

MARCAS E NOME CIVIL: COMO CONSTRUIR O CONFLITO ENTRE DIREITOS DE PERSONALIDADE E DO DIREITO A MARCA SOB UM VIÉS ÍNTEGRO?

THE CIVIL NAME AND THE TRADEMARKS: HOW TO BUILD THE CONFLICT BETWEEN RIGHTS OF PERSONALITY AND TRADEMARK'S RIGHTS IN A CONSTRUCTIVE WAY?

TRESSE, Vitor Schettino¹

MÜLLER, Juliana Martins de Sá²

RESUMO

O presente trabalho procura analisar de forma crítica o eventual conflito entre registro de marca derivada de nome e os direitos de personalidade daquele que tem seu nome registrado. Nesse sentido, realiza-se um estudo de caso, através da análise de uma decisão jurisprudencial do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Busca-se, aqui, pensar o direito de maneira construtiva, por meio de uma interpretação íntegra apta a realizá-lo sob sua melhor luz, o que permite discutir tal conflito e solucionar esse “hard case”, nos termos dworkinianos. Em relação à metodologia, propõe-se uma pesquisa qualitativa, utilizando-se do método de análise de conteúdo. Ao final, pretende-se comprovar que é necessário um trabalho reflexivo de construção interpretativa dos elementos normativos ao invés de se aplicar acriticamente a lei, principalmente no que tange ao processo de solução do conflito entre os direitos de personalidade daquele que autoriza a utilização de seu nome em marca, bem como os daquele que adquire todo o conjunto de direitos em um trespasse.

Palavras-chave: Integridade. Direitos de personalidade. Marcas.

ABSTRACT

This paper aims at making a critical exam of the possible conflict between trademark registration and name derived from the rights of personality of the one who has his name

¹ Mestrando em direito pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro na linha de Empresa, Trabalho e Propriedade Intelectual (Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil). Email: Vitor_st7@hotmail.com

² Mestranda em direito pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro na linha de Empresa, Trabalho e Propriedade Intelectual (Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil). Email: julianamartinsmuller@gmail.com

registered. Accordingly, there will be a case study, through the analysis of a judicial decision of the Court of Rio Grande do Sul. It intends to think the law in a constructively way, through an interpretation that is able to perform it in its best light, which allows us to discuss and solve this conflict. Regarding to the methodological strategy, it proposes a qualitative research, using the method of content analysis. At the end, we intend to prove the need of a reflective, and interpretative construction work of normative elements instead of uncritically applying the law, especially regarding to the process of solving the conflict between the rights of personality that authorizes the use of their brand name, as well as the one who buys the whole set of rights in a trespass.

Keywords: Integrity. Rights of personality. Trademarks.

1 INTRODUÇÃO

O atual cenário de avanço econômico da pós-modernidade coloca os atores da atividade financeira em intenso processo de competição. Nesse contexto, manter seus consumidores fiéis é essencial para a sobrevivência desses atores. Para tanto, utiliza-se do direito, através de institutos jurídicos como a marca, a fim de se promover o desenvolvimento econômico, embora sem perder de vista o interesse social, como determina a Constituição Federal³.

O direito à marca de produtos ou serviço, portanto, protegido constitucionalmente, é aquele que garante a identificação de produtos e serviços de maneira a permitir ao consumidor traçar modelos de qualidade tendo em vista determinado grupo de produtos e serviços, idênticos ou semelhantes, com origem distinta, conforme Arnoldi e Adourian (2004).

O artigo 124 da Lei de Propriedade Industrial (Lei nº 9279 de 1996) determina o que não pode ser registrado como marca, trazendo, em seu inciso XV, essa proibição, com ressalvas, no que tange ao nome civil ou de família, salvo autorização expressa do titular, seus herdeiros ou sucessores.

Entretanto, cria-se um impasse jurídico em torno de como deve se dar a interpretação do instituto da marca de nome e, conseqüentemente, dessa autorização, quando o titular do

³ Artigo 5º, inciso 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. (BRASIL, 1988)

nome já não possuir nenhuma relação de direito com a sociedade empresária. Faz-se necessário, então, discutir se há sempre uma abstração do nome e da marca no momento do registro.

Diante disso, o presente trabalho analisa uma decisão judicial, prolatada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS), na qual o titular de um nome registrado como marca perde toda sua relação com a atividade empresarial a qual seu nome estava vinculado, após a dissolução do casamento com sua esposa que era uma das sócias na empresa. Ele busca no judiciário a proibição da utilização do nome empresarial, fantasia e da marca registrada, inclusive com a cominação de danos morais, a fim de desvincular seu nome de uma atividade que ele já não mais realizava.

Nesse cenário, propõe-se, aqui, um estudo do instituto da marca a partir do referencial moral substancial encontrado na teoria do direito de Ronald Dworkin. Analisa-se o conflito entre direitos da personalidade e o direito à titularidade da marca, sob o enfoque de ser esse um caso difícil, como nomeia Dworkin (2007). Assim, há que se realizar uma interpretação construtiva do direito, a partir dos valores da comunidade personificada, perfazendo o que o autor chama de direito como integridade.

