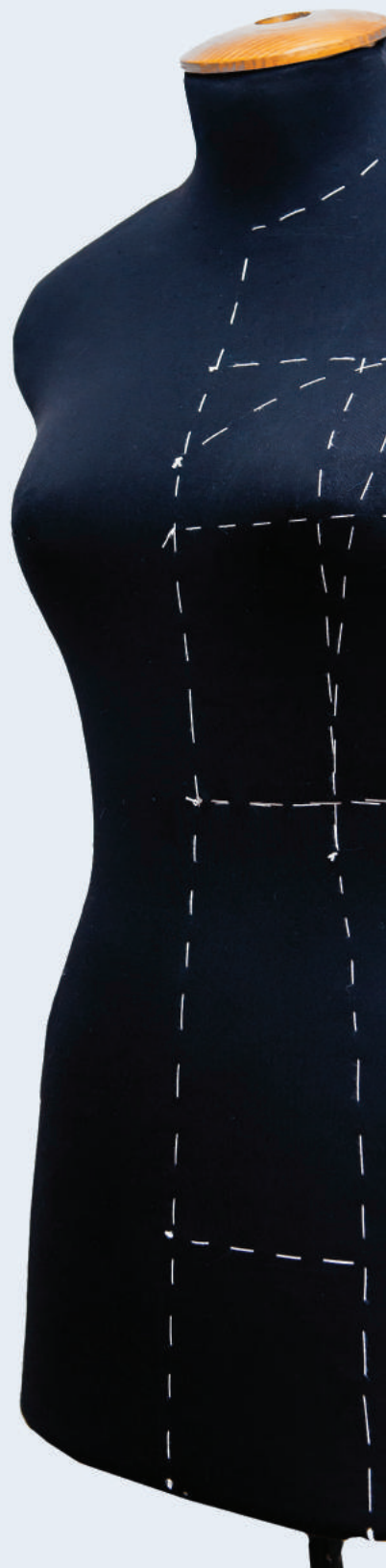


# DIREITO DA MODA

VOL. I

## COORDENAÇÃO

Lígia Carvalho Abreu  
Francisco Pereira Coutinho



**DIREITO  
DA  
MODA  
VOL. I**



# DIREITO DA MODA VOL. I

**COORDENAÇÃO**

LÍGIA CARVALHO ABREU

FRANCISCO PEREIRA COUTINHO

**DIREITO DA MODA**

**COORDENAÇÃO**

LÍGIA CARVALHO ABREU  
FRANCISCO PEREIRA COUTINHO

**EDIÇÃO**

UNIVERSIDADE NOVA DE LISBOA  
FACULDADE DE DIREITO  
CEDIS, CENTRO DE I & D SOBRE DIREITO E SOCIEDADE  
Campus de Campolide  
1099-032 Lisboa  
PORTUGAL

**EXECUÇÃO GRÁFICA**

ASPRINT-Apolinário Silva Unipessoal, Lda.

**FEVEREIRO 2019**

DEPÓSITO LEGAL  
452004/19

ISBN  
978-972-99399-7-6

TIRAGEM  
300 EXEMPLARES

Os dados e as opiniões inseridos na presente publicação  
são da exclusiva responsabilidade do(s) seus(s) autor(es).

Toda a reprodução desta obra, por fotocópia ou outro  
qualquer processo, sem prévia autorização escrita do editor,  
é ilícita e passível de procedimento judicial contra o infrator.

# Índice

- 7 *Nota de Apresentação*
- 11 Lígia Carvalho Abreu – *Os Princípios do Direito da Moda e sua relevância na Construção e Autonomia de uma nova Disciplina Jurídica*
- 33 Luís Couto Gonçalves – *Moda e Marca*
- 53 Ana Afonso – *Contrato de Licença de Exploração de Marca*
- 81 Catarina Crespo – *A Proteção do Trade Dress na Indústria da Moda*
- 103 Patrícia Rento – *Proteção do Bordado de Arraiolos e a sua Apropriação por Empresas de Moda*
- 117 Alexandra Vilela / Inês Godinho – *As Infrações Relacionadas com o Direito da Moda*
- 139 Regina Ferreira de Souza – *Moda e Direito Penal: A Construção da Legislação Brasileira sobre Joias e a Influência de Portugal*
- 157 Ana Clara Azevedo de Amorim – *A Aplicação do Regime Jurídico da Publicidade ao Sector da Moda – Algumas Questões*
- 185 Letícia Marques Costa – *E-commerce Aplicado à Moda*
- 199 Joana Whyte – *Direito da Concorrência à la Mode*

- 229** Maria Odete Oliveira – *Temáticas Fiscais Atuais na Indústria da Moda*
- 255** Rhayza Vieira Berlanza – *O Trabalho na Indústria Têxtil em Condições Análogas à Escravidão e o Dumping Social*
- 275** João Fraga de Castro – *A Sustentabilidade nos Contratos com a Administração Pública e nos Contratos Individuais de Trabalho*

# Nota de Apresentação

FRANCISCO PEREIRA COUTINHO\*

“Se já temos direito do desporto; na verdade, se já oferecemos dois cursos sobre direito do desporto, por que razão não podemos ter um curso sobre direito da moda?” A pergunta retórica foi colocada pela direção da Faculdade de Direito de Fordham, nos Estados Unidos da América<sup>1</sup>, e esteve na origem da abertura, em 2008, do primeiro curso de direito da moda (*Fashion Law*) numa escola de Direito<sup>2</sup>. Seguiram-se várias edições do mesmo curso e, alguns anos depois, o primeiro mestrado em direito da moda<sup>3</sup>.

Em meados de 2016 encontrei casualmente na internet o projeto *Fashion Law – When fashion meets fundamental rights*<sup>4</sup>, fundado pela minha colega jusinternacionalista Lígia Carvalho Abreu. Apresentando-se a Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, desde a sua fundação em 1997, “como um polo inovador no desenvolvimento da ciência jurídica”, através designadamente da “lecionação de novas disciplinas”<sup>5</sup>, propus à Lígia Carvalho Abreu a organização em parceria de um curso sobre direito da moda na

---

\* Professor da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa e Membro do CEDIS.

1 Retirado de <https://fashionlawinstitute.com/about> (acedido a 3 de novembro de 2018).

2 Jimenez, 2014, p. 2, que acrescenta que a designação *fashion law* terá sido utilizada, pela primeira vez, em 2006, num curso do “Fashion Institute of Technology”.

3 Sobre este mestrado, v. [https://www.fordham.edu/info/23328/msl\\_in\\_fashion\\_law](https://www.fordham.edu/info/23328/msl_in_fashion_law) (acedido a 3 de novembro de 2018).

4 Disponível em <http://www.fashionmeetsrights.com/> (acedido a 3 de novembro de 2018).

5 Art. 2.º, n.º 1, dos Estatutos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa – Nova School of Law, publicados em anexo ao Despacho n.º 4778/2018, de 26 de abril, da Reitoria da Universidade Nova de Lisboa, *Diário da República*, 2.ª série, n.º 93, de 15 de maio de 2018, p. 13549. A Nova Direito foi, por exemplo, a primeira faculdade de direito portuguesa a oferecer na licenciatura a disciplina de direito do desporto, no ano letivo 2005/2006 [v. [https://www.fd.unl.pt/Anexos/10892\\_2.pdf](https://www.fd.unl.pt/Anexos/10892_2.pdf) (acedido a 3 de novembro de 2018)].



Nova Direito. Esta obra coletiva, coordenada por mim e pela Lígia Carvalho Abreu e editada pelo CEDIS – Centro de I & D sobre Direito e Sociedade da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa com o apoio do Instituto de Investigação Jurídica da Universidade Lusófona do Porto e da Jurisnova – Associações de Professores da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, constitui o corolário natural do sucesso do curso, que teve edições em 2017 e em 2018<sup>6</sup>.

O livro inicia-se com um artigo de Lígia Carvalho Abreu em que se expõem os princípios fundamentais do direito da moda a partir de uma ampla delimitação do âmbito material da disciplina que engloba a regulação da produção, criação e comercialização de peças de moda. O resultado desta abordagem conceptual é uma caleidoscópica abrangência temática que permite a inclusão no âmbito material do direito da moda de questões jurídicas de direito privado e público “tão diversas como o impacto ambiental e social da produção de bens e matérias-primas, as relações laborais, a proteção de criações originais, de invenções novas ou das marcas, os contratos comerciais, as relações de concorrência, a publicidade, os limites da imagem como obra artística e a imagem como direito da pessoa retratada ou da pessoa modelo” (Carvalho Abreu, 2019: 12).

Uma vez que “o núcleo essencial do direito da moda gravita à volta da propriedade intelectual, em sentido amplo” (Couto Gonçalves, 2019: 34), o primeiro e principal grupo de artigos incluídos nesta obra debruça-se sobre temas de propriedade industrial como a relação entre a moda e os regimes jurídicos da marca (Luís Couto Gonçalves), do contrato de licença de exploração de marca (Ana Afonso), do *trade dress* (Catarina Crespo), da proteção dos bordados de Arraiolos (Patrícia Rentó) e das infrações a direitos de propriedade industrial (Alexandra Vilela e Inês Godinho) (Regina Ferreira de Sousa). Num segundo grupo de textos abordam-se sucessivamente a relação entre a moda e a publicidade (Ana Amorim), o comércio eletrónico (Letícia Marques), o direito da concorrência (Joana Whyte), o direito fiscal (Maria Odete Oliveira), o direito internacional do trabalho (Rhayza Vieira Berlanza) e a contratação pública (João Fraga de Castro).

Para terminar, são ainda devidos agradecimentos aos bolsiros do CEDIS, Daniela Pereira da Silva e João Azevedo, pelo auxílio prestado na revisão de

---

6 O programa dos cursos pode ser consultado em <https://www.fd.unl.pt/Anexos/11374> e em <https://www.fd.unl.pt/Anexos/12246.pdf> (acedido a 3 de novembro de 2018).

textos e, em particular, a todos os autores por terem aceitado o nosso desafio de participarem no primeiro livro editado em Portugal sobre direito da moda.

Braga, 3 de novembro de 2018.

### **Referências bibliográficas**

- CARVALHO ABREU, Lígia (2019). “Os Princípios do Direito da Moda e sua Relevância na Construção e Autonomia de uma nova Disciplina Jurídica”, in Lígia Carvalho Abreu e Francisco Pereira Coutinho (eds.), *Direito da Moda*, CEDIS, Lisboa, 2019, pp. 11-32.
- COUTO GONÇALVES, Luís (2019). “Moda e Marca”, in Lígia Carvalho Abreu e Francisco Pereira Coutinho (eds.), *Direito da Moda*, CEDIS, Lisboa, 2019, pp. 33-51.
- JIMENEZ, Guillermo C. (2014). “A Survey of Fashion Law: Key Issues and Trends”, in Guillermo C. Jimenez e Barbara Kolsun (eds), *Fashion Law: a Guide for Designers, Fashion Executives, and Attorneys*, 2.<sup>a</sup> Edição, Bloomsbury, Nova Iorque, 2014, pp. 1-24.



# Os Princípios do Direito da Moda e sua relevância na Construção e Autonomia de uma nova Disciplina Jurídica

LÍGIA CARVALHO ABREU\*

**Resumo:** Uma análise profunda das grandes problemáticas do mundo da moda conduz-nos à definição e aplicação, a esta realidade, dos princípios do desenvolvimento sustentável, da rastreabilidade e divulgação da origem, da dignidade da pessoa humana, da igualdade e não discriminação, da dignidade animal, da não apropriação cultural e do respeito dos direitos de propriedade intelectual dos criadores de moda. É esta análise que nos permite determinar o que é o direito da moda, quais as suas fontes, conteúdo e natureza jurídica, numa clara intenção de incentivar a investigação jurídica neste domínio e de oferecer um contributo para a afirmação de uma nova disciplina jurídica.

**Palavras-Chave:** direito da moda; natureza jurídica; princípios; autonomia

**Abstract:** *An in-depth analysis of the major problems in the fashion world leads us to define and apply, to this reality, the principles of sustainable development, traceability and disclosure of origin, dignity of the human person, equality and non-discrimination, animal dignity, non-appropriation of cultural elements and respect for the rights of intellectual property of fashion designers. It is this analysis that allows us to determine what fashion law is, what its sources, content and legal nature are, in a clear intention to encourage legal research in this field and to offer a contribution to the affirmation of a new legal discipline.*

**Keywords:** *fashion law; legal nature; principles; autonomy*

---

\* Professora associada da Faculdade de Direito e Ciência Política da Universidade Lusófona do Porto, vice-diretora do Instituto de Investigação Jurídica da ULP (I2J), docente e coordenadora do curso breve em Direito da Moda da Jurisnova, docente convidada da Universidade Católica do Porto (PG Direito da Moda) e do Instituto Universitário da Maia (ISMAI), investigadora do CEDIS da Universidade Nova de Lisboa e consultora jurídica. Doutorada pela Faculdade de Direito da Universidade de Genebra. Email: p3919@ulp.pt.

## INTRODUÇÃO

O direito da moda é uma disciplina jurídica que incide sobre o estudo das relações jurídicas subjacentes à criação de moda. A “criação de moda” como objeto de análise jurídica é um conceito amplo e não se resume ao domínio das coisas tangíveis. Abrange: o ato de criação de peças de moda e de embelezamento, como por exemplo o design e a produção de vestuário, de calçado, de acessórios ou de cosmética e perfumaria; todas as etapas anteriores e posteriores ao ato de criação, ou seja a produção de tecido e de outros elementos que compõem uma peça de roupa ou calçado, a extração de metais e pedras preciosas, o cultivo ou a produção em laboratório dos ingredientes da cosmética e perfumaria, a comercialização dessas matérias-primas e das próprias peças de moda e embelezamento, bem como a criação de imagens.

Assim, fazem parte do *corpus* do direito da moda questões tão diversas como o impacto ambiental e social da produção de bens e matérias-primas, as relações laborais, a proteção de criações originais, de invenções novas ou das marcas, os contratos comerciais, as relações de concorrência, a publicidade, os limites da imagem como obra artística e a imagem como direito da pessoa retratada ou da pessoa modelo.

O direito da moda tem uma dupla natureza jurídica. Ele regula as relações jurídicas que se estabelecem entre sujeitos de direito privado, nomeadamente as indústrias, as agências de modelos, os modelos, os comerciantes, os designers e os inventores. O direito privado é fonte do direito da moda.

Todavia, o direito da moda tem também uma natureza jurídico-pública. A forma como nos vestimos ou como queremos que o nosso corpo seja é uma questão de liberdade individual, uma manifestação do nosso Eu-recetor de todas as influências do momento histórico-cultural no qual vivemos, das culturas dominantes ou alternativas, tantas vezes expressas em milhares de imagens de moda, e da religião. Neste âmbito, o Estado pode, por motivos de ordem pública, de proteção da saúde física e mental, intervir nas liberdades individuais, inclusive na liberdade de quem cria as imagens de moda e de quem é modelo. Por outro lado, o Estado e até organizações internacionais podem intervir na regulação de atividades comerciais para proteger os direitos humanos. Assim, os sujeitos do direito da moda não são apenas pessoas singulares e coletivas privadas e nem só o direito privado é fonte desta disciplina.

A natureza jurídica pública e privada do direito da moda revela-nos a sua interdisciplinaridade. Compreender a moda do ponto de vista jurídico

conduz-nos ao estudo do direito da propriedade intelectual, do direito dos contratos, do direito da concorrência, do direito do trabalho, do direito do ambiente, dos direitos fundamentais ou dos direitos humanos. Esta interdisciplinaridade é, para alguns autores, sinónimo de não autonomia jurídica do direito da moda. Não podemos negar que o direito da moda depende de princípios e regras de vários ramos de direito. Muitos dos litígios do mundo da moda resolvem-se com o recurso, por exemplo, ao direito comercial, ao direito da propriedade intelectual, ao direito das obrigações, ao direito penal ou ao direito do trabalho. O direito da moda partilha o ideal de proteção do mesmo bem jurídico com outras áreas do direito. No entanto, a especificidade das relações que se estabelecem no mundo da moda e os termos utilizados, permite-nos descortinar alguma inovação jurídica relacionada com a forma de adaptar o conteúdo de alguns princípios do direito e com a criação de novos princípios em direção à autonomia jurídica, ainda que, por agora<sup>1</sup>, relativa, de uma nova disciplina jurídica.

## I. O PRINCÍPIO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

O desenvolvimento sustentável é um dos pilares edificadores de uma sociedade justa e ecológica. A ele se associa, tal como definido na al. *a*) do art. 3.º da Lei nº 19/2014, de 14 de abril, que define as bases da política de ambiente, uma obrigação de satisfazer “as necessidades do presente sem comprometer as das gerações futuras, para o que concorrem: a preservação de recursos naturais e herança cultural, a capacidade de produção dos ecossistemas a longo prazo, o ordenamento racional e equilibrado do território com vista ao combate às assimetrias regionais, a promoção da coesão territorial, a produção e o consumo sustentáveis de energia, a salvaguarda da biodiversidade, do equilíbrio biológico, do clima e da estabilidade geológica, harmonizando a vida humana e o ambiente”.

Este biocentrismo inerente ao desenvolvimento sustentável é também pressuposto filosófico da promoção da justiça social, porque uma visão antropocêntrica do mundo só nos conduzirá ao abismo da nossa existência.

---

1 Tendo em conta o estado da arte ao nível do estudo da construção de um direito da moda autónomo, ou, por outras palavras, tendo em conta a quase inexistente doutrina sobre a autonomização dos princípios, regras, institutos e conceitos do direito da moda.

Desta forma, o desenvolvimento sustentável possui uma dimensão transversal, ou seja, é um princípio basilar de todas as políticas globais e setoriais e disciplinas jurídicas e, por conseguinte, não pode ser entendido como um princípio exclusivo do direito do ambiente.

Assim, o princípio do desenvolvimento sustentável deve fazer parte de uma disciplina que estuda a moda, bem como das políticas direcionadas aos setores económicos a ela associados.

Neste âmbito, importa, em primeiro lugar, analisar a realidade económica e social que envolve o mundo da moda, para, em seguida, propor o conteúdo da disciplina jurídica.

Os modelos de produção e consumo de moda atuais remetem-nos para os conceitos de *fast fashion* e *slow fashion*. No modelo *fast fashion* os produtos são fabricados, consumidos e descartados ao ritmo de tendências sazonais em ciclo ininterrupto. É um modelo económico e social irracional em relação à utilização dos recursos naturais e ao desenvolvimento pessoal. A poluição, o esgotamento de recursos, a deslocalização de empresas para países com mão-de-obra barata ou a subcontratação de fábricas de produção em que os direitos dos trabalhadores não são respeitados são alguns dos aspetos negativos associados ao *fast fashion*. Por sua vez, o *slow fashion* assenta num modelo de produção e consumo não massificado. Esta relação entre produtor e consumidor pode nem sempre ser de proximidade, como acontece com a criação de roupa personalizada, feita à medida em atelier.

No entanto, para que se enquadre no conceito de *slow fashion* essa relação tem de se basear na transparência quanto à origem dos materiais e mão-de-obra utilizados, de forma a que resulte evidente para o consumidor as boas práticas ambientais e laborais do produtor.

Embora antagónicos, os modelos de *slow fashion* e *fast fashion* coexistem demasiadas vezes na mesma marca, em marcas do mesmo grupo económico, ou no guarda-roupa de uma pessoa. Por exemplo, marcas de alta moda que produzem em atelier peças exclusivas não massificadas e com respeito dos direitos ambientais e laborais, também produzem artigos de moda massificados com violação desses direitos. Ademais, a sustentabilidade na moda não significa que todo o modelo de negócio seja 100% ecológico. Algumas marcas de moda proeminentes no mercado assumem-se como marcas ecológicas porque não utilizam fibras não orgânicas ou pelo animal, mas produzem bens em massa, logo também contribuem para a poluição. Um pequeno produtor de roupa ou acessórios por medida produz menos, por conseguinte, polui menos,

mas se usa materiais não orgânicos ou não reciclados, também não será uma marca ecológica.

A aplicação do princípio do desenvolvimento sustentável na prática traduz-se na concretização de um conjunto de valores de conduta essenciais para a convivência e sobrevivência do ser humano.

Desta forma, a moda deve progredir no contexto daquilo que personifica a evolução da sociedade na construção de um mundo mais ético e ecológico. E, de certa forma, assim tem sido nos últimos tempos com o aparecimento de tendências comportamentais em contraciclo ao consumo desenfreado e de valorização de um produto tendo em conta critérios ambientais e sociais, obrigando as empresas de moda a investir nas suas políticas de responsabilidade social e nos processos que demonstrem o cumprimento efetivo dessas políticas, dos direitos fundamentais, da legislação laboral e ambiental de acordo com avaliações externas imparciais. Falamos aqui dos sistemas de certificação.

É nestes processos de princípios e regras que o direito da moda encontra, neste contexto, o seu objeto. A existência de uma política de responsabilidade social não é suficiente para atestar a conformidade das empresas com o desenvolvimento sustentável e legislação associada à sua concretização. É necessário verificar que a mesma é cumprida, logo, a certificação realiza aqui a sua finalidade.

Atualmente existem vários sistemas de certificação direcionados para indústria do vestuário, calçado, joalheria, cosmética e perfumaria. Por exemplo: as certificações *Oeko-Tex*; a certificação *Global Organic Textile Standard (GOTS)*; a *Marcação CE* para equipamentos de proteção individual; a certificação *WRAP*; a certificação *Global Recycle Standard*; o sistema comunitário de ecogestão e auditoria (*EMAS*); a certificação *SA 8000*; o sistema de certificação do processo de *Kimberley* para o comércio internacional de diamantes em bruto; as certificações *Responsible Wool Standard* e *Responsible Down Standard*, que têm em conta o bem-estar animal; a certificação de acordo com a norma *COSMOS (COSMetic Organic Standard)* para os cosméticos; a certificação *Fairtrade* para o algodão ou ainda as certificações *Fairtrade* e *Fairmined* para os metais preciosos oriundos de minas artesanais e de pequenas dimensões.

Apesar da existência de legislação que impõe a obrigatoriedade de alguns sistemas de certificação, como por exemplo a Lei n.º 5/2015, de 15 de Janeiro, que assegura a execução do Regulamento (CE) n.º 2368/2002, do Conselho, de 20 de dezembro, relativo à aplicação do sistema de certificação do processo de *Kimberley* para o comércio internacional de diamantes em bruto, a adesão



à maior parte dos sistemas de certificação disponíveis para os vários setores da moda é facultativa, ou seja depende da vontade das empresas.

Tendo em conta que o mais importante é produzir moda sustentável com transparência e veracidade, torna-se essencial avaliar do ponto de vista jurídico a eficácia das normas imperativas existentes no contexto da certificação e propor a construção de novos instrumentos legislativos que garantam o cumprimento da referida finalidade. Neste contexto, é relevante também propor o estudo comparativo de normas de certificação e de harmonização normativa para a criação de regimes únicos por setores ou produtos semelhantes, de forma a eliminar os aspetos negativos da proliferação desses sistemas de certificação, e outros métodos de avaliação ambiental e social, sobre a economia das empresas e dos Estados, por exemplo no interior do Mercado Único Europeu.<sup>2</sup>

Fica assim definida uma primeira parte do espaço de estudo da disciplina do direito da moda.

## II. O PRINCÍPIO DA RASTREABILIDADE E DA DIVULGAÇÃO DA ORIGEM

O conhecimento da origem de um produto de moda tem assumido, nos nossos dias, uma relevância crescente, motivado, em grande parte, por movimentos e organizações que reivindicam melhores condições laborais e ambientais em setores de moda, como por exemplo o *Fashion Revolution*<sup>3</sup> e a

---

2 Importa lembrar que a proliferação de regimes de avaliação do desempenho ambiental das empresas no interior do Mercado Único Europeu foi apontada como um obstáculo à construção do Mercado Único de Produtos Ecológicos na Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho sobre esta matéria, nos seguintes termos: “O cenário que se segue está a tornar-se o modo normal (embora ineficiente) de comercializar produtos ecológicos na Europa: uma dada empresa que pretenda comercializar o seu produto como produto ecológico no Reino Unido, França, Itália e Suíça teria de aplicar regimes diferentes para poder concorrer com base no desempenho ambiental nos diferentes mercados nacionais. Em França, teria de efetuar uma avaliação ambiental em conformidade com o método francês (BP X30323); no Reino Unido, teria de aplicar a norma PAS 2050 ou o Protocolo sobre GEE do Instituto dos Recursos Mundiais (WRI); na Suíça, teria de aplicar a abordagem suíça (atualmente em preparação); em Itália, deveria aderir ao regime de pegada de carbono reconhecido oficialmente, efetuando mais uma análise. Para o mercado sueco, a mesma empresa teria de elaborar também uma declaração ambiental do produto (EPD) com base na norma ISO 14025. Pode ser necessário elaborar múltiplas EPD, uma vez que há, pelo menos, seis sistemas de EPD concorrentes em todo o mundo, com as suas próprias especificidades, embora todos eles sejam baseados na norma ISO 14025. Partindo de um custo teórico de 10 000 euros para cada estudo necessário para dar cumprimento a um dado regime, a empresa terá de multiplicar esse custo por cada um dos mercados em que tenciona entrar. Neste cenário, a empresa incorreria num custo que pode atingir os 50 000 EUR por produto para poder concorrer com base no desempenho ambiental em 5 mercados nacionais europeus” (Comissão Europeia, 2013: 6).

3 Cfr. <https://www.fashionrevolution.org/>.

*Clean Clothes Campaign*<sup>4</sup>, e em alguns casos pela legislação, nomeadamente a legislação que implementa o sistema de certificação do processo de Kimberley para o comércio internacional de diamantes em bruto<sup>5</sup>, bem como aquela que contem a exigência de divulgação da origem dos recursos genéticos e dos conhecimentos tradicionais a estes associados como condição para obtenção de uma patente<sup>6</sup>.

A expressão “rastreadibilidade e divulgação da origem” refere-se aqui não só às matérias-primas, mas também à mão-de-obra utilizada, passando pelo modo de fabricação ou extração de um produto, assumindo-se como uma imposição, da sociedade civil ou da lei, aos agentes económicos dos setores da moda, como forma de os impelir a construir negócios ambientalmente sustentáveis e com respeito pelos direitos humanos.

Desta forma, o princípio da rastreabilidade e da divulgação da origem pode ser definido da seguinte forma: devem ser tomadas medidas efetivas de investigação e acompanhamento de todas as fases relativas à criação de um produto, desde a produção, extração, colheita, lapidação ou comercialização da

---

4 Cfr. <https://cleanclothes.org/>.

5 O sistema de certificação do processo de Kimberley para o comércio internacional de diamantes em bruto foi instituído em 2003 pela Resolução n.º 55/56 da Assembleia Geral das Nações Unidas com o objetivo de impedir a entrada no comércio internacional de diamantes oriundos de países em guerra civil, onde a exploração de diamantes é controlada por grupos rebeldes e os diamantes servem para financiar atrocidades contra os seres humanos. É assim um sistema de controlo da origem dos diamantes em bruto mediante um sistema de fiscalização e atribuição de certificados oficiais de exportação e importação destas pedras preciosas. Vários países já aderiram a este sistema, consagrando na sua legislação interna a sua obrigatoriedade. A título de exemplo: em Portugal, o sistema de certificação do processo Kimberley é regulado pela já referida Lei 5/2015, de 15 de janeiro; no Brasil, este sistema foi instituído pela Lei n.º 10.743, de 9 de outubro de 2003; nos Estados Unidos da América pela Clean Diamond Trade Act 2003; na Suíça pela Ordonnance 94623111 sur le commerce international des diamants bruts.

6 A obrigação de divulgação de origem dos recursos genéticos e conhecimentos tradicionais a estes associados como condição para obtenção de uma patente tem sido entendida, por alguns Estados, bem como pela Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), como um requisito essencial para comprovar a existência de um contrato de acesso com partilha justa e equitativa de benefícios monetários e não monetários entre o país de origem dos recursos genéticos ou os povos indígenas detentores de conhecimentos tradicionais e aqueles que pretendem utilizar esses recursos e conhecimentos para elaboração de uma invenção, como por exemplo um cosmético ou medicamento. A título de exemplo, invocamos a lei brasileira n.º 13.123, de 20 de maio de 2015, mediante a qual a concessão de um direito de propriedade intelectual pelo órgão competente sobre o produto acabado ou sobre material reprodutivo obtido a partir do acesso ao património genético ou ao conhecimento tradicional associado fica condicionado a cadastro e autorizações, nos termos desta lei, ou seja só é possível patentear uma invenção mediante comprovativo da existência de um acordo de partilha justa e equitativa de benefícios entre quem tem direitos sobre estes recursos e conhecimentos e aquele que os pretende utilizar, acordo esse assente no consentimento prévio e esclarecido dos titulares de direitos sobre os referidos recursos e conhecimentos. Assim, é necessário, para que seja atribuído o direito de propriedade intelectual, a divulgação da origem dos recursos genéticos ou conhecimentos tradicionais utilizados na invenção.

matéria-prima utilizada, passando pelo fabrico do produto final, sua distribuição e comercialização de forma a demonstrar com transparência e veracidade que o produto está associado a atividades que respeitam os direitos humanos e o ambiente. A divulgação da origem da matéria-prima e/ou dos conhecimentos tradicionais dos povos indígenas e comunidades tradicionais sobre a biodiversidade deve fazer parte da estratégia empresarial e ser obrigatória nos processos de controlo da qualidade e segurança e de obtenção de direitos de propriedade intelectual, como as patentes.

O princípio da rastreabilidade e da divulgação da origem está assim associado a um controlo do grau de sustentabilidade e de respeito dos direitos humanos, bem como a uma maior responsabilidade dos agentes económicos dos setores da moda, responsabilidade essa que não se traduz apenas num dever de assumir os custos das ações ou ameaças praticadas e de adotar as medidas de prevenção de danos, mas também num dever de identificação da origem do produto e divulgação das suas características e história.

Assim, o direito da moda terá também como objeto o estudo da integração do princípio da rastreabilidade e da divulgação de origem no direito da propriedade intelectual e nos sistemas de certificação, análise das suas vantagens e desvantagens, bem como as sugestões de melhoria da legislação neste domínio de forma a se instituir uma economia de moda que respeite os direitos humanos e o ambiente, sem certificados falsos ou patentes baseadas em aproveitamento ilícito de recursos genéticos e conhecimentos tradicionais.

### III. DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE E NÃO-DISCRIMINAÇÃO

Princípio constitucional cimeiro, pilar essencial de qualquer Estado de direito democrático, a dignidade da pessoa humana, como expressão livre do desenvolvimento pessoal, encontra a sua aplicação prática no mundo da moda no âmbito da produção de bens e da criação de imagens.

A dignidade da pessoa humana está associada ao desenvolvimento pessoal e é fundamento de um conjunto de direitos, como por exemplo, o respeito da integridade física e psicológica, a proibição da escravatura, o direito à liberdade, à autonomia de expressão, o direito à saúde ou o direito ao trabalho em condições dignificantes que permitam a realização profissional e pessoal.

Se a dignidade de um indivíduo é a expressão livre do seu desenvolvimento pessoal, então as relações laborais que se estabelecem na indústria têxtil ou do calçado, nas minas de ouro e diamantes, etc., não devem contribuir para a mera sobrevivência do trabalhador. Assim, o respeito do princípio da dignidade da pessoa humana depende da garantia de condições de subsistência condigna que, face à evolução das necessidades de desenvolvimento pessoal do homem situado no seu tempo, não se satisfaz com o simples assegurar de um direito a um mínimo de subsistência. Por conseguinte, um salário que corresponda às necessidades do homem atual é condição necessária do desenvolvimento físico e intelectual, da concretização do direito à propriedade privada, bem como de todos os outros direitos humanos de natureza económica, cultural e social que permitem a autonomia e o desenvolvimento pessoal inerente à dignidade. Mesmo quando uma pessoa consente, no uso da sua autonomia da vontade, em se submeter a condições laborais degradantes, como única forma de sobrevivência, a sua dignidade, ou por outras palavras a sua essência como pessoa humana está a ser violada (Abreu, 2017: 23 e 24).

A dignidade é um direito individual de cada ser humano situado no seu tempo e no seu espaço. Ou seja, o homem situado é aquele que sente as necessidades do agora, mas que também é pessoa-solidária para com as gerações presentes e futuras, estando, assim, inserido, numa comunidade alargada, em virtude do princípio da justiça intergeracional. A conjugação destes dois elementos determina o conteúdo da dignidade de um homem não encarcerado “num mundo cultural específico” (Canotilho, 2001: 35). Por outras palavras, o elemento temporal permite-nos ter em conta as necessidades fundamentais do ser humano presente e futuro para que a dignidade exista. O elemento espacial, a comunidade, é a área de atuação da personalidade humana, e, por isso, vital para o desenvolvimento pessoal.

Todavia, nem os factos históricos, sociais e económicos de um determinado tempo, nem a comunidade se devem sobrepor à dignidade da pessoa humana.

Como todos os factos e relações humanas, a moda pode ser analisada de acordo com os referidos elementos temporal e espacial. A moda-tempo será assim o conjunto de factos históricos, sociais e económicos relacionados com a produção e a expressão livre de moda. Por sua vez, a moda-espaço é a comunidade de relações profissionais e pessoais que lhe estão associadas. Desta forma, a moda pode permitir o desenvolvimento pessoal. Contudo, a comunidade-moda, onde também se inserem os negócios, está repleta de desafios

constantes assentes numa cadeia de interesses conflitantes. A harmonização desses interesses deve pautar-se pelo reconhecimento da dignidade de cada um<sup>7</sup> e pela proibição do não retrocesso nas condições de vida e na satisfação das aspirações dos trabalhadores de desenvolvimento pessoal. Como bem afirma Castanheira Neves, “será por isso inválido, e inadmissível, o sacrifício desse seu valor e dignidade pessoal a benefício simplesmente da comunidade, do grupo, da classe. Por outras palavras, o sujeito portador do valor absoluto não é a comunidade ou a classe, mas o homem pessoal, embora existencial e socialmente em comunidade e na classe. Pelo que o juízo que histórico-socialmente mereça uma determinada comunidade, um certo grupo ou uma certa classe não poderá implicar um juízo idêntico sobre um dos membros considerado pessoalmente – a sua dignidade e responsabilidade pessoais não se confundem com o mérito e o demérito, o papel e a responsabilidade histórico-sociais da comunidade, do grupo ou classe de que se faça parte” (Neves, 1976: 207).

Todavia, a moda, à semelhança de outros setores económicos, não tem conseguido resistir à procura de mão-de-obra barata em detrimento do fortalecimento das condições laborais. Vários relatórios evidenciam ainda a exploração de jovens modelos<sup>8</sup> ou a desumanização dos trabalhadores nas minas de ouro e diamantes<sup>9</sup>.

Acresce ainda que o respeito da dignidade da pessoa humana pressupõe a existência de uma comunidade inclusiva, que não esvazie o sentido da disposição n.º 1 da Declaração Universal dos Direitos do Homem: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Dotados de razão e de consciência devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade”. Uma vez que todos os homens são dotados de razão e consciência, eles são iguais perante a lei em dignidade, independentemente das suas diferenças económicas, culturais e sociais. Assim, a dignidade da pessoa humana não é compatível com a discriminação salarial em função da origem, existente em

---

7 Ou nas palavras de Gomes Canotilho, “na dialéctica «processo-homem» e «processo-realidade» o exercício do poder e as medidas da praxis devem estar conscientes da identidade da pessoa com os seus direitos (pessoais, políticos, sociais e económicos), a sua dimensão existencial e a sua função social”. (Canotilho, 2001: 34-35). A pessoa é assim “fundamento e fim da sociedade e do Estado” (Miranda, 1999:473) e não instrumento de forças de poder.

8 Por exemplo, Ellis e Hicken, 2017.

9 Por exemplo, Above Ground e Justiça Global, 2017 ou Rapaport, 2013.

alguma indústria e ateliers de moda, ou com a discriminação de modelos em função da etnia.

O livre desenvolvimento da personalidade, enquanto consequência do reconhecimento da dignidade humana, está associado, ainda, ao direito de cada pessoa gerir livremente a utilização da sua própria imagem.

A imagem é a representação física, moral e ideal de alguém. Assim, as imagens de moda devem ser: uma manifestação do direito ao próprio corpo; uma expressão artística sob a orientação criativa do fotógrafo de acordo com o respeito da dignidade do modelo; um meio de proteção da honra, neste contexto, da reputação profissional do modelo; uma manifestação do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada e do poder de recusar manipulações da imagem que ferem a individualidade e identidade pessoal.

A dignidade da pessoa humana funciona como um limite à criação de imagens. Por exemplo, de acordo com o artigo 7.º do Código Português da Publicidade é proibida a publicidade que ofenda a dignidade da pessoa humana, que apele à violência ou à discriminação em relação à raça, língua, território de origem, religião ou sexo. Ao longo da história da moda têm aparecido campanhas publicitárias que se enquadram na publicidade interdita em virtude dos referidos critérios do art. 7.º, nomeadamente a campanha publicitária da marca italiana Dolce & Gabbana em que um homem sem camisa segura uma mulher, caída no chão, pelos pulsos, enquanto outros homens a observam.

Ademais, quando se fala em dignidade e imagem, falamos não só da dignidade do modelo, mas também da dignidade dos destinatários das imagens de moda.

Neste sentido, e uma vez que também as imagens moldam o comportamento da sociedade, têm-se entendido que fotografias falseadas pelo uso de programas informáticos e a contratação de jovens muito magros para editoriais de revistas, campanhas publicitárias e desfiles de moda contribui para a diminuição da autoestima dos indivíduos mais vulneráveis. Considerando tais práticas como um ataque ao sadio desenvolvimento da personalidade humana, alguns países, entre eles a França, proibem a contratação de uma pessoa para o exercício da profissão de modelo sem um certificado médico mediante o qual se confirma, de acordo com o índice de massa corporal, que o seu estado de saúde é compatível com o exercício da profissão em questão, bem como se proíbe a publicação de fotografias de modelos, com fins comerciais, cuja aparência foi modificada por programas informáticos de tratamento de imagem

sem a menção “fotografia retocada”<sup>10</sup>. A liberdade de expressão artística de um fotógrafo, designer ou editor de moda ou a autonomia privada de uma agência de modelos, estão, assim, limitadas.

Desta forma, o conteúdo do direito da moda é, neste contexto, composto por questões relacionadas com a *mise en œuvre* da legislação existente em matéria de direitos laborais, direitos de personalidade, incluindo a resolução de colisões de direitos, bem como de análise comparativa e criação de nova legislação ou proposta de reformas legislativas no domínio das relações laborais, publicidade, criação de imagens ou da comercialização de metais e pedras preciosas de forma a que o cumprimento dos princípios da dignidade da pessoa humana e igualdade seja uma realidade no mundo da moda.

#### IV. O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE ANIMAL

Elevar a dignidade animal a princípio significa abandonar uma visão jurídica meramente utilitarista dos animais e reconhecer a igualdade entre espécies tendo em conta as características que lhes são comuns e aquelas que os diferenciam. À semelhança do homem, os animais não humanos são dotados de sensibilidade, memória e perceção. Experimentam o sofrimento e o contentamento. Homem e animal conseguem manter laços de afeto entre elementos da mesma ou de diferente espécie. Assim, devem ser tratados de forma igual em consideração moral e em direitos, nomeadamente ao nível do direito de viver e de respeito da integridade física e psicológica (direito ao bem-estar e ao não sofrimento). A vontade do homem em submeter os animais aos seus interesses, sem ter em conta o bem-estar e a capacidade de sofrimento destes, não se apoia em nenhum argumento objetivo, apenas numa vontade vil, moralmente injustificável.

É o reconhecimento da essência do animal não humano que justifica a sua proteção independentemente da sua utilidade ou do valor comercial atribuído pelo homem.

A dignidade animal é, assim, entendida de acordo com uma dimensão positiva e negativa. A dimensão positiva equivale a considerar os animais

---

10 Neste sentido, o art. L7123-2-1e L7123-27 do Código Francês do Trabalho e o Decreto francês n.º 2017-738, de 4 de maio de 2017, relativo às fotografias, com fins comerciais, de modelos cuja aparência física foi modificada.

como sujeitos dos direitos inerentes à sua essência e a reconhecer o dever de os respeitar. A dimensão negativa proíbe todos os atos, da sociedade e do Estado, de instrumentalização dos animais e de não reconhecimento da sua essência.

Todavia, o reconhecimento da dignidade animal não significa que os animais não possam ser úteis ao homem e vice-versa.

Os animais domésticos têm um instinto de proteção dos seres humanos com quem vivem, são muitas vezes uma ajuda ao desenvolvimento pessoal de crianças com problemas neurológicos e são também vitais para a sobrevivência de alguns povos. Os animais selvagens, que pela sua essência, não devem ser retirados do seu habitat natural também podem beneficiar com o contacto humano. Os programas de proteção de animais selvagens feridos, órfãos, em vias extinção ou doentes têm sido fundamentais para conservação da fauna selvagem e para o equilíbrio dos ecossistemas.

O convívio entre animais não humanos e humanos é, assim, possível e benéfico, desde que seja respeitada a essência do animal ou seja desde que tais relações não se baseiem no seu sofrimento e cansaço. A crueldade e a submissão são conceitos antagónicos à dignidade animal.

Cada vez mais surgem no mercado produtos com a indicação de *cruelty free*, *não testado em animais* ou de *moda vegan*. Várias marcas famosas, como Stella McCartney ou Giorgio Armani, baniram das suas coleções o pelo de animal. A inovação tecnológica também tem permitido a substituição da pele de animal por outros materiais, como por exemplo, por micro-organismos, utilizados na elaboração de peças de marroquinaria ou de vestuário. No entanto, ainda é predominante a visão utilitarista do animal em todos os setores de moda.

Muitas vezes as tímidas opções legislativas, e, em alguns casos, a total ausência destas, em relação à consagração do animal como sujeito de direitos, não ajudam a mudar comportamentos. Alguns países consagram a proteção dos animais, mesmo na própria constituição, contudo, em virtude de motivos culturais e económicos, continuam a massacrar centenas de animais selvagens, para fornecer pelo animal à indústria da moda. Em outros casos, apesar da existência de legislação que consagra a dignidade animal, como por exemplo aquela que proíbe a comercialização de cosméticos testados em animais nos países da União Europeia, na Índia ou na Austrália, não se tem conseguido sempre evitar casos de publicidade enganosa. A cláusula de ordem pública impede a patenteabilidade de invenções criadas com recurso ao sofrimento de animais. No entanto, legislação de diversos países, como por exemplo o artigo 52 n.º 2 al. d) do Código da Propriedade Industrial português, bem



como decisões da câmara de recurso do Instituto Europeu de Patentes ou do Instituto dos Estados Unidos das Patentes e Marcas Registradas são tolerantes ao sofrimento animal quando justificado pela utilidade médica da invenção para a humanidade.<sup>11</sup>

Neste âmbito, o estudo jurídico da moda passa também por fundamentar a necessidade de afirmar a dignidade animal nas leis constitucionais e infraconstitucionais (penais, civis, da propriedade intelectual, comerciais e publicitárias) porque a tutela dos animais não deve ser fundamentada na sua utilidade, mesmo que essa utilidade seja válida – por exemplo para garantir o equilíbrio dos ecossistemas para as gerações presentes e futuras – mas sim em função da sua essência ou valor inato.

## V. O PRINCÍPIO DA NÃO APROPRIAÇÃO CULTURAL

Um pouco por todo o lado, na literatura das ciências sociais passando pela Wikipédia e redes sociais, existem definições de apropriação cultural. Para uns a apropriação cultural reportar-se-á aos comportamentos de adoção de elementos específicos de uma determinada cultura, tais como formas de vestir ou de adornar o corpo, por parte de quem não pertence a essa cultura. Para outros será o resultado de um processo de identificação com outras culturas.

As formas vagas de definir apropriação cultural têm sido fundamento para denúncias inflamadas de casos de apropriação cultural pelo mundo da moda, que na realidade não o são, e ao mesmo tempo razão para o esquecimento de verdadeiros casos de apropriação cultural, instalando-se, assim, a confusão em torno deste conceito.

O vocábulo *apropriação* significa apoderamento, usurpação, ocupação, tomada, mas também adequação ou adaptação, remetendo-nos assim para algo que pode ser negativo ou positivo. Neste âmbito, uma definição não lacónica de apropriação cultural deve demonstrar a diferença entre apropriação negativa, ou seja, a que causa um dano moral e/ou patrimonial aos titulares de uma determinada cultura, dos casos de apropriação positiva, que resulta

---

11 Por exemplo, a decisão da Câmara de Recurso do Instituto Europeu de Patentes T0019/90 (Souris Oncogène) de 3.10.1990, disponível: <<https://www.epo.org/law-practice/case-law-appeals/recent/t900019fp1.html>> (acedido a 15 de Agosto de 2018) e a atribuição da patente nº 4.736.866, Harvard Mouse, por parte do United States Patent and Trademark Office, disponível: <<https://www.uspto.gov/>> (acedido a 15 de Agosto de 2018).

da identificação e da afinidade com uma outra cultura decorrente do processo natural de desenvolvimento da personalidade ou do exercício da liberdade de expressão e de criatividade artística, de acordo com uma interpretação não literal do objeto.

De forma a explicar esta diferença analisamos em seguida alguns casos mediáticos, nomeadamente: o uso de rastas coloridas no desfile Primavera-Verão 2017 do designer Marc Jacobs; a cultura africana retratada na coleção, de pronto a vestir, Primavera-Verão de 2016 da casa Valentino; e a fotografia de Pharrell Williams na capa da ELLE britânica de julho/2014, na qual o cantor usa na cabeça um cocar indígena.

No primeiro caso, não existe um vínculo exclusivo entre o elemento cultural, as rastas, e uma determinada cultura. Existem registos do uso de rastas em momentos históricos muito anteriores ao aparecimento do movimento rastafári dos camponeses descendentes de africanos, nos anos trinta do século XX, como por exemplo na Grécia Antiga, na Índia ou no Nepal. A presença deste tipo de penteado tornou-se comum, em particular nos jovens urbanos, em todo o mundo, por razões estéticas ou por identificação com certos valores culturais e religiosos.

No desenvolvimento da sua personalidade, um indivíduo não se limita a absorver e experienciar a cultura que lhe foi dada a conhecer quando nasceu. A liberdade do ser humano na busca e exteriorização da sua identidade é um direito potenciado pelo contacto físico com culturas diferentes da sua ou pela leitura dos hábitos, crenças e tradições de determinados povos. Tais experiências influenciam a sua forma de expressão e criatividade artística.

À semelhança das rastas, as trancinhas no cabelo conotadas com a cultura africana usadas pelas modelos do desfile Primavera-Verão 2016 da Casa Valentino, é um elemento cultural diluído, ou seja, é um elemento africano que não é só ostentado pela mulher ou o homem africano. Um pouco por todo o mundo cabeleiros africanos fazem esse penteado a pessoas de todas as etnias, sem que tal seja considerado uma ofensa à cultura africana. O mesmo se pode dizer dos piercings em formato de roda nas orelhas ou as tatuagens no corpo dos jovens de todo o mundo idênticos aos que são usados por povos indígenas.

Todavia, apesar do referido desfile da casa Valentino ter sido uma interpretação contemporânea da cultura de diversos povos africanos, assente na liberdade de expressão e criação artística, não nos podemos esquecer que certas técnicas e símbolos, como por exemplo, as máscaras de madeira de ébano e cobre finalizado com ouro rosado envelhecido utilizadas em jóias, carteiras

e calçado, são inspirados numa cultura africana<sup>12</sup> que não se encontra ainda diluída, usados por uma marca com fins comerciais e que em nenhum momento, exceto nas campanhas publicitárias da coleção, o africano foi incluído. As máscaras que ornamentam os acessórios Valentino foram produzidas em Itália.

Ora é aqui que reside a questão da apropriação cultural negativa: não ter em conta as necessidades dos povos que serviram de inspiração de forma a contribuir para a diminuição das desigualdades sociais e da discriminação através da criação artística. A questão da apropriação cultural é assim uma questão de inclusão, de combate à pobreza e até de proteção da natureza<sup>13</sup>.

Verificamos que nos últimos anos o maior número de reivindicações de apropriação cultural apontadas à moda provém dos Estados Unidos, uma sociedade em que ainda existe racismo e pobreza nas comunidades indígenas e afro-americanas. Por exemplo, no caso da fotografia de Pharrell Williams na capa da ELLE britânica usando um elemento sagrado para os indígenas norte-americanos, não consideramos que existe uma apropriação cultural negativa se tal elemento foi utilizado para reforçar a identidade cultural desses povos ou para alertar para os problemas que estes enfrentam. Se esse elemento cultural provém de uma etnia ou povo cuja cultura está fragilizada ou a desaparecer ou cujas lembranças de privação de direitos e da igualdade de tratamento ainda subsistem e o seu uso se baseou numa vontade leviana ou de chacota, então teremos um problema de apropriação cultural negativa.

---

12 Através da análise dos materiais, cores e técnicas de pintura, da representação figurativa de animais e homens (do formato da cara, boca, olhos e cabelos) utilizados nas máscaras que ornamentam os acessórios da casa Valentino é possível encontrar semelhanças entre estas e aquelas com origem em vários povos africanos, nomeadamente com as máscaras do povo Mende, Marka, Sarakollé, Guro, Luba, Tchokwe, Wango, entre outros. Sobre este assunto, Glüher, 2016: 110-123.

13 Um exemplo de inclusão de povos indígenas na produção de moda é o caso da cooperação entre a marca Osklen e os Ashaninka. Esta marca brasileira criou uma coleção com o nome desta tribo da Amazônia, utilizando também vários elementos próprios da sua cultura vestimentária e da sua imagem. Tais utilizações foram consentidas mediante acordo entre as duas partes, seguindo as tradições comerciais dos Ashaninka e de acordo com as leis brasileiras, como por exemplo a Constituição da República Federativa do Brasil, a Lei 13.123/2015 de 20 de Maio e o Estatuto do Índio, que reconhecem os direitos dos povos indígenas sobre o seu património cultural e obrigam o utilizador dos conhecimentos tradicionais a celebrar um acordo de partilha justa e equitativa de benefícios com os fornecedores desses conhecimentos. A Osklen comprometeu-se a pagar royalties de acordo com o valor exigido pelos Ashaninka. Com esse dinheiro este povo indígena comprou terrenos para construir uma loja dedicada à venda dos seus produtos, construiu uma escola para o conhecimento das florestas e para o uso sustentável, dirigida não só aos indígenas, mas também às pessoas não indígenas fora da comunidade. Para além disso, a Osklen financiou a viagem de dois líderes da tribo para participarem na conferência de partes da convenção das nações unidas sobre as alterações climáticas (COP 20 e COP 21).

Assim, a apropriação cultural não pode apenas ser definida como uma simples adoção de elementos específicos de uma determinada cultura por parte de quem não pertence a essa cultura. Para que exista uma verdadeira apropriação cultural negativa é necessário que se verifiquem cumulativamente os seguintes requisitos:

- Os elementos específicos de uma determinada cultura são retirados dos seus contextos culturais originários, passando a ter um significado totalmente diferente e até divergente do significado original e
- A utilização desses elementos fragiliza determinada cultura, contribuindo para a discriminação e empobrecimento dos povos ou tal utilização constitui um aproveitamento económico não consentido e sem partilha de benefícios, incluindo o não respeito de direitos de propriedade intelectual que possam existir<sup>14</sup>.

Nos últimos anos, o termo apropriação cultural tem estado associado à moda muito mais do que a qualquer outro setor. Desta forma, a investigação jurídica sobre moda encontra aqui um objeto de estudo muito seu, sendo necessária para que se desfaçam equívocos e, ao mesmo tempo, para que se preserve a identidade cultural dos povos e se diminuam as desigualdades sociais e a pobreza.

---

14 De forma a proteger o seu património cultural os Masai criaram uma associação de proteção dos seus direitos de propriedade intelectual, a *Masai Intellectual Property Initiative*. Desta forma, a marca Masai, o nome Masai e os seus tecidos são protegidos pelo direito de propriedade intelectual e são inclusivamente reconhecidos pela Constituição do Quênia. Uma marca que pretenda utilizar, por exemplo, os tecidos Masai terá de pedir uma licença para utilização desses tecidos aos representantes deste povo indígena e celebrar com estes um contrato relativo ao pagamento de royalties, entre outros benefícios que possam ser acordados pelas partes. Se uma marca utiliza o nome ou os tecidos Masai sem possuir uma licença válida, atribuída pelo povo indígena, ou se a marca não compra diretamente ao povo Masai ou aos vendedores certificados esses tecidos e em vez disso faz cópias ou usa tecidos objeto de contrafação, existe uma apropriação cultural com efeitos negativos para o povo indígena. Quando o povo Masai reivindica a proteção do seu nome e dos seus tecidos contra a exploração da sua identidade cultural, está a reivindicar o seu direito à propriedade cultural e à partilha justa de benefícios de forma a contribuir para a desenvolvimento económico da sua nação. O respeito dos direitos de propriedade intelectual e a consequente partilha de royalties com os povos indígenas contribui para que estes tenham mais rendimentos e, por conseguinte, se criem sociedades mais justas. Neste contexto, importa lembrar que a apropriação das riquezas em África tem estado na origem da pobreza do continente e é também uma das razões da emigração de pessoas em massa de África para a Europa. Assim, o respeito da identidade e herança cultural dos povos indígenas é vital para a sua sobrevivência e, em virtude dos modos de vida não ocidentalizados destes povos, contribui para a proteção da natureza.

## VI. O PRINCÍPIO DO RESPEITO DOS DIREITOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL DOS CRIADORES DE MODA

O princípio do respeito dos direitos de propriedade intelectual dos criadores de moda traduz-se no reconhecimento de direitos exclusivos que limitam a liberdade de exploração do objeto da propriedade intelectual por parte de quem não detém direitos sobre esse objeto e são, por conseguinte, uma recompensa justa ao esforço e mérito dos criadores de moda, fonte de rendimentos para estes e um incentivo à sua criatividade.

A proteção da propriedade intelectual é concedida na medida em que essa proteção promove a inovação, a criatividade, o desenvolvimento cultural e económico. Os direitos de propriedade intelectual não são garantidos para proteger monopólios fechados que impedem toda e qualquer liberdade criativa e iniciativa privada por parte de outras pessoas e, por essa razão, não podem ser dissuasores do aparecimento de produtos originais, novos ou distintos. Não enquadrámos aqui a contrafação e a cópia, ou seja, os atos ilegais que não encontram justificação na função social da propriedade intelectual.

A contrafação é uma atividade ilegal mediante a qual uma empresa, muitas vezes com ligações a redes de crime internacional organizado, fabrica produtos que por terem o mesmo formato, logótipo, desenhos ou cores de produtos de marcas de prestígio são vendidos como se fossem verdadeiros produtos dessas marcas de luxo.

Apesar da baixa qualidade dos produtos contrafeitos, a aparente semelhança entre estes e os verdadeiros produtos de qualidade superior cria confusão nos consumidores. Ademais, a empresa que se dedica à contrafação não tem autorização da marca de prestígio para reproduzir e vender produtos que ostentam o seu logótipo ou os seus desenhos. A contrafação viola assim os direitos de propriedade intelectual da marca de luxo. Aqueles que se dedicam à contrafação aproveitam-se do valor de uma marca e dos seus esforços criativos e económicos para retirarem rendimentos ilícitos, afetando-lhe a reputação e até os seus rendimentos.<sup>15</sup>

Por sua vez, a cópia é a imitação de uma obra de design original (desenhos, padrões, etc.) de uma marca ou designer por parte de outra marca ou designer

---

<sup>15</sup> Para algumas pessoas comprar um produto de uma marca de luxo significa ostentar algo exclusivo. Por exemplo, o consumidor habitual dos acessórios da Louis Vuitton, Michael Kors, Prada, entre outras marcas vítimas da contrafação, perde o interesse em comprar esses produtos quando vê os mesmos modelos reproduzidos no mercado da contrafação, acessíveis a qualquer pessoa. Alguns temem que, por exemplo, a carteira produzida pela marca de prestígio e comprada nos pontos de venda autorizados por esta seja confundida com o modelo de contrafação.

que não o autor do produto e elementos originais e sem o consentimento deste. A cópia do produto original não contém logótipos contrafeitos, ou seja, não contém o logótipo e o nome da marca autora desse produto original. A cópia ostenta o nome e o logótipo da marca que a produziu. Assim, a marca e o designer que copiam assumem-se como autores dos elementos originais. Os consumidores sabem que estão a comprar um produto da marca que produz a cópia e podem mesmo pensar que esta versão é um produto original da marca criadora da cópia. Desta forma, a cópia cria confusão nos consumidores, afeta a credibilidade e reputação da marca autora do produto original e infringe os seus direitos de autor. A proliferação de cópias, também conhecidas como *knockoff*, é um problema potenciado pelo fácil acesso a imagens de todo o mundo proporcionado pela internet e, por esta razão, constitui um fenómeno em expansão.

Embora existam casos em que padrões e desenhos de uma peça de roupa de uma marca de baixo custo são copiados por uma marca de luxo<sup>16</sup>, regra geral a cópia é um produto de inferior qualidade e de menor custo para o consumidor do que o original.

De acordo com Kal Raustiala e Jon Sprigman (2006: 1717-1731), a proliferação de cópias não é prejudicial para os criadores de moda uma vez que não impede o aparecimento de produtos novos e originais. O benefício das cópias é fundamentado, pelos referidos autores, na relação entre o comportamento dos consumidores e a velocidade com que as tendências de moda aparecem, terminam e voltam a reaparecer. Ou seja, o consumidor deseja o produto que começa a ser usado por algumas pessoas, nomeadamente, estrelas de cinema, modelos, bloggers ou influenciadores de estilo. O desejo por esse produto original faria aumentar o seu valor. A cópia serviria, assim, para tornar o modelo do produto original acessível a um maior número de pessoas e em seguida, após a popularidade do mesmo, haveria um desinteresse pela sua compra uma vez que muitas pessoas usariam o mesmo modelo. Tal desinteresse daria um impulso à criação de novos produtos originais e, por conseguinte, ao consumo de novas tendências, iniciando-se, desta forma, um novo ciclo: desejo pelo novo produto → proliferação de cópias → aumento do consumo e das vendas → consolidação da tendência → popularidade da tendência → desinteresse pelo modelo objeto de cópia → criação de um novo produto original → desejo pelo novo produto original, repetindo-se a partir daqui as referidas

---

16 Ver, por exemplo, o caso Forever 21 v. Saint Laurent (The Fashion Law: 2015).

etapas do ciclo. Consequentemente, a existência destes ciclos ininterruptos promoveria a criatividade, a competitividade e o aumento das vendas para as marcas e designers que criam os novos produtos originais e para aquelas que os copiam. Ademais, de acordo com os professores Raustiala e Sprigman (2006: 1727-1728), um sistema de alta proteção da propriedade intelectual contra as cópias não é necessário porque aqueles designers que se sentem hoje lesados com as cópias, amanhã são aqueles que copiam as tendências da próxima estação ditadas por outros designers. Por estas razões, se justificam os altos rendimentos da indústria da moda, mesmo em países com baixos sistemas de proteção da propriedade intelectual contra a cópia.

Contudo, esta teoria, designada por Paradoxo da Pirataria, analisa apenas uma parte da indústria da moda. É verdade que para algumas marcas famosas a cópia de um seu produto não é um problema, pois são financiadas por poderosos grupos económicos, conseguem investir em mão-de-obra e materiais inovadores e criar novos produtos, gerando mais rendimento. E quando se sentem lesadas com alguma cópia facilmente descobrem e acionam em todo o mundo os meios legais para impedir a sua comercialização. Já os jovens designers ou marcas menos famosas, sem apoio de nenhum grupo económico poderoso, dependem apenas de si próprios para manter o seu negócio. A aquisição de tecnologia e materiais inovadores exige um grande investimento monetário. Tal poder aquisitivo dos jovens designers só é conseguido se estes venderem os seus produtos porque são reconhecidos por algo que fazem de diferente dos demais designers. Para além disso existem peças de design que são obras artísticas e não são apenas modinhas ou tendências passageiras. Existem designers cujas marcas ficam conhecidas porque criaram algo de novo e original cuja autoria é reconhecida como sendo desse designer ou dessa marca e não de outro designer ou de outra marca qualquer. Tal reconhecimento funciona como uma rampa de lançamento e de visibilidade dos seus produtos.

A cópia confunde e engana os consumidores, em especial se a cópia reproduz elementos originais de um criador ou marca desconhecida do grande público.

Assim, o direito da moda abrange também questões de direito da propriedade intelectual. De que forma se protege o design de moda nos vários países? O que tem a apreender a lei de outros países com a lei portuguesa e vice-versa? Qual o conteúdo do princípio do respeito dos direitos de propriedade intelectual dos criadores de moda, seus limites e as vantagens para o desenvolvimento da indústria da moda? Estas são algumas das questões que podem ser objeto de estudo do direito da moda.

## Referências Bibliográficas

- ABOVE GROUND e JUSTIÇA GLOBAL** (2017). *Swept Aside. An investigation into human rights abuse at kinross gold's morro do ouro mine*. Disponível em: <<http://www.global.org.br/wp-content/uploads/2018/01/Swept-Aside.pdf>> (acedido a 15 de agosto de 2018);
- ABREU, Lígia Carvalho** (2010). “La brevetabilité des ressources biologiques”. *Obra colectiva e comemorativa dos 10 anos do Centro de Investigação jurídico-económica da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*. Coimbra: Almedina, pp. 520-573.
- (2014). “O Direito à imagem como matéria fundamental do Direito da Moda”. *Revista Jurídica da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto*. Vol. 4, n.º 4, pp. 47-55. Disponível em: <<http://revistas.ulusofona.pt/index.php/rfdulp/article/view/4347>> (acedido a 15 de Agosto de 2018);
  - (2016). “Reconhecimento e Lei aplicável à Proteção das Criações de Moda pelo Direito de Autor”. *Revista Jurídica da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto*. Vol. 8, n.º 8, pp. 159-168. Disponível em: <<http://revistas.ulusofona.pt/index.php/rfdulp/article/view/5723>> (acedido a 15 de Agosto de 2018);
  - (2017). “Moda e Direitos Humanos”. *Moda, Luxo e Direito*. São Paulo: EIDial.com, pp. 19-30;
  - (2017). “Fashion and the Rights of Indigenous and Local Communities: Portuguese and Brazilian Fashion Design Experiences Regarding the Protection of the Rights of Indigenous People and Local Communities”. *Fashion Law- When Fashion Meets Fundamental Rights*. Disponível em: <[www.fashionmeetsrights.com](http://www.fashionmeetsrights.com)> (acedido a 15 de agosto de 2018);
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes** (2001). *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador. Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*. Coimbra: Coimbra Editora.
- COMISSÃO EUROPEIA** (2013). *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e do Conselho, Construir o Mercado Único dos Produtos Ecológicos. Facilitar uma melhor informação sobre o desempenho ambiental de produtos e organizações*. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013DC0196&from=pt>> (acedido a 15 de agosto de 2018);
- ELLIS, Blake e HICKEN, Melanie** (2017). “Runway Injustice. How the modeling industry exploits young and vulnerable workers”. *CNN Money*. Disponível



- em: <<https://money.cnn.com/2016/05/04/news/runway-injustice-modeling/index.html>> (acedido a 15 de agosto de 2018);
- GEORGE**, Alexandra (2012). *Constructing Intellectual Property*. Cambridge: Cambridge University Press;
- GLÜHER**, Augusto Garcia (2016). *Cultura e moda na contemporaneidade. O território identitário*. Dissertação para obtenção do grau de mestre em design de moda. Lisboa: Faculdade de Arquitectura da Universidade de Lisboa. Disponível em:<[file:///C:/Users/Utilizador/Downloads/Cultura%20e%20Moda%20na%20contemporaneidade%20FINAL%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Utilizador/Downloads/Cultura%20e%20Moda%20na%20contemporaneidade%20FINAL%20(1).pdf)> (acedido a 15 de agosto de 2018);
- MIRANDA**, Jorge (1999). A Constituição e a dignidade da pessoa humana”. *Revista Didaskalia – Veritati*, Vol. 029, n.º 1-2, pp. 473-485. Disponível em: < <https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/18404/1/V0290102-473-485.pdf>> (acedido a 15 de agosto de 2018);
- NEVES**, António Castanheira (1976). *A revolução e o direito: a situação de crise e o sentido do direito no actual processo revolucionário*. Lisboa: Imprensa, Ordem dos Advogados Portugueses.
- POZZO**, Barbara (2017). “Protecting the dignity of women in fashion advertisement: The new legal initiatives in a comparative law perspective”. Emanuela Mora & Marco Pedroni (eds.) *Fashion Tales*. Berna: Peter Lang, pp. 309-325.
- PROCESSO KIMBERLEY** (2018). *Enforcement*. Disponível em: <<https://www.kimberleyprocess.com/en/enforcement>> (acedido a 15 de agosto de 2018);
- RAPAPORT**, Martin (2013). *Moral Clarity and the Diamond Industry*. Disponível em: <<https://www.diamonds.net/Docs/MoralClarity/ARR-MoralClarity-031113.pdf>> (acedido a 15 de agosto de 2018);
- RAUSTIALA**, Kal e **SPRIGMAN**, Jon (2006). “The Piracy Paradox: Innovation and Intellectual Property in Fashion Design.” *Virginia Law Review*, Vol. 92, n.º 8, pp. 1687-1777. Disponível em: <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=878401](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=878401)> (acedido a 15 de agosto de 2018);
- REGAN**, Tom (2004). *The case for animal rights*. California: University of California Press.
- SINGER**, Peter (2008). *A libertação animal*. Portugal: Via Optima.
- THE FASHION LAW**, (2015). *Did Saint Laurent Copy Forever 21?* Disponível em: < <http://www.thefashionlaw.com/home/did-saint-laurent-actually-copy-forever-21>> (acedido a 15 de agosto de 2018)

# Moda e Marca

LUÍS COUTO GONÇALVES\*

**Resumo:** Neste trabalho abordamos alguns aspetos da moda ligados ao direito de marca, um direito de propriedade industrial que, neste setor económico, reveste um papel decisivo. Nesse sentido, selecionamos alguns tópicos, como a aquisição do direito, as vias de proteção, os sinais suscetíveis de constituir uma marca (sem descurar uma perspetiva *de iure constituendo*), a marca de prestígio e a transmissão de marca.

**Palavras chave:** moda, aquisição do direito de marca, tipos de marca, transmissão de marca.

**Abstract:** *In this work, we address some aspects of fashion related to trade mark law, an industrial property right that, in this economic sector, plays a decisive role. In this sense, we select some topics, such as the acquisition of the right, the ways of protection, signs of which a trade mark may consist (without neglecting a de jure constituendo perspective), famous trade mark and the transfer of trade mark.*

**Keywords:** *fashion, acquisition of trade mark right, types of trade mark, transfer of trade mark.*

---

\* Professor Catedrático da Escola de Direito da Universidade do Minho (luismcg@direito.uminho.pt). Este artigo encontra-se atualizado até final de junho de 2018.

## INTRODUÇÃO

O direito da moda é uma especialidade emergente<sup>1</sup>, constituindo uma interseção de várias áreas disciplinares, nas quais figuram, restringindo-nos a uma visão jurídica<sup>2</sup>, nomeadamente o direito da propriedade industrial (desenho ou modelo e marca, em especial, e o combate à contrafação), o direito de autor, o direito do comércio internacional, os direitos de personalidade e a publicidade. A despeito desta pluralidade jurídica, o núcleo essencial do direito da moda gravita à volta da propriedade intelectual, em sentido amplo.

A moda é um conceito fluido. Numa perspetiva genérica, significa todas as tendências possíveis que podem induzir o consumo coletivo num período de tempo limitado.

Neste trabalho adotamos a noção mais empírica ou conhecida, abrangendo o vestuário e os chamados acessórios da moda, como calçado, carteiras, perfumes, relógios, óculos de sol, artigos de cosmética, joalheria, bijuteria, que conferem a aparência de uma pessoa.

Cabe-nos abordar alguns aspetos da moda ligados ao direito de marca, um direito de propriedade industrial que, neste setor económico, reveste um papel decisivo<sup>3</sup>.

A propriedade industrial surgiu para resolver um problema que se manifestou, com especial intensidade, após a revolução industrial, com a produção em massa e o estabelecimento de um sistema económico de livre concorrência. Esse problema consiste na necessidade de proteção dos modos de afirmação económica da identidade da empresa.

Essa proteção concretiza-se, mas não se esgota, na atribuição de direitos privativos em relação a concretas formas de afirmação. Por esta via é possível proteger, eficazmente, conforme o caso, a afirmação técnica (patentes de invenção e modelos de utilidade, de um modo especial), estética ou ornamental

---

1 A designação “fashion law” surge, pela primeira vez, em 2006, num curso de especialização, no “Fashion Institute of Technology”, de Nova Iorque. Numa Faculdade de Direito o primeiro passo foi o curso ministrado pela “Fordham University School of Law”, da mesma cidade, em 2008.

2 Atenemos, por exemplo, na conexão, muito intensa, com o *design*, a gestão em geral e o marketing em particular, sem esquecer o condicionalismo que os valores civilizacionais e culturais podem ter neste domínio. A moda é, em simultâneo, um facto cultural e um fator cultural.

3 Para uma abordagem similar cfr., em Itália, Giudici, 2016: 18-24, e nos Estados Unidos da América, Misthal, 2014: 26-44.

(desenhos ou modelos) e distintiva (sinais distintivos) da identidade da empresa no mercado<sup>4</sup>.

A marca é um sinal distintivo de um produto ou serviço que distingue os produtos ou serviços de uma empresa dos de outras empresas (n.º 1 do art. 222.º do Código da Propriedade Industrial de 2003 – CPI).

Esta definição, tecnicamente correta, afigura-se algo formalista para perceber toda a importância e envolvimento que a marca desempenha na moda, em especial na de grau mais elevado e luxuosa. Por uma questão vital de sobrevivência ou de sucesso comercial, a moda procura acrescentar aos produtos uma componente emocional e simbólica, com uma intensidade dificilmente alcançável no mercado por outro ramo de atividade económica.

A marca não é apenas um sinal distintivo com valor económico, mas um valor social e cultural ligado à identidade da marca, isto é, à sua representação social. A marca é o veículo privilegiado de comunicação dessa identidade.

A moda é uma procura incessante de um consumo mais emocional e da consolidação de uma imagem dinâmica e de conquista de mercado. Quanto mais interagir com o consumidor por intermédio de experiências sensoriais, mais a marca será lembrada e despertará fidelidade no consumidor.

O consumidor é induzido, através da “personalidade” da marca, a valorizar mais o lado emocional e o *status* ligado ao produto em detrimento do respetivo valor racional, o que potencia a segmentação de mercado, com a sinalização de diferentes sensibilidades e estilos de vida. Trata-se, portanto, de diferenciação ao nível do consumidor e da transmissão de imagem e mensagem do produto. Uma marca de moda não vende apenas produtos, mas também transmite um conceito. Quanto melhor ou mais simbólico e evocativo for o conceito mais atrativa se torna a marca.

Os laços são desenvolvidos pela gestão de marketing possibilitando o estreitamento das relações com o público-alvo. Nesse sentido, atua como um canal entre os valores/conceitos da marca e os sentimentos despertados no consumidor. A publicidade é, necessariamente, uma das ferramentas mais utilizadas para atrair e conquistar o consumidor.

O consumidor é mobilizado pela emoção transmitida pela marca. A essência do marketing consiste nessa descoberta do “espírito do produto”, que permite a criação do elo emocional entre marca e consumidor, estabelecendo,

---

4 Sobre o surgimento do direito da propriedade industrial, e também da concorrência desleal, ver Couto Gonçalves, 2017: 17 ss

desejavelmente, uma relação pessoal e duradoura. Nesse contexto, o principal objetivo da estratégia de comunicação é desenvolver uma atitude de magnetismo comercial do consumidor em relação à marca<sup>5</sup>.

## I. MODA E AQUISIÇÃO DO DIREITO DE MARCA

O CPI preceitua que o direito de marca nasce com o registo (art. 224.º). A duração do registo é de 10 anos, contados a partir da data da respetiva concessão, podendo ser indefinidamente renovado por iguais períodos (art. 255.º).

Ao titular de uma marca não registada é concedido um direito de prioridade de registo durante o período de seis meses (art. 227.º).

O titular de uma marca livre ou não registada, durante o período de seis meses a contar do uso inicial, tem, para além do direito a registar em primeiro lugar a sua marca, o direito a reclamar do pedido do registo feito por outrem dentro daquele prazo ou a recorrer judicialmente contra a decisão de concessão desse registo (art. 227.º, n.º 1 do art. 236.º, n.º 1 do art. 17.º e arts. 39.º e ss).

Fora do período de seis meses o usuário tem ainda o direito de se opor ao registo de marca posterior desde que o requerente pretenda fazer concorrência desleal ou que esta seja possível independentemente da sua intenção (al. e) do n.º 1 do art. 239.º).

A proteção da marca não registada, nos moldes referidos, tem interesse no setor da moda, de um modo especial no lançamento de novas marcas, tendo em conta a natureza, quantas vezes, efémera e sazonal dos produtos, que não se compadece com a proteção mais morosa do registo, nos casos frequentes em que este só possa ser concedido após a duração de comercialização do produto marcado<sup>6</sup>.

---

5 A especial capacidade atrativa do produto e da marca de moda induz a uma prática generalizada do fenómeno de contrafação e imitação. Mas esta realidade, em si censurável, pode conduzir a um efeito prático no mercado não apenas negativo dos interesses do concorrente alvo, sempre que a imitação permita, paradoxalmente, comprovar e amplificar o sucesso do produto marcado imitado. Este efeito “benéfico” deve levar os estilistas a não se lamentarem por serem copiados, mas a ficarem preocupados se o não forem! Neste sentido, ver, sem faltar uma referência bem-humorada, Giudici, 2016: 17

6 Esta mesma preocupação de proteção dos chamados “produtos de estação”, nos quais sobressaem os relacionados com a moda, levou, no campo do “design”, e a nível do espaço da UE, à criação do desenho ou modelo não registado por um período não superior a 3 anos, pelo Regulamento (CE) n.º 6/2002 do Conselho, de 12 de dezembro de 2001, que instituiu os desenhos ou modelos comunitários. A proteção opera de modo automático, sem formalidades, por mero efeito da divulgação do produto no espaço da União Europeia (artigo 11.º).

## II. MODA E VIAS DE PROTEÇÃO DA MARCA

Há três vias de proteção da marca:

- a) Via nacional;
- b) Via União Europeia;
- c) Via internacional.

A via nacional tem como efeito a proteção direta da marca num só país, através do procedimento administrativo consagrado em cada ordem jurídica nacional. O direito de marca fica confinado, em regra, ao princípio da territorialidade de cada ordem jurídica nacional.

A via da União Europeia (UE) tem como efeito a proteção, em simultâneo, da marca em todos os países da União Europeia, através de um só pedido, procedimento e decisão. Trata-se, em suma, de um título jurídico unitário da UE. O registo é feito no Instituto da Propriedade Intelectual da União Europeia (IPIUE), com sede em Alicante (Espanha). Este Instituto é assim designado desde 23/03/2016, sucedendo ao Instituto de Harmonização do Mercado Interno (IHMI). A marca da UE está regulada pelo Regulamento (CE) n° 207/2009, de 26/02/2009, alterado pelo Regulamento (UE) 2015/2024 do Parlamento Europeu e do Conselho de 16/12/2016, já revogado pelo Regulamento (UE) n° 2017/1001, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14/06/2017 (JO-L 154, de 16/06/2017 – versão codificada), aplicável a partir de 1/10/2017.

Após o Tratado da União Europeia, também conhecido como Tratado de Maastricht, de 1992, de consolidação e aperfeiçoamento do mercado interno, o caminho da integração jurídica passou, e ainda passa, preferencialmente, pela atribuição de um título de propriedade industrial válido para todos os Estados da UE. O IPIUE, para além da marca da UE, atribui ainda o desenho ou modelo.

A via internacional tem como efeito a proteção em múltiplos países (europeus e não europeus), através de um mecanismo de procedimento único e de concessão centralizada. É regulada por dois tratados autónomos, mas conexos: o Acordo de Madrid relativo ao Registo Internacional de Marcas de 11/04/1891 (AM) e o Protocolo Referente ao Acordo de Madrid de 27 de junho de 1989 (PAM). As partes contratantes de ambos os tratados constituem a União de Madrid, que é uma União Especial, constituída de acordo com o previsto no art. 19.º da Convenção da União de Paris (CUP). O sistema

é administrado pela Secretaria Internacional da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI).

O registo internacional pretende responder a uma necessidade de simplificação de procedimentos e de atenuação da aplicação rígida do princípio da territorialidade dos sistemas nacionais de proteção, permitindo que, com um só pedido de registo, e consequentemente com diminuição significativa de custos, seja possível a proteção da marca em diferentes países contratantes. A maior inovação do PAM, em relação ao AM, é a possibilidade de o registo internacional ter por base tanto um *registo* nacional como um *pedido* de registo nacional (n.º 1 do art. 2.º).

### III. MODA E SINAIS PASSÍVEIS DE CONSTITUIR UMA MARCA

#### III.1. Situação Atual

As importantes alterações verificadas na legislação nacional de marcas foram ditadas, em grande medida, pela necessidade de transposição da Primeira Diretiva Comunitária de harmonização das legislações dos Estados-membros em matéria de marcas (Primeira Diretiva sobre Marcas, de 21/12/1988, n.º 89/104/CEE, JO n.º L 40/1 de 11/2/1989, entretanto revogada pela Diretiva 2008/95/CE de 22/10/2008, JO n.º L 299/25 de 8/11/2008 – versão codificada).

Na parte que mais importa ao objeto da marca, uma das preocupações da Diretiva foi a de impor aos Estados-Membros um conceito abrangente dos sinais suscetíveis de constituir uma marca acompanhado de uma enumeração a título exemplificativo (art. 2.º).

Em sintonia com este preceito, o n.º 1 do art. 222.º do CPI, de 2003, estatui que “a marca pode ser constituída por um sinal ou conjunto de sinais suscetíveis de representação gráfica, nomeadamente palavras, incluindo nomes de pessoas, desenhos, letras, números, sons, a forma do produto ou da respetiva embalagem, desde que sejam adequados a distinguir os produtos ou serviços de uma empresa dos de outras empresas”.

A suscetibilidade de representação gráfica e a eficácia distintiva do sinal passam a constituir os limites à constituição da marca registada. Por outro lado, há um princípio geral de livre disponibilidade de alguns sinais, ditado pelo interesse em evitar situações de distorção do mercado ou do sistema de proteção da propriedade industrial.

### III.1.1. Sinais Convencionais (Tradicionais)

Atendendo à estrutura do sinal utilizado há lugar para distinguir três tipos essenciais:

- a) Sinais verbais/nominativos;
- b) Sinais gráficos/figurativos;
- c) Sinais mistos.

### III.1.2. Sinais Não Convencionais (Inovadores)

Nesta classificação cabem os sinais não independentes fisicamente do produto (sinais de forma ou cores) ou os que são apreensíveis por sentidos diferentes da visão (sinais sonoros, aromáticos, tácteis ou gustativos).

## III.2. Situação Futura

A Diretiva (UE) 2015/2436 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de dezembro de 2015, que aproxima as legislações dos Estados-Membros em matéria de marcas revogou a Diretiva 2008/95/CE, com efeitos a partir de 14/01/2019.

Como se pode ler na Diretiva de 2015, no intuito de cumprir os objetivos do sistema de registo das marcas, a saber, garantir a segurança jurídica e uma boa gestão administrativa, é essencial estabelecer que o sinal possa ser representado de forma clara, precisa, autónoma, facilmente acessível, inteligível, duradoura e objetiva. Deverá ser permitido representar o sinal sob qualquer forma adequada, utilizando uma *tecnologia geralmente disponível, e, portanto, não necessariamente por meios gráficos*, desde que a representação ofereça garantias satisfatórias para esse efeito.

Isto significa, pois, a extinção, a prazo, do requisito da suscetibilidade de representação gráfica e uma maior abertura à admissibilidade de sinais não convencionais.

Quando for transposta a Diretiva, o conceito de marca passará a ser o seguinte (art. 3.º):



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

- a) sirvam para distinguir os produtos ou serviços de uma empresa dos de outras empresas; e
- b) possam ser representados no registo de uma forma que permita às autoridades competentes e ao público determinar, de forma clara e precisa, o objeto claro e preciso da proteção conferida ao seu titular”.

Na moda (no conceito adotado, incluindo acessórios), os sinais mais controversos são os sinais inovadores e, entre estes, os de forma ou as cores.

Em relação aos sinais de forma do produto, bidimensionais ou tridimensionais, a posição mais razoável, atendendo à natureza dos produtos é a de excluir essa possibilidade.

