de natureza pessoal ou direitos morais[56] e patrimonial[57], permitindo que o direito de autor se tenha ancorado na imagem do criador cuja criatividade se recompensa.

No presente, embora o *direito de autor* continue a pertencer ao criador intelectual da obra, é cada vez mais difícil defender que a propriedade intelectual tem como objetivo a defesa do criador. A posição empresarial estará sempre presente quando o tema em análise é o direito de autor. Por sua vez, o desenvolvimento cada vez mais acelerado dos meios digitais de reprodução e divulgação das obras obrigam à *gestão coletiva forçada*[58] sobretudo no caso de artístas, intérpretes e executantes, dimensão abordada na Diretiva 2014/26/UE do Parlamento e do Conselho de 26 de fevereiro de 2014.

A gestão coletiva dos direitos de autor não é uma realidade nova, a inovação da imprensa no século XV já o demonstrara, com os primeiros privilégios a serem atribuídos aos impressores. Porém, não foi alvo de um procedimento uniforme até ao século XIX, pois enquanto a *Commom Law* oferecia uma posição destacada ao empresário, o sistema continental europeu, com grande influência no sistema português e brasileiro, acentuava a criatividade. Ainda assim, mesmo entre o sistema continental europeu, não obstante ser dada a primazia ao autor em matéria de direitos, na prática os autores continuavam subordinados aos produtores, aos quais recorriam para a exploração econômica da obra, tal como já o mencionamos anteriormente.

É inegável que o direito de autor apresenta hoje, uma forte associação a sectores muito poderosos da actividade económica, em detrimento da elaboração da obra de forma autónoma e artesanal. "Isto implica que os objetivos empresariais do direito de autor sejam cada vez mais nítidos e o significado efetivo do criador inteletual cada vez mais modestos"[59]. Consensual, é também a perspectiva que quanto mais criador for o autor, menor é a sua aptência para a defesa dos seus próprios interesses materiais, permitindo a multiplicação de intermediários e entidades responsáveis pela gestão do autor, aos quais se atribuiem direitos conexos.

Em suma, a defesa do direito autoral é justificada pela tutela do seu criador, mas coloca-se a proteção das empresas em maior evidência. As mais recentes inovações legislativas nacionais convergem na direção imposta pelos Tratados da Organização Mundial da Propriedade Inteletual (OMPI) sobre direitos de autor celebrados na Conferência Diplomática de Genebra em 1996[60]. Na comunicação da Comissão Europeia de 09 de dezembro de 2015[61], intitulada «Rumo a um quadro de direitos de autor moderno e mais europeu», reconhece-se que a legislação em matéria de autor e legislação conexa não podem atingir os seus objetivos isoladamente. Assim,

> os filmes, o teatro, a música, a literatura, as publicações científicas, o património cultural e toda a restantes prosução criativa da Europa só poderão continuar a florescer e a desempenhar um papel significativo no crescimento, identidade e progresso social da Europa se existirem indústriasi criativas competitivas e os mecanismos de mercado necessários[62].

[55] Cfr. OLIVEIRA ASCENSÃO, Direito Civil Direito de Autor e Direitos Conexos, 2012, p. 16.

[56] Assumimos como direitos morais, direitos garantidos por lei que visam defender a personalidade do autor e que se mantêm mesmo após a transferência dos direitos patrimoniais: direito de reclamar a autoria da obra; direito de se opor a qualquer modificação, deformação da obra, sobretudo em caso de vir a prejudicar a reputação do autor e direito de decidir se pretende ou não publicar a obra.

[57] Direito exclusivo de dispor da sua obra e de fruí-la e utilizá-la, ou autorizar a sua fruição.

[58] «Organização de gestão coletiva», qualquer organização que é autorizada por lei ou por transmissão, licença ou qualquer outra disposição contratual a gerir direitos de autor ou direitos conexos em nome de mais do que um titular de direitos, para benefício coletivo desses titulares de direitos. Cfr. COMISSÃO EUROPEIA – Diretiva 2014/26/UE do Parlamento e do Conselho de 26 de fevereiro de 2014, artigo 3.º.

[59] Cfr. OLIVEIRA ASCENSÃO, Direito Civil Direito de Autor e Direitos Conexos, 2012, p. 16.

[60] A Conferência Diplomática sobre o direito de autor e direitos conexos que ocorreu em Genebra, em dezembro de 1996, sob os auspícios da OMPI, adotou dois novos Tratados: o Tratado OMPI sobre o direito de autor e o Tratado OMPI sobre prestações e fonogramas. Relativamente ao tratado sobre sui generis a Conferência apenas se limitou a adotar uma Recomendação sobre um futuro Tratado sobre a propriedade intelectual respeitante às bases de dados.

[61] Cfr. COMISSÃO EUROPEIA – Rumo a um quadro de direitos de autor moderno e mais europeu, COM (2015) 626 final, p.3.

[62] Idem, Ibidem.

Em Portugal, mas também no Brasil, o alargamento da tutela dos direitos de autor a bens de natureza técnica como os programas de computador e sobretudo dos desenhos e modelos, ditaram a convergência entre os valores que dominam o regime jurídico da Propriedade Intelectual, justificada pela "a livre circulação das ideias e do conhecimento através das fronteiras e a promoção da criatividade e da inovação"[63]. Essa comunhão resulta essencialmente da natureza incorpórea e da ubiquidade de que se revestem esses direitos. Desse modo

> paralelamente aos direitos de autor[64], de onde se extrai a emanção da personalidade humana do artista criador, a propriedade intelectual engloba também os direitos industriais os quais exprimem "um quadro de valores e interesses intimamente ligados à realidade empresarial[65]", bem como vetores essenciais de política macroeconómica[66].

No campo dos *direitos industriais*, afigura-se uma evolução semelhante ao direito autoral, na medida em que a exclusividade dada ao proprietário de uma invenção, a patente, para a explorar comercialmente, protege em primeiro lugar as empresas e marginalmente os inventores. *A Convenção da União de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial (1883)* destaca-se como a grande precursora do direito industrial. No artigo primeiro da Convenção a propriedade industrial é definida como

> o conjunto de direitos que compreende as patentes de invenção, os modelos de utilidade, os desenhos ou modelos industriais, as marcas de fábrica ou de comércio, as marcas de serviço, o nome comercial, as indicações de proveniência e as denominações de origem, bem como a repressão da concorrência desleal[67].

Em Portugal, a defesa dos direitos de propriedade intelectual é intransigente, na medida em que se tutela direitos fundamentais, cuja exclusividade é concedida pela ordem jurídica de cada país e na medida em que se revele útil socialmente.

Assim, o carácter absoluto dos *Direitos de Propriedade Intelectual* motiva uma tensão constitucional, em que a retórica dos direitos fundamentais[68] é por vezes usada para defender o reforço da proteção dos *direitos de exclusivo da Propriedade Intelectual*, outras vezes para impor a sua restrição. A economia verde e a tecnologia que lhe é inerente, bem como o grau de inovação e conhecimento que a mesma impõe, faz aumentar essa tensão em cada ordenamento jurídico.

Na atualidade, o elevado desenvolvimento da economia verde e a sua integração mundial impõe inovação e avanços tecnológicos à escala global. O carácter transversal da transformação em curso e a nova paisagem digital, tem conduzido alguns observadores a referir-se à emergência de um novo paradigma jurídico, com impacto nos direitos dos criadores/autores ao qual a União Europeia não é indiferente. Mas os avanços tecnológicos exigem também novos padrões de patentes e contratos de licenciamento[69] entre empresas, os direitos industriais. Neste novo

[63]Cfr. Dário M. VICENTE, A Tutela Internacional da propriedade Intelectual, 2008, p.12.

[64]A regra geral da lei portuguesa para o prazo de proteção do direito do autor está previsto no artigo 31.º do CDADC e caduca 50 anos após a morte do criador da obra. Por via dos instrumentos internacionais caminhamos para uma uniformização deste prazo não obstante as criticas, em virtude do prazo ser demasiado longo.

[65]Cfr. OLIVEIRA ASCENSÃO, Direito de Autor Sem Autor e Sem Obra, 2008, p. 87.

[66]Cfr. Cristina CALDEIRA, O Design de moda global e a propriedade intelectual: uma perspetiva jurídico-económica, 2014, p. 3.

[67]Os direitos industriais agrupam-se em criações novas, relacionada com a indústria conceção e processo de fabrico (invenções e desenhos e modelos de utilidade), bem como os sinais distintivos que distinguem produtos, serviços e empresas: marcas, nomes, insígnias, de um estabelecimento, logótipo, direito à colocação baseada na qualidade dos produtos (recompensas). Os direitos industriais incluem ainda as indicações de proveniência e denominação de origem (relativamente às informações específicas quanto às características de certos produtos).

[68]Entendidos como direitos inerentes à própria noção de pessoa, plasmados nos textos constitucionais.

[69]O licenciamento é um contrato que se celebra tendo por base um acordo, através do qual a empresa concede a outra o direito de utilização de know-how e exploração de direitos de propriedade industrial (marcas, patentes, modelos e desenhos). A remuneração é feita através de royalties, expressa em função das vendas líquidas ou do volume de produção, sendo por vezes acompanhado de um pagamento fixo inicial, correspondente à cobertura (total ou parcial) dos custos diretos incorridos com a comunicação dos conhecimentos. Os contratos de licença podem incluir ainda a prestação de assistência técnica, de serviços de engenharia ou de formação dos recursos humanos.

contexto, nasce o apelo a soluções internacionais inovadoras que promovam oportunidades de desenvolvimento com impacto nos direitos de propriedade intelectual fora do alcance direito nacional e da autoridade do Estado, gerando o problema da sua aplicação num espaço e a incerteza sobre qual o tribunal competente para intervir na resolução de litígios.

Na prática, estudar as oportunidades e os desafios de uma economia verde, convida-nos a ir além dos *direitos de autorais*, direitos dos criadores, e a entrar no domínio dos *direitos industriais*, premiando em especial as patente verdes e as marcas com bom desempenho ambiental. Relativamente à origem do direito industrial, importa observar que a sua emergência dá-se com o intuito de salvaguardar os direitos dos consumidores, mas também as relações entre empresários no relacionamento entre os industriais. Em suma, o direito industrial surgiu para proteger os modos de afirmação económica da empresa, em mercado de livre concorrência.

Na nova era, os direitos de propriedade intelectual vêm reforçar o investimento em inovação e a transferência de conhecimento científico e tecnológico para o sector empresarial. O novo contexto exige um aumento da produção científica orientada para a especialização inteligente e nessa medida, a defesa dos direitos dos criadores e dos direitos industriais estimulam as economias de base tecnológica e de alto valor acrescentado, promovendo a internacionalização das ideias, do conhecimento, dos produtos ou dos conceitos com originalidade e/ou potencial de inovação.

7. A tutela internacional dos direitos de propriedade intelectual

Os direitos de propriedade intelectual na economia verde vão além das fronteiras políticas, na medida em que as tecnologias necessárias ao seu desenvolvimento são internacionais, concebidas em unidades de investigação e laboratório com um grau de abertura ao exterior, não sendo compatível com a legislação nacional. Daqui resulta uma limitação à intervenção dos Estados na medida em que o que antes seria "objeto de simples lei interna, passa agora a exigir uma prévia convenção internacional"[70].

Porém, durante muitos anos os governos não conseguiram aprovar um quadro jurídico e vinculativo com vista à redução de emissões de gases com efeito de estufa, supostamente porque a cooperação era demasiado complexa. Só o conseguiram com a criação da Organização Mundial do Comércio, através de um intrincado sistema global que regula o fluxo de produtos e serviços ao nível planetário, no âmbito do qual as regras são claras e quaisquer violações severamente penalizadas[71].

Num contexto em que cada Estado se concede a prerrogativa de constituir os *direitos de exclusividade* sobre a utilização de bens intelectuais e consequente imposição de restrições à concorrência, coloca-se o problema de saber se e em que condições pode certa proibição num dado país, ser válido numa outra ordem jurídica. A previsibilidade desejável, num contexto de forte interação de economias, lava-nos a aceitar um determinado grau de tutela internacional em detrimento da territorialidade, mesmo que para tal nos obrigue a uma nova leitura das Constituições. Estas soluções constitucionais, sobretudo em matéria de direitos fundamentais, permitem uma sobrevivência e uma tomada de consciência de que a *liberdade de criação cultural, os direitos de autor e a propriedade industrial*, aos quais se somam os direitos ambientais (a biodiversidade e a proteção ambiental de um modo geral), são direitos fundamentais que fazem parte de um conjunto de problemáticas que deixaram de poder ser resolvidas pelos Estados individualmente Tomando como referência o pensamento de Jürgen Habernas, parece-nos defensável a abordagem destes desafios à luz de "uma comunidade cosmopolita de Estados e dos cidadãos do mundo"[72]. Porém, Gomes Canotilho, na sua obra Direito Constitucional e Teoria da Constituição, afirma que

[70]Cfr. Paulo OTERO, Direito Constitucional Português, volume I, 2010, p. 128.

[71]Cfr. Naomi KLEIN, Tudo Pode Mudar, Capitalismo versus Clima, p. 29.

[72]Cfr. Jürgen HABERMAS, Um Ensaio sobre a Constituição da Europa, 2012, p.25.

> (...) se o Estado Constitucional soberano está morto nas suas pretensões de "absoluto político", a estadualidade constitucional é ainda um limite e um ponto de partida. (...) De qualquer modo, nenhuma "leitura constitucionalista" poderá razoavelmente defender que a supranacionalidade e as amplas e sucessivas deslocações de competências deixaram incólume o Estado Constitucional clássico[73].

Em face do exposto, podemos mesmo afirmar que esta cedência surge como reação à inevitável mundialização e justifica-se à luz da necessidade de uma dimensão mundial para a propriedade intelectual por razões de eficácia. Em face deste contexto, "o Estado obriga-se a colocar o exercício dos poderes de soberania em comum ou em cooperar com outros Estados ou organizações internacionais"[74] com o objetivo de dar solução a problemas globais. Entre os instrumentos internacionais mais relevantes que tratam a matéria sublinhamos a *Convenção da União de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial* (1883), já destacada anteriormente, mas também:

> I) *o Tratado de Cooperação de Patentes* (PCT) concluído em 1970 em Washington e modificado em 1979, 1984 e 2001, com a finalidade de desenvolver o sistema de patentes e de transferência de tecnologia através da cooperação entre os países industrializados e os países em desenvolvimento[75].

A fragmentação em matéria de direitos industriais verificado ao longo da segunda metade do século XX, bem como as variações significativas entre os sistemas jurídicos nacionais prejudicavam a inovação, em especial no caso das pequenas e médias empresas, com maior dificuldade em fazer respeitar as suas patentes, justificam o nascimento da:

> II) *Convenção sobre a Patente Europeia* (CPE ou *Convenção de Munique*, celebrada em 5 de outubro de 1973, à qual está subjacente um direito comum aos Estados Contratantes em matéria de concessão de patentes de invenção (artigo 1.º), é a denominada «patente europeia» (artigo 2.º/1). Em cada um dos Estados Contratantes para os quais é concedida, a patente europeia tem os mesmos efeitos e é submetida ao mesmo regime que uma patente nacional concedida nesse Estado (artigo 2.º/2). A CPE criou o Instituto Europeu de Patentes (alínea a) do n.º 2 do artigo 4.º), que atribui a concessão de patentes europeias, através de um procedimento uniformizado entre os Estados membros da União Europeia, contribuindo para a criação de um sistema que assegura a não distorção da concorrência no mercado interno.
>
> III) *Acordo sobre aspetos dos direitos de propriedade intelectual relacionados com o comércio* (ADPIC) é um instrumento internacional. A inserção da propriedade intelectual nas negociações comerciais acontece por intermédio do ADPIC[76] assinado em 1994 aquando do encerramento da Ronda do Uruguai e é criada a Organização Mundial do Comércio, com o objetivo de garantir, em todos os países membros, a aplicação das normas de proteção da propriedade intelectual, que se inspiram nas obrigações de fundo enunciadas pela Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI) e nas diferentes convenções relativas aos direitos da propriedade intelectual: Convenção de Paris (1967); Convenção de Berna (1971); Convenção de Roma e no Tratado sobre a Proteção de Propriedade Intelectual relativa aos circuitos integrados. O Acordo consagra dois princípios fundamentais:
>
> - *O princípio do tratamento nacional* (artigo 3.º), segundo o qual, cada membro concederá aos nacionais dos demais membros tratamento não menos favorável que o outorgado aos seus nacionais, relativamente à proteção da propriedade intelectual.
>
> - *O tratamento da nação mais favorecida* (artigo 4.º), segundo o qual qualquer vantagem concedida por um membro aos nacionais de qualquer outro membro será concedida, imediata e incondicionalmente, aos nacionais de todos os outros membros mesmo se tal tratamento for mais favorável do que aquele que concede aos seus próprios nacionais.
>
> IV) *Acordo Tribunal Unificado de Patentes*[77], de natureza comunitária, foi criado por Acordo e entrou em vigor a 1 de janeiro de 2014. Visa a solução dos litígios relacionados com a violação e a validade das patentes. O artigo 25.º/1 do Acordo Tribunal Unificado de Patentes, consagra ao titular da patente «o direito de impedir terceiros de proceder, sem o seu consentimento: a) fabrico, à oferta, à colocação no mercado e à utilização do produto objeto da patente, bem como à importação do produto ou à sua armazenagem para esses fins; b) utilização do processo objeto da patente ou, se o terceiro tem ou devia ter conhecimento de que a utilização do processo é proibida sem o consentimento do titular da patente, à

[73]Cfr. GOMES CANOTILHO, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 2010, p. 235-236.

[74]Cfr. Cristina CALDEIRA, Liberdade de educação e direito à educação, 2013, p. 390.

[75]Regulamento de Execução do Tratado de Cooperação em Matéria de Patentes, em vigor a partir de 1 de julho de 2017

[76]Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS).

[76]CONSELHO, Acordo relativo ao Tribunal Unificado de Patentes, JOUE, C/175/01, 20.06.2013.

oferta da sua utilização nos Estados membros participantes em que a patente tem efeito; c) oferta, à colocação no mercado e à utilização, ou à importação ou armazenagem para esses fins, de produtos obtidos diretamente pelo processo objeto da patente.». O artigo 26.º/1 do Acordo Tribunal Unificado de Patentes, prevê o direito de impedir a utilização indireta da invenção, conferindo a patente seu titular «o direito de impedir terceiros de, sem o seu consentimento, fornecer ou disponibilizar, nos Estados membros participantes em que a patente tem efeito, a qualquer pessoa que não tenha o direito de explorar a invenção patenteada, os meios para utilizar, nesse território, a referida invenção no que se refere a um seu elemento essencial, caso o terceiro tenha ou deva ter conhecimento de que tais meios são adequados e destinados a essa utilização».

8. Considerações Finais

O desenvolvimento da economia verde e a sua integração mundial impõe inovação e avanços tecnológicos à escala global. O carácter transversal da transformação em curso e a nova paisagem digital tem conduzido alguns observadores a referir-se à emergência de um novo paradigma jurídico, com impacto nos direitos dos criadores/autores ao qual a União Europeia não é indiferente. Nasce assim o apelo a soluções internacionais inovadoras que promovam oportunidades de desenvolvimento.

Em resposta foram celebrados acordos internacionais com a finalidade de desenvolver e defender o sistema de patentes e de transferência de tecnologia através da cooperação entre os países. A nível comunitário, a União Europeia consagrou a patente europeia através da Convenção sobre a *Patente Europeia* (CPE) ou Convenção de Munique, à qual está subjacente um direito comum aos Estados Contratantes em matéria de concessão de patentes de invenção. Para a resolução dos litígios relacionados com a violação e a validade das patentes criou-se por acordo o Tribunal Unificado de Patentes em 2013. A nível internacional, foi celebrado o Acordo sobre aspetos dos direitos de propriedade intelectual relacionados com o comércio (ADPIC) à luz do qual se faz a inserção da propriedade intelectual nas negociações comerciais, com o objetivo de garantir, em todos os países membros, a aplicação das normas de proteção da propriedade intelectual, que se inspiram nas obrigações enunciadas pela Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI) e nas diferentes convenções relativas aos direitos da propriedade intelectual.

Referências

CALDEIRA, Cristina. *Liberdade de educação e direito à educação*: perspetivas constitucionais e políticas. Tese de Doutoramento em Direito, especialidade em Ciências Jurídico-Políticas, 2013. Disponível: http://hdl.handle.net/11144/263. [Consul. 23.08.2015].