A escolha de Ronald Dworkin deve-se a sua característica de ser ferramenta útil na resolução de problemas jurídicos e políticos de uma comunidade. Tendo essa teoria como base, a relevância desse trabalho consiste na necessidade de se constituir uma análise crítica do direito, a partir da decisão judicial em questão. Essa conformação teórica visa analisar de forma íntegra o processo interpretativo de solução do conflito entre os direitos de personalidade daquele que autoriza a utilização de seu nome em marcas e em atividades empresarias, bem como da pessoa que adquire todo o conjunto de direitos em um trespasse. Além disso, pretende-se analisar criticamente a solução encontrada pelos juízes no caso em questão, buscando assim uma evolução no processo decisório.

A fim de nortear a presente pesquisa faz-se a seguinte indagação: a partir do momento em que houve autorização e o registro de um nome como marca, ocorre uma completa dissociação e mercantilização deste nome de modo que seu titular não poderá mais impedir a utilização da expressão registrada, ainda que haja fundado motivo para tal?

O trabalho busca sua conclusão de acordo com a seguinte hipótese: tendo como premissa metodológica a integridade dworkiniana, vê-se que a análise do conflito entre direitos de personalidade e uso de marca registrada requer, além do estudo de um caso concreto, um esforço discursivo de construção interpretativa dos elementos legais e constitucionais que servem de balizas para o direito à marca e o direito ao nome.

Em relação à estratégia metodológica, realiza-se uma pesquisa qualitativa, tendo em vista que é com base nos objetivos traçados que se propõe o estudo de textos científicos e legislativos sobre os direitos de personalidade e o direito à marca, realizando-se a pesquisa por meio do método de análise de conteúdo. Dessa forma, quanto às técnicas de pesquisa, a opção foi, primordialmente, pela documentação indireta, a bibliográfica e a documental, uma vez que a base metodológica consiste na análise de conteúdo. Trata-se, enfim, do que Pedro Demo (1995) chama de pesquisa teórica, uma vez que se destaca o seu caráter conceitual, no que toca a revisão dos tradicionais conceitos de propriedade industrial, imprimindo a estes uma reformulação a partir de uma referência moral teórico-doutrinária. Assim, constrói-se, a partir dos estudos do referencial teórico, um sistema analítico de conceitos a ser aplicado na interpretação de artigos científicos sobre direitos de personalidade e direito à marca, bem como na análise da legislação referente à propriedade intelectual.

Com o propósito de buscar uma melhor estruturação didática da temática abordada no estudo, o trabalho foi dividido em quatro partes. Primeiramente, será feita uma análise acerca do referencial teórico, uma vez que, sendo ele premissa básica da pesquisa, norteará todo o trabalho. Em um segundo momento, será exposto o caso concreto a ser estudado e seus axiomas. Posteriormente, será abordada a análise crítica desse caso a partir do sistema analítico de conceitos formulado. Por fim, retoma-se a proposta inicial da presente pesquisa, sendo tecidos alguns comentários conclusivos com o propósito de sistematizar um raciocínio jurídico íntegro acerca do embate entre o direito à marca e o direito ao nome.

2 O DIREITO COMO INTEGRIDADE

O direito é um fenômeno social de prática argumentativa, que tem por objetivo a solução de conflitos. Para tanto, conforme ensina Dworkin (2007), ele deve ser visto a sua melhor luz, por meio de uma interpretação construtiva, a qual proporciona um equilíbrio entre a jurisdição tal como é encontrada e a melhor justificativa para sua prática. Essa interpretação, ainda, é aquela que impõe um propósito à questão a qual analisa a fim de torná-la o melhor exemplo possível do gênero ao qual pertence (DWORKIN, 2007), proporcionando uma justificação moral para a aplicação do direito.

O raciocínio jurídico, portanto, é esse exercício de interpretação, que permite que o direito constitua a melhor justificativa para as práticas jurídicas, sendo ele a narrativa que faz

dessas práticas as melhores possíveis. Assim, ao decidir um caso, é fundamental que o juiz construa o direito e não apenas revele-o; o que torna a interpretação construtiva essencial à solução dos casos difíceis.

Esses casos, chamados *hard cases*, são aqueles que têm sua resposta envolvida em alguma controvérsia moral ou, mais ainda, são aqueles que apresentam conflitos sobre o que é de fato direito, sobre quais são seus fundamentos. Objetivando superar essas dúvidas, Dworkin se vale de uma análise interna, a partir da perspectiva do aplicador do direito, e demonstra como devem atuar os juristas para que esses casos sejam superados, tendo por base o ideal do direito como integridade.

O direito como integridade, construído em narrativa por meio da interpretação, tem como premissa uma moralidade institucional que dota de sentido as decisões dos intérpretes da lei. Essa moralidade, tendo por base a ideia de que se deve tratar a todos com igual consideração e respeito, é delineada pela comunidade em que se insere, a qual Dworkin (2007) nomeia comunidade personificada.