A al. *b*) do n.º1 do art. 223.º do CPI estabelece as seguintes proibições à admissibilidade da marca de forma: a) forma imposta pela própria natureza do produto; b) forma necessária à obtenção de um resultado técnico; c) forma que confira valor substancial ao produto.

A primeira e a terceira proibições são as que mais importam ao tema da moda.

Quanto à 1.ª proibição (forma imposta pela própria natureza do produto) o objetivo da proibição é impedir que uma forma necessária (habitual, normal) ao fabrico e comercialização de um género ou espécie de produtos seja registada como marca conferindo ao seu titular uma situação de monopólio, potencialmente intemporal, no mercado. Só será admissível a forma fantasiosa, original ou inabitual de um produto, desde que revista suficiente capacidade distintiva. Só que no mundo da moda o conceito de “normalidade” da forma não faz sentido. Na moda, em especial da mais exigente e valiosa, o normal é a procura da forma menos normal. Isto significa a dificuldade acrescida, quase insuperável, do sinal de forma constituir uma marca de um produto ligado à moda.

Quanto à 3.ª proibição (forma que confira valor substancial ao produto) o propósito é afastar do direito de marcas as formas que sejam tão incindivelmente conexas com o valor dos produtos correspondentes que não possam ser concebíveis, sequer mentalmente, separadamente desses produtos. A forma não pode distinguir o produto porque é parte integrante do próprio produto.

Ora, na moda a aparência estética incide diretamente sobre a valoração positiva do produto por parte dos consumidores. Por essa razão, também pensamos que não deve ser permitido o registo de marca da forma esteticamente condicionada ou especialmente qualificada de produtos relativos à moda<sup>7</sup>.

Estas proibições devem ser integradas no âmbito do requisito da possibilidade do sinal bidimensional ou tridimensional e não do requisito da capacidade distintiva. Esta solução tem um interesse prático da maior importância que é o da insusceptibilidade do recurso ao *secondary meaning* para sanação do incumprimento dos referidos requisitos legais específicos relativos à constituição da marca de forma<sup>8</sup>.

No caso da marca de cor tendemos a adotar uma posição muito restritiva. No setor da moda, por maioria de razão, ainda somos mais restritivos. A moda (também) é cor e precisa da cor. Aliás, como é sabido, há profissionais que estudam e preparam a tendência da moda relativamente às cores. Na nossa opinião, por mais engenhosa que seja a criação de moda, não é razoável atribuir a um concorrente o exclusivo de uma cor de um produto, por tempo ilimitado. Lembremos que a duração do registo é de 10 anos, contados da respetiva concessão, podendo ser indefinidamente renovado por iguais períodos (art. 255.º do CPI).

No caso da cor única no âmbito específico da moda e da atribuição da marca, os interesses da livre disponibilidade da cor e da igualdade dos concorrentes devem prevalecer, sempre, sobre qualquer interesse particular, por muito valioso que seja o trabalho de conceção do concorrente<sup>9</sup>.

A nossa lei, conforme a interpretamos, responde negativamente à possibilidade da cor única constituir uma marca – al. e) do n.º 1 do art. 223.º).

Esta proibição deve abranger tanto as cores simples (as sete cores do arco-íris), onde os problemas de bloqueamento no acesso ao mercado são mais

7 Para confrontar alguns casos judiciais sobre pedidos de proteção de formas tridimensionais, no setor da moda, vide Varese e Barabino, 2016: 98-103.

8 Neste sentido tem andado bem o TJUE ao considerar que estas proibições são obstáculos preliminares, insuscetíveis de convalidação pelo uso (*secondary meaning*). Vide, por exemplo, TJ, C-53/01 a C-55/01, acórdão de 8 de abril de 2003, EU:C:2003:206, para. 44. Sobre o *secondary meaning*, cfr., para mais desenvolvimentos, Couto Gonçalves, 2017:227 e ss. Por *secondary meaning* quer aludir-se ao particular fenómeno de conversão de um sinal originariamente privado de capacidade distintiva num sinal distintivo de produtos ou serviços, reconhecido como tal, no tráfico económico, através do seu significado secundário, em consequência do uso e de mutações semânticas ou simbólicas.

9 Sobre este importante imperativo da disponibilidade, vide Pusterla, 2015: 168-211.

ingentes, como também as cores intermédias pelas inultrapassáveis dificuldades práticas que a solução contrária representaria<sup>10</sup>.

Ao contrário deve permitir-se a união ou combinação de cores, desde que peculiar e distintiva<sup>11</sup>.

Nestes casos já não se verifica o perigo de obstrução no acesso ao mercado dos restantes concorrentes dada a infinita margem de combinação ou disposição que as cores proporcionam, nem se colocam os problemas práticos, a que aludimos atrás, dado ser mais fácil a determinação da especificidade de cada marca.

Ainda uma chamada de atenção para o facto de a Diretiva de 1988 e a Diretiva de 2008 não se terem pronunciado quanto às cores, apesar de um dos seus propósitos ser o de tornar comuns aos vários países os sinais suscetíveis de constituir uma marca<sup>12</sup>. A omissão foi corrigida pela Diretiva de 2015 (com transposição até janeiro de 2019) que consagra expressamente a possibilidade de as cores constituírem marcas (proémio do art. 3.º).

Um caso muito controverso sobre a cor única como marca na área da moda, diz respeito à famosa sola lacada a vermelho de sapatos de tacão alto, do “designer” Christian Louboutin, comercializados desde 1992.

Este estilista obteve o registo da marca em vários países. Isso não impediu que os concorrentes fabricassem sapatos lacados com a mesma cor. O litígio tornou-se inevitável em múltiplos ordenamentos nacionais, nos quais se incluem a França, os Estados do Benelux e os Estados Unidos da América<sup>13</sup>.

Em França, confirmando a posição da 2ª instância e modificando a da 1ª instância, a Cour de Cassation (Chambre Commerciale), em 30 de

---

10 Neste caso estar-se-ia, no fundo, a voltar a proteger a cor na sua forma pura, pois seria a esta que se aferiria a novidade de qualquer outra marca de cor única para os mesmos produtos ou produtos afins. Para mais desenvolvimentos, ver Couto Gonçalves, 2015: 214 ss e.

11 A lei refere-se a “cores combinadas entre si (...) de forma peculiar e distintiva” (art. 223º nº 1 alª e)). O TJ, em acórdão de 24 de junho de 2004, considerou, em interpretação do artigo 2.º da Diretiva das Marcas, que as combinações de cores podem constituir uma marca na medida em que “seja demonstrado que, no contexto em que são empregues, essas cores ou combinações de cores se apresentam efetivamente como um sinal e em que o pedido de registo comporte uma disposição sistemática que associe as cores em questão de forma predeterminada e constante” (C-49/02, EU:C:2004:384, para. 42).

12 O TJ, numa decisão a título prejudicial (C-104/01, *Libertel*, acórdão de 6 de maio de 2003, EU:C:2003:244, para. 66), chamado a pronunciar-se, pela primeira vez sobre este ponto, entendeu que uma marca constituída por uma única cor só poderá revestir carácter distintivo antes de qualquer uso em “circunstâncias excepcionais designadamente quando o número de produtos ou serviços para os quais é pedida a marca é muito limitado e o mercado relevante muito específico”.

13 Para mais indicações cfr. Machnicka, 2014: 157-159 e Carvalho, 2010: 137-152.

maio de 2012, declarou nulo o registo da marca por falta de capacidade distintiva.

No *Benelux*, o tribunal belga, de 20 de março de 2014 (caso *Louboutin vs. Van Dalen Footwear B.V.*) declarou a nulidade do registo da marca não por se tratar de uma marca de cor única, mas por estar em causa a forma tridimensional de um sapato, proibida (como vimos atrás) por “conferir valor substancial ao produto”.

Discordamos desta decisão, porquanto, *de iure constituto*,<sup>14</sup> defendemos que a noção de marca tridimensional deve ser restritiva, isto é, limitar-se à forma e não incluir quaisquer outros elementos. A forma deve ser apreciada autonomamente e não com os eventuais elementos (nominativos, gráficos, cores etc.) que lhe sejam apostos porque só assim se garante o princípio da igualdade dos concorrentes e se evita a sobreposição ou igualização do essencial pelo acessório. A apreciação da marca deve, pois, limitar-se exclusivamente à forma tridimensional<sup>15</sup>. A posição mais razoável seria considerar o registo da marca nulo, por estar em causa a atribuição exclusiva de uma cor pura a um concorrente, contra o interesse coletivo de todos os concorrentes do setor e o interesse do mercado na livre disponibilidade da cor, restando ao seu titular, quanto muito a proteção temporária como modelo, um direito da propriedade industrial que protege a aparência estética de um produto.

Já o tribunal holandês de Haia (caso *Louboutin vs. Van Haren Schoenen B.V.*), numa atuação mais prudente e louvável, entendeu submeter um pedido de decisão prejudicial ao TJUE, em 21 de março de 2016<sup>16</sup>, perguntando o seguinte: “o conceito de forma, na aceção da al. e) do n.º 1 do art. 3º, ponto iii), da Diretiva 2008/95/CE (“form”, “shape” e “forme” nas versões alemã, inglesa e francesa, respetivamente), limita-se às características tridimensionais dos produtos, como os seus contornos, medidas e volume (expressas em três dimensões), ou inclui também outras características (não tridimensionais) do produto, como a cor?”.

14 A situação será diferente quando for transposta a Diretiva (UE) 2015/2436 do Parlamento Europeu e do Conselho de 16 de dezembro de 2015, em virtude da proibição de sinais tridimensionais poder dever-se não apenas à forma imposta pela própria natureza dos produtos, necessária à obtenção de um resultado técnico ou que confira um valor substancial aos produtos, mas também a “outra característica” (al. e) do n.º 1 do art. 4.º).

15 Ver Couto Gonçalves, 2017: 204 ss

16 C-163/16, *Christian Louboutin SAS v. Van Haren Schoenen BV*, JO C 211 de 13/06/2016, p. 30.

O TJ, no acórdão *Louboutin*, considerou que, “embora seja certo que a forma do produto ou de uma parte do produto desempenha um papel na delimitação da cor no espaço, não se pode, todavia, considerar que um sinal é constituído por esta forma quando não é esta que o registo da marca visa proteger, mas apenas a aplicação de uma cor num local específico do produto”<sup>17</sup>. Consequentemente, decidiu que uma cor aplicada na sola de um sapato de salto alto não é constituída exclusivamente pela “forma”, nem confere valor substancial a essa forma, considerando a marca válida, por se tratar de uma marca de cor (de posição).

Nos EUA, o United States Court of Appeals for the Second Circuit, a 5 de setembro de 2012 – contrariando a decisão do District Court for the Southern District of New York, de 10 de agosto de 2011, que considerou que uma cor única nunca podia constituir uma marca na indústria da moda, – declarou que a marca era válida tendo em conta o *secondary meaning* (provado no processo), limitando, todavia, os direitos conferidos às situações em que a sola lacada a vermelho contraste com a cor do resto do sapato. A empresa americana “Yves Saint Laurent” pretendia comercializar sapatos integralmente vermelhos, não restringindo a cor à sola<sup>18</sup>.

A marca de Louboutin também foi solicitada, como marca da UE, em 29 de janeiro de 2010 no, atual, IPIUE para sapatos de tacão alto (com exceção de sapatos ortopédicos), tendo sido, inicialmente, recusada pelo examinador, em 20 de setembro do mesmo ano, por falta de capacidade distintiva.

Esta decisão viria a ser revertida pela posição da 2.<sup>a</sup> Câmara de Recurso, de 16 de junho de 2011, que deferiu o recurso por entender, em síntese, que uma sola de sapato vermelha (uma cor identificada com o código Pantone nº 18.1663TP) diverge de uma forma muito significativa de normas e usos do setor (que usa, normalmente o preto, castanho ou bege), é reconhecida pelo consumidor e revela-se “imaginativa, surpreendente e inesperada”<sup>19</sup>.

---

17 Acórdão de 12 de junho de 2018, no processo C-163/16, n.º 24.

18 Cfr. os comentários de Gardini, 2012: 631 ss; Machnicka, 2013: 11- 13 MAX, 2012: 1081-1094 e Gommers, 2016: 481-482

19 Caso R 2272/2010-2, para. 21.

#### IV. MODA E MARCA DE PRESTÍGIO

É hoje indiscutível, em face da proteção da marca de prestígio (art. 242.º, CPI), que o direito de marcas protege a função publicitária<sup>20</sup>.

A marca de prestígio, ao contrário das outras categorias, a marca ordinária e a marca notória (art. 241.º), tem uma esfera de proteção superior que pode abranger produtos ou serviços diferentes e já não apenas produtos ou serviços idênticos ou afins, não estando, pois, sujeita ao princípio da especialidade da marca.

O caminho do reconhecimento legislativo da marca de prestígio foi longo e complexo. Afinal, estava em causa “derrubar” um pilar do direito de marcas, o princípio da especialidade.

A partir da aprovação da 1ª Diretiva sobre marcas de 1988 tudo mudou e não foi necessário sequer impor aos Estados-Membros a aceitação da figura, sendo bastante propor a sua proteção. Praticamente, todos os Estados-Membros (de então), com algumas especificidades<sup>21</sup>, passaram a consagrar esta nova categoria de marca. Neste aspeto, a Diretiva representou um “virar de página”.

Todavia, a derrogação do princípio da especialidade, deve dizer-se, representa uma solução anómala num sistema assente no interesse da diferenciação de bens ou serviços e em mercado de livre concorrência. Na verdade, a proteção da marca por forma tendencialmente intemporal só faz sentido se a marca for, essencial e normalmente, protegida na sua dimensão funcionalmente distintiva. Só esta dimensão justifica a atribuição de um direito privativo indefinidamente renovável no tempo ao contrário do que acontece, por exemplo, com as criações de tipo autoral ou industrial em que a atribuição do direito corresponde a uma compensação, temporariamente limitada, para um esforço de criação e inovação de um bem em si mesmo considerado.

---

20 Defendemos que a marca tem, em síntese, as seguintes funções: i) função distintiva, a função essencial, segundo a qual a marca distingue e garante que os produtos ou serviços se reportam a uma pessoa que assume em relação aos mesmos o ónus pelo seu uso não enganoso; ii) função de garantia de qualidade, uma função derivada, pela qual a marca não garante, diretamente, a qualidade dos produtos ou serviços marcados, mas garante indiretamente essa qualidade por referência dos produtos ou serviços a uma origem não enganosa; iii) função publicitária, uma função complementar da função distintiva, cujo significado é o de a marca poder cumprir, nalguns casos, a função de contribuir, por si mesma, para a promoção dos produtos ou serviços que assinala. Para mais considerações, ver Couto Gonçalves, 2017: 167 ss.

21 A Espanha, inicialmente (até à lei de marcas de 2001), não chegou a consagrar a figura da marca de prestígio, limitando-se a sancionar o aproveitamento indevido da reputação de uma marca. Na lei francesa optou-se por enquadrar a questão no âmbito da responsabilidade civil para além de se alargar a proteção à marca notoriamente conhecida (artigo L.713-5 “Code de la propriété intellectuelle”, de 1992).

Por tudo isto, a abertura do sistema à proteção de marcas de prestígio deve ser exigente. Essa marca deve obedecer a dois requisitos, um quantitativo e um qualitativo: 1.º gozar de grande notoriedade; 2.º gozar de especial atração e/ou satisfação junto dos consumidores.

As condições de proteção da marca de prestígio, face ao registo ou uso por terceiros de marca confundível para produtos ou serviços não afins, são, conjunta ou separadamente, as duas seguintes: i) o aproveitamento, sem justo motivo, do seu carácter distintivo ou prestígio; ii) O prejuízo, sem justo motivo, do seu carácter distintivo ou prestígio.

Por função publicitária quer referir-se o especial magnetismo que algumas marcas, por si ou por força de técnicas publicitárias, exercem sobre o consumidor. Na verdade, alguns produtos ou serviços são eleitos mais em função de uma imagem de mercado subjetivamente construída, para a qual contribui a marca, do que em função de critérios objetivos de apreciação. Neste caso a marca não é só um sinal distintivo do produto ou serviço, mas é um sinal com uma especial força de venda (*selling power*).

Ora, a nível da moda, como escrevemos a princípio, uma marca não vende apenas produtos, mas também transmite um conceito. Quanto melhor ou mais simbólico e evocativo for o conceito mais atrativa se torna a marca e mais facilmente pode atingir a categoria de marca de prestígio.

Na moda de luxo, há, indiscutivelmente, um número assinalável de marcas de prestígio, em muitos casos patronímicas, ligadas ao nome dos criadores de gosto e moda ou estilistas, como, por exemplo, *Armani*, *Gucci*, *Prada*, *Valentino e Versace* (Itália), *Chanel*, *Dior e Yves Saint Laurent* (França) e *Calvin Klein*, *Levi's e Ralph Lauren* (EUA).

A fluidez do conceito de moda foi, aliás, particularmente aproveitada pelos titulares de marcas famosas do mundo da moda para, no período anterior ao do reconhecimento legal da figura da marca de prestígio, sustentar um conceito de afinidade de produto o mais amplo possível, procurando, desse modo, escapar ao “espartilho” do princípio da especialidade mais estrito.

Esta proteção reforçada da marca confere-lhe um maior valor de mercado, uma reforçada segurança jurídica e uma melhor garantia de que não haverá a sua diluição, quer por deslustre (*by tarnishment*), com prejuízo do seu prestígio, quer por debilitamento (*by blurring*), com prejuízo do seu carácter distintivo, resultante do uso da mesma em produtos ou serviços diferentes dos originários

## V. MODA E TRANSMISSÃO DA MARCA

A transmissão da marca opera a transferência da titularidade da marca para um terceiro (n.º 1 do art. 31.º do CPI). Em sentido estrito, o conceito de transmissão liga-se, na prática, ao contrato de compra e venda da marca<sup>22</sup>.

O CPI consagra a possibilidade da transmissão desvinculada da marca (n.º 1 do art. 262.º). Contudo, não se trata de uma transmissão inteiramente livre porque a transmissão independentemente do estabelecimento só tem lugar “se tal não for suscetível de induzir o público em erro quanto à proveniência do produto ou do serviço ou aos caracteres essenciais para a sua apreciação”.

O nosso direito adota, pois, um sistema de cessão híbrido que, se por um lado, não impõe uma cessão vinculada da marca ao estabelecimento, também não permite uma livre cessão da marca sem limitações, pois condiciona-a à observância do princípio da verdade da marca<sup>23</sup>.

O legislador impõe um requisito para a validade da transmissão: a não suscetibilidade de erro, seja esse erro reportado à proveniência dos produtos ou serviços, seja esse erro reportado aos caracteres essenciais dos produtos ou serviços.

Em relação ao erro sobre a proveniência, isso significa a necessidade de o consumidor não ser enganado quanto ao facto de ter ocorrido uma mudança do estabelecimento.

A segunda modalidade de erro traduz-se na necessidade de o público não ser enganado quanto aos caracteres essenciais para a apreciação dos produtos ou serviços. Ou seja, o adquirente da marca está obrigado a aplicar a marca a produtos ou serviços cujos caracteres sejam essencialmente idênticos (pelo menos durante um período de tempo razoável posterior à transmissão) de forma a prevenir o engano do público consumidor e a respeitar o princípio da verdade da marca. A garantia da qualidade da marca transmitida continua a ser uma garantia indireta derivada da função distintiva pela referência a

22 Sobre o regime legal português de transmissão da marca cfr., desenvolvidamente, Carvalho, 2009: 183-2015 e Carvalho, 2011: 477-494.

23 O princípio da verdade abrange duas situações: uma, a proibição da *marca* enganosa em si mesma; a outra, a proibição do *uso* enganoso da marca. No primeiro caso, o princípio significa que a *marca* não pode, no seu conjunto ou num dos seus elementos relevantes, ser suscetível de enganar o público em relação às características dos produtos ou serviços a que se destina; no segundo caso, o princípio significa que o *uso* da marca não seja enganoso. O registo de marca enganosa pode ser declarado *inválido*; o registo de marca cujo uso seja enganoso pode ser declarado *caduco*. Das duas situações indicadas a que mais releva, no contexto da transmissão, é a segunda.



uma determinada origem. Mas é pelo facto de esta mudar que a lei sente a necessidade de garantir durante mais algum tempo as expectativas qualitativas associadas à marca por causa da sua origem anterior.

Esta situação deve ser abrangida pela proibição do uso enganoso. A caducidade dá-se quando a marca, no seguimento do uso feito pelo *seu titular*, for suscetível de induzir em erro (al. *b*) do n.º 1 do art. 269.º). O adquirente que no momento imediatamente seguinte ao da aquisição aplique a marca a produtos ou serviços de inferior qualidade incorre no risco de ver declarado caduco o registo de que é titular.

A transmissão da marca pode ser total ou parcial em relação aos produtos ou serviços registados (n.º 1 do art. 31º e n.º 2 do art. 262.º).

A transmissão de marcas patronímicas de prestígio, de criadores do gosto e da moda já foi apreciada pelo TJUE. Referimo-nos aos casos *Elizabeth Emanuel* e *Elio Fiorucci*.

### V.1. Caso *Elizabeth Emanuel*<sup>24</sup>

Uma estilista criou uma empresa em 1990 com o seu nome. Em 1996 constituiu com outra empresa uma nova sociedade (*Elizabeth Emanuel Plc*), que registou, em seu nome, a marca *Elizabeth Emanuel*, em 1997.

Esta sociedade, entretanto, trespassou o seu fundo de comércio, a clientela e a marca para outra sociedade que alterou o seu nome para *Elizabeth Emanuel International Ltd* e que só contou com os serviços da estilista durante um ano. Esta sociedade, por sua vez, cedeu o registo da marca a outra sociedade que requereu o registo da marca *Elizabeth Emanuel*.

Elizabeth Emanuel propôs, então, uma ação de caducidade da marca por uso enganoso.

A estilista granjeou muito prestígio no Reino Unido, especialmente após conceber e realizar o vestido de casamento da Princesa Diana Spencer (em 1981).

O TJ reconheceu o risco do engano, mas fez um entendimento muito restritivo: não basta qualquer suscetibilidade de engano, mas é requerida a existência de um engano efetivo ou de um risco suficientemente grave de engano do consumidor, sobre as características e qualidades dos produtos que

<sup>24</sup> TJ, C-259/04, *Elizabeth Emanuel*, acórdão de 30 de março de 2006, EU:C:2006:215.

sejam relevantes para influenciar a decisão de compra do consumidor médio. Ora, esta situação não é provável quando seja transmitida a marca juntamente com o fundo de comércio (estabelecimento) associado à mesma.

O TJ concluiu que “o titular de uma marca que corresponde ao nome do criador e primeiro fabricante dos seus produtos que ostentam essa marca não pode, devido apenas a esta particularidade, ser privado dos seus direitos com o fundamento de que a referida marca induz o público em erro (...) especialmente quando o fundo de comércio associado à referida marca tenha sido cedido com a empresa que fabrica os produtos que a ostentam”<sup>25</sup>.

Do nosso ponto de vista, o TJ não esteve bem. O mais relevante, neste caso, para aferir da suscetibilidade de engano, tendo em conta a especificidade do setor de atividade económica e o impacto da imagem da marca, não seria a manutenção do ativo corpóreo (a vertente patrimonial), mas a ausência da criadora de moda (vertente pessoal) e o conseqüente risco de engano do consumidor sobre a qualidade criativa dos respetivos produtos.

## V.2. Caso *Elio Fiorucci*<sup>26</sup>

Elio Fiorucci, estilista de moda italiano, de Milão, que havia constituído a sociedade *Fiorucci SpA*, alienou o seu “património criativo” à sociedade japonesa *Edwin Co Ltd*, incluindo algumas marcas com o seu nome, em 1990.

A cessionária, em 1999, registou mais marcas da UE (ao tempo, comunitárias) com o nome *Elio Fiorucci*.

O TJ, numa ação de recurso do Tribunal Geral, considerou – confirmando a decisão do tribunal recorrido e infirmando a posição da 1ª Câmara de Recurso do IPIUE (então OHMI) – que a ação interposta pelo estilista devia proceder por violação do direito ao nome e falta de consentimento para a sua utilização, mas já não por se tratar de um uso enganoso.

Quanto a este último aspeto o TJ seguiu a linha restritiva do acórdão anterior, o que, pelas mesmas razões, com as devidas adaptações, nos parece uma posição muito discutível, pouco sensível ao risco de engano, atendendo ao setor de atividade em causa. Sem prejuízo da violação do direito de personalidade

25 C-259/04, *Elizabeth Emanuel*, cit., para 56.

26 TJ, C-263/09P, *Elio Fiorucci*, acórdão de 5 de julho de 2011, EU:C:2011:452.

ao nome, não nos chocaria ser decidido também haver um uso enganoso quanto à proveniência dos produtos, justificativo da caducidade do registo da marca<sup>27</sup>.

## Referências Bibliográficas

- CAMPINOS, António e COUTO GONÇALVES, Luís (2015). *Código da Propriedade Industrial Anotado*, 2ª ed. Coimbra: Almedina;
- CARVALHO, Maria Miguel (2009). “A transmissão da marca”, in: OLIVEIRA ASCENSÃO (ed.). *Direito Industrial*, Almedina, Vol. VI, pp. 183-215;
- (2010). *A Marca Enganosa*. Coimbra: Almedina;
- (2011). “Contratos de transmissão e de licença de marca”, in: FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos, GONÇALVES, Luís Couto e TRABUCO, Cláudia (org.). *Contratos de Direitos de Autor e de Direito Industrial*, Coimbra Almedina, pp. 477-510;
- (2013-2014). “A proteção jurídica da cor única como marca no âmbito da indústria da moda – breves notas a propósito dos casos da “sola lacada a cor vermelha”, in: GARCÍA VIDAL, Ángel (ed.) *Actas de Derecho Industrial*. Madrid: Marcial Pons, N.º 34, pp. 137-152;
- COUTO GONÇALVES, Luís (1999). *Função Distintiva da Marca*. Coimbra: Almedina;
- (2017). *Manual de Direito Industrial*, 7ª ed. Coimbra: Almedina;
- GARDINI, Anna (2012). “La tutela del marchio di colore nel caso Louboutin/YSL: ultimi sviluppi nella Giurisprudenza americana”, *Rivista di Diritto Industriale*, Vol. III, N.º 6, pp. 651-655;
- GIUDICI, Silvia (2012). “La decadenza per decettività sopravvenuta dei marchi degli stilisti”, *Rivista di Diritto Industriale*, N.º 6, I, pp. 301-307;
- (2016). “Moda e diritti della proprietà industriale ed intellettuale”, in: Pozzo, Barbara e JACOMETTI, Valentina. *Fashion Law – le problematiche giuridiche della filiera della moda*, Milano: Giuffrè Editore, pp. 15-29.
- GOMMERS, Carina (2016). “CJEU referral on Louboutin’s red sole trade mark”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, Vol. 11, N.º 7, pp. 481-482;

---

27 Sobre o problema de decetividade superveniente da marca nas situações de transmissão, analisando também estes casos, ver, Carvalho, 2010: 358 ss e Giudici, 2012: 301 ss.

- JIMENEZ**, Guillermo e **KOLSUN**, Barbara (2014). *Fashion Law*, 2ª ed. NY, USA: Fairchild Books;
- MACHNIKA**, Agnieszka (2012). “Is a “red shoe sole” a valid trade mark?”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, Vol. 7, N.º 3, pp. 157-159;
- (2013). “Red shoe sole can constitute a valid trade mark”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, Vol. 8, N.º 1, pp. 11-13;
- MAX**, Theodore (2012). “Coloring outside the lines in the name of aesthetic functionality: Qualitex, Louboutin, and how the second Circuit saved color marks for fashion”, *The Trademark Reporter*, pp. 1081-1094;
- MISTHAL**, Marc (2014). “Trademarks and Trade Dress”, in: **JIMENEZ**, Guillermo e **KOLSUN**, Barbara (eds.). *Fashion Law*, 2ª ed. NY, USA: Fairchild Books, pp. 26-44;
- OLIVEIRA ASCENSÃO**, José (2001-2002). *Direito Industrial*. Almedina, Vols. I a VIII, Coimbra, Almedina;
- POZZO**, Barbara e **JACOMETTI**, Valentina (2016.) *Fashion Law – le problematiche giuridiche della filiera della moda*. Milano: Giuffrè Editore;
- PUSTERLA**, Jacopo (2015). *Segni distintivi e pubblico dominio: il ruolo dell’imperativo di disponibilità nella registrazione e nella tutela del marchio*. Università degli studi di Milano, Facoltà di Giurisprudenza; Tesi di Dottorato, <<https://air.unimi.it/>> (accedido 17 de Agosto 2018);
- SOUSA e SILVA**, Pedro (2011). *Direito Industrial – Noções Fundamentais*. Coimbra Editora;
- VARESE**, Elena e **BARABINO**, Sofia (2016). “La tutela della forma delle creazioni di moda: problematiche e prospettive”. In: **POZZO**, Barbara e **JACOMETTI**, Valentina (eds.). *Fashion Law – le problematiche giuridiche della filiera della moda*. Milano: Giuffrè Editore, pp. 94-107.



# Contrato de Licença de Exploração de Marca

ANA AFONSO\*

**Resumo:** Este texto visa esclarecer a noção de contrato de licença de exploração de marca e analisar sucintamente alguns aspetos de regime. Consideram-se as cláusulas típicas desta modalidade contratual, tais como a cláusula de controlo de qualidade, a de limitação ou exoneração de responsabilidade do licenciante pelos defeitos dos produtos fabricados pelo licenciado e a de prazo. Ponderam-se também algumas questões ligadas à extinção do contrato e possíveis efeitos pós-contratuais.

**Palavras-chave:** marca; contrato de licenciamento; cláusulas típicas; extinção

**Abstract:** *The purpose of this text is to clarify the notion of brand licensing agreement and briefly examine some aspects of the contractual content. Some typical clauses of this type of contract are considered, such as the quality control clause, the limitation or exemption of the licensor from the defects of the products manufactured by the licensee and the term. Some issues related to the termination of the contract and possible post-contractual effects are also discussed.*

**Keywords:** *Brand; licensing agreement; contract clauses; termination*

---

\* Professora Auxiliar da Escola de Direito da Universidade Católica do Porto (aafonso@porto.ucp.pt).

## 1. NOÇÃO E CARACTERÍSTICAS DISTINTIVAS

Constituindo um instrumento negocial indispensável para o funcionamento da indústria da moda (que, em boa medida, assenta em uma rede de licenciamento de marcas), a um compêndio de Direito da Moda não poderia faltar uma análise, ainda que sucinta, do contrato de licença de exploração de marca.

O contrato de licença de exploração de marca pode ser definido como o acordo por via do qual o titular de uma marca<sup>1</sup> concede a um outro sujeito o direito de a utilizar no exercício da sua atividade económica, produzindo e comercializando uma certa categoria de produtos, num território específico, habitualmente de modo temporário e oneroso, sob a marca do primeiro.

A celebração desta modalidade negocial oferece ao licenciante a vantagem de lhe permitir obter uma expansão controlada da marca, dispensando-o de investir nos custos estruturais de implantação em mercados de mais difícil acesso ou também no desenvolvimento de competências técnicas que não possui, necessárias para ampliar ou diversificar o respetivo ramo de atividade. Por um lado, conceder a outrem a licença de comercialização sob a sua marca permitirá ao licenciante alargar a presença do sinal distintivo no mercado, com o que logrará, em princípio, aumentar a notoriedade da marca. Por outro lado, ao licenciante que não tenha especial competência ou conhecimento

---

1 A constituição ou reconhecimento de um direito de propriedade industrial confere ao seu titular o aproveitamento exclusivo de um bem imaterial, o que pode fazer diretamente, ou indiretamente, quando concede a outro ou a outros sujeitos autorização para realizarem um aproveitamento económico do bem que estaria reservado ao titular do direito. Conquanto a marca ainda se defina como um sinal distintivo de produtos e serviços por referência à sua origem empresarial (art. 221.º CPI), a concessão de um direito subjetivo absoluto contém a faculdade de transmissão e licenciamento do bem, permitindo ao titular o melhor aproveitamento económico deste. Na verdade, o melhor aproveitamento económico da marca estará menos em excluir terceiros da sua utilização do que em autorizar a sua exploração por terceiros. Para a transmissão da marca, vigora entre nós – assim como nos outros Estados-membros da União Europeia – um sistema dito misto, em que se permite a transmissão da marca independentemente da transmissão da empresa, mas coloca-se um limite negativo, o de que o público não seja induzido em erro «quanto à proveniência do produto ou do serviço ou aos caracteres essenciais para a sua apreciação» (art. 262.º, n.º 1, CPI). Quanto ao licenciamento, este é admitido, sem que se exija a observância de requisitos de controlo preventivo. Conforme previsão genérica do art. 32.º, n.º 1, CPI: «os direitos referidos no n.º 1 do artigo anterior [onde se incluem os direitos emergentes dos registos de marcas] podem ser objecto de licença de exploração, total ou parcial, a título gratuito ou oneroso, em certa zona ou em todo o território nacional, por todo o tempo da sua duração ou por prazo inferior». De uma função inicial de indicação de origem de um produto, a marca terá passado a servir também (ou sobretudo) como indicador de qualidade do produto, desempenhando uma função publicitária. Vista, atualmente, como um bem, dotado de valor próprio, independentemente do produto a que possa a ser aplicada, a marca pode ser cedida a terceiros, com a ressalva da não decetividade do público consumidor.

técnico sobre um certo sector de atividade, conferir a um outro empresário independente permissão para produzir sob a sua marca, permitir-lhe-á expandir o respetivo sector de atuação para outros produtos fora da sua área de competência específica. Considere-se a hipótese, frequente, do *designer*/produtor de vestuário feminino, titular de uma marca reputada, que quer expandir o domínio de abrangência da sua marca a outros produtos conexos, como os cosméticos/perfumaria, ou acessórios, como os óculos-de-sol, com o fito de aceder a novos pontos privilegiados de comercialização (tais como aeroportos ou o primeiro piso dos *department stores*), criando uma *lifestyle brand*. Em suma, não tendo a possibilidade de atuar ou de se instalar em todos os pontos geográficos do mercado nacional ou internacional e em variados sectores de atividade económica, o licenciante recorrerá a colaboradores independentes para produzir e comercializar certos artigos sob a sua marca. Adicionalmente, a permissão de uso e fruição da marca por terceiros evita que a falta de uso sério da marca pelo seu titular durante um certo período de tempo (cinco anos consecutivos) produza a consequência de extinção do direito (art. 269.º, n.º 1, CPI). Para o licenciado (que tenha suficiente competência técnica e estrutural), há a vantagem de explorar a sua atividade económica sob a chancela de uma marca bem conhecida e desejada pelos consumidores, sem ter de realizar o correspondente investimento em *marketing* e publicidade<sup>2,3</sup>.

Por via do contrato de licença de exploração, o titular da marca, a quem está reservado o direito de utilização económica exclusiva do sinal distintivo, aproveita uma das faculdades contidas neste direito, permitindo a outrem, o licenciado, que aponha a mesma marca aos produtos que comercializa ou

---

2 Sobre as vantagens e interesses subjacentes à celebração de um contrato de licença de exploração de marca e também sobre os perigos de um «*over-licensing*» e os seus efeitos nefastos para a notoriedade e prestígio das marcas, ver Jimenez e Kolsum, 2014: 115-116 e Jimenez e Kolsum, 2016: 494-497. Os Autores sublinham que apesar das vantagens financeiras recomenda-se cautela para não conceder demasiadas licenças para qualquer tipo de produto posto que isso acarreta o risco de prejudicar o prestígio da marca e de afetar o seu valor patrimonial (assim, por exemplo, a *Gucci* teria tido de recomprar licenças concedidas para recuperar o prestígio da marca e a cotação da *Tommy Hilfiger* teria subido logo que recomprou a licença de *jeans* que tinha concedido). Entre nós, ver, nomeadamente, Olavo, 1999: 93 e 2001: 354-355. Notando que a licença de marca é o mecanismo menos arriscado para introduzir os produtos da marca em um novo mercado geográfico, cfr. Fernández-Nóvoa et al., 2013: 771. Para introduzir a marca em mercados internacionais, poderá tornar-se necessária a celebração de um contrato com um «agente de licenciamento» que encontre oportunidades de licenciamento nesses mercados.

3 Para além dos interesses particulares assinalados, que movem as partes à celebração do contrato de licença de exploração de marca, a constituição de empresas licenciadas num determinado país serve ainda o interesse público da criação de emprego, aumento da produção nacional e diminuição da quantidade de produtos importados, conforme nota Ortuño Baeza, 2000: 239.



serviços que fornece, e, como tal, que beneficie do respetivo poder diferenciador no exercício da sua própria atividade empresarial.

Constituem, portanto, obrigações típicas ou principais das partes de um contrato de licença de exploração de marca, respetivamente, para o licenciante, o dever de proporcionar o gozo do direito de exploração da marca, e, para o licenciado, o dever de explorar a marca nas condições definidas e de pagar a contrapartida acordada.

Para que se esteja em presença de um contrato de licença de exploração de marca será necessário não só que o titular da marca conceda a outrem a faculdade de apor nos produtos que este fabrica o sinal distintivo do primeiro, mas também que lhe seja concedida a comercialização dos bens ou produtos sob aquela marca<sup>4</sup>. Na hipótese de o titular da marca reservar para si a comercialização dos bens produzidos com a sua marca estaremos perante um contrato de empreitada (*manufacturing agreement*) e não de licença de exploração. Se, ao invés, for concedida a comercialização dos bens, mas a marca tiver sido previamente aposta, usando o comerciante os seus próprios sinais distintivos, então o contrato também não será um de licença de exploração de marca, mas sim de distribuição (agência, concessão, distribuição seletiva ou autorizada).

O contrato de licença de exploração de marca ou *licensing agreement* distingue-se do contrato de *franchising* na medida em que este, além de incluir uma licença de exploração de marca, é composto por outros elementos como a transferência de *know-how* e a prestação de assistência técnica ao franquiado, que fica, por seu turno, obrigado a seguir instruções e diretrizes do franquiador. No contrato de *franchising*, há exploração de uma ideia ou imagem empresarial e não só de uma marca. Sendo assim, poderíamos considerar que o contrato de franquia se enquadra no tipo licença de exploração de marca, mas não se reduz aos traços mais genéricos característicos deste; ou seja, o contrato de franquia seria um contrato de licença de exploração de marca, podendo surgir como um subtipo ou subespécie deste, não sendo a inversa verdadeira, visto que nem todo o contrato de licença de exploração de marca corresponde a uma franquia. Para Carlos Olavo, o contrato de *franchising* é um contrato afim do de licença de exploração de marca, mas que se diferencia deste. Segundo o Autor, nos casos em que o sinal distintivo que consubstancia a imagem empresarial do franquiador não seja a marca de um produto, mas antes a

---

4 Cfr., neste sentido, Olavo, 2001: 113.

insígnia de um estabelecimento, ou em que a ideia ou imagem empresarial cuja exploração se concede não esteja associada a qualquer sinal distintivo, o contrato de franquia não poderia reconduzir-se ao tipo de contrato de licença de exploração de marca. Além disso, na hipótese de franquia de distribuição, em que os produtos que o franquiado comercializa são fabricados ou selecionados pelo franquiador e aos quais a marca já vem aposta, não haveria concessão de licença de exploração de marca<sup>5</sup>. Julgamos que, a existirem, serão praticamente insignificantes os casos de contratos de franquia em que o franquiador não conceda ao franquiado o direito de utilizar uma marca<sup>6</sup> e que não se configuram hipóteses em que a licença de exploração de uma ideia ou imagem de empresa possa estar dissociada de qualquer sinal distintivo<sup>7</sup>. É certo, porém, que, na modalidade de franquia distributiva, não se concede a permissão de apor uma marca em produtos criados pelo franquiado, posto que este se limita a negociar bens a que a marca já foi aplicada pelo franquiador. Somos de crer que o contrato de franquia contém, no seu núcleo essencial, e em qualquer das suas modalidades, a concessão da licença de utilização de uma marca. Todavia, na medida em que o contrato de licença de exploração de marca se caracteriza pela obrigação assumida por um dos sujeitos, o titular da marca, de proporcionar a outrem o gozo desta, permitindo-lhe apor a marca aos bens por si produzidos e comercializar estes bens sob a mesma marca, então o contrato de franquia terá de ser classificado como um contrato afim do contrato de licença de exploração de marca, mas sem se incluir neste como se de um tipo mais genérico se tratasse. Sendo certo que o contrato de licença de exploração de marca assenta na autorização de utilização da marca por um terceiro, nem todo o consentimento concedido a terceiro para utilizar a marca configura um contrato de licença de exploração de marca<sup>8</sup>.

---

5 Olavo, 2001: 117-118. Na mesma linha, ver Pestana de Vasconcelos, 2000: 39-40.

6 Para Ribeiro, 2001: 158, “não se encontra nenhum contrato de franquia em que o franquiador não conceda ao franquiado o direito de usar uma marca”.

7 Pestana de Vasconcelos, 2000: 23, refere a concessão de licença de exploração de marca e/ou outros sinais distintivos.

8 Conforme evidência Wilkof, 2014: 909 ss. Além da distribuição, o Autor nomeia o contrato de patrocínio em que há uma autorização de uso da marca a terceiro com o objetivo de promoção da marca mediante contrapartida vantajosa para o dito terceiro.

## 2. REGIME

### 2.1. Natureza Jurídica. Atipicidade. Classificação em Categorias Contratuais.

Na medida em que contém a obrigação de proporcionar, a título temporário, o gozo de uma coisa a outrem, mediante o pagamento de uma contrapartida, o contrato de licença de exploração de marca poderia ser qualificado como contrato de locação e contar com o contributo do regime desta modalidade contratual para solucionar as questões jurídicas que a seu propósito se suscitem.

A esta qualificação não obstaria, quanto a nós, o carácter absoluto (oponível a terceiros) da posição jurídica do licenciado<sup>9</sup>, porquanto ao locatário são reconhecidas similares faculdades de defesa contra terceiros que adquiram direitos conflituantes ou ameacem, perturbem ou violem a sua posição<sup>10</sup>. Na verdade, tal como o contrato de locação, também a licença de marca não é concebida pelo legislador como um título de constituição de um direito real a favor do licenciado, antes lhe são reconhecidos certos mecanismos de proteção da sua posição jurídica em relação a terceiros. Ao licenciado, assim como ao locatário, está vedado subcontratar ou ceder a sua posição contratual sem o consentimento do titular do direito.

Conquanto a definição do art. 1022.º CC pareça apta a incluir a obrigação de proporcionar o gozo de coisas incorpóreas (e o art. 1109.º CC qualifique,

---

9 Salvo estipulação expressa em contrário, o licenciado dispõe de todas as faculdades jurídicas concedidas ao titular do direito (art. 32.º, n.º 4, CPI), o que significa que o licenciado pode opor a sua situação jurídica a todo aquele que adquira um direito conflituante, como também poderá atuar autonomamente (sem intervenção cumulativa do licenciante) contra terceiros que ponham em causa o direito de marca (contrafatores da marca, por exemplo, ou que apresentem pedidos de proteção incompatíveis), conforme melhor esclarece Remédio Marques, 2008: 23 ss. Note-se que o art. 25.º, n.º 3, da Diretiva (UE) 2015/2436 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de dezembro de 2015, respeitante à matéria de marcas condiciona a legitimidade do licenciado para instaurar um processo por infração de marca à obtenção de consentimento do titular da marca, tendo aquela norma do CPI de passar a ser interpretada em conformidade com este preceito. O mesmo n.º 3 do art. 25.º admite, no entanto, previsão contratual diversa e acrescenta que o titular de licença exclusiva pode instaurar autonomamente o processo se o titular da marca não instaurar uma ação de infração num prazo adequado, após ter sido notificado.

10 Ao locatário reconhece-se o poder de atuar autonomamente contra terceiros (art. 1037.º CC), a sua posição não é afetada pela alienação da coisa locada (art. 1057.º CC), além do que a inscrição do seu direito no registo (arrendamento celebrado por mais de seis anos), torna-o oponível a titulares de posições jurídicas conflituantes (art. 2.º, n.º 1, *m*), Código do Registo Predial). A discussão em torno da natureza jurídica da posição do locatário é já antiga, tendo vindo a colher maior número de adeptos a perspetiva que identifica a posição jurídica do locatário um direito pessoal de gozo. Ver, por todos, Menezes Cordeiro, 2014: 26-27.

atualmente, o contrato de cedência temporária da exploração de estabelecimento comercial como locação de estabelecimento<sup>11</sup>), a verdade é que o regime legal revela serem as coisas corpóreas o elemento típico da locação<sup>12</sup>. O contrato de licença de exploração de marca poderá ser qualificado como locação, mas atípica, havendo que ponderar caso a caso a aplicação das regras que compõem o regime da locação<sup>13</sup>.

O contrato de licença de exploração de marca constitui, pois, quanto a nós, um contrato atípico misto, posto que se distancia do tipo estrutural de referência, a locação, não só pela especificidade do seu objeto, a marca, mas também (e sobretudo) dos interesses coenvolvidos nesta modalidade negocial que dotam o contrato de um sentido distinto do que é típico na locação<sup>14</sup>. Com efeito, à estrutura sinalagmática da troca – realização de uma prestação em função de uma contraprestação – própria do contrato de locação (permissão do uso e fruição de uma coisa por um correspondente pecuniário), vêm juntar-se elementos de colaboração tendo em vista um fim comum: a manutenção do valor da marca. Além das obrigações principais típicas de um esquema estrutural de contraposição de interesses, incluem-se na relação negocial entre licenciante e licenciado deveres resultantes da presença de uma adicional convergência de interesses, uma vez que este contrato terá também (habitual e tipicamente) um sentido de cooperação interempresarial. Os encargos financeiros da

---

11 Ainda que o estabelecimento assente em um lastro de coisas corpóreas, móveis ou imóveis, constitui em si mesmo uma coisa incorpórea (complexa), conforme esclarece Coutinho de Abreu, 2016: 252-253.

12 Assim o indicam (tal como evidencia Menezes Cordeiro, 2014, 24-25): a consideração da natureza imóvel ou móvel da coisa para distinguir entre arrendamento e aluguer; a obrigação de entrega e a correspondente obrigação de restituição (art. 1031.º, a); arts. 1038.º, i), 1043.º e 1045.º CC); a referência a reparações (arts. 1036.º e 1038.º, e), CC), tal como evidencia Menezes Cordeiro, 2014: 24-25. Acrescente-se ainda o levantamento de benfeitorias introduzidas na coisa pelo locatário (art. 1046.º CC). Diferencia o contrato de locação do contrato de licença em função da natureza corpórea ou incorpórea do objeto do contrato, Ferreira de Almeida, 2017: 220-221.

13 A doutrina portuguesa tem encarado de modo variável a recondução do contrato de licença de exploração de marca ao quadro jurídico da locação. Osório de Castro, 1994: 22 e ss., referindo-se ao contrato de licença de invenção patenteada, sustenta que este se enquadra no modelo da locação, ainda que não se possa deduzir totalmente daí o seu regime. Carvalho, 2011: 123, n. 14, considera que estão em causa “realidades absolutamente distintas”. Remédio Marques, 2008: 41, assinala o sentido diferenciado dos dois negócios, mas admite a aplicação analógica do regime da locação às licenças voluntárias de propriedade industrial. Ferreira de Almeida, 2017: 220, contrapõe a categoria genérica de contrato de licença – contrato pelo qual o titular de um direito sobre uma coisa incorpórea proporciona a outrem o uso desse direito ou de uma faculdade desse direito, e que se decompõe em vários tipos ou subtipos contratuais – ao contrato de locação, em que se proporciona a outrem o uso de coisa corpórea.

14 Sobre o conceito de contrato atípico misto e da relevância do objeto e do sentido do contrato como índices do tipo, ver Pais de Vasconcelos, 1995: 207 e 113 ss.

preservação e exploração da marca (objeto do contrato) são repartidos entre licenciante e licenciado: enquanto o licenciante se exime de assumir os custos de instalações e estrutura laboral e empresarial, e dos riscos a estas associados, o licenciado aproveita o valor da marca gerado pela criatividade e investimento do licenciante. Mais do que isso, ambos estão focados num objetivo comum ou convergente: a correta exploração da marca para preservação do seu valor ou mesmo incremento da sua notoriedade ou prestígio<sup>15</sup>.

Em suma, não é possível reconduzir plenamente o esquema negocial próprio da licença de marca ao figurino da locação definido na lei portuguesa, sobretudo porque neste não se dá um tratamento individualizado à locação de coisas produtivas. Do regime jurídico da locação não se logra extrair resposta adequada à definição do conteúdo e à superação dos conflitos colocados pela licença de exploração de marca.

O regime legal da locação pode, todavia, ser solicitado para solucionar questões suscitadas pelo contrato de licença de exploração de marca. No Acórdão de 15 de maio de 2013, o STJ – na senda de Remédio Marques – convocou a aplicação analógica do art. 1034.º CC para fundamentar a validade de um contrato de licença de exploração de marca que tinha sido celebrado por quem não era titular da marca, mas que tinha logrado proporcionar o seu gozo à contraparte, sem que tivesse ocorrido qualquer privação ou diminuição do gozo da coisa pelo licenciado<sup>16</sup>.

Com efeito, para a disciplina de um contrato atípico misto contribuem, além das regras definidas pelas próprias partes com a celebração do contrato, também aquelas que compõem o regime do tipo ou tipos de referência, isto é, tipos legais por referência aos quais o contrato foi celebrado, que, no caso da licença de exploração de marca, será o contrato de locação. A aplicação dos preceitos que compõem o regime do tipo de referência ao contrato atípico deve ser feita com a consideração devida ao sentido próprio do contrato atípico, sob pena de a aplicação daqueles preceitos resultar em uma tipificação do contrato,

---

15 Ortuño Baeza, 2000: 115 ss. sublinha que ao esquema obrigacional básico se adicionam uma série de obrigações exercidas no interesse comum, que superam a normal colaboração das partes na execução de um contrato.

16 Disponível em: <www.dgsi.pt> (Processo 7860/06.OTBCSC.L1.S1, relator: Gregório Silva Jesus). Conforme explica Remédio Marques, 2008: 55 ss, a falta de legitimidade do licenciante não importa a invalidade do contrato de licença nem sequer, necessariamente, a impossibilidade absoluta de cumprimento, «visto que o legislador atém-se apenas ao cumprimento fáctico do contrato – ter o licenciado uma concreta e eficaz posição de vantagem no mercado por via do exercício de faculdades de utilização de um bem imaterial formalmente protegido.

ou seja, em recondução forçada do contrato atípico ao tipo de referência<sup>17</sup>. Para cada concreta questão suscitada pelo contrato atípico é necessário identificar a suficiente conformidade entre o caso e a norma.

O contrato de licença de marca é nominado, porquanto é nomeado e identificado pelo legislador da propriedade industrial, mas atípico, visto que não se colhe diretamente dos preceitos legais que o referem um regime ordenado e tendencialmente completo que permita dar resposta às questões que a seu propósito se suscitam. Habitual ou tipicamente, constituirá um contrato oneroso, na medida em que o licenciado se vincula ao pagamento de uma contrapartida pela exploração da marca. Quanto à correlação com o decurso do tempo classifica-se, evidentemente, duradouro: a obrigação principal do licenciante é de execução continuada (proporcionar o gozo da marca) e as obrigações principais ou primárias de prestar do licenciado são, quer de execução continuada (explorar a marca e preservar o seu valor), quer de execução reiterada periódica (pagamento da contrapartida). O contrato deverá também, habitualmente, considerar-se como celebrado *intuitu personae*, pelo menos no que diz respeito ao sujeito licenciado: as suas características pessoais (competência técnica e fidelidade e honorabilidade) são relevantes no momento da seleção do parceiro negocial para exploração da marca como também no curso da relação negocial que se pauta pela presença de deveres de leal colaboração entre as partes.

## 2.2. Forma

Apesar de ser um contrato atípico (sem um modelo regulativo próprio predisposto pelo legislador), o contrato de licença de exploração de marca não é totalmente desconhecido ou ignorado pelo ordenamento jurídico português, podendo o intérprete e aplicador do Direito colher pontualmente soluções ou imposições de regime especialmente previstas para este contrato.

---

17 Conforme esclarece Pais de Vasconcelos, 1995: 327-328, a intensidade e importância do recurso à analogia com o tipo legal de referência depende do carácter mais ou menos atípico que o contrato em concreto assuma. De todo o modo – como também esclarece o Autor (p. 369) – a determinação concreta do regime contratual terá de ser feita tendo presente a necessária adaptação dos preceitos do tipo de referência e do seu sentido ao sentido próprio do contrato atípico a que se referem. Aludindo a “uma ‘força expansiva’ geral das normas sobre contratos típicos”, Pinto Duarte, 2000: 141 conclui que a aplicação aos contratos atípicos das regras de contratos típicos (lá onde a analogia o justifique) prevalece sobre o recurso à integração complementadora dos contratos (art. 239.º CC).

Assim sucede no que diz respeito à forma do contrato. O art. 32.º, n.º 3, CPI exige que o contrato seja celebrado por escrito. A forma escrita constitui requisito *ad substantiam* cuja falta acarreta a nulidade do negócio. O contrato de licença de exploração está igualmente sujeito a averbamento no Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI), conforme exige o art. 30.º, 1, b), CPI, mas este constitui um mero requisito de eficácia perante terceiros (aqueles que não são partes no contrato, nem seus representantes). Assim, para assegurar a validade do contrato de licença de exploração de marca basta, mas é indispensável, que o contrato seja celebrado por escrito. A oponibilidade a terceiros da posição jurídica concedida carece do registo junto do INPI.

### **2.3. Modo de Formação do Contrato: Aplicação do Regime da Lei das Cláusulas Contratuais Gerais**

Nos casos em que o conteúdo do contrato de licença de exploração tenha sido prévia e unilateralmente definido pelo licenciante, sem que o licenciado tenha efetivamente possibilidade de o influenciar, aplicar-se-á o regime das cláusulas contratuais gerais e dos contratos de adesão<sup>18</sup>. Como é sabido, este regime abarca as relações entre empresários e outras entidades equiparadas (e não somente as relações entre empresas e consumidores finais), tendo o seu âmbito de aplicação sido alargado aos contratos individualizados “cujo conteúdo previamente elaborado o destinatário não pode influenciar” (cfr. n.º 2 do art. 1.º LCCG). A designada Lei das Cláusulas Contratuais Gerais abrange, pois, não só o conteúdo negocial prévia e unilateralmente definido para ser apresentado com fixidez a um número indeterminado de possíveis destinatários, mas também a redação de contratos individualizados, pensados para um só destinatário, desde que este não tenha podido intervir ativamente no processo de conformação do conteúdo negocial<sup>19</sup>. Assim, quer na hipótese

---

18 O regime das cláusulas contratuais gerais, inicialmente fixado pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, veio a ser alterado pelo Decreto-Lei n.º 220/95, de 31 de agosto, pelo Decreto-Lei n.º 249/99, de 7 de julho, e pelo Decreto-Lei n.º 323/2001, de 17 de dezembro. O diploma de 99 alargou o âmbito de aplicação do regime aos contratos individualizados cujo conteúdo apresenta as características de pré-disposição unilateral e rigidez, de modo a torná-lo conforme às orientações da Diretiva comunitária 93/13/CEE, do Conselho, de 5 de abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados entre profissionais e consumidores.

19 Embora a imposição comunitária abarcasse apenas as cláusulas abusivas nos contratos celebrados com consumidores, o atual n.º 2 do art. 1.º da LCCG não contém qualquer menção restritiva ao respetivo âmbito

de o licenciante ter redigido o clausulado contratual para um número mais ou menos indeterminado de parceiros negociais, quer apenas para um específico licenciado, ficará adstrito à observância dos deveres de comunicação e informação predispostos nos arts. 5.º e 6.º, estará sujeito a ver funcionar contra si a falta de clareza da previsão do conteúdo contratual (n.º 2 do art. 11.º), além do que terá de acatar as proibições de conteúdo predispostas nos arts. 15.º a 19.º, sob pena de cominação de nulidade (art. 12.º). Serão, nomeadamente, proibidas, em absoluto, as cláusulas que estabeleçam a faculdade de o predisponente ceder a sua posição contratual, sem o acordo da contraparte (al. *l*), art. 18.º), e, relativamente, isto é, conforme o «quadro negocial padronizado», as «cláusulas penais desproporcionadas em relação aos danos a ressarcir», como as que «coloquem na disponibilidade de uma das partes a possibilidade de denúncia imediata ou com pré-aviso insuficiente, sem compensação adequada, do contrato, quando este tenha exigido à contraparte investimentos ou outros dispêndios consideráveis» (als. *c*) e *f*) do art. 19.º).

A aplicação do regime da LCCG deverá ser feita – seguindo, aliás, as suas próprias diretrizes (cfr. a indispensável consideração do “quadro negocial padronizado” constante do art. 19.º e a referência no art. 16.º, n.º 2, ao “objetivo que as partes visam atingir negocialmente” como um dos elementos atendíveis para o controlo de conformidade do clausulado à boa fé) – sem perder de vista a especificidade da relação negocial subjacente à licença de exploração de marca: a definição unilateral do clausulado poderá constituir requisito indispensável de funcionamento uniforme de uma «rede» de empresas que exploram a mesma marca ou, de qualquer modo, corresponderá à delimitação pelo predisponente do domínio de permissão de utilização de um bem que lhe pertence<sup>20</sup>.

---

subjetivo de aplicação. Consequentemente, suscita-se a dúvida de saber se os contratos individualizados celebrados entre profissionais (“empresários ou entidades equiparadas”) por adesão – elaboração prévia por uma das partes sem possibilidade de influência do destinatário – caem ou não no domínio de controlo de eficácia e legalidade definido pela LCCG. Se para Oliveira Ascensão, 2000: 573 ss., Pinto Monteiro, 2001: 162, Ferreira de Almeida, 2008: 197 e Ana Prata, 2010: 83-84, o campo de aplicação da lei abrange quaisquer contratos de adesão, gerais ou individuais, celebrados com consumidores ou entre profissionais – posição que secundamos –, para outros como Menezes Leitão, 2006: 50 e Menezes Cordeiro, 2001: 428, o regime só deverá aplicar-se aos contratos individualizados celebrados por adesão com consumidores, tendo o art. 1.º, n.º 2, de ser alvo de interpretação restritiva.

20 Neste sentido, ainda que se refira ao contrato de *franchising*, ver também Ferreira Pinto, 2013: 132-135.



## 2.4. Cláusulas Típicas

O contrato de licença de exploração de marca caracteriza-se pela obrigação assumida por um dos sujeitos, o titular da marca, de proporcionar a outrem o gozo desta, e por parte daquele a quem o gozo da marca é permitido, a obrigação de explorar a respetiva atividade económica, produzindo e comercializando bens sob a égide da marca. Conteúdo essencial do contrato constituirá, pois, a delimitação dos poderes de uso e fruição do licenciado sobre o objeto negocial – a marca. A este respeito, sublinhe-se, desde já, que a violação dos limites territoriais, temporais e objetivos, fixados no contrato para delimitar o âmbito da utilização do bem imaterial objeto da licença, não constitui apenas ilícito contratual, podendo fazer incorrer o licenciado, para lá da responsabilidade contratual que ao caso caiba, também em responsabilidade criminal ou contraordenacional, na medida das consequências previstas para a ofensa do direito de propriedade industrial (arts. 320.º e ss. CPI). Além de violação do contrato, o desrespeito dos limites da licença de utilização da marca constitui infração do direito absoluto de propriedade industrial. As cláusulas que não se dirigem a limitar as faculdades contidas no direito de exploração, mas apenas as condições de exercício do direito cuja licença se concede (como, por exemplo, o montante e modo de pagamento da contrapartida), esgotam-se no domínio do contrato, pelo que a sua violação constitui somente incumprimento do contrato<sup>21</sup>.

Além do núcleo essencial habitualmente composto pela definição dos poderes (e deveres) de uso e fruição da marca e do montante e modo de pagamento da contrapartida, haverá utilidade em incluir cláusulas que regulem os mecanismos de extinção do contrato e acautelem certos efeitos pós-contratuais, podendo o licenciante ter interesse em salvaguardar, logo no texto do contrato, a possibilidade e os meios de exercer controlo sobre os canais de distribuição, além de sobre o processo de produção e comercialização dos bens, e, eventualmente, de exoneração de responsabilidade pela violação de direitos de propriedade industrial por parte do licenciado<sup>22</sup> assim como pelos danos

---

21 Cfr., a este respeito, Remédio Marques, 2008: 113-114.

22 Para uma exemplificação das vantagens para o licenciante de acautelar no contrato de licença quer a limitação da responsabilidade pela violação por parte do licenciado de direitos de propriedade industrial de terceiros, quer um maior controlo do exercício da atividade do licenciado, consultar Jimenez e Kolsum, 2014: 134, que descreve os factos que estiveram na base do processo intentado pela *Gucci* contra a *Guess* por *trademark infringement* de desenhos de sapatos.

causados por produtos fabricados com defeito pelo licenciado<sup>23</sup>. O licenciante poderá ainda ter interesse em que o prazo de duração do contrato seja definido de um modo que lhe permita proceder a uma periódica renegociação do conteúdo do contrato.

Nos contratos de duração, como é o caso da licença de exploração de marca, debatem-se duas linhas de força: a estabilidade e a flexibilidade. O contrato terá, por um lado, a função de delimitar o domínio de licitude da atuação das partes, definindo de modo certo e seguro a permissão de agir do licenciado e as obrigações corresponsivas a que uma e outra das partes se submetem, mas terá, por outro lado, de constituir um instrumento vivo ou flexível, isto é, deverá ser elaborado de tal forma que possa reger a relação contratual de cooperação durante um período de tempo significativo. Na verdade, os contratos de duração, que traduzem um compromisso para cooperar, tendem a ser incompletos ou abertos, posto que não especificam exaustivamente todas as obrigações exigíveis às partes em todos os estádios de evolução da relação contratual. Além disso, como instrumento jurídico «relacional», as obrigações dos contraentes não estão cristalizadas no seu texto, antes se constituem igualmente por força da relação que se estabelece e desenvolve entre os contraentes<sup>24</sup>.

#### **2.4.1. Cláusula de Controlo de Qualidade da Exploração da Marca**

Sendo certo que por via do licenciamento da marca o seu titular acede a uma oportunidade de aproveitamento económico deste bem imaterial (que pode constituir um importante, e até indispensável, meio de financiamento da empresa), torna-se imperioso que o licenciante proceda a uma criteriosa seleção dos parceiros comerciais e, sobretudo, não se deixe seduzir pela concessão de um número demasiado elevado de licenças que o possa fazer perder o controlo da notoriedade da marca. De modo a salvaguardar os seus interesses empresariais (ou seja, o valor da marca), é igualmente imprescindível que o licenciante não descure o controlo da qualidade no exercício da atividade do(s) licenciado(s), quer no que toca à produção, quer no que diz respeito aos canais de distribuição

---

23 O licenciante terá interesse em sublinhar que a responsabilidade do licenciado se mantém mesmo que o primeiro tenha aprovado os modelos/desenhos e produtos do segundo.

24 Sobre a categoria de contratos “relacionais” a que reconduz os contratos de distribuição, ver, entre nós, Ferreira Pinto, 2013: 111 ss.

dos bens a que a marca foi aposta<sup>25</sup>. Assim, o licenciante deverá fazer constar claramente do texto do contrato todos os aspetos respeitantes à produção e distribuição dos bens a que vai aposta a sua marca que deseja submeter à sua prévia aprovação ou controlo, tais como desenhos, modelos de produção ou amostras do produto, a qualidade das matérias-primas a empregar, a qualidade das instalações e o respeito de regras laborais e direitos humanos, a idoneidade dos canais de distribuição (proibindo, por exemplo, que o produto final seja colocado em *outlets* ou supermercados), o material para publicidade, rever as queixas apresentadas pelos consumidores (se for o caso) e respetivas respostas. Note-se que enquanto o titular da marca, que a explora diretamente, colhe os benefícios de um investimento na qualidade do seu bem imaterial, o mesmo poderá não suceder quando a exploração é levada a cabo pelos licenciados, que facilmente se afastarão do trilho da excelência desejada para seguirem «à boleia da marca», aproveitando a notoriedade desta sem cuidarem de manter o respetivo padrão de qualidade, desinvestindo na qualidade da produção e seleção dos canais de distribuição<sup>26</sup>. O contrato deverá, portanto, prever, além de mecanismos de incentivo (modo de cálculo da contrapartida) e de expedientes destinados a incitar ao cumprimento, meios de controlo e de fiscalização do exercício da atividade de exploração da marca pelo licenciado.

Atendendo a que a cláusula que preveja o direito de o licenciante controlar a qualidade da produção e comercialização do licenciado também serve os interesses dos consumidores, que depositam confiança na qualidade dos produtos e serviços que sustentam uma determinada marca, mais do que um direito, o controlo de qualidade da exploração da marca constituiria mesmo

---

25 Para uma exemplificação dos riscos e consequências nefastas resultantes de uma perda de controlo de qualidade da marca, ver os casos, atrás referidos, apresentados por Jimenez e Kolsun 2016: 495 e ss. A propósito da necessidade de controlar os canais de comercialização e distribuição, definindo de um modo claro e bem determinado o tipo de locais onde se proíbe a colocação dos produtos da marca, pode nomear-se a disputa que se tornou famosa, *Calvin Klein vs. Warnaco*, de maio de 2000, em que a licenciada tinha colocado peças *Calvin Klein* para venda num *warehouse club*, loja em que se vendem produtos em grande quantidade. A *Calvin Klein* resolveu o contrato com fundamento no facto de a licenciada ter causado a diluição do poder da marca por ter produzido peças em larga quantidade e tê-las colocado em canais de distribuição inadequados ao prestígio da marca (Jimenez e Kolsun, 2016: 503 e ss.).

26 Para prevenir a possibilidade de um dos parceiros negociais (aqui o licenciado) não fornecer o nível de colaboração esperado (e que seria desejável para melhor prover ao interesse de todos) será necessário instituir mecanismos negociais de controlo e de salvaguarda contra o “oportunismo”. O licenciado estará sobretudo centrado na capacidade lucrativa da sua própria empresa e sentirá o apelo de subinvestir na qualidade dos produtos que fabrica ou transforma posto que, “por um lado, não capta a totalidade dos benefícios proporcionados pelo aumento dessa qualidade (...) e, por outro lado, também não suporta a totalidade das consequências da respectiva redução”, conforme melhor esclarece Ferreira Pinto, 2013: pp. 175 e ss.

um dever para o licenciante. Se o licenciante não controlar o uso da marca pelos licenciados, o público em geral poderá ser lesado com a aquisição de produtos que não tenham a qualidade normalmente associada à marca que lhes foi aposta.

Entre nós, não há uma imposição legal de controlo da natureza e qualidade dos produtos ou serviços do licenciado pelo licenciante<sup>27</sup>. No entanto, o uso enganoso da marca tem por consequência a extinção do direito de aproveitamento económico exclusivo do sinal distintivo, posto que acarreta a caducidade do registo de marca. Conforme preceitua o art. 269.º, n.º 2, b), CPI, deve ser declarada a caducidade do registo se, após a data em que o mesmo foi efetuado, “a marca se tornar susceptível de induzir o público em erro, nomeadamente acerca da natureza, qualidade e origem geográfica desses produtos ou serviços, no seguimento do uso feito pelo titular da marca, ou por terceiro com o seu consentimento para os produtos ou serviços para que foi registada”<sup>28</sup>. A combinação da falta de uma imposição legal de controlo e da previsão da perda do direito denota que o sistema está definido de modo a imputar ao licenciante a responsabilidade pela utilização da marca (por si ou por terceiro). Não cabe à entidade administrativa vedar o averbamento do contrato de licença de exploração por considerar que este é suscetível de induzir o consumidor em erro, nem tão pouco controlar a previsão negocial de cláusulas que permitam assegurar o controlo de qualidade. Se o licenciante aproveita economicamente a exploração da marca pelos licenciados, então ele irá igualmente assumir as consequências de um uso indevido da marca<sup>29</sup>.

---

27 Nos Estados Unidos, o controlo da qualidade da exploração da marca pelos licenciados começou por ser um requisito indispensável para que o licenciamento da marca pudesse ser considerado válido. O uso sem restrições de uma licença de marca é designado *naked license* e pode indiciar um abandono da marca pelo licenciante, pelo que continua a ser recomendável que o titular da marca inclua cláusulas de controlo de qualidade nos contratos de licença de exploração e que exerça efetivamente esse controlo. A tendência atual é, no entanto, a de abandonar aquela exigência de controlo de qualidade. Ver, nomeadamente, Doll, 2001-2002: 203 ss. e Calboli, 2007-2008: 341 e 344 ss.

28 Os requisitos de aplicação desta causa de caducidade reconduzem-se fundamentalmente a dois, um objetivo – a marca tornou-se suscetível de induzir o público em erro na sequência do seu uso – e outro subjetivo, visto que leva em consideração o comportamento do sujeito – é o uso da marca pelo titular ou terceiro autorizado que produz aquela consequência da possível decetividade da marca. A alteração decetiva relevante pode consistir na alteração qualitativa enganosa dos produtos ou serviços assinalados com a marca ou no significado do sinal. Cfr. Carvalho, 2010: 313 e 317 ss.

29 A este respeito, cfr. Carvalho, 2010: 407 e 2011: 498-499. Para esta Autora, o controlo da natureza e da qualidade dos produtos ou serviços do licenciado é “um ónus que incumbe ao licenciante” (p. 499). Classifica igualmente como um encargo a necessidade de o licenciante controlar o uso da marca pelo licenciado, com referência a uma solução legal idêntica à nossa, Ortuño Baeza, 2000: 299.

Assim, é recomendável que o contrato preveja e regule o modo de exercício do controlo de qualidade e que este seja efetivamente exercido no decurso da relação contratual.

Têm sido identificados três métodos de controlo de qualidade a que o licenciante poderá recorrer: o designado controlo direto (em que, por exemplo, o próprio licenciante se reserva o direito de fornecimento da matéria-prima ou de indicação ou aprovação dos fornecedores; exige a observância de certos padrões de qualidade; dá instruções sobre métodos de fabrico; reserva-se o poder de inspecionar os produtos e instalações do licenciado); a delegação a um terceiro do controlo da qualidade da atividade do licenciado (entidades imparciais que monitorizem e certifiquem a qualidade de fabrico); fazer recair essa incumbência sobre o próprio licenciado, por via de obrigações insertas no contrato (o licenciado compromete-se a assegurar que o produto final e/ou as matérias-primas utilizadas cumprem um determinado nível de qualidade).

Mais do que isso, somos de crer que, no quadro da relação obrigacional que liga o licenciante a um certo licenciado, o controlo de qualidade dos produtos licenciados constitui um dever jurídico-negocial, que vincula quer o licenciante quer o licenciado, mesmo na falta de explícita previsão contratual. Esta obrigação resulta quer da aplicação das regras da locação, quer da aplicação das regras que regem os contratos de cooperação empresarial, além do dever de proceder segundo o princípio da boa fé, conforme a densificação a que deste se procede no domínio das relações de cooperação interempresarial. Com efeito, o licenciante obriga-se a proporcionar ao licenciado o gozo da marca competindo-lhe, como tal, assegurar a existência e a manutenção do registo da marca. Recebe uma contrapartida pecuniária que é fixada tendo em conta as características da coisa cujo uso faculta, e cuja identidade cabe pois ao licenciante assegurar. Na hipótese (muito frequente) de o licenciante ter cedido simultaneamente a exploração da marca a outros licenciados está obrigado perante cada um deles a controlar a exploração da marca pelos outros, porquanto o desleixo de uns é suscetível de se repercutir negativamente na atividade económica dos outros. Quanto ao licenciado, este deve conservar a coisa cujo gozo lhe foi proporcionado e restituí-la no estado em que a recebeu, não devendo causar prejuízo no património do seu parceiro negocial.

### 2.4.2. Cláusula de Exclusividade

Quando o titular da marca abdica da faculdade de conceder a outros sujeitos permissão de explorarem o mesmo direito de marca, diz-se que a licença é exclusiva. É possível identificar dois patamares distintos de exclusividade nos contratos de licença: a exclusividade *reforçada*, em que o licenciante fica impedido de permitir a utilização da marca por terceiro e vincula-se igualmente a si próprio a abster-se de explorar a marca; a exclusividade *simples*, em que não é vedado ao licenciante explorar a marca, pelo que este pode concorrer com o licenciado, mas fica excluída a possibilidade de proporcionar a terceiros o gozo da marca.

Atendendo a que a exclusividade não se presume – pelo contrário, o legislador estabelece a presunção de não exclusividade da licença (n.º 5 do art. 32.º CPI) –, a obrigação de não conceder outras licenças no mesmo âmbito temporal, objetivo, ou geográfico teria sempre de resultar de previsão no contrato. Dir-se-ia assim que, no silêncio das partes, o licenciante poderia, sem qualquer restrição, conceder licenças idênticas a outros interessados. Afigura-se-nos, todavia, que, na falta de específica previsão contratual, a densificação do dever de proceder segundo a boa-fé na execução do contrato conduzirá à constituição do dever de o licenciante não conceder ilimitadamente outras licenças suscetíveis de perturbarem a exploração adequada da marca pelo licenciado, não só pelo prejuízo ao valor competitivo da marca que possam representar, mas sobretudo pelo atentado ao equilíbrio negocial que possam traduzir. Referimo-nos ao esforço financeiro a que o licenciado possa ter-se vinculado com a celebração do contrato, nomeadamente o investimento em infraestruturas ou promoção da marca e o pagamento de contrapartidas pecuniárias pela licença de utilização<sup>30</sup>.

Questão similar deve colocar-se a propósito do uso da marca pelo próprio licenciante, cuja exploração pode revelar-se tanto ou mais prejudicial para os interesses do licenciado do que aquela feita pelos outros licenciados. Do n.º 7 do art. 32.º do CPI resulta que a obrigação de o licenciante não explorar por si mesmo o direito de que continua a ser titular terá de resultar de estipulação convencional em contrário. No silêncio do contrato, e mesmo na hipótese de se ter convencionado cláusula de exclusividade, o licenciante poderá continuar ou reiniciar a exploração do seu direito, mesmo que esta concorrência

---

30 Neste sentido, ver Ortuña Baeza, 2000: 336.

intramarca possa revelar-se prejudicial aos interesses do licenciado. A despeito do disposto na lei, consideramos que também aqui o dever de boa fé negocial poderá constituir entrave ao exercício do direito absoluto do licenciante.

A previsão de cláusulas de exclusividade terá, naturalmente, de respeitar as limitações impostas pelas regras de direito da concorrência, nacionais e da União Europeia, segundo as quais se considera prática restritiva da concorrência a repartição geográfica do mercado<sup>31</sup>.

### 2.4.3. Contrapartida Pecuniária a Satisfazer pelo Licenciado

Nas hipóteses – sem dúvida, as mais frequentes – de o contrato ser celebrado a título oneroso, a principal obrigação do licenciado é o pagamento da contrapartida pecuniária pelo gozo da marca. A contrapartida pode ser fixa, variável (determinada em função do volume de negócios ou do lucro obtido pelo licenciado ou uma percentagem do preço de venda dos produtos) ou mista (a uma parte fixa adita-se uma parcela variável). Habitualmente é pago um valor inicial de montante fixo (direito de entrada ou *initial fee*) a que acresce a satisfação de prestações periódicas de montante variável durante o tempo em que perdure a relação contratual (*royalties*)<sup>32</sup>.

Como meio de estimular o desempenho empresarial do licenciado, é possível que a fixação de uma parcela variável seja correlacionada com a previsão de um patamar mínimo de volume de negócios que o licenciado terá de realizar sob pena de automática extinção do contrato (condição resolutiva) ou de exercício de direito de resolução pelo licenciante (cláusula resolutiva) ou, correspondentemente, prever-se a dispensa de pagamento de *royalties*, quando o licenciado ultrapasse um certo volume de negócios ou ainda fixar uma escala descendente da percentagem a pagar com a elevação do volume de negócios.

---

31 Serão, pois, nomeadamente, proibidas as cláusulas contratuais suscetíveis de conduzirem a uma “repartição dos mercados”, conforme predisposto no art. 9.º, n.º 1, c), Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, e al. c) do art. 101.º do TFUE, e a que não possa ser concedido benefício de isenção por aplicação do Regulamento n.º 330/2010 da Comissão de 20 de abril de 2010.

32 Conforme esclarece Remédio Marques, 2008: 120, se a modalidade de retribuição escolhida pelas partes for a fixa, o licenciante não irá participar nos resultados da exploração empresarial do licenciado, mas, em contrapartida, poderá repercutir os custos de desenvolvimento e proteção do bem sobre a empresa do licenciado.

O modo de fixação da contrapartida pecuniária pode acarretar a atribuição de outros direitos instrumentais a favor do licenciante como o direito de examinar a contabilidade do licenciado.

#### 2.4.4. Duração

Fixar o tempo de duração do contrato constituirá certamente uma decisão complexa para a qual haverá que ponderar os riscos e vantagens de um prazo mais ou menos longo. O licenciante terá, em princípio, interesse em fixar um período de duração inicial relativamente curto, findo o qual tenha a possibilidade de renegociar o conteúdo do contrato e/ou decidir sobre a sua continuidade. O licenciado terá, em contrapartida, interesse em que seja fixado um período de duração inicial suficientemente longo de modo a assegurar que recupera o investimento feito (não só o financeiro como o técnico que se traduza no desenvolvimento das especiais competências requeridas para a exploração da marca). Uma vez que o legislador não fornece critério especial nem define limite imperativo à fixação do prazo de duração mínima do contrato, esta é confiada ao livre exercício da autonomia privada<sup>33</sup>. Quanto à previsão de um prazo de duração máxima justifica-se a aplicação da regra do art. 1025.º CC, segundo a qual a locação não pode celebrar-se por mais de 30 anos.

A duração do contrato pode ser fixa ou indefinida, com ou sem previsão de um prazo de duração mínima ou máxima. Quando se prevê a prorrogação do contrato na falta de declaração de oposição de qualquer dos contratantes a duração é, na verdade, indefinida.

A probabilidade de faltar qualquer indicação negocial sobre o prazo do contrato será reduzida. Cabe, todavia, questionar se, na hipótese de a duração não ter sido convencionada, pode entender-se que o contrato terá a mesma duração do registo da marca, prorrogando-se com as sucessivas renovações do direito de marca (art. 255.º CPI)<sup>34</sup>. Assumir, em geral, o prazo de duração do registo da marca como regra supletiva de fixação do prazo na falta de previsão negocial,

---

33 Ferreira Pinto, 2013: 242, referindo-se aos contratos de distribuição, rejeita o entendimento segundo o qual nos casos em que o contrato tenha sido celebrado por adesão, a pré-disposição de uma cláusula negocial, que preveja um prazo de duração demasiado curto para permitir a amortização do investimento que o distribuidor tenha feito, possa ser, em geral, tida como contrária à boa fé e conduzir à proibição resultante do art. 15.º LCCG.

34 Neste sentido, cfr. Remédio Marques, 2008: 88 e 139.



parece-nos de recusar, porquanto, além de não haver base legal bastante, esta solução não pode, sem mais, ser tida como vontade hipotética das partes, “a vontade que as partes teriam tido se houvessem previsto o ponto omissivo” (art. 239.º do CC). A vontade das partes propenderá, aliás, segundo cremos, para se considerar que o contrato foi celebrado por tempo indeterminado, quando falte a convenção de prazo, podendo ser extinto por denúncia. De qualquer modo, esta é a solução genericamente prevista no ordenamento jurídico para a celebração de contratos duradouros sem fixação de prazo.

#### **2.4.5. Exclusão de Responsabilidade**

Com o intuito de se resguardar das consequências prejudiciais que o desrespeito de regras legais ou práticas honestas da atividade económica pelo licenciado lhe possa trazer, o licenciante terá interesse em incluir no contrato cláusulas de exclusão de responsabilidade por violação de direitos de propriedade industrial de terceiro ou de regras de concorrência ou ainda por práticas de concorrência desleal pelo licenciado.

Ao licenciante poderá igualmente interessar excluir (ou limitar) a responsabilidade pelos danos causados por defeitos do produto fabricado pelo licenciado.