_____. *O Design de moda global e a propriedade intelectual*: uma perspetiva jurídico-económica. Publicação intitulada Pesquisas em Design, Gestão e Tecnologia de Têxtil e Moda da Escola de Artes, Ciências e Humanidades - Universidade de São Paulo - São Paulo - SP – Brasil, 2016.

COMISSÃO EUROPEIA. *Ambiente e Alterações Climáticas*. 2017. Disponível: http://eur-lex.europa.eu/summary/chapter/environment.html?locale=pt&root_default=SUM_1_CODED%3D20. [Consul.12.03.2017].

_____. *O caminho a seguir a partir de Paris*: avaliar as implicações do Acordo de Paris. Bruxelas, 02.03.2016. COM (2016) 110. Disponível: http://eur-lex.europa.eu/homepage.html. [Consul.12.03.2017].

_____. *Uma Estratégia-Quadro para uma União da Energia resistente e dotada de uma Política em Matéria de Alterações Climáticas virada para o Futuro*. Bruxelas, 25.2.2015. COM (2015) 80. Disponível: http://eur-lex.europa.eu/homepage.html. [Consul.16.03.2017].

_____. *Uma Agenda de Novas Competências para a Europa*: Trabalhar em conjunto para reforçar o capital humano, a empregabilidade e a competitividade. Bruxelas, 10.6.2016. COM (2016) 381. Disponível: http://eur-lex.europa.eu/homepage.html. [Consul.17.03.2017].

_____. *Acelerar a transição da Europa para uma economia hipocarbónica*. Bruxelas, 20.07.2016. COM (2016) 500. Disponível: http://eur-lex.europa.eu/homepage.html. [Consul.16.03.2017].

_____. *Livro verde, promover um quadro euro-*

peu para a responsabilidade social das empresas. Bruxelas, 18.07.2001. COM (2001) 366 final. Disponível: http://eur-lex.europa.eu/homepage.html. [Consul.12.03.2017].

_____. *Rumo a um quadro de direitos de autor moderno e mais europeu*. Bruxelas, 09.12.2015. COM (2015) 626 final. Disponível: http://eur-lex.europa.eu/homepage.html. [Consul.12.03.2017].

_____. *Comunicação conjunta ao parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, Governação internacional dos oceanos*: uma agenda para o futuro dos nossos oceanos, JOIN (2016) 49 final, Bruxelas, 10.11.2016. Disponível: http://eur-lex.europa.eu/homepage.html. [Consul.16.03.2017].

_____. *Diretiva 2004/48/CE*, de 29 de Abril de 2004, relativa ao respeito dos direitos de propriedade intelectual, in JOUE, nº L 195, de 2 de junho de 2004. Disponível: http://eur-lex.europa.eu/homepage.html. [Consul.16.03.2017].

_____. *Diretiva 2004/35/CE* relativa à responsabilidade ambiental em termos de prevenção e reparação de danos ambientais, in JOUE, nº L 143/56, de 21 de Abril de 2004. Disponível: http://eur-lex.europa.eu/homepage.html. [Consul.16.03.2017].

_____. *Diretiva 2014/26/UE* do Parlamento e do Conselho de 26 de fevereiro de 2014, relativa à gestão coletiva dos direitos de autor e direitos conexos e à concessão de licenças multiterritoriais de direitos sobre obras musicais para utilização em linha no mercado interno Texto relevante para efeitos do EEE, in JOUE, nº L 84/72, de 23.03.2014. Disponível: http://eur-lex.europa.eu/homepage.html. [Consul.16.03.2017].

CONSELHO. *Acordo relativo ao Tribunal Unificado de Patentes*, in JOUE, n.º C/175/01, Brucelas, 20.06.2013. Disponível: http://eur-lex.europa.eu/homepage.html. [Consul.1.04.2017].

DIREÇÃO GERAL de POLÍTICA do MAR. *Estratégia Nacional para o Mar* (2013-2020). Disponível: http://www.dgpm.mam.gov.pt/Pages/ENM_2013_2020.aspx. [Consul.16.03.2017].

EUROPEAN ENVIRONMENT AGENCY. *Climate Change, impacts and vulnerability in Europe 2016*. Reporte nº 1/2017. Disponível: http://www.eea.europa.eu/publications/climate-change-impacts-and-vulnerability-2016. [Consul.16.03.2017].

GOMES CANOTILHO. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª edição. Coimbra: Almedina, 2010.

HABBERMAS, Jürgen. *Um Ensaio sobre a Constituição da Europa*. Trad. Mrian Toldy; Teresa Toldy. Lisboa: Edições 70 Lda, 2012. Título original: Essay zur Verfassung Europus (2011), p. 25.

JOIN (2016). *Comunicação Conjunta ao Parlamento Europeu ao Conselho, ao Comité Económicos e Social Europeu e ao Comité das Regiões*. Governação Internacional dos Oceanos: uma agenda para o futuro dos nossos oceanos. Bruxelas, 10.11.2016. Disponível: http://eur-lex.europa.eu/homepage.html. [Consul.6.04.2017].

KLEIN, Naomi. *Tudo Pode Mudar, Capitalismo vs Clima*. Queluz de Baixo: Editorial Presença, 2016.

LUTHER KING Jr., Martin. «Beyond Vietnam», discurso, Nova Iorque, 4 de abril de 1967, Martin Luther King Jr. *Research and Education Institute, Universidade de Stanford*. Disponível: http://mlk-kpp01.stanford.edu. . [Consul.16.03.2017].

MINISTÉRIO do AMBIENTE, ORDENAMENTO do TERRITÓRIO e ENERGIA. *Compromisso para o Crescimento Verde*, 2015. ISBN: 978-989-8097-22-4. Disponível:http://www.crescimentoverde.gov.pt/wpcontent/uploads/2014/10/CrescimentoVerde_dig.pdf. [Consul.16.03.2017].

OTERO, Paulo. *Direito Constitucional Português*: Identidade Constitucional, Volume I. Coimbra: Almedina, 2010.

OLIVEIRA ASCENSÃO, J. *Direito Civil Direito de Autor e Direitos Conexos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

_____. Direito de autor sem autor e sem obra. Volume 2, 87-108. *In: Estudos em homenagem ao Prof. António Castanheira Neves*. Coordenação: Jorge de Figueiredo Dias, José Joaquim Gomes Canotilho, José de Faria Costa. Coimbra: Coimbra editora, 2008.

ORGANIZAÇÃO das NAÇÕES UNIDAS. *Relató-*

rio de Avaliação Ecossistémica do Milénio. 2000. Disponível: http://www.millenniumassessment.org/documents/document.446.aspx.pdf. [Consul.16.03.2017].

RESOLUÇÕES do CONSELHO de MINISTROS

_____. *Resolução n.º 14-/2016*. Estabelece as condições de funcionamento da Comissão Interministerial dos Assuntos do Mar. Diário da República n.º 53/2016, Série I de 2016-03-16. Disponível: http://data.dre.pt/eli/resolconsmin/14/2016/03/16/p/dre/pt/html. [Consul.16.03.2017].

_____. *Resolução n.º 84-A/2016*. Aprova a redefinição e a extensão do mandato da Estrutura de Missão para a Extensão da Plataforma Continental. Diário da República n.º 248/2016, 1º Suplemento, Série I de 2016-12-28, disponível: http://data.dre.pt/eli/resolconsmin/84-a/2016/12/28/p/dre/pt/html. [Consul.01.04.2017].

SCHMIDT, Luísa; DELICADO, Ana (Coords.) *Ambiente, alterações climáticas, alimentação e energia: a opinião dos portugueses*. Lisboa: Imprensa de Ciências Sociais,2014. Disponível: http://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/10847/4/ICS_LSchmidt_ADelicado_Ambiente_LEN.pdf». [Consul.10.03.2017].

VAZ, Sofia Guedes. *Ambiente em Portugal*. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2016. Versão consolidada do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, in Jornal Oficial nº C 326 de 26/10/2012 p. 0001 – 0390. Disponível:http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A12012E%2FTXT. [Consul.15.03.2017].

VICENTE, Dário Moura. A *Tutela Internacional da Propriedade Intelectual*. Coimbra: Editora Almedina, 2008.

WORLD BUSINESS COUNCIL FOR SUSTAINABLE DEVELOPMENT (WBCSD) Disponível: http://www.wbcsd.org. [Consul.16.03.2017].

Cristina Maria de Gouveia Caldeira

Experiência Profissional

Jurista e Investigadora de Pós-doutoramento da FCHS/UNL, Universidade Nova de Lisboa e FCT.

Vice-Reitora, Docente e Presidente do Conselho Pedagógico do IADE-U.

Vice-Presidente do Conselho de Direção do Movimento Europeu em Portugal.

Coordenadora Científica do Projeto L3 – Lisboa Laboratório Comum de Aprendizagem, Fundação Calouste Gulbenkian, IADE-U, FCHS/UNL e IST-Instituto Superior Técnico da Universidade de Lisboa (2015-16). Coordenadora de Projetos Europeus: Eramus Intensive Programme/Training for Young European Entrepreneurs, e de instrumentos europeus para o ensino superior: ECHE Erasmus Charter for Higher Education (2014-2010) e Suplemento ao Diploma (2013- 2016) do IADE-U. Consultora jurídica na área da Propriedade Intelectual. Arguente de várias teses na área jurídica e conferencista internacional na área jurídica.

Professora convidada da Universidade Autónoma de Lisboa, para os Seminários do Curso de Doutoramento, sob o tema: Regime Fundacional (2016). Da Universidade STENDEN (Holanda); Vistula (Polónia), ESPM (Porto Alegre, Brasil), FAE (Curitiba, Brasil) e UNIVATES (Lajeado/Brasil) na área da propriedade Intelectual.

Tem participado como oradora em diversas conferências e seminários nacionais e internacionais: Seminários de investigadores FCT e Pós-Doc: A tutela internacional dos direitos de propriedade intelectual: estudo comparado entre Portugal e o Brasil na ótica do direito autoral https://seminarioinvestigadoresfctposdocs.wordpress.com/investigadores/pos-docs/cristina-caldeira/

Autora de projetos de diplomas legais e de diversos trabalhos de investigação realizados, nomeadamente nas áreas do Direito e da Administração Pública.

Formação Académica

Doutora em Direito, especialidade em Ciências Jurídicas e Políticas na Universidade Autónoma de

Lisboa Tese publicada sob o título: Liberdade de Educação e Direito à Educação: perspetivas constitucionais e políticas.

Programa doutoral em Ciência Política, especialidade em Políticas Públicas, Universidade Católica Portuguesa – Instituto de Estudos Políticos, Lisboa.

Investigação no âmbito do Programa Doutoral, em St. Antony's College, Oxford: Young People's Decision-making in Education, Training and Careers Markets in Portugal.

Bolseira da Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa.

Mestrado em Economia Internacional, Instituto Superior de Economia e Gestão, Lisbon School of Economics of Management, Universidade de Lisboa.

Licenciada em Relações Internacionais e em Direito, Universidade Autónoma de Lisboa.

Pós-Graduação em Ciências Jurídicas, Universidade Católica Portuguesa;

Pós Graduação em Direito dos Contratos e do Consumos, Centro do Direito do Consumo, Universidade Coimbra.

Investigação/Publicação

Pós-Doutoramento sob o tema: Os Direitos de Autor como garantia da independência e dignidade dos criadores e inteérpretes na era digital: Uma perspectiva luso-brasileira (a concluir em 2016), Instituto de História Contemporânea e Centro de Investigação e Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa.

Colabora na qualidade de pesquisadora no Laboratório de Pesquisa em Bioética e Ética na Ciência do Hospital de Clínicas de Porto Alegre – LAPEBEC/HCPA, para a realização de seu estágio Pós Doctoral, na área de investigação relacionada a interface da Bioética e os Direitos de Propriedade Intelectual, Brasil.

CALDEIRA, Cristina. *O Design de moda global e a propriedade intelectual*: uma perspetiva jurídico-económica in Livro III de Pesquisas em *Design*, Gestão e Tecnologia de Têxtil e Moda da Escola de Artes, Ciências e Humanidades - Universidade de São Paulo - São Paulo - SP – Brasil, p. 19-29, 2016. ISBN:978-85-64842-25-0 (Brochura). ISBN: 978-85-64842-24-3.

_____. *A Tutela Internacional dos Direitos de Propriedade Intelectual*: Estudo Comparado entre Portugal e o Brasil na ótica do Direito Autoral, in Anais do II Congresso Internacional de Marcas/*Branding*: Conexões e Experiências, p. 46-64, 2016. ISBN: 978-85-8167-149-9.

_____. *The Globalization of Intellectual Property Rights*: Copyrights, S&S 2015, 8th International Conference Senses and Sensibility 2015, Design as a Trade, palestra, 06/10/2015 e publicação, Lisboa: http://www.iade.pt/unidcom/senses2015/.

_____. *A Especial Relação do Direito da Publicidade com os Direitos dos consumidores*. Ed. Edições IADE, Lisboa, 2013. ISBN: 978-989-8473-09-7;

_____. *A Cidade e o Compromisso Educativo*. Ed. Edições IADE. Lisboa, 2013. ISBN: 978-989-b473-10-3;

SALAZAR, Abel, La Crise de L´Europe. Note D´Ouverture de José Manuel Durão Barroso, Ed. Orfeu, Bruxelas, 2013 (Introdução à obra realizada por Cristina Caldeira).ISBN: 978-2-87530-033-1.;

SALAZAR, Abel, The European Crisis, Opening Message by José Manuel Durão Barroso, Ed. Orfeu, Bruxelas, 2013 (Introdução à obra realizada por Cristina Caldeira). ISBN: 978-2-87530-034-8;

_____. *Educação, Formação e Sociedade*: os três motores do desenvolvimento. In Público, 31 de Agosto de 2005;

_____. *Análise do contexto sócio-cultural e económico que determina a orientação do ensino técnico e profissional*: O Concelho de Cascais. Ata do II Congresso da Associação Portuguesa de Ciência Política, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa. Um caso de ensino no conselho de Cascais. In Idade da Imagem, nº 10, CEIADE – Centro Editorial do IADE, Janeiro - Abril, Ano IV, p. 28-34, 2004.

ARTIGO

Bottom-Up Branding: Desafíos desde una tercera era del marketing

Sebastian Goldsack Trebilcockr[1]

Resumen:
Los modelos de construcción de marcas han ido evolucionando a razón lo han hecho las aproximaciones teóricas del Marketing, incorporando nuevas variables desde una primera preocupación sobre la recordación de marca. En una denominada "tercera era" se ha reconocido la importancia de situar a las marcas desde un contexto social, incorporando el concepto de co creación como principal fenómeno, cambiando con ello la relación de control que las empresas pensaban ostentar, impactando en la forma en que las estrategias deben ser consideradas, pasando a ser impuestas (Top-Down) a ser culturales (Bottom-Up). Se propone mediante un análisis descriptivo de las principales eras de Marketing reconocidas en la literatura, establecer una serie de desafíos para así contribuir al debate de los procesos y modelos de construcción de marcas.

Palabras-clave: *marca; marketing eras; branding; cultural branding*.

Resumo:
Os modelos de construção de marcas têm avançado pelo fato de terem feito aproximações teóricas do Marketing, incorporando novas variáveis como ser a primeira preocupação com a recordação de marca. Na denominada "terceira era" se tem reconhecido a importância de situar as marcas em um contexto social, incorporando o conceito de cocriação como principal fenômeno, mudando com ele a relação de controle que as empresas pensavam ostentar, impactando na forma em que as estratégias devem ser consideradas impostas (Top-Down) a ser culturais (Bottom-Up). Mediante a análise descritiva das principais eras do Marketing reconhecidas na literatura, se propõe estabelecer uma série de desafios para, assim, contribuir para o debate dos processos e modelos de construção de marca.

Palavras-chave: marca*;* eras de marketing; *branding*; cultural *branding*.

Abstract:
The brand building models have been developed as the theoretical approaches of Marketing have evolved, incorporating new variables from a first concern about brand recall. We can talk about a third era of marketing where the importance of placing brands in a social context has been recognized, by incorporating the concept of co creation as the main phenomenon, changing the control relationship that companies thought to display, impacting on the way that strategies should be considered, from being imposed (Top-Down) to being cultural (Bottom-Up). It is proposed through a descriptive analysis of the main eras of Marketing recognized in literature, to establish a series of challenges to contribute to the debate of the processes and models of brand building.

Keywords: brand; marketing eras; branding; cultural branding.

Résumé:
Les modèles de construction de marques se sont dû à leurs approches théoriques au Marketing, par l'intégration de nouvelles variables comme le souci du rappel de la marque. À la troisième ère, on recconnaîtl'importance de situer les marques dans un contexte social, incluant le concept de co-création comme phénomène principal, changeant avec lui le rapport de contrôle que les entreprises croyaient montrer, ayant un impact sur la façon dont les stratégies doivent être pensées, passant de leur imposition (Top-Down) à des stratégies culturelles (Bottom-Up). D'après l'analyse descriptive des principales ères du Marketing reconnues dans la littérature, on propose établir une série de défis pour contribuer, ainsi, au débat des processus et modèles de construction de marque.

Mot-clés: marque; époques de commercialisation; branding, branding culturel.

[1]De profesión Publicista. Licenciado en Comunicación Social, con estudios de post titulo en el área de la administración de empresas con especialidad en Marketing Estratégico y Educación, cursando también estudios en Alta Dirección, Magíster en Ciencias de la Comunicación y cursando doctorado en Ciencias de la Comunicación. Decano de la Facultad de Comunicaciones de la Universidad del Pacífico en Santiago de Chile. En su carrera académica ha impartido clases y conferencias en diferentes universidades tanto Chile como en Brasil, España, Colombia y Argentina. Dirección Ejecutiva de AMD, Asociación de Marketing Directo y Relacional de Chile. Director en el Consejo de Autorregulación y Ética Publicitaria entre los años 2012 al 2016. Director de la Fundación Mar de Chile, de la Reserva Naval Yates de la Armada de Chile. Director de Make a Wish-Chile. Miembro fundador del Observatório de Marca.

INTRODUCCIÓN

Existe coincidencia en que las marcas se han transformado en algo estratégico (KAPFERER, 2008), suscitando gran cantidad de libros, artículos e investigaciones académicas como un fenómeno transversal a cualquier sector económico (ALLEN, FOURNIER, MILLER, 2008).

Las marcas han logrado penetrar en nuestras vidas como un símbolo de posmodernidad (KAPFERER and THOENING, 1989), ampliando con ello cada vez más su ámbito de dominio desde solamente el marketing (WEBSTER Jr. y KELLER, 2004), cobrando una mayor relevancia en los debates y los devenires de una empresa (DAVIS y DUNN, 2002) toda vez que han pasado a ser consideradas como activos críticos (KELLER,1993; RAO, MAHAJAN, y VARAIYA, 1991) con capacidad de explicar en muchos casos la generación de los flujos de caja a razón de un sobreprecio dado un valor percibido (SRIVASTAVA, SHERVANI, y FAHEY,1998) y por ende de sus resultados financieros (BAHADIR, BHARADWAJ y SRIVASTAVA, 2008), llegando a ser en algunos casos incluso el 75% del valor accionario de una compañía (KNOWLESS, 2003).

Tradicionalmente, el poder estratégico de una marca ha sido explicado desde aproximaciones económicas, psicológicas y teorías de comportamiento de consumo (ANDERSON, 1983), siendo una referencia para un mercado mediante un sistema de símbolos de representación y asociaciones (AAKER, 1996), permitiendo que se identifique la oferta de una empresa - o desde el mercado - una forma en que los consumidores la reconozcan desde una percepción de calidad, una promesa o un valor determinado (LANE y LEHMANN, 2006), pudiendo incluso relacionar emocionalmente a una persona mediante una percepción de valor sobre un producto o un servicio, modificando con ello una actitud de no indiferencia (KAPFERER, 2008).

Lo que tradicionalmente se entendía como poder - vale decir el control de las variables y las relaciones que las marcas producen con sus consumidores - se ha visto en una situación de cambio (ALLEN, FOURNIER, MILLER, 2008) al estar hoy el consumidor al mando. El nuevo paradigma cambia el eje no sólo del control, sino de quien realmente media en los procesos de construcción de una marca, cambiando con ello la forma en que se expresa y la manera en que la publicidad atiende el proceso de persuasión sobre ellas (KELLER y LEHMANN, 2005).