A comunidade personificada ou ainda comunidade política ou fraterna é o ente moral ao qual o direito deve ser referenciado. Ela possui princípios e responsabilidade moral próprios, que não se confundem com as concepções particulares dos sujeitos que a compõem, sendo reflexo de uma necessária personificação do Estado⁴ e uma espécie de ente distinto de seus cidadãos. Tal personificação política permite tratar o Estado como uma pessoa autônoma, moralmente comprometida com os princípios que a informam, uma vez que é instruída pelos valores compartilhados pela sociedade. Ela deve se manifestar por meio de argumentos de princípio, quais sejam aqueles voltados para o que Dworkin (2011) denomina de questões de princípio, sendo estas, por sua vez, aquelas que seguem um padrão a ser observado por comprometimento com determinada dimensão moral.

Tendo em vista que é essa comunidade fraterna quem determinará quais princípios devem ser atendidos na justificação das decisões, torna-se um pressuposto que ela esteja fundada em três pilares, quais sejam princípios basilares para a conformação da integridade: a justiça, a equidade e do devido processo legal adjetivo, observando que são eles que vão tornar as proposições jurídicas substancialmente válidas e justificadas.

A essas três virtudes atrela-se a integridade, como um ideal que a comunidade deve sempre buscar, dada a importância de se firmar um compromisso com a coerência de princípios, que consiste no denominador comum entre legislação e aplicação jurisdicional e

⁴ Vê-se o Estado “como resultado da própria comunidade personificada que lhe confia a responsabilidade de gerir a construção valorativa do justo de forma íntegra” (FERES; MENDES, 2011).

faz parte da estrutura basilar do direito, como uma fonte deste, e a importância da comunidade fraterna para a legitimidade das decisões. Assim, a concepção íntegra de justiça impõe que os princípios morais necessários para justificar a substância das decisões do legislativo sejam reconhecidos pelo resto do direito. Quanto à integridade da concepção de equidade, ela exige que os princípios morais necessários à justificativa da autoridade da legislatura sejam plenamente aplicados ao se decidir o que significa uma lei por ela sancionada. Por fim, a ideia de devido processo legal adjetivo em meio à integridade determina que os procedimentos previstos sejam obedecidos nos julgamentos, objetivando-se alcançar o equilíbrio entre exatidão e eficiência na aplicação de algum aspecto do direito (DWORKIN, 2007). Isso é de grande relevância, pois somente uma comunidade regida por princípios pode manter alguma coerência nas decisões.

Além dessas três exigências, a integridade ainda traz outras duas, que podem ser divididas nos princípios da integridade na legislação e da integridade no julgamento. Isso porque a integridade é, ao mesmo tempo, um ideal de construção e um método de interpretação do direito, buscando, essencialmente, a coerência de princípios, que devem estar presentes tanto na criação quanto na aplicação do direito. Isto significa que a integridade como fonte do direito permite a criação de direitos a partir dos princípios que emanam da comunidade. Na mesma direção segue a lógica da integridade como método de aplicação das leis observando-se que uma decisão íntegra é aquela pautada pelos princípios que tem procedência na comunidade. A integridade no julgamento vincula-se à integridade legislativa, uma vez que, havendo uma legislação íntegra, é mais palpável que se realize a integridade da concepção de direito em âmbito jurisdicional.

Há que ser respeitada a noção de fidelidade ao sistema de princípios, gerando, em consequência, a mentalidade de que cada cidadão tem responsabilidades para com a comunidade a qual pertence e que deve respeitá-las. Tão importante é a moral institucional e desse reconhecimento de pertença à comunidade que o juiz, ao analisar um caso, deve aplicar a moralidade política mesmo que ela vá de encontro a suas convicções pessoais. Observa-se que não se trata de ausentar as decisões da análise subjetiva do julgador, mas sim limitar essa subjetividade através dos princípios da justiça, da equidade e do devido processo legal adjetivo.

Assim, tendo em vista que a integridade não descobre nem inventa o direito, propondo a interpretação do direito presente, cabe aos juízes atuarem, principalmente no tocante aos casos difíceis, essencialmente através da interpretação, com base nos princípios adotados pela comunidade personificada; daí a importância de entendê-la. Nesses casos, em

que há dois princípios divergentes a serem interpretados, o aplicador do direito, a fim de se estabelecer a coerência, deve realizar uma adequação de princípios, aplicando o princípio mais adequado ao caso, tendo por base os valores da comunidade personificada.

Neste ponto demonstra-se a importância da escolha de Dworkin na presente proposta de análise, pois, o que se discute é exatamente como deve ser realizada a interpretação do direito pelo juiz em um caso em que direitos de personalidade e direitos à propriedade industrial aparentemente estão em conflito.