No que diz respeito à convenção de exclusão de responsabilidade do licenciante pelos danos causados pelos produtos fabricados pelo licenciado, dir-se-ia que a cláusula é inútil porquanto se é o licenciado que fabrica os produtos então a responsabilidade pelos danos causados por defeitos recairia apenas sobre este. Há que considerar, no entanto, a possibilidade de o licenciante e o licenciado serem ambos considerados “produtores” e, como tal, solidariamente responsáveis pelos danos causados por produtos defeituosos. Com efeito, o art. 6.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 383/89, de 6 de novembro<sup>35</sup> preceitua o regime de solidariedade para a pluralidade de responsáveis, que serão todos aqueles que caibam no âmbito da previsão do art. 2.º, n.º 1: “[p]rodutor é o fabricante do produto acabado, de uma parte componente ou de matéria-prima, e ainda quem se apresente como tal pela aposição no produto do seu nome, marca ou outro sinal distintivo”. Além de o licenciante fabricar alguma peça ou

---

<sup>35</sup> Transpõe para o nosso ordenamento jurídico a Diretiva 85/734/CEE, de 25 de julho de 1985. Foi alterado pelo Decreto-Lei n.º 131/2001, de 24 de abril, que transpõe a Diretiva n.º 1999/34/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 10 de maio, em matéria de responsabilidade decorrente de produtos defeituosos.

componente do produto final, caso em que é também produtor, coloca-se ainda a hipótese de o licenciante responder pelos defeitos dos produtos da marca cujo uso autorizou, isto é, responder como um “fabricante aparente”. Nesta segunda situação, para que o licenciante não possa ser considerado responsável deverá ser feita menção no produto de que este é fabricado sob licença e identificado o produtor (licenciado)<sup>36</sup>. Conquanto, nas hipóteses em que a responsabilização do licenciante resulte da aplicação da lei, uma eventual cláusula de exclusão de responsabilidade seja inoponível ao consumidor lesado (terceiro estranho à relação contratual), a convenção terá o efeito útil de alijar da esfera do licenciante, no plano das relações internas, o encargo definitivo da reparação dos prejuízos causados pelos produtos fabricados (no todo ou em parte) pelo licenciado.

## 2.5. Extinção do Contrato e Efeitos Pós-contratuais

### 2.5.1. Formas de Cessação do Contrato

Além do acordo revogatório ou da verificação de um evento que provoque automaticamente a sua cessação (como, por exemplo, o decurso do prazo contratual que opera, em princípio, a caducidade), a extinção do contrato de licença de exploração da marca resultará da manifestação unilateral de vontade de uma das partes à outra. Esta declaração negocial poderá ser livre e discricionária, produzindo efeitos *ex nunc* e tendo de observar um período de pré-aviso razoável, caso em que se designa por denúncia, ou terá de ser baseada em fundamento (subjetoivo ou objetivo) suficientemente grave para impossibilitar a perduração do contrato, caso em que se designa resolução. São, pois, quatro, as formas de cessação do contrato de licença de exploração (como, em regra, de qualquer outra relação contratual duradoura): acordo das partes; caducidade; denúncia e resolução.

---

36 Será necessário que o licenciado, de uma maneira ou de outra, apareça externamente e de uma forma reconhecível como fabricante do produto para que o licenciante possa não ser considerado responsável. Ver, nomeadamente, Ortuño Baeza, 2000: 450. Sobre a responsabilidade do licenciante como “fabricante aparente” na jurisprudência norte-americana, ver, por exemplo, Deschamp, 2006: 247 ss. Segundo a Autora, uma adequada proteção dos interesses do consumidor reclama a responsabilização do licenciante pelos danos causados por produtos que circulam com a sua marca, independentemente do nível de participação do licenciante no fabrico do produto (p. 273).

No que diz respeito à revogação bilateral apenas nos parece relevante assinalar que, apesar de a celebração do contrato estar sujeita à forma escrita, a mesma forma não tem de ser observada para salvaguardar a validade da declaração de vontade contrária à inicialmente manifestada, atento o princípio geral da liberdade de forma (art. 219.º CC)<sup>37</sup>.

Quanto à caducidade, esta poderá resultar do decurso do prazo fixado no contrato (salvo, naturalmente, se tiver ficado prevista a prorrogação do contrato por igual ou diferente período, caso em que o contrato se extingue por oposição à renovação, ou se as partes continuarem a executar o contrato depois de verificado o prazo final, caso em que o contrato de duração determinada se transforma em contrato de duração indeterminada)<sup>38</sup>, da morte ou extinção do licenciado (consoante se trate de pessoa singular ou coletiva) ou da verificação da condição resolutiva a que as partes tenham subordinado o contrato. A este respeito, note-se que é nula a cláusula que atribua à situação de insolvência o alcance de condição resolutiva do contrato<sup>39</sup>.

A denúncia é a forma de fazer cessar um contrato de duração indeterminada, sem necessidade de para tanto ter um fundamento sério ou grave, que encontra a sua razão de ser na salvaguarda da liberdade de iniciativa económica e pessoal. A proteção da segurança e estabilidade do vínculo contratual e dos interesses da contraparte comanda a introdução de duas restrições gerais ao livre exercício da denúncia: uma, a de que este direito não seja exercido quando tenha decorrido um período de tempo demasiado curto, ou seja, de duração não razoável para que a contraparte possa ter tido a possibilidade de realizar os interesses que a levaram à celebração do contrato; a segunda prende-se com a observância de um período de duração razoável entre a comunicação da vontade de extinguir o contrato e a sua efetiva cessação, isto é, o respeito de um pré-aviso de duração suficiente para que a contraparte possa reajustar a sua organização empresarial (plano de atividade, compromissos negociais,

---

37 Neste sentido, cfr. Romano Martinez, 2005: 109. O documento escrito comprovativo da extinção do contrato será, todavia, necessário para proceder à modificação do averbamento feito junto do INPI.

38 Pinto Monteiro, 2010: 123, considera que na hipótese de o contrato continuar a ser cumprido depois do prazo, haveria na verdade uma renovação, visto tratar-se de um novo contrato, dado que o outro teria caducado pelo decurso do tempo. Discordamos de que se trate de um novo contrato, posto ocorrer tão-só uma modificação tácita de um dos seus elementos – o prazo de duração.

39 A mesma sanção de nulidade será cominada à cláusula que conceda à parte contrária um direito de indemnização, resolução ou denúncia diferentes dos previstos no CIRE (art. 119.º, n.º 1, n.º 2). A declaração de insolvência do licenciante ou do licenciado não é causa indefetível de extinção do contrato, podendo, no entanto, levar à sua denúncia ou resolução com os fundamentos previstos no CIRE.

financiamento, investimento) à extinção do vínculo contratual, adotando as providências necessárias para atenuar os efeitos da rutura do contrato<sup>40</sup>. Para a determinação do que seja um «prazo razoável» não dispõe o intérprete de nenhuma indicação específica – o contrato de licença de exploração, lembre-se, é um contrato legalmente atípico – nem tão pouco de uma indicação geral feita para uma categoria genérica de contratos em que o contrato de licença pudesse ser inserido. Acrescente-se que a afinidade com o contrato de agência – a que se tem vindo a reconhecer uma «vocação expansiva» de regulação dos contratos comerciais de colaboração<sup>41</sup> – não é neste ponto suficiente para que se sustente a aplicação do disposto no art. 28.º, n.º 1, Lei do Contrato de Agência, cuja previsão é, aliás, criticável, mesmo no domínio de tipicidade da agência<sup>42</sup>. Do recurso ao regime da locação – assumido como tipo de referência – também não se colhe grande proveito, não tanto porque os arts. 1054.º e 1055.º CC se referirem apenas a oposição à renovação, mas sobretudo por não estarem vocacionados para acautelar a especificidade da desvinculação unilateral dos contratos celebrados entre empresas. Na verdade, a diversidade das situações concretas é avessa a uma previsão geral e abstrata de prazos fixos de pré-aviso. O hiato temporal entre a declaração e a cessação do contrato deve ser suficiente para possibilitar ao declaratório ajustar a sua empresa à extinção do vínculo o que dependerá da antiguidade da relação, da existência ou não de exclusividade, da área de atividade, da flexibilidade da organização da empresa, entre outros fatores que são conhecidos do denunciante e terão de

---

40 No caso de o contrato ter sido celebrado por adesão, a previsão de uma cláusula negocial que permita ao predisponente fazer cessar o contrato imediatamente ou com um pré-aviso insuficiente encontra obstáculo no art. 19.º, al. f), LCCG. Fora deste domínio, julgamos de igual modo que a proibição de uma extinção unilateral prematura ou com pré-aviso insuficiente pode encontrar fundamento nos princípios do sistema a despeito mesmo de uma diversa previsão contratual. Assim, por exemplo, parece-nos que uma cláusula que preveja a extinção a qualquer momento do contrato, mesmo logo após o seu início, sem motivo, ou com pré-aviso insuficiente e desrazoável, possa ser tida como ofensiva dos «bons costumes» e como tal nula conforme sanção prevista no art. 280.º CC. Na falta de convenção negocial sobre o exercício da denúncia, o decurso de um período de duração razoável é pressuposto exigido pelo dever de proceder segundo a boa-fé na execução do contrato (art. 762.º, n.º 2, CC). Henriques, 2011: 216, salienta que o interesse liberatório só merece ser juridicamente tutelado, por via do reconhecimento da admissibilidade de denúncia, se já houver decorrido um período razoável de cumprimento do contrato. O exercício do direito potestativo tem de ser adequado ao fundamento que justifica a sua atribuição.

41 Na verdade, e conforme também sublinha Ferreira Pinto, 2013: 98-99, o regime de cessação do contrato da LCA consagra regras e princípios gerais aplicáveis à extinção da generalidade dos contratos duradouros.

42 Cfr. Pinto Monteiro, 2010: 127, que propunha que o pré-aviso legal fosse de um mês por cada ano iniciado de vigência do contrato, com o limite mínimo de seis meses para os contratos que durassem há mais de cinco anos, considerando excessivamente curto o prazo de três meses previsto no art. 28.º, n.º 1, c), aplicável a todas as hipóteses em que o contrato tenha excedido os dois anos de duração.

ser por este devidamente ponderados<sup>43</sup>. A falta de legitimidade do exercício do direito potestativo de denunciar o contrato terá por consequência a ineficácia da denúncia (ou seja, não produção dos efeitos extintivos e manutenção do dever de cumprir as obrigações resultantes do contrato); a falta de observância de um período razoável de pré-aviso deverá constituir o denunciante na obrigação de indemnizar os prejuízos causados ao declaratário<sup>44</sup>.

A resolução opera mediante declaração de uma das partes à outra, que pode ser extrajudicial, e segue o regime geral da liberdade de forma, a despeito de o legislador exigir a forma escrita para a celebração do contrato<sup>45</sup>. Dado que o contrato de licença é um contrato de execução continuada, a resolução – a que o legislador atribui, em regra, eficácia retroativa – «não abrange as prestações já efectuadas», isto é, são preservados os efeitos contratuais que já se produziram. Diversamente da denúncia, a resolução tem eficácia extintiva imediata, mas terá de se fundamentar em motivo suficientemente grave para justificar a cessação do contrato. Este motivo poderá revestir feição subjetiva, quando se traduz na violação das obrigações assumidas pela contraparte que, pela sua gravidade ou reiteração, torne inexigível a subsistência do vínculo contratual, ou, feição objetiva, quando ocorram circunstâncias que impossibilitem ou perturbem substancialmente a realização do fim do contrato. Não tendo o legislador previsto um prazo (geral ou especial) para a resolução do contrato, este direito potestativo extintivo deverá ser exercido dentro de um período temporal adequado que respeite o dever de atuar segundo os ditames da boa fé; a outra parte goza da faculdade prevista no art. 436.º CC de fixar ao titular do direito um prazo razoável, para que o exerça sob pena de caducidade. *Quid iuris* se o fundamento da resolução for insubsistente? A declaração extintiva produz os seus efeitos, mas adstringe o declarante à obrigação de indemnizar a contraparte pelos prejuízos causados pela extinção não fundada, quando a resolução sem fundamento puder ser equiparada a uma denúncia sem pré-aviso (porque o declarante dispunha da possibilidade de exercer o direito de denúncia); caso assim não suceda, a resolução infundada é ineficaz<sup>46</sup>.

---

43 Neste sentido, ver Henriques, 2000: 239-242.

44 *Idem*, 248.

45 *Idem, ibidem*: 248

46 Cfr. Mota Pinto, 2009: 1674 ss. Pinto Monteiro, 2010: 138, vai mais além, pois considera que a resolução infundada produz sempre eficácia extintiva, ainda que exista obrigação de indemnizar os prejuízos causados.

### 2.5.2. Efeitos Pós-Contratuais

A extinção do vínculo contratual não provoca, só por si, o desaparecimento de todos os vínculos obrigacionais com que se urde a trama da relação obrigacional complexa. Antes que uma súbita extinção do contrato, há lugar a um progressivo esbatimento da relação de colaboração e, habitualmente, uma fase de necessária liquidação da relação contratual. Conquanto a pós-eficácia do contrato varie em função da causa de cessação e das características que a relação negocial tenha concretamente assumido, certo é que as partes terão também de, nesta fase de dissolução e liquidação, pautar o seu comportamento pelos ditames da boa fé objetiva.

Findo o contrato de licença, extingue-se a permissão de o licenciado explorar o bem, propriedade incorpórea do licenciante, ou seja, de apor a marca aos produtos que fabrica e também de introduzir no comércio ou circuito de distribuição os produtos já fabricados. Coloca-se o problema de saber qual o destino a dar às matérias-primas e outros bens adquiridos pelo licenciado em execução da sua atividade produtiva assim como dos produtos finais cujo escoamento fique impedido por força da extinção da licença, ou seja, dito de outro modo, quem suporta o risco de imobilização de existências. O problema do destino dos bens em *stock* tem sido objeto de amplo debate. No silêncio do contrato, afigura-se-nos que não existe, em princípio, um dever de o licenciante retomar ou adquirir os produtos não comercializados pelo licenciado<sup>47</sup>. Sendo uma empresa independente, o risco da atividade de produção e comercialização impende sobre o licenciado. Todavia, além de o licenciante poder ter interesse em retomar as existências, compete-lhe colaborar com o licenciado para uma reconversão tranquila da sua empresa. Em certas situações – em que tenha ocorrido um agravamento do risco da produção e comercialização imputável ao licenciante –, deve contudo admitir-se que o licenciante adquira as existências ou compense o licenciado pelos prejuízos que este venha a ter com a liquidação do *stock*<sup>48</sup>.

---

47 Para o debate da questão na doutrina portuguesa, cfr. Ribeiro, 2001: 256 e ss.; Pinto Monteiro, 2010: 157; Pestana de Vasconcelos, 2000: 102 a 116; Ferreira Pinto, 2013: 466 e ss. Note-se que o artigo 2:306, Livro IV, Parte E, do *Draft Common Frame of Reference (DCFR)* prevê que a parte cujos produtos estejam a ser introduzidos no mercado recompre tais produtos à contraparte, salvo se esta tiver a possibilidade de vendê-los.

48 A imposição destes deveres ao fornecedor justifica-se segundo Ferreira Pinto, 2013: 510 “quando ocorra um *significativo agravamento do risco de comercialização* dos produtos contratuais – uma situação, portanto, que exceda a álea normal típica dos contratos de distribuição e o plano de risco concretamente

Ainda que os contraentes não tenham cuidado de estabelecer um dever de segredo ou de confidencialidade sobre a situação financeira, técnicas comerciais ou organizativas ou segredos de produção da outra parte, o princípio da boa-fé, que postula um comportamento leal e probó, vincula os contraentes à observância desta obrigação de conteúdo negativo: não revelar a terceiros informações confidenciais respeitantes à atividade comercial da contraparte. O dever de segredo ultrapassa mesmo as malhas da relação contratual, podendo a sua violação constituir ato de concorrência desleal (art. 318.º CPI).

Terá o licenciado direito a receber alguma compensação após a cessação do contrato pela atividade por si desenvolvida no curso da relação contratual e que tenha contribuído para incrementar o valor ou a notoriedade da marca? A questão da aplicabilidade analógica da norma que atribui ao agente uma indemnização de clientela quando este tenha contribuído para o *goodwill* da empresa não recebe uma resposta unânime na doutrina portuguesa<sup>49</sup>. Sendo certo que a estrutura relacional que se estabelece entre licenciante e licenciado, com a repartição de custos e de riscos a que entre estes se procede (o licenciante investe na criação do valor da marca e o licenciado na criação da estrutura empresarial para a explorar), dota de reduzida probabilidade a concretização dos requisitos necessários para que se justifique atribuir ao licenciado uma «indemnização de clientela», nas hipóteses em que a atividade exercida pelo licenciado tenha efetivamente constituído um relevante fator de atração de clientela, de consolidação ou valorização do estatuto da marca no mercado, cremos que poderá abrir-se a porta à aplicação analógica do art. 33.º LCA e de o licenciado exigir o pagamento de uma compensação pela mais-valia que tenha criado para o titular da marca, contanto que este tenha a possibilidade de vir a beneficiar da vantagem criada, o que poderá suceder nas hipóteses em que o licenciante se instale no mesmo sector geográfico antes explorado pelo licenciado ou aí coloque um outro licenciado<sup>50</sup>.

---

assumido pelo distribuidor, através das vinculações negociais a que se sujeitou –, sendo tal agravamento *imputável ao fabricante*”. O Autor desenvolve o seu raciocínio argumentativo com referência aos contratos de distribuição, que constituem categoria diferenciada dos contratos de licença de exploração de marca.

49 Cfr. Ferreira Pinto, 2013: 690 e ss. O Autor manifesta-se contrário à extensão do mecanismo compensatório a outros contratos.

50 Pestana de Vasconcelos, 2000: 98. reconhece que a atividade do licenciado se possa desenvolver em termos de o tornar titular do direito a reclamar o pagamento de uma indemnização de clientela. Referindo-se aos contratos de distribuição, Ferreira Pinto, *ibidem*, sublinha que o oportunismo dos fornecedores não constitui a melhor explicação para as hipóteses em que estes decidem extinguir o contrato de distribuição. O art. 2:305, Livro IV, Parte E, DCFR prevê o pagamento de uma indemnização por *goodwill*.

Uma eventual obrigação de não concorrência pós-contratual só poderá ser imposta por via convencional, isto é, será necessário que no contrato de licença fique prevista a exclusão do exercício de atividade concorrente pelo licenciado. Esta cláusula só será válida se a obrigação se contiver dentro dos limites temporais, geográficos e materiais reclamados pelos princípios da liberdade de concorrência e de iniciativa económica.

## Referências Bibliográficas

- ABREU, Jorge Manuel Coutinho de (2016). *Curso de Direito Comercial*. Coimbra: Almedina;
- ALMEIDA, Carlos Ferreira de (2008). *Contratos I – Conceito. Fontes. Formação*. Coimbra: Almedina;
- (2017). *Contratos – II – Conteúdo. Contratos de troca*. Coimbra: Almedina;
- ASCENSÃO, José Oliveira (2000). “Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e de boa-fé”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 60, vol. II, Lisboa, pp. 573 a 595;
- CALBOLI, Irene (2007-2008). “The sunset of ‘quality control’ in modern trademark licensing”, *American University Law Review*, Vol. 57, N.º 2, pp. 341-407;
- CARVALHO, Maria Miguel (2010). *A Marca enganosa*. Coimbra: Almedina;
- (2011). “Contratos de transmissão e de licença de marca”, in: FERREIRA DE ALMEIDA, COUTO GONÇALVES e GONÇALVES TRABUCO (coord.). *Contratos de Direito de Autor e de Direito Industrial*. Coimbra: Almedina, pp. 477 a 510;
- CASTRO, Carlos Osório de (1994). *Os efeitos da nulidade da patente sobre o contrato de licença da invenção patenteada*, Porto: Universidade Católica Portuguesa Editora;
- CORDEIRO, António Menezes (2001). *Manual de Direito Comercial*. Coimbra: Almedina;
- (2014). *Leis do Arrendamento urbano anotadas*. Coimbra: Almedina;
- DESCHAMP, Jennifer (2006). “Has the law of products liability spoiled the true purpose of trademark licensing? Analyzing the responsibility of a trademark licensor for defective products bearing its mark”, *Saint Louis University Public Law Review*, Vol. 15, N.º 1, pp. 247 a 275;
- DOLL, Anne E. (2001-2002). “Trademark licensing: quality control”, *Journal of Contemporary Legal Issues*, Vol. 12, N.º 203, pp. 203 a 208;



- DUARTE**, Rui Pinto (2000). *Tipicidade e atipicidade dos contratos*. Coimbra: Almedina;
- FERNÁNDEZ-NÓVOA**, Carlos; **OTERO LASTRES**, José Manuel e **BOTANA AGRA**, José Manuel (2013). *Manual de la propiedad industrial*, Marcial Pons, Madrid;
- HENRIQUES**, Paulo (2011). *A desvinculação unilateral “ad natum” nos contratos civis de sociedade e de mandato*. Coimbra Editora;
- JIMENEZ**, Guillermo e **KOLSUM**, Barbara (2014). *Fashion Law – A Guide for Designers, Fashion executives & attorneys*. Bloomsbury, London/New York;
- (2016). *Fashion Law – Cases and materials*. Carolina Academic Press, North Carolina;
- LEITÃO**, Luís Manuel Teles de Menezes, (2018). *Direito das Obrigações*, vol. I. Coimbra: Almedina;
- MARQUES**, João Paulo Remédio (2008). *Licenças (voluntárias e obrigatórias) de direitos de propriedade industrial*. Coimbra: Almedina;
- MARTINEZ**, Pedro Romano (2005). *A Cessação do contrato*. Coimbra: Almedina;
- MONTEIRO**, António Pinto (2001). “Contratos de adesão. Cláusulas contratuais gerais”, in: FDUC – Centro de Direito de Consumo, *Estudos de Direito de Consumidor*, n.º 3, Coimbra, pp. 131 a 163;
- (2010). *Contrato de Agência – Anotação ao DL 178/86, de 3 de Julho*. Coimbra: Almedina;
- OLAVO**, Carlos (1999). “Contrato de licença de exploração de marca”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 59, pp. 87 a 122;
- (2001). “Contrato de licença de exploração de marca”, in: FDL/APDI. *Direito Industrial*, Coimbra: Almedina, Vol.1, pp. 349 a 383;
- ORTUNO BAEZA**, Maria Teresa (2000). *La licencia de marca*. Marcial Pons, Madrid;
- PINTO**, Fernando A. Ferreira (2013). *Contratos de distribuição – da tutela do distribuidor integrado em face da cessação do vínculo*. Lisboa: Universidade Católica Editora;
- PINTO**, Paulo Mota (2009). *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, vol. II. Coimbra Editora;
- PRATA**, Ana (2010). *Contratos de adesão e cláusulas contratuais gerais*. Coimbra: Almedina;
- RIBEIRO**, Maria de Fátima (2001). *O Contrato de franquia – noção, natureza jurídica e aspectos fundamentais de regime*. Coimbra: Almedina;
- VASCONCELOS**, Pedro Pais de (1995). *Contratos Atípicos*. Coimbra: Almedina;
- VASCONCELOS**, Luís Miguel Pestana de (2000). *O contrato de franquia (franchising)*. Coimbra: Almedina;
- WILKOF**, Neil (2014). “Trademark Licensing: the once and future narrative”, *The Trademark Reporter*, pp. 895 a 917.

# A Proteção do *Trade Dress* na Indústria da Moda

CATARINA CRESPO\*

**Resumo:** A proteção do *trade dress* funda-se, essencialmente, na proteção do consumidor – da confusão suscitada pelo facto de, não raras vezes, a identificação da proveniência empresarial do produto ou serviço ser melhor conseguida pela sua aparência externa, do que pela marca aposta – e na proteção do titular da criação – pelo mérito da distintividade ou criação de espírito e pelo incentivo à inovação, desenvolvimento de novos produtos e apoio ao investimento na sua produção. No primeiro caso, sustenta-se a proteção do *trade dress* pelo direito da concorrência; no segundo, a proteção do *trade dress* como marca, desenho ou modelo e direito de autor.

**Palavras-Chave:** *trade dress* – concorrência desleal – direito da marca – direito dos desenhos e modelos

**Abstract:** *The trade dress protection is essentially based on consumer protection –the confusion caused by the fact that the identification of the commercial origin of the product or service is often best achieved by its external appearance than by the brand affixed – and the protection of the creation’s holder – through the merits of the distinctive character or spirit creation and by encouraging innovation, development of new products and the investment support in its production. In the first case, the trade dress protection is sustained by competition law; in the second, the trade dress protection is sustained by trademark law, design law and copyright law.*

**Keywords:** *trade dress; unfair competition; trademark right; design rights*

---

\* Pós-graduada em Direito dos Contratos e das Empresas (Escola de Direito da Universidade do Minho), licenciada em Direito (Faculdade de Direito da Universidade do Porto) e Advogada (catarinacrespomagalhaes@gmail.com).

## INTRODUÇÃO

Quase consensualmente afirmamos a existência de produtos que poderíamos comprar de olhos fechados que, pela forma que revestem, sempre identificaríamos a sua origem empresarial. Outros há que a cor ou combinação de cores das embalagens ou rótulos poderia dispensar a aposição da marca, sem, contudo, prejudicar o seu reconhecimento pelo consumidor. Referimo-nos a produtos, mas não nos esquecemos dos serviços – onde os uniformes dos colaboradores podem servir a sua imediata associação à proveniência empresarial.

Todavia, nem sempre a aparência externa dos produtos ou serviços logra tal estatuto. No entanto, o facto de não lhes ser juridicamente reconhecida distintividade não obsta à carência de proteção; seja a montante, pela novidade e pela singularidade e/ou pelo reconhecido valor artístico da criação, seja a jusante, pela repressão de um ato lesivo da concorrência sustentado na imitação.

A indústria da moda não é alheia a tais considerações. Não obstante, se as dificuldades que se opõem à proteção do *trade dress* são muitas – pelos contornos tão ténues quanto complexos da figura –, imaginem-se as fragilidades num sector, flagelado pela cópia, em que as cores e as formas são o produto.

Assim, prévia à análise da tutela jurídica do *trade dress* na indústria da moda é a compreensão do conceito e do alcance da sua proteção à luz dos direitos da União Europeia e interno. Este estudo partirá da tutela enquanto direito privativo de propriedade industrial – através do direito da marca e dos desenhos ou modelos –, percorrerá a proteção gizada pela repressão da concorrência desleal e merecerá ainda consideração enquanto direito de autor.

Ora, o âmago do artigo residirá na análise da problemática da proteção do *trade dress* na indústria da moda. Começar-se-á pela contextualização, compreender-se-á o objeto tratado e discorrer-se-á sobre os mais relevantes entraves à tutela do *trade dress* na indústria: a proteção da forma do produto como marca – na possibilidade do sinal, na capacidade distintiva e na duração da tutela – e a proteção da marca de cor única – no interesse geral em não restringir indevidamente a disponibilidade da cor aos restantes operadores e na aptidão distintiva. Por fim, caberá uma breve nota sobre a proteção da identidade do *design*.

## I. O CONCEITO DE *TRADE DRESS*

A análise do tema *sub judice* sempre exige a preliminar compreensão do conceito de *trade dress*. O caminho é sinuoso. A tradução literal conduz-nos à opaca expressão “roupagem do comércio”. Tanto a legislação nacional quanto a da União Europeia olvidam o conceito e o recurso à génese do instituto, no direito estadunidense – não obstante conhecer a sua consagração expressa (§ 43(a) *Lanham Act*) –, não o clarifica. Assim, os desenvolvimentos doutrinários e jurisprudenciais assumem um papel preponderante, contraposto, todavia, à sua escassez.

Por seu turno, o carácter expansivo do instituto (Pita de Andrade, 2015: 5) adensa a dificuldade na sua delimitação, refletindo-se na transformação permanente – e cada vez mais abrangente – daquilo que é passível de ser entendido como “imagem de conjunto”<sup>1</sup>.

Inicialmente limitado ao rótulo, à embalagem ou à etiqueta com que o produto se apresentava no mercado (McCarthy, 1997: 282), hoje contempla também a forma, os serviços e os estabelecimentos.

Na doutrina portuguesa são dois os Autores que se atrevem na delimitação do conceito. Carlos Olavo define *trade dress* como o “aspecto visual característico de como um produto ou serviço é apresentado ao público” (Olavo, 2008: 430). Pedro Sousa e Silva adensa o conceito, caracterizando-o como o “conjunto de elementos visuais, incluindo palavras, imagens, cores e formas, que determinam o modo como esses produtos ou serviços aparecem perante o consumidor” (Sousa e Silva, 2015: 1035).

A jurisprudência nacional é parca no tema<sup>2</sup>. A expressão “*trade dress*” surgiu pela primeira vez num acórdão do Supremo Tribunal de Justiça em 10 de janeiro de 2008<sup>3</sup>, em que se julgou a suscetibilidade de proteção do aspeto visual de um estabelecimento – quer nos elementos componentes, quer nos

1 Uma das mais recentes discussões na doutrina estadunidense reporta-se à suscetibilidade da proteção do aspeto visual de um prato confeccionado por um *Chef* através da tutela conferida ao *trade dress*.

2 Não obstante, a tutela do *trade dress* no direito português – ainda que apartada da expressão anglo-saxónica – é tão antiga quanto a codificação do direito da propriedade industrial. Com precisão, reporta-se à Lei de 21 de maio de 1896. À época, sob o Título VIII, o artigo 201.º do diploma considerava já os casos em que “o industrial ou comerciante usa de tabuletas, pinta a fachada do seu estabelecimento, o dispõe ou instala de modo a estabelecer confusão com outro estabelecimento da mesma natureza, contíguo ou muito próximo”.

3 Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça (STJ) de 10 de janeiro de 2008, processo n.º 07A2208, disponível em <http://www.dgsi.pt>.

decorativos<sup>4</sup>. Em 12 de fevereiro de 2008, o mesmo Tribunal voltou a decidir sobre o tema, julgando, nomeadamente, a cópia da “imagem e apresentação das embalagens (...), quer no que diz respeito ao modelo de lata empregue para embalar as tintas, quer nas cores empregues, quer na localização e disposição dos vários elementos gráficos”<sup>5</sup>.

Numa palavra, poder-se-á definir *trade dress* como a identidade visual, globalmente considerada, com que um produto ou serviço se apresenta no mercado. Numa aceção prática – mas não taxativa –, a “imagem de conjunto” reconduz-se “a aspetos como o formato, a cor ou combinação de cores, o tamanho, a textura, gráficos, desenhos, rótulos e disposição de elementos visualmente perceptíveis” (Olavo, 2008: 430) de um produto, “abrange o conjunto de elementos que caracterizam lojas, armazéns, restaurantes e outros recintos, quer sejam internos quer externos” (Olavo, 2008: 430) e contempla ainda o uniforme dos colaboradores ou a forma como determinado serviço é prestado.

A ausência de provisão específica obsta à predeterminação dos requisitos necessários à proteção do *trade dress*, antes subsumindo-o aos mecanismos legalmente consagrados a outros direitos de propriedade industrial, designadamente à marca e aos desenhos ou modelos, ao direito de autor e/ou à repressão pela concorrência desleal.

## II. A PROTEÇÃO DO *TRADE DRESS*

### II.1. Da Proteção como Marca

O *trade dress* distingue-se da marca, porquanto o primeiro se limita a identificar a proveniência empresarial de um produto ou serviço, enquanto a segunda distingue os produtos ou serviços de uma empresa dos de outras

---

4 Ilustrando o exposto, é matéria assente no acórdão que “nos estabelecimentos os pães (*baguettes*) estão colocados verticalmente, num expositor de madeira, situado na parede por detrás do balcão, em quatro filas horizontais, que ocupam toda a extensão do mesmo; e os alimentos servidos e os respetivos preços estão indicados em painéis de fundo preto, com letras amarelas e brancas, e, como elemento decorativo, o desenho da silhueta da “*baguette*”; os balcões são em pedra polida, entrecortados por um expositor de vidro e alumínio; nas paredes estão colocados, como elementos decorativos, modelos de pães (*sandúches* e *croissants*) de grandes dimensões; é utilizado um padrão de xadrez, em branco e negro, como um dos elementos principais e decorativos; também é utilizada, como uma das cores predominantes na decoração, o amarelo, geralmente combinado com o padrão de xadrez”.

5 Acórdão do STJ de 12 de fevereiro de 2008, processo n.º 07A4618, disponível em <http://www.dgsi.pt>.

empresas. Não obstante, casos há em que os conceitos se sobrepõem, adquirindo o *trade dress* um carácter verdadeiramente distintivo.

Não raras vezes, a distinção da proveniência empresarial dos produtos ou serviços faz-se por apelo à forma, à embalagem, à cor ou combinação de cores do produto ou mesmo pela aparência visual de um estabelecimento, *i.e.*, fachada ou decoração. A emblemática garrafa de vidro<sup>6</sup> da *Coca-Cola*, a cor lilás<sup>7</sup> dos chocolates *Milka*, o frasco do perfume<sup>8</sup> da *Nina Ricci* ou a configuração das *flagship stores* da *Apple*<sup>9</sup> comprovam-no. O *trade dress* de um produto ou serviço assume-se como uma marca e é passível de ser protegido enquanto tal.

Destarte, a suscetibilidade de proteção como marca obriga ao preenchimento cumulativo dos requisitos que a esta são exigidos<sup>10</sup>: ser constituída por um sinal ou conjunto de sinais – nomeadamente palavras, incluindo nomes de pessoas, desenhos, letras, números, sons e a forma do produto ou da respetiva embalagem –, suscetíveis de representação clara e precisa, desde que adequados a distinguir os produtos ou serviços de uma empresa dos de outras empresas.

Adotamos já a formulação da Diretiva da Marca da União Europeia (DMUE) e do Regulamento da Marca da União Europeia (RMUE), na exigência da possibilidade de o sinal ser representado no registo por uma forma que permita às autoridades competentes e ao público determinar – de modo claro e preciso – o objeto da proteção conferida ao seu titular, e já não

---

6 Marca da União Europeia (UE) n.º 002754067, disponível para consulta em <https://euipo.europa.eu/eSearch/#details/trademarks/002754067>.

7 Marca da UE n.º 000031336, disponível para consulta em <https://euipo.europa.eu/eSearch/#details/trademarks/000031336>.

8 Marca da UE n.º 005043021, disponível para consulta em <https://euipo.europa.eu/eSearch/#details/trademarks/005043021>.

9 No Acórdão do Tribunal de Justiça (TJ) de 10 de julho de 2014, C-421/13, EU:C:2014:2070 no caso que opôs a *Apple Inc.* ao *Deutsches Patent- und Markenamt* (DPMA), em consequência da recusa pelo DPMA da extensão da proteção ao território alemão da marca tridimensional representada através de um desenho multicolor das suas lojas de referência, registada em 2010 no *United States Patent and Trademark Office*, entendeu-se que, conforme para. 16, “os artigos 2.º e 3.º da Diretiva 2008/95 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de outubro de 2008 (...) devem ser interpretados no sentido de que a representação, através de um simples desenho sem indicação de tamanho nem de proporções, da configuração de um espaço de venda de produtos pode ser registada como marca para serviços que consistem em prestações de serviços relativas a esses produtos mas não fazem parte integrante da colocação no mercado dos mesmos, desde que seja adequada a distinguir os produtos ou serviços de uma empresa dos de outras empresas e que nenhum dos motivos de recusa enunciados na referida directiva se lhe oponha”.

10 Artigo 18.º do Regulamento (UE) n.º 2015/2424 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de dezembro de 2015 e em vigor desde 23 de março de 2016, que altera o Regulamento sobre a marca comunitária (RMUE) e artigo 3.º da Diretiva 2015/2436 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de dezembro de 2015, que aproxima as legislações dos Estados Membros em matéria de marcas (DMUE).

na exigência da suscetibilidade de representação gráfica. O mesmo é permitir a representação de qualquer sinal “sob qualquer forma adequada, utilizando uma tecnologia geralmente disponível e, portanto, não necessariamente por meios gráficos, desde que a representação ofereça garantias satisfatórias para esse efeito”<sup>11</sup>. A legislação nacional, anteriormente em harmonia com a da União Europeia, mantém a formulação anterior<sup>12</sup> – divergência previsivelmente sanada até 2019, ano até ao qual a Diretiva terá que ser transposta para o direito interno.

A vantagem da tutela como marca é inequívoca. Com o registo, o titular adquire um direito de propriedade e exclusivo sobre aquela durante 10 anos, indefinidamente renovável<sup>13</sup>.

### II.1.1. Da Marca Tridimensional

A tutela jurídica do *trade dress* como marca, aquando referido à forma do produto ou embalagem em três dimensões – cumprimento, largura e altura –, remete-nos à marca tridimensional (Carvalho, 2009: 226).

De resto, a lei admite expressamente a possibilidade de a forma do produto ou da respetiva embalagem poder consubstanciar uma marca, indiciando a sua idoneidade à satisfação dos requisitos exigidos ao registo.

Fora da previsão normativa ficou o aspeto visual de um estabelecimento. Sem embargo, os sinais constituídos por um desenho que representa a configuração de um espaço de venda em nada diferem dos sinais constituídos por um desenho que representa a forma de um produto ou da sua embalagem<sup>14</sup>. Aliás, neste sentido decidiu o Tribunal de Justiça ao considerar que “não se pode excluir que a configuração de um espaço de venda representado visualmente por esse sinal permita identificar os produtos ou serviços para os quais é pedido o registo como sendo provenientes de uma empresa determinada”<sup>15</sup>.

11 Preâmbulo da DMUE, considerando 13.

12 Artigo 222.º, n.º 1 do Código da Propriedade Industrial (CPI).

13 Artigo 255.º e seguintes do CPI, artigos 48.º e 49.º da DMUE e 46.º do RMUE.

14 Acórdão do TJ de 10 de julho de 2014, C-421/13, *Apple v. DPMA*, para. 24.

15 *Idem*, para. 20.

Ora, particularmente relevante é a proibição do registo de sinais<sup>16</sup> constituídos unicamente pela forma imposta pela natureza do produto<sup>17</sup> – daqui decorrendo só ser admissível “a forma arbitrária, fantasiosa, original ou inabitual de um produto ou embalagem, desde que revista suficiente capacidade distintiva” (Couto Gonçalves, 2015: 201) –, pela forma necessária à obtenção de um resultado técnico (e socialmente útil<sup>18</sup>) ou pela forma que confira um valor substancial ao produto<sup>19</sup>, quando aquela seja parte integrante deste (Couto Gonçalves, 2015: 202).

### II.1.2. Da Marca Cromática

A cor, abstratamente considerada, pode constituir uma marca. A marca cromática tutela a cor do produto ou da embalagem de um produto, de um serviço ou mesmo a cor utilizada na fachada ou na decoração de um estabelecimento.

A admissibilidade da marca de cor é expressamente reconhecida quando resulte da combinação de duas ou mais cores<sup>20</sup>. O mesmo não se verifica com o registo da marca de cor única. Prescreve o CPI que “as cores” não satisfazem as condições exigidas à constituição da marca a não ser quando “combinadas entre si ou com gráficos, dizeres ou outros elementos de forma peculiar e distintiva”<sup>21</sup>. Entendimento diverso tem a jurisprudência da União Europeia que, ainda que a expensas de um carácter excecional, reconhece a suscetibilidade de registo da marca monocromática.

Neste sentido, o Tribunal de Justiça considerou, no célebre Caso *Libertel*<sup>22</sup>, que “uma cor por si só, sem delimitação no espaço, é suscetível de apresentar,

16 Outrora reportada exclusivamente à proibição de registo de sinais de forma, passou a estender-se a outras características – como sejam a cor –, conforme preveem os artigos 4.º, 1, al. e) da DMUE e 7.º, n.º 1 do RMUE.

17 Acórdão do Tribunal Geral, 16 de junho de 2015, T-396/14, *Lego Juris v. IHMI*, EU:T:2015:379, para. 20.

18 *Ibidem*.

19 Acórdão do TJ de 18 de setembro de 2014, C-205/13, *Hauck GmbH & Co. KG v. Stokke A/S, Stokke Nederland BV, Peter Opsvik e Peter Opsvik A/S*, EU:C:2014:2233, paras. 28 e ss.

20 Artigo 223.º, n.º 1, alínea e) do CPI, artigo 3.º da DMUE e artigo 4.º do RMUE

21 Artigo 223.º, n.º 1, alínea e) do CPI.

22 TJ, C-104/01, acórdão de 6 de maio de 2013, *Libertel*, EU:C:2003:244.



para determinados produtos e serviços, carácter distintivo”<sup>23</sup>. Contudo, “o facto de o registo como marca de uma cor por si só ser pedido para um número significativo de produtos ou de serviços, ou de o ser para um produto ou um serviço específico ou para um grupo específico de produtos ou de serviços, é relevante, conjuntamente com as restantes circunstâncias do caso concreto, tanto para apreciar o carácter distintivo da cor cujo registo é pedido como para apreciar se o respetivo registo é contrário ao interesse geral em não restringir indevidamente a disponibilidade das cores para os restantes operadores que oferecem produtos ou serviços do tipo daqueles para os quais é pedido o registo”<sup>24</sup>.

## II.2. Da Proteção como Desenho ou Modelo

A tutela conferida ao desenho ou modelo afirma-se no contexto da concorrência baseada no *design* (Couto Gonçalves, 2015: 129). O substrato é partilhado com o *trade dress*.

O desenho ou modelo é entendido como a aparência da totalidade ou de parte de um produto resultante das suas características, *v.g.* linhas, contornos, formas, cores, texturas ou materiais do próprio produto e da sua ornamentação. Entendido, *lato sensu*, como modo de proporcionar sensações ao consumidor, é independente do valor artístico da forma do produto, bastando-se com o carácter estético. Deste modo, é através deste instrumento que é protegida a totalidade ou uma parte da aparência de um produto que vise torná-lo mais atrativo ou apelativo ao olhar do consumidor.

É da verificação de um duplo condicionalismo que depende a proteção como desenho ou modelo: novidade e singularidade. O preenchimento do requisito da novidade verifica-se quando inexistente, à data do pedido de registo ou antes da prioridade reivindicada, desenho ou modelo idêntico – cujas características difiram apenas em pormenores sem importância – divulgado ao público dentro ou fora do país. Por seu turno, entende-se por singular o desenho ou modelo que, apreciado em face da impressão global suscitada no utilizador informado, difere da impressão global causada a esse utilizador por qualquer outro desenho ou modelo divulgado ao público antes da data de pedido de registo ou da prioridade reivindicada.

---

23 *Idem*, C-104/01, alínea 1).

24 *Idem*, C-104/01, alínea 4).

A importância da proteção conferida pelos desenhos ou modelos, no contexto da proteção do *trade dress*, reside na preterição do carácter distintivo (exigido à tutela da marca), ao mesmo tempo que confere ao titular um direito de propriedade industrial.

Ao titular de desenho ou modelo registado, a legislação nacional atribui um direito de exclusivo com duração de cinco anos a contar da data do pedido, renovando-se por períodos iguais, até a um limite de 25 anos<sup>25</sup>.

Ainda assim, particularmente relevante é a proteção conferida ao desenho ou modelo da União Europeia – proteção que coexiste com a conferida pelo direito interno dos Estados-Membros. Aqui, adotou-se um “sistema *sui generis*” (Couto Gonçalves, 2015: 155), estabelecendo-se duas modalidades distintas de proteção: uma conferida ao desenho ou modelo da união europeia registado e outra conferida ao desenho ou modelo da união europeia não registado. A proteção conferida aos desenhos ou modelos registados é válida por cinco anos a contar da data do depósito e pode ser renovada por períodos de cinco anos até ao cômputo de 25 anos.

Não obstante, independentemente do registo, os desenhos ou modelos são protegidos, *ab initio*, por um período de três anos, insuscetível de renovação. Equivale o mesmo dizer que os desenhos ou modelos, verificados os requisitos exigíveis à sua proteção, encontram-se imediatamente protegidos assim que “publicados, expostos, utilizados no comércio ou divulgados de qualquer outro modo, de tal forma que estes factos possam ter chegado ao conhecimento dos meios especializados do sector em causa que operam na Comunidade, pelas vias normais e no decurso da atividade corrente” (Olavo: 2008, 437). Esta tutela serve particularmente os produtos cujo ciclo de vida económico é curto, como é o caso na indústria da moda (Quintela Ribeiro, 2008: 484).

O registo dos desenhos ou modelos divulgados ao público e não registados pode ainda ser requerido pelo período de um ano a contar da sua divulgação, a expensas do denominado período de graça.

### II.3. Da Proteção pela Concorrência Desleal

Pese embora o que se vem expondo, nem sempre o *trade dress* é suscetível de ser protegido enquanto direito privativo de propriedade industrial. Não

<sup>25</sup> Artigos 201.º e 203.º do CPI.

obstante, importa a jusante – independentemente de lhe ser reconhecido carácter distintivo, novidade ou singularidade – proteger o consumidor da confusão suscitada pela imitação, por um lado, e, por outro, dos avultados investimentos criativos, intelectuais e financeiros dispensados pelas empresas na criação de uma imagem forte e apelativa que, no contexto de um mercado massificado e fortemente concorrencial, constitui um importante fator de angariação de clientela. É da concludência destes fatores que surge a repressão pela concorrência desleal.

São três os pressupostos em que assenta a concorrência desleal: um ato de concorrência, contrário às normas e usos honestos, reportado a qualquer ramo de atividade. Daqui infere-se o substrato inescusável à compreensão da imitação do *trade dress* dos produtos ou serviços produzidos e comercializados por um concorrente ou do estabelecimento de um concorrente como concorrência desleal. É este, ademais, o entendimento que vem sendo perfilhado pela doutrina e jurisprudência portuguesas.

Decorrendo diretamente do elenco exemplificativo da norma que tutela a lealdade da concorrência, são desleais os “atos suscetíveis de criar confusão com a empresa, o estabelecimento, os produtos ou os serviços dos concorrentes, qualquer que seja o meio empregue”<sup>26</sup>. Isto é, são desleais os atos que causem confusão ao consumidor, quer entre atividades económicas, quer entre os elementos que caracterizam tais atividades (*i.e.* identidade dos empresários, estabelecimentos, produtos ou serviços). É nesta tipologia de atos desleais que se insere, grosso modo, a tutela do *trade dress*.

A imitação do *trade dress* conforma uma de duas situações-tipo: o uso de sinais distintivos protegidos por direitos privativos industriais, nomeadamente pela marca – numa proteção cumulativa com a propriedade industrial – ou o uso de sinais distintivos típicos, suscetíveis de proteção individualizada, mas não protegidos.

Consequentemente é no contexto da segunda modalidade que a proteção conferida pela concorrência desleal assume particular relevância. Tutela-se uma situação objetiva de mercado juridicamente relevante, desde que o concorrente lesado faça prova do uso e da capacidade distintiva do respetivo sinal.

Não obstante, não se esgota aqui a tutela pela concorrência desleal. Fora dos atos tipificados, importa considerar a concorrência parasitária. Ato desleal atípico, traduz-se na atuação de um concorrente que segue de modo sistemático,

---

26 Alínea a) do n.º 1 do artigo 317.º do CPI.

contínuo, próximo e essencial, ainda que sem provocar confusão, as iniciativas empresariais de outro concorrente (Couto Gonçalves, 2015: 392).

#### II.4. Da Proteção como Direito de Autor

Intrinsecamente mais lassa, mas ainda assim relevante, é a proteção conferida ao *trade dress* pelo direito de autor. O direito de autor protege obras de desenho, tapeçaria, pintura, escultura, cerâmica, azulejo, gravura e arquitetura, obras de arte aplicadas, desenhos ou modelos industriais e obras de *design* que constituam criação artística e projetos, esboços e obras plásticas respeitantes à arquitetura e ao urbanismo<sup>27</sup>.

Deste modo, protege-se o aspeto exterior de um produto, serviço ou estabelecimento desde que prefigure uma criação artística.

Esta proteção é conferida independentemente de registo ou qualquer outra formalidade<sup>28</sup>.

### III. A PROTEÇÃO DO *TRADE DRESS* NA INDÚSTRIA DA MODA

#### III.1. Contextualização

A indústria da moda ocupa no seio da União Europeia um papel preponderante. O cunho *Made in Europe* está carregado de incomparável qualidade e de premiada habilidade artesanal; estandarte dos valores europeus onde imperam a cultura, a criatividade, a inovação e o talento. Casa de centenas de distribuidores e lojas de referência, *designers* de aclamada reputação internacional, uma geração de talentos emergentes, empreendedores, investigadores e professores, o sector assume um peso significativo na economia europeia e internacional, traduzido na responsabilidade por quase metade da produção têxtil e de vestuário mundial (Comissão Europeia, 2018)<sup>29</sup>.

<sup>27</sup> Artigo 2.º do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos (CDADC).

<sup>28</sup> Artigo 9.º do CDADC.

<sup>29</sup> Informação disponível para consulta em <[www.ec.europa.eu/growth/sectors/fashion/textiles-clothing\\_en](http://www.ec.europa.eu/growth/sectors/fashion/textiles-clothing_en)>.

O contexto nacional não é alheio a tais considerações. A têxtil e o vestuário são duas das mais importantes indústrias para a economia nacional, traduzidas em seis mil empresas, 134 mil postos de trabalho e num volume de exportações que ultrapassou no ano de 2016 a barreira dos 5 mil milhões de euros<sup>30</sup> – estima-se que em 2017 tenham conhecido novos recordes.

Consequentemente, um sector desafiado pela crescente internacionalização – e inerente aumento da concorrência – enfrenta consideráveis desafios. Criam-se novos produtos e serviços e investe-se na construção de uma imagem forte no mercado, com a crescente valorização da marca. A identidade assume um fator preponderante e é nesse sentido que se encetam os mais relevantes esforços criativos e monetários.

Por seu turno, os referidos crescimento e internacionalização da indústria ladeiam com a pirataria. A contrafação, a pirataria de estilo (*style piracy*) – quando há a cópia do produto, com a indicação exata de quem o produziu, mas disponibilizado a um preço muito inferior –, e a pirataria de tendência – aqui não há a cópia do produto, mas uma “inspiração” – crescem a um ritmo frenético (Carvalho, 2013-2014 :139).

Não obstante, não logrando o *trade dress* tutela jurídica no seio do ordenamento nacional ou comunitário, a proteção nunca será tão real quanto aparente.

### III.2 Objeto

Aqui chegados, importa compreender a problemática do *trade dress* na indústria. Identificámos duas traves na oportunidade do tema: por um lado, a proteção como marca da forma do produto; por outro, a proteção da cor única. Cumpre-nos ainda uma breve nota sobre a tutela da “essência” do *design*.

Excluímos, do objeto em análise, a proteção da embalagem do produto ou do estabelecimento, por não oferecerem particularidades na indústria, bem assim como a apresentação dos serviços no mercado. Abstemo-nos da análise do *trade dress* protegido enquanto desenho ou modelo por este consubstanciar já o mecanismo destinado à proteção do *design*. Com o mesmo fundamento, preterimos a análise como direito de autor. Restringimo-nos à tutela do *trade dress* como marca, designadamente na dificuldade oferecida à identificação do sinal com o produto, paradigmática numa indústria em que a cor e a forma

---

30 Dados disponíveis para consulta em <[www.ine.pt](http://www.ine.pt)>.

o caracterizam. No âmbito da proteção da cor, centramo-nos apenas na cor *per se*<sup>31</sup>. Consideramos ainda a proteção da essência do *design*, pelo papel preponderante que assume numa indústria flagelada pela cópia, cada vez mais sofisticada, exponenciada pela pirataria de tendência ou “inspiração”.

### III.3. A Proteção da Forma do Produto como Marca

#### III.3.1. A Forma do Produto como Sinal Possível

Tanto a legislação nacional quanto a da União Europeia prescrevem proibições absolutas à admissibilidade de determinados sinais. Designadamente são proibidos os sinais constituídos exclusivamente pela forma imposta pela natureza do produto, pela forma necessária à obtenção de um resultado técnico e pela forma que confira um valor substancial ao produto<sup>32</sup>. A admissibilidade do sinal de forma parece poder considerar-se o primeiro crivo à proteção do *design* do produto como marca na indústria da moda.

A forma imposta pela natureza do produto designa a “necessária ao fabrico e comercialização de um género ou espécie de produtos” (Couto Gonçalves, 2015: 201) e pretende evitar a concessão de um monopólio a um só operador no mercado.

Por seu turno, pela forma que confere um valor substancial ao produto concebe-se aquela que, por intrinsecamente ligada ao seu valor, não permite conceber este sem aquela (Couto Gonçalves, 2015: 201).

No que contende com a inadmissibilidade de registo de sinal constituído pela forma necessária à obtenção de um resultado técnico, visa recusar-se “o registo das formas cujas características essenciais respondem a uma função técnica”<sup>33</sup>. Assim, impede-se que a exclusividade inerente ao direito de marca impossibilite os concorrentes de oferecerem um produto que incorpore essa função ou que obste à livre escolha pela solução técnica que pretendem incorporar no produto<sup>34</sup>.

31 Limitamo-nos à cor *per se*, na medida em que as cores combinadas entre si não oferecem particular obstáculo, sendo antes, como vimos, legalmente consagradas.

32 Já referido no ponto II.1.1.

33 Acórdão do TJ de 18 de junho de 2002, C-299/99, no caso que opôs a *Koninklijke Philips Electronics NV* à *Remington Consumer Products* *Ltconsiderando*, EU:C:2002:377, para. 80.

34 *Ibidem*.

Ora, é da última proibição que poderá surgir um obstáculo ao registo de um sinal constituído pelo *design* de um produto de moda. Exercerá a forma, nesta indústria, uma função técnica? A pergunta merecerá sempre uma resposta casuística.

Por fim, importa apenas considerar que tais proibições são insanáveis e, enquanto tal, insuscetíveis de adquirir carácter distintivo através do uso (Couto Gonçalves, 2015: 203).

### III.3.2. A Capacidade Distintiva do *Design* do Produto

A capacidade distintiva do *design* do produto é uma das mais controversas querelas doutrinárias e jurisprudenciais. Essencialmente, discute-se se a forma do produto pode permitir ao consumidor a imediata associação à proveniência empresarial deste. Ora, *in limine*, a dissensão é resolvida pela letra da lei que, pelo menos abstratamente, reconhece à forma do produto a suscetibilidade de ser registada como marca. Não obstante, o âmago da questão reside em determinar se essa capacidade distintiva da forma do produto é adquirida *ab initio* – é inata – ou se, antes, advém do uso ou *secondary meaning*.

Na senda da jurisprudência da União Europeia, é reconhecido ao *design* do produto capacidade distintiva *ab initio*, desde que permita “ao consumidor médio desse produto, normalmente informado e razoavelmente atento e avisado, distinguir, sem proceder a uma análise e sem demonstrar particular atenção, o produto em questão dos de outras empresas”<sup>35</sup>, sem se exigir “elemento adicional arbitrário, tal como elemento decorativo sem fim funcional”<sup>36</sup>, mas, ainda assim, requerendo-se que a forma divirja significativamente da norma ou dos usos do sector (Carvalho, 2009: 227).

É inelutável considerar que na indústria da moda o *design* do produto é, pelo menos *ab initio*, insuscetível de assumir carácter distintivo. É uma indústria volátil, assente na tendência, em que os produtos – estação após estação – se renovam. O consumidor não consegue, por regra, através de uma peça de vestuário, de calçado ou de uma joia identificar imediatamente a proveniência empresarial destes, nem tão pouco reconhece à forma do produto tal função.

---

35 Acórdão do TJ de 7 de outubro de 2004, C-136/02P, no caso que opôs a *Mag. Instrument Inc. ao IHMI*, EU:C:2004:592, para. 32.

36 TJ, C-299/99, acórdão de 18 de junho de 2002, *Philips*, EU:C:2002:377, para. 50.

Inversamente, é também na indústria do efémero que o uso reiterado do mesmo *design* vai permitir ao produto adquirir capacidade distintiva e surgir no mercado como uma verdadeira assinatura do Autor – permitindo a imediata associação entre o produto e a empresa.

O que expomos tem cobro legal. Se por um lado se prescreve a proibição (relativa) de registo de um sinal desprovido de carácter distintivo<sup>37</sup>, por outro, aceita-se tal registo quando o sinal venha a adquirir carácter distintivo<sup>38</sup>. Destarte, apela-se ao *secondary meaning*; ou seja, ao “particular fenómeno de conversão de um sinal originalmente privado de capacidade distintiva num sinal distintivo de produtos ou serviços, reconhecido como tal, no tráfico económico, através do seu significado secundário” (Couto Gonçalves, 2015: 219).

A aquisição de carácter distintivo por um sinal à partida dele desprovido, numa concretização prática, advém da imediata associação, pelo consumidor, do *design* do produto à sua proveniência empresarial. Numa abordagem própria do sector, referimo-nos a produtos icónicos; verdadeiros clássicos que pelo seu estatuto não “meramente” pertencem à marca, mas sobrelevam-se a esta.

Não se denega, contudo, que a proteção gizada servirá mais consensualmente os denominados produtos de luxo e, concretamente, as casas centenárias de onde estes provêm.

Numa breve abordagem à jurisprudência estadunidense, pelos desenvolvimentos que o tema aí tem merecido, considera-se particularmente relevante o Caso *Wal-Mart Stores, Inc. v. Samara Bro*<sup>39</sup> – o primeiro em que o *Supreme Court* julgou a possibilidade de a proteção conferida ao *trade dress* não registado se estender ao *design* das peças de roupa (Braun e LLP, 2014) –, considerando-se que, não obstante a forma da embalagem lograr capacidade distintiva *ab initio*, o mesmo não serve a configuração do produto, cuja capacidade distintiva advém do uso<sup>40</sup>.

37 Al. b) do n.º 1 do art. 4.º da DMUE e al. b) do n.º 1 do art. 238.º do CPI.

38 N.º 4 do art. 4.º da DMUE e n.º 3 do art. 238.º do CPI.

39 Caso *Wal-Mart Stores, Inc. v. Samara Brothers, Inc.* 529 U.S. 205 (2000).

40 Caso *Wal-Mart Stores, Inc. v. Samara Brothers, Inc.* 529 U.S. 205 (2000), parte II, “In the case of product design, as in the case of color, we think consumer predisposition to equate the feature with the source does not exist. Consumers are aware of the reality that, almost invariably, even the most unusual of product designs – such as a cocktail shaker shaped like a penguin – is intended not to identify the source, but to render the product itself more useful or more appealing.”



### III.3.3. A Proteção Permanente (pela Marca) ao Efêmero (a Moda)

A moda é cíclica, volátil, dinâmica. O direito de marca é (potencialmente) perpétuo. É deste paradoxo que surge a dissensão. Reportamo-nos aos casos em que o *design* do produto consubstancia uma marca e antecipamos entendê-lo como uma não questão.

Ora, o *design* do produto só é passível de ser protegido como marca quando permita a imediata associação à sua proveniência empresarial. Por seu turno, a distintividade da marca constituída pela forma do produto (na indústria da moda) é recusada *ab initio*, podendo apenas ser adquirida pelo uso. Consequentemente, o uso reiterado do mesmo *design* transcende a moda, entendida como tendência, antes firmando-se como uma verdadeira assinatura. Falamos, mais uma vez, de produtos icónicos. Peças que identificam criadores<sup>41</sup>, que resistem às estações, aos anos, às décadas e até aos séculos.

Ademais, os direitos exclusivos conferidos ao titular da marca sempre dependem do uso. A tal consideração acresce que “uma marca registada só deverá ser protegida na medida em que for efetivamente utilizada, e a existência de uma marca registada anterior não deverá permitir que o seu titular se oponha a uma marca posterior ou solicite a sua nulidade se não tiver dado uso sério à sua própria marca<sup>42</sup>”.

Pelo exposto, compreende-se que os direitos exclusivos conferidos ao titular do direito de marca perdurem enquanto esta for efetivamente utilizada no mercado, ao passo que se coíbe a subversão da proteção conferida à marca num monopólio ilegítimo. O mesmo é dizer que a proteção só é permanente enquanto a marca o seja.

## III.4. A Proteção da Marca de Cor Única na Indústria da Moda

### III.4.1. O Interesse Geral em Não Restringir Indevidamente a Disponibilidade da Cor aos Restantes Operadores

É certo que a tensão entre a necessidade de concessão de tutela jurídica e fundamentação do registo da marca de cor única e o interesse público em não

41 A título ilustrativo, podemos referir-nos à icónica carteira modelo *Birkin* da casa francesa fundada em 1837 por Thierry Hermès, *Hermès*.

42 Considerado 32 da DMUE.

restringir indevidamente a disponibilidade da cor aos restantes operadores é particularmente sensível neste sector. Genericamente, poderá considerar-se que – atendendo ao limitado número de cores – adquirir direitos de monopólio sobre estas levará a uma restrição à paleta de cores disponíveis e, enquanto tal, à incompatibilidade com o sistema de concorrência leal<sup>43</sup>. *In limine*, alguns *designers* concorreriam com a paleta completa e outros, necessariamente, com ela desfalcada.

Reconhece-se, no campo do direito das marcas, um interesse geral em não limitar indevidamente a disponibilidade das cores para os demais operadores que ofereçam produtos ou serviços do tipo daqueles para os quais o registo é pedido<sup>44</sup>. A medida desta “limitação indevida” pode ser aferida pelo número de produtos ou serviços para os quais é pedido o registo da marca – “quanto maior for o número de produtos ou serviços para os quais é pedido o registo de marca, mais o direito exclusivo eventualmente conferido pela marca pode ser suscetível de apresentar um carácter exorbitante e com isso prejudicar a manutenção de um sistema de concorrência leal e o interesse geral em não limitar indevidamente a disponibilidade das cores para os restantes operadores que oferecem produtos ou serviços do tipo daqueles para os quais é pedido o registo”<sup>45</sup>.

Não obstante, será de sustentar a ideia da rejeição preliminar do registo da marca de cor única na indústria da moda, com fundamento na existência de um interesse geral?

Relevará aqui atender às considerações de parte (cada vez mais significativa) da doutrina norte-americana, a propósito do caso que opôs *Christian Louboutin* a *Yves Saint Laurent*<sup>46</sup> e em oposição à *depletion theory*. A teoria é atacada de raiz, considerando de frágil base científica a ideia da limitação ao número de cores disponíveis, não tomando em linha de conta as propriedades específicas da cor – a matiz, a saturação ou a intensidade e o brilho –, subestimando os milhares – senão milhões – de cores, perceptíveis pelo olho humano, num mundo em que a moderna tecnologia permite a réplica precisa das tonalidades de determinado produto; tecnologia esta, a que a indústria não é alheia.

---

43 Acórdão *Libertel*, C-104/01, parágrafos 54 e 55.

44 Acórdão *Libertel*, C-104/01, para. 55.

45 Acórdão *Libertel*, C-104/01, para. 56.

46 *Caso Christian Louboutin S.A. v. Yves Saint Laurent Am. Holding, Inc.*, No. 11-3303 (2d Cir. 2013).

Cumpra considerar ainda, na esteira do que vem sendo defendido por aqueles Autores, que o monopólio inerente ao registo de uma marca de cor única, não é o mesmo que a reivindicação, para si, de uma cor, sem mais. Esta surgirá sempre delimitada.

### III.4.2. A Aptidão Distintiva da Cor Única

A apreciação do carácter distintivo da cor *per se* como marca deve ser de análise casuística, aferindo-se, por um lado, em relação aos produtos ou serviços para os quais é pedido registo e, por outro, em relação à perceção que dela tem o público relevante<sup>47</sup>.

Sendo a cor uma característica dos produtos ou serviços ou, naturalmente, cumulativamente usada com outras indicações, nem sempre liga, de forma imediata, um determinado produto ou serviço à sua proveniência empresarial. Por outro lado, é inegável que a cor pode permitir ao consumidor identificar a proveniência empresarial de um produto ou serviço, quando seja de uso reiterado e prolongado no tempo. O Tribunal de Justiça foi mais longe ao considerar a possibilidade de a cor *per se* poder *ab initio* adquirir capacidade distintiva. Conquanto, não só se afirma a sua excepcionalidade, como se considera um caminho crucial – embora não seja de rejeitar – encontrar aplicação desta possibilidade na indústria em análise<sup>48</sup>.

O caso da sola lacada a vermelho dos sapatos de salto alto de *Christian Louboutin*, na decisão da 2.<sup>a</sup> Câmara de Recurso da IHMI de 16 de junho de 2011<sup>49</sup>, afirma-se como o expoente da controvérsia que enforma o tema. A consideração do registo como marca de uma sola lacada a vermelho faz-se por apelo ao total rompimento com as convenções do sector que a utilização da cor operou. A recusa da sua limitação a uma mera característica dos sapatos de salto alto surge em contraposição com a cor neutra – balança entre o preto e o bege –, “enfadonha”, da normal cor das solas dos sapatos.

O uso do vermelho é reconhecido como uma ideia singular, “genial”, que traz para uma parte visível do calçado a assinatura do Autor, permitindo a sua

47 Acórdão *Libertel*, C-104/01, para. 75.

48 Acórdão *Libertel*, C-104/01, para. 67.

49 Decisão da 2.<sup>a</sup> Câmara de Recurso da IHMI, de 16 de junho de 2011, R 2272/2010-2.

identificação e memorização – à primeira vista e praticamente sem qualquer obstáculo – pelo público consumidor.

Ademais, fica o reconhecimento da sola lacada a vermelho como a assinatura do *designer*, por declarações dos profissionais de moda, pelas infindáveis fotografias que preenchem páginas de revistas cor-de-rosa mostrando as celebridades calçadas por *Christian Louboutin*, pelo recurso à pesquisa do Google – que à inserção da palavra *Louboutin* responde com milhões de imagens com a sola lacada a vermelho bem visível e, estas, através dos seus links, endereçam-nos a páginas *web* onde é possível encontrar um generalizado reconhecimento da cor da sola lacada a vermelha como marca –, a utilização em eventos públicos, o lançamento pela *Mattel* de uma *Barbie* com os sapatos da sola vermelha, o facto de dar título a uma canção de Jennifer Lopez, a sua colaboração numa campanha publicitária europeia de uma marca de *champagne* e a aparição dos sapatos de sola vermelha no célebre filme “O Sexo e a Cidade 2”.<sup>50</sup>

### III.5. A Tutela da “Essência” do *Design* – Breve Nota

A consagração expressa da proteção do *trade dress* no direito estadunidense permite-lhe proteger a denominada identidade do *design*. Aliás, é na proteção conferida, não ao *design*, mas à essência do *design* que é atribuído ao *trade dress* um papel fulcral na indústria da moda.

Tal papel é tão mais relevante quando se atende a formas cada vez mais sofisticadas de cópia, a que o direito de marca ou a tutela dos desenhos ou modelos raras vezes conseguem dar resposta.

Contudo, esta realidade não tem paralelo na jurisdição comunitária ou na nacional. À luz do nosso ordenamento jurídico, a essência do *design* é apenas passível de ser tutelada pela concorrência desleal.

## CONCLUSÃO

A proteção do *trade dress* funda-se essencialmente na proteção da cópia e da imitação numa dupla via: na proteção do consumidor – da confusão suscitada pelo facto de, não raras vezes, melhor identificar a proveniência empresarial

50 Decisão da 2.ª Câmara de Recurso da IHMI, de 16 de junho de 2011, R 2272/2010-2, para. 12.

do produto ou serviço pela sua aparência externa, do que pela marca – e na proteção do titular da criação – quer pelo mérito da distintividade ou criação de espírito, quer pelo incentivo à inovação, desenvolvimento de novos produtos e apoio ao investimento na sua produção. No primeiro caso, sustenta-se a proteção do *trade dress* pelo direito da concorrência, no segundo, a proteção do *trade dress* como marca, desenho ou modelo e direito de autor.

Não obstante, mediante a ausência de consagração expressa da figura, esta não tem no nosso ordenamento relevância autónoma, antes surgindo como marca, seja tridimensional ou cromática, como desenho ou modelo, como direito de autor ou como um ato lesivo da concorrência.

Por seu turno, a indústria da moda é permanente a todas estas considerações – e adensa-as –, onde a tutela fragmentária, com crivos de difícil trespassse, se contrapõe à clamada proteção.

## Referências Bibliográficas

- BRAUN, Farella e LLP, Martel (2014). “The Devil Wears Trademark: How the fashion industry has expanded trademark doctrine to its detriment”, *Harvard Law Review*, Vol. 127, pp. 995-1016;
- CARVALHO, Maria Miguel (2009). “Novas” Marcas e Marcas não tradicionais: Objeto”, *Direito da Propriedade Industrial, APDI – Associação Portuguesa do Direito Intelectual*, Vol. VI, Coimbra: Almedina, pp. 215-245;
- (2013-2014). “A proteção jurídica da cor única como marca no âmbito da indústria da moda – breves notas a propósito dos casos da «sola lacada a cor vermelha»”, *ADI*, Vol. 34, pp. 137-152;
- (2016). “O novo regime jurídico da marca da união europeia”, *Scientia Iuridica*, Tomo LXV, N.º 342, pp. 435-461;
- COMISSÃO EUROPEIA (2018). Fashion and high-end industries in the EU. Disponível em: <<http://ec.europa.eu/growth/sectors/fashion/high-end-industries/eu/>>, (Acedido a 24/08/2018 );
- COUTO GONÇALVES, Luís (2015). *Manual de Direito Industrial: propriedade industrial e concorrência desleal*. Coimbra: Almedina;
- MCCARTHY, J. Thomas (1997). *Trademarks and Unfair Competition*. Deerfield: CBC;
- OLAVO, Carlos (2008). “A Proteção do Trade Dress”, in: OLIVEIRA ASCENSÃO, José (coord.). *Direito Industrial*. Coimbra: Almedina, Vol. V., pp.430-ss;

- PITADE ANDRADE, Gustavo** (2011). “O Trade Dress e a Proteção da Identidade Visual dos Produtos e Serviços”, *Revista da ABPI*, n.º 112, pp. 3-112;
- QUINTELA RIBEIRO, Bárbara** (2008). “A Tutela jurídica da moda pelos regimes dos desenhos ou modelos”, *in: OLIVEIRA ASCENSÃO, José* (coord.). *Direito Industrial*, Coimbra: Almedina, Vol. V. pp. 477-528;
- SOUSA SILVA, Pedro** (2015). “O artigo 240º do CPI e a Proteção do Trade Dress”, *in: MOURA VICENTE, Dário; VIEIRA, José Alberto, PEREIRA, Alexandre Dias* (ed.). *Estudos de Direito Intelectual em Homenagem ao Prof. Doutor José de Oliveira Ascensão*, Coimbra: Almedina, pp. 1033-1051.



# Proteção do Bordado de Arraiolos e a sua Apropriação por Empresas de Moda

PATRÍCIA RENTO\*

**Resumo:** Tapetes de Arraiolos chineses vendidos por preços irrisórios levaram a uma investigação que identificou vários riscos a que a designação “Tapete de Arraiolos” está exposta e que urge mitigar, sob pena de vermos fugir um dos nossos maiores ativos identitários. Vicissitudes levaram a que só em 2016 fosse aprovada legislação com vista à promoção desta técnica secular. Debalde. No entanto, continuam a multiplicar-se por todo o mundo apropriações destas designações. O texto debate como corrigir juridicamente a falta de proteção atual, salvaguardando interesses nacionais – culturais, intelectuais e económicos – perante interesses comerciais de terceiros, que incluem os de grandes casas mundiais de Moda.

**Palavras-chave:** Proteção do Bordado de Arraiolos, Marca, Denominação de Origem, Indicação Geográfica.

**Abstract:** *Chinese Carpets of Arraiolos sold at derisory prices led to an investigation that identified several risks to which the designation “Tapete de Arraiolos” is exposed which are urgent to mitigate, under penalty of seeing one of our major identity assets escape through our fingers. Several issues led to the fact that legislation meant to promote this secular technique was only approved in 2016. Alas with no effect, appropriations of these designations keep multiplying throughout the world. The text discusses legal ways to correct the current lack of protection, hence safeguarding national interests – cultural, intellectual and economic – against the commercial interests of third parties, which include those of large world fashion houses.*

**Keywords:** *Protection of the Arraiolos embroidery; trademark; designation of origin; geographical indication*

---

\* Advogada em prática independente, licenciada pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDL-UL) em 2007, pós-graduada em Direito da Propriedade Intelectual pela FDL-UL. Integrou a sociedade NPCF e Associados como sócia. Com experiência em operações de assessoria em direito administrativo, penal, societário e fiscal, dedica-se atualmente às áreas do direito da propriedade intelectual e da privacidade, proteção de dados e cibersegurança, onde mantém várias assessorias a empresas em Portugal, Espanha e Brasil (patriciarento48714l@adv.oa.pt).



## I. INTRODUÇÃO

A curiosidade por este tema surgiu há aproximadamente um ano, aquando de uma mudança de casa.

Tendo um especial gosto por objetos e produtos nacionais, os Arraiolos são, sem dúvida, uma preferência. Pesquisei preços e padrões que gostava e comparei entre as principais lojas sediadas em Arraiolos.

Sucede que, no novelo desta pesquisa e numa volta a um centro comercial da capital, deparei-me com uma loja de tapetes sendo um dos quais, alegadamente de Arraiolos, o exato modelo que eu aspirava ter e a menos de um terço do preço. Não consegui, de modo algum, suster o ímpeto de entrar e questionar se o tapete era de Arraiolos, foi-me respondido afirmativa e convictamente. Questionada ainda a lojista sobre se o tapete possuía alguma certificação, recebo a resposta: *“Claro que não, isto é feito na China. Por este preço onde queria que fosse feito?”*

E uma simples resposta deu que pensar, falar, pesquisar e escrever...

## II. A PROTEÇÃO DO BORDADO

O Bordado de Arraiolos é um marco intemporal não apenas do município de Arraiolos, situado na região do Alto Alentejo, em Portugal, como a nível nacional.

Pese embora não se consiga descortinar no tempo o início deste bordado com aplicação, original, nos tapetes, há quem defenda que a primeira referência histórica credível data de 1598, encontrando-se relacionada com os tapeceiros muçulmanos de Lisboa e que tinham sido expulsos por D. Manuel cerca de 1496. Partindo, procuraram Espanha e o Norte de África, e encontraram a localidade de Arraiolos, onde se terão fixado, alegadamente por maior tolerância à religião que professavam, continuando assim a exercer as suas profissões (Pires, 2016).

Ao longo dos séculos foram aprimorando a técnica, beneficiando não só da experiência acumulada por gerações, como também dos avanços tecnológicos ao nível da fição, aos quais não terão sido alheias as melhorias significativas durante o período da revolução industrial.

Não obstante, quer seja pela tradição de passagem de conhecimento via oral, de pais para filhos, quer seja pela interioridade da região de Arraiolos,

quer seja por outros motivos que não descortinamos, mas que são de certa forma transversais ao tecido socioeconómico nacional, a verdade é que a proteção legal das técnicas de bordado de Arraiolos parece ter ficado durante longos anos esquecida, relegada para um plano, que se afigura no mínimo secundário, face à importância e notoriedade que estes bordados parecem ter atingido em Portugal.

O município de Arraiolos tem diligenciado arduamente, no sentido de conferir proteção ao bordado de Arraiolos.

Todas as fontes contactadas, designadamente a Câmara Municipal de Arraiolos e o Centro Educativo do Tapete de Arraiolos, sediado no mesmo município, revelam algum misto de desilusão e esperança pelo longo caminho percorrido e por tão pouco ainda alcançado.

A primeira proposta surgiu em 31 de janeiro pela Lei 7/2002, que aprovou as medidas tendentes à promoção e valorização do tapete de Arraiolos e criou o Centro para a Promoção e Valorização do Tapete de Arraiolos, definindo as respetivas atribuições, entidades integrantes, tutela e funcionamento.

A 31 de Outubro do mesmo ano o secretário de Estado empossa a 1.<sup>a</sup> Comissão Instaladora da Lei 7/2002, em conformidade com a representação prevista no art. 11.º, pese embora largamente ultrapassado o prazo de sessenta dias que se encontrava estipulado na Lei.

No ano de 2003 foi remetida a versão final para efeitos de certificação suscetível de registo de indicação geográfica.

Já no decorrer do ano de 2004 o Ministro da Segurança Social e do Trabalho terá remetido a versão final de certificação para parecer no âmbito do processo legislativo.

Sucedeu que no ano de 2006 e após quase atingida uma meta tão importante ao nível do bordado de Arraiolos, extinguiram-se vários institutos, o que atingiu vários programas estaduais, tal como o PPART – Programa para a Promoção dos Ofícios e Microempresas artesanais – que, atualmente, continua em atividade, embora integrado no Centro de Emprego.

Posteriormente, o Município de Arraiolos leva novamente a proposta de certificação para indicação geográfica à Assembleia da República e, finalmente, no ano de 2016, sob a resolução 164/2016 é publicada a proposta de certificação, que propõe medidas para a instalação e funcionamento do Centro para a Promoção e Valorização do Tapete de Arraiolos.

Desde então não se registaram quaisquer desenvolvimentos. Estamos hoje, portanto, em finais de 2017, em *terras de ninguém...*

Entretanto, Arraiolos não baixa os braços, e enquanto se debate com o registo de certificação no ano de 2015, conclui o dossier de candidatura dos Tapetes de Arraiolos a Património Cultural Imaterial da Humanidade, para entrega à Comissão Nacional da UNESCO, a qual apenas no decorrer do ano de 2017 se prevê que seja formalmente apresentada ao Comité Internacional da UNESCO, em Paris.

Acredita-se que o município tenha mais sorte nesta demanda e lhe seja enfim reconhecido o devido mérito na proteção do seu bordado junto da UNESCO, algo que a nível nacional não se verificou até hoje, continuando assim uma luta de mais de uma década pelo registo da certificação de um património inquestionável de séculos.

### **III. A APROPRIAÇÃO CULTURAL DO BORDADO POR EMPRESAS DE MODA E A SUA APLICAÇÃO EM CARTEIRAS**

A técnica dos Arraiolos, tradicionalmente bordados em tapetes, poderá indubitavelmente ser objeto de aplicação em qualquer peça ou acessório de moda, podendo especular-se sobre a possibilidade de se tornar até um ícone da moda.

Originariamente, nos tapetes, a técnica implica bordar fios de lã pura de ovelha portuguesa, tingida para atribuir cor à tapeçaria numa tela denominada estopa, um derivado do linho.

Com a grande evolução do mundo da moda, que colhe grandes inspirações junto das tradições e culturas de cada povo, nada obsta a que, com a fama e prestígio atingidos, a mesma técnica bordada em estopa com lã pura de ovelha portuguesa, possa ser aplicada, por exemplo, em carteiras por uma marca de luxo no mundo da moda.

De facto, seria possível uma marca de luxo bordar a técnica de Arraiolos numa carteira e acreditamos que isso poderia causar um grande impacto em grandes capitais da Moda, como Paris ou Milão. Não é inédito que as marcas de luxo se inspirem em bordados tradicionais, como sucedeu, aliás, na coleção de 2015 da grande casa Balmain, que deu origem a uma parceria de grande impacto junto do público, entre a Balmain e a H&M. Olivier Rousteing, diretor criativo da marca Balmain usou, abusou e triunfou com os bordados.

### III.1. E se Olivier Rousteing Aplicasse a Técnica do Bordado de Arraiolos em Carteiras numa Coleção da Balmain?

As marcas de luxo inspiram-se em diversas tradições, tecidos, técnicas (de entre as quais se destacam os bordados) e origens para produzir os seus modelos. A inspiração em tradições e origens, bem como a aplicação dos mais diversos bordados no mundo da moda, *in casu*, nas carteiras, encontrando-se aquelas protegidas, não implica qualquer irregularidade. Porquanto a inspiração e a aplicação das tradições neste âmbito têm como finalidade o sucesso, claro está, da coleção, e em simultâneo ressuscita e traz para a ribalta a inspiração que deu lugar aos modelos criados. Pelo que, regra geral, as marcas agem em parceria com os titulares dos respetivos direitos de propriedade industrial.

E quando a inspiração e apropriação cultural da referida tradição ou bordado não se encontram protegidas ou devidamente protegidas?

Neste âmbito, imagine-se que Olivier Rousteing, ao aplicar a técnica do bordado de Arraiolos em carteiras numa coleção Balmain, se teria inspirado em tapetes de Arraiolos, os quais poderia ter visto algures numa das suas muitas apresentações. Imagine-se ainda que ele desconhecia por completo que existia uma localidade em Portugal com o nome de Arraiolos de onde efetivamente o bordado é cultura e pertença inequívoca deste povo. Que ilações e consequências se poderiam retirar destes acontecimentos e factos?

### III.2. O Caso da Tribo Maasai

Veja-se, a este propósito, o que aconteceu no caso da apropriação cultural da tribo Maasai. Os Maasai são uma das imagens mais marcantes de África, pelo que não surpreende que as grandes marcas de luxo tenham visto nesta tribo uma inspiração quase garantida para o sucesso das suas coleções.

A título de exemplo, temos a coleção Spring Summer 2012 da Louis Vuitton, que apresenta o shuka vermelho icónico usado pela tribo Maasai<sup>1</sup>. Tal como a Louis Vuitton, outras casas também procederam à apropriação cultural dos Maasai.