El marketing, y en ello de manera subsidiaria los procesos de cómo las marcas son creadas, están transitando desde modelos en que era la empresa quien imponía la forma y el modelo en que se genera el valor – o desde la administración conocido como estrategias del tipo *Top Down* – a uno en donde son las personas, su cultura, sus medios de expresión y estilos de vida los que generar el valor – recogiendo nuevamente conceptos de la administración, modelos tipo *Bottom Up* – imponiendo nuevos diálogos, ya no desde las promesas o beneficios de las prestaciones que un producto u otro puedan brindar, sino desde una evaluación de los principios sociopolíticos e ideológicos que una empresas y sus marcas puedan brindar a un sistema (O'GUINN y MUÑIZ, 2004).

Es interesante establecer entonces un análisis descriptivo de la evolución de las eras del marketing, reconociendo en la literatura a lo menos tres grandes instancias (GARCÍA ECHAVARRÍA, 1994), revisando cómo los modelos de construcción de marcas han acompañado esa evolución y reconociendo en ello las principales variables que fueron su mayor preocupación (HOLT, 2004) para así establecer desde este repaso una mirada a los desafíos actuales a lo que las construcciones de marcas se enfrentan.

Primera era: en búsqueda de la recordación de la marca

En los orígenes de la disciplina la orientación predominante para la construcción de marcas fue la de entenderla como un constructo racional mediante información relevante en un sistema de conocimientos estructurado (KELLER, 2003), ganando una posición predominante en la mente de las personas (RIES y TROUT, 2001), propiciando con ello que este poder estratégico ayudara a los consumidores a entender las marcas como atajos cognitivos, evitando riesgos en

una decisión entre varias alternativas (KAPFERER, 2008). En este sentido, las marcas fueron consideradas como asociaciones mentales con capacidad de influenciar y orientar una compra (KELLER, 1998), siendo condición necesaria el que sea de manera comparativa y para denotar alguna cualidad, mediante una asociación que exprese un único beneficio (American Marketing Association), relacionada a una evidencia que identifique la calidad y estabilidad de una empresa (STERN, 2006).

Bajo esta premisa, la recordación de estas asociaciones hacia una marca (*awareness*) pasó a ser un elemento clave, proyectando incluso la eficiencia que las acciones de marketing tendrían en el consumidor (KELLER, 1993). Una definición comúnmente aceptada es la de Aaker (1991), siendo por lo demás una de las más utilizadas en la literatura del área, estableciendo el *awareness* como "la habilidad del consumidor de recordar que una marca es parte de una categoría de productos", explicando la naturaleza y razón de la creación de marcas en la capacidad de influenciar un proceso de compra al afectar la actitud de las personas - tanto a nivel de comportamiento como en la consideración afectiva - al presentarse desde un reconocimiento que provoca sensaciones de familiaridad y confort (AAKER, 1996; AAKER y ALVAREZ DE BLANCO, 1995).

El *awareness* se estableció como la razón predominante de la marca, es decir, los conceptos por lo que es identificada y reconocida, actuando sobre la forma en que recordada e involucrando tanto razones emocionales como cognitivas (PERCY y ROSSITER, 1992), siendo la aspiración de quienes creaban marcas la de querer establecer un conocimiento lo más compartido posible en todos quienes se relacionaran con ella, pretendiendo que su significado fuese gestionado mediante la reiteración de los mensajes publicitarios, dando un carácter único que hiciera consistente, congruente y coherente en la propuesta de un valor (AAKER y SHANSBY, 1982; KELLER, 1993; 2003; RIES y TROUT, 2001), influyendo decididamente en la formación de las asociaciones con las que se percibe, así como la imagen que proyecta (KELLER, 1993).

Desde el marketing, estas aproximaciones coinciden con lo que se ha identificado como la primera era: aquella que preocupada de la expansión de los mercados, requería que los consumidores conocieran una oferta, la reconocieran y fueran capaces de relacionarla con un algo, siendo idealmente distintivo, único y compartido, explicando con aquello en gran medida las decisiones de compra de los consumidores (KHOLI y LEUTHESSER, 2001; RICHARD, FOSTER y MORGAN, 1998; KELLER, 1993, 2003).

La relación de esta primera era del marketing y el *awareness* de la marca es pensar que es la empresa quien controla los esfuerzos, asumiendo con ello que el mercado es más bien receptivo de estas iniciativas de una forma inerte.

Dado que las marcas tuvieron la necesidad de difundir su propuesta única de ventas, resultando eficiente hacerlo mediante mensajes que resalten atributos y beneficios diferenciadores. Siguiendo la terminología propuesta por Holt (2004) a esta era desde las marcas se le reconoce como la de *mente compartida*, siguiendo una lógica de argumentos racionales, apoyado por evocativos emocionales.

Durante esta época se asumió que información era igual que sentido, y que ser recordado era similar a ser querido (MCCRAKEN, 2005), generando la ilusión de control al considerar la marca como un ente abstracto al cual podían hacerse modificaciones y que el marcado recogería de manera automática.

Segunda era: en búsqueda de la identidad de la marca

En la medida que los mercados se expandieron y se complejizaron, la mera recordación de la marca dejó de ser razón predictora del éxito de su desempeño en un mercado, perdiendo ese poder estratégico en la medida que requirió de otras disciplinas como la psicología y sociología para complementar los modelos utilizados. Las marcas pasaron de proponer asociaciones funcionales de atributos y beneficios, para proponer relaciones emocionales y vinculantes con su consumidor, requiriendo de argumentos que permitieran representar un mundo, organizan-

do textos de manera coherente en sus categorías (HALLIDAY, 1978; 2004).

Las marcas aspiraron a ser símbolos, metáforas y alegorías, transformándose en un cuerpo de propiedades psicológicas y sociales (KELLER, 2000). Para ello, se definieron como pseudo personas, atribuyéndose una identidad, una personalidad, y una estructura de asociaciones posibles, utilizando signos en una estructura de representación visual y del lenguaje (KAPFERER y THOENING, 1989), reduciendo esta vez la percepción de riesgo de una compra entre diferentes alternativas por medio de una credibilidad que como persona es capaz de brindar en el tiempo (ERDEM y SWAIT, 1998; MONTGOMERY y WERNERFELT, 1992).

La identidad de la marca dotó de un conjunto de valores a una promesa que fue capaz de relacionarse con los clientes (AAKER, 2006), superando el concepto de consumidor al personalizar y dotar de emociones la relación entre personas. Las marcas se ofrecieron como un canal de autoexpresión (PARK, MILBERG y LAWSON, 1991), sirviendo de base motivacional y emocional la que favoreció la relación con los mercados (HOPEWELL, 2005), valiéndose de lo visual para proveer de explicación, información y directiva sobre qué se debe hacer, convirtiendo estos sentidos en estadios sicológicos (KWIATKOWSKA, 2005).

Siguiendo con la terminología propuesta por Holt (2004), a esta era del marketing se la define como *branding* emocional, cargando los mensajes de apelaciones emotivas para el logro de relaciones más intimas, buscando contactar con su personalidad mediante estímulos sensoriales, de tal forma que la identidad de la marca fuese ese conector que permitiera una preferencia de elección entre ofertas relativamente similares.

Tercera era: en búsqueda de valores e ideales

En las dos primeras orientaciones expuestas, la premisa con que se construyen marcas es la del control: la empresa se siente la dueña de la marca y piensa que controla lo que se recuerda de ella, así como la relación que tiene con sus clientes. En ambas también se considera que las marcas viven en la mente de las personas, y es en ese contexto en donde se libera la competencia con el restante de las marcas de la categoría (RIES y TROUT, 2001).

Tanto el *awareness* como la identidad de marca son conceptos que ayudan a generar concepciones abstractas sobre una marca, pero ambas están sujetas a una cultura y desde ahí se significan y adquieren sentido (HOLT, 2004).

En esta tercera era del marketing se reconoce que las ventajas competitivas dadas por los atributos, beneficios y relaciones que puedan generar desde la empresa están superados, o lo menos son igualables (BLAS JIMENÉZ, 2014). Se hace cargo del contexto y entorno en donde operan sus estrategias, tensionando a las marcas a una búsqueda de segmentos que más allá de adoptar su personalidad como un par válido, le aporte otros valores que la distingan y genere su adopción.

No es que las variables *awareness* o personalidad de marca dejen de ser válidas y parte del proceso de construcción de marcas, simplemente son parte de una génesis que sólo adquiere valor en la medida que son puestas en un contexto en que puedan ser consumidas y compartidas. Entra en el debate el concepto de *engagement*, muchas veces traducido como una capacidad de generar relacionamiento y adhesión a una idea o causa, requiriendo entonces que las marcas busquen propósitos más amplios que una simple promesa de funcionamiento. El llamado marketing 3.0 (PORTER, KARTAJA y SETIAWAN, 2010) se establece como una nueva era de la disciplina en donde las marcas buscan desde sus valores corporativos apelativos en donde la identidad, el reconocimiento y el sentido de dirección ofrecido se encuentra fuera de la organización, en forma de un espacio de expresión cultural en donde la empresa se presenta como agente de cambio y no tan solo como actor económico en un sistema de libre mercado.

El *engagement* propuesto por las marcas da un sentido de utilidad pública, de responsabilidad social, de trascendencia hacia un ecosistema y todo cuanto lo rodea, relevando por ejemplo la

ecología como valor de unión desde una comunidad en donde la marca genera tan sólo un *frame* en donde compartir opiniones y buscar en conjunto posturas de cambio.

En este sentido, las marcas dejan de ser controladas por las empresas para empezar a ser co-construidas con los consumidores, que desde una perspectiva hermenéutica (THOMPSON, POLLIO y LOCANDER, 1994), el sentido de una marca está determinado por las propias experiencias de vida que esta persona tiene, generando categorías desde una cultura determinada (MCCRAKEN, 1976).

Desde la terminología propuesta por Holt (2004), a esta era del *branding* se le denomina como cultural, enfatizando que son las personas y no las empresas las que tienen el mayor poder de influencia, y que existe un deseo por descubrir y explorar mucho más grande que al de recibir y ejecutar.

Se reconoce entonces a la maca como un texto social en un contexto cultural, como plataforma para permitir una interpretación colectiva (HATCH y RUBIN, 2005), considerando que la propia dinámica de los mercados hacen imposible el logro de generar esa percepción o posición única en la mente de las personas dado sus diferencias de género, ocupación, edad y geografía (BRIOSCHI, 2006; ELLIOTT, 1994; KOZINETS, 2001; SOLOMON, 1983), y que dado contextos cada vez más globales, las posibles relaciones y asociaciones atribuidas responden más que a un deseo de una empresa, a un relato desde un lugar y espacio determinado, siendo entendida como una moderadora al ser considerada como un símbolo cultural que mediante asociaciones de representación y retórica crea marcos y significados en grupos de consumidores (ASKEGRORD, 2006; CAYLA y ECKHORDT, 2008; LURY, 2004), en una historia que da un sentido de tiempo, creando un efecto social (MCCRAKEN, 1986).

Las marcas caen en cuenta que deben evolucionar en la medida que lo hace la cultura y la sociedad, dado que de no hacerlo pierden su valor original (OZANNE y MURRAY, 1995), debiendo presentarse como símbolo cultural y transformarse en expresiones concretas de valores e ideales sociales de sus tiempos (LEARS, 1995).

Desde esta orientación *cultural*, las marcas pasan a ser símbolos y signos, estableciendo variables de identidad al poder congregar un conjunto de asociaciones (AAKER, 2006), en la medida que ahora se presentan como expresiones que desde esa identidad puede mediar entre el individuo y la sociedad, generando una interpretación colectiva desde un contexto histórico en que se construye su significado, permitiendo considerar esa imagen como una contribución al análisis desde un punto de vista histórico, transformándola en íconos culturales prominentes en un espacio y cultura popular (HATCH y RUBIN, 2006).

Las marcas pasan a ser relatos de historias que se comunican desde los consumidores, desde su propia cotidianeidad, permitiendo que sea la forma en que se experimente y exprese la vida social (HOLT, 2002), contemplando en ello una diversidad de comunidades, etnias y subculturas en una relación de co-creación de identidad, siendo de relevancia estratégica el poder ser un canal de creación de cultura (HOLT, 1999), ganando autenticidad al poner a disposición herramientas por las cuales los consumidores puedan moldear formas de expresión que sean coherentes a sus propios intereses.

Conclusiones

Si la competencia en el mercado ya no se encuentra en ganar una posición en la mente de las personas, sino en el significado heurístico que las personas le atribuyen para usarlo en su diario vivir (FOURNIER, 1998; MCCRAKEN, 1986), algunos desafíos podrían estar en entender de mejor manera la naturaleza dinámica de esos significados (ALLEN, FOURNIER, MILLER, 2008), desde una relación dialógica en donde la empresa ya no tiene el control de las variables claves sobre el valor de sus marcas.

A su vez, sí las experiencias de una persona con la marca generan aspectos simbólicos que permiten moldear una identidad personal y social (HOLT, 2004), la cultura y la vida social son las variables a atender para significar esos actos de consumo (THOMPSON y HAYTKO, 1997).

Otros desafíos podrían estar en la forma en que las marcas se enfrentan al mercado, siendo lo común que se haga mediante ventas de promesas, de comercialización de atributos y beneficios, pudiendo dar paso al mundo de las ideas, de ideologías sobre cómo ver y entender el mundo, transmitidas en formas de historias y encapsulando mitos poderosos que ayuden a definir parte de esa cultura (BRANCH y BALL, 2005) dispuestas como discursos sociales (HAYTKO, 1997).

La co-creación de las marcas representa en sí otro ámbito particular de desafíos, teniendo el marketing la oportunidad de aportar a la generación de sentido para sus marcas desde las experiencias individuales de sus consumidores (RICHINS, 1994), siendo lo ordinario ahora lo extraordinario, y pudiendo desde esos efectos aportar a la generación de territorios compartidos desde una cultura, siendo el mayor difusor de ello el propio consumidor (FOURNIER, 1998; HOLT, 2002).

Sí las marcas son cada vez más un marco de interpretaciones, un contexto, una plataforma de expresión que invita a re significar una propuesta, usos y rituales, para luego ser trasladados al grupo (WIPPERFURTH, 2005), existen más desafíos en los cambios que deben ocurrir en las lógicas de construcción de marcas que hoy imperan en el mercado, siendo lo más común modelos de imposición ("*Top Down*"), más que los que reconocen el aporte en la co-construcción con los consumidores ("*Bottom Up*").

Desafíos

Desde la investigación:

- Poner a prueba las antiguas teorías a las actuales condiciones

Son muchas las investigaciones que se han propiciado desde las marcas, generando una cantidad de modelos de diversas índole y alcances, siendo necesario avanzar aún más en comprender ahora las dinámicas del consumidor actual en su relación con el mundo marcario. Comprender el fenómeno desde las teorías vigentes y desafiarlas desde la psicología cognitiva, desde las teorías de consumo y desde la propia publicidad resulta un desafío no pendiente, sino que constate, aportando a la industria desde lo que ella no alcanza a hacer: pensar de manera profunda y sistemática en un campo que por naturaleza es veloz y superficial.

Desde las empresas:

- Dejar de controlar para ganar en *engagement*

Las empresas deben reconocer que no tienen el control de las marcas, en estricto rigor tampoco le pertenecen dado que son los consumidores quienes las utilizan y les dan sentido: desde su contexto social, de su realidad y para su propios propósitos. Aceptar la co-creación no es un acto "valiente", ni siquiera es innovador, dado que la realidad es independiente a lo que las empresas quieran o crean que es. Las marcas son artefactos que habitan desde una cultura, y es desde las experiencias en que los relatos de las marcas se articulan, no siendo necesariamente lo que marca dice que es, mucho menos lo que seguramente aparece en el brandbook del gerente responsable del área. Dejando a la marca en "libertad" y permitiendo que sean los consumidores quienes busquen la relación, las empresas habrán seguramente abaratado costos de I+D, de grandes implementaciones comunicacionales en grandes medios, para pasar a ser un algo significativo y relevante para la vida de alguien.

- La Marca no es diferente al modelo de negocios

En una sociedad hiper-conectada de consumidores empoderados, mentir es pésimo negocio. Todo se sabe, está a un "clik" de distancia, teniendo mucho más credibilidad lo que las propias personas dicen que lo que marca es capaz de decir de si misma. Sí antes las promesas grandilocuentes podían ser atractivas, y sí la publicidad buscaba realzar lo "mejor de nosotros", hoy la honestidad y la trasparencia son las reglas del juego. La publicidad antes escondía lo peor para dejar ver lo mejor, hoy la publicidad debe transparentar el modelo de negocios, y no por eso no pierde su cualidad y naturaleza persuasiva, pero debe abrazar para ello causas e ideales que representen algo para alguien más. A la gente parece importarle más el cómo se gana el dinero que es lo que hacen con él, teniendo como contexto social una de las perores crisis de confianza en el sistema en general. No hay posibilidad de generar engagement si no hay primero confianza, y para que ello ocurra, debemos a lo menos existir un compromiso a decir la verdad.

- Proponer una mirada del mundo en vez de una promesa de marca

Pasaron las épocas del "Yo" para pasar a hablar del "Nosotros", con la condición de que eso implique una visión en que todos se sientan cómodos. Los movimientos sociales a nivel mundial pusieron en manifiesto que causas hay por millares, pero empresas que crean en ello y sean capaces de asumir un rol en provocar ese cambio son muy pocas. Las que lo han hecho (Patagonia, por ejemplo), hoy son íconos, son referencia de las que nadie duda su valor. Las marcas proponen una historia, un marco de conversación,

pero no son los actores ni el relator, por lo que sólo mediante una convicción de pasar a ser agentes puede llevar a realmente a que la invitación hecha a un mercado sea convincente.

Desde agencias de publicidad:

- Pasar de las piezas publicitarias a las ideas co creadas.

Sólo cuando las marcas se presenten como articuladores de sentido y propongan un marco dialógico los consumidores podrán desarrollar comunicación, y si bien existe un sistema agencial en donde las utilidades se realizan desde lo que hago invertir y no desde lo que hago ganar a la empresa, las agencias deben reconocer que el trabajo publicitario no sólo es generar piezas de consumo mediático, debiendo generar instancias y marcos de sentido que den forma a los modelos de negocios de sus clientes. De alguna u otra forma, quienes se abran a la idea de co crear con el consumidor podrán hacer marcas más relevantes y memorables, para ello se deberán vencer los egos dado que es posible que el mejor Director General Creativo de la cuenta no sea alguien de la agencia, sino un simple consumidor al que realmente le importa esa marca, y buscará por todos los medios que lo que él ve en ella sea una inspiración también para otros.

- Crear mensajes universales para individuos locales.

Dado que las marcas tienen de facto diferentes significados de acuerdo a las propias diferencias que tienen sus consumidores, los mensajes publicitarios deben olvidar la palabra segmentar (o excluir a un grupo en preferencia por otro), para conjugar el concepto de agrupar (o invitar a quienes se sienten interpelados por el mensaje). Las agencias deben aprender de los estudios culturales su capacidad de analizar inclusivamente, de poner en manifiesto consensos sociales por sobre códigos crípticos que según algún estudio de mercado dice ser el lenguaje del segmento tal o cual.

Desde los formadores de futuros constructores de marcas:

- *Ampliar la base disciplinar de la formación de los futuros constructores de marcas*

La evolución del marketing, y con ello la forma en que se han resuelto los modelos de construcción de marcas, han ido ampliando la visión desde lo netamente comunicacional, siendo hoy más bien la forma en que se expresan que lo que en sí las marcas representan. Mucho se ha avanzado desde la incorporación desde la psicología y la sociología, estando pendiente en cómo se forma desde lo que la cultura implica: siendo la literatura, la filosofía, la política y las expresiones sociales un ámbito postergado por las Universidades, quienes han privilegiado muchas veces el hacer por el pensar qué hacer, entendiendo que es más posible que el desafío de esos futuros profesionales sea más como articulador cultural que como productor de mensajes.

DEBATE

Debemos agradecer el aporte de las eras anteriores del marketing dado que nos han hecho llegar hasta este punto, en donde lo aprendido es parte de nuestro proceso metodológico de construcción de marcas, pero dejó de ser el fin.

Bienvenida la recordación y la identidad si eso nos hace que las personas que quieran compartir los ideales de la empresa logran expresarse en su vida por medio de una marca, siempre y cuando sea desde una sensación de estar asociados en esa conquista, debiendo dejar de controlar para justamente ganar control

Bienvenida la construcción de marca de debajo hacia arriba, depositando en los hombros de las empresas el recoger esas demandas y dar el suficiente contexto para desarrollar sentido a invitaciones más inteligentes, más conectadas y más democráticas.