Enfim, por meio da teoria do direito como integridade, a adequação do fato à norma (aí considerados as regras e os princípios) passa a ser valorada, o que introduz a necessidade de uma argumentação moral, que se fundamenta por argumentos de princípios. É essa relação do direito e da moral que permite que o primeiro seja conceituado como uma atitude interpretativa, construtiva e fraterna; nesse sentido, a ciência jurídica almeja atingir aquilo que vale a pena na sua prática argumentativa, isto é, afinal, “aquilo que o direito representa para nós: para as pessoas que queremos ser e para a comunidade que pretendemos ter” (DWORKIN, 2007, p. 492).

É a partir dessa análise conceitual que se perquirirá de forma crítica que tipo de direito o judiciário brasileiro está construindo, discutindo-se se a hermenêutica infraconstitucional vem se dando com base em um direito íntegro. Analisa-se, então, à luz dos princípios extraídos da comunidade política, o objetivo por trás da lei de propriedade intelectual, no que tange à proteção das marcas quando em conflito com os direitos de personalidade, a partir da decisão que segue.

3 DIREITO AO NOME E DIREITO À MARCA NA VISÃO DO TRIBUNAL

Inicialmente cabe destacar que, por uma melhor estruturação do presente trabalho, preferiu-se expor a decisão objeto de estudo de forma completa para, em seguida, analisá-la de maneira pormenorizada.

Nesse sentido, trata-se de recurso de Embargos Infringentes, processado sob o número 70051635282 e julgado no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. O autor da inicial (embargante) é Marcos Ramon Dvoskind e a ré (embargada) é D. Kulkes Joalherias LTDA. Atuaram como desembargadores do caso os senhores Luis Augusto Coelho Braga, Artur Arnildo Ludwing, Jorge Luiz Lopes do Canto e Ney Wiedemann Neto.

O embargante pretendia a abstenção de uso de marca comercial, denominação social⁵ e nome fantasia pela embargada, uma vez que tais institutos remetem ao seu sobrenome. Defendeu ele que seu direito ao nome, dentro da lógica de seus direitos de personalidade, deveria prevalecer sobre o registro da marca, requerendo, dessa maneira, a condenação da sociedade empresária em danos morais por tal uso supostamente indevido.

Narra o juiz-presidente (BRASIL, 2012) que o embargante foi casado por 26 anos com Sônia Sirotsky Dvoskin, sendo que, por ocasião do divórcio, homologado em 1999, esta optou por permanecer com o nome de casada. Posteriormente, a sua ex-cônjuge ingressou no quadro societário da embargada, que atua no ramo de joalheria, alienando, no ano de 2007, a totalidade de suas cotas aos demais sócios da sociedade demandada.

Frente a esta situação, o embargante notificou a embargada quanto aos seus interesses, ela, entretanto, permaneceu usando o referido sobrenome. Logo, ingressou com a ação judicial objetivando a abstenção de uso e a indenização, sob a afirmação de que havia autorizado apenas sua ex-cônjuge a utilizar seu nome, não prevalecendo tal autorização quanto à embargada.

Diante do exposto, passa-se à análise dos argumentos dos magistrados, que podem ser divididos em duas linhas divergentes. A primeira, vencedora, contrária à pretensão do embargante e a segunda, que lhe foi favorável.

Quanto à primeira, asseveraram os magistrados (BRASIL, 2012) que, a ex-cônjuge foi sócia da sociedade empresária demandada desde sua constituição e ficou expresso no contrato que o negócio abrangia todos os direitos e obrigações relativas às suas quotas, englobando o fundo de comércio, estoque, pontos, propriedades imateriais, ou seja, todos os ativos e passivos das sociedades. Dessa maneira, concluem os magistrados (BRASIL, 2012, p.7) “que houve autorização expressa para o uso do patronímico DVOSKIN, eis que a venda das cotas por parte da sócia Sônia abrangeu as marcas e nome empresarial”.

Além disso, afirmaram os desembargadores que:

o patronímico integra o direito à personalidade de cada ser humano, enquanto se trata de relação jurídica personalíssima adstrita a esta seara, mas não se confunde com o nome empresarial que é de natureza intelectual e integra o patrimônio da empresa, pois se trata de propriedade industrial desta, a qual foi objeto de transação entre as partes. Logo, não pode a parte autora pretender se reapropriar de bem que foi negociado previamente e com a qual anuiu expressamente, sob pena de ser atingida a segurança do ato jurídico perfeito realizado naquela ocasião, o que não é admissível em nosso sistema jurídico, salvo melhor juízo (BRASIL, 2012, p. 10).

⁵ Apesar da possibilidade de aplicação, nas denominações sociais, do conflito em análise nesse trabalho, no caso particularmente estudado ele perde a importância, pois a ré alterou sua denominação social ao longo do processo, (BRASIL, 2012).

Já em relação à segunda corrente, o principal argumento é o de que a autorização concedida pelo embargante dirigiu-se apenas a sua ex- cōnjuge, que, além de já não ser sua esposa, não figurava mais no quadro societário.