Por forma a evitar esta apropriação cultural pelas marcas que usam o nome da própria tribo e por se ter verificado durante largos anos a ausência

---

<sup>1</sup> Vestimenta da tribo Maasai – um pano, normalmente vermelho.

de qualquer compensação, foi criada a Iniciativa de Propriedade Intelectual Maasai, de ora em diante apenas designada por MIPI<sup>2</sup>.

A MIPI tem vindo a exigir que as empresas cessem e desistam de usar o nome da marca comercial Maasai e/ou copiem o estilo de assinatura Maasai sem um prévio contrato de licenciamento. (Light Years IP, 2018)

#### IV. CONSEQUÊNCIAS PARA AS EMPRESAS DE MODA NUMA EVENTUAL APROPRIAÇÃO CULTURAL DO BORDADO DE ARRAIOLOS E SUA APLICAÇÃO EM CARTEIRAS

Pese embora se encontre em apreço uma hipótese meramente académica, porquanto, que seja do conhecimento público, até ao momento não se verificou nem uma apropriação cultural do bordado de Arraiolos por empresas da Moda nem a sua aplicação em carteiras ou outros artigos de Moda, importa, pelo interesse que suscita, a questão como possível de acontecer.

Assim, importa investigar mais aprofundadamente que tipo de eventuais e/ou alegadas proteções, no âmbito do direito industrial, se podem encontrar relacionadas com o bordado de Arraiolos.

Numa breve pesquisa de marca no campo *produtos/serviços* e por *Tapete de Arraiolos* no site do Instituto Nacional da Propriedade Industrial, de ora em diante apenas designado por INPI, verificamos:

- i) foi apresentada a registo no ano de 1995 a marca nacional *Tapete de Arraiolos* com o nº 312930, registada em 04.09.1997 em nome de Dulce Maria Pinéque Homem Silva com morada em Montemor-o-Novo, Foros de Vale Figueira;
- ii) foi apresentada a registo no ano de 2016 a marca nacional *Tapete de Arraiolos – Câmara Municipal de Arraiolos* com o nº 488310, registada em 07.03.2016 em nome do Município de Arraiolos. O registo desta marca não foi renovado por falta de pagamento da taxa respetiva. De notar que o registo da marca pelo município de Arraiolos teve como oponente a sociedade comercial *Secularte Decorações, Lda.*, sediada no Porto.

---

<sup>2</sup> Fundada e apoiada pela organização sem fins lucrativos baseada em Washington DC, Light Years IP, a iniciativa Maasai IP funciona em toda a Tanzânia e no Quênia em representação dos direitos de propriedade intelectual da tribo Maasai.

Ainda no site referido supra e no mesmo campo, desta feita, pesquisando por *Tapetes de Arraiolos*, somos confrontados com mais 6 marcas registadas com diversas denominações, tendo em comum que nos produtos e serviços, nos termos da Classificação de Nice, todas produzem tapetes de Arraiolos. Saliente-se que, duas delas são sediadas em Arraiolos e uma tem mesmo o nome de marca “Tapetes de Arraiolos”, titulada pela Associação de Produtores de Tapetes de Arraiolos. No entanto, as duas últimas marcas, não foram renovadas por falta de pagamento de taxas de renovação.

Por outro lado, se a pesquisa no site já referido for efetuada no campo *nome da marca* por *Tapetes de Arraiolos* somos já surpreendidos por uma lista mais extensa, algumas das quais, é certo, não renovadas por falta de pagamento, como é o caso da marca coletiva de associação da Associação de Produtores dos Tapetes de Arraiolos (Instituto Nacional da Propriedade Industrial, 2018).

Como se o tema não se encontrasse já demasiadamente confuso e recheado de registos de propriedade intelectual inócuos, tomámos ainda conhecimento que em 2013, o INPI concedeu a denominação de origem n.º 335 “Denominação de Origem – Tapetes de Arraiolos de Portugal” a uma Associação Nacional de Produtores de Tapetes de Arraiolos (ANPROTA) com sede em São Félix da Marinha no concelho de Vila Nova de Gaia, pese embora não se encontre em vigor por falta de pagamento das respetivas taxas (Instituto Nacional de Propriedade Industrial, 2018 e Dias, 2016).

Quanto ao entendimento jurídico e escopo de proteção dos instrumentos de propriedade referidos reportar-me-ei, em seguida, a cada um deles e a outros que se demonstrem pertinentes no tema em análise.

O que se entende por *marcas coletivas*? As marcas coletivas podem ser de associação ou de certificação. A designação *marca de associação* corresponde a marcas registadas por Associações, no caso em apreço correspondente a produtores dos tapetes de Arraiolos, como forma de distinguir no mercado os produtos dos seus associados dos demais. A marca, no caso, não pertence a cada associado, mas à Associação e identifica e indica a qualidade de membro desta bem como os respetivos produtos produzidos por aqueles (Almeida, 2008: 20).

A *marca coletiva de associação* tem assento na legislação nacional, concretamente nos arts. 228º e seguinte do Código da Propriedade Industrial, referindo o n.º 2 do art. 228º que “Podem constituir a marca coletiva os sinais ou indicações utilizados no comércio para designar a origem geográfica dos produtos ou serviços.” No entanto, na esteira do que defende o Professor Alberto Francisco Ribeiro de Almeida “uma marca deste género não confere

ao titular o direito de proibir a um terceiro que use no comércio esses sinais ou indicações, desde que esse uso se faça em conformidade com práticas honestas em matéria industrial ou comercial; nomeadamente, uma marca deste género não pode ser oposta a um terceiro habilitado a usar uma denominação geográfica” (Ribeiro Almeida, 2008: 18).

Impõe-se então perguntar: Com o registo destas marcas nominativas, em que medida estaria protegido o bordado de Arraiolos, caso este fosse aplicado em carteiras?

Que direitos estão ou estariam pretensamente protegidos com os referidos registos?

Vejam os. A *marca* tem, em síntese, uma função essencialmente distintiva<sup>3</sup> – “A marca pode ser constituída por um sinal ou conjunto de sinais suscetíveis de representação gráfica, nomeadamente palavras (...) desde que sejam adequadas a distinguir os produtos ou serviços de uma empresa dos de outras empresas.”<sup>4</sup>

De facto, não se vislumbra como o registo de marca poderá proteger o bordado de Arraiolos propriamente dito, ou seja, o conjunto das suas características, de certa forma únicas, mas tão só e apenas o seu nome, enquanto direito apropriado por quem da sua marca fez registo.

O registo das marcas relacionadas com esta matéria, que se encontram no INPI (algumas ainda em vigor e outras já não em vigor pela falta de pagamento de taxas), permite distinguir no mercado os produtos *tapetes de Arraiolos* de uma empresa para outra.

Se uma nova empresa decidir registar os tapetes de Arraiolos sob a marca “ABC”, este registo poderá ser-lhe concedido, pois não existe nenhuma marca nominativa semelhante para tal produto de que se encontre registo. Ao registar a marca “ABC”, a empresa encontra-se protegida quanto à marca apenas e não quanto ao seu conteúdo. Esta proteção não lhe confere a qualidade a que vimos aludindo, que é associável ou atribuível aos tapetes de Arraiolos, passando o seu titular apenas a deter um direito de exclusivo sobre a marca “ABC”, o qual lhe confere o direito de se opor a que terceiros utilizem, sem o seu consentimento, sinal igual ou semelhante em produtos idênticos ou afins.

Relativamente à resposta às questões colocadas supra e que se transcreve “Com o registo destas marcas em que medida estaria protegido o bordado

3 A marca distingue e garante que os produtos ou serviços se reportam a uma pessoa que assume em relação aos mesmos o ónus pelo seu uso não enganoso.

4 Vide, artigo 222º, nº 1 do Código da Propriedade Industrial.

de Arraiolos, caso este fosse aplicado em carteiras? Que direitos estão ou estariam pretensamente protegidos com os referidos registos?”, a resposta é no seu todo negativa. Pese embora o elenco alargado de marcas registadas, nenhuma delas se encontra em condições de proteger o bordado de Arraiolos, porquanto cada uma delas protege a função distintiva de marca, mas não o bordado de Arraiolos, propriamente dito.

Ainda no âmbito das marcas impõe-se ainda o seguinte repto: À marca coletiva de associação dos Tapetes de Arraiolos apresentada a registo pela Associação de Produtores dos Tapetes de Arraiolos, na mera hipótese de se encontrar com as taxas de renovação devidamente pagas, que proteção lhe seria conferida? Em termos literais, a proteção que lhe seria dada seria exatamente a do registo das demais marcas já referidas. No entanto, a mesma acarretaria também reputação e qualidade acrescidas, já que o registo da marca coletiva de associação confere ao seu titular o direito de disciplinar a comercialização dos respetivos produtos, nas condições estabelecidas na lei, nos estatutos ou nos regulamentos internos – n.º 3 do art. 228.º do Código da Propriedade Industrial.

Na verdade, ocorre então fazer uma terceira pergunta: De que instrumentos lançar mão, em sede de propriedade industrial, por forma a proteger o bordado de Arraiolos propriamente dito numa eventual aplicação em carteiras? *Denominação de Origem ou Indicação Geográfica?*

O Professor Alberto Francisco Ribeiro de Almeida refere que “As denominações de origem, nos termos do Código de Propriedade Industrial Português (CPI) (...) corresponde a uma modalidade da propriedade industrial, um direito privativo com fisionomia colectiva. Na sua estrutura, este direito compreende os produtos provenientes de uma região ou local demarcado que contenham qualidades ou características que se devem essencial ou exclusivamente ao meio geográfico, incluindo os factores naturais e humanos, e cuja produção, transformação e elaboração ocorram nessa área demarcada” (Ribeiro Almeida, 2008: 11 e 12).

A figura da denominação de origem, definida nos n.ºs 1 e 2 do art. 305.º do Código da Propriedade Industrial comporta o nome de uma região ou local determinado que designar ou identificar um produto originário desse país, região ou local determinado e cujas qualidades se devem, essencial ou exclusivamente, ao meio geográfico, compreendendo os factores naturais e humanos e cuja produção, transformação e elaboração ocorrem na área geográfica delimitada.



Citando mais uma vez Alberto Francisco Ribeiro de Almeida: “a área geográfica, delimitada, é o local de origem do produto. Os critérios para a delimitação não são consensuais; o elemento natural (o *terroir*) parece decisivo (isto é, as condições naturais de produção, ligadas ao meio geográfico físico, como o solo, o subsolo, o clima, a exposição solar, etc., mas também o meio humano que utiliza certos processos técnicos e conhece certas tradições), mas a realidade inerente a cada delimitação resulta, tantas vezes, da conjugação de outros interesses. Os produtos originários desta área delimitada devem ser produtos típicos dessa área e reunir determinadas qualidades e características próprias que não se encontram em outro local” (Ribeiro Almeida, 2008: 12).

Após alguma reflexão sobre a possibilidade de o bordado de Arraiolos poder ou não ser protegido à luz de um pedido de registo de denominação de origem, estamos em crer que não. Um pedido de registo de denominação de origem seria objeto de recusa com fundamento na alínea *b*) do art. 308.º do Código da Propriedade Industrial por se entender que não se encontraria em harmonia com o art. 305.º do mesmo Código. Pois, se por um lado o bordado de Arraiolos se pode considerar originário de um local determinado, *in casu*, Arraiolos, fruto da tradição e saber intergeracional de séculos; por outro lado, não podemos considerar que a qualidade ou característica dos tapetes de Arraiolos, concretamente, do bordado de Arraiolos, se deva essencial ou exclusivamente ao meio geográfico, incluindo os fatores naturais e humanos, nem podemos afirmar que a sua produção, transformação e elaboração só possam ocorrer nesta área geográfica delimitada. Na confeção dos tapetes e na técnica dos bordados em nada influencia a região delimitada em fatores naturais já que os produtos utilizados da confeção não são provenientes, necessariamente, de Arraiolos. O fator humano também não se deve essencial ou exclusivamente ao meio geográfico, pois uma tapeteira que tem conhecimento da técnica e que por acaso sempre tenha vivido em Arraiolos reúne todas as capacidades para confeccionar e ensinar o bordado fora de Arraiolos.

Deste modo e uma vez excluída a questão da proteção do bordado através da Denominação de Origem (que exige um vínculo mais acentuado do produto com a região demarcada), cumpre analisar uma eventual proteção à luz da figura da Indicação Geográfica, que parece bastar-se com uma aparência de ligação com a região, ou seja, em que a reputação seja atribuída a determinada região demarcada. Conclui-se assim também que a atribuição de “Denominação de Origem – Tapetes de Arraiolos de Portugal” a uma Associação Nacional de Produtores de Tapetes de Arraiolos (ANPROTA) com sede em São Félix da

Marinha no concelho de Vila Nova de Gaia enferma de graves irregularidades por não cumprir os pressupostos jurídicos para o registo de uma Denominação de Origem, causando até uma certa perplexidade, porquanto parece derivar até dos normais usos e costumes que tal registo não pudesse ter sido possível.

A Indicação Geográfica, muito embora aparente ser uma figura semelhante à Denominação de Origem, apresenta uma maior amplitude. Enquanto a Denominação de Origem apresenta uma função qualitativa, na Indicação Geográfica a garantia de qualidade não é essencial e pode até não se verificar.

Não se pode, mais uma vez, deixar de parafrasear Alberto Francisco Ribeiro de Almeida, “na verdade, a indicação geográfica individualiza produtos originários de uma região ou localidade quando determinada qualidade, reputação ou outra característica do produto seja essencialmente atribuível à sua origem geográfica (...) enquanto que na denominação de origem as qualidades e características dos produtos se devem essencial ou exclusivamente ao meio geográfico compreendendo os fatores naturais e humanos, na indicação geográfica a reputação, uma qualidade determinada ou outra característica podem ser atribuídas a essa origem geográfica, independentemente dos fatores naturais e humanos. Na indicação geográfica o elo que une o produto à região determinada é mais débil que na denominação de origem. Ou seja, na indicação geográfica a reputação do produto (ou uma sua qualidade ou outra característica) pode (basta que possa) ser atribuída à região sem influência direta dos fatores naturais e humanos. Por outro lado, aquela menor ligação, na indicação geográfica, do produto à região determinada resulta, igualmente, da não exigência de que todas as operações de produção, transformação e elaboração ocorram na área determinada (como se estabelece para a denominação de origem), bastando que uma delas ocorra na área delimitada” (Ribeiro Almeida, 2008: 12 e 13).

Desta feita, estamos em crer que a proteção do bordado de Arraiolos se encontra em condições de ser deferida através do registo de indicação geográfica, pois pelo menos a reputação do bordado de Arraiolos é originária daquele local demarcado, a tal não sendo seguramente alheio o facto de em si mesma conter o próprio nome *Arraiolos*, porquanto é argumentável ser originário e reputado nesta região. Como tal deve ser-lhe conferida proteção neste âmbito.

A proteção do bordado de Arraiolos como indicação geográfica permitiria a identificação do produto. Num mercado fortemente concorrencial nesta matéria, na qual se verifica a confeção tanto a nível nacional como internacional,

designadamente na China, onde o custo dos fatores de produção é muito mais baixo, o que permite a comercialização dos produtos a preços muito inferiores, o registo de uma indicação geográfica seria instrumental como estratégia comercial: estratégia com vista à obtenção de um exclusivo do produto, de certa forma identificável como autêntico e de qualidade assegurada para o consumidor, atingindo-se portanto um lugar competitivo a nível nacional e internacional. Desta forma se protegeria um património com valor histórico, social e económico, e encontrando-se caminho para a afirmação de uma marca e produto de inquestionável importância para Arraiolos e Portugal. Adquirir um produto com registo de indicação geográfica no caso de bordado de Arraiolos significaria adquirir um produto com características determinadas e reputação de determinado local demarcado.

Enquanto consumidores e assumindo aqui opiniões porventura demasiado pessoais, a nossa opção pela compra de um Tapete de Arraiolos, sendo uma decisão que não poderá ser tomada de ânimo leve tendo em consideração os preços do mesmo, seria tomada de forma mais tranquila e convicta se o produto se encontrasse certificado através de um registo de indicação geográfica. Pese embora o certificado de indicação geográfica por um lado pudesse acarretar um incremento no custo do produto, por outro ofereceria uma maior garantia e conseqüente tranquilidade quanto à qualidade do produto adquirido. Este pensamento, assumindo que seja transversal a uma grande maioria dos consumidores, culminaria na não aquisição dos alegados “tapetes de Arraiolos” comercializados em centros comerciais – portanto numa menor percentagem de concorrência desleal – não respeitadores da técnica e dos motivos etnográficos e confeccionados em condições de trabalho e humanas duvidosas.

## CONCLUSÃO

Após esta breve exposição conclui-se inevitavelmente que o bordado de Arraiolos, propriamente dito, apesar de inúmeros pedidos de registo de marcas se encontra totalmente desprotegido.

Na hipótese meramente académica para aqui lançada, de Olivier Rousting aplicar o bordado de Arraiolos (o que inclui a etnografia) a carteiras da coleção Balmain por uma tapeteira de Arraiolos, qual seria a consequência e qual o benefício para as gentes de Arraiolos? Lamentavelmente, nenhuma consequência e nenhum benefício ocorreriam.

Usando o ditado popular *há males que vêm por bem*, quiçá tal fosse o necessário para espoletar uma onda de proatividade, à semelhança da Tribo Maasai que se moveu como referimos por motivos distintos. Mas se verificámos que a Tribo Maasai, em África, diligenciou e conseguiu junto das grandes casas da moda proteger os direitos da propriedade industrial que era sua, a que se devem todos os obstáculos com que se depara Arraiolos na proteção da sua propriedade industrial em pleno século XXI e no coração da Europa?

Afigura-se-nos que esta questão é não só importante como fundamental para a pequena vila de Arraiolos, no coração da região do Alentejo, cujo futuro poderia em grande parte passar pela exploração comercial desta técnica ancestral, de forma ajustada aos tempos modernos e tomando a seu favor o fenómeno da globalização. Para tal é fundamental e urgente que se lance mão da legislação no sentido da proteção deste património.

Do ponto de vista nacional, afigura-se-nos que infelizmente estamos, uma vez mais, em presença do mesmo fenómeno que durante décadas impediu o crescimento económico e industrial e que relegou o País para uma mera função de produtor de “marca branca”, vendo os seus produtos comercializados por marcas estrangeiras, que assim se apropriam inteligentemente da qualidade nacional com a mera aposição das suas marcas, reputação e prestígio.

Nesse sentido, esta questão representa um custo de oportunidade de valor incalculável, também para o Produto Interno Bruto nacional, e, portanto, para o futuro de todo um País.

Urge reverter esta situação.

## Referências Bibliográficas

- DIAS, Carlos (2016). *A Marca “Tapetes de Arraiolos” já está registada. Em Vila Nova de Gaia*. Jornal Público, 20 fevereiro 2016;
- INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL (2018). Serviços Online. Disponível em: <<https://servicosonline.inpi.pt/pesquisas/main/marcas.jsp?lang=PT>>, (acedido a 15 de Março 2018);
- LIGHT YEARS IP (ano). “The Maasai Cultural Brand”. Disponível em: <<http://lightyearsip.net/the-maasai/>>, (acedido a 15 de Março 2018);

**PIRES, Carlos** (2016). “Uma história de tapetes com raízes nos mouros de Lisboa”, *Jornal Público*, 20 fevereiro 2016.

**RIBEIRO ALMEIDA, Alberto Francisco** (2008). *Indicações de Proveniência, Denominações de Origem e Indicações Geográficas*. APDI – Associação Portuguesa de Direito Intelectual, Edições Almedina SA.

# As Infrações Relacionadas com o Direito da Moda

ALEXANDRA VILELA\*  
INÊS GODINHO\*\*

*In the past year, nothing has brought about a greater furor in woman's clothing than topless fashions, notably bathing suits. Advocates have viewed the style change as a further emancipation of woman's fashions and have compared it with other styles which, when introduced, were also revolutionary. Critics of the fashion have denounced it as ridiculous, immoral or illegal. The ultimate problem is whether a woman who chooses to wear this type apparel will be criminally liable for this act.*

Leigh H. Taylor, Criminal Law: Fashion or Felony (1965)

**Resumo:** No presente Capítulo é feita uma reflexão do direito da moda sob o ponto de vista das infrações penais e contraordenacionais. Dado que o leque destas é muito vasto, foram escolhidos apenas alguns crimes e algumas contraordenações, para efeitos de análise. Para tanto, houve a preocupação de perceber qual o panorama de tais questões, no plano internacional e europeu.

**Palavra-chave:** acordo TRIPS; Diretiva do *Enforcement*; Código de Propriedade Industrial; infrações.

**Abstract:** *The present chapter undertakes an analysis of Fashion Law under the perspective of its relevant criminal and administrative offences. Considering the vast number of offences possibly taken into account in this scope, only some offences in national law were selected for review under an international and European frame.*

**Keywords:** *TRIPS Agreement; Enforcement Directive; Industrial Property Code; Offences*

---

\* Professora Associada da Faculdade de Direito e Ciência Política da Universidade Lusófona do Porto (p3082@ulp.pt).

\*\* Professora Auxiliar da Faculdade de Direito e Ciência Política da Universidade Lusófona do Porto (p4824@ulp.pt).

## INTRODUÇÃO

A importância da moda como realidade jurídica refrata-se no patamar da proteção que lhe é conferida quando o seu significado enquanto criação é posto em causa. A moda, melhor, o Direito da Moda, ainda que possa não ser considerado uma área normativa autónoma e antes um ponto de cruzamento de diversas áreas jurídicas (Kirchner e Kirchner-Freis, 2011: 5), convoca a si um extenso leque de problemas jurídicos, de direito civil, de direito fiscal, de direito internacional, mas também, e muito particularmente, no âmbito da problemática aqui tratada, de direito sancionatório, tanto do ponto de vista do direito penal, como do direito contraordenacional.

Neste contexto, trata-se hoje de proteger a criação que a moda representa, em especial enquanto desenho ou modelo, que pode, também, vir a assumir relevância enquanto marca. Atendendo ao impacto internacional da moda, a carência de proteção no patamar sancionatório não se limita, pois, aos diversos ordenamentos nacionais.

Com efeito, não é possível compreender as infrações relacionadas com o Direito da Moda de direito nacional se as mesmas não forem integradas tanto pelos instrumentos internacionais, como pela legislação europeia mais relevante neste contexto.

Assim, da perspetiva de direito internacional, importa, fundamentalmente, referir o Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados com o Comércio (ADPIC, maioritariamente referido como Acordo TRIPS, atendendo à sua designação em inglês [*Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*]), celebrado no âmbito da Organização Mundial de Comércio, dado que Portugal é membro de pleno direito desta desde 1996. Este Acordo, tendo como finalidade a redução de distorções e entraves ao comércio internacional, visa promover uma proteção eficaz dos direitos de propriedade intelectual e garantir a aplicação efetiva desses mesmos direitos.

Por seu turno, em termos de direito europeu, devem ser consideradas a Diretiva n.º 98/71/CE, de 13 de outubro, do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa à proteção legal de desenhos e modelos, bem como a Diretiva n.º 2004/48/CE, de 29 de abril de 2004, relativa ao respeito dos direitos de propriedade intelectual (designada Directiva do *Enforcement*), que em seguida se analisarão. Devem ainda, em contexto mais amplo, a propósito da aprovação do novo Código da Propriedade Industrial, ser referidas a

Diretiva (UE) n.º 2015/2436, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de dezembro de 2015, que aproxima as legislações dos Estados-Membros em matéria de marcas, e a Diretiva (UE) n.º 2016/943, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de junho de 2016, relativa à proteção de *know-how* e de informações comerciais confidenciais (segredos comerciais) contra a sua aquisição, utilização e divulgação ilegais.

Particularmente, a Diretiva de 1998 representa o reconhecimento, no âmbito do direito europeu, da importância da regulação especificamente orientada para uma área de atividade que convoca a si crescente carência de proteção harmonizada.

Na verdade, a Diretiva de 1998 resulta dos trabalhos de aproximação que se podem encontrar no Livro Verde de 1991 (*Green Paper on the Legal Protection of Industrial Design. Working document on the services of the Commission. III/5131/91-EM, June 1991*). Neste documento foi reconhecida a disparidade existente entre legislações nacionais no contexto da proteção jurídica conferida aos desenhos e modelos, o que poderia levar à própria distorção da concorrência, considerando a livre circulação de mercadorias na (então) Comunidade Europeia. A ponderação de iniciativas com vista à melhoria de condições no âmbito da proteção dos desenhos incluía, também, uma ideia – depois não concretizada em absoluto na Diretiva de 1998 – de harmonização da legislação substantiva e de promoção da introdução de sanções efetivas nas legislações nacionais. Enquanto documento precursor, o Livro Verde de 1991 tornou claro que na área dos desenhos era premente uma proteção de plano supranacional, de natureza comunitária.

Esta proteção foi concretizada parcialmente pela Diretiva de 1998, na medida em que se procurou uma aproximação das legislações nacionais através de uma ideia harmonizada do significado de “desenho” e, mais tarde, pela designada Diretiva do *Enforcement*, que visou a concretização de uma proteção efetiva aos direitos de propriedade intelectual, ainda que sem apelo à introdução de infrações penais.

Deste jeito, as infrações relacionadas com o Direito da Moda, pese embora poderem não resultar de imposição de transposição de Diretivas, devem respeitar tanto o conceito harmonizado de desenho ou modelo, como os requisitos respeitantes à sua proteção.

Como se perceberá do que foi dito, abordar a problemática das infrações do direito nacional associadas à moda, e à semelhança do que se passa no plano internacional e da União Europeia, não é tarefa que se cinja ao estudo



de um único diploma legal onde as possamos encontrar elencadas, de forma exaustiva e sistemática.

Aliás, a este propósito, é bom que se tenha presente que a própria polissemia da expressão *moda* atira-nos para campos tão diversos como os próprios diplomas legais que é possível chamar para esta temática. Assim, ao pensarmos na moda, é possível, por exemplo, trazer à nossa mente a “Peça de vestuário original criada por um costureiro ou casa de modas” ou a moda enquanto área de “comércio, indústria do vestuário” (Dicionário da Língua Portuguesa Contemporânea II, 2001: 2499). Mais ainda: ao falarmos em moda, ocorre-nos também pensar em modelos fotográficos ou de *passerelle*, no fundo, pessoas físicas contratadas para a promoção de determinadas peças de vestuário, de calçado ou de acessórios. Como é sabido, por vezes, há uma identificação profunda entre o produto que se promove e a imagem de quem a promove, a um ponto tal que a imagem do modelo é a do próprio produto.

Destes três significados a que a expressão *moda* faz apelo, podemos associar toda uma panóplia de ilícitos situados, entre outros diplomas, no novo Código de Propriedade Industrial, aprovado recentemente pelo Decreto-Lei n.º 110/2018, de 10 de dezembro (CPI), no próprio Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos (CDA) e no próprio diploma referente à Infrações Antieconómicas e contra a Saúde Pública, daqui decorrendo, como bem assinala Lopes Rocha (2009: 2), que a “uma enorme variedade de criações que a Moda «produz» corresponde uma multiproteção jurídica”.

Na verdade, se se entender a moda enquanto criação do modelo ou de desenho, podemos pensar em crimes previstos no CPI, como sejam os de “violação dos direitos exclusivos relativos a desenhos ou modelo” (art. 319.º), de contrafação, imitação e uso ilegal de marca (320.º). Todavia, o próprio CDA é igualmente suscetível de ser chamado à colação no plano sancionatório quando nos deparamos com ilícitos vindos do mundo da moda, entendida nesta dimensão do direito de autor e dos direitos conexos. Isto porque ali se encontram previstos os crimes de contrafação (art. 196.º), o de usurpação (art. 195.º), bem como o crime de violação do direito moral, previsto no art. 198.º.

Avançando um pouco mais, é possível ainda verificar que, quando se associa a moda ao comércio e à indústria do vestuário, do calçado e até dos acessórios, se impõe novo regresso ao CPI, mais especificamente aos arts. 321.º, referente à venda ou ocultação de produtos e também ao art. 330.º, onde se encontra previsto o ilícito contraordenacional “concorrência desleal”. No entanto, a propósito desta dimensão do fenómeno da moda, é possível

pensar-se em ilícitos penais também eles previstos no já referido CDA, como seja por exemplo, o seu art. 199.º, referente à incriminação do aproveitamento de obra contrafeita ou usurpada.

À moda é possível, ainda, associar a proteção penal da imagem dos modelos de passerelles ou de fotografia, através da inegável e extensa projeção penal no art. 199.º do Código Penal.

Há, por conseguinte, uma multiplicidade de infrações que, obviamente, não se esgotam nestas ora elencadas, que consente a afirmação de que, no presente momento a moda beneficia de ampla e diversa proteção jurídica, a qual se reforçou, ainda que de forma indireta, com a Lei n.º 16/2008, de 1 de abril, que transpôs para a ordem jurídica portuguesa a Diretiva n.º 2004/48/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de abril, bem como com o novo CPI.

Portanto, como primeira conclusão genérica, impõe-se destacar desde já que o direito sancionatório disponível no ordenamento jurídico português, embora não tenha sido criado a pensar nos específicos problemas que o da moda vem suscitar, ainda assim, encontra, nos ilícitos disponíveis e aqui visitados de forma breve, respaldo para a proteger, sancionando condutas que atentem contra a criação de desenhos, de marcas, que coloquem em causa a idoneidade das marcas e dos produtos e que sejam comercializados de forma ilícita.

Por assim ser, e sendo certo que não é possível uma reflexão exaustiva dos ilícitos previstos no CPI, no CDA e no diploma referente às infrações antieconómicas, impõe-se a análise de alguns plasmados naquele primeiro diploma e que, segundo se crê, se ligam de forma mais específica ao domínio da moda.

Ainda antes de se entrar nesse mesmo estudo, de referir que o CPI, no seu art. 310.º, dispõe que a propriedade industrial é protegida nos termos previstos em tal diploma e demais legislação e convenções em vigor, mas estatui, outrossim, que ela tem as garantias estabelecidas para a propriedade em geral.

## **I. O DIREITO INTERNACIONAL E DA UNIÃO EUROPEIA**

### **I.1. O Acordo TRIPS**

O Acordo TRIPS ocupa-se (após uma Parte I atinente a disposições gerais e princípios básicos) de normas relativas à existência, âmbito e exercício dos direitos de propriedade intelectual na sua Parte II. No contexto do Direito da

Moda relevam, primordialmente, as normas relativas a desenhos e modelos industriais constantes da secção 4 da Parte II.

O n.º 1 do art. 25.º do Acordo TRIPS estabelece que os desenhos ou modelos industriais, além de serem criados de forma independente, devem ser novos ou originais. E, ainda nos termos do n.º 1 do mesmo art. é dada possibilidade aos Estados-Membros de exclusão de protecção aos desenhos que não difiram “significativamente de desenhos ou modelos conhecidos ou de combinações de características de desenhos ou modelos conhecidos”, como também aqueles desenhos ou modelos que sejam “ditados essencialmente por considerações de carácter técnico ou funcional”. Ora, tal disposição faz salientar o valor da criação original como objeto privilegiado de protecção, reforçando a importância da protecção dada ao desenho ou modelo original. Importância, aliás, que se torna manifesta no âmbito do n.º 2 do art. 25.º do Acordo, pois ali se exige a existência de uma relação de proporcionalidade entre o processo de protecção e a concessão de protecção, na medida em que aquele processo – tanto em termos de custo, como de procedimento *qua tale* – não poderá comprometer a obtenção daquela protecção, conquanto esteja em causa um desenho ou modelo original.

Em termos da protecção a conceder aos titulares de desenhos ou modelos industriais rege o disposto no art. 26.º do Acordo. No Acordo estabelece-se a duração mínima de protecção ao titular em 10 anos, nos termos do n.º 3 da citada norma, sendo certo que o titular dessa protecção conferida poderá, durante esse período, “impedir que terceiros, sem o seu consentimento, fabriquem, vendam ou importem artigos a que seja aplicado, ou que incorporem, um desenho ou modelo que seja, na totalidade ou numa parte substancial, uma cópia do desenho ou modelo protegido, quando esses actos sejam realizados com finalidade comercial”. Isto de acordo com o disposto no respetivo n.º 2 do art. 26.º. Acresce que também em tal Acordo se estabelece que os Estados-membros possam prever “excepções limitadoras” a esta protecção, as mesmas não poderão pôr em causa a normal exploração dos desenhos ou modelos protegidos (n.º 3 do art. 26.º).

Para a efetivação da protecção conferida ao abrigo do Acordo TRIPS, o mesmo determina que “os membros velarão por que a legislação preveja processos de aplicação efectiva conforme especificado na presente parte de modo a permitir uma acção eficaz contra qualquer acto de infracção dos direitos de propriedade intelectual abrangidos pelo presente acordo incluindo medidas correctivas expeditas destinadas a impedir infracções e medidas correctivas

que constituam um dissuasivo de novas infracções” (art. 14.º, n.º 1, 1.ª parte do Acordo).

O Acordo TRIPS estabelece ainda, no art. 41.º, normas atinentes aos processos relacionados com a possibilidade de tutela judicial da protecção conferida. Assim, no âmbito dos processos administrativos, dispõe o n.º 4 do art. 41º que “[a]s partes num processo terão a possibilidade de pedir a revisão por uma instância judicial das decisões administrativas finais”. Diferentemente, quanto aos processos judiciais, o Acordo já não impõe a “obrigação de prever a possibilidade de revisão de absolvições em processos penais” (art. 41º, n.º 4, do Acordo).

Significativo, do ponto de vista sancionatório, é o disposto no art. 61.º do Acordo. Aqui se dispõe que “os membros preverão processos penais e penas aplicáveis pelo menos em casos de contrafacção deliberada de uma marca ou pirataria em relação ao direito de autor numa escala comercial”. O referido art. 61.º indica ainda que as “sanções possíveis incluirão a prisão e/ou sanções pecuniárias suficientes para constituir um factor dissuasivo, em conformidade com o nível de penas aplicadas a delitos de gravidade correspondente”, fazendo assim apelo a um princípio de proporcionalidade das sanções.

De notar que se trata aqui de uma imposição de criminalização. Por outras palavras, os Estados-Membros que não prevejam ilícitos penais para os casos indicados no Acordo estarão em violação do mesmo. Em termos de sanções acessórias, enquanto consequências jurídicas da prática dos ilícitos referidos pelo art. 61.º do Acordo, o mesmo acrescenta que nos “casos apropriados, as sanções possíveis incluirão igualmente a apreensão, arresto e destruição das mercadorias em infracção e de quaisquer materiais ou instrumentos que tenham sido utilizados predominantemente na prática do delito”. Finalmente, não obstante a indicação especificada quanto à contrafacção e à pirataria, o art. 61.º deixa ainda margem de discricionariedade aos Estados-membros no patamar da incriminação de outras violações de direitos de propriedade intelectual, ao estabelecer que os “membros podem prever a aplicação de processos penais e penas correspondentes noutros casos de infracção dos direitos de propriedade intelectual, especialmente quando essas infracções sejam cometidas deliberadamente e numa escala comercial”.

## I.2. A Diretiva n.º 98/71/CE

A Diretiva n.º 98/71/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de outubro de 1998, relativa à proteção legal de desenhos e modelos, foi o primeiro grande passo no sentido de uma harmonização europeia no âmbito da proteção de desenhos e modelos. A Diretiva, “[c]onsiderando que as diferenças existentes entre as legislações dos Estados-membros em matéria de protecção legal de desenhos e modelos [podem] produz[ir] efeitos directos sobre o estabelecimento e o funcionamento do mercado interno no que se refere aos produtos que incorporam desenhos e modelos”, reconhece “que essas diferenças podem dar origem a distorções da concorrência no mercado interno” (Considerando 2 da Diretiva). Assim, a Diretiva, atendendo à falta de harmonização em matéria de direitos de autor (Considerando 8 da Diretiva), convoca a si o objetivo de criar uma definição de desenho e modelo que funcione como patamar unificador da proteção conferida aos mesmos.

Com efeito, a ideia-base da Diretiva é a de criar condições-padrão para os Estados-membros de acesso à proteção da propriedade industrial, razão pela qual a mesma impõe não apenas a definição de desenho, como também os requisitos da respetiva proteção (Fittante, 2001: 533). Como se reconhece na própria Diretiva, “o cumprimento dos objectivos do mercado interno exige que as condições de obtenção de um desenho ou modelo registado sejam idênticas em todos os Estados-membros; que, para o efeito, é necessário dar uma definição unitária da noção de desenho ou modelo e dos requisitos em termos de novidade e carácter singular a que devem obedecer os desenhos e modelos registados” (Considerando 9).

Assim, nos termos do art. 1.º, al. a) da Diretiva, define-se como *Desenho ou modelo* “a aparência da totalidade ou de uma parte de um produto, resultante das características, nomeadamente de linhas, contornos, cores, forma, textura e/ou materiais do próprio produto e/ou da sua ornamentação”.

Todavia, para que o desenho ou modelo, tal como definido pela Diretiva, possa beneficiar de proteção terá de cumprir as condições estabelecidas no art. 3.º daquele diploma, ou seja, o seu registo (n.º 1 do art. 3.º), ser novo e possuir carácter singular (art. 3.º, n.º 2). O registo confere, assim, ao seu titular, o direito exclusivo de “o utilizar e de proibir a sua utilização por terceiros, sem o seu consentimento. Essa utilização abrange, em especial, o fabrico, a oferta, a colocação no mercado, a importação, a exportação ou a utilização de um produto em que esse desenho ou modelo foi incorporado, ou a que foi

aplicado, bem como a armazenagem desse produto para os mesmos fins”, nos termos do n.º 1 do art. 12.º da Diretiva.

O desenho ou modelo cumprirá o requisito da novidade se “nenhum desenho ou modelo idêntico tiver sido divulgado ao público antes da data do pedido de registo ou, se for reivindicada uma prioridade, antes da data de prioridade” (art. 4.º), tendo carácter singular na medida em que “a impressão global que suscita no utilizador informado diferir da impressão global suscitada nesse utilizador por qualquer desenho ou modelo divulgado ao público antes da data do pedido de registo ou, se for reivindicada uma prioridade, antes da data de prioridade” (n.º 1 do art. 5.º). Neste último ponto, importa salientar que, nos termos do n.º 2 do art. 5.º da Diretiva, na apreciação da singularidade do desenho ou modelo será tida em conta o grau de liberdade do criador na realização do desenho ou modelo.

Cumpridos os requisitos para a proteção conferida pelo direito sobre desenhos e modelos, a mesma dura por um ou mais períodos de cinco anos a contar da data do pedido de registo (art. 10.º). Aqui importa dar nota de que o período de proteção mínimo (um período de 5 anos) é inferior àquele definido no Acordo TRIPS (10 anos).

Ora, ainda que a Diretiva procure exaurir a necessidade e condições para a proteção de desenhos e modelos, não impõe aos Estados-membros a previsão de quaisquer sanções relacionadas com a violação dos direitos do titular dos desenhos e modelos, tendo, neste conspecto, deixado ampla liberdade de conformação aos Estados-membros.

### **I.3. A Diretiva n.º 2004/48/CE**

A Diretiva n.º 2004/48/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de abril de 2004, relativa ao respeito dos direitos de propriedade intelectual – igualmente conhecida como a Diretiva do *Enforcement* – engloba, também, nos termos do art. 1º, os direitos de propriedade industrial, promovendo, quanto a ambos, medidas e procedimentos cíveis e administrativos como meio de garantir o respeito pelos direitos de propriedade intelectual, não excluindo, todavia – mas não impondo –, a possibilidade de previsão de sanções penais (Considerando 28).

Aliás, a própria Diretiva reconhece que o “Acordo TRIPS contém, nomeadamente, disposições relativas aos meios para fazer respeitar os direitos de

propriedade intelectual, que constituem normas comuns aplicáveis no plano internacional e implementadas em todos os Estados-Membros” e, como foi referido *supra*, o próprio Acordo estabelece a imposição de sanções penais. Desse ponto de vista, a Diretiva, reconhecendo os compromissos derivados para os Estados-membros do Acordo TRIPS, incluindo as respetivas imposições de criminalização, pretende antes clarificar procedimentos e medidas protetivas, que não principalmente em termos penais.

Assim, nos termos do n.º 1 do art. 3.º, “Os Estados-Membros devem estabelecer as medidas, procedimentos e recursos necessários para assegurar o respeito pelos direitos de propriedade intelectual abrangidos pela presente diretiva. Essas medidas, procedimentos e recursos devem ser justos e equitativos, não devendo ser desnecessariamente complexos ou onerosos, comportar prazos que não sejam razoáveis ou implicar atrasos injustificados”.

De salientar que um dos pontos principais da Diretiva são as suas disposições em termos de prova (arts. 6.º e 7.º), pois que, também do ponto de vista processual penal, podem assumir relevância, ainda que se tratem de disposições não vinculativas neste âmbito.

Em termos globais, a Diretiva vem reforçar a necessidade de medidas de proteção dos direitos de propriedade intelectual e industrial, mas, ainda que fazendo acentuar esta necessidade, não dispõe em termos específicos sobre a matéria de desenhos ou modelos, nem, de outro ponto de vista, de infrações ou sanções penais, estando prevista – ainda que algo “adormecida” – uma Diretiva especificamente penal nesta matéria, ou seja, a Diretiva (penal) do *Enforcement* (Cruz, 2011: 894-896).

Uma breve nota para referir que a Diretiva de 2015, relativa às marcas, também não impõe sanções penais, antes procurando uma regulamentação mais exaustiva dos poderes conferidos aos titulares dos registos de marca.

Feitas estas considerações a propósito de diplomas internacionais, necessariamente breve, atento o escopo que a presente obra tem em mente, importa agora olhar, igualmente de forma abreviada, para algumas infrações previstas no CPI.

## II. ALGUMAS INFRAÇÕES PREVISTAS NO CPI

Em jeito de introdução, importa, desde já, adiantar os ilícitos penais e contraordenacionais que irão ser estudados. Deste modo, e no que aos ilícitos

penais diz respeito, considerar-se-ão as infrações de contrafação, imitação e uso ilegal de marca (art. 320.º) e as infrações referentes à venda ou ocultação de produtos (art. 321.º). Será, depois, feita uma reflexão sobre o art. 319.º, na medida em que tal norma protege o titular dos direitos relativos a desenhos ou modelos, sancionando a violação dos direitos exclusivos a eles referentes. E, em abono da verdade, diga-se que as escolhas levam em conta a importância dos desenhos e da marca em sede do Direito da Moda, o que aliás também casa na perfeição com as preocupações que acima se evidenciaram no que ao Direito Internacional diz respeito.

Assim, se o “desenho ou modelo designa a aparência da totalidade, ou de parte, de um produto resultante das características de, nomeadamente, linhas, contornos, cores, forma, textura ou materiais do próprio produto e da sua ornamentação” (teor do art. 173.º do CPI, em conformidade com o art. 1.º, alínea *a*) da Diretiva n.º 98/71/CE), daqui advindo a sua relevância para a problemática da moda, a marca é portadora de uma função essencial, qual seja a “função distintiva”: “a marca distingue e garante que os produtos ou serviços se reportam a uma pessoa que assume em relação aos mesmos o ónus pelo seu uso não enganoso” (Ferreira, 2008: 67 e s.). No entanto, ainda segundo Ferreira, a marca possui, igualmente uma “função derivada”, correspondente à “função de garantia de qualidade dos produtos ou serviços marcados” e uma outra “função complementar que é a função publicitária” (Ferreira: 2008, 68). Dentro desta linha dispõe o art. 208.º que a marca “pode ser constituída por um sinal ou conjunto de sinais suscetíveis de representação gráfica, nomeadamente palavras, incluindo nomes de pessoas, desenhos, letras, números, sons, cor, a forma do produto ou da respectiva embalagem, ou por um sinal ou conjunto de sinais que possam ser representados de forma que permita determinar, de modo claro e preciso, o objeto de proteção conferida ao seu titular, desde que sejam adequados a distinguir os produtos ou serviços de uma empresa dos de outras empresas”.

Por sua vez, sob o ponto de vista contraordenacional, atentaremos na concorrência desleal (arts. 311.º e 330.º), recordando, desde logo, que o art. 1.º do CPI salienta que a “propriedade industrial desempenha a função de garantir a lealdade da concorrência, pela atribuição de direitos privativos sobre os diversos processos técnicos de produção e desenvolvimento da riqueza”.

Ora, assim sendo, bem fica evidente a relevância da concorrência desleal no âmbito do Direito da Moda, sendo, todavia, certo que “a livre concorrência é considerada salutar ao desenvolvimento e progresso económico e social”, no



quadro de uma “economia de mercado aberta” (Campinos e Couto Gonçalves, 2015: 498).

## II.1. Os Crimes

### II.1.1. Visão Geral

As primeiras considerações a propósito dos crimes previstos no CPI e, por consequência, igualmente válidas em sede dos arts. 320.º (contrafação, imitação e uso ilegal de marca), 321.º (venda ou ocultação de produtos) e 319.º (violação dos direitos exclusivos relativos a desenhos ou modelos) prendem-se com o bem jurídico protegido. Considerações estas que, embora efetuadas no âmbito do anterior CPI, segundo o nosso juízo, permanecem atuais. Assim, por um lado, como nos dá conta Carriço, há autores que o identificam como sendo o “direito de uso e exploração exclusiva que o ordenamento jurídico confere ao titular de cada uma das modalidades da propriedade industrial” (Mendes Carriço, 2012: 12), situação em que se enxerga aqui um crime contra a propriedade, mais especificamente contra a propriedade industrial (Ferreira, 2008: 69). Por outro lado, há também teses defensoras de que estas normas protegem aquele direito e o dos consumidores. Em defesa da primeira posição, sai Ferreira, segundo o qual o legislador do CPI, ao criar o crime de contrafação de marca (aqui se incluindo os arts. 320.º e 321.º), pensou sobretudo na propriedade industrial e já não tanto na proteção dos consumidores, razão pela qual só de forma muito indireta a proteção daqueles perpassa os crimes em questão (Ferreira, 2008: 69).

Posição contraposta a esta é a defendida por Muñoz Conde, para quem os crimes relativos à propriedade industrial tutelam “uma concorrência leal entre os empresários que, ao mesmo tempo que possui um interesse patrimonial privado, tem também um conteúdo socioeconómico na medida em que incide igualmente sobre os direitos dos consumidores” (Muñoz Conde, 2015: 428). Quanto a esta questão, importa, por fim, ter presente que ela é igualmente debatida na jurisprudência nacional, tal como assinala Ferreira (Ferreira, 2008: 68 e ss.).

Os mencionados crimes previstos nos arts. 320.º e 321.º, a par do crime de fraude sobre mercadorias previsto no art. 23.º do diploma referente às infrações contra a economia e contra a saúde pública (Dec. Lei n.º 28/84, de 20 de

janeiro), têm vindo a gerar uma outra divergência jurisprudencial abordada por Ferreira (Ferreira, 2008: 63-100), qual seja a de saber, em certos casos, se a relação que estabelecem entre si é de concurso aparente ou de concurso efetivo. Defensor desta segunda posição é Ferreira (Ferreira, 2008: 65 e ss) e, segundo parece resultar da sua exposição, também Cruz (Cruz, 2011: 889), salientando este último que a jurisprudência mais recente dá igualmente amparo à solução do concurso efetivo.

Segundo se pensa ser legítimo concluir, se se entender que o bem jurídico protegido nos crimes de contrafação é somente a propriedade industrial, e já não outros direitos, e que o bem jurídico subjacente ao crime de fraude sobre mercadorias é a “tutela do património” dos consumidores “e da economia” (Ferreira, 2008: 63), o agente poderá responder por dois crimes (concurso efetivo) “quando, após a violação da propriedade industrial, o agente atinge o património do burlado ou, no caso do crime de fraude, põe em perigo o património do adquirente ao fazer passar por autêntica mercadoria contrafeita. Donde, este facto posterior é punível, já que o seu desvalor não se encontra integral e exaustivamente previsto no crime industrial” (Ferreira, 2008: 63). Dito isto, avança-se agora com a análise da primeira norma incriminatória.

### **II.1.2. Contrafação, Imitação e Uso Ilegal de Marca (art. 320.º)**

Em jeito de introdução à análise deste crime agora, no âmbito do novo CPI, é pertinente referir que precisamente um dos objetivos desta alteração foi melhor proteger a marca, o que se fez ampliando as modificações de conduta, alterando-as e acrescentando mais três alíneas, ao crime de contrafação.

Sob o ponto de vista do tipo objetivo de ilícito, nesta norma encontram-se previstas nove modalidades de preenchimento do tipo legal de crime, sendo que o elemento comum a todas elas é a falta de consentimento do titular do direito. Essas nove modalidades de conduta podem reconduzir-se à contrafação total ou parcial, à reprodução de marca registada e à sua imitação (alínea *a*)), e ainda às condutas que passam pelo “uso ilegal das marcas” (Ferreira, 2008: 70), de acordo com o previsto nas alíneas *b*), *e*), *f*), *g*), *h*) e *i*). Pune-se, ainda, a oferta ou a prestação de serviços sob marcas contrafeitas ou imitadas (alínea *c*)), bem como a importação, exportação, distribuição, colocação no mercado ou o armazenamento de produtos com marcas contrafeitas ou imitadas, com as finalidades ali descritas (alínea *d*)).

No fundo, o que esta norma prevê são diferentes modalidades de ataque à marca de um produto (aqui não tanto a marca de um serviço), enquanto “sinal ou conjunto de sinais suscetíveis de representação gráfica (...) desde que sejam adequados a distinguir os produtos ou serviços de uma empresa dos de outras empresas” (art. 208.º)

De referir que a ausência de consentimento, ao lado de qualquer uma das outras modalidades de conduta do crime em apreço constituem elementos do tipo objetivo. De acordo com Ferreira, “contrafacção de uma marca é uma cópia servil, uma reprodução daquela; imitação de marca é confusão, é semelhança com outra, é cópia não servil, pois não há mera reprodução (é um acto necessariamente criativo); uso ilegal é o de quem usa, não é imitar nem contrafazer, é usar numa acepção ampla da palavra, usar em vários sentidos – vender, transportar, importar, exportar, circular, etc. (uso no sentido de englobar uso descrito nos arts. 323.º e 324.º, ambos do CPI)” (Ferreira, 2008: 76).

Por conseguinte, para que o agente seja sancionado pela prática do crime em apreço urge que ele aja com dolo relativamente a todos os elementos do tipo. E, dada a ausência da previsão de punibilidade da negligência, o presente crime apenas conhece a culpa dolosa, seja qual for o tipo de dolo com que o agente atue, não sendo, em consequência, punível a negligência, conforme o art. 13.º do CP.

A pena revela gravidade média do ilícito, porquanto a de prisão vai até aos 3 anos de prisão e de multa até 360 dias.

### **II.1.3. Venda ou Ocultação de Produtos (art. 321.º)**

No que tange a esta norma, pune-se aquele que “vender ou ocultar para esse fim produtos que estejam nas condições referidas nos arts. 318.º a 320.º” (teor da norma).

Mais uma vez, o CPI cria um tipo legal de crime suscetível de conter mais do que uma modalidade de conduta e que passam pela venda ou pela ocultação dos produtos contrafeitos, exigindo ainda, como não podia deixar de ser, que o agente tenha conhecimento dessa mesma situação. Bem se vê, como assinala Isabel Mendes Carriço (2012: 44), ainda a propósito da norma correspondente do revogado CPI, que ela mantém com o artigo imediatamente anterior, uma relação de dependência, na medida em que se existir

“uma violação do direito ao exclusivo da marca, nomeadamente um acto de contrafacção ou imitação de marca registada, não poderá haver um crime de venda, circulação ou ocultação”.

Poder-se-ia discutir se o legislador andou bem ao equiparar, sob o ponto de vista da sanção penal, as duas modalidades de conduta aqui presentes, já que a pena é, em qualquer caso, de prisão até 18 meses ou multa até 120 dias. Com efeito, se o ato de vender pressupõe o recebimento de um preço (e, dentro dessa medida, um lucro para os agentes), já a conduta de “ocultação” do produto “consiste na acção de esconder os produtos contrafeitos” (Mendes Carriço, 2012: 45). E, o facto é que, segundo se crê, a primeira modalidade de conduta encerra um maior desvalor, sendo que na primeira o agente já lucrou com a venda e na segunda pode nunca chegar ao ponto de colocar o produto em circulação. Ou seja, o que se está a pretender significar é que, nesta segunda modalidade de conduta, a sanção penal é acionada em uma fase muito antecipada relativamente à primeira.

Cumpre, ainda, destacar que as condutas terão de ser necessariamente dolosas.

Por fim, e no que se refere à pena, o atual CPI manteve as anteriores. Assim e pese embora a de prisão tenha sofrido um aumento através da alteração introduzida pelo art. 187.º da Lei n.º 83/2017, de 18 de agosto – até aqui era pena de prisão até 1 ano ou pena de multa até 120 dias e com a mencionada alteração passou a ser pena de prisão até 18 meses, mantendo-se igual a moldura da multa –, considera-se baixa, dada a gravidade do crime em apreço.

#### **II.1.4. Violação dos Direitos Exclusivos Relativos a Desenhos ou Modelos (art. 319.º)**

Tal como salienta Campinos (2015: 518 e 514) a propósito do então art. 321.º (*Violação do exclusivo da patente, do modelo de utilidade ou da topografia de produtos semicondutores*), atual 319.º, também os titulares dos desenhos ou modelo “são detentores de direitos exclusivos” sobre os desenhos ou modelos, vendo assim sancionadas com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa até 360 dias as condutas daqueles agentes que os contrafezirem, adotando uma das condutas previstas na alínea *a*) do art. em apreço, bem como os agentes que se pretendam locupletar com a exploração de um desenho ou modelo pertencente a outrem (alínea *b*) ou com a importação ou distribuição

de desenhos ou modelos obtidos por qualquer um dos modos referidos nas alíneas *a)* e *b)* (alínea *e)*).

Portanto, mais uma vez se está perante um crime que assume várias modalidades de conduta, todas elas dolosas e que, para além de uma dessas modalidades, se exige ainda, enquanto elemento do tipo, a falta de consentimento do titular do direito.

A pena, por sua vez, igual à do crime de contrafação, imitação e uso ilegal de marca (art. 320.º), merece iguais considerações às anteriormente tecidas a propósito daquele tipo legal.

## II.1.5. Outras Questões Quanto aos Crimes

### II.1.5.1. A Natureza Processual dos Crimes

Os tipos legais de crime previstos no CPI assumem a natureza semipública, conforme se dispõe no n.º 1 do art. 328.º. E, com vista a um exercício mais efetivo de tal objeto, prevê-se, agora, no n.º 2 do tal artigo, que o órgão de polícia criminal, ou a entidade policial, informem o titular do direito de queixa desse seu direito, nos termos ali previstos. Refira-se igualmente que no art. 360.º, sob a epígrafe *Fiscalização e apreensão*, prevê-se a apreensão dos objetos em que se manifeste um crime do CPI, bem como dos materiais ou instrumentos que tenham sido predominantemente utilizados para a prática do crime em causa (teor do n.º 2). E, nessa sequência, de acordo com o novo n.º 3 do mesmo art., “independentemente de queixa, apresentada pelo ofendido, os órgãos de polícia criminal realizam um exame direto aos objetos apreendidos quando seja notório que estes não sejam fabricados ou comercializados pelo titular do direito ou por alguém com a sua autorização, podendo nos restantes casos a autoridade judiciária ordenar a realização de exame pericial”. Ora, daqui decorre que, não obstante os crimes em causa revestirem a natureza de semipúblicos (dependentes do exercício do direito de queixa), ainda assim os órgãos de polícia criminal e as autoridades judiciárias podem levar a cabo algumas medidas por sua própria iniciativa e assim incentivar os titulares do direito de queixa a proceder à sua apresentação (neste mesmo sentido, Campinos e Couto Gonçalves, 2015: 543).

A propósito deste art. 360.º, e depois de analisados os seus primeiros três números, parece não ser descabido pensar que o CPI quis proteger não

só o direito individual, mas também os interesses de quem se encontra no giro comercial. No entanto, ao analisar a questão do bem jurídico protegido pelos crimes de contrafação de marca, Ferreira salienta precisamente que a natureza semipública dos crimes reforça a convicção de que o escopo destes é a proteção da propriedade industrial (Ferreira, 2008: 69), facto esse que esta norma parece vir a colocar em crise.

De qualquer modo, se efetivamente o espírito do legislador em sede do art. 360.º foi dar guarida a outros interesses ou direitos dos consumidores, faria sentido que os crimes do CPI passassem a possuir uma natureza pública.

## II.2. As Contraordenações

### II.2.1. A Concorrência Desleal (arts. 311.º e 330.º)

Tal como outros autores já assinalaram, ao presente momento e com o CPI, resulta inquestionável a natureza contraordenacional da concorrência desleal, na medida em que tal infração se encontra assim classificada em sede CPI. Na verdade, esta infração é o pórtico de entrada dos ilícitos contraordenacionais do mencionado diploma legal. Assim, o art. 330.º, sob a epígrafe *Concorrência desleal*, dispõe que é “punido com coima de (euro) 5000 a (euro) 100000, caso se trate de pessoa colectiva, e de (euro) 1000 (euro) a 30000, caso se trate de pessoa singular, quem praticar qualquer dos actos de concorrência desleal definidos no art. 311.º”.

De referir que o art. 311.º, no seu n.º 1, elenca a título meramente exemplificativo, diferentes condutas que integram atos de concorrência desleal, facto que é evidente quando ali se usa o advérbio “nomeadamente”.

Concentrando-nos especificamente no art. 311.º, em concreto no seu n.º 1, resulta que constitui “concorrência desleal todo o ato de concorrência contrário às normas e usos honestos de qualquer ramo de atividade económica”, passando em seguida, nas suas diferentes alíneas, e como acima se disse, a elencar alguns comportamentos que a evidenciam. Saliente-se que Cruz coloca em evidência que o n.º 1 daquela norma se refere especificamente a uma atividade económica e não a qualquer outra, assim restringindo o campo de surgimento de tais contraordenações aos domínios daquela específica atividade (Cruz, 2011: 874).

Como bem salienta Campinos, não “é a concorrência entre os agentes que se visa proibir através desta norma (a concorrência *per se* é lícita e desejável

num sistema de economia de mercado), mas sim comportamentos desonestos e censuráveis entres os concorrentes” (Campinos e Couto Gonçalves, 2015: 498 e ss.).

Novamente com aquele autor urge, outrossim, não confundir a concorrência desleal com a ilícita, sendo certo que quando “estamos perante actos de concorrência desleal deparamo-nos com circunstâncias em que a concorrência é legalmente admitida e até desejada”; e, por sua vez, “quando a legislação proíbe em absoluto a concorrência, a violação dessas normas resume-se a actos de concorrência ilícita e não desleal” (Campinos e Couto Gonçalves, 2015: 500).

De referir, que, apesar de não estarmos no âmbito do direito penal, ainda assim, e dado que estamos perante um direito sancionatório regido pelos princípios da legalidade e da tipicidade (conforme o art. 1.º do Regime Geral das Contra-Ordenações), para que a contraordenação em apreço se verifique é necessário que estejamos perante um ato que se integre na definição dada pelo n.º 1, reiterando-se, todavia, que pode ser outra conduta que não uma daquelas que ali se encontram previstas nas diferentes alíneas.

Acresce, por fim, que, sem que se pretenda entrar em discussões quanto à culpa no âmbito do ilícito de mera ordenação social, ainda assim, se revela necessário que o agente atue com dolo relativamente a todos os elementos que compõem o tipo contraordenacional em análise.

Por força do disposto no n.º 2 do art. 311.º, à presente contraordenação são aplicáveis as medidas previstas no art. 345.º (*Providências cautelares*), ainda que “com as necessárias adaptações”.

Uma nota final possa dizer que o CPI revogado, em complemento do instituto da concorrência desleal, no art. 318.º previa uma contraordenação (embora o legislador não a classificasse expressamente, cremos que se tratava de um ilícito desta natureza dada a ligação com o artigo anterior) segundo a qual nos “termos do artigo anterior constitui acto ilícito, nomeadamente, a divulgação, a aquisição, ou a utilização de segredos de negócios de um concorrente, sem o consentimento do mesmo, desde que essas informações” sejam secretas de acordo com alínea *a*) da mencionada norma; que “tenham valor comercial pelo facto de serem secretas” (alínea *b*)); e que tenham “sido objecto de diligências consideráveis, atendendo às circunstâncias, por parte da pessoa que detém legalmente o controlo das informações, no sentido de as manter secretas” (alínea *c*). No fundo, tal contraordenação apresentava-se

como mais uma forma de concorrência desleal, punindo-se a violação de segredos de negócios – *know-how* (Campinos e Couto Gonçalves, 2015: 508).

Todavia, atualmente, parece-nos que o propósito do legislador do novo CPI foi o de rever tal ilícito e colocá-lo no atual art. 331.º, onde se encontram previstas várias modalidades de violação de segredo comercial protegido.

### **II.3. O Direito Subsidiário das Infrações ao CPI e as suas Sanções Acessórias**

No art. 316.º (Secção I, do Capítulo referente aos Ilícitos criminais e contraordenacionais do CPI) consagra-se a subsidiariedade do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de julho, referente às infrações antieconómicas e contra a saúde pública. Todavia, dado o seu teor (as normas daquele diploma aplicam-se “designadamente no que respeita à responsabilidade criminal e contraordenacional das pessoas colectivas e à responsabilidade por actuação em nome de outrem), Campinos e Couto Gonçalves (2015: 513), salienta que tal norma consente a dúvida quanto à subsidiariedade do mencionado diploma legal: se é todo ele que é de aplicação subsidiária e qual a razão pela qual o mencionado artigo se refere especificamente às normas sobre responsabilidade das pessoas coletivas e sobre a responsabilidade por atuação em nome de outrem.

Atualmente o art. 317.º dedica-se à previsão das sanções acessórias e à sua enumeração, de onde destacamos a perda de objetos pertencentes ao agente e o encerramento de estabelecimento, sem esquecer, entre outros, a publicidade da decisão condenatória. Subsiste também aqui uma remissão para o Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de janeiro e para o regime geral das contraordenações, a qual diz respeito aos pressupostos da aplicação das sanções acessórias aplicáveis aos crimes e às contraordenações do CPI (n.º 4 do art. 317.º). Em parte, foram, pois, superadas as observações de Cruz (2011, 890 e s.).

## **CONCLUSÃO**

Feito este percurso, podemos retirar três conclusões principais em matéria de infrações relacionadas com o Direito da Moda.

Em primeiro lugar, o ordenamento jurídico-penal português inclui os ilícitos penais impostos pelo Acordo TRIPS. Se é certo que em casos como



a referência a “pirataria” o ilícito penal nacional não obedece a uma estrita coincidência na designação, não deixa também de ser verdade que o conteúdo substancial pretendido pelo Acordo TRIPS se encontra respaldado nos diversos ilícitos que constituíram o objeto deste percurso. Deste modo, a proteção penal exigida pelo Acordo é amplamente lograda no direito português.

Em segundo lugar, na falta de uma específica Diretiva (penal) do *Enforcement*, o principal instrumento legislativo europeu a ter em conta no âmbito do Direito da Moda é a Diretiva de 1998, em que vem estabelecida uma definição de desenho e modelo que deve constituir patamar mínimo de harmonização entre os diversos Estados-Membros. Ora, atendendo ao disposto no art. 173.º do CPI, podemos também observar que o legislador português transpôs a definição em causa, assim respeitando o mencionado patamar mínimo.

Em terceiro lugar, e como balanço geral, podemos afirmar que as infrações aqui analisadas relacionadas com o Direito da Moda concedem proteção adequada e suficiente aos criadores e à indústria da moda. Ainda que a efetivação da proteção penal e contraordenacional possa suscitar algumas questões quanto à sua forma processual – se formas de processo comuns ou mais expeditas (Cruz, 2011: 897) – o direito nacional, para lá de uma ampla conformação com o direito internacional e europeu relevante, constitui um modelo de proteção penal e contraordenacional que corresponde às exigências hodiernas não só da moda, como da Propriedade Industrial em geral. Assim, “[m]esmo vindo a ser adoptada num futuro próximo uma Directiva relativa às medidas criminais, não é contudo previsível que a mesma venha a impor alterações muito relevantes na lei penal portuguesa em matéria de Propriedade Industrial – pelo menos, em face das medidas que se conhecem e que constam no existente projecto [Directiva do *Enforcement* penal]. Na verdade, pode dizer-se que Portugal já tem uma legislação «forte» neste domínio” (Cruz, 2011: 896), agora reforçada mais ainda com o novo CPI, embora valha a pena ter como pano de fundo, na problemática das infrações da moda, as dúvidas e o manifestado por Faria Costa, ainda no âmbito do anterior CPI, quanto ao facto de o direito penal ser chamado ao particular âmbito da propriedade industrial e da concorrência, bem como a preocupação que o autor manifesta em saber quais os bens jurídicos a proteger pelas sua normas incriminatórias (Faria Costa, 2003: 35).

## Referências Bibliográficas

- CAMPINOS, António e GONÇALVES, Luís Couto (2015). *Código da Propriedade Industrial Anotado*, 2.<sup>a</sup> Edição Revista e Atualizada. Coimbra: Almedina;
- CRUZ, Jorge (2011). *Comentários ao Código da Propriedade Industrial 2008*, III. Lisboa: Pedro Ferreira-Artes Gráficas, Lda., 2011;
- ACADEMIA DAS CIÊNCIAS DE LISBOA (2001). *Dicionário da Língua Portuguesa Contemporânea* II, Lisboa, Verbo;
- FARIA COSTA, José de (2003). “O Direito Penal e a tutela dos direitos da propriedade industrial”, in: OLIVEIRA ASCENSÃO, José de (coord.). *Direito Industrial*, III. Coimbra: Almedina, pp. 33-44;
- FERREIRA, João (2008). “Crime de contrafacção de marca e crime de fraude sobre mercadorias: unidade ou pluralidade de infracções?”, *Revista do Ministério Público*, N.º 113, pp. 63-100;
- FITTANTE, Aldo (2001). “The Acceptance of Directive 98/71/EC on the Legal Protection of Designs: Statutory Regulation N.º 95 which was passed by the Italian Council of Ministers on 2 February 2001”, *The European Legal Forum (E)* 8-2000/01, pp. 532-537. Disponível em <http://www.simons-law.com/library/pdf/e/229.pdf> (acedido a 23/06/2017).
- KIRCHNER, Andree e KIRCHNER-FREIS, Iris (2011). *Handbuch Moderecht*. Berlin: Erich Schmidt Verlag;
- LOPES ROCHA, Manuel (2009). “A Multiprotecção Jurídica”, *News LeXtter*, pp. 1-2. Disponível em: <[http://www.plmj.com/xms/files/newsletters/2009/Setembro/Direito\\_da\\_Moda1.pdf](http://www.plmj.com/xms/files/newsletters/2009/Setembro/Direito_da_Moda1.pdf)>, (acedido a 20/06/2017);
- MENDES CARRIÇO, Ana Isabel (2012). *A tutela penal dos direitos de propriedade industrial*. Lisboa: Universidade Católica. Disponível em: <<http://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/13681/1/A%20Tutela%20Penal%20dos%20Direitos%20de%20Propriedade%20Industrial.pdf>>, (acedido a 20/06/2017);
- MUÑOZ CONDE, Francisco (2015). *Derecho Penal – Parte Especial*, 20.<sup>a</sup> edición. Valencia: Tirant Lo Blanch.



# Moda e Direito Penal: A Construção da Legislação Brasileira sobre Joias e a Influência de Portugal

REGINA FERREIRA DE SOUZA\*

**Resumo:** A joalheria brasileira é internacionalmente reconhecida, o que se deve, dentre outros, às influências de Portugal, à riqueza natural do país, bem como à criatividade dos profissionais do setor. Por outro lado, basta uma consulta à história brasileira para se verificar que muitas foram as medidas protecionistas voltadas à ourivesaria e à joalheria, o que, sem dúvidas, fomentou a instalação de uma cultura da cópia. Tendo em vista se tratar de segmento economicamente relevante, merece ser visto com cuidado, sendo imprescindível observar sua trajetória histórica, suas necessidades, bem como suas vulnerabilidades, sobretudo aquelas de natureza penal.

**Palavras-chave:** direito da moda; direito penal; joalheria; direito autoral

**Abstract:** *The Brazilian jewelry market is the recipient of international recognition, which is due, among other factors, to its Portuguese influences, the wealth of its natural resources, as well as the creativity of the people working in this sector. However, one needs only to look at the Brazilian history to see that many protectionist instruments have been put into practice in the goldsmithery and jewelry making and commercialization, a strategy that has surely stimulated a copying habit in the market. Considering that this is an economically relevant sector, it must be analysed with care, including under consideration its historical path, its needs and its vulnerabilities, specially those of criminal nature.*

**Key-words:** *fashion law; criminal law; jewelry; author's law*

---

\* Doutoranda e Mestre em Direito Penal pela Universidade de São Paulo. Coordenadora da pós-graduação em Fashion Law da Faculdade Santa Marcelina. Joalheira Confeccionadora de Joias pelo Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial. Especialista em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de Salamanca. Especialista em Direito Penal Económico e Europeu pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Pós-graduada em Moda e Criação pela Faculdade Santa Marcelina. Advogada. (regina@souzavelludo.com.br).

## INTRODUÇÃO

Muitas são as heranças portuguesas presentes na cultura brasileira, as quais são notáveis, dentre outras, no idioma, na gastronomia e na religião. A chegada de Portugal em terra *brasilis*, não obstante a inevitável constatação de aspectos negativos decorrentes da colonização de exploração, aproximaram o Brasil do *modus* e da moda portuguesa e também de toda a Europa ocidental. Foi, por exemplo, por meio das caravelas portuguesas que aportaram relevantes movimentos artísticos efervescentes na Europa, tais como o renascimento e o barroco.

Se por um lado não se pode dizer que a moda portuguesa do tempo de colonização era propriamente original, uma vez que era fruto de inspiração ou cópia dos trajes e costumes franceses, por outro lado alguns satélites da moda (como a joalheria), acabaram por se desenvolver com grandeza em solo luso, o que naturalmente também veio a influenciar a ourivesaria brasileira.

O reconhecimento internacional da joalheria portuguesa tem como germe a descoberta, nos anos de 1693 a 1695, do ouro na região brasileira posteriormente denominada Minas Gerais. Daqui deriva o conhecido jargão de que foi o ouro brasileiro que fez a Revolução Industrial, uma vez que, em face do Tratado de Methuen, também denominado Tratado dos Panos e Vinhos, celebrado em 1703, a Inglaterra passou a ter o monopólio de venda de tecidos para Portugal e este, por sua vez, o privilégio exclusivo da venda de vinhos para Inglaterra. Não demorou muito para que Portugal passasse a custear a compra de tais tecidos com o ouro advindo do Brasil.

No que toca ao desenvolvimento do setor têxtil, diversos foram os entraves para que esse segmento se desenvolvesse no Brasil. Neste sentido, sintomática foi a proibição do uso de teares após Alvará expedido por Dona Maria I, também conhecida como “a louca”, o qual foi revogado apenas com a vinda de D. João VI e a Corte portuguesa para o Brasil, em 1808, oportunidade em que se consolidou a abertura dos portos às nações amigas, acarretando a aproximação, ainda maior, da cultura e hábitos presentes no estrangeiro, inclusive em relação à moda.

Somente após esse período de abertura é que a manufatura têxtil pôde se desenvolver, ainda que timidamente. Foram necessários muitos anos para que essa pudesse ser alçada como uma economia relevante. Segundo informe oferecido, em 2014, pela Associação Brasileira da Indústria Têxtil (ABIT), o Brasil é detentor da maior cadeia produtiva do Ocidente, sendo responsável

pela produção de fibras e confecções, representando 3,5% do Produto Interno Bruto (PIB) e 5,7% do valor total da produção da indústria de transformação. No mesmo sentido, foi responsável por 33 mil empresas com mais de 5 (cinco) funcionários, empregando 1,6 milhões de brasileiros.

Ainda em relação à moda, o Brasil hoje sedia o conceituado evento “São Paulo Fashion Week” e, no que se refere à joalheria, a exemplo da portuguesa, esta é internacionalmente reconhecida, sendo o país um dos quinze maiores produtores do mundo, cujo sucesso geralmente é atribuído à criatividade dos *designers* e à combinação de diferentes materiais. Do mesmo modo, diversos *designers* brasileiros vêm se destacando pela criação de joias ecológicas, também conhecidas como biojoias, o que na realidade ainda é um grande desafio, tendo em vista a vasta e problemática cadeia de produção que envolve esse ofício.

Há alguns anos atrás talvez não fosse necessário um maior debate sobre o direito na indústria da moda brasileira, a qual inclui vestuário e acessórios, por se revelar acanhada e pautada na inspiração e, por vezes, na cópia de *designs* estrangeiros. No entanto, o protagonismo que vem recebendo o Brasil, mormente as dificuldades econômicas enfrentadas na atual conjuntura, bem como tendo em vista os sinais de que o país irá crescer em originalidade, impõe conhecer melhor essa área, bem como suas peculiaridades e vulnerabilidades.

## I. O DESENVOLVIMENTO DAS ATIVIDADES CRIATIVAS NO BRASIL: O CASO DA OURIVESARIA

Ao longo dos anos, muitos foram os entraves enfrentados para que a moda brasileira pudesse dar seus primeiros passos sozinha. No período colonial, essas barreiras geralmente estavam relacionadas com as mais diversas políticas protecionistas adotadas, as quais acabaram por impedir o desempenho de determinadas atividades, tal como ocorrido no setor da metalurgia e nas manufaturas têxteis.

Relembre-se, nesse sentido, o Alvará expedido em 1785 por Dona Maria I, a qual, sob o argumento de que a diminuição da extração do ouro e de diamante tinha como causa a falta de obreiros e, portanto, supostamente preocupada com a evasão de mão de obra da lavoura e das minas para o setor têxtil, determinou o encerramento de quase a totalidade das tecelagens e fiações. Em realidade, ao que parece, a adoção desse e outros posicionamentos de restrições está diretamente relacionada ao receio de que o Brasil deixasse

de ser consumidor dos produtos portugueses e passasse a ser seu concorrente (Edmundo, 1932: 498)<sup>1</sup>.

Segundo o mencionado Alvará, somente poderiam ter o seu normal funcionamento os teares ou manufatura destinados à produção de panos grosseiros e de pouco valor, os quais eram endereçados aos escravos. Com essa barreira, o anseio de ter acesso a tecidos e vestimentas sofisticadas só poderia ser satisfeito com a chegada de mercadoria vinda do estrangeiro, a qual demorava meses para chegar. Quando chegava.

Assim, no Brasil, sintomaticamente, acostumou-se a compreender como belo tudo aquilo que provinha do exterior, ou melhor, o que vinha nas caravelas portuguesas. Vale dizer que nem sequer era bebida água da fonte original, uma vez que, tal como descrevem alguns historiadores, as pessoas “vestidas à Lisboa” que desembarcavam na colônia, na realidade, espelhavam-se na moda francesa. Sobre isso, salienta Edmundo (1932: 223-224): “nós vamos encontrar, assim, a Metropole, pela época do vice-reinado do Brazil, no Rio de Janeiro, de olhos postos na corte de Luiz XV, a copiar-lhe as elegancias de vestuário que aqui também, por vezes, lograram chegar vindas pelas náos de Lisbôa”.

Ou seja, nada, ou muito pouco era produzido em solo brasileiro e as mencionadas referências de moda, quando ancoravam, já eram tardias e certamente superadas do outro lado do Atlântico.

Esse contexto histórico contribuiu para que fossem escassos os estímulos para o desenvolvimento de atividades criativas. Deste modo, mesmo quando foi posto fim às restrições manufatureiras, a arte de criar algo novo não passou a ser (da noite para o dia) uma prioridade brasileira. Assim, a cópia tornou-se prática usual.

Não obstante essa realidade, no que tange ao desenvolvimento das criações manuais – tal como na ourivesaria – é de se reconhecer que as próprias circunstâncias fomentaram que essas se desenvolvessem com maior originalidade se comparadas com o segmento de confecção<sup>2</sup>. Esse ofício, demasiadamente

1 Segundo o autor, dentre outras vedações e imposições descritas em sentenças expedidas no período colonial, rememora-se aquela que determinava o desmate de algumas árvores brasileiras para que não concorresse com a riqueza do Oriente português, bem como aquelas que criavam impostos abusivos, que fechavam estradas de rodagem, que impediam a exploração de salinas, que determinavam o fechamento dos portos a qualquer estrangeiro, que proibiam o ofício de ourives, que fechavam indústrias nascentes.

2 Vale dizer que o artesanato brasileiro sempre foi algo riquíssimo em criatividade, embora desvalorizado para fins econômicos. Isto, pois, ante a impossibilidade de ter acesso a produtos destinados às classes mais abastadas, os indivíduos pertencentes às classes sociais menos favorecidas tratavam de aproximar

cobiçado, sempre teve o olhar atento da Corte portuguesa, tendo em vista o receio de que o ouro e outros materiais preciosos pudessem ser extraviados.

Neste sentido, a postura de desconfiança é perceptível em diversos Alvarás expedidos no período colonial, muitos dos quais também discriminatórios e seletivos, tendo em vista que reservavam algumas profissões apenas para determinadas pessoas. A exemplo disso, rememora-se o Alvará de 20 de outubro de 1621, o qual vedava a participação de negros, mulatos e índios nas atividades de ourivesaria, ainda que estes fossem forros. De igual modo, a proibição também era endereçada aos ourives, os quais não podiam ensinar o ofício para os indivíduos listados pela Coroa.

Com a vinda da família Real para o Brasil, em 1808, diversos joalheiros e lapidários portugueses migraram para a colônia e passaram a exercer com esmero seus ofícios, o que só fez crescer a profissão (Guedes, 1995: 27). A atuação desses profissionais não residia apenas na criação de adornos, mas sobretudo na transformação do ouro em objetos do cotidiano.

Isto, pois nas casas brasileiras o ouro fazia-se presente numa série de utensílios domésticos, tais como baixelas, talheres e travessas, cuja explicação, aponta Edmundo, está bastante relacionada com a necessidade de “capitalizar o cruzado ganho”. Ou seja, ante a ausência de casas bancárias, a forma encontrada para armazenar riqueza era a transformação do ouro e da prata em objetos que poderiam ser utilizados em circunstâncias financeiras deficitárias. Essa prática, descreve o autor, restou ameaçada com a determinação vinda do Reino que colocava fim nas atividades dos ourives, com fundamento de “que era em demasia o ouro trabalhado que ficava no Brasil, quando d'elle, afinal, tanta necessidade havia na Metropole” (Edmundo, 1932: 405-7).

Durante anos a atividade joalheira desenvolveu-se de maneira majoritariamente artesanal, isto é, o ser humano sempre se fez presente como força motriz em todas as etapas de confecção de uma peça; a sua atuação podia ser verificável desde o processo de fundição do metal, passando pela laminação, soldagem, cravação de pedras, até culminar no acabamento e polimento final de uma joia.

A automatização integral dessa atividade tardará a ser verificada, uma vez que ainda hoje se mostra bastante dependente do acabamento manual. Observa-se, por outro lado, que a tecnologia vem sendo empregada para fins de abreviar

---

seus materiais rudimentares aos objetos de desejo inalcançáveis por meio do desenvolvimento de uma série de técnicas manuais.



algumas fases do processo de produção. A título de exemplo, verifica-se que o mercado já assimilou a utilização de *softwares* que possibilitam a modelagem tridimensional de produtos, suprimindo etapas até então operacionalizadas de forma artesanal nas bancadas.

Do mesmo modo as manufaturas aditivas, conhecidas como impressoras 3D, e as máquinas de prototipagem estão cada vez mais presentes no setor. Isto, pois, facilitam a confecção desses produtos, evitando desperdício de materiais, e reduzem os custos e o tempo de produção, bem como aumentam a produção. Mais do que isso permitem que os *designers* desenvolvam projetos ainda mais criativos e arrojados, os quais, em razão da complexidade, seriam de difícil produção pelo método tradicional.

Algumas facilidades trazidas pela introdução de equipamentos tecnológicos possibilitaram maior celeridade na confecção de joias; ou seja, algumas etapas operacionalizadas manualmente foram substituídas por máquinas que abreviam o processo de elaboração desses produtos, embora, em sua maioria, ainda demandem a interferência humana na fase de acabamento. Do mesmo modo acentuaram a reprodução não autorizada, na medida em que esses mecanismos tecnológicos permitem a obtenção de resultados bastante próximos ao original.

## II. O *DESIGN* DE JOIA E VIOLAÇÃO DO DIREITO AUTORAL

O ordenamento jurídico brasileiro, a exemplo de grande parte das legislações mundiais, não confere proteção intelectual específica para as criações joalheiras. Nesse sentido, o Código de Propriedade Intelectual francês se destaca das demais legislações mundiais ao conferir proteção ao que denomina criações provenientes de indústrias sazonais, ou seja, protege “(...) os direitos dos autores sobre todas as obras do intelecto humano, qualquer que seja seu gênero, forma de expressão, mérito ou destino” e, expressamente, faz referência ao vestuário e à fabricação de adornos (artigo L112-2).