Referencias Bibliográficas

AAKER, D. On Branding: 20 Principles That Drive Success. USA: Morgan James, 2014.

_____. Building Strong Brands. USA: Simon & Schuster, 1995.

_____. Construir marcas poderosas. Barcelona: Gestión, 2002.

AAKER, D and JOACHIMSTHALER, E. Brand Leadership. New York: Free Press, 2006.

ALLEN, C., FOURNIER, S., MILLER, F. Brands and their Meaning Markes. Handbook of Consumer Psychology Eds. Curtis P. Haugtvedt, Paul Herr, Frank R. Kardes. Taylor & Francis, 2008, pp 781-822.

BARROSO, A., LLOBET, G. Advertising and Marketing Research. (XLIX). 773 - 792. 2012.

DAY, G., PRATT, R. Stability of Appliance Brand Awareness. In Journal of Marketing Research. February, 1971, p. 85 - 89.

DILLOM, W., MADDE, T., KIRMANI, J., MURKEREJEE. Understanding What`s in a Branding Rating: A Modelo for Assessing Brand and Atribute Effects and their Relationship to Brand Equity. Journal of Advertising (November, 2001), p. 415 - 429.

ESCH, F.R., SCHMITT, B,. REDLER, J., LANGNER, T. The Brand Anchoring Effect: A Judgment Bias resulting from Brand Awareness Temporary Accessibility. Psychology and Marketing (26), 2009, p. 383 - 369.

FRANZEN, G., MORIARTY, S. The science and art of branding. USA: M.E. Sharp, 2008.

FREEMAN, R. E. Strategic Management: A stackeholder approach. New Jersey, USA: Prentice Hall, 1984.

GARCÍA ECHAVARRÍA, S. Teória Económica para la Empresa. Madrid, España: Díaz de Santos, 1994.

GOBÉ, M. Emotional Branding: The New Paradigm for Connecting Brands to People. New York, USA: Allworth Comunication, 2010.

HALBWACHS, Maurice. The Social Frameworks of Memory. On Collective Memory. Ed. Lewis Coser. Chicago: The University of Chicago Press, 1992. 37-167.

HALL, Stuart (ed.). Representation: cultural representations and signifying practices. Londres: Sage, 1997.

HOLT, D. B. Poststructuralist Lifestyle Analysis: Analusing the Pattering of Consumption in Postmodernity. Journal of Consumer Research, 23 (December, 1997), p. 326 – 350

_____. Why Brands Cause Trouble? A Dialectical Theory of Consumer Culture and Branding. Journal of Consumer Resarch. 29 (June, 2002), p. 70 – 89.

_____. How is cultural Branding Differente. USA: HBR Press, Chapter 2. September, 2004.

KAPFERER, J. The New Strategic Brand. London: Kogan Page, 2008.

KAPFERER, J., LAURENT, G. La sensibilité aux marques. USA: McGraw Hill.

KELLER, K.L. Administración Estratégica de marcas. USA: Prentice Hall, 2008.

KELLER, K.L. Conceptualizing, Measuring, Managing Customerd – Based Brand Equity. Journal of Marketing. 57 (January, 1993), p. 1 - 22.

KELLER, K.L. Strategic Brand Management: Building, Measuring and Managing Brand Equity, 2d. Ed. Upper Saddle River, NJ: Prentice Hall, 2002.

KOTLER, P. Marketing Management, 7th. Ed. Englewood Cliffs. NJ: Prentice Hall, 1997.

KOTLER, P., AMSTRONG, G. Fundamentos del Marketing. México: Pearson Educación, 2003.

LANE, K., LEHEMANN, D. Brands and Branding research findings and futures priorities. Marketing Science Institute Research Generation Conference, 2006.

LAURENT, G., KAPFERER, J., ROUSSEL, F. The Uderlyng structure of Brand Awareness Scores. Marketing Science (v.14), 1995, p.170 - 179.

LAKOFF, George y JONSON, Mark. Metaphors We Live By. The University of Chicago Press, 1980.

MCKEE, S. *Power Branding*: Leveraging the Success of the World's Best Brands. UK: McMillan, 2014.

MEJIER, M., KLEINNIEJENHUIS. (2006). *Issue News and Corporate Reputation*: Applying the Theories in the Field of Business Communication. Journal of Communication. (56), 2006, p. 543 - 559.

MIRZOEFF, Nicholas. *Introduction to visual culture*. New York: Routledge, 1999.

MUNIZ, A. M. Jr and O`GUINN, T. Brand Community. *In Journal of Comsumer Research*, 27 (March, 2001), p. 412 – 432.

OGILVY, D. *Ogilvy on Advertising*. USA: Random House, 1985.

O´GUINN, C., MUÑIZ, A. Brand Community. *In Journal of Consumer Research*, 27 (March, 2001), p. 412-32.

O´GUINN, C., MUÑIZ, A., Brand Community and the Sociology of Brands. In *Kim P. Corfman and John G. Lynch (eds), Advances in Consumer Research*, 1996, Volume 23, Provo, UT: Association for Consumer Research, 1995, p. 265-266.

_____. *Strong Brands, Strong Relationships*. London: Routledge, 2004.

SIGNORELLI, J. *StoryBranding*: Creating Stand--out Brands Through the Power of Story. USA: Greenleaf, 2012.

VALENTINI, C. y KRUCKERBERG, D. Public Relation and trust in contemporary global society: a Luhmannian perspective of the role of Public relation in enhncing trust among social system. *In Central European Journal of Communication* (1) 2011, p. 91 - 107.

VARGAS, L. Procesamiento de información y familiaridad de marca. *In Análisi* (30), 2003, p. 225 - 240.

ARTIGO

Marcas não tradicionais[1]: da construção de um significado ao reconhecimento, proteção jurídica e políticas públicas de incentivo no brasil

Thaís Carnieletto Muller[2]

Resumo:

Atualmente, não há mais o que se falar em marca restringindo-se a um logo, na medida em que resta comprovado que, quanto mais pontos sensoriais forem estimulados, maior será a adesão do consumidor à marca. Assim, a incidência de marcas compostas por uma forma tridimensional é cada vez maior. Contudo, percebe-se que a legislação não vem acompanhando essa nova realidade. Portanto, este artigo tem como objetivo analisar a proteção jurídica conferida às marcas não tradicionais. Trata-se de pesquisa qualitativa, na qual se utiliza o método dedutivo, em que considerações a respeito da dinâmica das relações que envolvem o reconhecimento e a proteção das marcas auxiliam na compreensão do estudo enfocado, cujo resultado revelou a pertinência da ampliação da proteção jurídica das marcas a partir da hermenêutica constitucional.

Palavras-chave: marca; marcas não tradicionais; Direitos Fundamentais; Propriedade Intelectual.

Resumen:

En la actualidad, no hay más necesidad de hablar de la marca se limita a un logotipo, en la medida en que queda demostrado que los puntos más sensoriales son estimulados, mayor es la adhesión del consumidor a la marca. Por lo tanto, la incidencia de marcas de compuestos de una forma tridimensional está aumentando. Sin embargo, está claro que la legislación no está al día con esta nueva realidad. Por lo tanto, este artículo tiene como objetivo analizar la protección jurídica de las marcas no tradicionales. Se trata de una investigación cualitativa, en la que se utiliza el método deductivo, en el que las consideraciones acerca de la dinámica de las relaciones que implican el reconocimiento y la protección de las marcas ayudan a comprender el estudio se centró, que puso de manifiesto la importancia de ampliar la protección jurídica marcas de la hermenéutica constitucional.

Palabras-clave: marca; marcas no tradicionales; Derechos Fundamentales; Propiedad Intelectual.

Abstract:
At present, there is no need to talk about brand as limited to a logo, to the extent that it is shown that the more sensory points are stimulated, the greater the consumer's adherence to the brand. Therefore, the incidence of composite marks in a three-dimensional shape is increasing. However, it is clear that the legislation is not up to date with this new reality. Therefore, this article aims to analyze the legal protection of non-traditional marks. This is a qualitative research, in which the deductive method is used, where considerations about the dynamics of relationships, involving recognition and protection of brands help to understand the study focused. The result revealed the importance of extending the legal protection of marks from constitutional hermeneutics.

Keywords: brand; non-traditional brands; Fundamental Rights; Intellectual Property.

Résumé:
De nos jours, il n'est plus question de parler de marque par la simple référence du logo, dans la mesure où il est prouvé que plus de points sensoriels sont stimulés plus élevée est l'adhésion du consommateur à la marque. Cependant, la législation ne suit pas cette nouvelle réalité. De ce fait, cet article a comme objectif analyser la protection juridique accordée aux marques non traditionnelles. Il s'agit d'une recherche qualitative où la méthode déductive est utilisée et des considérations à propos de la dynamique des relations qui englobent la reconnaissance et la protection des marques aident à la compréhension de l'étude ciblée. Le résultat révèle la pertinence de l'étendue de la protection juridique des marques à partir de l'herméneutique constitutionnelle.

Mots clés: marque; marques non traditionnelles; Droits Fondamentaux; Propriété Intellectuelle.

[1]A expressão "marcas não tradicionais" foi utilizada pela primeira vez no documento OMPI. Non Traditional Marks – Key learnings, Docment prepared by the Secretariat, Standing Comitee on the Law of Trademarks, Industrial Designs and Geographical Indications, SCT/18/2 de 31 de outubro de 2007, para designar marcas olfativas, sonoras, gustativas, táteis.

[2]Doutora pelo Programa de Pós-Graduação – Mestrado e Doutorado da UNISC. Professora do Curso de Direito do Centro Universitário UNIVATES. Membro do Núcleo de Inovação e Transferência de Tecnologia/Escritório de Relações com o Mercado da UNIVATES. Membro da Associação Portuguesa de Direito Intelectual. Membro fundadora do Observatório de Marcas. Advogada. Endereço eletrônico: thaiscmuller@univates.br

1 Introdução

No Brasil, muitas marcas não seguem os padrões estabelecidos na legislação – utilizando-se de inovações tecnológicas para serem distintivas por meio dos sentidos olfativo, gustativo, táctil e sonoro – e, em virtude dessa atitude inovadora, exsurgem discussões sobre a natureza jurídica da proteção marcária, sobre a (im)possibilidade de seu reconhecimento como marca (haja vista não serem visualmente perceptíveis) e sobre a (im) possibilidade de sua proteção jurídica.

Em que pese a proteção das marcas não tradicionais não esteja reconhecida expressamente pelo legislador ordinário, tem-se que a Constituição deve ser a baliza para interpretação das demais leis no ordenamento e não o contrário, sobretudo tendo em vista a positivação das marcas como um direito de propriedade intelectual de ordem de direito fundamental.

Assim, este artigo objetiva analisar se é possível, na atual conjuntura constitucional, estender para as marcas não tradicionais a proteção nos moldes dos demais direitos de propriedade intelectual, a fim de estar em consonância com a estratégia de desenvolvimento tecnológico e econômico no Brasil.

Dessa forma, apresenta-se o significado das marcas não tradicionais, as possibilidades de reconhecimento e de proteção das marcas não tradicionais, a partir da hermenêutica constitucional, bem como os impactos para o desenvolvimento econômico e tecnológico no Brasil. Ademais, propõe-se políticas públicas integradas para a disseminação da cultura do reconhecimento e proteção das marcas não tradicionais como estratégia de desenvolvimento econômico e tecnológico e inclusão social no Brasil.

2 A construção de significado de uma marca não tradicional

A OMPI (Organização Mundial da Propriedade Intelectual) prevê a possibilidade de proteção de signos distintivos visuais ou não, como evidencia o conceito abaixo:

> Las marcas pueden consistir en una palabra o una combinación de palabras, letras y cifras. Pueden consistir asimismo en dibujos, símbolos, características tridimensionales, como la forma y el embalaje de los productos, signos no visibles, como sonidos, fragancias o tonos de color utilizados como características distintivas; las posibilidades son casi ilimitadas (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL, 2014).

Salienta-se que esse conceito desvela a marca não apenas como um logo, mas como uma forma de manifestação dos sentidos: visão, audição, tato, olfato e paladar. Para Lindstrom (2005, p. 80) "Quanto mais pontos sensoriais forem estimulados ao construir marcas, maior será o número de memórias sensoriais ativas. Quanto maior o número de memórias sensoriais ativas, maior será a adesão do consumidor à marca".

O autor (2007) afirma que a marca é multissensorial, pois é percebida por todos os cinco sentidos e não apenas pelo visual. Para exemplificar, citam-se os testes cegos de comparação entre Coca-cola e Pepsi: a marca principal tem menor número de preferência entre os consumidores de refrigerante. Entretanto, quando a prova de sabor é repetida e os consumidores são informados sobre as marcas que vão provar, a Coca-cola domina a preferência, segundo Mendes (2014).

Logo, a marca não se resume a palavras ou logos, nomeadamente as compostas exclusivamente por uma cor (sem qualquer configuração) ou compostas por uma forma tridimensional, ela é sentida/vivida pelos públicos.

Silvestre et al. (2009, p. 6) concordam com Lindstrom e afirmam que o discurso da marca deve ser visto como um processo, "isto é, a forma como as pessoas comunicam-se usando a linguagem verbal, a fala ou a escrita, a linguagem visual, ou qualquer outro sistema semiótico na construção, consolidação, manutenção ou reconstrução da marca".

Contudo, para reconhecer essa nova realidade marcária, os juristas deveriam estudar a Teoria Geral dos Signos, que, segundo Pignatari (2004, p. 20), tem como uma das suas principais finalidades apurar a natureza dos signos e suas relações:

> Mas, afinal, para que serve a Semiótica? Serve para estabelecer as ligações entre um código e outro código, entre uma linguagem e outra linguagem. Serve

> para ler o mundo não-verbal: "ler" um quadro, "ler" uma dança, "ler" um filme – e para ensinar a ler o mundo verbal em ligação com o mundo icônico ou não-verbal. A arte é o oriente dos signos; quem não compreende o mundo icônico e indicial não compreende o Oriente, não compreende mais claramente por que a arte pode, eventualmente, ser um discurso do poder, mas nunca um discurso para o poder. [...] A Semiótica acaba de uma vez por todas com a idéia de que as coisas só adquirem significado quando traduzidas sob a forma de palavras.

Um exemplo de que as coisas não precisam ser traduzidas sob a forma de palavras para adquirir significado é evidenciado com a marca tridimensional da garrafa de Coca-Cola (Registro no INPI nº 8277835282), que foge ao conceito tradicional de marca: palavra, figura, letra ou outra representação gráfica e que adquiriu significado próprio, inclusive pela permanência da forma da garrafa, que antes era utilitário e agora tornou-se indicador de origem do produto. Quem vê a garrafa sinuosa e com vincos sabe que é Coca-Cola e quem a toca, de olhos vendados, também consegue fazer a mesma associação à marca.

A nova realidade marcária propõe ao indivíduo novas construções de sentido, sugere sistemas simbólicos que o auxiliam a pensar o mundo pós-moderno, fragmentado e múltiplo, mas isso exige do indivíduo a construção de uma coerência e unidade a partir das suas experiências vividas.

Analisando a marca Coca-Cola, pode-se afirmar que ao designar o produto (refrigerante), a marca apropriou-se de expressões/slogans, símbolos, sabores, sons, criando um conceito e imagem visual e acústica, próprios, dos quais se lhe retiram novas representações e impressões psíquicas. Sua onipresença no espaço público, sua capacidade para marcar o simbólico e o coletivo, sua propensão para movimentar a opinião pública e chamar a atenção da mídia, suas funções de intermediário identitário ou de bandeira coletiva deslocam a marca da esfera do consumo e a projetam para o cerne dos comportamentos sociais, das lógicas de troca, dos mecanismos de construção de identidade dos indivíduos e dos grupos, de acordo com Semprini (2010).

A natureza semiótica da marca pós-moderna reapresenta, portanto, a marca como um processo enunciativo que tem mais níveis de significado e significação. Segundo Pignatari (2004), sua construção deve ser feita a partir de três dimensões que a definem:

a) natureza semiótica: capacidade de construção e veiculação de significados;

b) natureza relacional: a marca é um resultado de um tipo de produção, que visa à recepção (decodificação e interação interpretativa) e está inserida em determinado contexto e gera maior ou menor adesão do público-alvo;

c) natureza evolutiva: relacionada com a capacidade de adaptação da marca às novas realidades contingentes.

Essas dimensões caracterizam a nova atuação das marcas como objeto semiótico enunciador de significados relevantes (natureza semiótica), a necessidade de manter uma unidade no discurso dos diversos sujeitos que definem a marca em dois aspectos principais na sua relação com o consumidor e no contrato da comunicação (natureza relacional) e, por último, a importância de as marcas pós-modernas serem mutáveis e adaptáveis ao ambiente no qual se situam (natureza evolutiva). Numa sociedade dominada pelo imaterial e pelo imaginário, não é a forma visual que deve ser protegida, mas o verdadeiro conteúdo de uma marca: seu enunciado (que independe da forma de apresentação) e suas dimensões conceituais.

2.1 A pertinência da ampliação da proteção jurídica da marca não tradicional no sistema normativo de proteção dos direitos intelectuais brasileiros a partir da hermenêutica constitucional

O fato de ser signatário do Acordo TRIPs (*Trade Related Intelectual Property Rights*), fez com que o Estado brasileiro incorporasse os seus parâmetros no ordenamento jurídico da nação, regulando as relações sociais, econômicas e o interesse público fulcrado no bem comum. As suas ações foram pautadas na moralidade (vide art. 37 da Constituição) e na utilidade pública, decor-

rentes do fim social do Estado:

> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
> IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

Considerando-se todos os fatos descritos acima, a Constituição Federal de 1988 previu, como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: "Art. 3º [...] II - garantir o desenvolvimento nacional".

Lima (2009, p. 35) explica o que significa e quando ocorre o desenvolvimento nacional apregoado no artigo supra:

> [...] há aumento de produtividade do conjunto econômico mais abrangente e complexo. O aumento de produtividade é determinado por fenômenos de crescimento em todos os setores da sociedade que refletem modificações de estruturas e transformações nas relações internas do sistema econômico. Essas transformações têm como causa básica, modificações nas formas de produção, mas, sobretudo, na distribuição e utilização da renda. Enfim, o desenvolvimento concilia aumento de produtividade, utilização dos recursos, acumulação de capital e distribuição da riqueza produzida.

Para haver desenvolvimento nacional, o crescimento da produtividade deve, portanto, ocorrer em todos os setores de forma sustentável e observando os Direitos Fundamentais constitucionais, modificando tanto a forma de produção, quanto a distribuição e a utilização de renda.

Essa decisão de garantir o desenvolvimento nacional, como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, gera uma cascata de outras decisões, pois, conforme Bittar (2007, p. 42), todo o sistema de regras positivas do Estado fica condicionado à Constituição que, para ele, deve ser entendida como:

> Norma basilar ("a constituição do Estado, geralmente caracterizada como a sua lei fundamental, é a base da ordem jurídica nacional"), apesar de não se encontrar na base, mas no ápice da piramidal forma de distribuição das regras de direito entre si, torna-se um documento-chave para a configuração do próprio Estado.

Então, a garantia do desenvolvimento nacional (presente na Constituição) condiciona as políticas públicas de Estado e de governo. Por isso, delas decorrem as decisões de participar da Rodada do Uruguai, de ser signatário do Acordo TRIPs, de entrar para a OMC (Organização Mundial do Comércio) e de incluir os Direitos de Propriedade Intelectual na agenda política estatal.

Nesse sentido, Silva (2004, p. 67) defende que todos os Poderes do Estado estão condicionados a garantir o cumprimento do objetivo fundamental de desenvolvimento nacional:

> O direito ao desenvolvimento nacional impõe-se como norma jurídica constitucional, de caráter fundamental, provida de eficácia imediata e impositiva sobre todos os poderes da União que, nesta direção, não podem se furtar de agirem, dentro de suas respectivas esferas de competência, na implementação de ações e medidas, de ordem política, jurídica ou irradiadora, que almejem a consecução daquele objetivo fundamental.

Para reforçar esse condicionamento, citam-se alguns artigos da Constituição de 1988 que tangenciam a matéria:

a) no art. 21, inciso IX, a Constituição atribuiu competência administrativa exclusiva para a União elaborar e executar planos nacionais e regionais de desenvolvimento econômico;

b) no art. 22, inciso I, a Constituição atribuiu competência privativa para a União elaborar leis sobre matéria comercial;

c) no seu art. 23, parágrafo único, atribuiu competência comum ao assegurar que leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional;

d) no seu art. 173, parágrafo 4, deixou explícita a repressão (que será feita por lei) ao abuso do poder econômico que vise: à dominação de mercado, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário de lucro; e

e) no seu art. 174, determinou que o Estado, enquanto agente normativo e regulador da atividade econômica, exerça (observando o critério de legalidade) as funções de fiscalização, incentivo e planejamento (sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado).