Neste sentido, o magistrado divergente (BRASIL, 2012) busca fundamentar sua decisão na proteção do nome como direito de personalidade, afirmando que, no caso em análise, faz-se necessária uma ponderação entre a garantia fundamental da propriedade da marca e os direitos de personalidade. E, dessa forma, ele assegura que “em casos como o que ora se apresenta, deve prevalecer o direito subjetivo existencial do autor, de proteger a sua dignidade humana, já que não foi devidamente autorizada a utilização de seu sobrenome” (BRASIL, 2012, p. 15).

O desembargador divergente (BRASIL, 2012) vale-se, ainda, de outro argumento em favor do autor – o qual se traz apenas a título de exposição, uma vez que trata da proteção aos direitos do consumidor, extrapolando os limites desse trabalho – afirmando que o autor é conhecido nacionalmente por estar vinculado a um grande conglomerado de empresas de comunicação e permitir que a embargada se utilizasse do sobrenome do embargante como marca poderia levar à confusão do consumidor, induzindo-lhe a pensar que a demandada faria parte deste conglomerado.

E, finalmente, conclui o referido magistrado no sentido de reconhecer a procedência da marca, mas impedir que ela continue sendo utilizada pela sociedade empresária. Ele ainda admite a particularidade do caso e a repercussão dos danos causados, fixando indenização a fim de tanto compensar a vítima quanto punir o agente (BRASIL, 2012).

Percebe-se, com essa decisão, que não há uma posição unificada do judiciário quanto a essa questão. Esse é um cenário, então, controverso, denotando divergências quanto ao que é efetivamente o direito existente no conflito entre nome civil e marca. Há, portanto, a caracterização de um caso difícil.

Isto posto, remanesce o problema: a partir do momento em que há uma primeira autorização e o registro de um nome como marca, ocorre uma completa dissociação e mercantilização desse nome de modo que seu titular não poderá mais impedir a utilização da expressão registrada, ainda que haja fundado motivo para tal? E mais, a utilização de uma marca referente a um nome deve ser sempre considerada legítima ou viola os direitos de personalidade do autor que possui o nome registrado?

Passa-se à análise do presente caso sob o enfoque do referencial teórico construído como sistema de conceitos que permite um processo interpretativo a partir dos fundamentos do direito, de modo a se buscar uma interpretação íntegra do ordenamento jurídico, analisar o

instituto de marcas sob esse viés e solucionar o caso difícil que se apresenta nesse referido conflito de direitos e interesses.

4 O CONFLITO DE INTERESSES SOB UM VIÉS ÍNTEGRO

Conforme ensina Caio Mário (1995), no processo histórico, considerou-se que os direitos de personalidade tiveram sua origem no direito natural. Assim, tais direitos estariam além das relações jurídicas patrimoniais apreciáveis economicamente, não se reduzindo a valores pecuniários. Nesse sentido, o autor insere dentro dos direitos de personalidade o direito à vida, ao próprio corpo, à integridade física, ao bom conceito no ambiente onde se vive, e, o mais importante para o presente trabalho, o direito ao nome.

Ainda segundo Mário (1995) esses direitos têm origem nos movimentos da Idade Moderna, sendo esboçados na Convenção da Filadélfia, na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão. Assim, pode-se afirmar, conforme faz Fernandes (apud MARIO, 1995), que tais direitos são conquistas modernas.

Conquista esta de tamanha importância que se funda em respaldo constitucional. Ou seja, esses direitos vem expressamente consagrados na Constituição Federal de 1988, como se vê: o direito à vida, o direito à inviolabilidade do domicílio, à correspondência e aos vários tipos de comunicação, dentre outros.

Finalmente, no que se refere à caracterização da natureza jurídica dos direitos de personalidade pode-se dizer que para tal

é preciso desprender-se da ideia de patrimonialidade. O que está na sua base é a circunstância de que se trata de direitos ligados à pessoa do sujeito. A repercussão no patrimônio pode existir ou deixar de existir. [...] Integrados na pessoa do titular, e como projeção da pessoa, alguns são direitos existentes em si mesmos e em relação ao próprio sujeito. Outros se apresentam em função de outras pessoas. E muitos são oponíveis ao Estado (MARIO, 1995, p. 10).

Tal descrição é basilar para o estudo dos direitos de personalidade, entretanto não se pode parar por aí. Assim, vale-se do estudo de Feres (2011), o qual constrói uma ideia mais moderna sobre o processo de institucionalização dos diversos tipos de direitos, entre eles os fundamentais e os direitos de personalidade.

Ao ressaltar a importância dessas categorias de direito, o autor ensina que a instituição desses direitos ocorre quando são dadas determinadas liberdades básicas aos cidadãos. Tais liberdades, após um processo de institucionalização pelo Estado de Direito,

buscam sua justificação em uma marcha social intensa de luta por reconhecimento, onde se busca o autorrespeito – o qual consiste no sujeito considerando-se como digno de respeito e consideração – a autoconfiança – qual seja a construção de identidade do sujeito referenciado a um espaço e atitude moral (TAYLOR apud FERES, 2013, não publicado) – e estima social – que se dá no domínio da esfera pública.