Como bem destaca Patrocínio Polo (2014: 67), a postura do legislador francês reflete um anseio de capturar o fato social-econômico da moda, uma vez que é um dos ícones definidores do caráter e da idiosincrasia francesa, a qual também tem grande importância econômica. A relevância desse segmento levou a que fosse redigida norma protetora para as criações de vestimenta, peleteria, roupa íntima, bordado, moda, calçado, luva, artigos de couro, a fabricação de tecidos de grande novidade ou especiais para a alta costura, a

produção de joias e calçados sob medida, assim como as fabricações de tecidos para a decoração de interiores<sup>3</sup>.

A normativa portuguesa relativa à violação de direito de autor não inclui como objeto de proteção as joias. No entanto, disciplina o Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos (CDADC) como formas de infração penal de direito autoral a usurpação (art. 195.º)<sup>4</sup>, a contrafação (art. 196.º), a violação de direito moral (art. 198.º), o aproveitamento de obra contrafeita ou usurpada (art. 199.º), punindo a prática desses crimes por negligência do agente<sup>5</sup>.

Não obstante a mencionada legislação apresentar formas de infração penal distintas, a punição de tais condutas é regrada pelo mesmo marco sancionatório, qual seja, “pena de prisão de até três anos e multa de 150 a 250 dias, de acordo com a gravidade da infração, agravadas uma e outra para o dobro em caso de reincidência, se o facto constitutivo não tipificar crime punível com pena mais grave” (n.º 1 do art. 197.º do CDADC).

No Brasil, em que pese a relevância económica do setor joalheiro, o *design* de joia não está incluído no rol exemplificativo de criações artísticas passíveis de proteção pela lei autoral<sup>6</sup>. No entanto, na apreciação de casos que envolvem produtos dessa natureza, ou seja, em se tratando de peças que reúnem caráter artístico, o judiciário brasileiro tende a interpretar que essas são suscetíveis de proteção autoral, uma vez que segundo o art. 7.º da Lei n.º 9.610/98, norma de natureza civil, “são obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro”<sup>7</sup>.

3 Sobre o temário, cf. Belhumeur, 2000: 44-45.

4 Especificamente no que tange ao tipo penal denominado de usurpação de direito autoral (artigo 195), verifica-se que diversas são as formas de infração. São elas: utilizar obra ou prestação sem autorização; divulgar ou publicar obra sem autorização; coligir ou compilar obras sem autorização; exceder os limites de autorização concedida e violar os direitos concedidos pelo autor a terceiro. Cf. Menezes Leitão, 2011: 299-302.

5 Nas lições de Oliveira Ascensão (1980: 296-297), “usurpar será tomar como própria obra alheia. O plágio será, neste sentido, a figura-padrão da usurpação”. No tocante à contrafação, descreve o autor, “tem o aspecto de uma atuação sobre obra alheia que continua a não se reclamar como própria”.

6 Neste sentido, tal como observa Deborah Marques de Sousa sobre as criações de moda: “(...) desde que originais e com anterioridade comprovada, vêm sendo protegidas pelo Direito de Autor, ainda que sem qualquer registo”. Marques de Souza, 2015: 107. Sobre o temário: Westin, 2013: 31.

7 Observa Hilda Retondo (1991: 985) que: “também as joias são obras de arte e são objeto de imitações a tal ponto que o público não distingue entre os originais e as cópias (nas quais se introduzem ligeiras mudanças para dissimular a apropriação ilegítima). A tarefa do juiz consistirá em distinguir a imitação de estilo (que é lícita) do plágio (que é ilícito)”.

O Código Penal brasileiro, no art. 184.º, *caput*, sanciona com pena de detenção de três meses a um ano, ou multa, a conduta de violar direitos de autor e os que lhe são conexos. Ainda na hipótese de a violação ter como intuito o lucro direto ou indireto, a legislação penal prevê pena de reclusão de dois a quatro anos, e multa. Por se tratar de norma penal em branco – isto é, que exige complementação por outra norma – a definição do que se compreende como direitos de autor deve ser apreciada consoante a mencionada lei civil, a qual, conforme declinado anteriormente, não inclui as peças de joalheria, no entanto, não veda sua proteção no rol taxativo do art. 8º<sup>8</sup>.

Em que pese não ser comum a utilização do termo contrafação para se referir à violação de direito autoral, disciplina a lei civil ser contrafação a reprodução não autorizada (art. 5.º, inciso VII, da Lei de Direito Autoral). Consoante observa Menezes Leitão (2011: 303), a contrafação pode ser subdividida em cópia servil e plágio, a primeira seria a duplicação grosseira do original, enquanto o plágio consistiria na reprodução de uma obra, no entanto, com alterações não suficientes para lhe atribuir individualidade própria.

A violação de direito autoral é comumente denominada como plágio, embora esta expressão não se apresente na Lei nº 9.610/98 e no texto penal. O plágio, segundo descreve Oliveira Ascensão (1980: 13) “(...) representa o principal banco de ensaios da noção. Não é plágio a mera cópia ou reprodução servil da obra alheia, é algo mais sutil: é um aproveitamento da essência criativa da obra anterior, embora apresentada com roupagem diversa”.

A evolução das novas tecnologias já vem oferecendo uma série de contribuições para esse segmento, mas ainda não é possível precisar quais problemas essas novas situações apresentarão. Ao que tudo indica, muitos serão os desafios em relação à propriedade intelectual, uma vez que essas novas tecnologias estão abreviando sobremaneira o processo de produção e consequentemente facilitam a reprodução não autorizada em curto período de tempo.

Desta forma, os *designs* de joias, a exemplo da legislação francesa, mereceriam ser rececionados pela legislação brasileira, uma vez que além de pertencerem

---

8 De acordo com o art. 8º do Código Penal Brasileiro “Não são objeto de proteção como direitos autorais de que trata esta Lei: I – as ideias, procedimentos normativos, sistemas, métodos, projetos ou conceitos matemáticos como tais; II – os esquemas, planos ou regras para realizar atos mentais, jogos ou negócios; III – os formulários em branco para serem preenchidos por qualquer tipo de informação, científica ou não, e suas instruções; IV – os textos de tratados ou convenções, leis, decretos, regulamentos, decisões judiciais e demais atos oficiais; V – as informações de uso comum tais como calendários, agendas, cadastros ou legendas; VI – os nomes e títulos isolados; VII – o aproveitamento industrial ou comercial das ideias contidas nas obras”.

a um setor economicamente relevante são um dos legados brasileiros no que tange à criatividade. Em outras palavras, há que se reformar a legislação brasileira quanto ao tema, conforme a experiência estrangeira.

### III. O COMÉRCIO DE JOIAS SOB VIGILÂNCIA

#### III.1. A Criminalização da Fraude no Comércio de Metais ou Pedras Preciosas

A profissão de ourives, embora valorosa e requisitada, sempre restou descoberta de regulamentações. Por outro lado, tendo em vista que esses profissionais lidam com matéria-prima de elevado valor económico, sempre estiveram sob constante vigilância, sendo possível constatar uma série de normas, inclusive de natureza criminal, voltadas à proteção dos compradores.

A ausência de correlação entre o material empregado na elaboração de uma joia e o descrito pelo seu confeccionador levaram a que o legislador brasileiro tivesse um especial cuidado em relação a tal conduta. Desta forma, no período colonial os ourives que se aventurassem a cravar pedras falsas ou a inserir ligas metálicas para falsificar peças de ouro ou prata eram reprimidos com sanções que iam do degredo até a morte<sup>9</sup>.

O tão temido Livro V das Ordenações Filipinas, – que vigorou no Brasil até o advento do Código Criminal do Império, em 1830 –, reservava severas punições aos “ourives que engastam pedras falsas ou contrafeitas, ou fazem falsidade em suas obras”. A punição para a cravação de pedras falsas era a de perda de todos os bens, sendo metade destinada à arca da piedade e a outra para o denunciante da prática. Note-se que bonificar o delator era uma das formas encontradas para desvendar práticas camufladas, tendo em vista o desafio de reconhecer a falsidade<sup>10</sup>.

9 Sobre a pena de degredo para o Brasil, descreve Edmundo, 1932: 514: “O código lusitano, quando o crime requintava e mais dura se devia tornar a pena, estabelecia imediatamente: degredo para o Brasil. Inteligente e sensato propósito que, arrancando o homem de onde ele só podia causar danos, o punha onde pudesse produzir alguma vantagem”.

10 Descrevia o Título LVI: “Mandamos que nenhum Ourives lavre ouro em obra sua, nem alheia, de menos quilates do que se lava na Moeda. Mas as peças, que comprarem, de ouro, que forem feitas fora do Reino, e que notoriamente parece que são de obra estrangeira, poderão vender, postoque não sejam de ouro dos ditos quilates, que corre. E primeiro que as vendão, as mostrarão aos Juizes de seu Officio, para verem a qualidade delas. E quando as venderem, será por a lei do ouro, de que as taes peças forem.1.

De igual modo, o ourives que falseasse suas obras embutindo liga metálica que reduzisse a qualidade do produto, bem como, nas obras por encomenda, introduzisse ouro ou prata baixa, era punido com o degredo para o Brasil ou, se a falsidade chegasse a um marco de prata, a pena era a morte<sup>11</sup>.

O Código Criminal do Império do Brasil, por sua vez, não trouxe qualquer criminalização específica aos Ourives. No entanto, a fraude poderia ser reprimida pelo art. 265.º, previsto no Título III (dos crimes contra a propriedade), Capítulo II (banca-rotta, estelionato, e outros crimes contra a propriedade), o qual descreve ser crime “Usar de qualquer falsidade para se constituir a outro em obrigação, que não tiver em vista, ou não puder contrahir. Desviar, ou dissipar em prejuízo do proprietário, possuidor, ou detentor, coisa de qualquer valor, que se tenha confiado por qualquer motivo com a obrigação de a restituir, ou apresentar”<sup>12</sup>.

Diferentemente do código anterior, o Código Penal de 1890 – *Codex Republicano* – compreendia ser crime de estelionato a conduta de “alterar a qualidade e o peso dos metaes nas obras que lhe forem encommendadas; substituir pedras verdadeiras por falsas, ou por outras de valor inferior; vender pedras falsas por finas, ou vender como ouro, prata ou qualquer metal fino objectos de diversa qualidade”. Estabelecendo como pena a “prisão cellular por um a quatro annos e multa de 5 a 20 % do valor do objecto sobre que recahir o crime”<sup>13</sup>.

O Código Penal de 1940, ainda atualmente em vigor no ordenamento brasileiro em sua Parte Especial, reservou aos crimes que versam sobre fraude no comércio uma qualificadora para aquele que, no exercício de atividade comercial,

---

Nem outrosi venderão peças de prata, ou ouro á olho, senão a pezo, nem farão manilhas de prata, ou ouro, sobre metal algum, qualquer que seja. 2. E mandamos, que Ourives algum, ou outra alguma pessoa não engaste, nem ponha pedra alguma falsa, ou contrafeita, assi como são Rubins, Diamantes, Esmeraldas, Safiras, Turquesas, Balaes, Jacinthos, Perolas, Alfojar grosso, ou miudo, nem outra alguma pedra, ou anel de ouro, ou de prata, nem em outra cousa, nem peça algum. E nenhum Ourives de ouro, ou de prata faça falsidade alguma nas obras de ouro, ou de prata que fizer para vender, metendo-lhes alguma liga, per que a lei, bondade e valia do ouro, ou prata seja abatida, nem mettão nas obras, que lhes mandarem fazer mais baixo ouro, ou prata, do que os donos das obras mandaram. E qualquer, que maliciosamente o contrario fizer, se a falsidade, que tiver feita, chegar á verdadeira valia de hum marco de prata, morra por isso. E não chegando á dita valia, seja degradado para sempre para o Brazil. E em cada hum destes casos sua fazenda será confiscada”. Pierangeli, 2001: 132.

11 Pierangeli, 2001: 132.

12 Pierangeli, 2001: 265.

13 Pierangeli, 2001: 312.

engane o adquirente ou consumidor alterando em obra encomendada “(...) a qualidade ou o peso de metal ou substituir, no mesmo caso, pedra verdadeira por falsa ou por outra de menor valor; vender pedra falsa por verdadeira; vender, como precioso, metal de ou outra qualidade”. A mencionada descrição típica, prevista no art. 175.º, § 1º, do diploma penal brasileiro, estabelece como sanção a pena de reclusão de um a cinco anos e multa.

Discussões existem na doutrina brasileira se o mencionado tipo penal teria sido revogado em face do advento da Lei nº 8.137/90, a qual dispõe no art. 7.º, inciso IX, ser crime contra as relações de consumo “vender, ter em depósito para vender ou expor à venda ou, de qualquer forma, entregar matéria-prima ou mercadoria, em condições impróprias ao consumo”, cuja pena é de detenção de dois a cinco anos ou multa. Compreende-se, segundo o Código de Defesa do Consumidor, art. 18.º, § 6º, inciso II, como impróprios ao uso e consumo “os produtos deteriorados, alterados, adulterados, avariados, falsificados, corrompidos, fraudados, nocivos à vida ou à saúde, perigosos ou, ainda, aqueles em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação”<sup>14</sup>.

Segundo Bitencourt, cuja opinião compartilhamos, não há que se falar em revogação tácita do referido dispositivo previsto no Código Penal. Isto, pois, de acordo com a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, a lei posterior revoga a anterior quando disciplina inteiramente a matéria nela contida e, no caso, a legislação posterior, qual seja, Lei nº 8.137/90, não regulamentou integralmente a matéria (Bitencourt, 2016: 320). Tendo em vista que tal discussão, embora relevante, desborda o aqui proposto não se ingressará numa análise mais detida. No entanto, o tracejado legislativo apresentado revela uma preocupação já antiga do legislador para com as fraudes que rondam este ofício.

Ao que tudo indica, isso se deve – dentre outros motivos – em razão da dificuldade de reconhecer o olho nu uma peça de joalheria adulterada. Verifica-se que na ourivesaria a identificação da originalidade geralmente demanda uma apreciação de profissionais especializados, por vezes acompanhada da utilização

---

14 De acordo com o artigo 18.º do Código de Defesa do Consumidor “Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com a indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas”.

de equipamentos ultra tecnológicos. Em termos concretos, necessita-se de perícia.

Note-se que nos últimos anos as empresas do segmento de moda têm adotado uma série de medidas para que os consumidores consigam diferenciar um produto original de uma mercadoria contrafeita. Dentre outros expedientes, os fabricantes solicitam aos adquirentes que se atentem aos materiais, à qualidade das ferragens, ao alinhamento das costuras alinhadas, entre outros. Os alertas sugeridos podem funcionar bem para produtos como bolsas e roupas, mas conforme apontado, é de difícil aplicação quando se trata de uma peça de joalheria.

Desta forma, por ser a vulnerabilidade do comprador maior quando da aquisição de uma peça com uma pedra falsa ou liga metálica diversa daquela que imagina estar adquirindo, ao que parece, justificaria uma maior reprimenda penal<sup>15</sup>. Do mesmo modo, o valor económico envolvido nestas mercadorias faz *jus* a que se estabeleça uma maior punição se comparada com aquela prevista no tipo simples de fraude no comércio, cuja pena é de seis meses a dois anos ou multa (Bitencourt, 2016: 320).

### III.2. Comércio de Joias e Lavagem de Dinheiro

A preocupação internacional em reprimir práticas delitivas de natureza económica levou a que diversas nações passassem a reprimir com maior rigor crimes como o de lavagem de dinheiro e o de corrupção. Neste sentido, em 1998, o Brasil promulgou a Lei n.º 9.613 de 03 de março de 1998, a qual se propõe a tratar “(...) sobre os crimes de ‘lavagem’ ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF, e dá outras providências”<sup>16</sup>.

A mencionada legislação passou a determinar quais as pessoas que estão sujeitas ao mecanismo de controle, ou seja, aquelas que têm por obrigação

15 Neste sentido, conforme Prado, 2014: 605-606: “a figura qualificada, no caso em epígrafe, sedimenta-se no fato de que o dano patrimonial é maior e, demais disso, na complexidade de se aferir a fraude, que é praticada por comerciantes especializados. Tais fatores fomentam um maior desvalor da ação, operando sobre a medida do injusto, já que a qualidade do sujeito ativo e a vulnerabilidade da vítima (hipossuficiente) aumentam a probabilidade de produção do delito”.

16 De acordo com o art. 15.º da Lei n.º 9.603/98, “o COAF comunicará às autoridades competentes para a instauração dos procedimentos cabíveis, quando concluir pela existência de crimes previstos nesta Lei, de fundados indícios de sua prática, ou de qualquer outro ilícito”.

identificar clientes e manter registros (art. 10.º), bem como comunicar operações financeiras (art. 11.º). Ainda estabelece sanções que vão de advertência e multa até a cassação ou suspensão de autorização para o exercício da atividade, operação ou funcionamento (art. 12.º)<sup>17</sup>.

De acordo com Badaró e Bottini (2012: 33), ante a impossibilidade do Estado de prevenir ou investigar os delitos de lavagem de dinheiro, o Poder Público se utiliza da colaboração das instituições privadas que atuam em setores mais sensíveis à prática desse crime<sup>18</sup>. Ainda segundo os autores, tais personagens “são caracterizados como *gatekeepers*, como *torres de vigia*, pois atuam ou tem acesso aos caminhos e trilhas pelos quais corre o capital oriundo da infração”.

Em seu bojo há uma especial preocupação quanto às atividades daqueles que, em caráter permanente ou eventual, como atividade principal ou acessória, comercializam joias, pedras e metais preciosos, objetos de arte e antiguidades (art. 9.º). Isto, pois, tais atividades envolvem o comércio de produtos de elevado valor unitário e, sobretudo no que se refere às joias, geralmente são pequenas e, portanto, mais fáceis de serem camufladas e transportadas.

Em 1 de junho de 2013 passou a vigorar a Resolução n.º 23 do Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF, a qual “dispõe sobre os procedimentos a serem adotados pelas pessoas físicas ou jurídicas que comercializam joias, pedras e metais preciosos”. De acordo com o seu art. 4.º, nas operações que envolvam montante igual ou superior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais), as pessoas que comercializam joias, pedras e metais preciosos têm por obrigação manter o cadastro de seus clientes e demais envolvidos, inclusive representantes e procuradores<sup>19</sup>.

A demonstrar que essa postura brasileira de monitoramento de alguns setores sensíveis integra parte de um movimento internacional de repressão e

---

17 A referida lei de lavagem de dinheiro apresenta três pilares: “Contém dispositivos relacionados ao controle administrativo dos setores sensíveis onde é mais frequente a prática de lavagem de dinheiro (aspectos administrativos) – com a identificação das pessoas e entidades privadas que devem colaborar com a fiscalização e identificação de práticas delitivas, das regras destinadas a elas, das sanções aplicáveis e dos órgãos públicos responsáveis pela organização da área de inteligência (organização e sistematização de dados e informações sobre atos e processos de lavagem de dinheiro). Apresenta, ainda, normas que tratam dos crimes e penas relacionadas ao crime em questão (aspecto penal material) e, por fim, dispositivos com regras de processo penal, com referência a medidas cautelares, meios de prova e outros institutos correlatos à persecução penal (aspecto processual penal)”. Cf. Badaró e Cruz Bottini, 2012: 36.

18 Badaró e Cruz Bottini, 2012: 32–33.

19 O registro, consoante o artigo 8º, deve conter, dentre outros, a identificação do cliente, descrição pormenorizada das mercadorias, valor da operação, data da operação, forma de pagamento e meio de pagamento.



prevenção da lavagem de dinheiro, relembre-se que, em Portugal, o Decreto-Lei n.º 325/95, no seu art. 8.º, inclui como entidades não financeiras com obrigação de identificar seus clientes aquelas que “(...) comercializem pedras e metais preciosos, antiguidades, obras de arte, aeronaves, barcos ou automóveis”<sup>20</sup>.

Na realidade, o setor joalheiro ainda está revestido de informalidade, sendo que muitos profissionais ainda operam na clandestinidade, o que enseja uma maior dificuldade de o Poder Público conhecer quem são esses profissionais e seus respectivos clientes. Frustra-se, assim, o objetivo primordial da cooperação privada, ou seja, de “(...) isolar o agente criminoso, afastá-lo dos profissionais que possam facilitar a prática da reciclagem, dificultar o uso do sistema financeiro e comercial formal para escamotear o produto ilícito e sensibilizar a sociedade para o desvalor de tais atos, capilarizando a obtenção de dados e informações sobre condutas suspeitas” (Badaró e Cruz Bottini, 2012: 33).

No Brasil, em face da ação penal conhecida “operação Lava Jato”<sup>21</sup>, o sub-mundo do escamoteamento de proveito de ilícito por meio da aquisição de joias acabou por vir a público, sobretudo em razão da identificação de que parte desses produtos haviam sido adquiridos por conceituadas empresas joalheiras. Os holofotes para o setor revelaram, uma vez mais, suas vulnerabilidades e a necessidade de uma maior regulamentação desse segmento.

## CONCLUSÃO

Em face das severas medidas protecionistas vividas pelo Brasil, este tardou a desenvolver-se em algumas áreas. Dentre outras, as manufaturas têxteis sofreram sensivelmente os impactos das decisões de restrições adotadas pela Coroa.

---

20 De acordo com a redação do Decreto-Lei n.º 325/95: “As entidades que comercializem pedras e metais preciosos, antiguidades, obras de arte, aeronaves, barcos ou automóveis devem proceder: a) À identificação dos clientes e das respectivas operações sempre que o montante pago em numerário seja igual ou superior a 500 000\$; b) À conservação de cópia ou referência dos documentos comprovativos da identificação, pelo período de 10 anos; c) À comunicação à entidade judiciária competente de operações que, nomeadamente pelos valores envolvidos ou pela sua repetição, pela situação económico-financeira dos intervenientes, ou pelos meios de pagamento utilizados, façam suspeitar da prática de actividades de branqueamento de capitais, outros bens ou produtos, logo que delas tenham conhecimento; 2 – À identificação dos contratantes é aplicável o disposto no n.º 2 do artigo 4.º”. Sobre a criminalização da lavagem de dinheiro em Portugal, *vide* Vitalino Canas, 201436.

21 Alcinha dada às medidas persecutórias penais encetadas pela Polícia Federal a partir de 2014, principalmente no âmbito da 13.ª Vara Federal Criminal de Curitiba e do Supremo Tribunal Federal, consubstanciando-se em um dos maiores casos criminais de corrupção e crimes econômicos do judiciário brasileiro.

Durante anos, ante a impossibilidade de poder fabricar têxteis de boa qualidade, o Brasil apenas consumia produtos provenientes da Europa e, portanto, demorou para que pudesse se destacar nesse setor. Consequentemente, a moda brasileira tardou a dar seus primeiros sinais de ineditismo.

Finalizadas as políticas restritivas, já se havia naturalizado com a ideia de que tudo que provinha do exterior era bom, quando, em realidade, não necessariamente era bom e belo, mas aquilo que naquele momento era possível de ter acesso.

Assim, longos foram os caminhos percorridos para que o setor têxtil e de confecção se destacasse e passasse a oferecer produtos genuinamente originais, o que se deve também às exigências do mercado, o qual sempre se pautou na busca de inspiração ou cópia dos produtos estrangeiros.

Por outro lado, a descoberta de metais e pedras preciosas em terra *brasilis*, somada com a vinda de Portugal de profissionais capacitados na arte de produzir joias, possibilitaram que a joalheira brasileira se desenvolvesse com maior protagonismo se comparada com os demais artigos de moda.

Hodiernamente a legislação brasileira no que tange à proteção autoral não recepciona os *designs* de joias como passíveis de proteção. Todavia, também não veda a tutela dessas criações. Essa postura assumida pelo legislador pátrio permite que o julgador, ao analisar o caso concreto, interprete no sentido de que o conceito de obra artística pode também incluir as criações joalheiras.

Em realidade, melhor seria a correção dessa omissão, tendo em vista a relevância econômica do setor e o exponencial aumento das reproduções não autorizadas, sobretudo em face do surgimento de novas tecnologias que permitem a obtenção de produtos bastante similares quase que simultaneamente à produção da peça original. Em outros termos, os *designs* de joias deveriam ser recepcionados pela lei de direito autoral brasileira.

O tracejado histórico permite-nos dizer que o comércio de joias sempre foi visto com olhos atentos, em razão do alto valor agregado desses produtos. Tanto é assim que a legislação brasileira, em diversas passagens, transparece a sua preocupação para com o comprador, reprimindo criminalmente aqueles que comercializam produtos diversos daqueles contratados.

Do mesmo modo, os comerciantes de joias estão incluídos pela lei de lavagem de dinheiro como sujeitos obrigados a identificar e manter registos dos seus clientes em operações cujo montante seja igual ou superior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Ou seja, em razão do elevado valor unitário das joias, as quais, geralmente são pequenas e de fácil ocultação e transporte, compreendeu o

legislador que essas poderiam ser usadas como forma de lavagem de dinheiro provindo de ilícito e, portanto, aqueles que atuam nesse segmento deveriam adotar cuidados especiais.

Pese embora uma notável preocupação em relação ao comércio joalheiro, pouco incentivo há para o desenvolvimento do setor, o qual ainda opera sobremaneira na informalidade. Desta forma, tendo em vista ser a atividade joalheira um dos maiores legados luso-brasileiros, ela deveria ser vista com maior acuidade.

## Referências Bibliográficas

- BADARÓ**, Gustavo Henrique; **CRUZ BOTTINI**, Pierpaolo (2012). *Lavagem de Dinheiro: Aspectos Penais e Processuais Penais. Comentários à Lei 9.613/1998, com as Alterações da Lei 12.683/2012*. São Paulo: Revista dos Tribunais;
- BELHUMEUR**, Jeanne (2000). *Droit International de La Mode*. Padova: Canova Treviso;
- BITENCOURT**, Cezar Roberto (2016). *Tratado de Direito Penal: Crimes Contra o Patrimônio até Crimes Contra o Sentimento Religioso e Contra o Respeito aos Mortos*. Vol. 3. São Paulo: Saraiva;
- EDMUNDO**, Luiz (1932). *O Rio de Janeiro no Tempo dos Vice-Reis (1763-1808)*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional;
- GUEDES**, Rui (1995). *Joalheria Portuguesa*. Lisboa: Bertrand Editora;
- MARQUES DE SOUZA**, Deborah Portilho (2015). *A Propriedade Intelectual na Indústria da Moda: Formas de Proteção e Modalidades de Infração*. Instituto Nacional da Propriedade Industrial;
- MENEZES LEITÃO**, Luís (2011). *Direito de Autor*. Coimbra: Almedina;
- OLIVEIRA ASCENSÃO**, José de (1980). *Direito Autoral*. Rio de Janeiro: Forense;
- PATROCINIO POLO**, Hugo de (2014). *Tauromaquia Y Propiedad Intelectual*. Madrid: REUS S.A.;
- PIERANGELI**, José Henrique (2001). *Códigos Penais Do Brasil: Evolução Histórica*. São Paulo: Revista dos Tribunais;
- REGIS PRADO**, Luiz R (2014). *Tratado de Direito Penal Brasileiro*. Vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais;
- RETONDO**, Hilda (1991). “Plagio, Falsificacion y Pirateria en la Propiedad Intelectual”. *I Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual: Derecho de Autor*

*Y Derechos Conexos en Los Umbrales Del Año 2000*. Madrid: Ministerio de Cultura, pp. 979-90;

VITALINO CANAS, José (2014). *O Crime de Branqueamento: Regime de Prevenção e Repressão*. Lisboa: Almedina;

WESTIN, Roberta. “Design de Moda: a legislação de direitos autorais brasileira está adequada à realidade desta indústria?”. In: Boletim ASPI. n.º 40, 2013, pp. 28-37.



# A Aplicação do Regime Jurídico da Publicidade ao Sector da Moda – Algumas Questões

ANA CLARA AZEVEDO DE AMORIM\*

**Resumo:** A publicidade assume um papel determinante no sector da moda, especialmente para efeitos da construção de valores simbólicos. A regulação do conteúdo e da forma das mensagens coincide hoje respetivamente com a proibição da discriminação em relação ao sexo e com as opiniões aparentemente pessoais manifestadas por líderes de opinião, em detrimento das modalidades tradicionais de ilícito publicitário. Acresce que a personalização da comunicação comercial em ambiente digital depende do recurso a instrumentos de recolha e tratamento de dados pessoais, que tendem a suscitar um problema de tutela da privacidade dos destinatários.

**Palavras-Chave:** Publicidade, consumidores, digital, privacidade.

**Abstract:** *Advertising has an important role in the fashion sector, mainly for the purposes of building symbolic values. The regulation of messages' content and form matches nowadays respectively with the prohibition of gender based discrimination and with the seemingly personal opinions put forward by opinion leaders, to the detriment of the traditional kinds of illegal advertising. Furthermore, the customization of commercial communication in the digital world depends on the use of collection and processing of personal data instruments, which tend to raise a problem in terms of recipients' privacy protection.*

**Keywords:** *Advertising, consumers, digital, privacy.*

---

\* Professora Auxiliar da Universidade Portucalense (aamorim@upt.pt).

## INTRODUÇÃO

A moda integra um sector de atividade caracterizado pela elevada concorrência e pelo carácter fragmentado, o que decorre nomeadamente da inexistência de barreiras comerciais, tecnológicas ou financeiras à entrada. No domínio do vestuário e do calçado, os produtos são frequentemente de baixo envolvimento, conduzindo a compras por impulso, dado que o risco percecionado pelos consumidores é quase sempre escasso.

A publicidade assume então um papel determinante no processo de comercialização, como instrumento da diferenciação dos profissionais e da própria dimensão simbólica do consumo, deixando de relevar apenas como mecanismo de escoamento da produção. Mas assume igualmente um papel determinante na construção das ideologias, tendências e expectativas dominantes em cada época histórica, especialmente quando abandona o recurso a argumentos de natureza técnica e funcional, relativos às características demonstráveis e aos benefícios decorrentes da utilização dos produtos, passando a convocar sobretudo a componente emocional da decisão de transação.

O regime jurídico da publicidade funda-se axiologicamente no art. 60.º da Constituição da República Portuguesa (doravante CRP), relativo à proteção dos consumidores, que abrange o direito à informação e a garantia dos interesses económicos (n.º 1), proibindo expressamente a “publicidade oculta, indireta ou dolosa” (n.º 2). Na medida em que a liberdade publicitária do anunciante assenta na liberdade de expressão e informação (art. 37.º da CRP) e na iniciativa económica privada (art. 61.º da CRP), a regulação da comunicação comercial – em especial, as restrições ao conteúdo e à forma das mensagens – deve, de acordo com o princípio da proporcionalidade, “limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos” (n.º 2 do art. 18.º da CRP).

Ao nível legislativo, resulta hoje sobretudo do Código da Publicidade (doravante CPub) e do regime jurídico das práticas comerciais desleais, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março (doravante DL PCD), na sequência da transposição da Diretiva 2005/29/CE. Tradicionalmente enquadrado no Direito do Consumidor, este regime jurídico da publicidade visa mais amplamente a proteção dos destinatários, onde cabem também os recetores efetivos que, apesar de não integrarem o público-alvo, são atingidos pela mensagem por estarem em contacto com o canal de difusão.

Importa salientar que no ordenamento jurídico português não existem normas em matéria de comunicação comercial especialmente aplicáveis ao sector da moda, ao contrário do que se verifica, por exemplo, no domínio da prestação de cuidados de saúde (DL n.º 238/2015, de 14 de outubro), dos medicamentos (arts. 150.º a 165.º do DL n.º 176/2006, de 30 de agosto), do crédito ao consumo (art. 5.º do DL n.º 133/2009, de 2 de junho) ou dos seguros (art. 7.º do DL n.º 176/95, de 26 de julho).

Depois de delimitado o conceito legal de publicidade, serão abordadas as principais questões suscitadas pela aplicação do regime jurídico: o conteúdo e a forma das mensagens, bem como as especificidades inerentes à publicidade na era digital.

## I. O CONCEITO LEGAL DE PUBLICIDADE

Influenciado pela orientação comunitária consagrada na Diretiva 84/450/CEE, o ordenamento jurídico nacional adotou uma noção ampla de publicidade, que é independente do “suporte utilizado para a sua difusão” (art. 1.º do CPub) e coincide com “qualquer forma de comunicação feita por entidades de natureza pública ou privada, no âmbito de uma atividade comercial, industrial, artesanal ou liberal, com o objetivo direto ou indireto de promover, com vista à sua comercialização ou alienação, quaisquer bens ou serviços” e de “promover ideias, princípios, iniciativas ou instituições” (n.º 1 do art. 3.º do CPub). Esta definição viria a ser reiterada pela al. a) do n.º 4 do art. 1.º da Lei n.º 6/99, de 27 de janeiro, que regula a publicidade domiciliária por telefone e por telecópia.

Desta forma, o legislador afastou a perspetiva tradicional, que faz depender a publicidade do recurso aos meios de comunicação de massas e da remuneração do titular do suporte. A par dos elementos objetivo e subjetivo, o conceito legal centra-se na finalidade persuasiva da mensagem, que tem sido maioritariamente privilegiada pela doutrina para efeitos da qualificação como publicidade (Ferreira de Almeida, 1985: 129). Ora, esta dimensão teleológica não coincide com a intenção do anunciante, nem com a natureza promocional percebida pelos destinatários. O que importa aferir é a idoneidade da mensagem para promover produtos ou serviços, bem como ideias, princípios, iniciativas ou instituições.

Assim, ficam hoje abrangidas pelo conceito legal de publicidade as modalidades emergentes da decadência dos meios de comunicação de massas, como a



venda porta-a-porta e a venda por correspondência, nomeadamente através de catálogos, que constituem as manifestações de marketing direto mais relevantes no sector da moda. Incluem-se também as relações públicas, tradicionalmente com carácter gratuito, cujo incremento tem assentado na credibilidade das mensagens que não são imediatamente percebidas como publicidade.

De facto, atenta a permanente evolução das modalidades de comunicação comercial, sobretudo na era digital, apenas uma noção ampla permite garantir cabalmente os “princípios da licitude, identificabilidade, veracidade e respeito pelos direitos dos consumidores” (art. 6.º do CPub). Pelo contrário, a opção por um critério formal – como as condições contratuais estabelecidas entre o anunciante e os meios, designadamente ao nível da remuneração do titular do suporte – sacrificaria injustificadamente a proteção dos destinatários.

Acresce que, ao transpor a al. *f*) do art. 2.º da Diretiva 2000/31/CE sobre comércio eletrónico, relativo à definição de comunicação comercial, o legislador afirmou, no preâmbulo do DL n.º 7/2004, de 7 de janeiro, que “é sempre e só a publicidade que está em causa”. A alusão à “comunicação publicitária em rede” no art. 20.º do referido diploma corresponde, por isso, a uma evolução terminológica relativamente ao conceito legal de publicidade, que lhe é substancialmente equivalente (Oliveira Ascensão, 2006: 26).

## II. O CONTEÚDO DAS MENSAGENS

### II.1. Proibição da Publicidade Enganosa

A regulação da comunicação comercial começa por se manifestar tradicionalmente na proibição da publicidade enganosa, que incide sobre o conteúdo das mensagens e constitui o objeto central do regime jurídico vigente. Ora, a proibição da publicidade enganosa representa um corolário do princípio da veracidade enunciado no n.º 1 do art. 10.º do CPub, segundo o qual “a publicidade deve respeitar a verdade, não deformando os factos”.

#### II.1.1. Enquadramento

A partir da segunda metade do século XX, perante os primeiros sinais de excesso de oferta na generalidade dos sectores de atividade, o escoamento de

uma produção indiferenciada e o crescimento do consumo passaram a estar dependentes da comunicação comercial de massas (*one-to-many*), que começou a generalizar-se não só na imprensa e no exterior mas também progressivamente na rádio, na televisão e no cinema.

O conteúdo das mensagens publicitárias coincidia então com o elogio do produto, que visava as suas características demonstráveis ou os benefícios decorrentes da sua utilização. No domínio do vestuário e do calçado, os anúncios invocavam frequentemente a durabilidade, a resistência, a qualidade dos acabamentos ou o rigor da confecção. Estas vantagens eram muitas vezes associadas aos materiais utilizados no fabrico ou à origem geográfica dos produtos, com especial enfoque na importação de Paris ou Londres, consideradas capitais europeias da moda. A composição e a proveniência constituíam, desta forma, argumentos destinados a reforçar as características invocadas. Em certos casos, os anúncios salientavam ainda o preço ou as condições de fornecimento dos produtos, aludindo designadamente a “preços reduzidos”, “preços de concorrência” ou “preços de fábrica”. Ou seja, a preocupação com o aumento da concorrência determinava o recurso a uma promessa publicitária, que incidia sobre as vantagens dos produtos face às alternativas existentes no mercado.

No quadro do modelo de comportamento desenvolvido pelas teorias económicas neoclássicas desde o século XIX, que postulam a racionalidade das decisões de consumo, este predomínio dos argumentos de natureza técnica e funcional permite a maximização da utilidade e a minimização dos custos. Assim se justifica que a proteção dos consumidores tenha frequentemente como instrumento o direito à informação, que a publicidade deve garantir, como resulta do seu enquadramento no n.º 4 do art. 7.º da Lei de Defesa do Consumidor, aprovada pela Lei n.º 24/96, de 31 de julho. Importava proteger a parte mais fraca da relação de consumo, acautelando a sua vulnerabilidade face ao profissional, resultante de uma reconhecida assimetria de informação e do desequilíbrio de poder de negociação, que constituem os fundamentos do próprio Direito do Consumidor.

Paralelamente, a proibição da publicidade enganosa assenta também na garantia dos interesses económicos, uma vez que a falta de correspondência entre a promessa publicitária – ou as expectativas criadas pela mensagem – e a realidade da oferta é suscetível de condicionar a decisão de transação. Em suma, estão em causa os direitos dos consumidores enunciados no art. 60.º da CRP.

É, por isso, o posicionamento técnico ou funcional face à concorrência que justifica historicamente a centralidade da proibição da publicidade enganosa

no regime jurídico vigente (Azevedo de Amorim, 2015: 169-170). Assim, o art. 10.º n.º 2 do CPub, relativo ao princípio da veracidade, postula que “as afirmações relativas à origem, natureza, composição, propriedades e condições de aquisição dos bens ou serviços publicitados devem ser exatas e passíveis de prova, a todo o momento, perante as instâncias competentes”. Também o art. 7.º do DL PCD, em matéria de ações enganosas, incide especialmente sobre “as características principais do bem ou serviço, tais como a sua disponibilidade, as suas vantagens, os riscos que apresenta, a sua execução, a sua composição, os seus acessórios, a prestação de assistência pós-venda e o tratamento das reclamações, o modo e a data de fabrico ou de fornecimento, a entrega, a adequação ao fim a que se destina e as garantias de conformidade, as utilizações, a quantidade, as especificações, a origem geográfica ou comercial ou os resultados que podem ser esperados da sua utilização, ou os resultados e as características substanciais dos testes ou controlos efetuados ao bem ou serviço” (alínea *b*) do n.º 1), bem como sobre “o preço, a forma de cálculo do preço ou a existência de uma vantagem específica relativamente ao preço” (alínea *d*) do n.º 1).

### II.1.2. Modalidades e Critérios de Aferição

A proibição da publicidade enganosa consta atualmente dos arts. 7.º a 9.º do DL PCD, resultantes da transposição dos arts. 6.º e 7.º da Diretiva 2005/29/CE relativos às ações e omissões enganosas, bem como dos pontos 1 a 23 do Anexo I, que preveem um conjunto de práticas comerciais consideradas desleais em quaisquer circunstâncias. A aprovação do regime jurídico das práticas comerciais desleais coincidiu com a introdução do art. 43.º do CPub, restringindo o âmbito de aplicação da disciplina da publicidade enganosa previsto neste diploma à “comunicação dirigida exclusivamente a profissionais”. Esta fragmentação normativa do ordenamento jurídico português em matéria de comunicação comercial obriga agora a distinguir as relações B2C ou *business-to-consumer* das relações B2B ou *business-to-business*. No quadro da aplicação do regime jurídico da publicidade ao sector da moda, relevam sobretudo as relações com consumidores finais.

A publicidade enganosa resulta, desde logo, da falsidade da informação veiculada pelo anunciante, que traduz uma desconformidade objetiva do conteúdo literal da mensagem com a realidade da oferta. Esta desconformidade

objetiva constitui a primeira vertente das ações enganosas, genericamente proibidas pelo art. 7.º n.º 1 do DL PCD. Por exemplo, na decisão de 18 de agosto de 2009, proferida no processo n.º 13J/2009, o Júri de Ética do Instituto Civil de Autodisciplina da Publicidade qualificou como publicidade enganosa relativa à existência do produto, para os efeitos do disposto na alínea a) do referido preceito, a difusão de um catálogo e de um conjunto de cartazes onde constava uma coleção de biquínis de uma marca italiana que não se encontrava disponível nas lojas em Portugal<sup>1</sup>.

Mas a publicidade enganosa resulta igualmente da frustração de expectativas ou da inexactidão da convicção dos consumidores face ao anúncio, mesmo perante informação factualmente correta, como resulta também do art. 7.º n.º 1 do DL PCD. Esta dimensão subjetiva, que corresponde à suscetibilidade de indução em erro, teve origem na conceção alemã de Concorrência Desleal consagrada no § 4 n.º 1 da *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb* de 1909, tendo sido posteriormente adotada, ao nível da União Europeia, no n.º 2 do art. 2.º da Diretiva 84/450/CEE e no n.º 1 do art. 6.º da Diretiva 2005/29/CE. Enquanto modalidade típica de engano, a suscetibilidade de indução em erro dos consumidores constitui hoje o núcleo fundamental do princípio da veracidade.

Ora, de acordo com uma conceção tradicional, a suscetibilidade de indução em erro abrangia ainda a publicidade enganosa por omissão, nomeadamente no caso das alegações publicitárias incompletas, quando o anunciante omitisse uma explicação adicional exigida pelo conteúdo da mensagem. A publicidade enganosa por omissão assentava, desta forma, numa violação do dever de esclarecimento e não do dever de informação, que seria insuscetível de provocar a indução em erro dos destinatários<sup>2</sup>.

Porém, com a transposição da Diretiva 2005/29/CE, o legislador veio fazer coincidir a verificação das omissões enganosas com a violação de uma menção legalmente obrigatória e com a apresentação de informação “de modo pouco claro, ininteligível ou tardio”, nos termos das als. *a)* e *b)* do n.º 1 do art. 9.º do DL PCD. Concretamente no que respeita ao sector da moda, pode estar em causa uma violação do dever genérico de exibição dos preços dos produtos ou serviços, previsto no DL n.º 138/90, de 26 de abril.

---

1 Decisão disponível no site da Auto Regulação Publicitária <<https://auto-regulacaopublicitaria.pt/>>, (acedido a 20 de novembro de 2017).

2 Na doutrina alemã, Oelffen, 2012: 49.

Entendida em sentido amplo, a publicidade enganosa abrange a confusão, que integra, segundo o disposto na al. *a)* do n.º 2 do art. 7.º do DL PCD, “qualquer atividade de promoção comercial relativa a um bem ou serviço, incluindo a publicidade comparativa, que crie confusão com quaisquer bens ou serviços, marcas, designações comerciais e outros sinais distintivos de um concorrente”. Incide sobre a identidade do produto ou serviço decorrente do recurso ao mesmo sinal distintivo (confusão direta ou imediata) mas também sobre a origem empresarial (confusão indireta ou mediata) e a existência de uma relação económica ou jurídica entre os agentes económicos (confusão em sentido amplo).

Acresce que a proibição depende, desde a aprovação do regime jurídico das práticas comerciais desleais, da distorção substancial do comportamento económico dos consumidores. Tributária da Defesa da Concorrência, esta cláusula de relevância resulta da preocupação com o desenvolvimento do Mercado Interno. Segundo a al. *e)* do art. 3.º do DL PCD, importa que a prática comercial “prejudique sensivelmente a aptidão do consumidor para tomar uma decisão esclarecida, conduzindo-o, por conseguinte, a tomar uma decisão de transação que não teria tomado de outro modo”. Ou seja, a distorção substancial verifica-se maioritariamente nas situações em que o consumidor celebra um negócio jurídico não tendo intenção de o fazer ou em moldes diferentes daqueles que melhor correspondem à satisfação das suas necessidades. No entanto, a proibição da publicidade enganosa não releva apenas como elemento suscetível de condicionar a decisão de transação, devendo hoje ser abordada também no contexto do efeito de atração exercido pelo anúncio sobre os destinatários.

No quadro da dimensão subjetiva da publicidade enganosa e da consagração de uma cláusula de relevância no regime jurídico das práticas comerciais desleais, o legislador europeu enunciou como critério de aferição o “consumidor médio, normalmente informado e razoavelmente atento e advertido, tendo em conta fatores de ordem social, cultural e linguística” (Considerando 18 da Diretiva 2005/29/CE). Assim, atende-se à atitude e aos conhecimentos, sobretudo ao nível da experiência e da aptidão necessárias para interpretar corretamente as mensagens, bem como da adoção de um comportamento ativo e responsável na procura de informação relativa ao produto ou serviço.

Paralelamente a este critério de aferição, a suscetibilidade de indução em erro deve ainda ser avaliada em função da integridade ou indivisibilidade da campanha publicitária, que determina uma análise qualitativa centrada na

impressão global, sem atender separadamente a cada uma das partes integrantes. Neste sentido, o engano incide sobre o significado mais imediato do anúncio, afastando-se eventuais interpretações subtis do seu conteúdo. É também a integridade ou indivisibilidade da campanha publicitária que determina a possibilidade de alguns elementos relevarem casuisticamente menos do que outros, por exemplo, quando através do recurso a letra excessivamente pequena o anunciante contradiz a parte captatória ou chamativa da mensagem (Cuesta Rute, 2002: 155).

## II.2. O Apelo a Sentimentos como Mudança de Paradigma

Num movimento de rutura com a publicidade tradicional, nos anos 80 e 90 do século XX, as campanhas da Benetton passaram a adotar como principais temas as questões raciais e a xenofobia, os conflitos armados, a SIDA e as agressões ambientais, que constituíam alguns dos assuntos políticos e sociais mais controversos (Veríssimo, 2001: 46-47). Na medida em que o conteúdo das mensagens deixou de ter conexão com o produto, a doutrina e a jurisprudência alemãs desenvolveram o conceito de publicidade chocante, justificado ao abrigo do princípio da prestação (*Leistungswettbewerb*), segundo o qual a concorrência entre agentes económicos deve assentar em elementos objetivos da oferta, como a qualidade e o preço.<sup>3</sup> Este princípio da prestação fundou a proibição do apelo a sentimentos na comunicação comercial, dominante pelo menos até ao final do século XX.

No entanto, a constatação do carácter funcionalmente indiferenciado das várias ofertas disponíveis e a recusa do modelo de comportamento desenvolvido pelas teorias económicas neoclássicas determinaram uma mudança de paradigma ao nível do conteúdo das mensagens publicitárias, que deixam de se centrar nas características demonstráveis e nos benefícios decorrentes da utilização do produto, para passarem a incidir sobre as necessidades e os desejos mas também as motivações, a personalidade e os estilos de vida dos consumidores. A comunicação comercial potencia, desta forma, a diferenciação

---

<sup>3</sup> Considerando a ausência de conexão com o produto, o conceito de publicidade chocante foi desenvolvido na decisão do Oberlandesgericht (OLG) de Frankfurt de 13 de agosto de 1992, relativa a uma campanha da Benetton que incidia sobre as condições do transporte de pessoas em África. Foi igualmente abordado de forma paradigmática nas decisões do Bundesgerichtshof (BGH) de 6 de julho de 1995, a propósito da difusão de imagens de um pato contaminado com óleo e de doentes infetados com SIDA.

emocional ou simbólica face à concorrência, que é especialmente significativa no sector da moda, como demonstra hoje a generalidade dos anúncios no domínio do vestuário e do calçado, bem como da joalheria e da cosmética.

Na verdade, o posicionamento face à concorrência não assenta atualmente nos elementos objetivos enunciados no art. 7.º do DL PCD em matéria de ações enganosas – como as vantagens, os riscos, a execução, a composição, o modo de fabrico, as garantias de conformidade, as utilizações, quantidade, as especificações e a origem geográfica – que são pacificamente reconhecidos pelo mercado como pressupostos genéricos da própria comercialização dos produtos. Não assenta também, em regra, no preço e nas condições de fornecimento dos bens ou da prestação dos serviços.

Neste contexto, desenvolve-se igualmente a comunicação de marca, que visa criar envolvimento através de associações positivas suscetíveis de acrescentar valor e significado à vida dos consumidores. Este envolvimento potencia a repetição da compra, mesmo face à dificuldade de construir relacionamentos de longo prazo com os consumidores, verificada em alguns sectores de atividade. Os anúncios salientam agora elementos extrínsecos aos produtos, convocando, designadamente, os efeitos subjetivos gerados pelo consumo, a experiência resultante da compra e as emoções sociais, que potenciam a escolha de marcas capazes de conferir um determinado estatuto ou de favorecer a aceitação do indivíduo num grupo de pertença ou de referência. Assim se justifica, por exemplo, a alusão frequente ao prestígio no segmento de luxo, em especial relativamente a bens com elevada visibilidade.

É também no quadro desta mudança de paradigma que a publicidade passa a recorrer predominantemente a imagens, cujo impacto mais direto e mais imediato é reconhecido face ao texto escrito. As imagens têm ainda a vantagem de constituir uma linguagem universal, o que releva especialmente numa época histórica que coincide com a globalização da atividade desenvolvida no sector da moda. Acresce que a eficácia da comunicação comercial depende agora sobretudo da criatividade e do impacto criado nos destinatários e já não do carácter repetido e permanente dos anúncios.

### **II.2.1. A Transição para uma Nova Abordagem Jurídica**

Com a generalização do apelo a sentimentos na comunicação comercial, diminui progressivamente o âmbito de aplicação do regime jurídico vigente,

centrado na proibição da publicidade enganosa. De facto, as mensagens invocam atualmente sobretudo benefícios emocionais e simbólicos dos produtos, que não correspondem às alegações “exatas e passíveis de prova” sobre as quais incide o n.º 2 do art. 10.º do CPub. Como reconhece a doutrina maioritária, a aplicabilidade do princípio da veracidade restringe-se às expressões concretas e comprováveis, que aludem a circunstâncias objetivas, excluindo apreciações subjetivas, como os juízos estéticos ou as considerações relativas a gostos pessoais (Fernández-Nova, 1975: 378). A aplicabilidade subsiste, porém, segundo alguns autores, quando as alegações possam ser percebidas pelos destinatários como referências objetivas (Micklitz, 2006: 836).

Na sequência da referida mudança de paradigma ao nível do conteúdo das mensagens, encontra-se ultrapassada a distinção entre publicidade informativa e publicidade persuasiva ou sugestiva, que assentava na prevalência de argumentos de natureza técnica ou funcional dominante na comunicação comercial até à década de 70 do século XX. Na verdade, toda a comunicação comercial é hoje eminentemente persuasiva ou sugestiva, tendo também um conteúdo informativo mínimo, que incide pelo menos sobre a existência do produto ou serviço anunciado.

Desta forma, começa a verificar-se igualmente uma redefinição da própria publicidade, que na al. *a)* do n.º 1 do art. 20.º do DL n.º 7/2004, de 7 de janeiro, para efeitos do comércio eletrónico, exclui já as “mensagens que se limitem a identificar ou permitir o acesso a um operador económico ou identifiquem objetivamente bens, serviços ou a imagem de um operador, em coletâneas ou listas, particularmente quando não tiverem implicações financeiras, embora se integrem em serviços da sociedade da informação”. O alcance prático desta opção legislativa coincide com a descrição dos produtos nos sítios eletrónicos que funcionam como ponto de venda.

Mas na transição para uma nova abordagem jurídica da publicidade no sector da moda, releva sobretudo a liberalização do apelo a sentimentos, dado que não existe no ordenamento constitucional português fundamento para uma proibição genérica. Afastada a crença na racionalidade das decisões de consumo, a mera ausência de conexão com o produto – que caracterizava a publicidade chocante e que se verifica frequentemente no marketing viral – parece constituir uma opção legítima do anunciante, cuja liberdade publicitária se funda axiologicamente na liberdade de expressão e informação (art. 37.º da CRP) e na iniciativa económica privada (art. 61.º da CRP). Daqui decorre que sendo inerente à dimensão emocional e simbólica do posicionamento, o



apelo a sentimentos na comunicação comercial não determina a existência de uma categoria de ilícito publicitário, aplicável genericamente na ausência de outras valorações<sup>4</sup>.

Esta tendência de liberalização do apelo a sentimentos na comunicação comercial tem apenas como exceções a exploração do medo, da ansiedade, da insegurança ou do sentimento de culpa dos destinatários, que integra o conceito de coação para efeitos da qualificação como práticas comerciais agressivas (art. 11.º do DL PCD), bem como a violação do princípio da licitude, com uma aplicabilidade significativa no sector da moda.

### II.2.2. A Violação do Princípio da Licitude

Face ao aumento exponencial da concorrência num contexto de internacionalização dos mercados, o apelo a sentimentos redundava por vezes numa desconformidade com o n.º 1 do art. 7.º do CPub, que proíbe “a publicidade que, pela sua forma, objeto ou fim, ofenda os valores, princípios e instituições fundamentais constitucionalmente consagrados”. Entre as hipóteses de violação do princípio da licitude consagradas a título exemplificativo encontram-se os casos em que a mensagem “estimule ou faça apelo à violência, bem como a qualquer atividade ilegal ou criminosa” (al. *b*) do n.º 2) e “contenha qualquer discriminação em relação à raça, língua, território de origem, religião ou sexo” (al. *d*) do n.º 2).

A publicidade sexista constitui a hipótese mais frequente de violação do princípio da licitude no sector da moda, por exemplo, quando os anúncios associam a imagem da mulher a comportamentos estereotipados ou a colocam numa posição de subjugação face ao homem, perpetuando conceções enraizadas na sociedade. A proibição funda-se no princípio da igualdade e no direito à proteção contra “quaisquer formas de discriminação”, enunciados respetivamente no art. 13.º e no n.º 1 do art. 26.º da CRP.<sup>5</sup> Aliás, constava já expressamente do art. 23.º do CPub de 1980 e do art. 23.º do CPub de 1983 a proibição de “veicular a ideia de inferioridade ou subalternidade da mulher em relação ao homem ou reduzir a mesma ao seu papel doméstico tradicional”

---

4 Desenvolvidamente, Azevedo de Amorim, 2017a: 422.

5 Desenvolvidamente, Azevedo de Amorim, 2017b: 239.

(n.º 1) e de utilizar a “imagem da mulher como mero objeto da promoção de bens ou serviços de que não é exclusiva consumidora” (n.º 2).

Esta preocupação resulta também da *Resolução sobre o impacto do marketing e da publicidade na igualdade entre homens e mulheres*, de 3 de setembro de 2008, onde o Parlamento Europeu afirmou que “a publicidade que veicula mensagens discriminatórias e/ou degradantes com base no género e em todas as formas de estereótipo de género constitui um obstáculo a uma sociedade moderna e igualitária”. Posteriormente, no *Relatório sobre o impacto da publicidade no comportamento dos consumidores*, de 23 de novembro de 2010, o Parlamento Europeu voltou a reconhecer a necessidade de garantir “o respeito da dignidade humana, sem discriminações de género, religião ou convicções, deficiência, idade ou orientação sexual” (ponto 32).

Verifica-se, assim, progressivamente, uma transição para a centralidade do princípio da licitude na regulação do conteúdo das mensagens no sector da moda, em detrimento da tradicional proibição da publicidade enganosa. Neste contexto, importa ainda referir a reação espontânea do mercado, entendido num sentido subjetivo amplo, que abrange os intervenientes diretos na troca de produtos ou prestação de serviços, bem como os destinatários das mensagens publicitárias, nomeadamente os recetores efetivos. Manifestada hoje sobretudo em ambiente digital, esta reação espontânea do mercado, que traduz a consciência ética da comunidade, integra um relevante mecanismo sancionatório informal, cuja celeridade e eficácia superam a tutela pela via administrativa ou judicial e até a autorregulação. Para além de determinar, em regra, a cessação voluntária do ato ilícito pelo anunciante, a reação espontânea do mercado condiciona as decisões de consumo e influencia a perceção emocional e simbólica da marca pelo público em geral, o que pode corresponder a uma afetação da reputação económica do profissional e a uma efetiva diminuição do seu volume de negócios.

### III. A FORMA DAS MENSAGENS

#### III.1. Proibição da Publicidade Oculta

Nos termos do n.º 1 do art. 8.º do CPub, “a publicidade tem de ser inequivocamente identificada como tal, qualquer que seja o meio de difusão utilizado”. Integrado no princípio da veracidade em sentido amplo, o princípio

da identificabilidade representa uma exigência de transparência relativa à forma ou configuração externa das mensagens, permitindo que os destinatários tenham consciência da finalidade promocional do anunciante.

Definida no n.º 1 do art. 9.º do CPub, a publicidade oculta integra o recurso a “meios dissimuladores que explorem a possibilidade de transmitir publicidade sem que os destinatários se apercebam da natureza publicitária da mensagem”. Por esta via, o anunciante procura evitar a tendencial resistência dos destinatários face à finalidade promocional das mensagens. Ou seja, na publicidade oculta, “o público, julgado perante uma informação imparcial e desinteressada, mais facilmente será objeto de persuasão” (Moitinho de Almeida, 1974: 87).

Ora, na sequência da transposição da Diretiva 2005/29/CE, a publicidade oculta passou a ter, no ordenamento jurídico nacional, um duplo regime sancionatório, resultante da sobreposição do referido n.º 1 do art. 9.º do CPub e do regime jurídico das práticas comerciais desleais, que incide sobre a “motivação da prática comercial” ou a “intenção comercial”, respetivamente na al. c) do n.º 1 do art. 7.º do DL PCD relativo às ações enganosas e na al. c) do n.º 1 do art. 9.º do DL PCD em matéria de omissões enganosas.

A violação do princípio da identificabilidade assenta tradicionalmente na objetividade percebida da informação, que contribui para promover uma imagem favorável dos produtos junto dos destinatários, sem um apelo direto ao consumo. Releva especialmente a hipótese em que a comunicação comercial é difundida sob a forma de notícias ou reportagens jornalísticas, por exemplo, a propósito do lançamento de novas coleções, da celebração de parcerias entre marcas ou da presença de determinadas personalidades em eventos de moda. Beneficiando da aparente neutralidade das fontes, os anunciantes começaram por aproveitar a credibilidade dos meios de difusão – em especial, da imprensa – para divulgar as características demonstráveis ou os benefícios decorrentes da utilização dos produtos.

Na publicidade redacional, que constitui uma modalidade típica de publicidade oculta, o anunciante confere à mensagem uma aparência informativa. A proibição da publicidade redacional resulta hoje especialmente da alínea n) do art. 8.º do DL PCD, que qualifica como prática comercial enganosa em qualquer circunstância “utilizar um conteúdo editado nos meios de comunicação social para promover um bem ou serviço tendo sido o próprio profissional a financiar essa promoção quando tal não for indicado claramente no conteúdo ou resultar de imagens ou sons que o consumidor possa identificar com clareza”.

A publicidade oculta surge, assim, numa primeira fase, ainda no quadro do recurso a argumentos de natureza técnica e funcional, como instrumento da racionalidade das decisões de consumo. Só posteriormente, a tendência de segmentação do mercado e de especialização dos próprios meios de comunicação, que se verifica em Portugal sobretudo a partir do final dos anos 80 do século XX, com o aparecimento das revistas femininas, viria a determinar a emergência das relações públicas centradas no envolvimento afetivo e sensorial.

A segmentação permite abordar de forma fragmentada vários mercados homogêneos de pequena dimensão, em função de fatores de natureza geográfica e sociodemográfica – como o sexo, a idade, a escolaridade, o estado civil, a atividade profissional, o rendimento disponível e a composição do agregado familiar dos destinatários – relevando também mais tarde uma dimensão psicográfica, que abrange designadamente a análise das atividades, dos interesses e das opiniões em matéria social, política, económica ou cultural. Desta forma, os profissionais abandonam progressivamente a conceção massificada e indiferenciada do mercado, passando a dirigir as mensagens publicitárias a um público-alvo claramente identificado (*one-to-few*). Esta estratégia de abordagem do mercado verifica-se hoje no domínio do vestuário e do calçado, bem como da joalheria e da cosmética<sup>6</sup>.

Com a generalização do recurso à Internet como suporte publicitário, os anunciantes passam a recorrer frequentemente a blogues pessoais para promover uma imagem favorável dos produtos. Na medida em que o efeito persuasivo da comunicação comercial depende aqui da identificação dos destinatários com as motivações, a personalidade e os estilos de vida veiculados pelos líderes de opinião, a mensagem tende a surgir sob a forma de opiniões aparentemente pessoais, que simulam o relato desinteressado de uma experiência de consumo. A relevância dos blogues pessoais como instrumento publicitário no sector da moda resulta da constatação da eficácia dos pares e das fontes não comerciais na criação de associações positivas na mente dos consumidores, passando os anunciantes a beneficiar da credibilidade dos líderes de opinião escolhidos e da fidelidade dos destinatários (Casco e Caballero, 2006: 282). Em suma, está já em causa a dimensão emocional e simbólica da comunicação comercial.

À semelhança da publicidade redacional, as opiniões aparentemente pessoais integram também uma prática comercial enganosa em qualquer

---

<sup>6</sup> Na doutrina norte-americana, Solomon e Rabolt, 2008: 249.

circunstância, nos termos da alínea *ab*) do art. 8.º do DL PCD, que proíbe “alegar falsamente ou dar a impressão de que o profissional não está a agir para fins relacionados com a sua atividade comercial, industrial, artesanal ou profissional ou apresentar-se falsamente como consumidor”.

Assim, nos casos em que a mensagem é emitida por um terceiro, a qualificação como publicidade fica dependente da possibilidade da sua imputação ao anunciante. Ou seja, para além dos elementos objetivo, subjetivo e teleológico, relevantes nos termos do disposto no n.º 1 do art. 3.º do CPub, importa hoje distinguir entre a comunicação espontaneamente gerada pelos consumidores e a comunicação provocada pelos próprios profissionais. A distinção é especialmente significativa no recurso aos blogues pessoais. Neste sentido, a existência de uma contraprestação económica deve continuar a ser entendida como mero indício da natureza publicitária da mensagem.

No ordenamento jurídico italiano, foram enunciados igualmente outros indícios da relação contratual entre o anunciante e o titular do suporte, para efeitos da imprensa, como a alusão às características de apenas um produto ou serviço, o conteúdo particularmente elogioso, a existência de páginas publicitárias dedicadas ao produto ou serviço na mesma publicação e a colaboração ulterior entre as partes (Mansani,1995: 198). Pelo contrário, podem revelar já a neutralidade da mensagem a alusão a produtos ou serviços concorrentes, a assinatura do jornalista, o conteúdo objetivo, a natureza descritiva do artigo e a sua inserção no interior de uma determinada rubrica, o carácter comprovadamente inovador do produto ou serviço em causa, bem como a crítica fundamentada de algumas das suas características. No entanto, as dificuldades probatórias relativas à relação contratual entre o anunciante e o titular do suporte continuam a redundar numa substancial impunidade da publicidade oculta, sobretudo na era digital.

### **III.2. Casos Especialmente Regulados no Quadro dos Meios Audiovisuais**

A preocupação com o princípio da identificabilidade manifesta-se igualmente no quadro dos meios audiovisuais, como resulta da Lei da Televisão e dos Serviços Audiovisuais a pedido, aprovada pela Lei n.º 27/2007, de 30 de julho, que consagra a proibição da publicidade oculta a propósito do patrocínio (n.º 1 do art. 41.º), da colocação de produto (n.º 6 do art. 41.º-A) e da ajuda à produção (n.º 7 do art. 41.º-A).

Nos termos da al. *o*) do n.º 1 do art. 2.º, constitui patrocínio “a comunicação comercial audiovisual que consiste na contribuição feita por pessoas singulares ou coletivas, públicas ou privadas, que não sejam operadores de televisão, operadores de serviços audiovisuais a pedido ou produtores de obras audiovisuais, para o financiamento de serviços de programas televisivos ou serviços audiovisuais a pedido, ou dos seus programas, com o intuito de promover o seu nome, marca, imagem, atividades ou produtos”. Ora, o art. 41.º prevê que não podem ser patrocinados “os serviços noticiosos e os programas de informação política” (n.º 3). Nos restantes casos, o patrocínio fica sujeito à identificação “como tal pelo nome, logótipo ou qualquer outro sinal distintivo do patrocinador dos seus produtos ou dos seus serviços” (n.º 1), que deve ocorrer “no início, no recomeço e no fim do programa, sem prejuízo de tal indicação poder ser feita cumulativamente noutros momentos desde que não atente contra a integridade dos programas” (n.º 2).

Já a colocação de produto (*product placement*, na terminologia anglo-saxónica) integra, segundo a al. *d*) do n.º 1 do art. 2.º, “a comunicação comercial audiovisual que consiste na inclusão ou referência a um bem ou serviço, ou à respetiva marca comercial, num programa, a troco de pagamento ou retribuição similar”. O art. 41.º-A admite a colocação de produto “em obras cinematográficas, filmes e séries concebidos para serviços de programas televisivos ou serviços audiovisuais a pedido, programas sobre desporto e programas de entretenimento ligeiro” (n.º 1), proibindo-a, porém, em programas infantis (n.º 2).

Ficam abrangidos pela colocação de produto o *screen placement* e o *script placement*, que recorrem respetivamente à apresentação visual do produto e a referências verbais, bem como o *plot placement*, que enquadra o produto no argumento da obra, atribuindo-lhe diferentes graus de relevância<sup>7</sup>. A colocação de produto tende a caracterizar-se pela reiteração e pela ausência de espontaneidade. Concretizando o princípio da identificabilidade, e em conformidade com o regime jurídico da publicidade oculta, a licitude da colocação de produto fica dependente da advertência do público para a finalidade promocional da sua inserção no conteúdo do programa. Neste sentido, o n.º 6 do art. 41.º-A obriga a que os programas que contenham colocação de produto, quando produzidos ou encomendados pelo operador de serviços audiovisuais que procede à respetiva difusão sejam “adequadamente identificados no início, no fim e aquando do seu recomeço após interrupções publicitárias”.

7 Na doutrina nacional, por todos, Moura, 2013: 79.

No entanto, fica vedado o incitamento direto à aquisição, como resultava já do parecer da Procuradoria-Geral da República, de 29 de maio de 1991<sup>8</sup>. Atualmente, esta proibição encontra-se prevista para efeitos do patrocínio no n.º 6 do art. 24.º do CPub e no n.º 6 do art. 40.º da Lei da Rádio, aprovada pela Lei n.º 54/2010, de 24 de dezembro. Relativamente à colocação de produto, consta também do n.º 4 do art. 41.º-A da Lei da Televisão e dos Serviços Audiovisuais a pedido. E, segundo o disposto no n.º 2 do art. 9.º do CPub, “na transmissão televisiva ou fotográfica de quaisquer acontecimentos ou situações, reais ou simulados, é proibida a focagem direta e exclusiva da publicidade aí existente”.

Por fim, a ajuda à produção representa, de acordo com a al. b) do n.º 1 do art. 2.º, “a comunicação comercial audiovisual que consiste na inclusão ou referência a um bem ou serviço num programa, a título gratuito”, por exemplo, quando o apresentador de um programa é vestido ou calçado por uma determinada marca. Deve igualmente ser identificada como tal, nos termos da norma de remissão constante do n.º 7 do art. 41.º-A.

#### IV. A PUBLICIDADE NA ERA DIGITAL

##### IV.1. A Redistribuição do Poder de Mercado na Sociedade da Informação

Equiparada frequentemente ao impacto provocado pela Revolução Industrial nas civilizações ocidentais, a transição para a Sociedade da Informação manifesta-se nos domínios da economia, do trabalho, da educação, da investigação, da saúde, do lazer, dos transportes e do ambiente. Também as relações de mercado sofreram alterações profundas com a generalização do acesso às tecnologias digitais. O aumento do volume global de faturação no comércio eletrónico constitui a consequência mais imediata das potencialidades que a Internet encerra para os profissionais, nomeadamente ao nível da concorrência direta entre produtores e retalhistas, verificada em inúmeras marcas de vestuário e de calçado. Mas a conformação das relações de mercado na Sociedade da Informação assenta sobretudo na comunicação entre consumidores numa rede aberta ao nível mundial.

---

8 Publicado no *Diário da República* (10 de outubro de 1991), pp. 10362-10373.

De facto, com a emergência da Web 2.0 a partir do ano de 2004, os consumidores deixaram de ser apenas recetores passivos dos conteúdos veiculados pelos anunciantes, passando a trocar entre si mensagens relativas aos produtos e serviços, com partilha de opiniões e comentários cuja relevância tem sido reconhecida para efeitos das decisões económicas (Constantinides e Fountain, 2008: 233).

A interatividade e a bidirecionalidade da comunicação comercial passam então a corresponder a um fenómeno transversal, que abrange também a troca de mensagens relativas aos produtos ou serviços entre os consumidores, começando a reconhecer-se a existência de uma vertente C2C ou *consumer-to-consumer*, a par das tradicionais relações B2C e B2B. É esta dimensão colaborativa da Internet, potenciada sobretudo pelas redes sociais, os fóruns e as comunidades de partilha de conteúdos, que permite aos consumidores obter autonomamente a informação de que necessitam, verificar a veracidade dos argumentos dos anunciantes e procurar as melhores alternativas, nomeadamente ao nível do preço.

Atenta a correspondência entre a informação e o poder de mercado numa estrutura concorrencial, esta disponibilidade de conteúdos relevantes e independentes esteve na origem do afastamento do predomínio dos produtores e dos distribuidores, que caracterizou quase todo o século XX, dando lugar a uma revolução do poder de mercado (*marketplace power revolution*), que se manifesta nas relações com consumidores (Seybold, 2002: 3). Acresce que a utilização crescente dos blogues pessoais, das redes sociais, dos fóruns e das comunidades de partilha de conteúdos acentua a diminuição do controlo dos profissionais sobre a disseminação de informação relativa aos seus produtos e serviços, contribuindo para incrementar de forma significativa o poder de mercado dos consumidores.

Neste sentido, a era digital continua a conduzir à diminuição do âmbito de aplicação do regime jurídico vigente, centrado na proibição da publicidade enganosa e assente na assimetria de informação face aos profissionais. Daqui decorre também que a proteção de interesses económicos tende agora a ser autonomamente garantida pelos próprios consumidores.

## **IV.2. Instrumentos de Personalização das Mensagens**

A personalização da comunicação comercial começou por estar associada às modalidades de marketing direto, nomeadamente a publicidade domiciliária,



por via postal, distribuição direta, telefone e telecópia, regulada na Lei n.º 6/99, de 27 de janeiro. Suscitava-se a necessidade de evitar intromissões na vida privada dos destinatários, garantindo a proteção de interesses de natureza não económica no domínio da comunicação comercial (Mota Pinto, 1998: 279-282).

A solução encontrada no ordenamento jurídico nacional consistiu em atribuir relevância à oposição dos destinatários, obrigando, para efeitos da publicidade domiciliária endereçada e da publicidade por telefone, as entidades competentes a disponibilizar listas de opção negativa, que resultam da consagração do sistema *opt out*. Ou seja, os destinatários podem manifestar expressamente a vontade de não receber material publicitário, através da correspondente inscrição nas designadas *listas Robinson* a que aludem o art. 4.º e o n.º 2 do art. 5.º da Lei n.º 6/99, de 27 de janeiro. Também a publicidade domiciliária não endereçada fica sujeita ao sistema *opt out*, mediante oposição “reconhecível no ato de entrega, nomeadamente através da afixação, por forma visível, no local destinado à receção de correspondência, de dístico apropriado”, nos termos do art. 3.º da Lei n.º 6/99, de 27 de janeiro. Apenas a publicidade por telefone com recurso a sistemas automáticos com mensagens vocais pré-gravadas e a publicidade por telecópia dependem do consentimento prévio do destinatário, de acordo com o sistema *opt in*, previsto no n.º 1 do art. 5.º da Lei n.º 6/99, de 27 de janeiro.

Atualmente, constitui prática comercial agressiva em qualquer circunstância, nos termos da al. b) do art. 12.º do DL PCD, “contactar o consumidor através de visitas ao seu domicílio, ignorando o pedido daquele para que o profissional parta ou não volte, exceto em circunstâncias e na medida em que tal se justifique para o cumprimento de obrigação contratual”. Este enquadramento no regime jurídico das práticas comerciais desleais justifica-se pela pressão psicológica que a abordagem do consumidor no domicílio é suscetível de exercer sobre a sua decisão económica, comprometendo a liberdade de escolha e conduzindo-o frequentemente a adquirir o produto ou a contratar a prestação do serviço apenas para se libertar do incómodo causado pela presença do profissional. Desta forma, a publicidade domiciliária integra agora uma das hipóteses mais relevantes de assédio, para os efeitos do art. 11.º do DL PCD, cuja proibição depende ainda da distorção substancial do comportamento económico dos consumidores. Não obstante, ao contrário do que resulta da proibição da publicidade enganosa, passa a estar em causa a garantia do direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar (n.º 1 do art.

26.º da CRP) mas também do direito à inviolabilidade do domicílio (art. 34.º da CRP).

Ora, ficam igualmente abrangidas pelo marketing direto as mensagens de correio eletrónico não solicitadas, que constituíram um dos primeiros problemas suscitados pela comunicação comercial na era digital. No entanto, na generalidade dos sectores de atividade e especialmente no domínio do vestuário e do calçado, o SPAM tem dado progressivamente lugar à inscrição em *newsletters*, que correspondem ao sistema de opção positiva previsto no n.º 1 do art. 13.º-A da Lei n.º 41/2004, de 18 de agosto, que aprova o regime jurídico da Proteção de Dados Pessoais e Privacidade nas Telecomunicações, introduzido pela Lei n.º 46/2012, de 29 de agosto, nos termos do qual a licitude do envio de mensagens de correio eletrónico depende do consentimento prévio e expreso dos destinatários. Foi, assim, tacitamente revogada a alínea c) do art. 12.º do DL PCD, que qualifica como práticas comerciais agressivas em quaisquer circunstâncias as “solicitações persistentes e não solicitadas, por telefone, fax, e-mail ou qualquer outro meio de comunicação à distância”.

Importa ainda referir que o SPAM e outras formas de comunicação comercial intrusiva foram sendo entretanto tendencialmente afastadas com fundamento na sua escassa eficácia persuasiva. Na verdade, assiste-se hoje a uma mudança de paradigma na publicidade da era digital, caracterizada sobretudo pela aproximação do conteúdo das mensagens aos interesses concretos dos destinatários (*one-to-one*). Esta aproximação tem origem no marketing relacional, que surgiu num contexto de prevalência dos serviços sobre a produção de bens e de crescente instabilidade da procura, inserindo-se numa perspetiva de fidelização dos consumidores. Assume aqui especial relevância a informação relativa a transações anteriores (Peppers e Rogers, 1993: 138).

Potenciada pela evolução tecnológica, a aproximação do conteúdo das mensagens aos interesses concretos dos destinatários assenta atualmente no recurso a instrumentos de monitorização dos comportamentos de navegação na Internet, como os sistemas de *cookies*. Através do armazenamento de pequenos ficheiros de texto no computador do utilizador, os testemunhos de conexão possibilitam o seu reconhecimento em posteriores acessos, para efeitos da apresentação de anúncios personalizados, independentemente de transações anteriores. Apesar do aparecimento de técnicas progressivamente mais otimizadas, a generalização dos sistemas de *cookies* continua a justificar uma abordagem desenvolvida, como forma de recolha e tratamento de dados pessoais.

Já no domínio do *mobile marketing*, o envio de mensagens publicitárias associadas a estabelecimentos situados na proximidade dos utilizadores depende do recurso à geolocalização, que alguns autores consideram constituir um risco acrescido para a privacidade (López Jiménez, 2010: 85).

#### **IV.2.1. O Problema do Consentimento na Proteção de Dados Pessoais**

Enquanto instrumento do processo de comercialização de produtos e serviços, a personalização das mensagens publicitárias deve considerar-se genericamente admitida. Suscita, no entanto, frequentemente, vários problemas ao nível dos meios utilizados pelos profissionais, sobretudo quando resulta da recolha e tratamento de dados pessoais através de mecanismos independentes da intervenção do respetivo titular.

Nos termos da al. *a*) do art. 3.º da Lei da Proteção de Dados Pessoais, aprovada pela Lei n.º 67/98, de 26 de outubro, integra dados pessoais “qualquer informação, de qualquer natureza e independentemente do respetivo suporte, incluindo som e imagem, relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável”, sendo “considerada identificável a pessoa que possa ser identificada direta ou indiretamente, designadamente por referência a um número de identificação ou a um ou mais elementos específicos da sua identidade física, fisiológica, psíquica, económica, cultural ou social”. No marketing direto e do marketing relacional, salienta-se a informação relativa ao nome, domicílio e outras formas de contacto dos consumidores, bem como a informação relativa a transações anteriores.

Em ambiente virtual, a questão da qualificação dos dados pessoais deixou de se suscitar apenas face ao endereço de correio eletrónico, ficando hoje abrangida qualquer informação relativa a interesses do internauta, no pressuposto da sua identificabilidade. Assim, o tratamento tem frequentemente por objeto o IP (Internet Protocol) mas pode incidir sobre um conjunto de outros elementos como a data, a duração, o tempo ou o volume da ligação usada no envio de uma comunicação eletrónica, e ainda sobre o protocolo utilizado, a localização do equipamento ou a sequência de cliques realizados (Sarmiento e Castro, 2006: 4 e Härting, 2008: 745).

Nos termos do referido diploma, os dados pessoais devem ser “tratados de forma lícita e com respeito pelo princípio da boa fé” (al. *a*) do n.º 1 do art. 5.º), bem como “recolhidos para finalidades determinadas, explícitas e legítimas,

não podendo ser posteriormente tratados de forma incompatível com essas finalidades” (al. *b*) do n.º 1 do art. 5.º). Devem ainda ser “adequados, pertinentes e não excessivos relativamente às finalidades para que são recolhidos e posteriormente tratados” (al. *c*) do n.º 1 do art. 5.º). Encontra-se igualmente consagrado o direito de acesso aos próprios dados pessoais, onde se incluem, entre outras, as possibilidades de retificação e eliminação (art. 11.º) e o direito de oposição (art. 12.º).

Como pressuposto de licitude do tratamento, o consentimento traduz o elemento central do regime jurídico da proteção de dados pessoais. Ora, segundo o disposto na al. *b*) do art. 3.º da Lei da Proteção de Dados Pessoais, constitui consentimento “qualquer manifestação de vontade, livre, específica e informada, nos termos da qual o titular aceita que os seus dados pessoais sejam objeto de tratamento”. Acresce que o art. 6.º estabelece que “o tratamento de dados pessoais só pode ser efetuado se o seu titular tiver dado de forma inequívoca o seu consentimento”. E o n.º 1 do art. 7.º prevê a ilicitude do tratamento da informação relativa à “vida privada” – onde se integram os padrões de consumo, frequentemente utilizados pelos anunciantes para efeitos da personalização das mensagens publicitárias – exceto mediante consentimento expresso do titular.

Ou seja, o consentimento deve resultar de um comportamento ativo do destinatário, suscetível de manifestar a sua vontade relativa ao tratamento dos dados pessoais, em momento anterior à própria recolha, para uma ou mais finalidades específicas. Esta noção de consentimento resulta também do n.º 11 do art. 4.º do Regulamento (UE) 2016/679 relativo à proteção das pessoas singulares no que respeita ao tratamento e livre circulação de dados pessoais, aprovado pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho em 27 de abril de 2016 (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados).

Aos sistemas de *cookies* é ainda aplicável o n.º 1 do art. 5.º da Lei n.º 41/2004, de 18 de agosto, alterado pela Lei n.º 46/2012, de 29 de agosto, nos termos do qual o “armazenamento de informações e a possibilidade de acesso à informação armazenada no equipamento terminal de um assinante ou utilizador apenas são permitidos se estes tiverem dado o seu consentimento prévio, com base em informações claras e completas”. No entanto, a generalidade dos sítios eletrónicos prevê formas tácitas – por exemplo, o facto de a navegação não ser interrompida – de exteriorizar o consentimento do titular dos dados pessoais, remetendo para políticas de privacidade redigidas quase sempre com recurso a linguagem pouco clara ou excessivamente técnica, o que determina a ineficácia do consentimento.