Cabe ressaltar que o artigo 174 é bem claro quanto à compatibilização dos planos nacionais e regionais de desenvolvimento com foco no desenvolvimento nacional equilibrado: "Art. 174. § 1º - A lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento".

Conforme Bucci (1997, p. 96):

> Parece relativamente tranquila a ideia de que as grandes linhas das políticas públicas, as diretrizes, os objetivos são opções políticas que cabem aos representantes do povo e, portanto, ao Poder Legislativo, que as organiza em forma de leis de caráter geral e abstrato, para execução pelo Poder Executivo, segundo a clássica separação de poderes de Montesquieu. Entretanto, a realização concreta das políticas públicas demonstra que o próprio caráter diretivo do plano ou do programa implica a permanência de uma parcela da atividade "formadora" do direito nas mãos do governo, Poder Executivo, perdendo-se a nitidez da separação entre os dois centros de atribuições.

A competência da União para elaborar e executar planos nacionais e regionais de desenvolvimento econômico será, portanto, orientada por leis complementares que fixarão normas para a cooperação administrativa entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. Cabe destacar que a própria Constituição atribuiu competência legislativa para o Estado das matérias que não são vedadas pela Constituição – vide art. 25, Parágrafo 10, - e para os Municípios, que poderão legislar sobre assuntos de interesses locais e suplementar a legislação federal e estadual no que couber - vide o art. 30, incisos I e II.

A atribuição da competência legislativa e a necessária colaboração entre União, Estados e Municípios legitimam a produção de decisões jurídicas administrativas, como explica Reck (2013b, p. 3):

> A competência é uma comunicação do tipo jurídico, sendo produzida pelo próprio Direito. Trata-se, deste modo, de uma prestação que o sistema jurídico oferece ao sistema da organização política: o sentido de limites e orientação para as decisões do órgão. A competência seleciona, ao mesmo tempo, as possibilidades de decisões bem como o tipo de decisões, orientando se a competência será exercida por política pública, por serviço público, e assim por diante.

Portanto, a norma constitucional determina que cabe à União a competência para elaborar e executar políticas públicas nacionais e regionais com a finalidade de promover o desenvolvimento, por meio de leis (ordenações impessoais e objetivas), com o fito de garantir que o desenvolvimento econômico nacional seja sustentável e equilibrado. Mas também autoriza que os Estados e Municípios, enquanto setores da organização do Estado, sejam responsáveis colaborativamente pela implementação de ações com o mesmo intuito.

Lembra-se que compete à União, nos termos do artigo 21, inciso I, da Constituição, manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais, nos termos do artigo 4o da Constituição. Este artigo estabelece os parâmetros da atuação do Estado brasileiro no estabelecimento de relações internacionais com outros Estados e com organizações como a OMPI (Organização Mundial da Propriedade Intelectual) e a OMC. Nesses parâmetros constata-se que Acordos ou Tratados não podem impor direitos/deveres em conflito com o que determina a Constituição, sob pena de ferir a soberania estatal.

De acordo com o disposto no artigo 65 do TRIPs:

> ARTIGO 65
> Disposições Transitórias
> 1. Sem prejuízo do disposto nos parágrafos 2, 3 e 4, nenhum Membro estará obrigado a aplicar as disposições do presente Acordo antes de transcorrido um prazo geral de um ano após a data de entrada em vigor do Acordo Constitutivo da OMC.
> 2. Um país em desenvolvimento Membro tem direito a postergar a data de aplicação das disposições do presente Acordo, estabelecida no parágrafo 1º, por um prazo de quatro anos, com exceção dos Artigos 3, 4 e 5.

> 3. Qualquer outro Membro que esteja em processo de transformação de uma economia de planejamento centralizado para uma de mercado e de livre empresa e esteja realizando uma reforma estrutural de seu sistema de propriedade intelectual e enfrentando problemas especiais na preparação e implementação de leis e regulamentos de propriedade intelectual, poderá também beneficiar-se de um prazo de adiamento tal como previsto no parágrafo 2.
> 4. Na medida em que um país em desenvolvimento Membro esteja obrigado pelo presente Acordo a estender proteção patentária de produtos a setores tecnológicos que não protegia em seu território na data geral de aplicação do presente Acordo, conforme estabelecido n patentes de produtos da Seção 5 da Parte II para tais setores tecnológicos por um prazo adicional de cinco anos.
> 5. Um Membro que se utilize do prazo de transição previsto nos parágrafos 1, 2, 3 e 4 assegurará que quaisquer modificações nas suas legislações, regulamentos e práticas feitas durante esse prazo não resultem em um menor grau de consistência com as disposições do presente Acordo.[3]

Trata-se de norma jurídica internacional, com força legislativa infraconstitucional, que não obriga o Estado brasileiro a aplicar diretamente o referido Acordo; senão, depois de transcorrido um prazo geral de um ano após a data de entrada em vigor do Acordo Constitutivo da OMC. No caso do Brasil, por ser um país em desenvolvimento, havia a possibilidade de postergar a data de aplicação das disposições do Acordo TRIPs, por um prazo de quatro anos; mas a Ata Final da Rodada Uruguai foi aprovada através do Decreto Legislativo no 30, de 15 de dezembro de 1994 (promulgado pelo Decreto 1.355, de 30 de dezembro do mesmo ano) e, a partir de 10 de janeiro de 1995, o Acordo TRIPs foi incorporado ao direito interno pátrio, revogando as disposições contrárias ao Acordo que estavam em vigor na legislação brasileira.

Focando-se no desenvolvimento nacional equilibrado, na superação do individualismo (da acumulação de capital proprietário e do abuso do poder econômico) para fomentar o bem comum, justifica-se a incorporação do Acordo no ordenamento jurídico brasileiro com a ressalva de que as normas conflitantes (como a que fala sobre a marca como sinal visualmente perceptível) não serão recepcionadas pela legislação, pois essa incorporação não é capaz de revogar os artigos da Constituição que orientam a atuação pública e privada, como, por exemplo:

a) art. 5, inciso XXII, que garante o direito de propriedade; e inciso XXIII, que condiciona a proteção à propriedade ao atendimento da sua função social;

b) art. 5, inciso XXIX, que assegura aos autores de inventos industriais proteção às criações e o privilégio temporário para sua utilização, assegura a propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País;

c) art. 170, que estabelece como fundamentos da ordem econômica a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa, tendo como finalidade assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (observando princípios, tais como propriedade privada e sua função social, livre concorrência, tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País);

d) art. 173, parágrafo 4, que prevê que a lei reprimirá o abuso do poder econômico tendente à dominação mercadológica, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros;

e) art. 192, o qual prevê que o sistema financeiro nacional deve ser estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade;

f) art. 216-A, que apregoa que inclusive o Sistema Nacional de Cultura deve ser organizado em regime de colaboração (de forma descentralizada e participativa) e instituir um processo de gestão e promoção conjunta de políticas públicas de cultura (democráticas e permanentes), a ser pactuado entre os entes da Federação e a sociedade, tendo por objetivo promover o desenvol-

[3]Disponível em: <https://bvc.cgu.gov.br/bitstream/123456789/2357/1/acordo_trips.pdf>. Acesso em: 4 jan. 2016.

vimento humano, social e econômico com pleno exercício dos direitos culturais;

g) arts. 218 e 219, que preveem que o Estado estimulará o desenvolvimento científico, a capacitação tecnológica e industrial, viabilizando o desenvolvimento socioeconômico da população e a autonomia tecnológica do país.

Segundo Canotilho (1994, p. 11), "[...] a constituição [...] tem a função de propor um programa racional e um plano de realização da sociedade; a lei fundamental [...] tem a função de garantir os princípios jurídicos ou regras de jogo da sociedade estabelecida." Por isso, é possível afirmar que a teoria da Constituição dirigente associa às normas constitucionais as tarefas do Estado: decidindo vinculativamente sobre a atuação pública. Para esse autor,

> [...] a teoria da constituição assume-se como teoria da constituição dirigente enquanto problematiza a tendência das leis fundamentais para: (1) se transformarem em estatutos jurídicos do Estado e da sociedade; (2) se assumirem como norma (garantia) e tarefa (direcção) do processo político-social (CANOTILHO, 1994, p. 169-170).

Habermas (2002, p. 245) assim explica as consequências dessa escolha do legislador constituinte:

> Normas jurídicas remontam a decisões de um legislador local; estendem-se a uma coletividade socialmente delimitada de integrantes do Estado, no interior de um território estatal geograficamente determinado; e levam decisões políticas – efetivas para a própria sociedade estatal organizada que as toma – a integrar-se em programas coletivamente vinculativos, no âmbito dessa área e validação claramente circunscrita.

Conforme explicação de Canotilho (1994), as decisões discricionárias da Assembleia Nacional Constituinte condicionam as políticas públicas a serem implementadas para concretizar os direitos constitucionalmente garantidos e vinculam os programas de ação de competência da União (inclusive os de proteção e fomento aos Direitos de Propriedade Intelectual), ao desenvolvimento nacional.

A Constituição deve ser compreendida como uma ordem estrutural de valores, o que, para Bittar (2007, p. 43), é bastante significativo, pois:

> [...] a Constituição é, neste sentido, um texto regulador da legitimidade da ordem jurídica, operando uma espécie de síntese na determinação do funcionamento do convívio entre as próprias regras e princípios de direito, inclusive em caso de conflito entre estes. Por isso, sua ideia se confunde com a de um centro de gravitação, em torno do qual tudo o mais, nas ordens política e jurídica, gira em torno. Sua função, dentro da complexidade das relações sociais, é axial, desempenhando o papel de uma bússola na determinação das orientações a serem seguidas.

Sendo a Constituição um texto regulador da legitimidade da ordem jurídica e servindo como bússola na determinação das orientações a serem seguidas, é preciso que a interpretação seja realizada conforme a Constituição, nos moldes do que explica Barroso (2008, p. 189):

> 1) Trata-se de escolha de uma interpretação de norma legal que a mantenha em harmonia com a Constituição, em meio a outra ou outras possibilidades interpretativas que o preceito admita;
> 2) Tal interpretação busca encontrar um sentido possível para a norma, que não é o que mais evidentemente resulta da leitura de seu texto;
> 3) Além da eleição de uma linha de interpretação, procede-se à exclusão expressa de outra ou outras interpretações possíveis, que conduziriam a resultado contrastante com a Constituição.
> 4) Por via de consequência, a interpretação conforme a Constituição não é mero preceito hermenêutico, mas, também, um mecanismo de controle de constitucionalidade pelo qual se declara legítima determinada leitura da norma legal.

Diante do exposto, fica claro que os representantes dos Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo, ao tomarem decisões, devem ser/estar orientados/condicionados pela Constituição e pelos valores que ela elegeu como diretrizes do ordenamento jurídico brasileiro. Nesse sentido, observa Bittar (2007, p. 189):

> A operação presente tem sentido por que se conecta com comunicações do passado. Assim, uma diferença é observada e com isso forma-se um sentido. Este sentido é formado a partir de critérios que necessariamente tem de ser intersubjetivos, uma vez que ninguém é capaz de ter acesso privilegiado à inteligibilidade e à correção. Este sentido é formado orientado a sua função. Esta função é fundamentada em razões que tem de ser apresentadas aos demais ouvintes e, assim, estabilizar-se enquanto consenso.

Não se trata de discutir a verdade do sentido normativo constitucional, mas de entender os artigos constitucionais como produtores de sentido normativo. Entretanto Reck (2013a, p. 41) denuncia que: "os sentidos no Direito são produzidos, em primeiro lugar, por decisões, e por decisões altamente complexas e que envolvem muitas variáveis e atores", como, por exemplo, a decisão de proteger os Direitos de Propriedade Intelectual através do Acordo TRIPs, para fomentar o desenvolvimento nacional (ou não sofrer sanções americanas).

Os representantes dos Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo procuram seguir determinados parâmetros ético-morais e legais; procuram analisar as rotinas organizacionais anteriores; procuram seguir, nos processos de tomada de decisões, modelos administrativos e legais com o objetivo de simplificar as decisões e reduzir o número de variáveis e de atores envolvidos. Por isso, Reck (2013a, p. 182) afirma:

> O Direito, como qualquer outra comunicação complexa na sociedade, é uno e segmentado ao mesmo tempo, e sua divisão em partes é apenas uma perspectiva que corre em paralelo (não excludente e não complementar) com a observação do todo.

Considerando-se o sentido constitucional dos Direitos de Propriedade Intelectual, constata-se que as modalidades de proteção para esses direitos (previstos no artigo 5o da Constituição, e regulamentados em leis especiais), apresentam diferenças intrínsecas bastante significativas. Nas palavras de Vicente (2008, p. 11-12):

> Estas dizem respeito, nomeadamente, à forma de aquisição do direito subjetivo (que nuns casos resulta da mera criação de um bem intelectual, noutros do seu registro e noutros ainda da concessão de uma patente); a sua duração (que varia entre os 70 anos post mortem auctoris, no caso do direito do autor, os 20 anos, no caso das patentes, e os 10 anos renováveis, no das marcas); e as sanções aplicáveis à sua violação [...].

Essas diferenças (quanto à forma de aquisição do direito subjetivo, a duração dos direitos e a sanção aplicável em caso de sua violação) decorrem das características específicas das criações (bens culturais, industriais e tecnológicos), como, por exemplo:

a) direitos autorais (compreendendo os direitos patrimoniais e morais do autor, os direitos conexos e os direitos relativos a programas de computador);

b) propriedade industrial (patentes de inventos e modelos de utilidade, desenhos industriais, marcas, indicações geográficas, segredos industriais e repressão à concorrência desleal);

c) proteção sui generis (Topografia de circuitos integrados, cultivares e, conhecimentos tradicionais).

Por isso, é possível afirmar que a especialização dos Direitos de Propriedade Intelectual permitiu o estabelecimento de diferenças quanto à forma de aquisição do direito subjetivo, quanto à duração dos direitos e quanto à sanção aplicável em caso de violação desses direitos, com a finalidade de melhor proteger as inovações criativas (considerando suas especificidades).

Ressalta-se que, ao positivar/reconhecer os Direitos de Propriedade Intelectual como direitos fundamentais constitucionais, e condicionar a sua exploração econômica exclusiva ao desenvolvimento econômico e tecnológico do País, atende-se o princípio do atendimento da sua função social, garantindo-se o desenvolvimento nacional.

Orientados pelas normas constitucionais, o Estado brasileiro passou a criar políticas públicas visando a alavancar a economia produtiva, através da definição de uma Política de Desenvolvimento Produtivo (PDP) e da proposição de um arcabouço jurídico para apoiar projetos de pesquisa, desenvolvimento e inovação. Arrolam-se abaixo as principais políticas desenvolvidas pelo Governo Federal:

a) Lei nº 8.661/93, que tratava dos programas do Desenvolvimento Tecnológico industrial e Desenvolvimento Tecnológico Agropecuário (PDTi e PTDa), previu incentivos fiscais para a inovação tecnológica (mas estava limitado a

aprovação prévia e ao uso de 4%, nos quais estavam compreendidos os gastos com salário família, ticket alimentação, etc.);

b) Lei de Informática, que previu a redução do valor recolhido a título de Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) do setor de Tecnologia da Informação, para os valores aplicados em projetos de Pesquisa e Desenvolvimento;

c) Lei de Inovação (Lei nº 10.973/2004, alterada pela Lei nº 13.243/2016), que dispôs de incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo, sistematizando as parcerias entre empresas e instituições técnico-científicas e permitindo que as empresas pudessem receber recursos públicos não-reembolsáveis (por meio de subvenções econômicas) advindos do Governo Federal;

d) Lei do Bem (Lei nº 11.196/06, regulamentada pelo Decreto nº 5.798 que foi assinado em junho de 2006): que prevê a exclusão do lucro líquido e da base de cálculo da CSLL, de valor correspondente a até 200% da soma dos gastos classificados com investimentos em pesquisa e desenvolvimento, bem como redução de 50% do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) devido a aquisição de equipamentos para pesquisa e desenvolvimento e depreciação e amortização acelerada de equipamentos para pesquisa e desenvolvimento;

e) Lei Rouanet da Pesquisa, que surge prevendo a dedução de impostos (no mínimo 50% e, no máximo duas vezes e meia o valor investido na pesquisa). Quem se beneficiar desta lei pode optar pela dedução de menor percentual nos impostos para garantir maiores ganhos nos resultados, ou, caso não tenha interesse na tecnologia gerada, pode abater até 250% do investimento da base de cálculo dos tributos a pagar, sem direito à propriedade industrial;

f) Subvenção Econômica a projetos de Inovação: a fim de permitir que empresas privadas possam receber recursos públicos não reembolsáveis, para desenvolver um projeto de inovação com o apoio do Governo;

g) Empréstimos FINEP – Agência Brasileira de Inovação: oferece fomento público à Ciência, Tecnologia e Inovação em empresas, universidades, institutos tecnológicos e outras instituições públicas ou privadas;

h) Funtec BNDES: apoia financeiramente projetos que objetivam estimular o desenvolvimento tecnológico e a inovação de interesse estratégico para o país, em conformidade com os programas e políticas públicas do Governo Federal, obedecidas as diretrizes estabelecidas para cada modalidade de atuação;

i) Lei nº 11.487/07: que estipulou que as empresas poderiam ter incentivos fiscais na medida em que investissem em desenvolvimento tecnológico gerado nas instituições científicas e tecnológicas, nas universidades, nos institutos de pesquisas públicos e sem fins lucrativos;

j) Lei Complementar nº 123: é a lei geral das pequenas e médias empresas, que regulamentou uma série de aspectos na vida dessas empresas e também trouxe alguns benefícios específicos para empresas pequenas que investem em pesquisa e desenvolvimento;

k) Parcerias com Centros de Pesquisa, Desenvolvimento e Inovação públicos e privados;

l) Lei nº 11.774/08: que transformou a depreciação acelerada em depreciação integral no exercício em que são incorridos os gastos, prevê redução no IPI para aquisição de equipamentos, de aparelhos destinados à pesquisa e desenvolvimento;

m) Decreto nº 6.909: que regulamentou a Lei nº 11.774 e previu que o gasto em pesquisa e desenvolvimento pode ser integralmente deduzido no ano em que foi incorrido.

Importa saber que o reconhecimento do con-

teúdo econômico dos Direitos de Propriedade Intelectual, tem se mostrado como um fomento essencial para o incentivo e a continuidade da pesquisa científica, imprescindível para o progresso tecnológico e o desenvolvimento econômico do país.

2.2 Ampliação do conceito e abrangência nos limites constitucionais na legislação infraconstitucional

Conhecimento, inovação, Economia, Política e Direito se interpenetram, gerando ações/reações entre si que afetam o desenvolvimento econômico e tecnológico do Estado. Segundo Almeida (2009, p. 155): "A taxa de crescimento de um país está intimamente relacionada ao nível de investimentos que recebe, que, por sua vez, está diretamente relacionado à sensação de segurança jurídica que o país oferece".

Pois bem, há uma proteção ampla para marcas (propriedade) no Título II, que trata sobre os Direitos e Garantias Fundamentais, artigo 5o, inciso XXIX, da Constituição. Ao interpretar a Constituição, pode-se afirmar que, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País, a lei assegurará aos autores de inventos à propriedade das marca e a outros signos distintivos. Ao tornar-se signatário do Acordo TRIPs, incorporada na legislação brasileira pelo Decreto nº 1.355, de 30 de dezembro de 1994, o Brasil aceitou o conceito de marca exarado no acordo:

> ARTIGO 15
> Objeto da Proteção
> 1. Qualquer sinal, ou combinação de sinais, capaz de distinguir bens e serviços de um empreendimento daqueles de outro empreendimento, poderá constituir uma marca. Estes sinais, em particular, palavras, inclusive nomes próprios, letras, numerais, elementos figurativos e combinação de cores, bem como qualquer combinação desses sinais, serão registráveis como marcas. Quando os sinais não forem intrinsecamente capazes de distinguir os bens e serviços pertinentes, os Membros poderão condicionar a possibilidade do registro ao caráter distintivo que tenham adquirido pelo seu uso. Os Membros poderão exigir, como condição para registro, que os sinais sejam visualmente perceptíveis. [4]

[4]Disponível em: <http://www.inpi.gov.br/legislacao-1/27-trips-portugues1.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2017.