A partir dessa constatação, pode-se entender, como mostra o autor, que com o estabelecimento de limites para a atuação do Estado e na própria relação entre sujeitos particulares, todo o arcabouço principiológico e legal cria um ambiente institucional que vai ser propício ao reconhecimento do autorrespeito. Além disso, em relação à autoconfiança, é necessário que o sujeito possa se reconhecer, individualmente e nas relações com a sociedade, como ser digno de respeito e consideração, o que irá ocorrer quando o indivíduo “passa a ter a exata dimensão da sua identidade, da sua individualidade e da sua dignidade” (FERES, 2013, não publicado, p.3). Finalmente em relação à estima social, deve o sujeito ser considerado na sua interlocução com os outros sujeitos, de modo que haja um reconhecimento e “luta, com autoconfiança, por um tipo de vida que vale a pena ter” (FERES, 2013, não publicado, p.3).

É sob esse viés, portanto, que os direitos de personalidade devem ser avaliados: sendo apartados das questões patrimoniais e voltados a ideais principiológicos morais de construção de vida e identidade.

Já em relação às marcas, de acordo com Arnoldi e Adourian (2004), elas são utilizadas atualmente para distinguir produtos industriais, artigos comerciais e serviços prestados profissionalmente de outros que possuam o mesmo gênero, atividade e de origem diversa.

Desta maneira, ainda segundo os autores, as marcas constituem um meio bastante eficaz para a constituição da clientela, e, por outro lado, para o consumidor, caracterizam-se por ser um hábil instrumento de orientação na aquisição de um artigo, tendo em vista fatores tais como proveniência ou condições de qualidade. Nesse sentido:

Esse elemento simbólico é capaz de formar nas pessoas o hábito de consumir um determinado bem, induzindo a preferências. E poderíamos dizer, o agente individualizador dos produtos que, além de proporcionar sua identificação, garante a honestidade no comércio, tutelando a fé pública e assegurando a lealdade na concorrência (ARNOLDI; ADOURIAN, 2004, p. 225).

Afirmam os autores que foi a Convenção da União de Paris, em 1883, o início de um direito internacional comum sobre propriedade intelectual. Nesse sentido, foi a partir dessa Convenção que se passou a identificar o termo “propriedade industrial”, englobada no gênero “propriedade intelectual”. A espécie da qual se trata passou, então, a compreender as patentes,

os modelos de utilidade, os desenhos industriais, as marcas, o nome comercial, as indicações de procedência e origem e finalmente, a repressão à concorrência desleal.

Os ativos intangíveis atualmente são fatores de extrema relevância para o destaque da atividade empresarial, dessa forma, há que se observar a proteção jurídica advinda da propriedade industrial. A proteção jurídica às marcas, portanto, se dá no sentido do que acontece com os direitos reais, de caráter patrimonial, pois, muito embora não se trate de coisas tangíveis, mas sim da atividade humana, por seu caráter de propriedade esse acaba por ser seu paradigma (BARBOSA, 2005).

Vê-se, então, que tanto o direito ao nome quanto o direito à marca tem fundada tutela jurídica, não podendo ser estabelecida *a priori* a supremacia de um sobre o outro. Há que se analisar o conflito no caso concreto a fim de poder determinar qual direito é o aplicável à situação. Para tanto, analisa-se tal conflito entre direitos de personalidade e as marcas a partir do ideal construído de direito como integridade, considerando-o uma ferramenta hábil na solução de tal conflito.

Em relação ao quadro jurídico, a Constituição Federal de 1988 constitui como seu fundamento, em seu primeiro artigo, inciso III, a dignidade humana. Da mesma maneira, no seu artigo 5º, inciso XXIX, assegura a proteção às marcas, aos nomes de empresas e outros signos distintivos, desde que observados o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do país.

Quanto à proteção ao nome, o artigo 17 do Código Civil de 2002 assevera que é necessária autorização para a utilização de nome alheio em propagandas comerciais. Nesse mesmo sentido, o inciso XV do artigo 124 da lei 9279/96 afirma que não são registráveis como marca “nome civil ou sua assinatura, nome de família ou patronímico e imagem de terceiros, salvo com consentimento do titular, herdeiros ou sucessores” (BRASIL, 1996).

Na decisão em comento, resta claro que o embargante, possuidor do sobrenome registrado como marca, concedeu expressamente a autorização para que fosse realizado o registro. Além disso, no contrato posterior de trespasse firmado por sua ex-esposa, ficou atestado que tal contrato englobaria inclusive a transferência dos bens imateriais. Logo, tendo isso por base, nesse caso concreto é de se entender o posicionamento majoritário que acabou por não prover a pretensão do autor, pois parece ser a visão melhor alinhada com as previsões legais relacionadas.