#### IV.2.2. A Tutela da Privacidade

No *Relatório sobre o impacto da publicidade no comportamento dos consumidores*, de 23 de novembro de 2010, o Parlamento Europeu manifestou uma preocupação com a personalização da comunicação comercial, que considerou constituir “um grave atentado à proteção da vida privada quando assenta no rastreio de características pessoais (testemunhos de conexão, constituição de perfis e geolocalização)” (Considerando I).

Associada ao excesso de oferta verificado na generalidade dos sectores de atividade no início do século XXI, à revolução do poder de mercado e ao desenvolvimento tecnológico, a preocupação com a privacidade dos destinatários da comunicação comercial, que decorre especialmente do recurso a sistemas automáticos de monitorização dos seus comportamentos de navegação na Internet, reitera a necessidade de garantir interesses não económicos e de natureza individual no domínio das relações de mercado, demonstrada já pela consagração de algumas práticas comerciais agressivas.

De facto, na era digital, a publicidade suscita sobretudo um problema de recolha e tratamento de dados pessoais, cujo regime jurídico se funda axiologicamente no direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar (n.º 1 do art. 26.º da CRP), concretizado para efeitos da utilização da informática (art. 35.º da CRP). Consagrado de forma precursora no ordenamento constitucional português, este direito à autodeterminação informativa visa evitar que o indivíduo se torne um simples objeto da informação, garantindo-lhe o domínio dos seus dados pessoais. Subsiste, por isso, nas relações de mercado da Sociedade da Informação, uma preocupação principal com a instrumentalização da pessoa a finalidades comerciais<sup>9</sup>.

Em suma, ao contrário do que se verifica no domínio da proibição da publicidade enganosa e da publicidade oculta, deixa de estar em causa apenas o conteúdo e a forma da comunicação comercial, devendo a proteção dos destinatários situar-se a montante da própria emissão de mensagens com finalidade promocional. Releva agora sobretudo a tutela da privacidade, no quadro do recurso a instrumentos de recolha e tratamento de dados pessoais. Assim, o consentimento prévio e expresso dos destinatários para efeitos da monitorização dos comportamentos de navegação na Internet, em conformidade com o que resulta do regime jurídico da proteção de dados pessoais, não restringe

---

9 Desenvolvidamente, Azevedo de Amorim, 2017a: 496.

a liberdade publicitária do anunciante, axiologicamente fundada na liberdade de expressão e informação (art. 37.º da CRP) e na iniciativa económica privada (art. 61.º da CRP).

## CONCLUSÃO

A publicidade assume um papel determinante no sector da moda, especialmente para efeitos da construção de valores simbólicos, uma vez que o consumo surge aqui como processo de significação e já não meramente como instrumento de satisfação de necessidades.

Nas mensagens dirigidas ao público em geral (*one-to-many*), o problema do conteúdo centra-se tradicionalmente na proibição da publicidade enganosa, tributária do recurso a argumentos de natureza técnica e funcional na comunicação comercial, que invocava as características demonstráveis e os benefícios decorrentes da utilização dos produtos. No entanto, no quadro da liberalização do apelo a sentimentos, passa a relevar sobretudo a violação do princípio da licitude, onde se destaca a proibição da publicidade sexista.

Face à segmentação do mercado (*one-to-few*), o problema da forma das mensagens coincide com a proibição da publicidade oculta, que começa por resultar da aparência de conteúdo editorial, tipicamente enquadrada como publicidade redacional. Já a aparência de opinião pessoal verifica-se hoje frequentemente no recurso aos blogues pessoais, que aproveita a credibilidade dos líderes de opinião, bem como a identificação dos destinatários com as motivações, a personalidade e os estilos de vida veiculados.

Na era digital, a personalização da comunicação comercial (*one-to-one*) depende do recurso a instrumentos de aproximação aos interesses concretos dos destinatários, como os sistemas de *cookies*, que constituem uma forma de recolha e tratamento de dados pessoais. Neste contexto, releva sobretudo a garantia de interesses não económicos e de natureza individual, ao contrário do que resulta da abordagem dos consumidores como categoria socioeconómica, no quadro do recurso aos meios de comunicação de massas. Centrado no problema do consentimento, o regime jurídico da proteção de dados pessoais visa a tutela da privacidade dos destinatários, que se situa a montante da própria emissão de mensagens.

## Referências bibliográficas

- AZEVEDO DE AMORIM, Ana Clara (2015). “Comunicação Comercial e Direitos dos Consumidores: Desafios da Sociedade da Informação”. *Revista de Direito Intelectual*, Vol. 1, pp.165-189;
- (2017a). *A tutela da lealdade nas relações de mercado. A propósito do ilícito publicitário*. Coimbra: Almedina;
- (2017b). “A garantia de valores constitucionais no regime jurídico da publicidade”. *Os novos horizontes do constitucionalismo global*. Barcelos: Instituto Politécnico do Cávado e do Ave, pp. 235-243;
- (2018). *Manual de Direito da Publicidade*. Petrony: Lisboa;
- CONSTANTINIDES, Efthymios; FOUNTAIN, Stefan (2008). “Web 2.0: Conceptual foundations and marketing issues”. *Journal of Direct, Data and Digital Marketing Practice*, Vol. 3, pp. 231-244;
- CUESTA RUTE, José María de la (2002). *Curso de Derecho de la Publicidad*, Navarra: EUNSA;
- FERNÁNDEZ-NOVOA, Carlos (1975). “La sujeción de las expresiones publicitarias al principio de veracidad”. *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, Vol. 2, pp. 369-391;
- FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos (1985). “O conceito de publicidade”. *Boletim do Ministério da Justiça* 349, pp. 115-134;
- HÄRTING, Niko (2008). “Datenschutz im Internet”. *Computer und Recht*, Vol. 11, pp. 743-748;
- LÓPEZ JIMÉNEZ, David (2010). “El bluetooth como herramienta de publicidad móvil: a propósito de la conveniencia de incentivar la autorregulación”. *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, Vol. 24, pp. 59-94;
- MANSANI, Luigi (1995). “La repressione della pubblicità nascota”. *Contratto e Impresa*, pp. 188-205.
- MICKLITZ, Hans-Wolfgang (2006). “Irreführende Werbung”. *Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht*, volume I. Munique: Verlag C. H. Beck, pp. 778-886;
- MOITINHO DE ALMEIDA, José Carlos (1974). *Publicidade enganosa*, Lisboa: Arcádia;
- MOTA PINTO, Paulo (1998). “Publicidade domiciliária não desejada (“junk mail”, “junk calls” e “junk faxes”)”. *Boletim da Faculdade de Direito*, Universidade de Coimbra LXXIV, pp. 273-325;
- MOURA, Sofia (2013). *Marcas e entretenimento*. Lisboa: Guerra e Paz;
- OELFFEN, Sabine Friederike von (2012). *§ 5a UWG – Irreführung durch Unterlassen – Ein neuer Tatbestand im UWG*, Colónia: Carl Heymanns Verlag;

- OLIVEIRA ASCENSÃO**, José de (2006). “O Anteprojecto do Código do Consumidor e a Publicidade”. *Estudos do Instituto de Direito do Consumo*, Vol. III. Coimbra: Almedina, pp. 7-36;
- PEPPERS**, Don; **ROGERS**, Martha (1993). *The one-to-one future*, Nova Iorque: Double Day;
- SARMENTO E CASTRO**, Catarina (2006). “Protecção de dados pessoais na Internet”. *Sub Judice* 35, pp. 11-29;
- SEYBOLD**, Patricia (2002). *The customer revolution*, Londres: Business Books;
- SOLOMON**, Michael; **RABOLT**, Nancy (2008). *Consumer Behavior in Fashion*. 2.<sup>a</sup> edição, New Jersey: Prentice Hall;
- VAZQUEZ CASCO**, Ana Isabel; **MARTINEZ CABALLERO**, Elsa (2006). *Marketing de la Moda*, Madrid: Pirámide;
- VERÍSSIMO**, Jorge (2001). *A publicidade da Benetton: um discurso sobre o real*. Coimbra: Edições Minerva.





# E-commerce Aplicado à Moda

LETÍCIA MARQUES COSTA\*

**Resumo:** O comércio eletrónico tem tido um papel preponderante numa era digital em crescimento. Assim, caberá ao Direito o respetivo enquadramento e regulação deste mercado emergente. Se, por um lado, assistimos à celebração de contratos *on-line*, com dinâmicas substantivas e adjetivas próprias, por outro, impera tutelar a utilização de *passwords* e de assinaturas digitais no seio das relações comerciais eletrónicas. Neste quadro, intensifica-se a preocupação com o direito à privacidade e com a consequente proteção de dados, cabendo ao legislador a tarefa de ponderar os interesses em debate e de regular os papéis assumidos pelos intervenientes no *e-commerce*.

**Palavras-chave:** comércio eletrónico, contratos, assinaturas digitais, privacidade.

**Abstract:** *E-commerce has played a key role in a booming digital era. Thus, the respective framework and regulation of this emerging market will be up to the Law. If, on the one hand, we are witnessing the conclusion of online contracts, with their own substantive and adjective dynamics; on the other hand, the use of passwords and digital signatures in electronic commercial relations is imperative. In this context, the concern with the right to privacy and with the consequent protection of data is intensified, and it is up to the legislator to weigh the interests under debate and to regulate the roles assumed by the e-commerce players.*

**Keywords:** *e-commerce, contracts, digital signatures, privacy.*

---

\* Professora Adjunta do ISVOUGA e Professora Auxiliar da Universidade Lusófona do Porto. Doutora em Direito pela Faculdade de Direito do Porto (geral@leticiamarques.pt).

## INTRODUÇÃO

Numa era digital em crescimento, emerge o denominado *e-commerce* ou comércio eletrônico. Trata-se de um conceito aplicável a qualquer tipo de negócio contratual que implique a transferência, de um modo geral, de informação através da Internet. Assim sendo, permite-se que os consumidores possam transacionar bens e serviços eletronicamente, sem quaisquer barreiras de tempo ou de distância. Por conseguinte, face aos métodos tradicionais, o *e-commerce* é mais célere, mais barato e mais simples, possuindo, por isso, mais vantagens, tanto para as empresas, quanto para os consumidores.

Poderá distinguir-se entre comércio eletrônico direto e indireto, sendo o primeiro aquele que se traduz na encomenda, pagamento e entrega direta (em linha) de bens incorpóreos e serviços (*v. g.*, programas de computador ou conteúdos de diversão) e o segundo na encomenda eletrônica de bens, através de *lojas virtuais*, que têm de ser entregues fisicamente através de canais tradicionais como os serviços postais ou os serviços privados de correio expresso (Moon e Ngal, 2009: 596-597).

Existem essencialmente duas categorias-tipo de *e-commerce*: o denominado *B2B* ou *Business to Business* e o apelidado *B2C* ou *Business to Consumer*.<sup>1</sup> O *B2B* diz respeito ao comércio eletrônico entre empresas e poderá desenvolver-se em três áreas: *marketplaces* (as empresas estabelecem ligações comerciais, assumindo posições de vendedoras ou de compradoras), *e-procurements* (servem de suporte ao aprovisionamento das organizações, permitindo otimizar a cadeia de fornecimento – tempo-custo – e a ligação com os fornecedores é autonomizada) e *e-distributions* (permitem a integração das empresas com os seus distribuidores, filiais e representantes). Por outro lado, o *B2C* respeita às relações comerciais estabelecidas entre empresas e consumidores, designadamente, através de lojas virtuais<sup>2</sup>.

No campo da indústria da moda, plataformas informáticas de vendas como o *Amazon* ou o *eBay* são determinantes neste segmento de mercado<sup>3</sup>. A própria

---

1 Para um maior desenvolvimento, Moon e Ngal, 2009: 600-602.

2 Para uma melhor compreensão do funcionamento destas lojas virtuais, *vide* Levey e Tan, 2015: 336-337.

3 Informação constante do último relatório do *E-bit*, de 2015, disponível em: <http://www.ebit.com.br/webshoppers>, que apresentou dados financeiros enfatizando a lucratividade da categoria. Estima-se ainda que 28% dos *e-consumidores* de moda sejam mulheres e 63% tenham entre 25 e 44 anos. A categoria vendida com mais frequência é a de roupa (73%), seguida de calçado (67%), de acessórios (63%) e de malas (50%).

Zara criou em 2013 o *click to call* que consiste num serviço de ligação direta ao cliente, com entregas no mesmo dia da encomenda virtual em alguns países. A marca tem apostado bastante no *e-commerce*, possuindo um *website* completo, com informação detalhada sobre um leque de produtos, uma revista *online* com novidades e informações sobre práticas e políticas ambientais, bem como um *lookbook* que serve de orientação na compra e coordenação de produtos. Outro exemplo desta aposta ganha no *e-commerce* é concretizado na multiplicação de *sites* multimarcas de roupas como o *Net-a-Porter* ou o *ASOS*. O primeiro concentra inúmeros produtos de uma lista extensa de criadores e de marcas, complementando com vídeos resumidos das coleções. O segundo apresenta os valores dos produtos em função do país no qual está a ser realizada a compra e possibilita o acesso a comentários e a opiniões de outros compradores do *site*, bem como filtra produtos consoante o estilo das celebridades. Ademais, as próprias redes sociais têm conhecido uma importância crescente para a divulgação das marcas e dos respetivos produtos, como sucede com o *Facebook*, o *Instagram*, o *Twitter*, o *Youtube* ou o *Pinterest*. Trata-se de oportunidades para as marcas melhorarem as relações com os seus consumidores e também para captarem um maior público. Outra tendência recorrente tem sido a de associação a *blogs* de moda, sendo que já há marcas que possuem os seus próprios *blogs*, outras patrocinam *posts* e outras compram espaços publicitários aos *trendsetters* (ditadores de tendências), entregando-lhes muitas vezes produtos para uso pessoal e divulgação (*product placement*) (Sen, 2008: 576-577).

Dada a sua importância elevada, a necessidade de regulamentar este tipo de comércio tem vindo a crescer, sendo disso exemplo a Diretiva 2000/31/CE, de 8 de junho, que foi transposta para o nosso ordenamento jurídico através do Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de janeiro. O Considerando 7 daquela Diretiva é revelador da verdadeira intenção que presidiu à criação da mesma: "(...) garantir a segurança jurídica e a confiança do consumidor, pelo que é essencial que a presente diretiva estabeleça um quadro geral claro, que abranja certos aspetos legais do comércio eletrónico no comércio interno".

Neste conspecto, iremos abordar de seguida algumas temáticas espoletadas por este crescendo de relevância do *e-commerce*. Veremos inicialmente qual a regulamentação legal atribuída aos contratos celebrados *on-line* que, no caso especial da indústria da moda, tantas vezes são assim outorgados. De seguida, iremos analisar a questão das *passwords* e da sua relação com o comércio eletrónico, passando para a problemática associada às assinaturas eletrónicas. Finalmente, faremos uma breve incursão por um dos vários problemas que esta

globalização das relações comerciais *on-line* acarreta: as questões contendentes com a proteção de dados e com o direito à privacidade.

Por fim, faremos algumas reflexões acerca do futuro que poderá estar reservado para a indústria da moda nesta era eletrônica.

## I. OS CONTRATOS CELEBRADOS *ON-LINE*

No que respeita aos contratos eletrônicos, esta matéria encontra-se especificamente regulada nos arts. 9.º e seguintes da Diretiva 2000/31/CE e nos arts. 24.º e seguintes do Decreto-Lei n.º 7/2004.

O princípio basilar é o da admissibilidade, ou seja, o da livre celebração de contratos por via eletrônica sem que a validade ou a eficácia destes seja prejudicada pela utilização deste meio. Parece, pois, ser uma réplica do princípio da liberdade contratual (art. 405.º do CC) e da liberdade de forma (art. 219.º)<sup>4</sup>.

Porém, se o Decreto-Lei é claro no que tange à aplicabilidade do princípio em apreço, dispondo o art. 24.º acerca da possibilidade de serem abarcados pelo regime jurídico todo o tipo de contratos celebrados por via eletrônica ou informática, sejam ou não qualificáveis como comerciais, a Diretiva já é dúbia no que respeita à abrangência de contratos não comerciais.<sup>5</sup> Existem diversas dúvidas quanto ao regime jurídico aplicável a este tipo de contratos, debatendo-se o seu enquadramento normativo como contratos celebrados à distância ou até mesmo como contratos de adesão, padronizados através de cláusulas contratuais gerais. Parece ser concebível a sua categorização no regime da contratação à distância (Decreto-Lei n.º 143/2001, de 26 de abril), atento o explanado na Diretiva, em especial a declaração expressa do caráter subsidiário do diploma de transposição daquela sobre contratos à distância (Considerandos 11, 29 e 30)<sup>6</sup>. Poderá, contudo, questionar-se acerca da classificação da Internet como sendo um meio de comunicação praticamente instantâneo, o que conduziria ao afastamento de tal regime<sup>7</sup>.

4 Neste sentido, Costa, 2005: 19.

5 Reconhecendo a ambiguidade da Diretiva, Oliveira Ascensão, 2004: 112.

6 Também adotando o mesmo entendimento, Ferreira de Almeida, 2008: 170; Oliveira Ascensão, 2003b: 46 e Morais Carvalho, 2006: 42.

7 Entre outros, *vide* Domingues Luelmo, 2000: 2327 e ss.

Independentemente desta questão, os contratos realizados através da Internet poderão ser classificáveis como contratos de adesão (Almeida, 2008: 192-200 e Ros, 2000:10)<sup>8</sup>, sobretudo quanto às relações do tipo *B2C*, nomeadamente porque o consumidor limita-se a aceitar os termos vertidos, sem poder influenciar ou modificar o seu conteúdo, *v. g.* realizando os denominados *click-wrap agreements*<sup>9</sup>. Não obstante, tem-se defendido a aplicação, mesmo que a título supletivo, do regime geral do Código Civil<sup>10</sup>, nomeadamente, caso ocorram dúvidas de interpretação ou para o preenchimento de lacunas regulativas, atenta a sua adaptabilidade a novas situações práticas e à necessidade de fazer face aos variados e inovadores aspetos deste tipo de contratação (Carneiro da Frada, 1999)

De qualquer forma, cumpre caracterizar os sujeitos intervenientes neste tipo de contratos. Assim sendo, por um lado, existirá o prestador de serviços da sociedade de informação e, por outro, o destinatário desse serviço. Segundo o disposto no art. 2.º, alínea *b)* da Diretiva, “[c]onsidera-se prestador de serviços da sociedade de informação qualquer pessoa, singular ou coletiva, que preste serviço no âmbito da sociedade de informação”. Por sua vez, este serviço será aquele que é “(...) prestado à distância por via eletrónica, mediante remuneração, ou pelo menos no âmbito de atividade económica, na sequência de pedido individual do destinatário” (n.º 1 do art. 3.º do Decreto-Lei n.º 7/2004).

Por seu turno, o destinatário do serviço será a pessoa, singular ou coletiva, que, para fins profissionais ou não, utilize um serviço da sociedade de informação, nomeadamente para procurar ou para tornar acessível determinada informação (al. *d)* do art. 2.º da Diretiva). A este respeito, Morais de Carvalho (2006: 41) salienta que o Decreto-Lei não contém uma noção de consumidor, ficando tal conceito confinado à Diretiva, pelo que deveria ser a definição contida no n.º1 do art. 2.º da Lei de Defesa do Consumidor a prevalecer para efeitos da sua aplicação<sup>11</sup>.

8 Por conseguinte, será aplicável o regime geral atinente às cláusulas contratuais gerais (Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro).

9 Estes consistem numa aceitação dos termos contratuais mediante um clique em “Aceito” ou “Desejo continuar”.

10 Marques Vieira, 2007: 109 e ss., entende que muitas das disposições do Decreto-Lei n.º 7/2004 contêm soluções redundantes e que já resultariam do próprio regime geral vertido no Código Civil.

11 “Aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços, ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com caráter profissional uma atividade económica que vise a obtenção de benefícios”.

Poderá demarcar-se o *iter* negocial dos contratos celebrados *on-line* em quatro momentos distintos: a oferta em linha, a ordem de encomenda, o aviso de receção e a confirmação da ordem de encomenda. Tal modelo de formação do contrato encontra-se devidamente contemplado nos arts. 24.º e seguintes do Decreto-Lei n.º 7/2004.

A oferta em linha é perspectivada pela maioria doutrinária como uma proposta ao público<sup>12</sup>, contanto os requisitos para a existência desta se encontrem verificados: a presença de um conteúdo mínimo de contrato e a necessidade de a vinculação ao negócio jurídico ser retirada objetivamente pelo destinatário (em conformidade com o disposto no art. 236.º do CC). Segundo o n.º 1 do art. 32.º daquele Decreto-lei, “[a] oferta de produtos ou serviços em linha representa uma proposta contratual quando contiver todos os elementos necessários para que o contrato fique concluído com a simples aceitação do destinatário, representando, caso contrário, um convite a contratar”. Portanto, apesar de a avaliação ter de ser necessariamente casuística, a tendência será a de considerar a ordem de encomenda – que iremos analisar de seguida – como uma aceitação e, ato contínuo, a oferta em linha como uma verdadeira proposta ao público, vinculando o seu autor ao negócio jurídico em causa. Se assim não fosse, desvirtuar-se-ia o papel do autor da oferta, na medida em que este passaria a ter liberdade para aceitar ou não a proposta do destinatário (consumidor) e, por conseguinte, gozaria de discricionariedade no cumprimento contratual (Oliveira Ascensão, 2003: 60).

A oferta em linha terá também um período de eficácia relativo, devendo o prestador de serviços informar o consumidor do prazo de validade da oferta ou proposta contratual (al. *b*) do n.º 1 do art. 4.º do Decreto-Lei). Atendendo a que nem este diploma nem a Diretiva dispõem acerca de tal prazo, Oliveira Ascensão (2003: 52) pronuncia-se no sentido de se dever atender ao preceituado nos arts. 27.º e 28.º da Lei espanhola para o comércio eletrónico. Destarte, a oferta será válida durante todo o tempo que o autor daquela tenha fixado ou, subsidiariamente, durante todo o tempo que permaneça acessível ao destinatário do serviço.

---

12 Graham Smith, 1996: 211, perflha o entendimento segundo o qual aquele que formula a oferta nunca teria pretendido vincular-se, uma vez que poderia não existir mercadoria suficiente se a oferta tivesse como destinatários um conjunto de sujeitos indeterminados. Dias Oliveira, 2003: 89, afirma não ser desejável qualificar *ex ante* as informações e indicações do fornecedor relativas ao bem/serviço como convite a contratar ou, por sua vez, como proposta. Assim sendo, entende que o fornecedor que tem um site no qual procede à divulgação de bens deverá poder decidir se quer correr o risco de contratar com todos os potenciais consumidores que acedem à sua página, pelo que as mensagens que integram todos os elementos de uma proposta deverão ser entendidas como tal.

Relativamente à ordem de encomenda, esta é “toda a declaração dirigida ao comerciante pelo cliente, consumidor ou profissional, que exterioriza a intenção de celebrar um contrato nos termos expostos na loja virtual” (Almeida, 1992: 791) e resulta das epígrafes dos arts. 11.º da Diretiva e 29.º do Decreto-Lei referidos. Ora, segundo o explanado *supra* acerca da natureza da oferta em rede como uma proposta contratual, a ordem de encomenda será tida como assumindo a génese de aceitação<sup>13</sup>, pese embora sem possibilidade de contraposta, nos termos do disposto no art. 223.º do CC.

Cumprirá ainda salientar que, de acordo com o preceituado no art. 234.º do CC, a aceitação poderá ter lugar através de declaração tácita ou de comportamentos concludentes. Ora, segundo Fernández Albor, no *e-commerce*, o ato de realizar a encomenda ou de aceitar o meio de pagamento oferecido, apesar de não se tratar de uma declaração expressa de aceitação, deverá ter-se como demonstrativo da intenção do destinatário em aceitar a proposta e, por isso, de se vincular ao contrato assim formado (Fernández-Albor, 2001: 284-285).

No que tange ao aviso de receção, previsto nos arts. 11. Diretiva 2000/31/CE e 29.º do Decreto-Lei n.º 7/2004, respetivamente, traduz-se na declaração recetícia que tem como destinatário o autor da encomenda e mais não será do que um dever que impende sobre o prestador de serviços de “(...) acusar a receção da encomenda do destinatário do serviço, sem atraso injustificado, e por meios eletrónicos” (António Pita, 2006: 57). Este aviso deverá conter a identificação fundamental do contrato a que diz respeito (n.º 3 do art. 29.º da Diretiva), devendo ser enviado para o endereço eletrónico indicado ou utilizado pelo destinatário do serviço (n.º 4 do art. 29.º da Diretiva). Ademais, deverá ser possível, quer o armazenamento, quer a reprodução do aviso de receção (n.º 1 do art. 31.º do aprazado Decreto-Lei). Todavia, tal poderá ser dispensado nos casos de *B2B*, quando os contratos forem celebrados por correio eletrónico e ainda quando os contratos forem com imediata proteção em linha (n.º 1 do art. 11.º da Diretiva e n.º 1 do art. 29.º do Decreto-Lei).

A doutrina tem vindo a debater a importância do aviso de receção como formalidade necessária para a conclusão do contrato ou como uma verdadeira obrigação legal posterior à formação deste. Dias Venâncio (2007: 72) posiciona-se no primeiro sentido, enquadrando o aviso de receção num plano de uma mera obrigação no âmbito da responsabilidade *in contrahendo*. Sob

---

13 Para aqueles que consideram a oferta em rede como um mero convite a contratar, a ordem de encomenda consubstanciará uma proposta contratual.



outro prisma, poderá constatar-se que o n.º 2 do art. 32.º do Decreto-Lei estatui que o aviso não tem significado para a determinação do momento da conclusão do contrato. Espanha e França preceituam nos seus diplomas legais pátrios a natureza do aviso como consubstanciado um ato posterior à formação do contrato. Pelo exposto, a doutrina maioritária tem defendido que se tratará de uma formalidade *ad probationem*, a fim de se promover a certeza nas comunicações dos prestadores de serviços da sociedade de informação face aos consumidores (Oliveira Ascensão, 2003: 243-244; Trocado da Costa, 2005: 24; Dias Pereira, 2004: 381).

Finalmente, o aviso de receção deverá ser emitido logo que seja recebida uma ordem de encomenda (n.º 1 do art. 29.º do Decreto-Lei) e, em caso de incumprimento, o prestador de serviços não parece poder incorrer em qualquer sanção, dada a ausência de estipulação legal nesse sentido. No entanto, Nuno Trocado da Costa (2005: 24) alerta para o facto de o risco de possíveis falhas poder correr por conta do inadimplente que poderá, assim, ter de indemnizar os danos sofridos pela contraparte gerados pela incerteza decorrente da não emissão do aviso de receção ou confirmação.

Por último, “a encomenda torna-se definitiva com a confirmação do destinatário, dada na sequência do aviso de receção, reiterando a ordem emitida” (n.º 5 do art. 29.º do Decreto-Lei). A confirmação da ordem de encomenda, último patamar do percurso negocial, constituirá, nessa senda, uma condição de validade do contrato? Ou, ao invés, consubstanciará um dever contratual com vista a assegurar a certeza nas comunicações entre os prestadores de serviços e os consumidores? Para Ferreira de Almeida (2008: 171) e Oliveira Ascensão (2003: 243-245), trata-se efetivamente de um mero dever contratual legal, posterior à celebração do contrato, em nome da segurança das partes. Contudo, outros autores, como Manuel António Pita (2006: 62-64), defendem o *sistema do duplo-clique*, explanando que a aceitação operaria em dois momentos – aquando da ordem de encomenda e no momento da confirmação, só operando aqui a completude do processo de formação do contrato. Ainda existem outros autores que apelidam a confirmação como uma condição suspensiva de eficácia do contrato, formando-se este completamente no momento da aceitação, mas produzindo efeitos apenas depois da confirmação, momento de exigibilidade das prestações (Morais Carvalho, 2006: 50-51)

## II. AS *PASSWORDS* E O COMÉRCIO ELETRÓNICO. AS ASSINATURAS ELETRÓNICAS.

As senhas eletrónicas ou palavras-passes são comumente utilizadas, podendo desempenhar um papel idêntico ao das assinaturas de próprio punho, designadamente sendo a expressão da identidade do agente e, nessa medida, fazendo presumir a autenticidade do ato, bem como o conhecimento do seu conteúdo (Ulhoa Coelho, 2000: 8). Deste modo, se o agente se identifica com uma determinada senha pessoal, presume-se que praticou o ato, assumindo a produção de todos os efeitos jurídicos e fáticos a ele atinentes, o que confere segurança e certeza jurídicas, valores basilares do Direito.

Sem conceder, a *password* poderá ser utilizada por um terceiro que não seja o seu titular. Todavia, tem-se militado pelo dever que recai sobre o titular da senha de a proteger contra indevida utilização, numa espécie de *obligatio in vigilando*. Neste conspecto, o prestador de serviços apenas poderá ser responsável se agir com culpa ou dolo, concorrendo para eventual prejuízo sofrido pelo cliente (Mahadevan, 2000: 56-57).

De modo similar ao que sucede com as *passwords*, a utilização de assinaturas eletrónicas tem proliferado. A *praxis* do *e-commerce* tem, no entanto, estado associada à preocupação constante com a segurança das telecomunicações, razão pela qual urge a certificação das assinaturas eletrónicas. Esta certificação será essencial para assegurar ao destinatário da mensagem que o documento foi expedido pelo seu subscritor e que não houve alteração do seu conteúdo (Navarette, 1999: 108).

As assinaturas eletrónicas são criadas e conferidas através da *public key cryptography* que tem a si agregado um algoritmo que congrega duas chaves relacionadas entre si: a chave privada (*private key*) e a chave pública (*public key*). A primeira das chaves é de conhecimento exclusivo do signatário que a utiliza para criar a assinatura eletrónica. A segunda é usada pelo destinatário da mensagem para verificar tal assinatura. Por outras palavras, o destinatário tem conhecimento da chave pública do emitente, mas não da chave privada (Forgioni, 2000: 77-78). Por isso, mesmo que várias pessoas possam conhecer a chave pública de determinado subscritor, não conseguem descobrir a chave privada e, com isso, forjar a sua assinatura. Ademais, poderá ser alertada e perçecionada pelo destinatário qualquer modificação no teor da mensagem ocorrida entre a expedição e a receção (trata-se das denominadas *hash functions*) (Navarette, 1999: 78).

A utilização de assinaturas eletrónicas está, portanto, ligada a dois importantes momentos. Num primeiro patamar, o remetente terá de a criar para, num segundo procedimento, ser verificada pelo seu destinatário. Esta verificação visa demonstrar que a assinatura foi criada com a utilização da chave privada (de conhecimento exclusivo do signatário que a utiliza) e que a mensagem não teve o seu conteúdo alterado (Navarette, 1999: 78).

Poderá colocar-se uma outra questão no âmbito da temática explorada que contende com o facto de poder não se saber quem o subscritor diz ser. Para poder atestar esta identidade, existe o sistema de *trusted third parties* que certifica a associação entre uma pessoa e uma chave pública (autoridades de certificação), emitindo os respetivos certificados. Em princípio, uma pessoa poderá comunicar a sua chave pública, sobretudo se for normal as pessoas manterem relações comerciais estáveis. No entanto, noutras situações, só assim se saberá estar a encetar negociações ou a celebrar contratos com aquele sujeito determinado e não com uma máquina ou com uma pessoa que se encontra a utilizar uma identidade falsa.

Por tudo exposto, considera-se a certificação como um verdadeiro reforço da presunção de autenticidade, mas não um requisito de validade ou de eficácia do ato, nos termos explanados. É, por isso, “(...) um plus em relação à assinatura eletrónica, destinada a conferir-lhe maior grau de confiabilidade, mas não um requisito da validade ou eficácia do ato. Igualmente, a falta de certificação não pode retirar a força probante dos documentos eletrónicos” (Navarette, 1999: 78).

### III. A PROTEÇÃO DE DADOS E O DIREITO À PRIVACIDADE

No universo do *e-commerce*, com a recorrente e crescente utilização de contratos eletrónicos, de *passwords* e de assinaturas eletrónicas, tem-se assistido a uma intensificação da preocupação com a proteção de dados, em especial no mercado da moda.

A consciencialização de que a prevenção e o escrutínio de comportamentos com acessos *online* imediatos, fáceis e céleres tem vindo a repercutir-se na vigência de múltiplos diplomas legais, destacando-se, entre nós, a Lei n.º 67/98, de 26 de outubro (Lei da Proteção de Dados Pessoais), que transpôs a Diretiva 95/46/CE; a Lei n.º 41/2004, de 18 de agosto, que transpôs a Diretiva 2002/58/CE; e ainda a Lei n.º 46/2012, de 29 de agosto, que transpôs a Diretiva 2009/136/CE.

Chamamos a atenção para a habitual existência e emprego de políticas de privacidade mediante o surgimento dos vulgo *termos e condições de segurança* que visam informar os utilizadores acerca do modo de tratamento dos seus dados, sejam os de navegação ou os de históricos, por exemplo.

Assim, as políticas de privacidade possuem diretrizes próprias, como sejam, desde logo, esclarecimentos sobre dúvidas de acesso e de *login* e elucidações acerca da privacidade e do não compartilhamento de dados com terceiros. Detêm ainda explicações acerca do facto de os dados dos utilizadores não irem ser usados, bem como do modo como os *cookies* que captam os dados dos utilizadores funcionam (Liebermann e Stashevsky, 2002: 292-293).

Tem-se defendido que o processo de recolha, quer das informações de contacto, quer dos dados pessoais a serem usados no *e-commerce*, deverá ser claro. Além disso, não deverão ser vendidas nem disponibilizadas para uso de terceiros as informações pessoais confiadas pelo utilizador (Liebermann e Stashevsky, 2002: 296-297).

Deverá ainda ser salvaguardada a possibilidade de, a qualquer momento, poder ser solicitada a alteração ou a remoção de dados pessoais fornecidos. Existe acrescidamente o dever de comunicar à Comunicação Nacional de Proteção de Dados (CNPd) a existência de uma base de dados (lista de *e-mail* e de dados pessoais) que irá ser usada para realizar as comunicações no âmbito do *e-commerce*.

## CONCLUSÃO

É por demais notório que a aquisição de bens através de plataformas da Internet no mercado, em geral, e na indústria da moda, em especial, está a conhecer um aumento exponencial. O impulso de estratégias de *marketing* e a maior interação com os clientes nas redes sociais tem contribuído para esta tendência.

O *e-commerce* é, de facto, cada vez mais usado pelas entidades ligadas à moda, designadamente, através de lojas virtuais, de promoções e de descontos mediante partilhas ou até mesmo através de *blogs* ou das várias categorias de redes sociais. Tal deve-se ao sucesso no acompanhamento das tendências de mercado, à possibilidade de ser ampliada a carteira de clientes, a uma gestão mais criteriosa, fácil e simples e ainda aos menores custos associados.

Esta revolução digital é operada também nos consumidores que alteram, por isso, os seus comportamentos e, nessa sequência, os próprios paradigmas mudam. Efetivamente, passam a existir novas possibilidades de negócios, mas também surgem questões ligadas ao direito à privacidade que reclamam a atenção do legislador ordinário.

Nesta senda, surgem vozes que reivindicam a necessidade de regulação estadual e, por outro lado, outros defendem uma livre atuação do mercado (Gray, 2016: 15-16)

Independentemente de tudo, cremos que a solução deverá passar sempre por um olhar atento e permanente do legislador sobre este mercado em ebulição, de forma a que a regulação vá sendo feita à medida das necessidades e de forma adequada, em ordem à obtenção de um desejado equilíbrio.

## Referências bibliográficas

- ANTÓNIO PITA, Manuel (2006. “Notas sobre o regime da Contratação Electrónica”, *Sub Judice*, Vol. 35, pp. 57-64;
- CARNEIRO DA FRADA, Manuel (1999). “Vinho novo em odres velhos? A responsabilidade civil das “operadoras da Internet” e a doutrina comum da imputação de danos”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 59, III. Disponível em: <www.oa.pt>, (acedido a 22/05/2017);
- DIAS OLIVEIRA, Elsa (2003). *A protecção dos Consumidores nos Contratos Celebrados Através da Internet*. Coimbra: Almedina;
- DIAS PEREIRA, Alexandre (2004). *Comércio Electrónico e Consumidor*, Estudos de Direito do Consumidor, N.º 6, pp. 341-400;
- DIAS VENÂNCIO, Pedro (2007). “O contrato electrónico e o momento da sua conclusão”, *Maia Jurídica*, N.º 2, Ano IV, pp. 61-72;
- DOMINGUES LUELMO, André (2000). “Contratación Rletrónica y Protección de Consumidores: Régimen Jurídico”, *Revista Critica de Derecho Inmobiliario*, N.º 660, pp. 2327-2388;
- FERNANDÉZ-ALBOR BALTAZAR, Ángel (2001). “Aspectos Fundamentales de la contratación electrónica”, in: FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAZAR, Ángel e TATO PLAZA, Anxo (coord.) *Comércio electrónico en Internet*. Madrid: Márcia Pons, pp. 263-267;

- FERREIRA DE ALMEIDA**, Carlos (2008). *Contratos I: conceito, fontes, formação*, 4.<sup>a</sup> edição, Coimbra, Almedina;
- FORGIONI**, Paula A. (2000) “Apontamentos sobre aspectos jurídicos do e-commerce”, *Revista de Administração e de Empresas*, São Paulo, Vol. 40, n.º 4, pp. 70-83;
- GRAHAM SMITH** (1996). *Internet Law*. 2.<sup>a</sup> ed., London: Law and Tax;
- GRAY**, Peter (2016). *Protecting privacy and security of personal information in the global electronic marketplace* (Internet Consumers Organization). Disponível em : <<http://www.ftc.gov/bcp/fcwp/comments/fco2.htm>> (acedido a 20/06/2017);
- LANÇA SILVA**, Hugo (2007). *A conclusão dos contratos no comércio eletrónico*, Verbo Jurídico;
- LEVEY**, Marc M. e **TAN**, Loke-Hoon (2015). *Global Legal Guide for Luxury&Fashion Companies*. Baker&McKenzie;
- LIEBERMANN**, Yehoshua e **STASHEVSKY**, Shmuel (2002). “Perceived risks as barriers to Internet and e-commerce usage”, *Qualitative Market Research: An International Journal*, Vol. 5. Disponível em: <<https://www.emeraldinsight.com/doi/full/10.1108/13522750210443245>>, (acedido a 18/04/2017);
- MAHADEVAN**, B. (2000). “Business models for internet-based e-commerce: an anatomy”, *California Management Review*, Vol. 42, N.º 4, pp. 55-69;
- MARQUES VIEIRA**, Miguel (2007). “A boa fé objectiva na formação do contrato electrónico”, *Revista de Direito de Informática e Telecomunicações*, N.º 3, Ano 2, Editora Fórum, julho/dezembro, pp. 184-189;
- MATEUS DE ROS**, Rafael (2000). “El consentimiento electrónico en los contratos bancários”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, N.º 79, Editorial Lex Nova, pp. 6-91;
- MOON**, K. L. e **NGAI**, E. W. T. (2009). “The adoption of RFID in fashion retailing: a business value-added framework”, *Industrial Management&Data Systems*, Vol. 108, N.º 5, 2008, pp. 596-612. Disponível em: <<https://www.emeraldinsight.com/doi/full/10.1108/02635570810876732>>, (acedido a 23/04/2017);
- MORAIS CARVALHO**, Jorge (2006). “Comércio eletrónico e protecção dos consumidores”, *Themis*, Ano II, n.º 13, Coimbra, Almedina, pp. 41-62;
- NAVARRETE**, Miguel (1999). *Contractos electronicos*. Marcial Pons;
- OLIVEIRA ASCENSÃO**, José de (2003a). “Bases para uma transposição da Directriz n.º 00/31, de 8 de Junho (comércio electrónico)”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Vol. 44, n.º 1 e 2, pp. 27-84;

- (2003b). *Contratação Electrónica IN Direito da Sociedade de Informação*, Volume IV, Coimbra: Coimbra Editora;
  - *et al.* (2004). *Perspectiva Jurídica (O comércio electrónico em Portugal. O quadro legal e o negócio*, ANACOM;
- SEN, Alper** (2008). “The US Fashion Industry: a Supply Chain Review”, *International Journal of Production Economics*, Vol. 114, N.º 2, pp. 571-593;
- TROCADO DA COSTA, Nuno** (2005). *Regulando a contratação eletrónica*. Verbo Jurídico;
- ULHOA COELHO, Fábio** (2000). *O contrato eletrónico: conceito e prova*. Tribuna do Direito.

# Direito da Concorrência *à la Mode*

JOANA WHYTE\*

**Resumo:** No presente texto abordamos a matéria de direito da concorrência que maior relevância prática suscita para o setor da moda, i.e. os contratos de distribuição. Para o efeito, procedemos à análise da legislação mais relevante aplicável aos contratos de distribuição – o art. 101.º TFUE e o Regulamento 330/2010 – e das restrições mais comuns encontradas nos acordos de natureza vertical: a marca única, a distribuição exclusiva, a distribuição seletiva e a franquia. No mais, atendendo à sua crescente relevância para o setor da moda, debruçamo-nos, de modo breve, sobre as preocupações em matéria de concorrência suscitadas pelo comércio eletrónico. Por fim, analisamos a jurisprudência europeia e os casos nacionais mais recentes.

**Palavras-chave:** concorrência; moda; contratos de distribuição; comércio eletrónico.

**Abstract:** *We address the competition law issue that is of most practical relevance to the fashion industry, i.e. distribution agreements. For this purpose, we analysed the most relevant legislation applicable to distribution agreements – article 101 TFEU and Regulation 330/2010 – as well as the most common restrictions found in vertical agreements: single branding, exclusive distribution, selective distribution and franchising. Given its growing relevance to the fashion industry, we briefly address the competition concerns raised by e-commerce. Finally, we analyse European jurisprudence as well as the most recent national cases.*

**Keywords:** *competition; fashion; distribution agreements; e-commerce.*

---

\* Advogada na Sociedade Rebelo de Sousa & Advogados Associados, RL, onde integra o Departamento de Direito Europeu e da Concorrência. Integra o 'editorial support' da revista UNIO – EU Law Journal. Junior Editor do Official Blog of Unio. Membro Colaborador do Centro de Estudos em Direito da União Europeia da Universidade do Minho. Mestre em Direito da União Europeia pela Escola de Direito da Universidade do Minho. Licenciada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (joana.whyte@srslegal.pt).



## I. O DIREITO DA CONCORRÊNCIA NA INDÚSTRIA DA MODA

Até recentemente, a indústria da moda não era um setor que captasse, de forma óbvia, a atenção das Autoridades da Concorrência. No entanto, nos últimos anos, várias Autoridades de diferentes Estados-Membros da União Europeia (UE) têm estado mais atentas a este setor, tendo iniciado diversas investigações que culminaram com a aplicação de coimas de valores bastantes elevados. Em setembro de 2017, a Competition & Markets Authority chegou até a emitir uma nota informativa, dirigida às indústrias criativas, alertando para a importância do *compliance* no âmbito do direito da concorrência (Competition & Markets Authority, 2017).

O direito da concorrência, entre outros aspetos, visa proibir o conluio entre empresas (práticas coletivas) – a celebração de acordos<sup>1</sup> ou práticas concertadas<sup>2</sup> ou decisões de associações de empresas que tenham por efeito reduzir ou falsear a concorrência – seja a nível horizontal (em que os participantes estão ao mesmo nível da cadeia de produção ou distribuição), ou vertical (entre empresas que operam em diferentes níveis da cadeia de produção ou distribuição). Estes comportamentos podem traduzir-se, nomeadamente, na fixação de preços, na repartição de mercados ou nas restrições de produção, no caso de concorrentes, ou na imposição de preços de revenda, ou de obrigações de marca única entre empresas com relação vertical, podendo, em ambos os casos, resultar no impedimento à entrada de novos concorrentes no mercado, ou no encerramento do mercado aos concorrentes existentes.

Todavia, não podemos olvidar que uma empresa pode restringir ou falsear a concorrência sem carecer da colaboração de outra empresa (práticas unilaterais).

---

1 O conceito de acordo tem um alcance bastante vasto abrangendo não só os contratos efetivamente formalizados, mas também acordos informais (e.g. acordos de cavalheiros). TG, T-41/96, *Bayer AG c. Comissão*, acórdão de 30 de outubro de 2000 EU:T:2000:242, para. 69, o Tribunal Geral concluiu que o conceito de acordo “baseia-se na existência de uma concordância de vontades entre duas partes pelo menos, cuja forma de manifestação não é importante desde que constitua a expressão fiel das mesmas”.

2 A categoria de prática concertada abrange situações de conluio mais informais, englobando qualquer contacto, direto ou indireto, entre os operadores económicos, que permita revelar a um concorrente o comportamento escolhido, ou o comportamento que se virá a adotar no mercado, sempre que o referido contacto tenha por objeto ou efeito reduzir a natureza estratégica do mercado e conduzir a condições de concorrência diferentes das que de outro modo prevaleceriam. Sobre o conceito de prática concertada cfr. T-25/95, *Cimenteries CBR e Outros c. Comissão*, acórdão de 15 de março de 2000, ECLI:EU:T:2000:77, para. 1852; processos apensos 40/73 a 48/73, 50/73, 54/73 a 56/73, 111/73, 113/73 e 114/73, *Suiker Unie e Outros c. Comissão*, acórdão de 16 de dezembro de 1975, Colect. 1975, p. 563, para. 26; processos apensos C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 e C-125/85 a C-129/85, *Ahlstroem Osakeyhtio e Outros c. Comissão*, acórdão de 31 de março de 1993, ECLI:EU:C:1993:120, para.63.

Uma empresa com uma quota de mercado considerável, em posição dominante, pode limitar a concorrência através do recurso a estratégias comerciais abusivas que não seriam consideradas anticoncorrenciais caso fossem adotadas por empresas de menor dimensão – o chamado abuso de posição dominante. Contudo, face ao elevado número de empresas existente neste setor da economia e ao forte *branding* que muitas delas estabelecem perante o mercado e os consumidores, parece-nos difícil, pelo menos teoricamente, o preenchimento do tipo objetivo deste ilícito no setor. Isto, sem embargo de, nos últimos anos, a relevância do controlo de concentrações ter vindo a aumentar neste setor. Pensemos, por exemplo, no crescente número de grandes conglomerados que agregam vários dos nomes mais sonantes da indústria do luxo<sup>3</sup>. A reconfiguração da estrutura e da dinâmica de mercado do setor poderá vir a alterar o sentido da nossa afirmação inicial.

São os arts. 101.º e 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia<sup>4</sup> (“TFUE”) que diretamente afetam as partes envolvidas em acordos de distribuição. O primeiro, a que já aludimos em substância, diz respeito aos acordos anticoncorrenciais e o segundo ao abuso de posição dominante. Estes preceitos “constituem disposições de ordem pública que devem ser aplicadas oficiosamente pelos órgãos jurisdicionais nacionais”<sup>5</sup>. O objetivo destas disposições é assegurar a manutenção, em todo o território do Espaço Económico Europeu, dos benefícios emergentes da existência de um mercado concorrencial (Goyder, 2011: 21).

Consequentemente, determinados tipos de acordos e comportamentos são proibidos e podem ser penalizados.

Uma vez que as empresas do setor da moda estão cada vez menos integradas verticalmente, os operadores desta indústria necessitam cada vez mais de recorrer a, e.g., produtores, a distribuidores e a retalhistas a laborar a um nível diferente da cadeia de produção ou distribuição. Ora, se a participação em cartéis parece ser relativamente incomum no setor da moda<sup>6</sup>, o mesmo não poderá ser afirmado a respeito do recurso às parcerias comerciais entre

---

3 Como é o caso do grupo LVMH Louis Vuitton Moët Hennessy que inclui marcas como a Dior, Louis Vuitton, Fendim Givenchy, Marc Jacobs, Bulgari, entre outros; do grupo KERING que inclui nomes como a Gucci, Saint Laurent e Balenciaga, entre outros; ou ainda o grupo Richemont, no ramo da alta joalheria e relojoaria, que inclui marcas como a Cartier, a Van Cleef & Arpels e Montblanc.

4 Sobre o direito europeu da concorrência em geral, Madeira Froufe e Caramelo Gomes, 2016: 449-504.

5 Tj, C-295/04 a C-298/04, *Manfredi*, acórdão de 13 de julho de 2016, EU:C:2006:46, para. 31.

6 Analisaremos mais à frente este assunto em detalhe.

diferentes níveis da cadeia de produção ou distribuição, e ao recurso, neste âmbito, a várias restrições verticais que potencialmente transgridem o estrito perímetro da legalidade jusconcorrencial.

Atendendo à relevância prática do tema, em particular no que respeita ao setor da moda, deter-nos-emos inicialmente, e de forma perfunctória, na análise da legislação mais relevante aplicável aos acordos de distribuição.

## II. O REGULAMENTO 330/2010

No âmbito do direito positivado da UE com aplicação direta aos contratos de distribuição, e, por conseguinte, ao setor da moda, importa considerar, a par do art. 101.º do TFUE<sup>7</sup>, também o Regulamento 330/2010<sup>8</sup> (“Regulamento”). A al. *a*) do n.º 1 do art. 1.º do Regulamento define acordo vertical como “um acordo ou prática concertada entre duas ou mais empresas, exercendo cada uma delas as suas atividades, para efeitos do acordo ou da prática concertada, a um nível diferente da cadeia de produção ou distribuição e que digam respeito às condições em que as partes podem adquirir, vender ou revender certos bens ou serviços”. Pode ler-se na al. *b*) do n.º 1 daquele artigo que restrição vertical é “uma restrição da concorrência num acordo vertical abrangida pelo n.º 1 do art. 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE)”. Nesta matéria são relevantes, por serem suscetíveis de conter restrições relevantes de teor potencialmente anticoncorrencial, os acordos celebrados entre produtores, grossistas e retalhistas, mas também os celebrados entre dois (ou vários) produtores, sempre que um deles produza bens necessários ao processo de produção do outro.

Os acordos verticais são habitualmente perspetivados como menos prejudiciais para a manutenção de um mercado de estrutura e dinâmica concorrencial do que os acordos horizontais (dada a complementaridade dos bens e serviços vendidos aos diferentes níveis da cadeia de produção/distribuição). A Comissão Europeia (“Comissão”) reconhece que alguns tipos de acordos verticais podem trazer benefícios relevantes à eficiência económica da cadeia

---

7 Sobre a interpretação do artigo 101.º TFUE, Anastácio, 2012.

8 Regulamento 330/2010 da Comissão, de 20 de abril de 2010, relativo à aplicação do n.º 3 do art. 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas, JO L 102, de 23 de abril de 2010.

de produção e de distribuição. Em particular, os acordos verticais podem resultar numa redução dos custos de transação e/ou de distribuição, bem como na otimização das vendas e dos níveis de investimento (considerando 6 do Regulamento 330/2010). A Comissão afirma que “a possibilidade de tais efeitos pró-eficiência compensarem eventuais efeitos anticoncorrenciais resultantes de restrições incluídas em acordos verticais depende do grau de poder de mercado das partes no acordo e, por conseguinte, da medida em que estas empresas enfrentam a concorrência de outros fornecedores de bens ou serviços considerados permutáveis ou substituíveis entre si pelos seus clientes, devido às suas características, preço e utilização” (considerando 7 do Regulamento 330/2010).

Nas Orientações Verticais, a Comissão defende que, de facto, os acordos verticais podem ter efeitos positivos por promovem outros tipos de concorrência que não somente a concorrência pelo preço – sendo por isso suscetíveis de melhorar a qualidade, variedade e inovação dos bens e serviços (como é o caso da distribuição seletiva e da franquia, nos quais o distribuidor deve adotar um determinado grau de qualidade de serviço relacionado com a marca em questão). Nas suas Orientações, a Comissão enumera algumas justificações para o recurso a restrições verticais, das quais realçamos as seguintes: solucionar o problema do parasitismo (al. *a*) do n.º 107 das Orientações Verticais); abrir novos mercados ou entrar em novos mercados (al. *b*) do n.º 107 das Orientações Verticais); uniformidade e normalização da qualidade (al. *i*) do n.º 107 das Orientações Verticais).

As Orientações elencam no seu n.º 100 os potenciais efeitos negativos dos acordos verticais, a saber: o encerramento do mercado através do aumento de obstáculos à entrada ou expansão; o abrandamento da concorrência entre o fornecedor e os seus concorrentes e/ou maior possibilidade de colusão entre os fornecedores (redução da concorrência intermarcas); o abrandamento da concorrência entre o comprador e os seus concorrentes e/ou maior possibilidade de colusão entre concorrentes (redução da concorrência intramarcas sempre que esteja em causa a concorrência entre distribuidores a nível da mesma marca ou produto do mesmo fornecedor); a criação de obstáculos à integração do mercado, incluindo, principalmente, as limitações às possibilidades de os consumidores adquirirem bens ou serviços em qualquer Estado-Membro da sua escolha<sup>9</sup>.

---

9 Orientações relativas às restrições verticais (2010/C 130/01), J.O. C 130, de 19 de maio 2010.

No que respeita ao setor da moda, em particular, as restrições mais comuns encontradas em acordos de natureza vertical são a marca única, a distribuição exclusiva, a distribuição seletiva e a franquia<sup>10</sup>. Debrucemo-nos brevemente sobre cada uma delas.

## II.1. Marca Única

Sob a designação de marca única estão incluídos todos os acordos que têm como principal elemento o facto de o comprador ser obrigado ou induzido a concentrar todas as suas compras relativas a um determinado tipo de produto num único fornecedor<sup>11</sup>. É possível encontrar esta componente nas obrigações de não concorrência e na obrigação de aquisição de quantidades mínimas impostas ao comprador.

Exemplificando uma obrigação de não concorrência com tradução jusconcorrencial relevante: uma obrigação imposta por um produtor de uma popular marca de *fast fashion*, com uma quota de mercado de 40% (acima, portanto, do “porto seguro” dos 30% prescritos no Regulamento), aos seus retalhistas, obrigando-os a abastecerem-se exclusivamente junto deste produtor por um período ininterrupto de seis anos. Este produtor é líder no mercado encontrando-se, por conseguinte, fortemente representado entre os consumidores, em particular em zonas mais povoadas; possui também a marca mais forte e é o único com campanhas publicitárias a nível nacional. Os seus concorrentes têm quotas de mercado muito inferiores, dispersas, e encontram-se representados apenas localmente. O resultado desta situação seria o encerramento do mercado a potenciais novas entradas e aos operadores concorrentes deste produtor já existentes durante a vigência daquele contrato – privados que ficariam de um importante meio de escoamento a jusante.

Imagine-se, quanto à obrigação de compra mínima, uma situação em que um produtor de calçado X, com uma quota de mercado de 40%, impõe aos seus revendedores uma obrigação de compra de 70% das suas necessidades de calçado junto de si. Estes acordos, embora com efeitos mais pálidos, podem potencialmente gerar os mesmos efeitos que uma obrigação de não concorrência:

---

10 Sobre este assunto em maior detalhe, ver Wijckmans e Tuytschaever, 2018.

11 N.º 129 das Orientações Verticais.

o encerramento do mercado ao nível do produtor a potenciais candidatos e a operadores já existentes.

Resumindo os principais riscos para a concorrência emergentes destes acordos de marca única: o encerramento do mercado a fornecedores concorrentes e potenciais; o abrandamento da concorrência e a maior possibilidade de colusão entre fornecedores no caso de utilização cumulativa; e, quando o comprador é um retalhista que vende a consumidores finais, uma diminuição da concorrência intermarcas ao nível do estabelecimento comercial<sup>12</sup>.

A posição de mercado do fornecedor é particularmente importante para a análise dos acordos de marca única, tal como a duração do acordo. Quanto mais expressiva for a quota de mercado das partes e mais longa a duração do acordo, maior é a probabilidade de encerramento de mercado. Quando as quotas de mercado do fornecedor e do comprador não ultrapassem cada uma delas 30% e as cláusulas de não concorrência a duração de cinco anos, os acordos de marca única estão isentos nos termos dos art. 3.º e 5.º, n.º 1, al. a) do Regulamento<sup>13</sup>. Por não se tratarem de restrições graves (as chamadas *hardcore restrictions*), os efeitos dos acordos de marca única devem ser avaliados no contexto factual, económico e jurídico em que se inserem<sup>14</sup>.

## II.2. Distribuição Exclusiva

Nos acordos de distribuição exclusiva o fornecedor aceita vender os seus produtos a um único distribuidor para revenda num determinado território. Simultaneamente, o distribuidor é limitado a nível das suas vendas ativas para outros territórios atribuídos em exclusividade a distribuidores terceiros.

Os acordos de distribuição exclusiva são comuns na distribuição de vestuário feminino. Através da celebração destes acordos, o produtor espera conseguir estabelecer uma rede de distribuição informada e agressiva e alcançar um maior controlo sobre o distribuidor. A distribuição exclusiva pode melhorar a imagem

---

12 N.º 130 das Orientações Verticais.

13 Os Regulamentos de Isenção por Categoria (caso do Regulamento 330/2010) determinam em que condições um acordo pode estar abrangido pela isenção por categoria, e consequentemente beneficiar de uma presunção de conformidade com as normas Europeias da concorrência. Quando um acordo preenche os pressupostos elencados no Regulamento – como é o caso do exemplo avançado – o acordo encontra-se isento da proibição prevista no n.º 1 do art. 101.º TFUE sendo por isso válido e aplicável.

14 Neste sentido, TJ, C-234/89, *Stergios Delimitis c. Henninger Bräu AG*, acórdão de 28 de fevereiro de 1991, EU:C:1991:91, para. 14.

do produto e permite impor margens mais apelativas (Hildebrand, 2005: 6-8), podendo conduzir a eficiências nos casos em que é necessário investimento por parte do distribuidor para desenvolver ou proteger a imagem da marca. Este cenário aplica-se em particular aos casos de produtos novos ou complexos.

Como exemplo de distribuição exclusiva, pensemos no caso de uma marca de cosméticos líder a nível europeu que impõe um território exclusivo a cada um dos seus retalhistas, impedindo-os de vender ativamente os produtos contratuais em territórios diferentes dos contratualmente alocados. Por exemplo, o retalhista A não pode vender os produtos contratuais fora do distrito de Lisboa, que corresponde ao distrito que define o raio de ação do seu estabelecimento comercial. O produtor impõe ainda uma obrigação de abastecimento exclusivo junto da sua filial portuguesa.

Os principais riscos em matéria de concorrência prendem-se com a redução da concorrência intramarcas e a partilha de mercado, que, em especial, podem facilitar a discriminação através do preço. Acresce ainda que, quando a totalidade ou a maior parte dos distribuidores recorre a este método de distribuição (efeito acumulado), a restrição é suscetível de abrandar a concorrência e de facilitar a colusão (quer a nível dos produtores, quer a nível dos distribuidores). A distribuição exclusiva pode ainda provocar a evicção de outros distribuidores e, assim, reduzir a concorrência a este nível<sup>15</sup>.

### II.3. Distribuição Seletiva

Um sistema de distribuição seletiva consiste, nos termos da al. e), do n.º 1 do art. 1.º do Regulamento, num “sistema de distribuição em que o fornecedor se compromete a vender os bens ou serviços contratuais, quer direta quer indiretamente, apenas a distribuidores selecionados com base em critérios especificados e em que estes distribuidores se comprometem a não vender tais bens ou serviços a distribuidores não autorizados no território reservado pelo fornecedor para o funcionamento de tal sistema”.

As empresas são autorizadas a selecionar os seus distribuidores com base em critérios puramente qualitativos. A al. c), do n.º 1 do art. 5.º do Regulamento retira do âmbito de aplicação da isenção do Regulamento a distribuição seletiva que imponha uma “obrigação, direta ou indireta, que impeça os membros de

---

15 N.º 151 das Orientações Verticais.

um sistema de distribuição seletiva de venderem as marcas de determinados fornecedores concorrentes”<sup>16</sup>. Os principais riscos emergentes dos sistemas de distribuição seletiva são a redução da concorrência intramarcas, a exclusão de certos tipos de distribuidores, o abrandamento da concorrência e uma maior probabilidade de colusão entre fornecedores ou compradores.

A distribuição seletiva qualitativa não se encontrará abrangida pelo âmbito de aplicação do n.º 1 do art. 101.º do TFUE, por não lhe serem reconhecidos efeitos anticoncorrenciais, quando estejam reunidas as seguintes condições: as características do produto em questão devem justificar o recurso à distribuição seletiva como forma de preservar a qualidade dos produtos e assegurar a sua utilização adequada; os distribuidores devem ser selecionados com base em critérios objetivos de natureza qualitativa relacionados, *inter alia*, com a formação/preparação dos funcionários bem como os serviços prestados no ponto de venda; e, os critérios não devem ultrapassar a medida do necessário<sup>17</sup>.

A distribuição seletiva quantitativa tende a merecer maior escrutínio jus-concorrencial porque acrescenta outros critérios de seleção que limitam mais diretamente o potencial universo de distribuidores disponível para contratar, e.g., a exigência de um número mínimo ou máximo de vendas e a fixação/limitação do número de distribuidores. Como tal, é sempre suscetível de ser abrangida pelo âmbito de aplicação do n.º 1 do art. 101.º TFUE. Por exemplo, a obrigação de atingir um determinado volume de negócios mínimo poderia ter como efeito limitar o número de revendedores autorizados num determinado território, podendo, portanto, cair no âmbito de aplicação do n.º 1 do art. 101.º.

A diferença entre distribuição seletiva e distribuição exclusiva reside no facto de, na primeira, a restrição quanto ao número de distribuidores não depender do número de territórios, mas antes dos critérios de seleção relacionados com a natureza do produto. Por fim, a restrição de vendas num sistema de distribuição seletiva, contrariamente ao que sucede na distribuição exclusiva, não concerne às vendas ativas num determinado território, mas antes às vendas feitas a distribuidores não autorizados – os únicos eventuais compradores na distribuição seletiva são os representantes designados e os clientes finais.

---

16 Na verdade, tal exceção decorre também do considerando 11 do Regulamento que determina que “qualquer obrigação direta ou indireta, que impeça os membros de um sistema de distribuição seletiva de venderem as marcas de determinados fornecedores concorrentes, deve ser excluída do benefício do presente regulamento”.

17 TJ, C-31/80, *NV L'Oréal e SA L'Oréal c. PVBA “De Nieuwe AMCK”*, acórdão de 11 de dezembro de 1980, EU:C:1980:289, paras. 15 e 16.



A distribuição seletiva apresenta muita flexibilidade, em comparação com a distribuição exclusiva ou com a franquia, uma vez que permite que um fornecedor selecione revendedores de acordo com critérios qualitativos e, conseqüentemente, assegure uma comercialização dentro de condições que mereçam o prestígio dos seus produtos de luxo.

Os acordos de distribuição seletiva são muito comuns, especialmente no que respeita à venda de produtos de luxo. É, de facto, a técnica de distribuição mais utilizada para perfumes, cosméticos, acessórios de pele ou mesmo pronto-a-vestir de luxo. Imagine-se exemplificativamente a marca Y, produtora de luxuosos acessórios de moda, que estabeleceu uma rede de distribuição seletiva na qual exige que os seus distribuidores cumpram determinados requisitos de decoração e disposição dos produtos na loja física e exige que os funcionários tenham uma determinada formação e *know-how* específico sobre os produtos para que possam prestar determinados serviços de pré e de pós-venda (por exemplo arranjos e manutenção dos produtos).

## II.4. Franquia

Na década de 60, os acordos de franquia eram relativamente desconhecidos na Europa. Chegaram mais tarde, vindos dos Estados Unidos da América, e rapidamente se espalharam por toda a área do mercado comum. Na atualidade, são muitas as marcas de moda que proliferam internacionalmente na base do recurso a acordos de franquia.

Os acordos de franquia contêm licenças de direitos de propriedade intelectual relativas, em particular, a marcas comerciais ou insígnias e *know-how*, para a utilização e distribuição de bens e serviços. Para além da licença de direitos de propriedade intelectual, o franqueador normalmente presta assistência técnica ou comercial ao franqueado durante a vigência do contrato<sup>18</sup>, pelo que a franquia “mais do que um sistema de distribuição, trata-se de uma forma de explorar financeiramente, sem envolver capitais próprios, um conjunto de conhecimentos”<sup>19</sup>.

---

18 N.º 189 das Orientações Verticais.

19 TJ, C-161/84, *Pronuptia de Paris GmbH c. Pronuptia de Paris Irmgard Schillgalis*, acórdão de 28 de janeiro de 1986, EU:C:1986:41, para. 15.

As três características que distinguem a franquia dos demais contratos de distribuição são: a utilização de um nome comercial comum e de instalações comerciais com apresentação uniforme; a partilha de *know-how* pelo franqueador ao franqueado; e a prestação de assistência técnica e comercial ao franqueado ao longo da vigência do contrato. Quanto mais lata for a transferência de *know-how*, maior será a probabilidade de o acordo gerar eficiências e em consequência preencher as condições do n.º 3 do art. 101.º TFUE. Uma cláusula de não concorrência imposta ao franqueado não cai no âmbito n.º 1 do art. 101.º TFUE se for necessária para manter a reputação e identidade comum da rede (Hildebrand, 2005: 76-78)

### III. O COMÉRCIO ELETRÓNICO

O comércio eletrónico é, hoje em dia, um tema incontornável da indústria da moda, tendo vindo a aumentar de forma constante. O seu crescimento teve um impacto significativo não só no comportamento dos consumidores e clientes finais, mas também nas estratégias de distribuição das empresas.

A UE é um dos maiores mercados de comércio eletrónico do mundo, sendo que a percentagem de pessoas que encomendam bens de consumo através de plataformas digitais tem vindo a aumentar todos os anos, passando de 30% em 2007 para 55% em 2016 (Eurostat, 2016).

No âmbito da Estratégia para o Mercado Único Digital na Europa<sup>20</sup>, a Comissão lançou, em 2015, um inquérito setorial sobre o comércio eletrónico de bens de consumo e de conteúdos digitais na UE. O principal objetivo deste inquérito é identificar os eventuais problemas de concorrência que afetam os mercados de comércio eletrónico europeu e alcançar uma melhor aplicação do direito da concorrência no setor do comércio eletrónico.

O Relatório final da Comissão relativo ao inquérito setorial sobre o comércio eletrónico<sup>21</sup> (“Relatório”) foi publicado em Maio de 2017, sistematizando as conclusões da Comissão sobre o assunto. A nossa análise foca exclusivamente as conclusões relativas aos bens de consumo (o inquérito abrangeu as categorias

20 A Estratégia define diversas ações-chave ao abrigo de três pilares através dos quais a Comissão pretende criar um “Mercado Único Digital”. Um dos pilares da Estratégia é garantir um melhor acesso dos consumidores e das empresas a bens e serviços através do comércio eletrónico.

21 Relatório da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu, Relatório final relativo ao inquérito setorial sobre comércio eletrónico de 10 de maio de 2017, COM (2017) 229 final.

de produtos mais vendidos online, dos quais destacamos o calçado, o vestuário e os produtos de cosmética).

No seu Relatório, a Comissão concluiu que: i) o advento do comércio eletrónico possibilitou um *aumento da transparência dos preços* por permitir que os consumidores comparem preços e informação sobre os produtos instantaneamente – no entanto, esta situação pode também resultar em comportamentos de “parasitismo”, ou seja, os consumidores podem utilizar serviços de pré-venda em lojas físicas antes de adquirir o produto online, ou fazer pesquisas e comparações de produtos online para depois os adquirirem numa loja física; ii) a facilidade de comparação de preços online conduziu a uma *maior concorrência em matéria de preços* que afetou as vendas online e offline, apesar de este cenário ter efeitos positivos para os consumidores, pode também afetar a concorrência relativamente a outros parâmetros como a qualidade, a marca e a inovação cuja importância para a concorrência entre marcas é inquestionável; iii) a maior transparência de preços permite ainda que as empresas controlem mais facilmente os seus preços, pois grande parte dos retalhistas seguem online os preços dos seus concorrentes; iv) a existência de modelos alternativos de distribuição online – caso dos *online marketplaces* – que facilitam o acesso dos retalhistas aos clientes, o que é ainda mais importante no caso dos pequenos retalhistas, que passaram a conseguir uma maior visibilidade e aumentar as suas vendas através de plataformas de terceiros, com investimentos e esforços limitados.

Acontece que estas tendências de mercado tendem a afetar as estratégias de distribuição e de fixação de preços dos fabricantes e dos retalhistas. Devido à maior transparência e concorrência em matéria de preços, os fabricantes procuram agora exercer um maior controlo sobre as suas redes de distribuição, em particular em matéria de qualidade e de preços. Este comportamento traduziu-se, nomeadamente, no aumento do recurso a práticas concertadas entre fabricantes e retalhistas que afetam a concorrência intermarcas.

O Relatório Final da Comissão revela as seguintes tendências no mercado: os fabricantes decidiram vender os seus produtos diretamente através de lojas próprias de venda a retalho online, aumentando assim a concorrência com os seus próprios distribuidores independentes; os fabricantes recorrem com maior frequência aos sistemas de distribuição seletiva como forma de fazer face ao aumento do comércio eletrónico; por fim, de forma a conseguir alcançar um maior controlo sob a distribuição, ocorreu um aumento do recurso às restrições verticais.

O crescimento do comércio eletrônico espoletou outrossim várias preocupações em matéria de concorrência. No seu Relatório, a Comissão salienta as seguintes: aumento do recurso à distribuição seletiva como forma de exercer um maior controlo sob a rede de distribuição; restrições à publicidade online e à venda em mercados online; restrições ao nível de preços; restrições geográficas à venda e à publicidade online.

Quanto à primeira, a distribuição seletiva é suscetível de facilitar a imposição, a execução e o controlo de certas restrições verticais que podem levantar preocupações em matéria de concorrência e, em consequência, requerer uma análise detalhada – e.g. um produtor impede o distribuidor de vender os produtos contratuais em mercados online. No Relatório, a Comissão refere que, neste tipo de acordos, mais de metade dos fabricantes exigem que os retalhistas explorem também uma loja física, excluindo, deste modo, os retalhistas que operam única e exclusivamente online<sup>22</sup>. A maior parte dos requisitos relacionados com a exigência de lojas físicas procuram promover a concorrência em matéria de qualidade da distribuição, mas também, muitas vezes, o seu principal objetivo é excluir da rede de distribuição seletiva os intervenientes que operam exclusivamente online. Os requisitos impostos que não apresentam qualquer ligação à qualidade da rede de distribuição ou a outros potenciais ganhos de eficiência podem carecer de uma análise mais aprofundada. Caso ocorram efeitos anticoncorrenciais relevantes é retirado o benefício de isenção por categoria<sup>23</sup>.

Resulta também do relatório da Comissão, e de acordo com o que os retalhistas reportam, que as restrições em matéria de preços são as mais generalizadas. O direito europeu da concorrência proíbe os fabricantes de fixar o preço final cobrado pelos retalhistas ao consumidor. Os acordos que fixam preços de revenda constituem uma restrição da concorrência grave pelo objeto nos termos do art. 101.º do TFUE e uma restrição que afasta o âmbito de isenção do Regulamento 330/2010<sup>24</sup>, nos termos da al. a) do seu art. 4.º.

22 N.º 27 do Relatório.

23 O n.º 176 das Orientações Verticais diz que “o Regulamento de Isenção por Categoria isenta a distribuição seletiva, independentemente da natureza do produto em causa e da natureza e dos critérios de seleção. Contudo, no caso de as características do produto não exigirem a distribuição seletiva ou não exigir os critérios aplicados, como, por exemplo, a exigência imposta aos distribuidores de possuírem um ou mais estabelecimentos tradicionais, tal sistema de distribuição não cria, em geral, efeitos de reforço dos ganhos de eficiência suficientes para compensar uma redução significativa da concorrência intramarcas”.

24 O n.º 226 das Orientações Verticais diz que “a prática de recomendar um preço de revenda a um revendedor ou exigir ao revendedor o respeito de um preço de revenda máximo é abrangida pelo

No que respeita às restrições geográficas, à venda e à publicidade online<sup>25</sup>, a Comissão salienta que o comércio eletrónico transfronteiriço tem o potencial de contribuir para a integração do mercado único, pois permite que os consumidores adquiram bens vendidos noutro Estado-Membro sem, todavia, necessitarem de atravessar fronteiras físicas para o fazer. Sucede, porém, que estas vendas transfronteiriças são muitas vezes impedidas pelos próprios retalhistas, que se recusam a vender a clientes no estrangeiro e bloqueiam o acesso aos sítios web, reencaminhando os clientes para outros sítios web de outros Estados-Membros, ou simplesmente recusando-se a fazer entregas ou a receber pagamentos transfronteiriços. Estas medidas são conhecidas sob a designação de *geoblocking* ou *bloqueio geográfico*<sup>26</sup>.

As chamadas “restrições territoriais” são geralmente consideradas como restrições muito graves, nos termos da al. *b*) do art. 4.º do Regulamento 330/2010. Como se sabe, o Regulamento distingue entre vendas ativas<sup>27</sup> e vendas passivas<sup>28</sup>. Nas suas Orientações Verticais, a Comissão considera

---

Regulamento de Isenção por Categoria, quando a quota de mercado de cada uma das partes no acordo não ultrapassa o limiar de 30%, desde que tal preço não seja equivalente a um preço de venda mínimo ou fixo resultante de pressão ou incentivos de qualquer das partes”.

25 N.º 44 e seguintes do Relatório.

26 Resulta do n.º 47 do Relatório que “ao passo que os produtos são normalmente vendidos em toda a EU, 36% dos retalhistas inquiridos referiram que não efetuam vendas transfronteiras em, pelo menos, uma das categorias de produtos em que exercem a sua atividade. 38% dos retalhistas recolhem informações sobre a localização do cliente, a fim de implementar medidas de bloqueio geográfico. Por norma, o bloqueio geográfico traduz-se na recusa de entrega de bens a clientes noutros Estados-membros, seguido da recusa de aceitar os pagamentos desses clientes.”

27 Nos termos do n.º 51 das Orientações Verticais, “entende-se por vendas «ativas», a abordagem ativa de clientes individuais através de, por exemplo, publicidade por correio, incluindo o envio de correio eletrónico não solicitado, ou visitas, ou a abordagem ativa de um grupo de clientes específico ou de clientes num território específico através de publicidade nos meios de comunicação, na Internet ou outras promoções especificamente destinadas a esse grupo de clientes ou orientadas para clientes nesse território. Considera-se venda ativa a um grupo de clientes específico ou a clientes num território específico, a publicidade ou a promoção que, sendo apenas atraente para o comprador, (também) atinge esse grupo de clientes ou clientes nesse território”.

28 Nos termos do n.º 51 das Orientações Verticais, “entende-se por vendas «passivas» a resposta a pedidos não solicitados, apresentados por clientes individuais, incluindo a entrega de bens ou a prestação de serviços a esses clientes. A publicidade de carácter geral ou a promoção que atinge clientes nos territórios ou grupos de clientes (exclusivos) de outros distribuidores, mas que constitui uma forma razoável de atingir clientes fora desses territórios ou grupos de clientes, por exemplo, para atingir clientes no seu próprio território, são consideradas vendas passivas. Considera-se que a publicidade ou a promoção de carácter geral constitui uma forma razoável de atingir esses clientes se fosse interessante para o comprador realizar esses investimentos mesmo que não atingissem clientes nos territórios ou grupos de clientes (exclusivos) de outros distribuidores”.

que as vendas através da internet se devem enquadrar como vendas passivas por permitirem que o cliente chegue facilmente ao distribuidor. Estar-se-á perante uma venda passiva mesmo no caso do cliente, após visitar o sítio de internet do distribuidor, o contactar e adquirir o bem ou serviço que visualizou no referido sítio de internet. A circunstância de o distribuidor oferecer diferentes opções linguísticas no sítio de internet não altera o carácter passivo da venda<sup>29</sup>. O inquérito setorial ao comércio eletrónico já deu frutos. Em junho de 2017, no seguimento das conclusões do Relatório, a Comissão deu início a uma investigação à Guess por indícios de *geoblocking*<sup>30</sup>. Estavam em causa restrições impostas por esta empresa aos seus distribuidores autorizados impedindo-os de vender online a consumidores ou a retalhistas de outros Estados-Membros, bem como impedindo grossistas de vender a retalhistas de outros Estados-Membros.

A Guess, por decisão datada de 17 de dezembro de 2018, foi multada no pagamento de uma multa no valor de cerca €40 milhões. A Comissão entendeu que os acordos de distribuição da Guess impediam os retalhistas autorizados de usar a marca e as marcas registadas para fins de publicidade online; vender online sem uma autorização prévia e específica da Guess (não existia qualquer critério especificado para a tomada daquela decisão, tendo por isso a Guess total liberdade de decisão), e também de definir o preço dos produtos de forma independente<sup>31</sup>.

### III. JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA

As restrições às vendas em mercados online é um tema que tem suscitado questões sobre a aplicação e a interpretação do direito europeu da concorrência. Não podemos deixar de referir, a este propósito, dois casos do Tribunal de

29 N.º 52 das Orientações Verticais.

30 Caso 40428 – *Guess*. Mais informação disponível em (usar o link que lá está). Acesso em 15 de março de 2018.

31 Comunicado de imprensa disponível em [http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case\\_details.cfm?proc\\_code=1\\_40428](http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_40428). Acesso em 14 de janeiro de 2019. (à data da redação deste artigo a versão não confidencial da decisão ainda não havia sido publicada).

Justiça da União Europeia (TJUE): o *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique*<sup>32</sup> (Pierre Fabre) e o *Coty Germany*<sup>33</sup> (Coty).

A Pierre Fabre Dermo-Cosmétique é uma das sociedades do grupo Pierre Fabre que se dedica ao fabrico e comercialização de produtos cosméticos e de higiene pessoal. Esta empresa tem várias filiais entre as quais se destacam os laboratórios Klorane, Ducray, Galénic e Avène, cujos produtos são vendidos maioritariamente em farmácias. A Pierre Fabre vende os seus produtos através de uma rede de distribuição seletiva e exigia, à data da investigação, que os seus distribuidores apenas vendessem os produtos num espaço físico (maioritariamente farmácias) e na presença de um farmacêutico qualificado, tendo, assim, imposto aos membros da rede uma proibição geral às vendas online.

Em França, a Autorité de la Concurrence<sup>34</sup> (Autorité) analisou *ex officio* as práticas utilizadas no setor da distribuição dos produtos cosméticos e de higiene pessoal e concluiu que a proibição de vendas online, imposta pela Pierre Fabre aos seus distribuidores autorizados, constituía uma restrição à concorrência, contrária ao art. 101.º do TFUE e à correspondente legislação francesa, e ordenou-lhe que suprimisse, dos seus contratos de distribuição seletiva, todas as menções equivalentes a uma proibição de venda online, e também que previsse expressamente, nesses contratos, a possibilidade de os seus distribuidores usarem este modo de distribuição. A Pierre Fabre foi ainda condenada ao pagamento de uma coima no valor de €17.000.

Não se conformando com aquela decisão, a Pierre Fabre interpôs recurso de anulação na Cour d'Appel de Paris (Cour d'Appel). Por sua vez, a Cour d'Appel decidiu suspender a instância e submeter a seguinte questão prejudicial ao TJUE: a proibição geral e absoluta de vender online os produtos contratuais aos consumidores finais, imposta pela Pierre Fabre aos seus distribuidores no âmbito de uma rede de distribuição seletiva, constitui uma restrição grave da concorrência pelo objeto, que não está abrangida pela isenção por categoria prevista no Regulamento 2790/1999?<sup>35</sup>

---

32 TJ, C-439/09, *Pierre Fabre Dermo-Cosmetique*, acórdão de 13 de Outubro de 2011, EU:C:2011:649.

33 TJ, C-230/16, *Coty Germany c. Parfümerie Akzente*, acórdão de 6 de dezembro de 2017, EU:C:2017:941.

34 Decisão da Autorité de la Concurrence, *Produits cosmétiques et d'hygiène corporelle*, nr. 08-D.25, 29 outubro 2008, disponível em: <<http://www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/08d25.pdf>> Acesso em 15 de março de 2018.