Percebem-se quatro orientações sobre as marcas nesse artigo: primeiro, qualquer sinal, ou combinação de sinais, capaz de distinguir bens e serviços pode ser considerado marca; segundo, sinais (constituídos por palavras, nomes próprios, letras, numerais), elementos figurativos e combinação de cores, bem como qualquer combinação desses sinais, serão registráveis como marcas; terceiro, os Membros poderão condicionar a possibilidade do registro da marca ao caráter distintivo que tenham adquirido pelo seu uso; e, quarto, os Membros poderão exigir, como condição para registro, que os sinais sejam visualmente perceptíveis.

No caso do Brasil, a exigência constou na Lei no 9.279/96, mas, por se tratar de lei infraconstitucional, deveria haver uma ampliação do conceito e abrangência nos limites constitucionais... atualmente, não há – limitando o registro das marcas e dificultando a possibilidade de ingresso de ações judiciais em face de infratores. Almeida (2009, p. 157) afirma, de forma acertada que: "[...] a segurança jurídica é um fator preponderante, a influenciar o ritmo de crescimento de um país, uma vez que a certeza ou incerteza dos investidores quanto à proteção de seus direitos é aspecto determinante na decisão de onde investir".

Limitar o registro de marcas às marcas visualmente perceptíveis, não aceitando a transcrição de outros signos distintivos (como, por exemplo, a descrição gráfica das propriedades organolépticas de uma marca gustativa; ou a descrição das propriedades olfativas de uma marca), fere as garantias asseguradas na Constituição para os inventores. Não admitir o registro de marcas não tradicionais pode causar: uma diluição da capacidade distintiva que a marca usa para se diferenciar (mas não é registrado), diminuição do valor patrimonial da marca; falta de confiança do Mercado na geração de novos negócios; e consequentemente, um atraso no desenvolvimento econômico e tecnológico do país.

Isso posto, defende-se a ampliação do conceito de marca e sua abrangência nos limites constitucionais, para que possa ser reconhecida e protegida a marca não tradicional, pois entende-se que seu reconhecimento e proteção fomentarão o desenvolvimento econômico e o desenvolvimento tecnológico

nos setores produtivos, aumentando a capacidade inovativa brasileira.

3 Impactos do reconhecimento e proteção das marcas não tradicionais no desenvolvimento econômico e tecnológico brasileiro

Muito embora alguns autores, como Bueno (2006, p. 32), defendam que, "todas as formas de propriedade industrial podem contribuir direta ou indiretamente para o desenvolvimento econômico", defende-se que a proteção das marcas não tradicionais contribui diretamente para o desenvolvimento econômico por meio da comercialização dos produtos marcados, mas sua maior contribuição é indireta (fomentar o desenvolvimento tecnológico para o desenvolvimento de novas formas marcárias) [5]. Mas, quais são as "novas" formas marcárias, consideradas não tradicionais? De acordo com a Tabela 11, são as seguintes:

Apresentação	Sentidos e forma da descrição	Exemplo
Sound Branding Marca sonora	Sinal constituído por sons (elementos acústicos, como a voz, a música e o som ambiente) passíveis de representação gráfica por pentagramas	PLIM PLIM USPTO *registration number*: 3016937 Exemplos de marca sonoras existentes no Brasil: Nokia, Microsoft windows xp, oi, Banco do Brasil, Banco Itaú.
Marca de Movimento	Publicadas sob a forma de imagens fixas que mostram as diferentes fases diferentes da progressão da imagem em movimento,	Companhia de Bebidas das Américas – AMBEV Processo INPI no 817935487 para a Classe 35 (bebidas)
	acompanhadas de uma descrição em palavras de progressão dessa sequência. Tem sido registrados como marca mista no INPI.	Exemplo de marca de movimento existente no Brasil: Banco Itaú
Gustativa	Sinal constituído pela representação gráfica das propriedades organolépticas do produto	Szenzo USPTO *registration number*: 3164146
Olfativa	Sinal constituído por descrição gráfica do aroma	Chanel n° 5 USPTO *registration number*: 1569109
Slogans	Sinal constituído por frases publicitárias e/ou combinação de letras e palavras	Just do it – NIKE USPTO *registration number* 73829171
Hologramas	Todas as variantes possíveis da aparência do holograma (que consistem em várias vistas de um grande número de diferentes ângulos) devem estar representadas pictoricamente no respectivo formulário de depósito de marcas Tem sido registrados como marca mista no INPI.	Visa International Service Association Processo INPI n° 800243056 para a Classe 36 (serviços financeiros)
Marcas de posição	Sinais definidos pela posição em que aparecem no produto Têm sido registrados como marca figurativa no INPI.	New Balance Athletic Shoe Inc. Processo INPI n° 815547480 na Classe 25 (calçados)
Marca de Cor	Representação gráfica identificando a cor, tem sido registradas como marcas mistas ou figurativas no INPI,	*Visa International Service Association*
	desde que as cores sejam combinadas de forma distintiva	Processo INPI n° 006088244 para a Classe 36 (serviços financeiros)
Marcas de textura ou táteis	Têm sido registradas como marca figurativas ou tridimensionais no INPI, e protegem a superfície do produto	*Societé dês Produits Nestlé S.A.* Processo INPI n° 820817155 para a Classe 32 (bebidas)
Trade Dress	Signos referentes ao conjunto-imagem de características (cores, forma, embalagem, configuração do produto, sinais dispositivos, emblemas, enfeites e ornamentos) capazes de identificar determinado produto ou serviço. Têm sido registrados como marca figurativas ou mistas no INPI.	*Reckit Benckiser* (Brasil) Ltda. Processo INPI n° 818989505 na Classe 03 (produtos de limpeza)
Signos animados/multimídia	Têm sido registrados como marca mistas no INPI.	*Nokia Corporation* Processo INPI n° 826006248 para a Classe 09

Tabela 11 – Apresentação das marcas não tradicionais
Fonte: a autora.

Referidas marcas não tradicionais não são admitidas por um grande número de sistemas jurídicos, pois têm características muito individuais, relacionadas com os cinco sentidos: tato, olfato, audição, paladar e visão. A Questão 181 (doravante chamada de Q181) da Associação Internacional de Proteção da Propriedade intelectual – AIPPI (2004) propõe um critério geral para a proteção das marcas não tradicionais:

> 1) marcas "não convencionais" devem, em princípio, serem susceptíveis de serem registradas.
> 2) A representação de uma marca "não convencio-

[5] Inobstante a relevância de outros enfoques de estudo e análise do desenvolvimento, como, por exemplo, a abordagem social, socioambiental, cultural, humana, para fins desse artigo, serão analisados apenas os enfoques de desenvolvimento econômico e tecnológico do Brasil.

> nal" deve ser clara, precisa, de fácil acesso e inteligível. O público deve ser capaz de compreender a natureza da marca.[6]

A resposta à Q181 da AIPPI (2004) evidencia que não é o fato de ser não tradicional que irá impedir o registro dessas marcas relacionadas com os cinco sentidos, mas a impossibilidade de o signo funcionar como marca distintiva e designativa. Por isso, "A representação de uma marca [...] deve ser clara, precisa, de fácil acesso e inteligível" e "O público deve ser capaz de compreender a natureza da marca" demonstram, ao mesmo tempo, preocupação com a proteção jurídica dessas marcas, bem como com a tutela do devido processo legal em face dos concorrentes (terceiros interessados), em virtude da capacidade de perceptibilidade do signo não tradicional como marca.

Transcreve-se o artigo 15.1 do Acordo TRIPs (Decreto no 1.355 de 30/12/1994), do qual o Brasil é signatário, o qual propõe uma definição sobre quais sinais são passíveis de proteção como marcas:

> ART.15.1 - Qualquer sinal, ou combinação de sinais, capaz de distinguir bens e serviços de um empreendimento daqueles de outro empreendimento, poderá constituir uma marca. Estes sinais, em particular palavras, inclusive nomes próprios, letras, numerais, elementos figurativos e combinação de cores, bem como qualquer combinação desses sinais, serão registráveis como marcas. Quando os sinais não forem intrinsecamente capazes de distinguir os bens e serviços pertinentes, os Membros poderão condicionar a possibilidade do registro ao caráter distintivo que tenham adquirido pelo seu uso. Os Membros poderão exigir, como condição para o registro, que os sinais sejam visualmente perceptíveis.[7]

Ao analisar esse artigo do Acordo TRIPs, o qual definiu quais sinais são passíveis de proteção como marcas, a UNCTAD (2005, p. 229) defende que:

> A primeira frase indica que "Qualquer sinal "..." poderá constituir uma marca". Esta definição inclui qualquer elemento perceptível a um ser humano que possa servir como um dispositivo de sinalização, incluindo não apenas palavras visualmente perceptíveis e desenhos, mas também sons, aromas, sabores e texturas.
> Na verdade, sons e aromas foram reconhecidos como qualificados à proteção como marca em um número de jurisdições, e a primeira frase do artigo 15.1 não as exclui. No entanto, a segunda frase diz que "em particular" as matérias relacionadas isto é, "palavras, inclusive nomes próprios, letras, numerais, elementos figurativos e combinação de cores, bem como qualquer combinação desses sinais serão registráveis como marcas".
> [...] Também limita a referência às "combinações" de cores, e mesmo cores isoladamente em algumas jurisdições têm sido aceitas a se qualificar para proteção de marcas.
> A quarta frase permite aos países membros condicionar o registro à exigência da perceptibilidade.
>
> Pode-se afirmar que o Acordo TRIPs, no seu artigo 15.1, admitiu que os países signatários adotassem a proteção de quaisquer marcas, atendido o requisito da distintividade (capacidade de distinguir bens e serviços de uma empresa dos bens e serviços de sua concorrente), facultando aos estados-membros a exigência, como condição para o registro, de que os sinais sejam visualmente perceptíveis.

Não se pode olvidar que a Constituição, no seu artigo 5o, inciso XXIX, assegura como direito fundamental, a propriedade das marcas, os nomes de empresas e outros signos distintivos, condicionando esse direito, não ao fato de serem visualmente perceptíveis, mas ao fato de fomentarem o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País. Isso significa que, ao negar a proteção a uma marca (tradicional / não tradicional) que atenda aos requisitos de distintividade (capaz de identificar e diferenciar a origem dos produtos e serviços) por falta de perceptibilidade visual, estar-se-á violando um direito fundamental constitucional.

Ressalta-se que a Constituição Federal não limitou a propriedade das marcas a signos visualmente perceptíveis. No caso do Brasil, aplicando-se a interpretação conforme a Constituição para o Decreto no 1.355, de 30/12/1994, poder-se-ia proteger quaisquer marcas (incluindo as marcas não tradicionais) na lei interna, assegurando o direito fundamental garantido no art. 5o, inciso XXIX, da Constituição. Conforme Barroso

[6]Originalmente: "1) "Non-conventional" trade marks should, in principle, be capable of constituting registered trade marks. 2) The representation of a "non-conventional" trade mark must be clear, precise, easily accessible and intelligible. The public must be able to understand the nature of the trade mark."

[7]Disponível em: <http://www.inpi.gov.br/legislacao-1/27-trips-portugues1.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2017.

e Barcellos (2008, p. 358-359):

> As normas constitucionais são normas jurídicas e, como consequência, sua interpretação serve-se dos conceitos e elementos clássicos da interpretação em geral. Todavia, as normas constitucionais apresentam determinadas especificidades que as singularizam, dentre as quais é possível destacar: a) a superioridade jurídica; b) a natureza da linguagem; c) o conteúdo específico; d) o caráter político.

Pela lógica, a Constituição ocupa uma posição hierarquicamente superior no ordenamento jurídico, a qual determina a (in)validade das normas infraconstitucionais (de acordo com a sua compatibilidade com o ordenamento), impondo a prevalência das normas constitucionais sobre as outras normas. Sua linguagem confere discricionariedade ao intérprete, na medida em que apresenta maior grau da abstração e adaptação às mudanças que ocorrem na sociedade (permitindo que se alcance uma solução prática para os casos concretos), como explica Oliveira (2001, p. 233):

> Toda compreensão é interpretação, e toda interpretação se desenvolve no seio da linguagem, que quer deixar o objeto vir à palavra e, ao mesmo tempo, é a linguagem própria ao intérprete. Assim, o problema hermenêutico se revela como um caso especial da relação entre pensamento e linguagem. Toda compreensão se faz no seio da linguagem, e isso nada mais é do que a concretização da consciência da influência da história.

Nesse sentido, rememora-se a proposta concretizadora de Müller (2009), para quem deve se considerar que os aspectos semânticos e pragmáticos dos textos constitucionais variam de significado de acordo com a situação e o contexto para chegar ao processo de concretização da norma, afastando-se da aplicação de simples regras de subsunção. Segundo Müller (2009, p. 12) "por força da polissemia natural da linguagem, o 'significado' existe somente no plural; tanto maior se torna a plurissignificância da semântica relativamente simples de palavras isoladas". Dessa forma, uma norma jurídica (geral e abstrata) perde seu sentido se não for aplicada à realidade, pois o Direito é uma ciência social aplicada; o que significa dizer que além de identificar o sentido da norma, é necessário que ela esteja atrelada às particularidades da situação concreta haja vista que o seu enunciado jurídico não define o seu conteúdo. Müller (2009, p. 40) explica que a normatividade:

> [...] designa a qualidade dinâmica de uma norma, assim compreendida, tanto de ordenar à realidade que lhe subjaz- normatividade concreta - quanto de ser condicionada e estruturada por essa realidade - normatividade materialmente determinada.

Logo, o sentido da norma só pode ser apurado quando for aplicado à realidade, nesse contexto, seu sentido não é pré-determinado nos códigos, o que existe nos códigos é o seu enunciado jurídico, que serve de base para a concretização do Direito. Por essa razão, é possível afirmar que os juristas fazem parte do processo de concretização ao delimitar o programa e o âmbito da norma, como explica Bonavides (2001, p. 23):

> Enquanto o juiz aplicador se guia por um logicismo que gira primacialmente ao redor da norma-texto da terminologia de Müller, o juiz interprete haure sua maior força e dimensão hermenêutica na esfera dos princípios, mas se move tecnicamente no círculo de um pluralismo normativo tópico onde a norma-texto é apenas o ponto de partida da normatividade investigada e achada ao termo do processo decisório concreto, segundo assinala a teoria estruturante do Direito, da qual Friedrich Müller, já citado, é o seu mais insigne formulador e jusfilósofo.

A referida teoria tenta conciliar, quando da aplicação do Direito, a norma à realidade concreta a partir dos problemas práticos submetidos a esse processo decisório, como explica Müller (2009, p. 105):

> [...] o processo da implementação prática de normas jurídicas a casos regulamentados evidencia-se estruturado. Somente em casos-limite (raros e não caracterizados para o direito constitucional) ele pode ser compreendido como "aplicação", "inferência silogística" ou "subsunção". A norma jurídica é mais do que o seu teor literal. O teor literal funciona, de acordo como o tipo de norma, de maneiras distintas, como diretriz e limite da concretização admissível. A interpretação do texto da norma é um componente importante, mas não único da implementação de sinais de ordenamento normativo em casos determinados. Por isso não mais devemos falar de interpretação ou explicação, mas sim de concretização da norma

No caso em análise no presente artigo, o conteúdo específico da norma prevista no art. 5o, inciso XXIX, é definidor de direitos, prevendo a atribuição da propriedade das marcas, e outros signos distintivos, o que condiciona a conduta dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário dentro do âmbito das suas competências:

> De fato, a atividade legislativa destina-se, em última análise, a assegurar os valores e a promover os fins constitucionais. A atividade administrativa, tanto normativa quanto concretizadora, igualmente se subordina à Constituição e destina-se a efetivá-la. O Poder judiciário, portanto, não é o único intérprete da Lei Maior, embora o sistema lhe reserve a primazia de dar a palavra final. Por isso mesmo, deve ter uma atitude de deferência para com a interpretação levada a efeito pelos outros dois ramos do governo, em nome da independência e harmonia dos Poderes (BARROSO; BARCELLOS, 2008, p. 361).

A interpretação, conforme a Constituição, compreende uma técnica interpretativa atrelada à supremacia da Constituição e presunção de constitucionalidade das leis e atos do Poder Público na qual o intérprete deverá empregar, na norma infraconstitucional, a interpretação que mais se compatibilize com a Constituição.

Também compreende uma técnica de controle de constitucionalidade, na qual poderá haver a exclusão de uma interpretação decorrente de declaração de inconstitucionalidade sem redução do texto, como forma de manter a unidade constitucional e a harmonia do ordenamento jurídico.

4 atuação do inpi – como órgão promovedor da gestão dos direitos intelectuais – voltada ao reconhecimento e à proteção das marcas não tradicionais

A Lei no 9.279/96 regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial, e prevê a proteção dos direitos relativos à propriedade industrial, considerado o seu interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País, atribuindo ao INPI (Instituto Nacional da Propriedade Industrial) competência para conceder o registro de marcas, atribuindo ao titular a sua propriedade. Ocorre que marcas não tradicionais (constituídas por sons/melodias; um movimento, cores, sabor com fórmula química estrutural, aroma com fórmula química estrutural) existem, mas, em virtude de uma interpretação cautelosa/restrita da admissibilidade do registo de marcas, por parte do INPI, não estão sendo registradas.

Qual o fundamento que o INPI usa para negar o registro? Que não são sinais visualmente perceptíveis. Mas o que é uma marca tradicional (Coca-Cola) senão um som representado de forma gráfica: COCA COLA... Portanto, o INPI, como órgão promovedor da gestão dos direitos intelectuais, deveria atuar em defesa do reconhecimento e da proteção das marcas não tradicionais para atender o disposto no art. 5o da Constituição:

> Art. 5o
> XXIX - a lei assegurará aos autores de inventos industriais, privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País (grifo nosso).

Logo, uma marca não tradicional que atenda os requisitos de ser lícita, disponível, distintiva, visualmente perceptível (passível de transcrição) e verdadeira deve ser protegida, mesmo que apresente outros signos distintivos como marca. Defende-se essa posição considerando-se a Constituição como dirigente do ordenamento, pois ao listar seus fundamentos e eleger seus objetivos, estabeleceu um projeto material vinculativo, submetendo os poderes públicos às normas constitucionais. Massa-Arzabe (2006, p. 69) considera que:

> Vale lembrar que toda política pública está diretamente amarrada aos princípios estruturantes da Administração Pública, assim como as partes do conjunto que engendra, isto é, os programas, os projetos, as ações, merecendo ênfase particular o princípio da eficiência.

Para que os programas, projetos e ações estatais sejam eficientes, os fundamentos e objetivos constitucionais devem ser rigorosamente observados e implementados sob a forma de políticas públicas. Nesse sentido, Queiroz (2009, p. 248) é taxativa ao dizer que os atos do Poder

Público (INPI é uma autarquia federal vinculada ao Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior - MDIC) devem estar em conformidade com a Constituição:

> [...] o princípio da conformidade dos actos do poder público com a Constituição mostra-se mais abrangente do que o princípio da constitucionalidade das leis, sendo por isso designado de princípio da constitucionalidade em sentido estrito. Por sua vez, o princípio da primazia da lei, que afirma que todos os actos jurídicos-políticos, promulgados sob a forma de lei, prevalecem sobre todos os outros actos jurídico-políticos de hierarquia inferior, detém uma dimensão positiva e negativa, especialmente no confronto com os actos normativos da administração pública e, em particular, os regulamentos.

Essa conformidade dos atos do poder público, em todas as suas esferas, com a Constituição pressupõe a concretização dos seus fundamentos e objetivos com vistas ao desenvolvimento econômico e tecnológico do País. Nas políticas públicas discutidas anteriormente, percebe-se que essa concretização constitucional não é opcional, como defende Derani (2006, p. 136):

> Portanto, políticas públicas são concretizações específicas de normas políticas, focadas em determinados objetivos concretos (...) A realização de políticas públicas pelo Estado, concretizando preceitos constitucionais, perfaz o cumprimento de um dever.

Ressalta-se que as Diretrizes de Análise de Marcas (atualizadas em 11/12/2012 pelo Instituto Nacional da Propriedade industrial – INPI), permitem uma ampliação no conceito de marca, pois preveem que

> [...] embora a distintividade continue sendo a base sobre a qual repousa a função das marcas, esse caráter distintivo passou a considerar não só os elementos gráficos constitutivos das marcas, mas, também, o conjunto das impressões delas decorrentes, que atue individualizando, distinguindo ou certificando produtos e serviços (INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL, 2011).