Entretanto, não se pode desconsiderar que a decisão coloca a discussão do conflito entre direitos de personalidade e direito a proteção à marca em um nível substancial mais elevado, provocado pelo questionamento que se segue: com a autorização e o registro de um

nome como marca, deve ocorrer uma completa dissociação e mercantilização desse nome de modo que seu titular não poderá mais impedir a utilização da expressão registrada, ainda que haja fundado motivo para tal?

A doutrina tradicional procura solucionar esse conflito entendendo, conforme Cerqueira, Silveira, Barbosa (2010, p. 135-136 apud BRASIL, 2012, p. 8) que

o princípio da transmissibilidade da marca é de caráter geral. Indaga-se, porém, se as marcas constituídas pelo próprio nome do comerciante ou industrial também podem ser transferidas, sendo o nome da empresa inacessível por sua natureza. Mas o nome da pessoa, registrado como marca, perde essa qualidade e, como tal, deixa de indicar a pessoa que o traz, passando a ser simples sinal distintivo dos produtos a que se aplica, como uma marca qualquer. A doutrina, sem discrepância, admite a transmissibilidade dessas marcas e também das constituídas pelas firmas ou denominação das sociedades.

Todavia, o presente artigo busca propor uma hermenêutica moral substancial que acaba por ser contrária a esse entendimento esposado na decisão, analisando essa dissociação marca-nome através do viés da integridade dworkiniana.

É certo que o registro de marcas, nomes de estabelecimentos e nomes fantasias que se referem aos nomes civis demandam uma análise pormenorizada e muito mais crítica em cada caso específico, não podendo dizer-se que há perda da qualidade de nome no momento do registro como pretende a doutrina tradicional. Pois, deve-se ter em vista que tal instituto tem relação estreita com os direitos de personalidade e com a própria dignidade humana, fundamento último da Constituição de 1988.

Tanto o direito à marca quanto o direito ao nome devem ser considerados dentro da lógica da integridade, havendo aí um caso difícil a ser solucionado. Dessa forma, determinar qual desses direitos será aplicado no caso concreto depende de uma necessária adequação, a partir dos princípios aos quais esses direitos são referenciados, baseada nos valores mais caros para a comunidade na qual o conflito entre eles se constituiu. Assim, é preciso extrair da comunidade fraterna se é mais valorosa a proteção ao nome ou o resguardo da marca.

Percebe-se que o direito de propriedade intelectual é de grande vulto para o desenvolvimento da atividade comercial, entretanto, o direito ao nome é visto como meio do indivíduo buscar seu autorrespeito, autoconfiança e estima social. Nesse sentido, há que se considerar que o Estado, como comunidade personificada, deve conceder maior atenção às marcas que se referem aos nomes civis, seja no momento administrativo de concessão, no qual a autarquia responsável por tal registro – o Instituto Nacional de Propriedade Intelectual (INPI) – deve avaliar, tendo em vista o modelo de coerência de princípios, se há realmente um motivo íntegro que justifique a não concessão do registro marcário, ou no momento judicial de solução do conflito, que deverá impor a abstenção deste tipo de marca com base na

construção de um direito íntegro, haja vista que é essa interpretação estatal que analisa/soluciona o conflito de direitos sob sua melhor luz.

Ora, o que se pretende aqui é justamente inverter a lógica do pensamento tradicional sobre o registro desse tipo de marcas, pois o antigo nome só poderá ser considerado sinal meramente distintivo de produtos ou serviços, quando não houver fundado motivo para sua proteção. Isso porque, um modelo de direito baseado na justiça, na equidade e no devido processo legal adjetivo não pode deixar de considerar a todos, em qualquer situação, como sujeitos merecedores de igual consideração e respeito.

Tendo em vista o papel de comunidade personificada do estado, este deve considerar a autorização concedida pelo titular do nome civil para o registro de uma marca, nome de estabelecimento e nome fantasia de maneira íntegra, ou seja, conforme os fundamentos do ordenamento jurídico. Neste sentido, a completa dissociação e mercantilização desse nome não poderão prevalecer quando houver justo motivo reconduzível a um argumento de princípio, analisado em cada caso concreto, que impeça a utilização da expressão registrada.

Finalmente, a partir da decisão judicial em análise, cabe ressaltar que, a fim de edificar um direito íntegro, os magistrados desembargadores deveriam realizar um esforço discursivo no sentido de construir um direito voltado para a dissociação do nome em relação à marca, para que a sua mercantilização não seja vista como absoluta. Pois, apesar da peculiaridade do caso, de existir autorização expressa para a realização do registro, as autoridades que se encontram diante deste problema não podem considerar essa autorização irreversível. Havendo motivo suficiente para que uma pessoa impeça a utilização de tal marca objetivando a proteção ao seu direito ao nome, isto deve ser analisado como uma questão de princípio. De certo, este deve ser o entendimento, pois, conforme Dworkin (2007), o Estado atuando em uma comunidade fraterna poderá fazer com que “cada um seja tratado com igual interesse” (DWORKIN, 2007, p. 257).