35 C-439/09, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique*, acórdão de 13 de outubro de 2011, EU:C:2011:649, para. 31. O Regulamento 2790/1999 da Comissão, de 22 de dezembro de 1999, relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado CE a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas, caducou

O TJUE entendeu que o argumento da preservação da imagem de prestígio dos produtos não pode constituir um objetivo legítimo para restringir a concorrência e, conseqüentemente, não pode justificar uma cláusula contratual que prossiga tal objetivo. Segundo o Tribunal “o artigo 101.º, n.º 1, TFUE deve ser interpretado no sentido de que uma cláusula contratual, no âmbito de um sistema de distribuição seletiva, que exige que as vendas de produtos cosméticos e de higiene pessoal sejam feitas num espaço físico, na presença obrigatória de um licenciado em Farmácia, tendo como consequência a proibição da utilização da Internet para estas vendas, constitui uma restrição por objetivo, na aceção desta disposição, se, na sequência de uma análise individual e concreta do teor e do objetivo da cláusula contratual e do contexto jurídico e económico em que a mesma se inscreve, se concluir que, face às propriedades dos produtos em causa, tal cláusula não é objetivamente justificada”<sup>36</sup>.

Quanto à segunda parte da questão prejudicial, entendeu o Tribunal que a isenção por categoria não se aplica a um contrato de distribuição seletiva que inclui uma cláusula que proíbe, de facto, a comercialização dos produtos contratuais online.

O caso *Coty* versa sobre a proibição de venda de produtos de cosmética de luxo em mercados online (*online marketplaces*).

A Coty Germany é um dos principais fornecedores alemães de cosméticos de luxo que comercializa as suas marcas de cosméticos através de uma rede de distribuição seletiva, com base num acordo de distribuição uniformemente aplicado em toda a Europa. O acordo é complementado por outros acordos específicos destinados a organizar a referida rede.

A Parfümerie Akzente (Parfümerie) distribuiu, durante muitos anos, os produtos da Coty Germany como revendedor autorizado, quer em lojas físicas quer online. As vendas online são feitas, em parte, através da sua própria loja online e, em parte, através da plataforma “amazon.de”.

Em 2012, no seguimento da adoção do Regulamento 330/2010, a Coty apresentou aos seus distribuidores um novo contrato de distribuição que

---

em 31 de maio de 2010, tendo sido substituído pelo Regulamento 330/2010, da Comissão, de 20 de abril de 2010 relativo à aplicação do artigo 101.º, n.º 3, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas.

36 Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 13 de outubro de 2011, caso C-439/09, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique*, EU:C:2011:649, para. 47.



substituiria o anterior. Nos termos do novo contrato, a Coty, por forma a preservar a imagem de luxo dos seus bens, proibia os seus distribuidores, entre eles a Parfümerie, de vender em mercados online como “amazon.de”. Estas novas regras estabeleciam que “o distribuidor está autorizado a oferecer e a vender os produtos na Internet, desde que, no entanto, esta atividade de venda através da Internet seja realizada através de uma “montra eletrónica” da loja autorizada e que continue a garantir o carácter luxuoso dos produtos”<sup>37</sup>.

Ora, uma vez que a Parfümerie se recusou a aceitar as novas regras, a Coty propôs uma ação judicial perante os tribunais alemães na qual pedia a proibição da Parfümerie de vender em mercados online, tais como a plataforma “amazon.de”.

Por acórdão de 31 de julho de 2014, o Landgericht Frankfurt am Main (Tribunal Regional de Frankfurt am Main, Alemanha) indeferiu o pedido, com base no fundamento de que a cláusula contratual em questão era contrária ao n.º 1 do art. 101.º do TFUE. Em particular, o Tribunal nacional entendeu que, de acordo com o acórdão *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique*, o objetivo de preservar uma imagem de marca de prestígio não justifica a introdução de um sistema de distribuição seletiva que, por definição, restringe a concorrência. O Tribunal nacional entendeu ainda que as condições para a concessão de uma isenção individual não estariam reunidas, uma vez que não tinha sido demonstrado que a exclusão geral das vendas online através de plataformas de terceiros implicaria ganhos de eficiência que permitissem compensar os efeitos anticoncorrenciais emergentes daquela cláusula<sup>38</sup>.

Não se conformando com a decisão, a Coty recorreu para o Oberlandesgericht Frankfurt am Main (Supremo Tribunal Regional de Frankfurt am Main) que, por sua vez, decidiu suspender a instância e submeter quatro questões prejudiciais à apreciação do TJUE. Essencialmente, o que o tribunal do reenvio pretendeu saber é se a proteção da “imagem de luxo” dos produtos distribuídos é um parâmetro da concorrência compatível com o n.º 1 do art. 101.º do TFUE e se uma proibição imposta aos membros de um sistema de distribuição seletiva de vender por meio de mercados online equivale a uma restrição da concorrência pelo objeto na aceção do n.º 1 do art. 101.º do TFUE.

---

37 Para. n.º 15 do Acórdão Coty.

38 Para. n.º 17 e 18 do Acórdão Coty.

No dia 26 de julho de 2017, o Advogado-Geral Nils Wahl proferiu as suas conclusões<sup>39</sup> em que afirma que o principal objetivo dos sistemas de distribuição seletiva é, efetivamente, a proteção da imagem da marca, mais ainda quando se trata da distribuição de produtos de luxo<sup>40</sup>.

No n.º 46 das suas Conclusões, o Advogado-Geral observa ainda que, neste setor em particular, as empresas concorrem não só em matéria de preços mas também em termos de qualidade e de inovação.

Na sua opinião, as questões submetidas à apreciação do TJUE refletem a existência de interpretações divergentes da fundamentação do Acórdão *Pierre Fabre*. Naquele Acórdão, o TJUE afirmou que “o objetivo de preservar a imagem de prestígio não pode constituir um objetivo legítimo para restringir a concorrência e não pode, assim, justificar que uma cláusula contratual que prossiga tal objetivo não seja abrangida pelo n.º1 do art. 101.º do TFUE”<sup>41</sup>.

No entanto, e como acertadamente o Advogado-Geral observa, esta afirmação não firma uma doutrina geral e abstrata de proibição: a argumentação do Acórdão *Pierre Fabre* está limitada ao contexto e às circunstâncias específicas daquele caso. Na verdade, se o Acórdão *Pierre Fabre* fosse interpretado no sentido de que um sistema de distribuição seletiva, pensado para preservar a imagem da marca de luxo, e, portanto, impondo uma proibição de vendas online, não pudesse, de forma alguma, escapar ao âmbito objetivo do n.º 1 do art. 101.º do TFUE, então essa interpretação seria contrária à jurisprudência do TJUE em matéria de propriedade intelectual<sup>42</sup>. Este é, de facto, o argumento mais inovador e interessante que o Advogado-Geral Wahl avança, recorrendo a jurisprudência em matéria de propriedade intelectual para fundamentar a sua opinião.

Em Acórdão datado de 6 de dezembro de 2017, o TJUE acolhe os principais argumentos avançados pelo Advogado-Geral Wahl nas suas conclusões. O TJUE decidiu que um sistema de distribuição seletiva concebido, principalmente, para preservar a imagem de luxo desses produtos, é compatível com o n.º 1 do art. 101.º do TFUE, desde que se encontrem cumpridos os seguintes

---

39 Conclusões do Advogado-Geral, de 26 de julho de 2017, caso C-230/16, *Coty Germany c. Parfümerie Akzente*, EU:C:2017:603.

40 Para. n.º 43 das Conclusões do Advogado-Geral.

41 Para. n.º 46 do Acórdão *Pierre Fabre*.

42 TJ, C-59/08, acórdão 23 de abril de 2009, *Copad SA c. Christian Dior couture SA e Vincent Gladel e Société industrielle lingerie (SIL)*, EU:C:2009:260.

critérios: os revendedores devem ser escolhidos com base em critérios objetivos de carácter qualitativo; estes critérios devem ser fixados uniformemente para todos os potenciais revendedores; os critérios devem ser aplicados de modo não discriminatório; as propriedades do produto em causa exijam, para preservar a qualidade e assegurar a sua correta utilização, que exista uma rede de distribuição; e, os critérios estabelecidos não ultrapassem a medida do necessário<sup>43</sup>.

No Acórdão, o TJUE considerou que a restrição de vendas através de plataformas de terceiros não excede o necessário para alcançar o objetivo de preservar a imagem de luxo de um bem e que, mesmo que restrinja um tipo específico de venda através da internet, a proibição não equivale a uma restrição de clientes, na aceção da al. b) do art. 4.º do Regulamento 330/2010, nem a uma restrição de vendas passivas aos utilizadores finais, na aceção da al. c) do art. 4.º do mesmo regulamento<sup>44</sup>.

O TJUE deixou ainda claro que as restrições de vendas em plataformas online de terceiros impostas aos distribuidores de produtos de luxo são compatíveis com o direito Europeu da concorrência<sup>45</sup>, desde que os critérios enunciados no Acórdão *Coty* se encontrem cumpridos.

Na sua análise, o TJUE fez referência explícita ao acórdão *Pierre Fabre Dermo-Cosmetique* (C-439/09), esclarecendo, por um lado, que aquela decisão “deve ser lida e interpretada à luz do contexto desse julgamento”<sup>46</sup>, e por outro, que ao contrário do que sucede no caso *Coty*, os produtos em causa no acórdão *Pierre Fabre* “não eram produtos de luxo, mas produtos cosméticos e de higiene corporal”<sup>47</sup>.

Tal como o Advogado-Geral nas suas Conclusões, também o TJUE faz referência expressa à sua jurisprudência em matéria de propriedade intelectual, em particular ao Acórdão *Copad*<sup>48</sup>, afirmando que “no que se refere, designadamente, à questão de saber se a distribuição seletiva pode ser necessária para os

43 Para. n.º 24 do Acórdão *Coty*.

44 Para. n.º 69 do Acórdão *Coty*.

45 No n.º 42 do Relatório, referindo-se expressamente ao caso *Coty*, a Comissão concluiu que “sem prejuízo do pedido de decisão prejudicial em curso, os resultados do inquérito setorial indicam que as proibições (absolutas) de utilização dos mercados online não devem ser consideradas restrições graves na aceção do art. 4.º, al. b) e do art. 4.º, al. c), do Regulamento de Isenção por Categoria Vertical”.

46 Para. n.º 31 do Acórdão *Coty*.

47 Para. n.º 32 do Acórdão *Coty*.

48 TJ, caso C-59/08, acórdão de 23 de abril de 2009, *Copad SA c. Christian Dior couture SA, Vincent Gladel e Société industrielle lingerie* (SIL), EU:C:2009:260.

produtos de luxo, importa recordar que o Tribunal de Justiça já constatou que a qualidade de tais produtos não resulta unicamente das suas características materiais, mas também do seu estilo e da sua imagem de prestígio, que lhes conferem uma aura de luxo, que esta aura constitui um elemento essencial dos referidos produtos para que sejam distinguidos de outros produtos semelhantes pelos consumidores e que, assim, um dano causado à referida aura de luxo é suscetível de afetar a própria qualidade desses produtos<sup>49</sup>.

De facto, o direito da propriedade intelectual e o direito da concorrência andam lado a lado, especialmente no que respeita aos acordos de distribuição seletiva. Na verdade, trata-se de um argumento bastante evidente se pensarmos, por exemplo, na possibilidade de um produto de luxo ser vendido no mesmo mercado online que a sua cópia. Situações como esta resultam numa perda substancial não só em matéria de imagem da marca mas também em termos de investimento na qualidade, estética e singularidade dos produtos.

## IV. CASOS NACIONAIS RECENTES

### IV.1. Agências de Modelos

Recentemente, as Autoridades da Concorrência da França, de Itália e do Reino Unido revelaram estar especialmente atentas ao setor da moda, tendo iniciado inquéritos relativos a práticas de coordenação para fixação de preços e troca de informações sensíveis, através de um cartel, que resultaram na aplicação de coimas às entidades em causa.

Em França, prestigiadas agências de modelos como a IMG, Elite Model Management, Next Model Management, Marilyn Agency, entre outras, foram acusadas de colusão para fixação de preços<sup>50</sup>. Depois de descobrir que as organizações sindicais das agências de modelos tinham tarifários disponíveis nos seus sítios web, a Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes solicitou que a Brigade Interrégionale d'Enquêtes de Concurrence investigasse o setor da prestação de serviços por agências de modelos. Esta investigação resultou na elaboração

---

49 Para. n.º 25 do Acórdão *Coty*.

50 Decisão da Autorité de la Concurrence, 16-D-20, disponível em: <<http://www.autoritedelaconcurrence.fr>> Acesso em 15 de Março de 2018.

de um relatório administrativo transmitido ao relator geral da Autorité de la Concurrence (“Autorité”).

Em sequência, a Autorité instaurou um inquérito, tendo concluído que 37 agências de modelos, bem como a Synam (o Sindicato Nacional das Agências de Modelos), haviam colaborado para fixar preços durante um período relevante de 10 anos.

A Synam tinha um papel central neste cartel, tendo sido acusada de elaborar e distribuir tabelas de preços por forma a influenciar a política comercial das agências de modelos (com pouca ou sem qualquer margem para negociações) para sessões fotográficas, campanhas publicitárias e desfiles. Em setembro de 2016, 35 das 37 agências investigadas foram condenadas ao pagamento de coimas de valor entre €1.000 e €600.000.

As agências Smith & Smith Characters, Marilyn Agency e a Metropolitan Models recorreram para o Cour d’Appel de Paris que, em decisão datada de 6 de julho de 2017, reduziu as coimas aplicadas à Smith & Smith Characters e à Marilyn Agency, e rejeitou o recurso da Metropolitan Models<sup>51</sup>.

A Smith & Smith alegou que a sua participação nas práticas em causa tinha sido irrelevante pois apenas tinha estado presente numa das quatro reuniões da Synam, julgadas anticoncorrenciais pela Autorité, motivo pelo qual deveria ser absolvida. Alegou, a título subsidiário, que a decisão de condenação não estaria suficientemente fundamentada e que a sanção imposta violava os princípios da proporcionalidade das penas, da não discriminação e da igualdade de tratamento, tendo por isso requerido a redução da coima para um montante máximo de €3.000<sup>52</sup>. A *société* Marilyn alegou, a título principal, que a dimensão da sua intervenção nas práticas em causa era diminuta, uma vez que apenas havia participado em duas das reuniões da Synam. Essa circunstância deveria, por si só, ter cominado na sua não condenação ao pagamento de uma coima ou ao pagamento de uma coima meramente simbólica. Subsidiariamente, alegou que a Autorité deveria ter tido em consideração o caráter de monoserviço da sua atividade e que a decisão impugnada não estaria devidamente fundamentada, desprovida de base legal, e proferida com base num erro manifesto, não cumprindo a exigência de avaliação individual

---

51 Cour D’Appel de Paris, Pôle 5 – Chambre 5-7. Arrêt du 6 Juillet 2017, n.º 36, numéro d’inscription au répertoire général : 2016/22365, disponível em : <[http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/ca\\_16d20.pdf](http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/ca_16d20.pdf)> Acesso em 15 de Março de 2018.

52 Cour D’Appel de Paris, Pôle 5 – Chambre 5-7. Arrêt du 6 Juillet 2017, n.º 36, numéro d’inscription au répertoire général: 2016/22365, p. 5.

proporcional ao grau de participação no ilícito em causa. A título subsidiário afirmou que, atendendo ao seu volume de negócios, deveria ter sido incluída no grupo de agências condenadas ao pagamento de uma coima de €80.000 e não €300.000.

O Tribunal entendeu que a Smith&Smith, apesar de apenas ter participado numa única reunião da Synam, foi precisamente essa a reunião que revestiu maior importância, pois foi nela que os comportamentos anticoncorrenciais foram aprovados – com o voto favorável e sem reservas da Smith&Smith. Todavia, uma vez que a Smith&Smith apenas participou, de facto, numa única reunião, o Tribunal decidiu reduzir o montante da coima ao abrigo dos princípios da proporcionalidade e da individualização das sanções.

No que respeita ao recurso da *société* Marilyn, o Tribunal entendeu que, no que respeita ao cálculo da coima, teria havido um problema de interpretação do pedido de informação da Autorité que levou as partes a calcular os respetivos volumes de negócios com base em metodologias distintas. A Autorité decidiu avaliar o perfil económico-financeiro das empresas atendendo, não ao volume de negócios, mas antes ao valor das vendas em relação à infração em causa. Em sede de recurso, a *société* Marilyn apresentou um documento certificado pelo seu revisor oficial de contas donde resulta que o seu volume de negócios é, efetivamente, muito inferior ao inicialmente apresentado à Autorité motivo pelo qual o Tribunal decidiu reduzir a coima para o valor de €300.000.

Quanto ao recurso da *société* Metropolitan, o Tribunal entendeu que a participação desta empresa não podia ser desconsiderada pois, na verdade, esteve presente na reunião onde foram aprovados os comportamentos anticoncorrenciais. Por outro lado, no que respeita ao pedido subsidiário, o Tribunal esclareceu que os argumentos da Metropolitan não podiam colher, pois o montante da coima é calculado com base no valor das vendas e não no volume de negócios.

Em Novembro de 2016, em Itália, a Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato<sup>53</sup> (“Autorità”) concluiu que oito grandes agências de modelos, que em conjunto representavam 80% da quota de mercado em Itália, de entre as quais a Elite Model Management e a Major Model Management, e ainda a Assem (*Associazione Servizi Moda* – associação da indústria da moda), teriam participado num cartel, no período relevante entre Maio de 2007 e Março de 2015.

---

53 Decisão da Autorità della Concorrenza e del Mercato Caso n.º 1789 – *Agenzie di Modele*, Provvedimento n.º 25752, disponível em: <<http://www.agcm.it>> Acesso em 15 de Março de 2018.

A atividade decorreu no contexto de negociações com clientes daquelas agências de modelos – distribuidores de carros de luxo, marcas de produtos de consumo e agências de publicidade – para prestação de vários serviços, desde desfiles, sessões fotográficas e eventos promocionais.

A investigação teve origem num pedido de clemência<sup>54</sup>, apresentado pela IMG Italy, S.r.L., em setembro de 2014. Após uma demorada investigação, a Autoridade da Concorrência italiana condenou aquelas entidades ao pagamento de uma coima total de €4,5 milhões. Uma vez que os elementos apresentados pela IMG se revelaram fundamentais para a investigação, no que respeita à natureza do cartel, os seus objetivos, e a forma como funcionava, a Autoridade decidiu conceder-lhe imunidade total.

No Reino Unido, a Competition & Markets Authority (“CMA”), investigou a Association of Models Agents (“AMA”) e quatro agências de modelos – Premier Storm, Viva, Models 1, FM Models (todas elas membros da AMA durante o período relevante). As infrações em causa diziam respeito à colusão em matéria de preços e troca de informação sensível aquando da negociação com marcas de luxo, canais de venda online e marcas de consumo, práticas proibidas pelo art. 101.º do TFUE e pelo Competition Act de 1998 e suscetíveis, no âmbito de aplicação do regime do TFUE, de afetar o comércio entre os Estados-membros<sup>55</sup>.

O comportamento anticoncorrencial ocorreu no contexto de negociações com clientes – conhecidas redes de lojas, retalhistas de plataformas online, e várias marcas de bens de consumo – para a prestação de diferentes tipos de serviços (sessões fotográficas, campanhas publicitárias entre outros). As agências de modelos fixavam os preços dos serviços prestados pelas modelos e acordavam estratégias comuns de preços.

A AMA tinha um papel central neste cartel, quer de forma passiva quer de forma ativa. A Associação era utilizada pelas agências envolvidas como um veículo que lhes permitia coordenar preços e estratégias comerciais. As informações que partilhavam e faziam circular entre si eram informações confidenciais e comercialmente sensíveis (incluindo informação de preços futuros).

---

54 O programa de clemência é o mecanismo através do qual as empresas envolvidas em cartéis que decidam cooperar com a Autoridade da Concorrência – através da confissão, colaboração na investigação, entrega de documentos probatórios – podem conseguir imunidade total ou redução da coima. Sobre este assunto, ver Wijckmans e Tuytschaever, 2015.

55 Decisão da Markets & Competition Authority, Case reference: CE/9859-14, disponível em <<https://assets.publishing.service.gov.uk>>. Acesso em 15 de março de 2018.

Esta Associação encorajava os seus membros a não reduzirem os seus preços e emitia regularmente memorandos – os chamados “AMA Alerts” – exortando os seus membros a não aceitarem os preços propostos pelos clientes, por os considerar demasiado baixos. Estes memorandos eram também utilizados para tecer comentários sobre comissões e outros termos e condições oferecidos por um determinado cliente para um contrato. As agências de modelos tinham um papel muito ativo em toda esta dinâmica, em particular na redação dos memorandos que ajudavam a redigir. Numa fase posterior, discutiam o seu conteúdo por e-mail ou em reuniões, e também sugeriam a inclusão de informação chave no seu texto.

Apesar de a CMA ter encontrado evidências de que os referidos memorandos eram circulados pelo menos desde 2001, decidiu definir o período relevante de Abril de 2013 até Março de 2015, por ser o período com maior enquadramento no material probatório coligido.

No âmbito da análise ao mercado do produto relevante, a CMA entendeu que estas infrações não ocorriam nos serviços dos chamados *top models*, pois, neste caso, a fama do modelo desempenha um papel fundamental na decisão de contratar, dando, assim, ao modelo, um maior grau de poder de mercado em relação à agência de modelos e ao cliente do que noutros tipos de serviços. Além disso, o diferencial de preços entre os honorários cobrados pelos *top models* e os honorários cobrados pelos outros modelos (bem como possivelmente o status que lhes é associado) é tal, que seria improvável que os clientes que procuram serviços de modelos viessem a optar por *top models*. Acresce ainda que as taxas para os serviços dos *top models* são habitualmente negociadas com o cliente individualmente.

A CMA condenou todas as envolvidas ao pagamento de uma coima conjunta no total de £1.5 milhões.

Estes casos refletem situações clássicas de *Hub-and-Spoke*, ou seja, a troca de informação sensível entre concorrentes através de um terceiro, a um nível diferente da cadeia de produção ou distribuição – *hub* – que propicia o fluxo de informação entre as partes e, conseqüentemente, o seu comportamento anticoncorrencial.

No seguimento da conclusão destes processos, a 12 de setembro de 2017, a CMA emitiu uma nota informativa<sup>56</sup> dirigida às indústrias criativas, alertando

---

56 “Nota Informativa dirigida às indústrias criativas” emitida pela Competition & Markets Authority em 2017, disponível em <<https://assets.publishing.service.gov.uk>>. Acesso em 19 de novembro de 2018.



para a importância do *compliance*. Nesta nota informativa, a CMA enfatizou que se propunha a investigar todas as indústrias – incluindo as que operam neste setor – sempre que existissem suspeitas de violação do direito da concorrência. A CMA elenca ainda várias razões segundo as quais esta indústria deve dar devida importância ao cumprimento das normas de direito da concorrência, realçando quais as consequências práticas para as empresas<sup>57</sup>, e quais os passos que podem ser tomados para garantir o cumprimento da lei da concorrência.

Referimos ainda, numa nota avulsa, que, ao abrigo da Diretiva 2014/104/UE, de 26 de novembro de 2014, relativa a certas regras que regem as ações de indemnização no âmbito do direito nacional por infração às disposições do direito da concorrência dos Estados-membros e da UE<sup>58</sup>, as vítimas de cartéis podem dar entrada de ações de indemnização com vista à reparação de danos causados por infrações ao direito da concorrência da UE (violação dos art. 101.º e 102.º do TFUE) e ao direito da concorrência nacional (no caso português a Lei da Concorrência, Lei n.º 19/2012 de 8 de Maio)<sup>59</sup>.

## V.2. Produtos de Cosmética

Em outubro de 2017, a Autoridade da Concorrência da República Helénica condenou seis grandes marcas de cosméticos pela prática de fixação indireta de preços de revenda<sup>60</sup>.

A Estée Lauder, a L'Oréal e a Christian Dior, bem como três empresas gregas (todas elas grossistas), foram acusadas de terem fixado indiretamente

---

57 Coimas que podem ascender a 10% do volume de negócios da empresa à escala mundial; os administradores das empresas podem também ser impedidos de exercer cargos de direção por um período que poderá ascender a 15 anos; nos casos mais sérios as pessoas singulares podem ser investigadas pela prática de ilícitos criminais e condenadas a penas de prisão de até 5 anos ou ao pagamento de multas; os lesados podem intentar uma ação judicial requerendo o pagamento de uma indemnização pelos danos sofridos em consequência da violação do direito da concorrência; as associações profissionais podem também ser condenadas pela violação do direito da concorrência; a CMA pode responsabilizar uma empresa apenas por pertencer a uma associação profissional que violou o direito da concorrência; e, por fim, recorda que os comportamentos anticoncorrenciais podem resultar na perda de reputação.

58 Diretiva 2014/104/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de novembro de 2014, relativa a certas regras que regem as ações de indemnização no âmbito do direito nacional por infração às disposições do direito da concorrência dos Estados-Membros e da União Europeia.

59 Esta Diretiva foi transposta pela Lei 23/2018, de 5 de junho.

60 Comunicado de Imprensa da Hellenic Competition Commission, 4 de outubro 2017, disponível para consulta em <<https://www.epant.gr/en/>>. Acesso em 19 de novembro de 2018.

os preços de revenda dos retalhistas através da aplicação de um nível uniforme de descontos. Esta prática constitui uma violação do art. 101.º do TFUE, bem como da legislação nacional de concorrência daquele Estado-Membro. Estas empresas foram condenadas ao pagamento de coimas que, no total, ascendem a cerca de €20 milhões. A Autoridade ordenou ainda que as referidas empresas se abstivessem de continuar na prática destes ilícitos (ou semelhantes) ameaçando, em caso de reincidência, com a condenação ao pagamento de uma coima de €10.000 por dia, para cada dia de incumprimento da decisão proferida.

## VI. CONCLUSÃO

Como afirmámos na introdução deste artigo, a indústria da moda não era, até há bem pouco tempo, uma indústria que despertasse o interesse por parte das Autoridades da Concorrência na Europa. No entanto, como esperamos ter demonstrado, esta tendência está em ponto de inflexão. Assim o evidenciam as várias investigações concluídas recentemente, mas também o facto de a Comissão, no seu Relatório relativo ao inquérito setorial sobre o comércio eletrónico, ter afirmado que irá, por um lado, visar a aplicação das regras da UE em matéria de concorrência às práticas comerciais mais generalizadas neste setor com impacto negativo para a concorrência e, por outro, alargar o diálogo com as autoridades nacionais da concorrência. É expectável que estas diligências culminem num aumento de investigações neste setor.

Não podemos deixar de referir que as autoridades da concorrência dos Estados-Membros da UE comunicam regularmente entre si com o objetivo de alcançar uma aplicação consistente do direito da concorrência no seio da UE. É este o objetivo prosseguido pela European Competition Network. Na verdade, tal foi o caso no que respeita às Autoridades italiana, francesa e britânica, no âmbito das investigações às agências de modelos. Por conseguinte, é provável que este precedente tenha oferecido novo mote e resultado no despertar do interesse das autoridades de outros Estados-Membros no setor da moda.

É, por isso, essencial que as empresas coloquem em prática políticas eficientes de *compliance* com o direito da concorrência. A implementação de um programa de *compliance* é fundamental numa base diária, por exemplo, na análise dos contratos de distribuição celebrados de forma a garantir a sua conformidade com o Regulamento 330/2010. Também os funcionários das empresas devem

ter a formação e informação necessária e adequada às suas funções por forma a que saibam quais condutas devem adotar de modo a cumprir as regras do direito da concorrência. A importância da adoção de programas de *compliance* por parte das empresas é tal que algumas Autoridades da Concorrência consideram a sua adoção uma circunstância atenuante<sup>61</sup>.

## Referências Bibliográficas

- ANASTÁCIO, Gonçalo (2012). “Comentário ao Artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia”, in: LOPES PORTO, Manuel e ANASTÁCIO, Gonçalo (coord.). *Tratado de Lisboa: comentado e anotado*. Coimbra: Almedina, pp. 494-499;
- AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO (2014). “Guidelines on Sanctions”, 31 de Outubro de 2014. Disponível em: <http://www.agcm.it/chi-siamo/normativa/dettaglio?id=cbb9e335-a9ca-4efb-97ac-71dbd831c491&parent=Concorrenza&parentUrl=/chi-siamo/normativa/index> (acedido a 20 de agosto de 2018);
- COMPETITION & MARKETS AUTHORITY (2017). “Nota Informativa dirigida às indústrias criativas”. Disponível em: <https://www.gov.uk/government/organisations/competition-and-markets-authority>, (acedido a 15 de março de 2018);
- EUROSTAT (2016). Inquérito Comunitário sobre a utilização de TIC pelos agregados familiares e pelos cidadãos. Disponível em: <http://ec.europa.eu/statistics>, (acedido a 15 de março de 2018);
- FROUFE, Pedro Madeira e GOMES, José Caramelo (2016). “Mercado Interno e Concorrência”, in: SILVEIRA, Alessandra, CANOTILHO, Mariana e MADEIRA FROUFE, Pedro (coord.). *Direito da União Europeia – Elementos de Direito e Políticas da União*. Coimbra: Almedina, pp. 449-504;
- GOYDER, Joanna (2011). *EU Distribution Law*. UK. Hart Publishing, 5ª Ed.

---

61 É o caso da Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. Ver *Guidelines on Sanctions*, de 31 de outubro de 2014. Disponível em <http://www.agcm.it/chi-siamo/normativa/dettaglio?id=cbb9e335-a9ca-4efb-97ac-71dbd831c491&parent=Concorrenza&parentUrl=/chi-siamo/normativa/index> Acesso 19 de novembro 2018.

- HELLENIC COMPETITION COMMISSION** (2017). Comunicado de Imprensa, 4 de Outubro 2017, <<https://www.epant.gr/en/>>, (acedido a 15 de março de 2018);
- HILDEBRAND, Doris** (2005). *Economic Analyses of Vertical Agreements – A Self-Assessment*. The Netherlands: Kluwer Law International, International Competition Law Series, Vol. 17;
- WIJCKMANS, Frank e TUYTSCHAEVER, Filip** (2015). *Horizontal Agreements and Cartels in EU Competition Law*. Oxford: Oxford University Press.
- WIJCKMANS, Frank e TUYTSCHAEVER, Filip** (2018). *Vertical Agreements in EU Competition Law*. Oxford: Oxford University Press.



# Temáticas Fiscais Atuais na Indústria da Moda

MARIA ODETE OLIVEIRA\*

“Estava com uma toilette inglesa, justa e simples, toda de casimira branca, de um branco de creme, onde as grandes luvas negras à mosqueteira punham um contraste audaz: e o chapéu preto também desaparecia sob as pegadas finas de um véu branco, enrolado em volta da cabeça, cobrindo-lhe metade do rosto, com um ar oriental que não ia bem ao seu narizinho curto, ao seu cabelo cor de brasa”

(Eça de Queirós, 1975: 214) – descrição da “bela Gouvarinho”.

**Resumo:** A moda está hoje presente no nosso quotidiano, apresentando-se tanto como mecanismo de influência social como indústria cada vez mais relevante na economia. É quase um *império* em contínuo crescimento. Das múltiplas vertentes porque pode ser analisada, o direito da moda é um campo de abordagem obrigatória. E nele, a temática relativa aos impostos que lhe estão associados, levanta uma constatação eventualmente pouco agradável mas concretizando uma verdade: os impostos vivem connosco 24 horas/dia, sete dias por semana. Com o presente trabalho apresentamos, de forma não demasiadamente técnica, as principais vertentes da tributação do rendimento e do consumo com incidência na indústria da moda. O objetivo é contribuir para uma melhor compreensão de tais realidades.

**Palavras-chave:** impostos, IRC, IVA, tributação internacional.

**Abstract:** *Nowadays, fashion belongs to our daily lives, presenting itself as both a mechanism of social influence and an increasingly relevant industry in the economy. It is almost an empire in continuous growth. Of the many aspects that can be analyzed, fashion law is a compulsory field. And in it, the associated tax issues, raise a finding that is not very pleasant but realizes a truth: taxes live with us 24 hours a day, seven days a week. With this work, we present, in a not too technical way, the main aspects of income and consumption taxation with a focus on the fashion industry. The aim is to contribute to a better understanding of these realities.*

**Keywords:** *taxes, IRC, IVA, international taxation.*

---

\* Professora Associada da Faculdade de Direito e Ciência Política da Universidade Lusófona do Porto (mooliveira52@gmail.com).

## INTRODUÇÃO

Vivemos atualmente uma grande expansão da indústria da moda, a que não é indiferente a importância que tem assumido a sobrevalorização da “aparência” como fator de afirmação social, como traço distintivo e caracterizador da posição do indivíduo numa sociedade desenvolvida e cada vez mais estratificada.

A demonstrar esta expansão está o peso que o sector da moda apresenta na economia global. Nos Estados Unidos, o mercado da moda movimenta mais de 200 mil milhões de dólares por ano, superando a arrecadação obtida pela indústria cinematográfica e literária<sup>1</sup>; na França o sector representa 1,7 % do PIB, com 1 milhão de empregos diretos e indiretos (Chapuis, 2016).

---

1 A alta-costura teve grande influência no sector da moda (Palomino, 2003: 74). Foi em Paris que a alta-costura teve sua origem em 1858, quando um costureiro abriu a primeira casa de costura onde criava roupas para novos-ricos e pequenos burgueses. Ao conquistar o apreço da corte pelos seus trabalhos, passou a ser estilista imperial, fazendo nascer o conceito de alta-costura, onde o estilista era o criador, diferente pois da costureira e do alfaiate. Após ter sido adoptada pela alta sociedade, a moda passou a ser reproduzida nas máquinas caseiras (Palomino, 2003: 27). A alta-costura, que se dedicava à criação de novos modelos a cada estação, passou a adoptar um fabrico mais industrial, com produção em série: o *prêt-à-porter*. *Prêt-à-porter* é o nome francês para “pronto para usar”, em inglês chamado de *ready-to-wear*, e que mais não é do que produção em série em tamanhos pré-definidos (ainda Palomino, 2003: 27). Assim, a alta-costura acaba por ser inserida no sistema de produção mecanizado permitindo maior produtividade e permitindo *quarta* o surgimento do “semiluxo” ou “falso luxo”, com preço menor, destinado às classes médias (Lipovetsky e Roux, 2005: 43). A alta-costura é considerada apenas uma vitrine, por não possuir rentabilidade, além de causar prejuízo para a indústria. O lucro é proveniente do *prêt-à-porter*, dos acessórios e das licenças (Catarède, 2005: 24), pois ao fortalecer o nome dos estilistas, a alta-costura impulsiona a indústria de perfumes, cosméticos e acessórios (Palomino, 2003: 23). Conforme Lipovetsky e Roux, 2005: 15 o mercado de luxo está marcado pelo fim da alta-costura sob medida ao mesmo tempo em que ocorre o aumento dos perfumes e acessórios, do *prêt-à-porter* e dos produtos vendidos sob licença. De acordo com a *Australian Finance Review* (Afweekend), na sua edição de 23 abril de 2016, num artigo intitulado “Why the fashion industry is out of control”, refere-se (tradução nossa): “No Século XXI, a indústria da moda está fora de controlo – e aparentemente, nós estamos assim também. Compramos roupa como nunca antes o tínhamos feito, de tal modo que a mulher australiana média usa apenas um terço daquilo que tem no seu guarda roupa. E os homens estão rapidamente a ‘apanhá-las’ – as vendas globais de roupa de homem aumentou 70% de 1998 a 2014. A indústria produz em demasia: coisas de que não precisamos e que não quereríamos se os media não nos ‘lavassem a cabeça’, se não fosse a publicidade e as celebridades que nunca usam a mesma coisa duas vezes... E ... a nossa actual definição de ‘glamour’ é baseada nas tendências de alta rotatividade. Você não é ninguém se não usar produtos novos de marca com renome. O problema é o de que não há forma de escapar a isso. A moda comercial é omnipresente. Em Tóquio as máquinas de venda automática “despejam” fatos por medida para homens de negócios que estiveram fora toda a noite. Nos aeroportos, podem comprar-se produtos de luxo em couro que custam mais do que o bilhete de avião. Os armazéns de venda ao público são apresentados como instituições culturais, e os designers e manequins são as novas *rock stars*. Ah, e as estrelas do rock, por sinal, são os novos designers de moda – Beyoncé tem uma nova linha de roupa ativa e Rihanna acaba de lançar uma linha de ‘meias de afirmação’, o que é que tal possa significar”.

Na Europa como um todo, a indústria do luxo<sup>2</sup>, cujas marcas representam cerca de 70% do mercado mundial desse sector e são campeãs das exportações, vendem quase 60% fora das fronteiras europeias.

A verdade é que, segundo dados publicados, o sector apresenta, em geral, não só nos Estados Unidos mas também na Europa, uma enorme importância na economia<sup>3</sup>.

No coração do sector da moda está a indústria de tecidos e vestuário, e respetiva cadeia de distribuição. Todavia, em torno desse núcleo está o sector dos acessórios, nomeadamente calçado, marroquinaria, relógios e joias e podem ainda juntar-se-lhes os perfumes e cosméticos, também eles amiúde entrelaçados em ciclos de moda. Sem esquecer que além deste círculo envolvendo a pessoa, figura um outro, o da casa, a ganhar crescente relevância, quer se trate de decoração ou mobiliário<sup>4</sup>.

Ou seja, a moda representa uma fonte geradora de apreciáveis recursos para a economia como um todo. Em Portugal, a indústria da moda vive uma fase de afirmação e crescimento, sendo a ANJE, através da marca Portugal Fashion, uma referência, em particular para os jovens criadores. Por tudo isso se justifica a atenção que pretendemos dar a este tema de algumas das principais temáticas fiscais na indústria da moda.

---

2 De acordo com Erica Schwartz, 2016, 279 e ss.: “O meu dicionário define luxo como algo considerado mais um vício de que uma necessidade, mas isso pode aplicar-se tanto a um banho de espuma como a um vestido de alta costura. Hoje usamos a palavra para qualificar a moda em termos do quão cara ela é, ou parece ser: um casaco de uma marca top pode ter um preço “luxuoso”, embora essa marca também venda produtos banais que valem pouco em termos reais embora forneçam uma razoável margem de lucro limpo. Se não conseguirmos identificar uma marca de luxo pelos seus produtos, podemos reconhecê-la certamente pela sua imagem”. E segundo o *Le Monde*, de 05.06.2012, “Le luxe européen met en avant son poids économique et demande à être protégé”: “Insensível à crise, a indústria do luxo conheceu um crescimento mais forte que o da economia europeia e, depois da baixa em 2009, ela encontrou um crescimento de dois dígitos”. E, “a medio prazo o estudo indica 7% a 9% de crescimento por ano, se bem que este sector deverá contribuir com um volume de mais de 790 milhões para a economia europeia em 2020” (tradução nossa). De acordo com a imprensa em geral, o Mercado do luxo é hoje dominado por três gigantes de empresas multimarcas: Louis Vuitton; Moët Hennessy, Kering (antes PPR), e Compagnie Financière Richemont SA. As grandes marcas de moda luxo – Louis Vuitton, Givenchy, Bulgari, Gucci, Saint Laurent, Chloe, Cartier et al – têm hoje lojas emblemáticas nas principais cidades.

3 De acordo com Jimenez e Kolsun, 2010: 6, “O sector da moda e vestuário tornou-se um dos maiores e mais dinâmicos da economia global, participando em quase quatro por cento no PIB global total, uma soma agora superior a US \$ 1 trilhão (ou 1 milhão de milhões) por ano”.

4 O mercado da moda é hoje um dos maiores e mais dinâmicos da economia global, tendo uma participação de 4% do PIB mundial, superando a moda de um milhão de milhões de dólares ao ano, cfr. Jimenez, 2010: 2. Hemphill e Suk, 2009 argumentam que não existe uma área da vida social de que a moda não faça parte: “The desire to be ‘in fashion’ – most visibly manifested in the practice of dress – captures a significant aspect of social life, characterized by both the pull of continuity with others and the push of innovation toward the new”.



Porque existe um conjunto de questões relevantes específicas que caracterizam o mundo contemporâneo do sector de moda e luxo, faz hoje todo o sentido falar na vantagem de abordar algumas das variantes específicas da normativa jurídica no que tange à indústria da moda e do luxo. É aquilo a que modernamente se chama, utilizando a linguagem anglo saxónica que enquadra o seu surgimento, a *Fashion Law*, conceito que sendo oriundo dos Estados Unidos<sup>5</sup>, é hoje em dia uma realidade também no mercado europeu.

Este, não institucionalmente autonomizado, “ramo do direito”, visa suprir a carência de leis específicas para a regulamentação normativa da indústria da moda, reconhecendo a relevância, não apenas económica mas também jurídica, do sector. É que a união dos dois fatores presentes neste sector – o seu crescimento e a competição agressiva que caracteriza o mundo globalizado em que vivemos – gera consequências jurídicas. Havendo já importantes estudos sobre o tema na Europa, em Portugal a discussão está ainda em fase embrionária.

Concomitantemente, deve ter-se em conta que nos últimos anos temos vindo a assistir a uma dinâmica e crescimento das tecnologias de informação que levaram a uma disseminação da *internet* e conseqüente desenvolvimento do comércio eletrónico<sup>6</sup>, com o mercado das comunicações eletrónicas a trazer

---

5 Tal ramo jurídico já possui grande relevância na Europa e Estados Unidos, onde é possível encontrar cursos sobre essa nova área. A escola de Direito, da Universidade de Fordham, em Nova York, é a pioneira no desenvolvimento de um curso sobre o tema. O Fordham Law Fashion Institute, (<http://law.fordhamedu/fashion-law-institute/fashionlaw.htm>) refere que “will provide legal services for design students and designers, train the fashion lawyers and designers of the future, and offer information and assistance on issues facing the fashion industry”.

6 O comércio eletrónico consiste na transação de bens e serviços via *internet* ou qualquer outro meio eletrónico (rede digital, *e-mail*, telefone, etc). Distingue-se do comércio tradicional pela forma como a informação se processa entre as partes intervenientes – uma encomenda é colocada no mercado ou aceite através do uso de tecnologias diversas. É, sem dúvida, um meio diferente de comercializar bens e serviços e uma boa oportunidade para as PME, que assim acedem ao mercado eletrónico global. Como adiante analisaremos há dois grandes tipos de transações eletrónicas que, fiscalmente, convém distinguir e que potenciam a cooperação empresarial e a competitividade das empresas: (i) *business-to-business (B2B)* – engloba todas as transações entre empresas e desenvolve-se em três áreas: *Marketplaces*, onde as empresas estabelecem ligações comerciais assumindo a posição de vendedor ou comprador; *E-Procurements* que servem de suporte ao aprovisionamento das organizações, permitindo otimizar a cadeia de fornecimento (tempo/custo) e automatizando as ligações com fornecedores; *E-Distributions* que integram as empresas com os seus distribuidores, filiais, representantes; (ii) *Business-To-Consumer (B2C)* – engloba as relações comerciais entre empresas e consumidores finais, nomeadamente através das lojas virtuais. Não existe objetivo comercial para quem adquire os bens ou serviços (exemplos: CD's, livros, produtos alimentares, roupa, bilhetes para espetáculos) mas assim se potencia o relacionamento da empresa com clientes. Hoje convém juntar as operações *Business-to-Administration (B2A)* – engloba transações comerciais entre empresas e a administração pública, com diversidade de serviços ao nível do fisco, segurança social, registos comerciais e prediais e as *Consumer-to-Administration (C-2A)* – engloba transações entre

uma forte dinâmica competitiva às empresas, apelando a constantes desafios que esta era da globalização acarreta, sendo, indiscutivelmente um incentivo à cooperação empresarial e também, reconheçamos, uma oportunidade para as PME.

Para as empresas, o comércio electrónico torna o comércio mais abrangente, na medida em que abarca o mercado nacional e internacional, reduz o tempo e custo na obtenção de produtos e/ou serviços; para os consumidores, ele permite aceder mais facilmente a uma oferta diversificada/diferentes opções de escolha, o que leva a uma melhor decisão e disponibiliza de forma mais célere e acessível produtos e/ou serviços.

Sentindo-se a necessidade de suprir a carência de estudos e de leis específicas para o ramo da moda, com o escopo de garantir a segurança dos agentes envolvidos nos processos criativos e de produção, a lealdade da competição entre os agentes económicos que participam do processo, e os critérios para a resolução de conflitos que envolvam suas expectativas e interesses, a *fashion law* pretende ser uma ferramenta que atue preventivamente para que os negócios sejam feitos com segurança, que ofereça também subsídios para a solução dos conflitos inerentes a essa atividade multidisciplinar cada vez mais carecida de tutela jurisdicional, e que esteja ao serviço da proteção dos diversos interesses que nela se entrelaçam.

Se um dos temas centrais dessa discussão é o direito de propriedade intelectual, que tem como finalidade proteger as criações do intelecto humano, impedindo a exploração indevida de um produto e de uma ideia<sup>7</sup>, a disciplina

---

indivíduos e a administração pública, com diversidade de serviços ao nível da saúde, impostos, educação, segurança social, com o benefício de tornar a comunicação mais célere, logo mais transparente e com maior qualidade dos serviços públicos.

7 Para melhor compreensão do tema em estudo, convém recorrer à análise de casos. De entre os diversos litígios envolvendo a propriedade intelectual, dos quais figuram como partes grandes empresas da moda, destaca-se a recente disputa judicial entre os designers Christian Louboutin e Yves Saint Laurent. Em 1992, o designer de sapatos, sediado em Paris, Christian Louboutin deu início à comercialização de sapatos que possuíam como característica distintiva a cor vermelha de suas solas. Registou a patente (a *Red Sole Trademark*) para assim beneficiar dos efeitos do registo. Naquela altura, a sola de um sapato não era considerada pelos estilistas como um elemento de valorização ou de distinção entre os produtos, e por isso as suas características não despertavam nem absorviam a atividade criativa dos *designers*. Durante anos Louboutin investiu muito esforço e dinheiro na promoção da sua marca, que apresentava como elemento distintivo a sola vermelha. De 1992 a 2000, as vendas cresceram constantemente, com um explosivo crescimento em 2007. A sola vermelha tornou-se um elemento tão distintivo que no mundo da moda os sapatos de Louboutin eram conhecidos como “o sapato da sola vermelha”, pois “no other designer has used red on the out soles of shoes in the same way consistently” (Plaintiff’s Amended Memo, note 98). Em 2011, Yves de Saint Laurent (YSL) uma marca parisiense icónica, lançou uma colecção de sapatos monocromática, em várias cores, incluindo o vermelho. Em consequência, em abril de 2011, Louboutin

jurídica da moda toca porém uma incrível variedade de questões jurídicas, que além da referida propriedade intelectual abrange o direito laboral, a regulamentação do comércio internacional, o direitos civil e comercial e, *the last but not the least*, as questões fiscais. Muito mudou na indústria da moda desde o fim da Segunda Guerra Mundial, a exigir competências e “habilidades” jurídicas mais desenvolvidas, numa indústria que hoje é inteiramente global e em que um número surpreendentemente grande dos seus membros se transformou em mega multinacionais, amiúde com grandes departamentos jurídicos internos e com escritórios de advocacia especializados.

## I. TEMÁTICAS FISCAIS NA INDÚSTRIA DA MODA E DO LUXO – *IMPOSTOS E FASHION LAW*

Não existe um regime fiscal específico para o sector da moda e do luxo. A estes são aplicáveis as normas gerais dos códigos tributários que disciplinam os impostos vigentes em território nacional. Existem, todavia, algumas especificidades caracterizadoras deste sector, que designaremos em geral pela indústria da moda, as quais, em termos fiscais merecem uma abordagem exploratória mais atenta.

Falamos em alguns aspetos da disciplina do imposto sobre o valor acrescentado (doravante IVA), tanto em transações internas como intracomunitárias ou internacionais<sup>8</sup>; do imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas (doravante IRC), com realce para a temática da valorimetria das existências, dos preços de transferência e das implicações fiscais da transferência da sede ou estabelecimento para fora do território internacional. Complementando e finalizando a abordagem algumas questões de fiscalidade internacional.

A abordagem será sobretudo uma sensibilização e não um tratamento exaustivo por tal parecer ausente deste primeiro curso sobre o Direito da Moda. Talvez num futuro próximo a perspetiva possa ser diferente.

---

apresentou queixa contra YSL por violação da marca e falsificação, no Tribunal Federal de Nova Iorque, para que Louboutin fosse impedido de usar a sola vermelha nos sapatos monocromáticos vermelhos ou em qualquer outro sapato. YSL contestou pedindo ao tribunal que cancelasse o registo da marca por lhe faltar um verdadeiro traço distintivo ou ser meramente ornamental ou funcional, e como tal não elegível para o registo. Depois de muitas alegações e recursos o Tribunal limitou os efeitos do registo da marca de “sola vermelha” às situações em que a sola vermelha lacada contraste com a cor na parte de cima do sapato.

8 Distinguimos intracomunitárias e internacionais pelo regime diferente que têm umas e outras em sede do IVA.

## **I.1. O Imposto sobre o Valor Acrescentado (IVA)**

Sendo o IVA um imposto geral sobre o consumo de matriz comunitária<sup>9</sup>, ele abrange na sua incidência todas as transmissões de bens e todas as prestações de serviços. No comércio intracomunitário incide sobre as aquisições de bens a sujeitos passivos de outro Estado-Membro da União Europeia (UE), e nas importações o IVA incide sobre as mesmas caso se destinem a consumo no interior do país, sendo liquidado pelos serviços aduaneiros.

A mecânica do imposto assegura, para os sujeitos passivos, a total dedução do imposto suportado nas aquisições de bens e serviços de carácter empresarial, uma vez que as vendas efetuadas são sujeitas a imposto e tributadas, ou sujeitas mas isentas por serem transmissões intracomunitárias ou exportações (isenções no comércio intracomunitário e internacional geral). São sujeitos passivos, em geral, todos os operadores económicos, as empresas.

Nestes termos será apenas o consumidor final quem suportará a carga fiscal correspondente ao imposto, o qual constitui um elemento do preço pago ou a pagar.

### **I.1.1. Transmissões de Bens, Internas, Intracomunitárias e Exportações**

As transmissões internas são sujeitas a tributação e efetivamente tributadas. Se a venda tiver como cliente um outro sujeito passivo, o imposto pago pelo adquirente será posteriormente por ele deduzido. Se se tratar de um consumidor final o imposto é suportado como preço do bem adquirido.

As vendas a sujeitos passivos de outro Estado-Membro da UE, com expedição ou transporte dos bens para fora do território nacional, beneficiam de isenção total de imposto, devendo o vendedor possuir prova da identificação do cliente e da saída dos bens do território português<sup>10</sup>. As vendas a consumidores finais de outro Estado Membro, feitas pelo vendedor nacional ou por sua conta, o qual assume também o transporte, são designadas por vendas à distância

---

9 Na União Europeia a legislação do IVA encontra-se harmonizada consoante actualmente da Directiva 2006/112/CE, de 28 de novembro de 2006, em geral designada de forma simples por "Directiva IVA".

10 As vendas intracomunitárias a sujeitos passivos de outros Estados Membros devem, periodicamente (mês ou trimestre, consoante os casos) ser declaradas, no Anexo recapitulativo, às entidades fiscais nacionais (Autoridade Tributária e Aduaneira).

(habitualmente feitas por catálogo), e têm um regime especial, dependendo do valor anual das mesmas para cada Estado Membro de destino.<sup>11</sup>

As vendas para países terceiros, qualificadas de exportações, estão também totalmente isentas de imposto, devendo o vendedor conservar o documento alfandegário que comprova a saída dos bens.

### **I.1.2. Importações de bens**

Estão sujeitas a imposto, sendo tributadas pelos serviços aduaneiros, as importações de bens provenientes de países terceiros e que não se encontrem em livre prática, mas que se destinem a utilização no território nacional. Trata-se para os sujeitos passivos do imposto (importadores) de imposto pago mas dedutível, não influenciando, pois, o custo dos bens.

### **I. 1.3. Aquisições intracomunitárias de bens**

À isenção das transmissões intracomunitárias pelo vendedor sujeito passivo de outro Estado-Membro, corresponde para o adquirente sujeito passivo em território nacional, uma aquisição intracomunitária. Caberá então ao adquirente uma dupla atuação em termos de IVA: liquidar o imposto interno correspondente ao valor da compra e de seguida efetuar a respetiva dedução, nos termos gerais.

### **I.1.4. Prestações de serviços**

#### ***I.1.4.1. Trabalhos de Laboração e Confeção***

A prestação de serviços tem, no IVA, uma definição vasta, de carácter residual, a significar que são consideradas prestações de serviços todas as operações que, enquadradas no exercício de uma atividade económica, não constituam transmissões de bens, importações ou aquisições intracomunitárias.

---

<sup>11</sup> Fora deste regime estão as vendas de meios de transporte e de produtos sujeitos a impostos especiais de consumo.

A prestação de serviços por prestadores nacionais a adquirentes, sujeitos passivos ou consumidores finais, nacionais, está sujeita a IVA. O prestador liquidará o IVA no serviço prestado, fazendo-o constar da respetiva fatura e o adquirente procederá à respetiva dedução com base na mesma fatura (para ele a fatura de compra).

A prestação de serviços a adquirentes sujeitos passivos não residentes não está sujeita a imposto, contrariamente aos serviços prestados por prestadores nacionais a clientes não sujeitos passivos, que por regra sempre estão sujeitos ao imposto onde quer que se encontre o adquirente não sujeito passivo (em geral o consumidor final).<sup>12</sup>

A aquisição de serviços por sujeitos passivos nacionais a sujeitos passivos não residentes é tributável em Portugal através do mecanismo do *reverse charge*: cabe ao adquirente liquidar e deduzir o imposto correspondente ao valor da aquisição. Para o prestador *estrangeiro* a operação é, no seu país, não sujeita a imposto, visto que a tributação opera na sede, estabelecimento ou domicílio do adquirente.

Quando atendemos ao caso concreto do mundo da moda devemos ter em conta que os grupos de empresas que aqui operam são muito ramificados e estão espalhados à escala mundial, intervindo nas diversas fases do processo de produção ou distribuição, diretamente ou através de contrato de licença.

Quando os bens produzidos o são fora do território nacional, quer por competências específicas, quer por razões de economia no custo da laboração (mão-de-obra) que ocorre essencialmente nos casos em que tal produção não seja muito sofisticada, é relevante separar as situações em que a laboração, sendo feita externamente, ou seja num Estado-Membro da UE ou num país terceiro.

No primeiro caso, e até ao final de 2009, estes trabalhos, qualificados como prestações de serviços sobre bens móveis corpóreos, eram sujeitos a imposto no Estado (membro) onde o trabalho era realizado, independentemente do local onde o “dono da obra” estivesse estabelecido. O elemento de conexão estabelecido era a sede do prestador, pelo que sempre que uma empresa nacional recorresse à execução destes serviços em outro EM, suportaria o IVA desse Estado, o qual, não podendo ser deduzido em Portugal, levava à necessidade de um pedido de reembolso nesse outro Estado, feita que fosse a prova de que o adquirente desse serviço era sujeito passivo em território nacional. As regras

---

<sup>12</sup> Existem algumas exceções em relação a determinados serviços prestados a não sujeitos passivos domiciliados fora da União Europeia. É a disciplina do artigo 6.º n.º 11 do Código do IVA.

foram alteradas, por Diretiva do Conselho da União Europeia<sup>13</sup>, a partir de 1 de janeiro de 2010, passando o IVA a ser devido no país do adquirente, devendo ser como tal liquidado (inversão do sujeito passivo ou *reverse charge*) e depois deduzido nos termos gerais, na condição legalmente estabelecida de que os bens regressem ao Estado-Membro de onde inicialmente partiu a matéria-prima para ser trabalhada. A saída dos materiais (matérias-primas) para serem trabalhados no outro Estado Membro não constitui operação tributável (art. 7.º do Regime do IVA nas Transações Intracomunitárias – RITI), devendo o inicial movimento físico de saída dos materiais e depois de entrada do produto confeccionado ser devidamente registados na contabilidade (e declaradas para efeitos do *Intrastat*). No caso do bem confeccionado não regressar a Portugal, sendo comercializado no país da confeção, ou sair do Estado de produção com destino a outro Estado-Membro da UE para aí ser comercializado, então o sujeito passivo nacional deve registar-se no Estado-Membro onde foi executada a laboração, com as seguintes consequências:

- realiza nesse Estado uma aquisição intracomunitária dos bens (os materiais para confeccionar – art. 4.º RITI);
- depois da confeção:
  - se os bens forem comercializados no Estado onde foram confeccionados, haverá uma transmissão de bens nesse Estado, sujeita ao IVA a liquidar na emitida;
  - se os bens saírem do Estado da confeção para comercialização num terceiro Estado-Membro, haverá uma transmissão intracomunitária, isenta de imposto desde que exista prova da saída dos bens;
  - se os bens saírem do Estado da confeção para comercialização num país terceiro, não pertencente à União Europeia, haverá uma exportação, com o documento alfandegário que a comprova.

No caso de os bens regressarem ao território nacional, as prestações de serviços de laboração e aperfeiçoamento, consideram-se no território português quando o adquirente seja um sujeito passivo residente de IVA e isso, independentemente da circunstância da prestação de serviços ser materialmente executada no interior do território aduaneiro comunitário ou não.

---

13 Diretiva 2008/8/CE, de 12 de fevereiro de 2008.

A circunstância de, entre o adquirente do serviço e o prestador, se interpor uma “alfândega” apenas tem efeito no facto de o adquirente ser obrigado a pagar imposto e a declarar a circulação de mercadorias de Portugal para o país do prestador e daí para Portugal. De acordo com as regras do imposto, se o prestador de serviço não estiver estabelecido num Estado membro, a aplicação do *reverse charge* ocorre com a emissão de um documento pelo cliente: a autofatura. Trata-se de um documento que como estabelece o art. 13.º do RITI, deve ser emitido num único exemplar, até ao 15.º dia do mês seguinte àquele em que foi realizada a operação<sup>14</sup>.

#### ***I. 1.4.2. Concessão de Direitos de Licenciamento***

Os produtos comercializados pelas empresas que operam no sector da moda e do luxo não são apenas bens corpóreos – bens materiais construídos com arte utilizando materiais de alto preço – mas é também a imagem, distinção e exclusividade, caracterizados por outros perfis intangíveis, veiculados pela marca aposta no produto para cuja difusão e valorização são efetuados relevantes investimentos publicitários e promocionais.

Durante muito tempo podia dizer-se que existia uma ligação biunívoca entre um produto específico e a sua marca, marca esta que lhe conferia um carácter de maior prestígio e valor em relação a produtos da mesma natureza (por exemplo, relógios, joias, canetas, esferográficas, sapatos, etc). Por efeito dos investimentos na imagem, a marca vive agora com vida própria e confere

---

14 A movimentação da mercadoria (de Portugal para o país não pertencente à União Europeia e deste para Portugal) será objeto de declaração na Alfândega como exportação, primeiro, e como importação, depois. Sem entrar em detalhes do regime aduaneiro aplicável e das relativas obrigações fiscais, com a entrada em vigor das novas regras em matéria de territorialidade, levanta-se imediatamente a potencial existência de dupla tributação sobre a prestação de serviço de laboração realizada fora do território comunitário. De facto, por um lado, como vimos, o cliente estabelecido em Portugal é chamado à aplicação do IVA em resultado da laboração através da emissão da autofatura; por outro, a reimportação da mercadoria laborada em resultado do regime de aperfeiçoamento passivo exige a sujeição a imposto sobre o aumento de valor adquirido por efeito da operação de laboração e transformação realizada no território não pertencente à União Europeia. Para resolver a potencial dupla tributação intervirá a Administração fiscal prevendo específicas correções à declaração aduaneira de modo a permitir o cômputo, no cálculo dos direitos aduaneiros, do IVA sobre a prestação de serviços com o mecanismo do *reverse charge*. O IVA é liquidado de forma geral e do montante a débito assim determinado é estornado o IVA relativo à prestação de laboração paga pelo cliente através do mecanismo de *reverse charge*. Na hipótese em que, no momento da importação, o cliente não esteja em condições de documentar a sujeição efetiva ao imposto (v.g. o prestador ainda não emitiu a fatura de débito e por isso a contraprestação da operação não está determinada nem é determinável), o IVA será liquidado na alfândega segundo a modalidade ordinária. Para evitar uma duplicação do imposto é admissível que, até ao momento de emitir a autofatura, o cliente não aplique qualquer imposto e indique no documento, no lugar do imposto, a referência ao boletim alfandegário com o qual cumpriu a obrigação tributaria



valor e estilo aos bens que incorporam o sinal distintivo. E por isso é hoje uma prática comercial generalizada que a empresa que desenvolveu uma marca a disfrute economicamente através do estabelecimento de contratos de licença que, com modalidades e condições bastante articuladas, consentem a respetiva utilização por terceiros, sejam eles entidades independentes ou relacionadas.

Para efeitos do IVA, a cessão, concessão de uso, licenças ou similares, de marcas, com contraprestação, constituem prestações de serviços. Tais prestações (da mesma forma que as prestações de serviços de laboração acima tratadas) estão sujeitas às regras de territorialidade geral estabelecidas no art. 6.º do Código do Imposto sobre o Valor Acrescentado (CIVA). Ou seja, quando o direito de licença é concedido a sujeitos passivos estabelecidos no território do mesmo Estado (ou sociedades residentes em Portugal ou o estabelecimento estável de uma sociedade não residente), o serviço considera-se efetuado em Portugal e as *royalties* correspondentes são aqui sujeitas ao IVA. Vice-versa, se o direito de licença fosse concedido por uma sociedade residente em Portugal a sujeitos passivos não estabelecidos, as *royalties* correspondentes seriam excluídas do imposto, para serem sujeitas a tributação no Estado de estabelecimento do utilizador da licença (localização na sede do adquirente). Por outras palavras, o direito de licença considera-se utilizado onde estiver estabelecido o “licenciado”, independentemente do local físico em que concretamente for utilizada a marca.

### **I.1.5. Obrigações**

Como para qualquer sujeito passivo do imposto, existem obrigações a cumprir. Além da obrigação de pagamento, são relevantes a obrigação de apresentação de declarações – quer as de obrigação única (declaração de início, de alteração ou de cessação de atividade), quer as de obrigação repetida ou periódica (mensais ou trimestrais, consoante o volume de negócios do sujeito passivo), e anual de informação contabilística –, a obrigação de faturação, a obrigação de contabilidade, a obrigação de conservação dos documentos, e a obrigação de cadastro do imobilizado.

No caso de se verificarem, ao longo do ano, transações com clientes e/ou fornecedores superiores a um determinado montante, devem ser apresentados mapas recapitulativos de clientes e/ou de fornecedores.

Toda esta matéria está disciplinada no Código do IVA nas Secções II e III do Capítulo V do Código do IVA, arts 27.º a 52.º.

## II. A TRIBUTAÇÃO DO RENDIMENTO

A tributação do rendimento dos operadores económicos resulta da disciplina do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas (IRC) (tratando-se de sociedades ou entidades fiscalmente equiparadas) ou do Código do Imposto sobre o Rendimento das pessoas Singulares (IRS) (tratando-se do exercício de atividade de natureza comercial ou industrial por pessoas singulares). Porque este último remete, nos aspetos relevantes, para as disposições daquele, e porque a regra na indústria da moda e dos produtos de luxo é a de que os operadores económicos sejam sociedades, a abordagem que faremos tomará por referência o Código e legislação complementar do IRC.

No sector de que tratamos, algumas temáticas são específicas, razão pela qual entendemos dever privilegiar os seguintes aspetos da determinação da matéria coletável sujeita a imposto sobre o rendimento: a valorimetria das existências, as questões relativas a preços de transferência e a temática dos impostos de saída (*exit taxes*).

### II.1. Valorimetria das Existências

No sector da moda o ciclo de vida do produto pauta-se pela lógica mediática das coleções sazonais (outono-inverno e primavera-verão); dos eventos festivos e dos desfiles, além de que os operadores do sector estão continuamente à procura de novos produtos e de novas formas de apresentação e comercialização.

Tal significa, desde logo, que amiudadas vezes possuem grandes quantidades de bens em existência, bens esses que são objeto de uma rápida obsolescência. Neste contexto, a avaliação dos inventários em fim de exercício económico (em geral o ano civil, embora possa ser outro o período fiscal) gera problemas não despididos, facto ainda mais complexo pela razão de que nos meses que cercam esse momento – novembro, dezembro, janeiro e fevereiro – se processam vendas em condições especiais, com preços diminuídos, quer se trate de promoções ou de saldos.

No geral as existências são valoradas, numa empresa comercial, ao seu custo de aquisição. Se os preços forem estáveis, determinar o valor dos inventários finais não acarretará grandes dificuldades. Não é essa, contudo, a situação habitual, antes se verificando diferenças entre preços de “lotes” adquiridos em

diferentes datas, pelo que resulta necessário definir um critério para valorizar os fluxos de saída, sendo certo que em inventário ficarão os fluxos de entrada menos os fluxos de saída. Os critérios habituais são: o custo específico, o custo médio ponderado, o LIFO (*last in first out*) e o FIFO (*first in first out*).

O custo específico é geralmente aplicado nas atividades em que o valor dos bens deve ser objeto de identificação individual, o que poderá acontecer com frequência neste sector. Este método ou critério, em que a valorização das existências é feita a custos reais, e não com base em custos atribuídos, parece ser o mais “verdadeiro” embora apresente como desvantagem o facto de ser de difícil aplicação quando haja grande quantidade e variedade de existências, arrastando *ipso facto* custos administrativos que podem não compensar o benefício da informação.

No custo médio ponderado as existências são vistas como um todo, pelo que o custo de cada unidade é a média ponderada do custo das unidades em *stock* em determinado momento. Com o custo médio não será preciso identificar cada bem em existência, sendo o inventário tratado como um todo. É um critério de fácil aplicação, pois não é necessário manter os lotes separados por valor de compra ao mesmo tempo que não distorce (para cima/para baixo) os resultados, como acontece com o FIFO ou o LIFO.

No LIFO, as unidades vendidas são valoradas ao custo mais recente. As unidades que ficam em armazém ficarão então valoradas ao custo mais antigo. O resultado (proveitos a preços recentes – custos a valores recentes) é inferior ao apurado pelo FIFO em situação de inflação. Isto significa que as vendas são balanceadas com custos de saída mais próximos dos valores de reposição, minimizando-se assim os efeitos da inflação, proporcionando economias fiscais pelo diferimento do pagamento de impostos sobre os rendimentos. As desvantagens são o facto de o valor das existências finais ser mais distante do valor de mercado, não traduzindo adequadamente a situação da empresa, ao mesmo tempo que do ponto de vista do investidor será menos atrativo por conduzir a resultados mais baixos.

Contrariamente, no FIFO, as unidades vendidas são valoradas ao custo mais antigo de que resulta que as unidades que ficam em armazém estarão valoradas ao custo mais recente. Nos casos em que haja baixa rotação de stocks em períodos inflacionistas, o resultado (proveitos a preços recentes – custos a valores antigos) é superior podendo essa apresentar-se como uma desvantagem neste sector. Ou seja, a grande vantagem é que o valor das existências finais é mais aproximado do valor de mercado, com a desvantagem de provocar

distorções nos resultados em períodos de inflação, sendo certo ainda que maiores resultados sempre conduzirão a uma maior tributação em imposto sobre o rendimento.

As empresas industriais, produtoras, podem ainda utilizar o Custo Padrão, que consiste em custos teóricos definidos *a priori* considerando as normas técnicas atribuídas aos vários fatores da área fabril, tendo em conta os níveis normais de consumo de matérias, mão de obra, eficiência e utilização da capacidade instalada, sendo, em geral, fixados por determinado período (1 ano, 6 meses, ...).

Tal como já se referiu, sendo os produtos de moda, em particular os artigos de vestuário, calçado e peles, produtos que sofrem de forma determinante o andamento inconstante da moda e do gosto dos consumidores, a sua vida comercial é geralmente muito breve (estimada em um ou dois anos). Na prática, e na verdade, terminadas as duas estações de venda (outono-inverno e primavera-verão), o mesmo é dizer, depois das duas fases, estival e invernal, nos chamados “saldos de fim de estação”, os bens que ainda restam por vender perdem boa parte do seu valor comercial, valor este que, com o andar do tempo, tende rapidamente a anular-se quase completamente. Outra causa da rápida obsolescência de tais bens é constituída pela concorrência desleal representada pelas marcas contrafeitas que fazem aumentar o *stock* dos bens não vendidos e a perda de interesse de potenciais adquirentes por produtos ainda bastante recentes. Estes fenómenos causam notáveis dificuldades para os operadores do sector que, além de não conseguirem recuperar os seus investimentos, às vezes consideráveis, para o desenvolvimento, produção e/ou comercialização de novos produtos, suportam muitas vezes o peso dos custos de armazenamento para a conservação de *stocks* de bens que restarão para sempre não vendidos e, ao mesmo tempo, desprovidos de valor de comercialização.

E daí a necessidade de os operadores identificarem vias alternativas que lhes permitam a venda de tais produtos e sobretudo a sua saída dos armazéns da empresa. Falamos das vendas de fim de estação (saldos) ou das chamadas vendas sazonais – iniciativas promocionais nas quais os bens são vendidos durante um certo período de tempo ou a uma determinada categoria de sujeitos a preços notavelmente inferiores aos da lista normal de preços; os *outlet* – estruturas comerciais que têm por fim a venda ao público, a preços particularmente vantajosos, dos excedentes de produção, dos restos da anterior coleção, da mercadoria com defeito e em geral de tudo aquilo que não pode ser comercializado pelos normais canais de distribuição; a cessão em bloco

de mercadorias já não vendidas individualmente, mas como um todo, através do recurso a armazenistas e às chamadas *stock houses*.

Em suma, e de acordo com o exposto, é importante que as empresas do sector adotem, em sede da valoração das existências de armazém, um procedimento que atribua às mercadorias ou aos produtos em stock um valor representativo da possibilidade de realização (saída) deduzida a partir da tendência do mercado que seja aceite do ponto de vista fiscal, no sentido de evitar, quer injusta tributação, quer contencioso com as entidades fiscalizadoras.

## II.2. Os Preços de Transferência

### II.2.1. Disciplina Geral no Direito Interno

Os tempos da moda e dos produtos de luxo, modernos e globalizados, são hoje muito diferentes do que já foram. Se antes lhe estavam associadas empresas familiares e métodos artesanais de produção, esta passou modernamente para grandes grupos industrializados, de empresas de grande dimensão e marcas prestigiadas. O que anteriormente era considerado uma disputa por prestígio, hoje apresenta uma dimensão e enfoque financeiros, conhecidos por *guerras do luxo*, arrastando complexas operações de fusões e aquisições, movimentos de concentração e de reestruturação em vista da constituição de autênticos impérios industriais internacionais (Silverstein e Fiske, 2003; *The Luxury-Goods Trade*, 1992)<sup>15</sup>, formação de grandes conglomerados nesse novo mercado, que dificultam a competição das pequenas empresas<sup>16</sup>.

---

15 Com as mudanças na sociedade e, conseqüentemente, no comportamento de consumo, onde o luxo já não está apenas restrito às classes mais abastadas, inicia-se um movimento de “democratização” do luxo trazendo à tona um novo conceito conhecido como *masstige*, uma combinação de códigos de luxo e de marketing de massa, a significar produtos de massa com prestígio. Essa tendência aparece com o intuito de democratizar o luxo e deixá-lo ao alcance de maior público. A maioria das marcas de luxo é de origem europeia – até ao ano de 1992, somente as marcas francesas controlavam mais da metade do mercado mundial, verificando-se na década de 1980 que muitas empresas expandiram as suas operações para outros países devido a uma procura que ultrapassou o “prestígio”, e no final desta mesma década a maioria das vendas de produtos de luxo acontecia fora da Europa. A América, Hong Kong e o resto da Ásia ganharam importância crescente no abastecimento deste mercado e, conseqüentemente, as marcas francesas passaram a ter menor representatividade em termos de economia mundial. O mercado hoje é composto por uma grande diversidade de empresas em termos de tamanho e funções. Com a crise, as grandes marcas de moda voltaram-se para os países emergentes como é o caso do Brasil, Rússia, Índia e China.

16 Resolução do Conselho e dos Representantes dos Governos dos Estados Membros de 1 de dezembro de 1997 relativa a um código de conduta no domínio da fiscalidade das empresas (98/C 2/01).

Em empresas que integram grupos multinacionais resultam mais fáceis as estratégias de maximização dos lucros, para o grupo como um todo, porque as empresas têm flexibilidade para localizar as suas produções em países ou territórios onde os impostos são menores ou mesmo inexistentes, a mão-de-obra é mais barata e a moeda é mais atraente. Através de contratações locais e de transferência do *know how* adequado, as empresas posicionam-se melhor em termos de resultados e de competitividade.

Sendo assim, as autoridades tributárias passaram, obviamente, a estar mais atentas a fenómenos de erosão das bases tributáveis e deslocalização dos proveitos (estratégias hoje habitualmente designadas por BEPS – *Base erosion and Profit shifting*) modificando os seus sistemas fiscais de forma a neles introduzirem disciplina fiscal que acautele a tributação nos casos em que as empresas de um mesmo grupo económico, mesmo que localizadas em países distintos, “dividem” entre si lucros e prejuízos dos seus negócios com extrema rapidez, em prejuízo dos impostos que justamente deveriam pagar.

A temática mais relevante neste âmbito é a respeitante aos “preços de transferência”.

Trata-se de analisar os preços praticados entre empresas diferentes mas ligadas entre si (empresas vinculadas, por integrarem, todas elas, um mesmo grupo multinacional), e os preços praticados, nas mesmas ou similares transações, entre empresas totalmente independentes. Sobretudo nos países mais desenvolvidos, as autoridades fiscais estabeleceram um conjunto de regras e procedimentos cujo objetivo é neutralizar uma atuação que revela que, em transações realizadas entre empresas vinculadas, os valores atribuídos às respetivas operações são estabelecidos de forma “artificial”, por muito se afastarem dos praticados em condições de concorrência normais num mercado aberto, atuação cujo escopo mais não é do que o de fazer surgir os lucros no país ou território com “melhor” (mais baixa) fiscalidade (deslocalização dos lucros ou proveitos).

Vejamos a temática com um pouco mais de detalhe.

Como resulta do já referido, por preço de transferência entende-se o valor cobrado por uma empresa na venda ou transferência de bens, serviços ou propriedade intelectual ou industrial, a outra empresa com ela relacionada. Tratando-se de preços que não se negociaram num mercado livre e aberto, amiúde eles se desviam daqueles que teriam sido acordados em transações comparáveis, e em idênticas circunstâncias, entre entidades independentes.

Como dissemos, a legislação sobre preços de transferência adveio da necessidade de controlar as transações entre empresas vinculadas, de modo a

evitar que a manipulação dos preços por elas praticados gerasse distorções de concorrência e evasão fiscal. O *International Bureau of Fiscal Documentation* (IBFD) delimita o conceito de preço de transferência como a consignação dos preços cobrados por empresas vinculadas e localizadas em diferentes jurisdições, em transações realizadas por membros de seu grupo, na venda de bens, prestação de serviços, transferências e uso de tecnologia e patentes, mútuos, e demais operações relevantes.

O “mecanismo” visa salvaguardar a plena concorrência de mercado, assegurando que determinadas entidades não falseiem os preços dos produtos ou serviços que adquirem ou fornecem a entidades consigo relacionadas, evitando ainda transferências internas de resultados entre sectores que, pertencendo a uma mesma entidade, estejam sujeitos a regimes fiscais diferentes. A regulamentação dos preços de transferência exige que as entidades de que tratamos pratiquem entre si preços, termos e condições substancialmente idênticos aos que em condições de normalidade seriam efetuados em operações semelhantes (comparáveis) com entidades independentes. O objeto, repete-se, é controlar as transações intra-grupo, impedindo a fuga de receitas fiscais.

No Código do IRC é o artigo 63.º que disciplina a matéria. Os seus n.ºs 1 e 2 estabelecem:

“1 – Nas operações comerciais, incluindo, designadamente, operações ou séries de operações sobre bens, direitos ou serviços, bem como nas operações financeiras, efectuadas entre um sujeito passivo e qualquer outra entidade, sujeita ou não a IRC, com a qual esteja em situação de relações especiais, devem ser contratados, aceites e praticados termos ou condições substancialmente idênticos aos que normalmente seriam contratados, aceites e praticados entre entidades independentes em operações comparáveis.

2 – O sujeito passivo deve adoptar, para a determinação dos termos e condições que seriam normalmente acordados, aceites ou praticados entre entidades independentes, o método ou métodos susceptíveis de assegurar o mais elevado grau de comparabilidade entre as operações ou séries de operações que efectua e outras substancialmente idênticas, em situações normais de mercado ou de ausência de relações especiais, tendo em conta, designadamente, as características dos bens, direitos ou serviços, a posição de mercado, a situação económica e financeira, a estratégia de negócio, e demais características relevantes dos sujeitos passivos envolvidos, as funções por eles desempenhadas, os activos ativos utilizados e a repartição do risco.”

### **II.2.2. As iniciativas da União Europeia**

Na União Europeia foi adotado, neste âmbito, o Código de Conduta sobre a Fiscalidade das Empresas, aprovado em 1 de dezembro de 1997, com o objetivo de estimular a cooperação entre os Estados-Membros e estabelecer medidas suscetíveis de ter uma influência na localização das atividades económicas na então Comunidade. A Comissão Europeia efetuou também uma comunicação sobre preços de transferência no domínio da prevenção e resolução de litígios (COM/2012/0516 final) bem como um conjunto de diretrizes para os acordos prévios em matéria de preços de transferência na União Europeia (que adiante referiremos).

### **II.2.3. As Diretrizes da OCDE**

A mais forte intervenção ao nível internacional foi a da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE) que estabeleceu os “Princípios directores sobre preços de transferência dirigidos às empresas multinacionais e às administrações fiscais da OCDE” (*Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises in Tax Administrations*), cujo princípio base é o de que na realização de transações ou operações entre entidades relacionadas, deve prevalecer a substância económica sobre as vantagens fiscais. Os preços de transferência devem ser determinados de acordo com o princípio da plena concorrência, entendido como aquele que seria estabelecido caso as transações ou operações fossem realizadas entre entidades independentes.

### **II.2.4. Breve Referência aos Diferentes Métodos Suscetíveis de Utilização**

De acordo com os Princípios Directores da OCDE, estão previstos diversos métodos de determinação dos preços de transferência, os quais podem ser classificados em métodos tradicionais (baseados em transações) e métodos não tradicionais (baseados no lucro).

Os métodos previstos na legislação portuguesa são extraídos da OCDE. Estabelecem o princípio da plena concorrência, fixam margens brutas, margens líquidas e outros indicadores de referência para aferir da comparabilidade entre



as operações vinculadas e as operações praticadas por entidades independentes. Assim dispõe o n.º 3 do art. 63.º do CIRC:

“3 – Os métodos utilizados devem ser:

- a) O método do preço comparável de mercado, o método do preço de revenda minorado ou o método do custo majorado;
- b) O método do fracionamento do lucro, o método da margem líquida da operação ou outro, quando os métodos referidos na alínea anterior não possam ser aplicados ou, podendo sê-lo, não permitam obter a medida mais fiável dos termos e condições que entidades independentes normalmente acordariam, aceitariam ou praticariam.”

Integram os métodos tradicionais os que a seguir apresentamos com uma breve descrição:

- O método do preço comparável de mercado (MPCM) – consiste em comparar o preço de bens ou serviços praticados numa “operação vinculada” com o preço praticado em relação a bens ou serviços transacionados entre empresas independentes, em circunstâncias comparáveis. Pode ser utilizado por uma entidade que realiza uma operação que tenha por objeto um serviço ou produto similar, em termos e condições, a uma entidade independente ou que tenha por base o serviço ou o produto similar realizado entre duas entidades independentes. É um método direto e fiável que permite uma aplicação adequada do princípio da plena concorrência.
- O método do custo majorado (MCM) – toma por base os custos suportados pelo fornecedor dos bens ou serviços no âmbito de uma “operação vinculada”, sendo a esses custos acrescida uma determinada margem (a margem de lucro sobre o preço de custo aplicada por uma empresa independente ou por uma empresa do grupo, de modo a obter o lucro bruto da transação). É indicado para ajuizar sobre transações desenvolvidas por empresas que produzem bens ou serviços que são depois vendidos a entidades com as quais existem relações especiais.
- O método do preço de revenda minorado (MPRM) – tem como base um produto adquirido a uma entidade relacionada que é objeto de revenda a uma entidade independente. Ao preço de revenda é subtraída

uma margem de lucro bruto de acordo com aquela que é praticada por entidades independentes em operações comparáveis. Obtém-se assim o preço de plena concorrência deduzindo do preço de revenda uma margem de lucro bruto de mercado. Esta margem praticada por empresas independentes serve aqui de base à determinação do preço comparável da entidade relacionada (margem que será objeto de comparação entre entidades independentes e entidades relacionadas).