Logo, o INPI é responsável pelo aperfeiçoamento, disseminação e gestão do sistema brasileiro de concessão e garantia de direitos de propriedade intelectual para a indústria, dentre os quais os relativos às marcas, sejam elas tradicionais ou não tradicionais!

5 Proposição de políticas públicas integradas para o reconhecimento e a proteção das marcas não tradicionais

Considerando-se o disposto no art. 1o, incisos III e IV, da Constituição – a dignidade da pessoa humana, o valor social do trabalho e a livre iniciativa são fundamentos do Estado Democrático de Direito –, pode-se afirmar que tanto o ordenamento jurídico brasileiro quanto as políticas públicas devem utilizar esses fundamentos como critério/parâmetro axiológico para a interpretação do sistema constitucional, para a atividade legislativa e para a atividade executiva.

O reconhecimento da dignidade da pessoa humana, do valor social do trabalho e da livre iniciativa, como parâmetros constitucionais, vincula a política e o ordenamento jurídico brasileiro. No entender de Gorczevki e Bitencourt (2011, p. 37-38):

> [...] nota-se que o Constituinte de 1988, ao inserir a dignidade da pessoa humana no art. 1, III, na condição de princípio e valor fundamental e não no rol do art. 5 dos direitos e garantias fundamentais, atribui-lhe valor fundante da ordem jurídica, colocando-a como pilar da vida política, social e econômica da nação brasileira, devendo ser perseguido na aplicabilidade das normas e preferencialmente preservado no juízo de ponderação, por ser o cerne do Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, como foi explicitado anteriormente, a Constituição dirigente conforma e legitima o poder político do Estado. Entretanto, a liberdade do legislador e a discricionariedade do governo são mantidas, pois os objetivos das políticas públicas têm referência valorativa e expressam as opções governamentais para a realização dos valores constitucionais. Derani (2006) explica a relevância do reconhecimento constitucional desses fundamentos do Estado Democrático de Direito e o que esse reconhecimento significa para o ordenamento jurídico. Vislumbra a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e a livre iniciativa como valores-finalidade constitucional que deverão dirigir todas as ações estatais para a sua consecução:

> [...] No direito são colocados os valores-finalidade,

> que justificarão o complexo de ações estatais para obtenção de finalidades transformadoras da sociedade. O direito, nesse contexto, passa a ser essencialmente modificador para continuar estabilizador das relações sociais. Os fins sociais a serem alcançados estão no direito, assim como muitos dos meios para chegar até eles, todo na forma de norma-princípio (DERANI, 2006, p. 134).

Logo, se a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e a livre iniciativa foram concebidos como valores constitucionais maiores, não podem ser reduzidos, assim como não podem ser reduzidos os direitos fundamentais assegurados constitucionalmente, devendo servir de fonte unificadora do Direito Público e do Direito Privado. Explica Freitas (2004, p. 182-183) que:

> Aplicando-se os conceitos formulados à Constituição, esta passa a ser vista como uma rede axiológica de princípios, de regras e de valores de ordem suprema, cuja função precípua é a de, evitando ou superando antinomias axiológicas, dar cumprimento aos objetivos fundamentais do Estado Democrático, entendidos de maneira dominantemente substancial.

Em virtude dos fundamentos da República Federativa do Brasil – arrolados no artigo 1o da Constituição, o constituinte, no art. 3o da CF/88, estabeleceu como um dos objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito: garantir o desenvolvimento nacional.

Ao garantir o desenvolvimento como objetivo, o Estado demonstra o seu compromisso com a implementação de ações visando ao pleno desenvolvimento, à valorização social do trabalho e da livre iniciativa:

> O processo de criação e de decisão de qualquer conceito em termos de Direito, como visto, deve-se dar atrelado ao paradigma que o gera, ou seja, o Estado Democrático de Direito. Como visto, o conceito de política pública trata-se de decisões ora políticas (Legislativo, Executivo) e ora jurídicas (quando o Judiciário fizer seu controle e substituir a decisão anteriormente tomada) ou porque esta decisão "política" é baseada, também, em aspectos jurídicos, como por exemplo, a concretização dos direitos fundamentais e sua obrigatoriedade (BITENCOURT, 2013, p. 82).

Essas decisões ora políticas, ora jurídicas pressupõem interpretações sobre a concretização da Constituição e opções governamentais sobre como e em que medida concretizá-la. Por isso, e para entender o significado das políticas públicas enquanto opção governamental, arrola-se Bucci (2006, p. 39), para quem:

> Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Como tipo ideal, a política pública deve visar à realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados.

Para realizar os objetivos sociais e políticos definidos na Constituição, podem ser propostos quatro tipos de políticas públicas, que, conforme Schmidt (2008, p. 2313-2314), traçam as linhas de funcionamento do Estado:

> a) Políticas distributivas: consistem na distribuição de recursos da sociedade a regiões ou determinados segmentos sociais e, em geral, requerem o controle social por meio de conselhos ou outro tipo de participação popular. Ex.: política de desenvolvimento regional;
> b) Políticas redistributivas: consistem na redistribuição de renda mediante o deslocamento de recursos das camadas mais abastadas da sociedade para as camadas mais pobres, incluindo-se aqui a política da seguridade social. Ex.: Bolsa-família;
> c) Políticas regulatórias: criam normas para o funcionamento de serviços e instalação de equipamentos públicos por meio de ordens, proibições, decretos, portarias, etc. Pode ocorrer por meio da distribuição de custos e benefícios entre grupos e setores sociais, de forma equilibrada ou por meio do atendimento de interesses particulares. Ex.: plano diretor urbano, políticas de circulação, política de uso do solo, etc.
> d) Políticas constitutivas ou estruturadoras: definem procedimentos gerais da política; determinam as estruturas e os processos da política, por isso têm a característica de afetar as condições como são negociadas as demais políticas; em regra não propiciam um envolvimento da população. Ex.: reforma política, definição do sistema de governo, etc.

Por esse motivo reafirma-se que, muito embora a Constituição seja dirigente - conformando

e legitimando o poder político do Estado -, ela não tolhe a liberdade do legislador ou a discricionariedade governamental, cabendo ao governo selecionar e especificar sua atuação, indicando os meios ou instrumentos adequados para a realização dos fins constitucionalmente propostos:

> [...] as políticas públicas podem ser colocadas, sempre sob o ângulo da atividade, como conjuntos de programas de ação governamental estáveis no tempo, racionalmente moldáveis, implantadas e avaliadas, dirigidas à realização de direitos e de objetivos social e juridicamente relevantes, notadamente plasmados na distribuição e redistribuição de bens e posições que concretizem oportunidades para cada pessoa viver com dignidade e exercer seus direitos, assegurando-lhes recursos e condições para a ação, assim como a liberdade de escolha para fazerem uso desses recursos (BUCCI, 2006, p. 63).

As opções políticas sobre a ordem de importância atribuída aos valores constitucionais a serem implementados via políticas públicas resultam da interação de fenômenos políticos, econômicos e sociais que geram um "problema" e demandam uma intervenção do poder público, como explica Parsons (2009, p. 273):

> [...] la toma de decisiones abarca la totalidad del ciclo de las políticas públicas; por ejemplo: las decisiones acerca de qué constituye un "problema", qué información elegir, selección de estrategias para influir la agenda de las políticas, selección de opciones de políticas a considerar, selección de qué opción, selección de fines y medios, selección del método para evaluar las políticas.[8]

De acordo com Parsons (2009), as políticas públicas passam por sete diferentes etapas, a saber: a) surgimento do problema fático – é possível reconhecer juridicamente as marcas não tradicionais; b) definição do que é o problema (uma boa definição do problema evidencia as perspectivas, enfoques e objetivos que têm os atores institucionais e sociais sobre a política que será elaborada) – como implementar o reconhecimento e proteção das marcas não tradicionais; c) identificação de soluções/respostas alternativas para o problema (nessa etapa é importante fazer um diagnóstico das possíveis causas geradoras do problema, para tentar eliminá-las na proposta de soluções) – propor políticas públicas para fomentar a cultura do reconhecimento e da proteção das marcas não tradicionais, como estratégia de desenvolvimento tecnológico e econômico; d) avaliação das opções de soluções/respostas; e) seleção de uma opção de política – propor políticas públicas constitutivas e regulatórias; f) implementação da política escolhida; e g) avaliação dos resultados.

Essas etapas ocorrem dentro do âmbito da competência constitucionalmente prevista para a União, Estados e Municípios - vide artigos 21-24 e 30 da Constituição. Por exemplo, compete à União elaborar e executar planos nacionais e regionais de desenvolvimento econômico e social (artigo 21, inciso IX, da Constituição), mas, para elaborar e executar esses planos, precisa identificar: o problema que deve ser corrigido – no caso, como fazer o reconhecimento e a proteção das marcas não tradicionais; os possíveis fatos geradores do problema – existência de marcas não tradicionais – e quais soluções podem ser implementadas, e propor políticas públicas constitutivas e regulatórias para fomentar a cultura do reconhecimento e da proteção das marcas não tradicionais, como estratégia de desenvolvimento tecnológico e econômico; etc. Obviamente que a escolha não descura dos valores constitucionais, decorrentes dos fundamentos do Estado previstos no art. 1º, da Constituição.

Logo, as instâncias de regulação jurídica ficaram vinculadas à concretização desses direitos, como afirma Piovesan (2010, p. 56): "A política deixa de ser concebida como um domínio juridicamente livre e constitucionalmente desvinculado. Os domínios da política passam a sofrer limites, mas também imposições, por meio de um projeto material vinculativo".

E há um projeto material vinculativo da dignidade da pessoa humana, com os valores sociais do trabalho, a livre iniciativa e o desenvolvimento nacional. Visto desse ângulo, a propriedade intelectual, enquanto objeto do Direito, está coligada com a propriedade (marcas), com a função social

[8]Tradução livre da autora: [...] a tomada de decisão abrange todo o ciclo de políticas públicas; por exemplo: as decisões sobre o que constitui um "problema", as informações que eles escolherem, a seleção de estratégias para influenciar a agenda política, a seleção de opções políticas a considerar, a seleção dos fins e meios, a seleção método para avaliação de políticas.

(desenvolvimento tecnológico e econômico do país), com o desenvolvimento econômico, com a livre iniciativa (marcas não tradicionais), com a concorrência leal etc. Sua legitimidade jurídica depende da relação jurídica na qual está inserida e das orientações das políticas públicas:

> [...] a política é definida como um programa ou quadro de ação governamental, porque consiste num conjunto de medidas articuladas (coordenadas), cujo escopo é dar impulso, isto é, movimentar a máquina do governo, no sentido de realizar algum objetivo de ordem pública ou, na óptica dos juristas, concretizar um direito (BUCCI, 2006, p. 14).

Visto por outro ângulo, as políticas públicas de reconhecimento e proteção da propriedade intelectual, no Brasil, dependem da diversificação da economia, dos princípios fundamentais que constituem o Estado, dos seus fundamentos e objetivos, da implementação concreta de ações estatais e da avaliação do impacto dessas ações sobre a situação fática existente na realidade brasileira:

> [...] é recomendada a definição e implementação de um novo projeto de desenvolvimento que reforce mutuamente a articulação entre política macroeconômica e política de desenvolvimento social, industrial e de ciência, tecnologia e inovação, visando uma inserção mais competitiva e autônoma, que assegure a coexistência entre o avanço do processo de globalização e a construção de bases produtivas modernas e dinâmicas e fortalecimento do capital social. O Brasil precisa instituir uma atividade permanente, que é o monitoramento das tendências tecnológicas mundiais, em vários setores industriais. Esta atividade, se justifica pela possibilidade de identificar quais as tecnologias e espaços de mercado que estariam abertos ao Brasil. Evidentemente, ao assinalar as oportunidades tecnológicas, devem ser levados em conta: o atual estágio de desenvolvimento tecnológico nacional, a disponibilidade de recursos financeiros, humanos e materiais, o horizonte de tempo requerido para essa capacitação e os agentes responsáveis pela execução das atividades relativas ao desenvolvimento tecnológico (STAUB, 2001, texto digital).

Por isso há uma necessidade de implementação de políticas públicas constitutivas e regulatórias, pois os interesses que permeiam a inclusão do reconhecimento e proteção das marcas não tradicionais nos Direitos de Propriedade Industrial, na agenda pública, dizem respeito ao desenvolvimento econômico e tecnológico do país; logo, sua regulamentação é estratégica, não só para a economia brasileira, mas também para a concretização do Estado Democrático de Direito, como esclarece Schmidt (2008, p. 2317-2318):

> A formulação de uma política compreende o estabelecimento de diretrizes, objetivos e metas, bem como a atribuição de responsabilidades. As políticas adquirem concretude através de Planos ou Programas, os quais originam Projetos, que se deslocam em Ações.

Qualquer programa implementado em âmbito de políticas públicas federais, deve, portanto, converter-se em ações capazes de materializar os valores constitucionais (fundamentos, objetivos e direitos fundamentais), convertendo-se os programas em ações fixadas nas políticas públicas, demonstrando uma complexa vinculação com as políticas e ações estatais.

Para levar a cabo ações capazes de materializar os programas implementados em âmbito de políticas públicas sobre Direitos Intelectuais, foi promulgado o Decreto de 21 de agosto de 2001, instituindo o Grupo Interministerial de Propriedade Intelectual – doravante identificado como GIPI. Sua atribuição é de propor a ação governamental no sentido de conciliar as políticas interna e externa visando ao comércio exterior de bens e serviços relativos a propriedade intelectual e, especialmente:

> I - aportar subsídios para a definição de diretrizes da política de propriedade intelectual;
> II - propor o planejamento da ação coordenada dos órgãos responsáveis pela implementação dessa política;
> III - manifestar-se previamente sobre as normas e a legislação de propriedade intelectual e temas correlatos;
> IV - indicar os parâmetros técnicos para as negociações bilaterais e multilaterais em matéria de propriedade intelectual;
> V - aportar subsídios em matéria de propriedade intelectual para a formulação e implementação de outras políticas governamentais;
> VI - promover a coordenação interministerial nos assuntos que serão tratados pelo GIPI;
> VII - realizar consultas junto ao setor privado em matéria de propriedade intelectual;
> VIII - instruir e reportar matérias relativas à propriedade intelectual.

Isso significa que as matérias que envolvam, direta ou indiretamente, os direitos de propriedade intelectual (desde a formulação e implementação, por parte dos órgãos da Administração Pública, de normas legais até o estabelecimento de compromissos internacionais relativos à propriedade intelectual) serão previamente avaliados pelo GIPI, com a finalidade de harmonizar/articular as posições dos órgãos do Poder Executivo, conciliando as políticas interna e externa.

Ao estruturar-se o GIPI ficou estabelecido que ele é presidido pelo Presidente da Câmara de Comércio Exterior – CAMEX, órgão vinculado ao Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior – MDIC, e é constituído por representantes dos seguintes órgãos da Administração Pública Federal:

> I – Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento – MAPA;
> II – Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação – MCTI;
> III – Ministério da Cultura – MinC;
> IV – Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior - MDIC;
> V – Ministério da Justiça – MJ;
> VI – Ministério das Relações Exteriores - MRE;
> VII – Ministério da Saúde - MS;
> VIII – Casa Civil da Presidência da República;
> IX – Ministério do Meio Ambiente – MMA;
> X – Ministério da Fazenda;
> XI – Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República.

Para deliberar sobre políticas públicas de propriedade intelectual, são realizadas reuniões plenárias, podendo haver a constituição de subgrupos temáticos específicos (direitos de autor e conexos, propriedade industrial, proteção aos programas de computador, obtenção de cultivares, topografia de circuitos integrados, informações confidenciais/segredos de negócios, concorrência desleal e relação da propriedade intelectual com o acesso a recursos genéticos/conhecimentos tradicionais), como se depreende da leitura do artigo 6o da Portaria no 187, de 06 de junho de 2013:

> Art. 6º O GIPI deliberará em reuniões plenárias ordinárias ou extraordinárias, sendo facultada, sempre que necessária, a constituição de subgrupos temáticos.
> § 1º Os subgrupos temáticos funcionarão conforme sistemática definida pelo Plenário e a ele se reportarão.
> § 2º O resultado final dos trabalhos dos subgrupos temáticos, bem como quaisquer propostas de orientação sobre suas conclusões serão apresentadas nas reuniões plenárias do GIPI, que discutirá e definirá os encaminhamentos necessários, inclusive identificando questões para deliberação.
> § 3º Em casos urgentes, será realizada consulta eletrônica aos membros do GIPI, com prazo de manifestação em 5 dias úteis, que será considerada aprovada por maioria simples, desde que haja manifestação de pelo menos dois terços dos membros.

Tanto a estrutura quanto a sua forma de atuação considera que o GIPI é responsável por coordenar as propostas de políticas públicas de propriedade intelectual a serem executadas pelos ministérios, como forma de evitar impasses e conflitos entre as políticas públicas dos órgãos governamentais. Analisando-se a atuação do GIPI, é possível afirmar que as políticas públicas implementadas são organizadas em três dimensões: horizontal (complementando-se entre os diversos órgãos), vertical (atingindo todas as esferas) e temporal (prevendo uma continuidade em sua execução).

Essa atuação do GIPI considera a positivação constitucional dos Direitos de Propriedade Intelectual como direito fundamental (previsto no seu artigo 5o), garantindo a propriedade da marca (tradicional/não tradicional), desde que ela cumpra sua função social de gerar o desenvolvimento econômico e tecnológico do país. De acordo com Silva (1991, p. 45), há uma supremacia constitucional sobre as demais normas do ordenamento jurídico, como se depreende da citação:

> É, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização de seus órgãos; é nela que se acham as normas fundamentais do Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas.

Logo, a atuação do GIPI considera essa superioridade hierárquica – normativa da Constituição nas deliberações das reuniões plenárias ordinárias ou extraordinárias, como fonte de produção jurídica, para propor políticas regulató-

rias, tais como: a) Lei da Informática, que previu a redução do valor recolhido a título de imposto sobre produtos industrializados do setor de Tecnologia da Informação, para os valores aplicados em projetos de P&D; b) Lei de Inovação – Lei no 10.973/2004 – que previu incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo, sistematizando as parcerias entre empresas e instituições técnico-científicas, e permitiu que as empresas pudessem receber recursos públicos não reembolsáveis do Governo Federal (por meio de subvenções econômicas); c) Lei do Bem – Lei no 11.196/2006, regulamentada pelo Decreto no 5.798 de junho de 2006 – que prevê incentivos à inovação tecnológica (deduções e redução de impostos); d) Lei Rouanet da Pesquisa, que prevê a dedução de impostos (no mínimo 50% e no máximo duas vezes e meia o valor investido na pesquisa); d) subvenções econômicas não reembolsáveis para o desenvolvimento de projetos de inovação com o apoio do Governo; e) Regulamentação de empréstimos FINEP – Agência Brasileira de Inovação para empresas, universidades, institutos tecnológicos e instituições público/privadas; f) Funtec/BNDES para apoiar financeiramente projetos que estimulem o desenvolvimento tecnológico e a inovação de interesse estratégico do País; etc.

A iniciativa do GIPI, ao promover o debate sobre o desenvolvimento econômico e tecnológico nacional está vinculada com o reconhecimento e a proteção dos Direitos Intelectuais por meio do avanço científico e tecnológico nacional e do desenvolvimento humano:

> Frequentemente, a concepção e implantação de políticas públicas constituem respostas a algum aspecto da vida social que passa a ser percebido como problemático suficientemente forte para demandar uma intervenção por parte do Estado [...].
> A ação do Estado por políticas se faz vinculada a direitos previamente estabelecidos ou a metas compatíveis com os princípios e objetivos constitucionais, de forma que, ainda quando aquelas a serem beneficiados não tenham um direito a certo benefício, a provisão deste benefício contribui para a implementação de um objetivo coletivo da comunidade política (MASSA-ARZABE, 2006, p. 54).

Quando se discutem a cultura do reconhecimento e a proteção das marcas não tradicionais como estratégia de desenvolvimento, o GIPI deve, portanto, considerar, nas deliberações, além do interesse social e do desenvolvimento tecnológico e econômico do País, o previsto nos artigos 1o e 3o da Constituição (fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil).

6 CONCLUSÃO

Afinal, o que são as marcas? Marcas são signos distintivos, que produzem na mente dos consumidores/intérpretes lembranças, sentimentos, sensações, experiências, correlações entre o signo marcário e seus significados, gerando uma imagem simbólica.