5 CONCLUSÃO

Apesar da imperiosa ciência dogmática do direito, a atuação do jurista e do operador são fundamentais no processo de reinterpretação do sentido das expressões normativas. Desta forma, o direito deve ser considerado como prática interpretativa, pois assim o é. E nesse

ponto, é grande a importância dos trabalhos correspondentes à pesquisa denominada jurídico-científica, conforme Fonseca (2009).

Neste sentido, frente à análise do recurso de Embargos Infringentes, processado sob o número 70051635282 e julgado pelo TJRS, que traz Marcos Ramon Dvoskind pleiteando em face de D. Kulkes Joalherias LTDA, buscou-se ao longo do trabalho investigar de maneira crítica o entendimento tradicional sobre as marcas, denominações sociais e nomes fantasias referentes aos nomes civis frente aos direitos de personalidade daquele que manifestou autorização para o registro.

Percebe-se que os direitos de personalidade são aqueles que a comunidade fraterna tende a considerar profundamente entrelaçados com seus fundamentos e valores, pois tem total relação com a dignidade da pessoa humana, nesse sentido considerada a busca do indivíduo por autorrespeito, autoconfiança e estima social (FERES, 2013).

Logo, quando presente o conflito entre marcas, denominações sociais e nomes fantasias referentes aos nomes civis e os direitos de personalidade daquele que concedeu a autorização para tal registro, será necessário ter em mente que não há, como regra, completa dissociação e mercantilização de tal expressão. Há casos em que há justificção para a proibição ou abstenção do uso da marca que podem se revelar como um fundamento de princípio, como a dignidade humana, sendo essa a conclusão possível, tendo o caso analisado como base.

Conclui-se, finalmente, que tal tipo de registro merece uma análise mais cuidadosa por parte do Estado, seja no momento da concessão do registro marcário por parte do INPI, seja no momento do conflito judicial. Tendo em vista que o Estado, como comunidade personificada deverá analisar caso a caso, qual é o posicionamento mais íntegro a ser adotado.

REFERÊNCIAS

ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo; ADOURIAN, Eva Hang. A revolução das marcas: do direito industrial à propriedade intelectual. **Revista de Direito Privado**. [s.l.], v.16, p. 225-259, 2004.

BARBOSA, Denis Borges. **O conceito de propriedade intelectual**. Brasília: Revista Jurídica, 2002. Disponível em: < <http://denisbarbosa.addr.com/trabalhospi.htm>>. Acesso em: 04/01/2013.

_____. **Nota sobre a noção de propriedade da marca na lei ordinária brasileira.**

Brasília: Revista Jurídica, 2005. Disponível em

<<http://denisbarbosa.addr.com/notamarca3.pdf>>. Acesso em: 15/03/2013.

BRASIL. Constituição da República 5 de outubro de 1988. **Site do Planalto.** Disponível em:

<<http://www.planalto.gov.br/legislacao/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm>>. Acesso em: 13 jun. 2009.

BRASIL. Lei 10.406 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Site do Planalto.**

Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em:

15 jan. 2013.

BRASIL. Lei 9279 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos a propriedade industrial. **Site do Planalto.** Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19279.htm>. Acesso em 15 jan. 2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Embargos Infringentes n.

70051635282. Embargante: Marcos Ramon Dvoskind, Embargado: D. Kulkes Joalherias

LTDA. Presidente: Luis Augusto Coelho Braga. Rio Grande do Sul, 30 de novembro de 2012.

Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/site/>>. Acesso em 10 jan. 2013.

COELHO, Luciano Augusto de Toledo. Testes psicológicos e o direito: uma aproximação à luz da dignidade da pessoa humana e dos direitos da personalidade. **Psicologia & Sociedade**, Porto Alegre, v. 16, n. 2, mai./ago. 2004. Disponível em:

<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-71822004000200011&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 15 mar. 2013.

DEMO, Pedro. **Metodologia científica em ciências sociais.** 3ª ed. São Paulo: Atlas, 1995.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito.** 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **Levando os direitos a sério.** Tradução Nelson Boeira. 3ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2011

FERES, Marcos Vinicio Chein. **Teorias contemporâneas da constituição e direitos fundamentais: institucionalização e construção normativa.** Texto disponibilizado na plataforma de ensino a distância na disciplina instituições de direito, 2012. 10 fls. Acesso restrito.

_____; MENDES, Brahwlio Soares de Moura Ribeiro. Direito como identidade: Estado, direito e política. In: **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: JusPODIVM, 2011.

FONSECA, Maria Guadalupe Piragibe da Fonseca. **Iniciação a pesquisa no direito: pelos caminhos do conhecimento e da inovação**. Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 14^a ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

GUSTIN, Miracy B. S; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)Pensando a Pesquisa Jurídica**. 3^a ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

MARIO, Caio. Direitos de Personalidade. **Revista de Ciências Jurídicas**, Fortaleza, v.3, n.1, p. 5-19, jan. 1995. Disponível em:
<<http://ojs.unifor.br/index.php/rpen/article/view/479/1872>>. Acesso em 15 mar. 2013.