A Organização Mundial da Propriedade Intelectual – OMPI prevê a possibilidade de proteção de desenhos, símbolos, características tridimensionais, sons, fragrâncias, ou tons específicos de cor, como signos com características distintivas; (re)significando a base teórica que sustenta a abrangência do conceito de marca.

Em que pese a proteção constitucional à propriedade das marcas, aos nomes das empresas e outros signos distintivos, a Lei de Propriedade Industrial (Lei nº. 9.279/96), no artigo 122, define como "[...] suscetíveis de registro como marca os sinais distintivos visualmente perceptíveis, não compreendidos nas proibições legais", reduzindo a proteção do direito fundamental assegurado pelo art. 5o, inciso XXIX da Constituição.

Entretanto, diante de um novo padrão de consumo, verifica-se a alteração da dimensão conceitual dos signos marcários, incorporando novas funções ao seu conceito: função de identificação, diferenciação, posicionamento, promessa, valor, estratégia, memória, futuro, imagem. Logo, a marca não se esgota mais nos sinais dos produtos ou serviços de uma determinada empresa, ela serve como meio para a emissão de mensagens a serem recebidas e traduzidas pelos consumidores.

Portanto, defende-se a superação do requisito de distintividade visual para a proteção marcária, eis que a própria Constituição não a exigiu. Não se pode olvidar que, de fato, existem marcas não tradicionais constituídas por melodias,

movimento, posição, sabor, aroma, cor; as quais sequer são reconhecidas como marca, em virtude da interpretação restritiva do órgão gestor, que exige que as marcas sejam constituídas por sinais visualmente perceptíveis.

Além do mais, percebe-se a necessidade de reconhecimento e a proteção de sinais marcários que se utilizam de inovações tecnológicas para serem distintivos por meio dos sentidos olfativo, gustativo, tactil e sonoro (não incluídos no artigo 122 da Lei de Propriedade Industrial), em virtude da previsão constitucional, estabelecida no artigo 5º, inciso XXIX, a qual assegura "[...] proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País"; atendendo-se a Constituição (entendida como alicerce do ordenamento jurídico).

No momento em que a Constituição assegurou proteção à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, incluindo-os como direitos fundamentais, ela regulou a ordem jurídica, determinando que se protejam esses direitos. Lembra-se que o Acordo TRIPs deu autonomia para os Estados signatários para exigirem, como condição para o registro, que os sinais sejam visualmente perceptíveis, o que significa que não há obrigatoriedade dessa exigência. No Brasil, ela pode ser vista como inconstitucional, pois a proteção prevista no art. 5o, inciso XXIX é ampla, inexigindo que os signos sejam visualmente perceptíveis.

Por isso, a interpretação deve ser ampliativa, no sentido de impedir que um acordo e uma Lei, infraconstitucionais, reduzam a proteção desse direito fundamental, negando proteção para uma marca não tradicional que atende ao requisito de distintividade por falta de perceptibilidade visual. A interpretação deve ser conforme a Constituição impedindo uma proteção insuficiente desse direito fundamental constitucional.

Não se pode olvidar que, hierarquicamente, a Constituição ocupa a posição superior no ordenamento jurídico, impondo a observância das suas normas e determinando a (in)validade das normas infraconstitucionais. Essa observância das normas constitucionais condiciona a atuação do Estado, por meio da conduta dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário dentro do âmbito de suas competências, conduta essa que deve se compatibilizar com a Constituição.

Considerando-se que uma legislação infraconstitucional não pode limitar a interpretação/aplicação de um direito fundamental, propõe-se uma ampliação conceitual da legislação infraconstitucional referente aos sinais marcários (Decreto no 1.355/94 e Lei no 9.279/96) e abrangência nos limites constitucionais: assim qualquer sinal (incluindo as marcas não tradicionais) capaz de distinguir produtos e serviços de um empreendimento daqueles de outro, independentemente de ser visualmente perceptível, poderá constituir uma marca.

No atual contexto de internacionalização comercial e aumento da concorrência, é necessário reconhecer as inovações tecnológicas que foram empregadas por algumas marcas (não tradicionais) para se distinguirem das outras (tradicionais), também por meio dos sentidos: olfativo, gustativo, táctil, sonoro; mas o reconhecimento das marcas não tradicionais não será eficaz, se (em virtude de uma interpretação cautelosa/restrita da admissibilidade do registo de marcas) as mesmas não forem juridicamente protegidas.

Os limites constitucionais são claros: tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País, a lei assegurará aos autores de inventos industriais, privilégio temporário para sua utilização, bem como, proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos!

Limitar o registro das marcas não tradicionais, fere o direito fundamental previsto no art. 5o, inciso XXIX da Constituição; podendo causar um atraso no desenvolvimento econômico e tecnológico do país. Atraso que fica evidenciado, na diluição da capacidade distintiva da marca não tradicional, na diminuição do valor patrimonial da marca, na falta de confiança do Mercado nas inovações produzidas.

Dessa forma, para que haja uma ampliação do conceito e abrangência nos limites constitu-

cionais, o INPI, como órgão promovedor da gestão dos Direitos de Propriedade Industrial, deve mudar o seu posicionamento, atuando em defesa das marcas não tradicionais, lícitas, disponíveis, distintivas, verdadeiras e que apresentem uma novidade relativa. Isso seria atuar, em conformidade com a Constituição, pelo aperfeiçoamento do sistema brasileiro de Direitos da Propriedade Industrial.

Referências

AIPPI. *Les conditions d'enregistrement et l'étendue de la protection des marques non conventionnelles*. Yearbook 2004/I, pages 579–580 Q181. Disponível em: <http://www.aippi.fr/upload/Geneve%202004%20Q180%20181%20182%20183/rs181french.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2017.

ALMEIDA, Liliane do Espírito Santo Roriz de. Desenvolvimento, propriedade industrial e judiciário: importância da propriedade intelectual para países em desenvolvimento. *In: INSTITUTO DANNEMANN SIEMSEN DE ESTUDOS JURÍDICOS E TÉCNICOS*. Propriedade Intelectual: plataforma para o desenvolvimento. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). A nova interpretação constitucional*: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BITENCOURT, Caroline Muller. *Controle jurisdicional de políticas públicas*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2013.

BITTAR, Eduardo C. B. *Constituição e direitos fundamentais*: reflexões jusfilosóficas a partir de Habermas e Häberle. Revista do IASP – Instituto dos Advogados de São Paulo, v. 9, n. 19, jan./jun. 2007.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa*. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRASIL. *Constituição Federal*. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 25 abr. 2017.

_____. *Decreto de 21 de agosto de 2001*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/dnn/2001/Dnn9303.htm>. Acesso em: 25 abr. 2017.

_____. *Lei nº 9.279 de 1996*. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9279.htm>. Acesso em: 25 abr. 2017.

_____. *Lei nº 9.610 de 19 de fevereiro de 1998*. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9610.htm>. Acesso em: 25 abr. 2017.

_____. *Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 25 abr. 2017.

_____. *Portaria nº 187 de 06 de junho de 2013*. Regimento Interno do Grupo Interministerial de Propriedade Intelectual. Disponível em: <http://www.mdic.gov.br/arquivos/dwnl_1370870877.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2017.

_____. *Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights, de 15 de abril de 1994*. Incorporada na legislação brasileira pelo Decreto nº 1.355 de 30 de dezembro de 1994.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de políticas públicas em direito. In: _____. *Políticas públicas*: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *Políticas públicas e direito administrativo*. Revista de Informação Legislativa, v. 34, n. 133, p. 89-98, jan./mar. 1997. Disponível em: <http://unisc.br/portal/upload/com_arquivo/1349877514.pdf>. Acesso em: 2 mar. 2016.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus Curiae no processo civil brasileiro*: um terceiro enigmático. São Paulo: Saraiva, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

DERANI, Cristiane. Política pública e norma política. *In: BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas públicas*: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

GORCZEVSKI, Clóvis; BITENCOURT, Caroline Muller. Marcos teórico-fundacionais dos direitos humanos e fundamentais no Brasil. *In: REIS, Jorge Renato; LEAL, Rogério G. (Org.). Direitos Sociais e políticas públicas*: desafios contemporâneos. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2011.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro*. São Paulo: Loyola, 2002.

INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL (Brasil). *Conheça o INPI*. Disponível em: <http://www.inpi.gov.br/portal/artigo/conheca_o_inpi>. Acesso em: 23 ago. 2013.

_____. *Guia Básico de Marcas e Manual do Usuário Sistema e-Marcas*. [2011]. Disponível em: <http://www.inpi.gov.br/portal/artigo/guia_basico_de_marcas_e_manual_do_usuario_sistema_emarcas>. Acesso em: 12 out. 2013.

LIMA, Maria José de Oliveira. *As empresas familiares da cidade de Franca*: um estudo sob a visão do serviço social. São Paulo: Editora UNESP; Cultura Acadêmica, 2009.

LINDSTROM, Martin. *A lógica do consumo*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2007.

_____. *Brand Sense*: a marca multissensorial. Porto Alegre: Bookmann, 2005.

MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. Dimensão jurídica das políticas públicas. *In: BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas públicas*: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

MENDES, António. *Branding*: a gestão da marca. Lisboa: IADE, 2014.

MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito*: introdução à teoria e metódica estruturantes. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta lingüístico*: pragmática na filosofia contemporânea. São Paulo: Loyola, 2001.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. *Marcas*. [2014]. Disponível em: <http://www.wipo.int/trademarks/es/>. Acesso

em: 25 abr. 2017.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. *Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (TRIPS)*. Brasília: Ministério das Relações Exteriores, [s.d.]. Disponível em: <https://bvc.cgu.gov.br/bitstream/123456789/2357/1/acordo_trips.pdf>. Acesso em: 6 ago. 2013.

PARSONS, W. *Políticas públicas:* uma introducción a la teoria y la práctica del análisis de políticas públicas.Traduzido por Atenea Aguillar. México: Flacso; Buenos Aires: Miño y Dávila, 2009.

PIGNATARI, Décio. *Semiótica & literatura*. 6. ed. São Paulo: Ateliê Editorial, 2004.

PIOVESAN, Flávia. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas. *In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al. (Coord.). Direitos fundamentais sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010.

QUEIROZ, Cristina. *Direito constitucional*: as instituições do estado democrático e constitucional. Lisboa: Coimbra, 2009.

RECK, Janriê Rodrigues. Competência pública enquanto categoria fundamental da Teoria Geral do Direito Pragmático-sistêmica. *In Revista de Direito Administrativo e Constitucional* – A&C, Belo Horizonte, v. 13, n. 52, abr./jun. 2013a.

_____. *Elementos teórico-reflexivos acerca da interpretação de competências públicas federativas no Direito Brasileiro*. No prelo. 2013b.

SCHMIDT, João Pedro. Para entender as políticas públicas: aspectos conceituais e metodológicos. *In: LEAL, Rogério Gesta; REIS, Jorge Renato dos. (Org.). Direitos sociais e políticas públicas*: desafios contemporâneos. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008. t. 8.

SEMPRINI, Andrea. *A marca pós-moderna:* poder e fragilidade da marca na sociedade contemporânea. São Paulo: Estação das Letras, 2010.

SILVA, Guilherme A. C. *Direito fundamental ao desenvolvimento econômico nacional*. São Paulo: Método, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

SILVESTRE, Carminda et al. O discurso da Marca: o caso Natura e Natura pura. *In: CONGRESSO LUSOCOM*. Anais...Lisboa: Lusófona, 2009.

STAUB, Eugênio. *Desafios estratégicos em ciência, tecnologia e inovação*. Parcerias Estratégicas: Estratégias para ciência, tecnologia e inovação, n. 13, dez. 2001. Disponível em: <http://seer.cgee.org.br/index.php/parcerias_estrategicas/article/viewArticle/205>. Acesso em: 25 abr. 2017.

UNCTAD. *Resource Book On Trips And Development*. New York: Cambridge University Press, 2005.

VICENTE, Dário Moura. *A tutela internacional da propriedade intelectual*. Coimbra: Almedina, 2008.

NORMAS DE PUBLICAÇÃO da Revista BRANDTRENDS

A revista digital BrandTrends aceita a submissão de trabalhos como artigos, resenhas, entrevistas que sejam inéditos, isto é, que não tenham sido publicados em journals, revistas científicas ou livros nacionais ou internacionais.

1. Os trabalhos devem ser enviados por e-mail, em três arquivos, com páginas numeradas, digitados em programa Word-for-Windows recente, sem nenhuma informação que identifique a autoria, para garantia de sigilo, quando enviado para pareceristas. No arquivo completo, deve constar a identificação do(s) autor(es) com o apelido (sobrenome) em maiúsculas, seguido do nome. Esta informação deve ser seguida da afiliação por extenso. Em arquivo à parte deve vir o nome do(a) autor(a), o título do trabalho e o programa utilizado, bem como um título em português, espanhol ou francês (conforme língua usada no trabalho) e um em inglês, além do endereço completo, com telefone, e-mail do(s) autor(es), bem como informação da área em que se insere o trabalho. Nos dois trabalhos sem identificação de autor, inclusive as auto-referências ao longo do texto deverão ser substituídas por "xxxx". O original deve ser mantido em arquivo do destinador para eventuais modificações propostas pelos pareceristas.

2. Os trabalhos poderão ser escritos em português, espanhol, inglês ou francês. Os artigos deverão ter, no mínimo, quinze páginas e, no máximo, vinte páginas, ou de 25 ou 30 mil toques, com espaços. Ocasionalmente pode ultrapassar o limite, desde que previamente aceito pela Comissão Editorial; as resenhas (de livros com até dois anos de publicação) deverão ter entre três e cinco páginas, ou de 8 a 16 mil toques, com espaço.

3. Configuração de página: papel A4, com adentramento de parágrafo, espaço simples entre linhas, 6 pt depois de cada parágrafo, margens esquerda e superior de 3,0 cm, direita e inferior de 2,0 cm.

4. Cabe à Comissão Editorial sugerir ao(s) autor(es) modificações de estrutura ou de conteúdo, bem como rejeitar os trabalhos. É do(s) autor(es) a inteira responsabilidade pelo conteúdo do material enviado, inclusive a revisão gramatical e adequação às normas de publicação. Os autores serão sempre contactados após envio do resultado dos pareceres.

5. Com a publicação do trabalho, os direitos de autor são automaticamente cedidos à revista BrandTrends. Os autores devem assinar, digitalizar e enviar por e-mail o termo de cessão de direitos autorais (formulário no *site*). É possível também assinar e enviar o documento digitalizado para o e-mail: brandtrendsjournal@brandtrendsjournal.com ou elizete.kreutz@hotmail.com.

6. Os artigos deverão ter a seguinte estrutura:
6.1 Elementos pré-textuais:
a. Título e subtítulo: na primeira linha, centralizados, em negrito, fonte Times New Roman, corpo 12, somente primeira letra em maiúscula em ambos.
b. O nome do autor: duas linhas abaixo do título, alinhado à direita.
c. Resumo: três linhas abaixo do nome do autor. Colocar a palavra RESUMO em caixa alta, seguida de dois pontos. Redigir o texto em parágrafo único, espaço simples, justificado, de no máximo sete linhas. O resumo deve, obrigatoriamente, conter os seguintes elementos: área em que se insere o estudo, objeto de estudo, objectivo do estudo, metodologia adotada, síntese dos resultados. Fonte: Times New Roman, corpo 10, para todo o resumo.
As versões em português (RESUMO), em inglês (ABSTRACT), em espanhol (RESUMEN) e em Francês (RÉSUMÉ) devem seguir imediatamente a versão na língua original, obedecendo as normas da versão original.
d. Três palavras-chave (keywords, palabras-clave e mots-clés), duas linhas abaixo do resumo. Colocar o termo "Palavras-chave", em caixa baixa, primeira letra em maiúscula e o restante em caixa baixa, separada das demais por ponto e vírgula. Fonte: Times New Roman, corpo 10. Lembramos que as palavras-chave são de extrema importância no processo de indexação do artigo em bases de dados nacionais e

internacionais. Portanto, a escolha adequada é fundamental.

6.2 Elementos textuais:
a. Fonte: Times New Roman, corpo 12, alinhamento justificado ao longo de todo o texto.
b. Espaçamento: simples entre linhas, 6 pt após cada parágrafos, duplo entre partes do texto (tabelas, ilustrações, citações em destaque, etc.); parágrafos com adentramento.
c. Citações: no corpo do texto, serão de até três linhas, entre aspas duplas. Fonte: Times New Roman, corpo 12. Maiores do que três linhas seguem em destaque, na seguinte formatação: fonte Times New Roman corpo 10, em espaço simples, com recuo de 2,5 cm à direita e à esquerda para toda a citação e 6 pt depois de cada parágrafo. As referências deverão ser indicadas entre parênteses, como no exemplo: (SOARES, 2006, p. 1-3).
d. Notas de rodapé: devem ser colocadas na mesma página, fonte Times New Roman, corpo 10. Alinhamento justificado, sem espaçamento entre notas, espaço simples dentro da nota.
e. Títulos e subtítulos das secções: em numeração árabe, sem recuo de parágrafo, em negrito, com maiúscula somente para a primeira palavra da seção. Usar o sistema "número seguido de ponto final". Exemplo: 1.1. A construção dos sentidos. Não numerar Introdução, Conclusão, Referências e elementos pós-textuais.
f. Elementos ilustrativos: tabelas, figuras, fotos. devem ser inseridas no texto, logo após serem citadas, contendo a devida explicação na parte inferior da mesma, numeradas sequencialmente.

6.3 Elementos pós-textuais:
a. Referências: seguir normas atuais da ABNT, espaçamento simples, alinhamento justificado, sem espaçamento entre as referências (vide exemplos a seguir).
b. Observação: ensaios, traduções e resenhas seguirão, na medida do possível, as normas dos artigos.

6.4 Imagens
Deve-se manter as imagens em baixa resolução no texto original e, além disso, enviar um arquivo separado com as imagens em alta resolução.
As imagens devem ser enviadas separadamente, no formato jpg ou gif, com o tamanho de 200 dpi. Caso os arquivos ultrapassem o limite de tamanho permitido pelo seu provedor de email, os mesmos podem ser enviados por www.sendspace.com ou o aplicativo de download online que preferir.
Deve-se manter as imagens em baixa resolução no texto original e, além disso, deve-se enviar em arquivo separado as imagens no formato jpg ou gif, com alta definição (200 dpi). Caso os arquivos ultrapassem o limite de tamanho permitido pelo seu provedor de email, os mesmos podem ser enviados por www.sendspace.com ou o aplicativo de *download online* que preferir. No artigo, as referências devem ser organizadas alfabeticamente.

EXEMPLOS DE REFERÊNCIAS

Livro:

ATKIN, Douglas. *O Culto das Marcas*. Lisboa: Tinta-Da-China, 2008.

CHEVALIER, Michel, MAZZALOVO, Gérald. *Pró Logo* – Marcas como fator de progresso. São Paulo: Panda Books, 2007.

SIM-SIM, Inês et al. *A língua materna na Educação Básica*: Competências Nucleares e Níveis de Desempenho. Lisboa: Ministério da Educação - Departamento da Educação Básica, 1997.

HALLIDAY, M. A. K. and MARTIN, J. R. (eds.). *Readings in Systemic Linguistics*. London: Batsford Academic, 1981.

Capítulo de livro:

ATKINSON, P. and HAMMERSLEY, M. Etnography and participant observation. *In NORMAN K. DENZIN and YVONNA S. LINCOLN (eds.). Handbook of Qualitative Research*. Thousand Oak, CA: Sage, 1994, pp.248-261.

Artigo de revista científica:

SILVESTRE, Carminda. Rethinking rationality: locating thinking in gender. *Revista Veredas*, Juiz de Fora, v. 10, n.1 e n.2, p. 123-128, jan./dez. 2006.

Teses:

YOUNG, Lynne Weiss. *Language as Behaviour, Language as Code*: A Study of Academic English. Catholic University of Leuven Ph.D. thesis, 1987.

Documentos electrônicos:

BELLATO, M.A.; FONTANA, D.C. *El nino e a agricultura da região Sul do Brasil*. Disponível em:<http://www.mac.usp.br/nino2.> Acesso em: 6 Abril 2001.

CD-ROM:

KOOGAN, A.; HOUASSIS, A (ed.) *Enciclopédia e dicionário digital 98*. Direção geral de André Koogan Breikman. São Paulo: Delta: Estadão, 1998. 5 CD-ROM. Produzida por Videolar Multimídia.

MBA INTERNACIONAL BRANDING & BUSINESS

OBSERVATÓRIO DE MARCAS

UNIVATES