Incluem-se na segunda categoria (métodos não tradicionais) os que se baseiam no lucro das atividades das entidades relacionadas comparativamente com o lucro de atividades equiparáveis das entidades independentes. São eles:

- O método do fracionamento do lucro (MFL) – é utilizado para repartir o lucro global derivado de operações complexas ou de séries de operações vinculadas. Depois de determinado o lucro global nas operações vinculadas, procede-se ao seu fracionamento entre as entidades relacionadas, tendo em conta a contribuição de cada uma para a realização das operações vinculadas, as funções exercidas, os ativos utilizados e os riscos assumidos por cada uma. O lucro global obtido pelas entidades intervenientes é assim repartido entre as diferentes entidades em função da contribuição de cada uma na realização das operações. Desta forma, resulta atribuída a cada uma delas a fração do lucro correspondente à remuneração das empresas independentes em situação de equivalência.
- O método da margem líquida da operação (MMLLO) – consiste em determinar a margem de lucro líquida obtida por um sujeito passivo numa operação vinculada e compará-la com a margem de lucro líquida de uma operação não vinculada comparável efetuada pelo sujeito passivo, por uma entidade do grupo ou por uma entidade independente. A margem líquida é determinada a partir das operações não vinculadas efetuadas pelo mesmo contribuinte em circunstâncias comparáveis ou das operações desenvolvidas pelas empresas independentes. A margem é determinada, tal como sucede com o MCM e o MPRM, em função das características de cada operação, isto é, do tipo de atividade, das aquisições efetuadas, das vendas realizadas, dos ativos utilizados e dos custos incorridos.

A seleção do método de determinação dos preços de transferência mais adequada depende de um conjunto de fatores, tais como a natureza da operação, o tipo de produto e o sector de atividade, não existindo um método que possa ser aplicável em toda e qualquer circunstância. Os métodos tradicionais são, contudo, os métodos que melhor determinam se as relações comerciais e financeiras entre empresas relacionadas preenchem as regras da plena concorrência. Para tal deve existir um bom e credível conhecimento de elementos de comparabilidade externos. Se não existirem esses elementos, então torna-se mais difícil aplicar os métodos tradicionais, sendo neste caso mais adequado recorrer a um método baseado no lucro. Todavia, se os métodos tradicionais e os métodos não tradicionais apresentarem o mesmo grau de fiabilidade, deve ser dada preferência aos métodos tradicionais. Quanto aos métodos baseados no lucro, apenas devem ser aplicados se forem compatíveis com o art. 9.º da Convenção Modelo de Dupla Tributação da OCDE, ou seja, se as condições impostas às entidades relacionadas, os preços, margens ou lucros, forem comparáveis às condições estabelecidas entre empresas independentes. Caso não se verifique essa comparabilidade, as entidades têm de fazer prova de que não violaram o princípio de plena concorrência.

Como quer que seja, as entidades não estão limitadas aos métodos tradicionais e não tradicionais da OCDE, podendo escolher outros métodos desde que justifiquem a razão da sua não adequação no caso em apreço. Cabe ao contribuinte constituir um dossier de preços de transferência que comprove os preços reais e efetivos que estão a ser praticados.

Em conclusão pode dizer-se que não existe uma regra exigível, mas deve sempre haver coerência na escolha do método mais apropriado para a determinação dos custos das operações vinculadas comparativamente com os custos das operações não vinculadas. Os métodos tradicionais constituem o meio mais direto de determinação das relações comerciais e financeiras entre as entidades relacionadas nas situações de plena concorrência. Os métodos baseados no lucro da operação são métodos complementares ou subsidiários dos métodos tradicionais.

Uma referência final aos acordos prévios de preços de transferência (APA – *Advance Pricing Agreement*).

Trata-se, de acordo com os Princípios da OCDE, de um “acordo que fixa previamente às operações entre empresas associadas, um conjunto de critérios adequados (respeitantes, por exemplo, ao método de cálculo, aos elementos de comparação, aos ajustamentos a introduzir e às hipóteses de base relativas

à evolução futura) na determinação dos preços de transferência aplicados a essas operações no decurso de um determinado período de tempo.<sup>17</sup> Isto é, um APA possibilita que, previamente à realização das operações, se defina um conjunto de critérios adequados tendo em vista a determinação do preço de transferência aplicável a essas operações durante um período de tempo. Estes acordos poderão assumir basicamente as seguintes modalidades: unilaterais, bilaterais e multilaterais. Dizem-se unilaterais quando apenas intervém uma autoridade fiscal e um contribuinte e bilaterais ou multilaterais caso se esteja perante um acordo celebrado entre duas ou mais autoridades fiscais.

Entre nós a disciplina dos APA está prevista no n.º 1 do art. 138.º do Código do IRC.

A celebração de Acordos Prévios sobre Preços de Transferência significa uma enorme vantagem para as empresas no sentido de prevenirem eventuais e complexos litígios entre si e as Autoridades Fiscais dos países onde atuam no contexto da sua atividade económica.

## CONCLUSÃO

O sector da moda caracteriza-se, sobretudo nos últimos anos, por uma acentuada internacionalização. Algumas das fases produtivas que o integram são deslocalizadas, quer para beneficiar de melhorias na qualidade da produção propriamente dita, quer por razões de maximização da respetiva rentabilidade; as marcas, objeto de investimentos significativos em publicidade e promoção, são exploradas comercialmente, por meio de contratos de licenciamento em vários países, senão mesmo em todo o mundo e os produtos de luxo são distribuídos em amplos espaços geográficos através de cadeias de distribuição articuladas.

Este modo de fazer negócios tem naturais reflexos em sede fiscal, sendo múltiplas as vertentes em que a temática releva. Analisá-las de modo mais compreensivo justificaria uma publicação completa. Limitámo-nos, pois, a abordar algumas delas que nos pareceram interessantes no contexto do curso de formação que esteve na base da elaboração deste artigo.

---

17 Diretrizes de Preços de Transferência da OCDE para Empresas Multinacionais e Administrações Fiscais da OCDE de 1995, atualizadas em outubro de 1999.

No IVA, o destaque foi para a temática da localização das operações tributáveis, como pressuposto de incidência do imposto que determinará se haverá ou não efetiva tributação em território nacional. Se relativamente a transações de bens a atuação do princípio do destino determina a isenção das exportações e das transações intracomunitárias, feita que seja prova documental adequada da saída real de bens para fora do território português, a dificuldade é bem maior no que respeita às prestações de serviços, com a inerente intangibilidade e a ocorrência de operações sucessivas a integrar o complexo processo de produção e distribuição.

Em sede de tributação direta, o destaque foi para as temáticas da valorimetria das existências e da valoração das transações efetuadas intragrupo ou entre empresas com ligações especiais entre elas. De facto, no sector da moda o ciclo de vida do produto é marcado pela lógica mediática das coleções sazonais (outono-inverno e primavera-verão), das “feiras” e desfiles de moda, sendo certa a verificação de fenómenos de rápida obsolescência. Para efeitos fiscais, a avaliação dos bens em armazém no fim do ano, o mesmo é dizer, a valorização dos inventários, é complexa neste contexto e geradora de contenciosos vários com as autoridades fiscais. Por outro lado, com a criação de grupos internacionais no contexto da atuação atrás descrita, é comum na indústria da moda a existência de grupos empresariais, relacionados em função das relações especiais que ocorrem entre as respetivas empresas, e onde os preços das operações intra-grupo são determinados por decisões de estratégia empresarial. Os contribuintes devem prestar atenção à forma como essas transações são realizadas e valoradas para garantir que sejam consistentes com o princípio do preço comparável de mercado entre partes independentes. É a temática dos preços de transferência, destinada à apreciação das transações entre empresas relacionadas, para evitar manipulação dos preços praticados com o único propósito de obter vantagens fiscais, levando as autoridades fiscais a exigir a demonstração e justificação daqueles para verificar se os mesmos são corretos e não correspondem a manipulações intencionais motivadas essencialmente por razões conexas com a diminuição da carga fiscal justamente devida.

## Referências Bibliográficas

- CASTARÈDE**, Jean (2005). *O luxo: os segredos dos produtos mais desejados do mundo*. São Paulo, Editora Anhembi;
- CHAPUIS**, Dominique (2016). “La mode défend son poids dans l’économie française”. *Les Echos.fr*, 04/10/2016. Disponível em : <[http://www.lesechos.fr/04/10/2016/lesechos.fr/0211358156323\\_la-mode-defend-son-poids-dans-l-economie-francaise.htm#1TbeMcyjue15v1CD.99](http://www.lesechos.fr/04/10/2016/lesechos.fr/0211358156323_la-mode-defend-son-poids-dans-l-economie-francaise.htm#1TbeMcyjue15v1CD.99)>, (acedido a 20 Dezembro 2017);
- HEMPHILL**, Scott C. e **SUK**, Jeannie (2009). “The Law, Culture and Economics of Fashion”, *Stanford Law Review*, Vol. 61, N.º 5, pp. 1147-1199;
- JIMENEZ**, Guillermo e **KOLSUN**, Barbara (2010). *Fashion Law: A Guide for Designers, Fashion Executives and Attorneys*. Fairchild Books;
- LIPOVETSKY**, Gilles E. e **ROUX**, Elyette (2005). *O LUXO ETERNO: da idade do sagrado ao tempo das marcas* (Trad. Maria Lúcia Machado). Editora Companhia das Letras;
- PALOMINO**, Erika (2003). *A Moda*. São Paulo, Editora Publifolha;
- PRESS**, Clare (2016). “Why the Fashion Industry is out of control”, *Australian Finance Review (AFR WEEKEND)*, 23 de Abril 2016. Disponível em: <<http://www.afr.com/lifestyle/fashion/why-the-fashion-industry-is-out-of-control-20160419-go5ic>>, (acedido a 10 Dezembro 2017);
- SCHWARTZ**, Erica (2012). “Red with Envy: Why the Fashion Industry should Embrace ADR as a Viable Solution to Resolving Trademark dispute”, *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, Vol. 14. N.º 1, pp. 279-307. Disponível em: <<http://cardozojcr.com/wp-content/uploads/2012/12/CAC110.pdf>>, (acedido a 28 Novembro de 2017);
- SILVERSTEIN**, M. J e **FISKE**, Neil (2003). “Luxury for the Masses”, *Harvard Business Review*, Abril 2003. Disponível em: <<https://hbr.org/2003/04/luxury-for-the-masses>>, (acedido a 25 Novembro 2017).
- VULSER**, Nicole (2012). “Le luxe européen met en avant son poids économique et demande à être protégé”, *Le Monde*, 5 de Maio 2012. Disponível em: <[http://www.lemonde.fr/economie/article/2012/06/05/le-luxe-europeen-met-en-avant-son-poids-economique-et-demande-a-etre-protége\\_1713022\\_3234.html](http://www.lemonde.fr/economie/article/2012/06/05/le-luxe-europeen-met-en-avant-son-poids-economique-et-demande-a-etre-protége_1713022_3234.html)>, (acedido a 13 Dezembro 2017).



# O Trabalho na Indústria Têxtil em Condições Análogas à Escravatura e o Dumping Social

RHAYZA VIEIRA BERLANZA\*

**Resumo:** O presente artigo analisa o dumping social relativo ao trabalho em condições análogas à escravidão nas indústrias têxteis. Ademais, será realizada uma análise de como pode ser combatido o trabalho em condições análogas à escravidão. A partir desse estudo, podemos entender os impactos que são causados a nível macro quando se tem a utilização de uma mão de obra precária.

**Palavras-chave:** Dumping Social. Organização Internacional do Trabalho. Condições Análogas à Escravatura. Direito Internacional do Trabalho

**Abstract:** *The present article makes an analysis of social dumping of work under conditions almost similar to slavery in textile industries. In addition, a further analysis will be made on how work under slavery-like conditions can be combated. From this study, we can understand the impacts that are caused at the macro level when one has a precarious workforce.*

**Keywords:** *Social Dumping. The International Labour Organisation. Slave Labor. International Labour Law*

---

\* Mestre em Direito Empresarial e Trabalhista pelo Instituto Universitário de Lisboa (ISCTE) (2016/2018). Pós-Graduada em Fashion Law pela Universidade Católica Portuguesa (2017). Pós-Graduada em Direito e Processo do Trabalho pelo Instituto Brasileiro de Mercados e Capitais do Rio de Janeiro (IBMEC/RJ) (2015/2016). Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RIO) (2014). Advogada inscrita na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB/RJ) e membro da Comissão de Direito da Moda da OAB/RJ. (vieira.berlanza@gmail.com).



## INTRODUÇÃO

O objetivo do presente artigo é abordar os temas relativos ao dumping social em condições análogas à escravidão na indústria têxtil, com ênfase na indústria da moda; sendo assim, todos os temas abordados serão analisados a luz do direito da moda, portanto, será realizada uma análise dos conceitos de dumping social e as suas diversas vertentes, após a qual passaremos para a temática do trabalho em condições análogas à escravidão e as formas de caracterização. Será também analisado o conceito de terceirização e seus desdobramentos, tais como: as formas de combate e responsabilização; e por fim, analisaremos como é que todos esses conceitos se interligam e possuem consequências para os trabalhadores, para os mercados nacionais e quais as consequências para a indústria da moda.

### I. DUMPING SOCIAL

O termo *dumping social* advém da economia, uma vez que os primeiros estudiosos a abordarem o assunto foram os economistas. Entretanto, cabe esclarecer que o termo é proveniente do irlandês arcaico *thumpa* e significa “atingir outrem ou um depósito de munições” (Fávaro, 2005: 35). Já na língua inglesa utiliza-se o verbo *to dump*, que significa despejar, descarregar, depositar algo em determinado local como se fosse lixo<sup>1</sup>.

Perpetrando o âmbito comercial, o *dumping* é conceituado como uma forma de inundar ou encher o mercado, ou seja, apresentar ao mercado consumidor um elevado volume de mercadorias a preços baixos, que caracteriza uma prática ilícita e desleal.

Com a finalidade de regular o comércio internacional tendo em vista que alguns países do mercado precisam de alguma maneira ser controlados, para que possam existir condições de vida e de trabalho digna a todos os trabalhadores, criou-se o *General Agreement on Tariffs and Trade* (GATT), que em seu artigo VI estabelece o conceito de *dumping*, de forma a afastar a prática entre aqueles estados membros do acordo internacional.

Portanto, conforme estabelece o GATT de 1947, existem diversas formas de *dumping*, além do que é caracterizado pelo direito comercial. Sendo assim,

---

1 Linguee: <http://www.linguee.pt/ingles-portugues/traducao/dump.html>. Acesso em 15 de outubro de 2016.

a sua conceituação é deveras complexa, tendo em conta que podemos falar de diversas espécies de *dumping*, tais como: o *dumping ambiental*, *dumping cambial*, *dumping predatório*, entre outros. O presente artigo irá ater-se ao *dumping social*.

Com relação ao *dumping social* podemos entender que ocorre quando a legislação é desrespeitada e o empregador descumpra a legislação acreditando na ineficácia dos poderes constituídos, na demora do processo, na inércia dos empregados e sendo assim, deliberadamente comete ilícitos, explorando deveras o trabalhador sem respeitar a dignidade do mesmo e submetendo-o a condições precárias e injustas de trabalho, e como consequência obtém vantagens económicas perante seus correntes (Maior Souto, 2011: 23).

Em síntese, o empregador como forma de reduzir o custo de sua produção e de obter vantagens sobre os outros concorrentes, pratica de forma desleal, através de meios fraudulentos o desrespeito a dignidade de seus empregados, tratando o empregado como um *objeto*, uma *máquina*, feito somente para dar lucro, sem respeitar nenhum dos seus direitos trabalhistas, praticando de forma desenfreada uma concorrência desleal perante seus concorrentes, como forma de auferir lucro a custos baixos, e para isso submete os empregados a situações degradantes. As consequências do *dumping social* transpassam os direitos individuais dos trabalhadores, atingindo toda sociedade.

O *dumping social* está presente de forma mais ativa nos países que são considerados em desenvolvimento, como diversos países asiáticos, porém os prejuízos atravessam as fronteiras desses países, e reflete na economia de muitos outros países, inclusive na economia brasileira que é prejudicada pela concorrência desleal.

Diante do exposto, podemos analisar que se um país utiliza a mão de obra análoga a escrava de forma desenfreada (de acordo com os dados da Fundação Walk Free<sup>2</sup>, cerca de 45,8 milhões de pessoas em todo mundo estão sujeitas a formas de escravidão modernas, sendo que 58% dessas pessoas vivem em apenas em cinco países: Índia, China, Paquistão, Bangladesh e Uzbequistão)<sup>3</sup> a mão de obra desses países custa infinitamente menos que a mão de obra de outras empresas e países que respeitam a legislação trabalhista e mantêm empregados com condições dignas. Portanto, as consequências são diversas,

2 Disponível em: <https://www.globallslaveryindex.org>. Acesso em 03 de novembro de 2018.

3 VERDÉLIO, Andreia. “Escravidão Moderna Atinge 45,8 Milhões de Pessoas no Mundo”. Reportagem realizada pela Agência Brasil em 30 de maio de 2016, com base nos relatórios da Fundação Walk Free. Disponível em: <<http://agenciabrasil.etc.com.br/direitos-humanos/noticia/2016-05/escravidao-moderna-atinge-458-milhoes-de-pessoas-no-mundo>>. (Acesso em 20 de dezembro de 2016).

mas podemos destacar especialmente com relação as *vantagens* que esses países possuem na sua produção, e isso acarreta o esvaziamento do mercado nacional, pois se torna quase impossível competir preços com países ou empresas, que utilizam a mão de obra análoga a escrava. Sendo assim, muitas empresas optam por migrar para esse países em desenvolvimento ou importar os produtos que comercializam.

## II. TRABALHO EM CONDIÇÕES ANÁLOGAS A ESCRAVATURA

A escravidão foi abolida no Brasil em 1888 com a Lei Imperial 3.353 de 13 de maio de 1888, conhecida como Lei Áurea, mas não acabou de fato com essa prática, novas formas semelhantes à escravidão surgiram. Os trabalhadores deixaram de ser propriedade, já que esse conceito de possuir a propriedade de uma pessoa, passa a ser ilegal. Porém, não é apenas a ausência de liberdade que faz um trabalhador escravo, mas sim a ausência de dignidade.

Diferente do que acontecia nos tempos da escravidão, em que os empregados viviam em senzalas, atualmente estes são colocados em alojamentos em situações precárias e são coagidos a trabalhar, durante inúmeras horas, quase de forma ininterrupta, e muitas vezes como contraprestação recebem comida e moradia.

Quando o empregador mantém um funcionário sem respeitar as normas trabalhistas está a negligenciar os preceitos fundamentais da dignidade da pessoa humana que estão dispostos nos art. 1º, III da CF.

Nos dias atuais, frequentemente, tem-se notícias de empresas que foram denunciadas pela utilização de trabalho escravo e a mídia veicula centenas de imagens das moradias desses funcionários e da situação degradante em que se encontravam. Quando uma empresa é encontrada utilizando a mão de obra análoga a escrava, seu nome passará a constar na *lista negra ou lista suja do trabalho escravo*.

A Convenção 29 da OIT ratificada pelo Brasil através do Decreto nº 41.721/57, em seu art. 1º estabelece que “todos os Membros da Organização Internacional do Trabalho que ratificam a presente convenção se obrigam a suprimir o emprego do trabalho forçado ou obrigatório sob todas as suas formas no mais curto prazo possível”<sup>4</sup>.

---

4 Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/node/449>>. (Acesso em 20 de dezembro de 2016).

O trabalho em condições análogas à escravidão pode também ser conhecido como escravidão moderna ou escravidão contemporânea. Também existe a escravidão por dívidas que é a forma mais comum de escravidão nos dias atuais, e funciona da seguinte forma: o empregador oferece um empréstimo de dinheiro ao empregado, e acordam que ao longo do curso do trabalho essa dívida iria sendo deduzida em virtude da prestação do serviço, entretanto, as partes não definem a duração do emprego e a forma que será sanada essa dívida, ficando o empregado a mercê do empregador em virtude dessa dívida (Palo Neto, 2008: 28).

O funcionamento se dá da seguinte forma: os trabalhadores são aliciados pelos *gatos*<sup>5</sup> para trabalharem em outra cidade, ou até países, com a promessa de uma vida melhor, e quando chegam ao local do trabalho vêm-se com dívidas relativas a viagem, alimentação, moradia e acabam se endividando de tal forma que não conseguem sanar as dívidas e voltar para o local de origem.

Outra modalidade é a escravidão por contrato, onde o trabalhador é simplesmente enganado, e ao aceitar aquele posto de trabalho se vê preso ao local de trabalho, sem poder sair, sendo constantemente ameaçado, sofrendo violência física e psicológica.

Independente da modalidade que a escravidão estiver sendo realizada, atinge a dignidade da pessoa humana, pois esses trabalhadores vivem em condições desumanas, degradantes, não tendo nenhum dos seus direitos trabalhistas respeitados. Por mais que a escravidão tenha acabado, até aos dias atuais existem trabalhadores em condições desumanas, bem como no passado.

Entre 1995 e 2015, foram resgatadas 49.816 pessoas em condições análogas a de escravo<sup>6</sup>, sendo que somente no ano de 2015 foram 1.111 trabalhadores resgatados. Esses dados, deixam evidente que a escravidão ainda continua presente em nossa sociedade, e não somente em zonas rurais, mas muito presente nas grandes cidades. De acordo com os dados do Ministério do Trabalho e Emprego, a indústria têxtil ocupa a terceira posição no ranking por setores,

---

5 Os gatos são os prepostos dos fazendeiros que vão em busca dos trabalhadores mantendo a promessa de um trabalho digno (OIT, 2010).

6 Notícia veiculada através do site da Organização Internacional do Trabalho (OIT) em 02 de agosto de 2016 sobre o a luta contra o trabalho forçado e a formação de jovens aprendizes no Mato Grosso. Disponível em: [http://www.ilo.org/brasilianoticias/WCMS\\_506987/lang-pt/index.htm](http://www.ilo.org/brasilianoticias/WCMS_506987/lang-pt/index.htm). Acesso em 15 de dezembro de 2016.

somente perdendo para a agropecuária em segundo lugar e a construção civil em primeiro lugar<sup>7</sup>.

### III. A INDÚSTRIA TÊXTIL E A TERCEIRIZAÇÃO

Tendo em vista que a indústria têxtil é um dos setores da economia que mais cresce no Brasil<sup>8</sup>, demonstrando assim a sua expressiva relevância para o mercado, passaremos à análise da incidência da mão de obra análoga a escrava no seu âmbito.

A cadeia produtiva do setor têxtil pode ser amplamente pulverizada, sendo um sistema que fraciona a produção, portanto, muitas empresas optam pela terceirização. As empresas contratam prestadores de serviços com o intuito de fracionar a produção, visando o aumento dos lucros, e para que ocorra essa maximização dos lucros, é necessário que diminuam o custo da sua produção, e uma das formas de conseguir essa diminuição dos lucros é afastando as obrigações inerentes de toda uma complexa cadeia produtiva e das responsabilidades para com os trabalhadores. Sendo assim, as indústrias têxteis contratam diversas empresas periféricas para que cada uma delas realize parte de sua produção.

Para se tornarem mais atraentes para as empresas contratantes, essas empresas periféricas buscam oferecer um melhor preço ou o “preço mais competitivo”, e para alcançarem esse preços baixos, a mão de obra torna-se a fonte de lucro (Tavares, 2002: 52).

Entretanto, o que vem ocorrendo é uma utilização da terceirização como modelo de contratação, sendo este utilizado de forma desenfreada e ilícita, passando o trabalhador da posição central da relação de trabalho para mera mercadoria, tornando-se descartável para as empresas, que apenas estão visando o lucro e o baixo custo, sendo tratado sem nenhum valor, tendo todos os seus direitos afrontados, e desrespeitando os princípios da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos primordiais inscritos pela Constituição Federal de 1988 (Porto, 2013: 31).

---

7 Vide <http://portal.mpt.gov.br>. Acesso em 14 de dezembro de 2016.

8 FILHO, Aguinaldo Diniz. “Apresentação do Panorama do Setor Têxtil e de Confecções” palestra realizada pelo Presidente do Conselho de Administração da Associação Brasileira da Indústria Têxtil e de Confecção (ABIT) em 01 de junho de 2011. Disponível em: <[http://www.abit.org.br/abitonline/2011/06\\_07/apresentacao.pdf](http://www.abit.org.br/abitonline/2011/06_07/apresentacao.pdf)>. Acesso em 14 de dezembro de 2016.

O trabalho não pode ser utilizado como forma de mera subsistência do trabalhador, mas sim como forma de promover condições dignas de sobrevivência, e não é o que está acontecendo na realidade, onde o distanciamento ocasionado pela terceirização entre o trabalhador e tomador dos serviços tem promovido a precarização das condições de trabalho e transformado os trabalhadores em servos (Godinho Delgado, 2006: 22).

No final do século XX, realizaram-se diversas mudanças estruturais na organização da produção. O modelo de produção *taylorista-fordista*, que se baseava na cadeia produtiva verticalizada, na rigidez na hierarquia interna, na produção em série e em massa, apresentou sinais de crise devidos a diversos fatores dentre eles: as sucessivas crises do petróleo nos anos 70 e o conseqüente aumento das taxas de juros, bem como a crise estrutural do Estado Social de Direito (Hinz, 2012: 135-152/137-138); portanto, as empresas passaram a buscar uma reestruturação do modelo produtivo buscando flexibilidade, baixos preços finais, qualidade e atendimento preciso (Pinto, 2012: 537).

O novo modelo produtivo que se estabelece é o padrão *toyotista*, cujo conceito da empresa era o de uma empresa enxuta que se destinava à satisfação das especificidades do mercado de forma a atender as suas exigências e demandas específicas.

Com a reestruturação do modelo produtivo tem-se o início de um período de expansão de capital, que além de reestruturar os meios de produção, também refletiu nas formas de mão de obra, reestruturando também a força de trabalho. De acordo com Graça Druck (2011: 41), com base em análises de David Harvey<sup>9</sup>, sob a vertente de uma nova fase do capitalismo contemporâneo, a qual denomina de acumulação flexível, marcada pela busca da concentração ilimitada de capital, sendo portanto a maximização dos lucros, que se perpetua por meio do trabalho excedente.

O modelo *toyotista* de produção tinha como finalidade viabilizar e retomar a acumulação de capital de forma semelhante à alcançada antes da crise do final do século XX, sendo uma das maneiras de alcançar a maximização do lucro, a atribuição a um mesmo trabalhador de diversas tarefas diferentes e concomitantemente a diminuição de postos de trabalho. Ao trabalhador passou a ser exigido mais, mesmo que trabalhasse menos tempo (Antunes, 2009: 58).

---

9 Harvey, 2006: 140, estabelece que a acumulação flexível “se apoia na flexibilidade dos processos de trabalho, dos mercados de trabalho, dos produtos e padrões de consumo. Caracteriza-se pelo surgimento de setores de produção inteiramente novos, novas maneiras de fornecimento de serviços financeiros, novos mercados e, sobretudo, taxas altamente intensificadas de inovação comercial, tecnológica e organizacional”.

Como já exposto, o modelo de produção *toyotista* visava aumentar o lucro, aumentar a competitividade e diminuir o custo, e deu-se através da horizontalização do processo produtivo. A horizontalização dava-se pela descentralização de algumas etapas da produção, o que promoveu o surgimento das médias e pequenas empresas que seriam responsáveis por desempenhar as atividades secundárias da atividade principal desenvolvida pela grande empresa (Godinho Delgado, 2014: 148).

Diante do exposto podemos perceber que ocorreu a diminuição de contratações formais, tendo em vista que passou a existir uma interposição de terceiros na produção e também na relação entre trabalhadores e empregadores, passando a existir uma relação trilateral, formada pela empresa tomadora, a empresa prestadora dos serviços e os trabalhadores. Portanto, os trabalhadores que antes trabalhavam diretamente para as grandes empresas, foram realocados nas empresas prestadoras de serviços e ainda assim trabalhavam para a grande empresa, porém agora sem o vínculo de emprego direto.

Todo o exposto anteriormente possui como finalidade explicar de forma sucinta o surgimento da terceirização e as consequências que surgiram para o trabalhador, que se distanciou do tomador dos serviços. As condições de trabalho foram precarizadas e o trabalhador passou a ser visto como *coisa* sendo apenas uma mercadoria, que faz parte do custo do processo produtivo.

A normatização da terceirização no Brasil ocorreu com a elaboração da Súmula n.º 331<sup>10</sup> do Tribunal Superior do Trabalho (TST), e essa normatização pode ser relacionada com a Lei n.º 6.019/1974 denominada Lei do Trabalho Temporário. No presente artigo não faz sentido estender sobre os pormenores

---

10 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula n.º 331 do TST – A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei n.º 6.019, de 03.01.1974). II – A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988). III – Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei n.º 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta. IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial. V – Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada. VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

da terceirização e seu desenvolvimento histórico, basta atentar a sua concepção e suas consequências.

A terceirização abriu portas para a relação de trabalho trilateral, oposta a clássica concepção bilateral onde empregado e empregador possuíam uma relação direta. Ademais, como já mencionado a terceirização é uma ameaça ao patrimônio jurídico destinado à proteção dos trabalhadores e uma ameaça à preservação da dignidade da pessoa humana, que é um direito intrínseco a todo indivíduo, proveniente apenas da condição humana.

Os impactos trazidos pela terceirização são alarmantes, o Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos (DIEESE) em parceria com a Central Única de Trabalhadores (CUT), apontam que a remuneração dos trabalhadores terceirizados é 27,1% menor que a dos diretamente contratados, e a faixa salarial dos terceirizados se concentra entre 1 e 4 salários mínimos. Já a jornada de trabalho dos terceirizados é cerca de 3 horas maior que dos contratados diretamente, e não possuem banco de horas ou horas extras trabalhadas, de acordo com a pesquisa. Caso os terceirizados possuíssem a mesma jornada de trabalho dos empregados diretos seriam criados 801.383 novos postos de trabalhos. Em relação à permanência do empregado, do terceirizado é em média 2,5 anos, enquanto a dos trabalhadores situa-se entre 5 e 8 anos, demonstrando a alta rotatividade do trabalhador terceirizado (DIEESE/CUT, 2011).

Os dados disponibilizados pela fiscalização do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE) demonstra que a cada 10 acidentes de trabalho registrados, 8 ocorrem em empresas prestadoras de serviço, e nos casos em que há morte, 4 em cada 5 ocorrem em empresas terceirizadas, demonstrando assim a precarização da terceirização trabalhista em relação à manutenção da saúde e segurança no ambiente de trabalho<sup>11</sup>.

Na indústria têxtil a terceirização envolve um contrato de fornecimento, ou seja, fica o terceirizado obrigado a fornecer as mercadorias num prazo determinado, mediante o pagamento de um preço já fixado. Sendo assim, a empresa tomadora dos serviços descentraliza a sua cadeia produtiva através desses contratos que faz com diversas outras empresas terceirizadas, e assim não gera vínculo empregatício.

---

11 Nota Pública divulgada pela Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho (ANTP) em 28 de março de 2017. Disponível em: <[http://radio.mpt.gov.br/wps/portal/portal\\_mpt/mpt/sala-imprensa/mpt-noticias/396a3c39-354f-4397-b740-fc7f6dd31384](http://radio.mpt.gov.br/wps/portal/portal_mpt/mpt/sala-imprensa/mpt-noticias/396a3c39-354f-4397-b740-fc7f6dd31384)>. (Acesso em 01 de agosto de 2018).



Entretanto, é necessário distinguir-se a *atividade-fim* da *atividade-meio*, tendo em vista que na indústria têxtil essa linha é muito tênue. A *atividade-meio* é um conjunto de tarefas que instrumentalizam o apoio logístico para o desenvolvimento da atividade da empresa tomadora, são tarefas periféricas ao objetivo e finalidade da empresa tomadora de serviços, enquanto a *atividade-fim* é a apresentada no objeto social da empresa no momento de sua constituição, é a finalidade principal inócua ao desenvolvimento da atividade da empresa tomadora dos serviços.

Diante todo o exposto, quando a empresa está terceirizando a *atividade-fim*, o que é vedado pela lei, e em muitos casos a empresa que está terceirizada está vinculada a uma outra empresa, estamos em face de uma forma de *quarteirização*, o que também é vedado pelo ordenamento jurídico brasileiro.

#### IV. A PROTEÇÃO DOS TRABALHADORES CONTRA O DUMPING SOCIAL

O *dumping* como já analisando anteriormente, é a forma de concorrência desleal mais praticada pelas empresas a nível internacional, sendo um tema que sempre vem à baila pela Organização Mundial do Comercio (OMC). A partir do ano de 2008, com a crise económica, a discussão sobre o *dumping social* ganha relevâncias no cenário internacional, uma vez que alguns Estados pagam salários muito baixos aos trabalhadores e oferecem condições precárias de trabalho, tendo um gasto muito reduzido de mão de obra e garantindo que seus produtos cheguem ao mercado internacional a preços inferiores aos da concorrência (Massi e Villatore, 2012).

O fenômeno da globalização, especificamente relativo a indústria têxtil têxtil e relativamente a moda, possui um mercado muito dinâmico, que passa o tempo todo por constante atualização, com alta rotatividade devido principalmente às *fast fashions*<sup>12</sup>, os consumidores ávidos por tendências que mudam conforme mudam as estações impõem uma celeridade no sistema de produção,

---

12 *Fast fashion* (moda rápida) significa um padrão de produção e consumo no qual os produtos são fabricados, consumidos e descartados – literalmente – rápido. Este modelo de negócios depende da eficiência em fornecimento e produção em termos de custo e tempo de comercialização dos produtos ao mercado, que são a essência para orientar e atender a demanda de consumo por novos estilos a baixo custo. Dados disponíveis em: <<http://blog.trocaria.com.br/fast-fashion-a-moda-descartavel/>>. Acesso em 18 de dezembro de 2016.

juntamente com a conquista de novos mercados, e facilitam a exploração de hipossuficientes, sendo mais nítido em países onde as leis trabalhistas são praticamente inexistentes, abrindo precedentes para caracterização do dumping social (Rocha Victor, 2007).

Destarte, o combate ao trabalho escravo e outras formas de mão de obra degradantes exigem a atuação de órgãos supranacionais tais como a OIT e a OMC. A criação da OIT viabilizou a possibilidade de dirigir as relações de trabalho entre empregadores e empregados a nível internacional, protegendo o trabalho e visando a universalização da justiça social, determinando regras gerais e obrigatórias para os Estados, estabelecendo um rol de direito e garantias a todos os trabalhadores, independente de suas nacionalidades (Bezerra Leite, 2011: 100).

A Declaração da OIT relativa aos Princípios e Direitos Fundamentais do Trabalho celebrada em 19 de junho de 1998 em seu art. 2.º afirma que todos os países membros, mesmo que ainda não tenham ratificado as convenções consideradas principais, possuem o compromisso de respeitar, promover e tornar realidade, de boa fé e de conformidade com a Constituição, os princípios relativos aos direitos fundamentais que são o objeto primordial dessas convenções, dentre os quais está a eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório, bem como a abolição efetiva do trabalho infantil.

## **V. ONEXO ENTRE A TERCEIRIZAÇÃO E O TRABALHO EM CONDIÇÕES ANÁLOGAS À ESCRAVATURA E SEUS EFEITOS**

Conforme o exposto, podemos fazer uma ligação direta entre a exploração da mão de obra análoga a escrava nas indústrias têxteis tendo em vista a sua cadeia produtiva e a terceirização. Dentro os inúmeros casos de trabalhos em condições análogas à escravidão que são deflagrados no Brasil e no mundo, a escusa das empresas é a de que desconheciam que existiam empresas interpostas utilizando mão de obra análoga a escrava. Em síntese, funciona da seguinte forma: a empresa de maior porte que é detentora da marca e tomadora de serviço subcontrata outras pequenas empresas para fabricar as suas roupas a custo baixo e quando essas pequenas empresas são descobertas utilizando a mão de obra análoga a escrava, a empresa tomadora dos serviços afirma que não sabia o que estava acontecendo em sua cadeia produtiva.

A terceirização é um caminho fácil e eficaz para dissimular, mascarar o trabalho em condições análogas à escravidão, pois aumenta a capacidade empresarial de explorar o trabalho humano. Esse tipo de contratação pulveriza a cadeia produtiva e faz com que o trabalhador explorado não possua relação direta com o tomador de serviços, podendo o tomador de serviços contratar inúmeras empresas menores para fabricar os seus produtos em diversos países do mundo. O real beneficiário da atividade realizada pelos trabalhadores explorados é o tomador de serviços, pois possui controle sobre toda a atividade, e utiliza essas pequenas empresas intermediárias como um disfarce para caracterização da sua responsabilidade (Godinho Delgado, 2006: 22).

A relação entre a terceirização de serviço e a condição análoga a escravo imposta aos trabalhadores está disseminada no setor têxtil, devido à cultura do *fast fashion*, e conforme já explicado anteriormente, o objetivo é a diminuição dos custos de forma a maximizar o lucro, que surge a partir de um sistema de produção conhecido como *sweating system*<sup>13</sup> na cadeia produtiva têxtil, demonstrando ser a solução para redução dos custos, aumento dos lucros e produção intensa (Bignani, 2011: 89). Os trabalhadores hipossuficientes, vulneráveis e imigrantes são submetidos a situações degradantes e obrigados a trabalhar em oficinas de costura disfarçadas de casas, onde as suas vidas particulares deixam de existir e se misturam com o trabalho, o pagamento não chega perto do mínimo legal garantido, recebendo o trabalhador quantia ínfima por peça produzida, com jornadas de trabalho exaustivas e desumanas, atendendo as necessidades produtivas do mercado têxtil.

O tomador de serviços quer de qualquer forma desvincular-se desse tipo de trabalho e busca na terceirização essa forma de se desvincular da responsabilidade direta, desconfigurando a relação de emprego. A empresa tenta de todas as formas proteger-se da fiscalização, através do véu da terceirização, mas está por detrás de toda a prestação de serviços das pequenas empresas intermediárias, uma vez que exige qualidade, preço baixo, alta produtividade e submete a cadeia produtiva ao seu controle de qualidade, padronização e ordem.

Submeter um trabalhador a condição análoga a escravo é crime previsto no ordenamento jurídico brasileiro, no art. 149.º do Código Penal. Ademais,

---

13 Sistema no qual os locais de trabalho confundem-se com as residências, nos quais os obreiros trabalham sob condições extremas de opressão, por salários miseráveis, jornadas demasiadamente extensas e exaustivas, e precárias ou inexistentes condições de segurança e saúde. Dados disponíveis em: <<http://reporterbrasil.org.br/2011/12/sweating-system-trabalho-escravo-contemporaneo-no-setor-textil/>>. Acesso em 12 de dezembro de 2016.

quando ocorrem as fiscalizações do Ministério Público do Trabalho e as empresas são autuadas utilizando a mão de obra análoga a escrava, percebe-se que o contrato de terceirização era um contrato dissimulado, tendo portanto que responder de forma direta e objetiva o tomador de serviços, pela fraude na terceirização, uma vez que consiga ser configurada a subordinação direta do tomador de serviços, e como já visto anteriormente, quando ocorre ilicitude na terceirização, o vínculo é formado diretamente com o tomador de serviços que deverá ser responsabilizado pelos trabalhadores como se fossem diretamente contratados.

## VI. TEORIAS DE RESPONSABILIZAÇÃO

Além da forma de responsabilização elucidada anteriormente, existem outras formas de responsabilização da empresa tomadora de serviços que se beneficia da mão de obra análoga a escrava, através de uma terceirização ilícita.

### VII.1. Teoria da Cegueira Deliberada

A teoria da cegueira deliberada do tomador de serviços é proveniente do direito penal, sendo também denominada teoria da avestruz (no direito norte-americano, é chamada de *Willful Blindness* ou *Ostrich Instructions*); portanto, deve-se analisar a postura assumida pelo beneficiário (tomador de serviços) em relação aos demais elos da cadeia produtiva. Cabendo portanto uma análise com relação as preocupações assumidas pelo tomador de serviços: se visitou seus fornecedores, se procurou saber as condições de trabalho que estavam os seus trabalhadores, ou seja, deve-se perceber se o tomador de serviços esteve inerte com relação a um dever razoável de agir, ou se simplesmente se colocou deliberadamente em situação de ignorância com relação a forma de procedimento dos seus fornecedores, respondendo portanto pela omissão culposa ou negligencia. Diante o exposto, a tomadora dos serviços, sendo a principal beneficiária da cadeia produtiva irregular, tem que ser responsabilizada objetivamente pelas situações ilegais da qual negligenciou de forma deliberada<sup>14</sup>.

---

14 BRASIL. Ministério Público do Trabalho. Procuradoria Regional do Trabalho da 2ª Região. Ação Civil Pública. Réu: M5 Indústria e Comércio Ltda. 2014. Disponível em: <<http://reporterbrasil.org.br/documentos/acp-mofficer.pdf>> Acesso em 20 de dezembro de 2016.

## VII.2. Teoria da Responsabilidade em Cadeia

A teoria da responsabilidade em cadeia tem o seu embasamento consoante recomendação aprovada na 103ª Conferência Internacional do Trabalho que ocorreu em Genebra em 2014, e previa medidas complementares para serem empreendidas de forma a suprimir o trabalho forçado<sup>15</sup>:

“No referido texto, todos os membros deverão adotar as medidas de prevenção mais eficazes, inclusive orientar e apoiar os empregadores e empresas a tomar medidas eficazes para identificar, prevenir e reduzir o risco de trabalho escravo ou obrigatório e para informar sobre a forma de lidar com esses riscos em suas operações, produtos ou serviços prestados, com o qual pode estar diretamente relacionado (4, “j”).”

Mediante o exposto, a recomendação determina a necessidade de se reconhecer a responsabilidade das empresas tomadoras de serviço, quando existirem riscos da existência de trabalho em condições análogas à escravidão ou trabalho forçado ao longo das cadeias produtivas, para tanto, é obrigação da empresa tomadora de serviços zelar pelo trabalho prestado em sua cadeia produtiva.

## VII.3. Teoria dos Contratos Coligados

A teoria dos contratos coligados refere-se àqueles contratos que apesar de serem distintos, possuem uma ligação, ou seja devem ser analisados dentro de um contexto, sendo dependentes. Como a produção é pulverizada, por todo os motivos já explicitados anteriormente, os contratos firmados entre o tomador de serviços e a empresa terceirizada são dependentes, estando ainda interligados com todos os outros contratos relativos a cadeia produtiva.

Configura a existência de toda uma rede contratual, pois a tomadora de serviços depende das empresas intermediárias, e as empresas intermediárias dependem da tomadora de serviços para se manter no mercado e subsistir, nenhum dos sujeitos da relação se mantém sem os outros. A partir do exposto, se houver uma ilicitude na cadeia produtiva, toda a cadeia produtiva irá ser

---

15 BRASIL. Ministério Público do Trabalho. Procuradoria Regional do Trabalho da 2ª Região. Ação Civil Pública. Réu: M5 Indústria e Comércio Ltda. 2014. Disponível em: <<http://reporterbrasil.org.br/documentos/acp-mofficer.pdf>> Acesso em 20 de dezembro de 2016.

contaminada e tal resulta numa responsabilidade solidária das partes contratantes, sendo, portanto, a tomadora de serviços responsabilizada pelos trabalhos em condições análogas à escravidão na sua cadeia produtiva.

## VII. A INDEMNIZAÇÃO POR DUMPING SOCIAL COMO FORMA DE ERRADICAR O TRABALHO EM CONDIÇÕES ANÁLOGAS À ESCRAVATURA

Por fim, após discorrer sobre os conceitos de dumping social, terceirização e trabalho em condições análogas à escravidão, passaremos a formas de solucionar o problema proposto no presente artigo.

A indemnização por meio do dumping social tem sido uma das formas encontradas pelo poder judiciário para tentar acabar com o trabalho escravo no país, sendo uma maneira de punir e conscientizar o empregador. Portanto, a indemnização por dumping social é, de forma geral, a maneira mais adequada de realizar punições às empresas que se utilizam da mão de obra análoga a escrava como forma de maximizar seus lucros.

O Ministério Público do Trabalho e Emprego trabalha ativamente, fiscalizando as empresas e criou a lista negra do Ministério Público do Trabalho onde disponibiliza para toda a população as empresas utilizadoras da mão de obra análoga a escrava, mas é sabido que se trata de um crime que é difícil de descobrir – as empresas vivem na clandestinidade, as oficinas são revestidas de residências, e até os números oficiais não traduzem a realidade cruel que muito trabalhadores ainda vivem.

Como é muito difícil descobrir quais as empresas que de facto estão a praticar o dumping social, o magistrado através de uma ação trabalhista individual pode identificar a Ré que está frequentemente a ser demandada com grandes quantidades de reclamações trabalhistas por inúmeros trabalhadores, e mesmo sem o pedido do trabalhador, aplicar uma indemnização suplementar como forma de reestabelecer o meio social, apresentando uma projeção comunitária ou social, com intuito de punir o empregador e prevenir a reincidência, a luz do princípio da dignidade da pessoa humana. Para que não ocorra um enriquecimento exagerado de um determinado trabalhador em detrimento dos demais, adota-se a reversão do valor da indemnização a favor de um fundo de execuções ou de amparo aos trabalhadores. Conforme a juíza Valdete Souto Severo narra um caso evidenciado em sua carreira de magistrada:

“Nesse sentido, tive a oportunidade de prolatar sentença na qual uma grande empresa, com mais de 4.000 processos em tramitação na Justiça do Trabalho, reiteradamente vem sendo condenada por não efetuar pagamento de horas extras. A conclusão de que essa empresa vem se firmando no mercado internacional, em detrimento de suas concorrentes, inclusive porque ignora solenemente os direitos fundamentais dos trabalhadores cuja mão de obra permite sua existência, fez com que fosse aplicada uma indenização significativa, a ser revertida para as demais execuções da Vara, arquivadas por falta de crédito, no limite de R\$ 10.000,00 por demanda”<sup>16</sup>.

A indenização por dumping social é uma forma de reação do direito para atos de coação que causam prejuízos, tanto para os que sofrem e também como para os que os praticam, tendo em vista que as consequências ultrapassam o âmbito pessoal. Conclui-se que a indenização por dumping social é uma excelente forma de punição ao trabalho em condições análogas à escravidão, mesmo que não esteja prevista em lei, mas utilizando o fundamento constitucional da valorização do trabalho para ter sua aplicação garantida, sendo dever de toda sociedade de mantê-la justa, essa consciência deveria ser de todos.

## CONCLUSÃO

Entendemos que a escravidão moderna ainda está muito presente no mundo atual, mesmo que de forma mascarada e de difícil identificação, e presente de forma mais ativa nos países em desenvolvimento, e como essa mão de obra análoga a escrava mesmo que em países localizados em outros continentes, influencia a economia nacional, tendo em vista que está existindo uma concorrência através do dumping social.

O presente artigo teve como finalidade elucidar as consequências do trabalho em condições análogas à escravidão, as suas formas de combate e influência de forma global. Ademais, esse tipo de trabalho é inaceitável em nossa sociedade atual, devendo de todas as formas resguardar os direitos dos trabalhadores e sua dignidade.

---

16 RIO GRANDE DO SUL. Justiça do Trabalho da 4ª Região: 5ª Vara do Trabalho de Porto Alegre RS. Processo n. 0078200-58.2009.5.04.0005. Autor: Alessandra Dias Barreto. Réu: Atento Brasil S.A. e Telefônica S.A. Juíza: Valdete Souto Severo. Porto Alegre, 30 mar. 2010. Disponível em: <<http://iframe.trt4.jus.br/consultaprd/pls/buscarapida?nroprocesso=0078200-58.2009.5.04.0005%20%28RO%29>>. (Acesso em 21 de novembro de 2016).

As consequências do trabalho em condições análogas à escravidão na indústria têxtil são diversas, entretanto com relação ao dumping social, cria uma *vantagem* econômica em relação as outras empresas que estão respeitando a legislação e respeitando os direitos dos trabalhadores, uma vez que tem seus custos reduzidos, possuindo uma concorrência desleal e muitas vezes fazendo com que empresas nacionais saiam do país em busca de mão de obra mais barata ou comece a importar os produtos de países que possuem um custo de produção inferior.

## Referências Bibliográficas

- ANTUNES, Ricardo (2009). *Os sentidos do trabalho: ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho*. São Paulo: Bomtempo;
- BEZERRA LEITE, Carlos Henrique (2011). *Direitos humanos*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris;
- BIGNANI, Renato (2011). “Trabalho escravo contemporâneo: o sweating system no contexto brasileiro como expressão do trabalho forçado urbano”, *in*: VELLOSO, Gabriel; FAVA, Marcos Neves (coords.). *Trabalho Escravo Contemporâneo: o Desafio de Superar a Negação*. São Paulo. LTr, pp. 89;
- CORDOVIL, Leonor (2011). *Antidumping: interesse público e protecionismo no comércio internacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, pp. 83;
- DIEESE/CUT (2011). Terceirização e desenvolvimento: uma conta que não fecha – dossiê sobre o impacto da terceirização sobre os trabalhadores e propostas para garantir a igualdade de direitos. Disponível em: <[http://www.sinttel.org.br/downloads/dossie\\_terceirizacao\\_cut.pdf](http://www.sinttel.org.br/downloads/dossie_terceirizacao_cut.pdf)>. (Acesso em 20 de Novembro de 2016);
- DRUCK, Graça (2011). “Trabalho, precarização e resistências: novos e velhos desafios?”, *Caderno CRH*, Salvador, Vol. 24, Nº 1, pp.41;
- FÁVARO ARRUDA, Gustavo (2005). “Entendendo o dumping e o direito antidumping”, *Revista de direito da concorrência*. Nº 7, Brasília: IOB/CADE, pp. 35;
- GODINHO DELGADO, Maurício (2006). “Direitos fundamentais na relação de trabalho”, *Revista do Ministério Público do Trabalho*. Ano XVI. Nº 31, pp. 20-46;
- (2014). *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 13ª Ed.;



- HARVEY**, David (2006). *Condição pós-moderna: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural*. Ed. 16ª. São Paulo: Loyola, pp. 140;
- LOPES SUSSEKIND**, Arnaldo (2000). *Direito Internacional do Trabalho*. 3ª Ed. São Paulo: LTr, pp. 449;
- MACEDO HINZ**, Henrique (2012). “Alterações no Modo de Organização da Produção e Requisitos para Caracterização da Relação de Emprego”, *Revista do Tribunal Regional do Trabalho 15ª Região*, Campinas, Nº 14, pp. 135-152;
- MACHADO MASSI**, Juliana; **CÉSAR VILLATORE**, Marco Antônio. (2012). “Nova Análise sobre a crise econômica mundial: a prática do dumping social com alternativa de sobrevivência comercial e a necessidade de enlace do direito do trabalho no comércio internacional”. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=1373b284bc381890>>. (Acesso em 14 de agosto de 2018);
- MAIOR SOUTO**, Jorge Luiz (2011). *Curso de direito do trabalho: teoria geral do direito do trabalho*. Vol. I. Parte I. São Paulo: LTr, pp. 23;
- MEIRELES**, Edilton (2014). *A constituição do trabalho: o trabalho nas constituições da Alemanha, Brasil, Espanha, França, Itália e Portugal*. 2ª Ed. São Paulo: LTr, pp. 99;
- PALO NETO**, Vito (2008). *Conceito jurídico e combate ao trabalho escravo contemporâneo*. São Paulo: LTr, pp. 28;
- PINTO**, Geraldo Augusto (2012). “O Toyotismo e a Mercantilização do Trabalho na Indústria Automotiva do Brasil”, *Caderno CRH*, Salvador, Vol. 25. Nº 66, pp. 535-552;
- PORTO**, Noemia (2013). *O trabalho como Categoria Constitucional de Inclusão*. São Paulo: LTr, pp. 31;
- ROCHA VÍCTOR**, Dijane Maria (2007). “Terceirização no setor de confecções: relação de trabalho na percepção do terceirizado”. Disponível em <[http://fido.palermo.edu/servicios\\_dyc/encuentro2007/02\\_auspicios\\_publicaciones/actas\\_diseno/articulos\\_pdf/ADC066.pdf](http://fido.palermo.edu/servicios_dyc/encuentro2007/02_auspicios_publicaciones/actas_diseno/articulos_pdf/ADC066.pdf)> Acesso em 12 de dezembro de 2016;
- TAVARES**, Maria Augusta (2002). “Trabalho informal: os fios (in)visíveis da produção capitalista”, *Revista de Outubro*, Nº 7, pp 52.

## Refêrencia Jurisprudencial

- BRASIL. Ministério Público do Trabalho. Procuradoria Regional do Trabalho da 2ª Região. Ação Civil Pública. Réu: M5 Indústria e Comércio Ltda. 2014.

Disponível em: <<http://reporterbrasil.org.br/documentos/acp-mofficer.pdf>>  
(Acesso em 20 de dezembro de 2016);

RIO GRANDE DO SUL. Justiça do Trabalho da 4ª Região: 5ª Vara do Trabalho de Porto Alegre RS. Processo n. 0078200-58.2009.5.04.0005. Autor: Alessandra Dias Barreto. Réu: Atento Brasil S.A. e Telefônica S.A. Juíza: Valdete Souto Severo. Porto Alegre, 30 mar. 2010. Disponível em: <<http://iframe.trt4.jus.br/consultaprd/pls/buscarapida?nroprocesso=0078200-58.2009.5.04.0005%20%28RO%29>> (Acesso em 21 de Novembro de 2016).



# A Sustentabilidade nos Contratos com a Administração Pública e nos Contratos Individuais de Trabalho

JOÃO FRAGA DE CASTRO\*

**Resumo:** A progressiva consciência social relativa às questões conexas a um desenvolvimento social e ambiental, levou a preocupações acrescidas, em torno da sustentabilidade dos modelos de desenvolvimento que escolhemos. As escolhas dos poderes públicos e dos agentes privados começam a revelar essa profunda preocupação. A contratação pública pode ser um fator intensificador dessas opções sustentáveis, pela sua maior pegada, na sociedade, no tecido social, mas a contratação privada não deixa de ser o maior motor de transformação de todos os comportamentos da sociedade e das organizações, pela sua autenticidade e atualidade, de cara às novas necessidades e aos novos desafios.

**Palavras-chave:** sustentabilidade, contratos, desenvolvimento social e ambiental.

**Abstract:** *The progressive social consciousness regarding questions around social and environmental development created deeper concerns around the sustainability of the development models we have chosen. The choices of the government and the private agents' begin to reveal this deep concern. Public hiring can be an integrating factor of these sustainable options, for their greatest footprint in society and the social tissue but the private sector is still the greatest engine of transformation of social and organizational behavior for its authenticity connected to the new challenges and needs.*

**Keywords:** *sustainability, contracts, social and environmental development.*

---

\* João Fraga de Castro, Advogado na JFC & Associados, Membro da APORT – Advogados Portugueses em Consórcio.

## INTRODUÇÃO

Atualmente, a Humanidade atravessa uma crise ambiental e social sem precedentes, com a destruição progressiva da biodiversidade, o crescimento da quantidade e perigosidade dos resíduos gerados, o aquecimento global, a escassez e a qualidade da água, a pobreza, o trabalho precário, o desemprego, entre outros indicadores, sendo que tudo isso denuncia um modelo de desenvolvimento, na vertente ambiental e social, insustentável.

A resolução destes problemas passa obrigatoriamente pela adoção de práticas de produção e de consumo individual mais sustentáveis ao nível industrial e comercial, bem como em toda a cadeia de interligação desses dois setores, nomeadamente na logística e produção de proximidade.

Trata-se de que as organizações incorporem nos seus processos de compra e de produção considerações de sustentabilidade ambiental e social. A divulgação de boas práticas nesta temática, a importância de uma comunicação estratégica vertical e horizontal, permitirão a implementação de mudanças positivas nos processos de compra e de fabrico.

O presente trabalho procura analisar a dimensão da sustentabilidade, no mundo da Moda, com reflexos ao nível do processo da Contratação pública (como tendência) e ao nível da contratação individual de trabalho (no caso concreto de Modelos profissionais de moda).

Assim, faremos:

- Uma pequena abordagem ao fenómeno da Sustentabilidade como fenómeno global, que afeta e implica diferentes áreas de atividades.
- Os reflexos da Sustentabilidade no mundo da Moda, sobretudo ao nível da Contratação pública e privada.
- A Sustentabilidade ao nível dos Contratos de Trabalho: o exemplo Dinamarquês, com a *Danish Ethical Fashion Charter*, ao nível dos Contratos de Agenciamento de Modelos.

### I. SUSTENTABILIDADE E CONTRATOS: A PROBLEMÁTICA

O rápido crescimento industrial nos últimos séculos tem melhorado o padrão de vida do Ser humano; porém, teve como consequências nefastas o elevado custo ambiental gerado, que tem sido objeto de numerosos estudos quantitativos e qualitativos, por forma a perceber a natureza e alcance dessa

pegada ecológica que fomos gerando, ano após ano, com o processo, por vezes violento, da banalização do acesso aos produtos gerados pela indústria de têxteis e de vestuário e com a introdução de mais pessoas ciosas e ávidas de certos produtos, seja alimentares (o consumo de carne), seja de consumo intermédio ou mesmo de luxo (carros, viagens, objetos de gama alta e de alto impacto no ambiente).

O binómio sociedade-meio ambiente passou a ser apreciado de forma globalizada, exigindo um posicionamento mais crítico, o qual tem determinado o surgimento de terceiras vias de relacionamento, com o intuito de reduzir os impactos que ela produz sobre o meio que a cerca.

Para a implementação de uma nova política ambiental, (que se reflete claramente ao nível das políticas de criação e desenvolvimento do emprego nos Países emergentes no Sudoeste Asiático e em África, onde a produção em massa destes produtos é feita), têm que se colocar na mesma equação o desenvolvimento económico-social e a racional preservação da qualidade ambiental, na utilização adequada dos recursos naturais. Esse processo longo, exigente, imaginativo de adequação da atividade produtiva ao meio ambiente, é o elemento estruturante da Grande Batalha do Século: o Desenvolvimento (social e ambiental) sustentável.

A complexidade da implementação deste processo radicava e radica no pré-condicionamento de que esta batalha poderia determinar quase inevitavelmente limitações ao exercício das atividades económicas, pois implicaria a diminuição da produtividade, ao serem implementados instrumentos que gerariam custos adicionais para o controle do risco ou a redução do impacto ambiental e, por consequência, diminuindo os dividendos das empresas/gerando tensões, por força dessas novas opções de investimento.

A profunda lesão ao meio-ambiente e a forma como se está a comprometer o futuro de gerações (com vista às recentes tragédias ambientais) determinou que o conceito de sustentabilidade passasse para um primeiro nível de discussão e de consciencialização cada vez maior, assumindo lugar de destaque ao nível académico.

Quebrou-se o “tabu” de que a atividade produtiva poderia ser realizada sem qualquer risco ou dano ambiental, e que essas mesmas atividades se poderiam fazer com sentido e utilidade ecológica e com resultados tendencialmente iguais aos praticados com as anteriores práticas.

Ao nível da administração e das autoridades governamentais em geral está a ser estudada a repercussão dessa nova condição – a Sustentabilidade – para

a escolha das propostas e para a formação dos contratos a serem celebrados pela Administração Pública, através de concursos públicos ou de adjudicações diretas.

Ao nível do sector privado, rapidamente se foram incluindo nos cadernos de encargos e nas condições de contratação, critérios que avaliavam a pegada ecológica (ambiental e social) dos candidatos, muito por via de uma pressão social (Associações de Consumidores, sobretudo na UE, nos EUA e no Brasil) e de determinações de Marketing, como forma de conseguir chegar a um novo segmento de consumidores mais exigentes e massificados, como os “millennials”.

Para isso, tornou-se e torna-se importante aferir da estrutura genética do conceito Sustentabilidade:

- a) Em que elementos filosóficos e doutrinários se baseia.
- b) Qual o meio formal pelo qual estes critérios devem ser estabelecidos?
- c) Que elementos de controlo podem ser estabelecidos e quem terá a capacidade de os avaliar.
- d) Qual o impacto de técnicas sustentáveis no preço final do produto? e
- e) A economicidade é reduzida com a sustentabilidade? (entre muitas e diversas questões).

Estes são alguns dos problemas que envolvem a questão ambiental no processo de contratação, seja ela pública ou privada, e que serão analisadas de seguida.

A teorização destas questões poderá ser concentrada em 3 critérios:

- Apresentação de propostas, em regimes concursais públicos e privados que tenham subjacente a elas critérios de sustentabilidade socioeconómica e ambiental;
- Fixação de critérios sustentáveis para a avaliação das propostas;
- Sustentabilidade e preço;

## II. PROPOSTAS SUSTENTÁVEIS

Há desde logo a necessidade que a própria administração promova uma definição do quadro em que a sua avaliação vai ser feita. De forma objetiva!

Será cada vez mais intolerável que no momento de escolher o fornecimento de bens, a prestação de serviços, ou a implementação de obras públicas, não haja uma preocupação com a preservação do meio ambiente e com as implicações sociais de cada uma das escolhas.

Jamais poderemos ter como critério absoluto, o da escolha da proposta mais vantajosa (preço mais baixo) para a administração, pois já de si e do ponto de vista económico, essa opção nem sempre é uma premissa válida. Trata-se, pois, de escolher uma proposta, que promova o desenvolvimento sustentável.

Para que isso aconteça a *alma mater* da contratação pública em qualquer País – O Código dos Contratos Públicos –, tem que refletir parâmetros objetivos, para se verificar, na prática, se uma proposta é ou não é sustentável (sem que esses critérios inviabilizem a participação de interessados), seja pela impossibilidade de ser atendida, seja pela ampliação dos custos envolvidos. Um equilíbrio entre os critérios a definir e os possíveis impactos ambientais gerados em razão do cumprimento do objeto e da satisfação da necessidade pública, obrigam a exercícios de aprendizagem de toda uma estrutura muito pouco conhecida pela sua maleabilidade e adaptabilidade às mudanças.

Os parâmetros/critérios de sustentabilidade devem ser exigíveis em função da repercussão ambiental da execução do objeto da contratação. Isso não só motiva a sua implementação, como evita a restrição indevida de direito a participar em concursos, cerceando dessa forma a sua implicação e reclamação judicial, pois não se trata de abdicar da estrutura, legal, positivista e clássica, que rodeia a contratação pública, onde princípios como os da proporcionalidade, legalidade e de confiança são a superestrutura deste processo, mas de a estes acrescentar e articular outros que se tornarão tão importantes como os outros.

A adição de critérios e de majorações, tais como a) a prova, por parte do concorrente, de práticas ligadas à preservação do meio-ambiente, b) a detenção de um qualquer certificado ambiental, c) a utilização de certificados de origem dos materiais e matérias-primas utilizados nos produtos, como decorrentes do uso sustentável e responsável, d) o desenvolvimento de uma política de sustentabilidade na promoção de boas práticas laborais, e) a promoção de hábitos saudáveis ao nível alimentar, f) o desenvolvimento de atividades tendentes a não serem desenvolvidas doenças profissionais,... tudo isto, (entre muitos outros padrões), são e serão as novas realidades a considerar e a colocar na grelha de valoração das propostas.



A administração pública ainda não se formatou e consciencializou da necessidade de, a par desse conjunto de elementos de avaliação mais antigos e clássicos, formar/formatar equipas de técnicos de diferentes áreas do saber e de ter em conta um novo conjunto de parâmetros que lhe permitam identificar o impacto ambiental do objeto do contrato/prestação de serviços, e dessa forma evitar/atenuar o impacto socioambiental, atentas as possibilidades e tecnologias validadas no mercado.

A eficiência na contratação obriga a ter critérios de julgamento sustentáveis, que possam ser sindicados pelos tribunais, na medida em que a promoção do desenvolvimento sustentável é mais do que um postulado constitucional, é uma obrigação do poder executivo. A consagração ao nível constitucional será rápida, quando a imposição, de baixo para cima, do conceito – *sustentabilidade* –, for de tal maneira reflexo do pensar e agir de entes públicos e privados, que a isso o legislador será obrigado.

### III. FIXAÇÃO DE CRITÉRIOS SUSTENTÁVEIS PARA A AVALIAÇÃO DAS PROPOSTAS

A seleção da proposta mais vantajosa para o interesse público deve eleger os bens/prestações de serviços cujas características atendam a especificações adequadas, (tanto em termos de qualidade e funcionalidade) quanto aos princípios, direitos e obrigações, no igual tratamento de propostas em apreciação.

Concretizando o que a contratação pública e privada devem ter na sua base ao nível ambiental, laboral e da organização do território:

- a) O caderno de encargos e as especificações técnicas de um fornecimento de fardas, por exemplo, para uma força policial, devem ser elaborados visando a sua máxima durabilidade, a utilização de métodos de fabrico (nomeadamente ao nível de uso de químicos), que promovam a redução do consumo de energia e água, bem como a utilização de tecnologias e materiais que reduzam o impacto ambiental, (seja ao nível do transporte, seja ao nível do embalamento dos produtos) ou que tenham instalações fabris com níveis e processos de automação, ao nível da iluminação ou da energia solar, que tenham sistemas de reutilização de água e conseqüente tratamento dos resíduos, ou ainda aproveitem a água das chuvas, bem como da sua captação, transporte

e armazenamento, ou ainda que tenham em conta o reaproveitamento de materiais, privilegiando os que sejam reciclados, reutilizados e biodegradáveis ou que reduzam a necessidade de manutenção dos equipamentos. A obrigação de certificação da origem das matérias-primas, ou a obrigação de que os bens por exemplo sejam constituídos, no todo ou em parte, por material reciclado, atóxicos, biodegradáveis, conforme *standards* internacionais.

- b)** A promoção de produtos de máxima durabilidade natural, na sua adequação ao uso a que se destinam, bem como dando garantias disso mesmo.
- c)** A valoração de propostas que promovam e salientem os valores sociais e culturais da região e que tenham em conta valores e comportamentos da comunidade local, devendo ainda constituir fator de coesão social e dar lugar a novas formas de cidadania;
- d)** Incentivar a participação de estruturas sociais da região, onde a prestação de serviços ou o fornecimento de bens, será feito maximizando o potencial das empresas e dos prestadores de serviços da zona.
- e)** Valorar positivamente as propostas que tenham em conta as possibilidades de desenvolvimento local, como a criação de postos de trabalho;
- f)** Assegurar a possibilidade de que as propostas que promovam a utilização de terrenos e de áreas degradadas sejam valorizadas, condicionando positivamente o desenvolvimento urbano local e a instalação de futuros equipamentos e de novos prestadores de serviços;
- g)** Valorar propostas que tenham em conta a menor pegada ecológica possível, promovendo a reutilização e a reciclagem dos materiais e elementos constituintes, procurando-se angariar junto dos agentes competentes, nesse domínio, as devidas contrapartidas;
- h)** Incentivar que a conceção do produto ou a forma como a prestação de serviço será desempenhada deverá privilegiar soluções a que se associem processos simples e rápidos de instalação/entrega/montagem, com menores custos.
- i)** Deverão ser assegurados ao nível da saúde, higiene e segurança um funcionamento adequado dos equipamentos ao nível da salvaguarda da saúde, higiene e segurança na utilização dos utentes/clientes, seja no seu uso corrente, seja num regime de excecionalidade.
- j)** Escolher Bens, Prestadores de serviços, cuja atuação implique o mínimo de manutenção, a limitação e proteção de agentes agressivos,

- nomeadamente, ao nível de ruído, temperatura, radiação, humidade, agentes químicos, entre outros;
- k)** Deverão ser promovidos e valoradas as Propostas que minimizem os impactos ambientais associados à instalação/desenvolvimento da sua prestação de serviços, contemplando a incorporação de materiais de fácil reutilização ou reciclagem, e garantir a exclusão de materiais tóxicos nos elementos constitutivos do produto, assegurado o bom encaminhamento de todos os resíduos daí resultantes;
  - l)** A garantia de estar assegurada a integridade da biodiversidade e do ecossistema – a implantação de novos serviços ou a contratação para a aquisição de novos bens deverá garantir a preservação do meio natural;
  - m)** Valorizar a escolha do bem ou da prestação de serviços que tenha em conta o seu enquadramento urbanístico e, sempre que possível, proporcionar mais-valias, ao nível do bom crescimento urbano;
  - n)** Promover uma responsabilidade partilhada na exploração e utilização (deverá ser valorizada a contribuição dos utilizadores nos custos de manutenção/exploração dos equipamentos, e simultaneamente promover a não degradação dos mesmos);
  - o)** Assegurar que além dos critérios já apresentados a montante, também a jusante estejam assegurados outros valores, na fase subsequente e tão esquecida da pós-contratação, nomeadamente de obrigações contratuais pós-contratação;
  - p)** Valorizar as propostas que tenham em conta a poupança energética, *ab initio* e a implementar, em função dos avanços técnicos que se venham a relevar e que permitam a racionalização do consumo energético, designadamente ao nível da utilização da luminosidade natural, de aquecimento e a minimização de energia proveniente de fontes poluentes, bem como a integração de fontes de energia de origem renovável;
  - q)** Valorar de forma extrema as propostas que na produção industrial do bem (seja um produto têxtil ou outro), possam representar economia de água e impliquem o bom tratamento e aproveitamento de águas pluviais e residuais;
  - r)** A apresentação de vantagens ao nível da redução de custos de utilização associados à limpeza, energia e manutenção do processo de fabrico dos produtos em concurso;
  - s)** Colocar em alta o conceito de que a conceção dos métodos/processos de fabrico deverão e terão que assegurar custos baixos de manutenção

- e de consumo energético, bem como a redução da necessidade de substituição de elementos degradados e de grandes reparações (no caso de equipamentos);
- t)** Promover a minimização da produção de resíduos não recicláveis e o seu encaminhamento, para os respetivos pontos de recolha;
  - u)** Interiorizar que na escolha de um bem, de um serviço ou de um equipamento deverá ser tido em conta que a utilização corrente de um dado equipamento não deverá exceder a capacidade que os sistemas naturais que o rodeiam possuem (capacidade em absorver os impactos decorrentes dessa mesma utilização; falamos por exemplo de barulhos ou de efluentes);
  - v)** Valorizar a opção que tenha em conta o desenvolvimento urbano, ao nível da habitação, negócio, saúde, lazer, desporto e participação cívica;
  - w)** Valorizar propostas que aumentem a mobilidade urbana, em deslocações a pé, ou de bicicleta e que impliquem/congreguem outras entidades na criação de equipamentos alternativos, por exemplo: caminhos pedonais e ciclovias, de modo a promover estas formas de deslocação, reduzindo deste modo as deslocações de automóvel e com isso, gerar a “desnecessidade” de estacionamento, vias, semáforos e demais sinalética em locais que permitam o fácil acesso a transportes públicos;
  - x)** Consideração das propostas que impliquem a contratação de mais trabalhadores com vínculos mais sólidos;
  - y)** Escolha de empresas em que as políticas sociais relativas à proteção da infância e da maternidade/paternidade, sejam absolutamente efetivas;
  - z)** Valorização de propostas de empresas que estejam a implementar políticas de qualidade ambiental e de certificação de produtos e de processo produtivo (nomeadamente normas ISO);
  - aa)** Valorizar as empresas que promovam processos de embalagem e de armazenamento, que diminuam a pegada ecológica do manuseamento do produto.

Mas há um longo caminho até que haja uma plena adequação destes critérios aos processos/critérios presentes nos concursos públicos, por forma a que estes não sejam instrumentos arbitrários, visando o favorecimento ou a exclusão absoluta de uma dada proposta.

Nada impede que a administração, dependendo do objeto licitado, inclua critérios de sustentabilidade para o julgamento das propostas, caso sejam observadas as condições acima citadas e na falta ou incapacidade de poder sintetizar, num único documento, toda essa valoração, cabe-lhe criar critérios precisos que possam proporcionar uma contratação sustentável, sem restringir a participação de interessados nos concursos, bastando para isso que a pertinência lógica, com o objeto pretendido seja mantida e respeitada.

Os critérios inclusos nos cadernos e procedimentos concursais, não podem frustrar a competitividade nem discriminar os participantes e isso só não acontece se os critérios forem delimitados de forma clara e precisa, a fim de permitir que se tenha uma avaliação objetiva no julgamento das propostas.

#### IV. SUSTENTABILIDADE E PREÇO

As empresas são muitas vezes apontadas como as grandes vilãs do meio ambiente e da sustentabilidade em geral, mas não nos podemos esquecer do quanto somos responsáveis ao nível do consumo individual. E não estamos a falar do consumo consciente de redução, reutilização, muito menos de reciclagem, falamos mesmo, literalmente, do preço a pagar pela sustentabilidade.

A este respeito podemos falar (e cada vez mais) de situações ligadas ao trabalho escravo associado à indústria têxtil, ou da utilização de produtos químicos extremamente tóxicos para as pessoas e para as comunidades onde eles são produzidos.

Independente do custo de produção de um produto e do quanto o consumidor é sensível ao preço, a diminuição da margem de lucro, é um assunto sensível. Significa, pois, que para se ter preços baixos e/ou acessíveis a todos, será necessário promover redução de custos. Essa redução poderia ser conseguida, pela eficiência de processos de fabrico e não forçosamente, e só, pela redução do lucro das empresas.

Acontece que os que optam por um caminho mais fácil (mais rápido e menos trabalhoso, na senda de se manterem competitivos num mercado cada vez mais globalizado, e onde as classes com maior poder de compra aumentaram o seu consumo) criam verdadeiros problemas de sustentabilidade, com a sua voracidade comercial, obtida pelo esmagamento de margens de lucro, conseguidas à custa da poluição e da mão-de-obra escrava.

As estruturas produtivas integradas num sistema capitalista puro e duro não são recetivas à perda na margem de lucro, sendo que os cortes de custos, quando acontecem, começam na redução de benefícios, para a cadeia de fornecedores (quebrando-os muitas vezes), e passam pela troca de matérias-primas por outras de qualidade inferior e procedência duvidosa, e também pela terceirização e precarização do trabalho (quando não, a utilização de mão-de-obra, análoga à escrava), e seguem para a degradação ambiental, terminando, sem findar, nos conflitos sociais.

Assim, a maximização do lucro a qualquer preço, mostra-se inviável num cenário futuro de não muito longo prazo e nesse cenário a responsabilidade não é só das empresas, mas também dos consumidores e da nossa convivência com os preços baixos, os quais estimulam a insustentabilidade corporativa e com ela de toda a cadeia produtiva.

Atualmente, o interesse da comunidade passa por assegurar que os diferentes processos de fabrico não causem prejuízos aos recursos ambientais no futuro.

A sociedade civil na sua globalidade e o Estado – como órgão regulador – devem consensualizar práticas tendentes à proteção dos recursos ambientais, por se tratar de verdadeiro Interesse público e este dever ser assegurado de forma firme, sendo que tal só pode acontecer, se resultar do entendimento que o Interesse Público é muito mais do que uma soma dos interesses de cada um dos indivíduos e não tem que ser antagónico aos interesses privados.

Toda a sociedade, direta ou indiretamente, tem interesse na preservação do meio ambiente para assegurar manter a sua qualidade de vida, *et pour cause*, os recursos ambientais constituem e integram o interesse público, que é obrigação de todos defender.

Assim sendo, deseja-se que a proteção do meio-ambiente (sustentabilidade social, económica e ambiental) seja um objetivo do Estado, mas que seja acolhida a possibilidade dos particulares defenderem esse interesse como uma extensão dos seus interesses pessoais.

O consumidor deve selecionar os bens, serviços e obras mais vantajosos, não apenas sob a perspetiva do preço, mas também de acordo com a qualidade e a conformidade do objeto à proteção ao meio ambiente, uma vez que é interesse de todos a sua preservação. A prevenção/precaução ambiental e o desenvolvimento económico devem coexistir, de modo a que aquele não acarrete a anulação deste e vice-versa.

Logo, a sustentabilidade ambiental é, ao lado do preço, fator primordial para a escolha da melhor compra, através da melhor relação custo-benefício.

São duas grandezas que devem ser analisadas em conjunto, como duas faces da mesma moeda.

É sabido que a execução de atividades económicas sustentáveis acarreta o aumento de determinados custos de produção, por exigir uma nova formatação/formação da mão-de-obra e a implementação de tecnologias capazes de aproveitar com maior eficiência os recursos disponíveis, entre outros fatores.

Dessa forma, as escolhas da administração, segundo critérios de sustentabilidade, não podem provocar maior dispêndio financeiro, seja em relação à elaboração do planeamento industrial, seja na remuneração pela realização de um contrato de trabalho.

Contudo, isso não implica dizer, que a administração pode, a pretexto da sustentabilidade, deixar de observar a economicidade das suas contratações.

Isso porque a globalização estabelece um mercado cada vez mais competitivo, no qual a adaptação da atividade produtiva à sustentabilidade desponta como requisito essencial para a manutenção das empresas no mercado. Essa adaptação, por sua vez, proporciona o aprimoramento dos métodos de produção e dos mecanismos de controlo ambiental, sob uma perspetiva de baixo custo económico, o que possibilita encontrar produtos ou serviços sustentáveis, que sejam ao mesmo tempo vantajosos sob o ponto de vista financeiro.

Dessa maneira, não obstante a sustentabilidade ainda ser um conceito relativamente novo, o mercado já o assimilou (bem ou mal), o que vai possibilitando que a administração, vá exercitando grelhas e critérios de decisão que visem garantir uma contratação sustentável, sem diminuir a competitividade da licitação e consequentemente a sua economicidade.

Frise-se que uma contratação sustentável certamente diminui o risco futuro da ocorrência de maiores aportes financeiros por parte da administração (em virtude de alterações contratuais), ou até mesmo da realização de adendas aos contratos, por conta da necessidade de adaptação do objeto à diminuição de riscos ambientais, especialmente nas licitações de grande vulto.

Em razão disso é preciso que a administração realize um bom planeamento, para que a economicidade de uma contratação, antes revelada apenas sobre o viés financeiro represente, em boa medida, o incentivo à prática de condutas sustentáveis e garanta a preservação do meio ambiente. A adoção de critérios ambientais nas compras e contratações realizadas pela administração pública, adequando os efeitos ambientais das condutas do poder público à política de prevenção de impactos ao meio ambiente, constitui objetivo a ser atingido constantemente pelo Estado e pelo conjunto de normas infraconstitucionais.

Por isso, é interessante que a administração pública (ainda que na ausência de critérios de julgamento ambientais de propostas fixados por lei), elabore parâmetros para exigir condutas e práticas sustentáveis compatíveis com o objeto licitado e dentro (mas também para lá) das normas tradicionais de avaliação.

Esses critérios, ainda que não estejam regulados, devem ser construídos de forma objetiva, integrados e em consonância com o princípio da legalidade e da igualdade, entre outros.

Ainda que num primeiro momento a realização de escolhas com maior ou forte cariz de sustentabilidade acarrete imediatamente um dispêndio financeiro maior, para a administração pública não é menos certo que, a médio e longo prazo, a opção por estes critérios trará muito mais benefícios do que prejuízos ao interesse público.

Conforme exposto, o desenvolvimento sustentável encontra, no processo de contratação pública, um dos meios e instrumentos mais eficazes, através dos quais o Estado pode garantir a sua eficácia, buscando através do fomento, a realização do interesse público presente e futuro.

Um outro lado da sustentabilidade desenvolve-se nas relações laborais, nomeadamente no mercado de trabalho de modelos profissionais. A este nível o modelo dinamarquês, com a *Danish Ethical Fashion Charter*, dá-nos o pretexto para falarmos de como a sustentabilidade se integra nas relações laborais.

No decurso do ano de 2017 e como corolário de um conjunto de movimentos, tendências corporativas e individuais, foi plasmado em forma de *statement letter* um conjunto de princípios éticos, conexos com o universo da moda, que refletem uma tendência civilizacional de fundo, visando criar um selo de qualidade a um conjunto de prestadores de serviços na área da moda. Este movimento surgiu de forma natural na Escandinávia, onde o humanismo calvinista lavrou fundo no tecido social.

Trata-se de, reconhecendo o efeito poderoso que o mundo da moda e dos modelos têm no desenvolvimento físico e nas vivências das camadas mais jovens – e conseqüentemente, na forma como estes se alimentam, vivem e se desenvolvem –, influir positivamente nesses modelos, criando padrões elevados ao nível das condições de trabalho e de saúde dos modelos e do meio onde desenvolvem a sua atividade.

Tais propósitos implicam a promoção da melhoria substantiva e formal das condições de trabalho de centenas de modelos sem formação profissional, definindo padrões: idades mínimas, cumprimento de padrões alimentares/nutricionais e definição de uma grelha de salários e criação de mecanismos de



controle médico, tudo no sentido de que as modelos possam ter uma atividade protegida e sustentável.

Esta Carta é um documento em aberto, podendo merecer a adesão de todos os parceiros que a desejem implementar nas suas atividades económicas e incentiva a participação de entidades como: associações têxteis, institutos de moda e design, associações de agências de modelos, associações de nutricionistas, designers e revistas e editores de moda.

Este documento não deixa de ser abrangente, ainda que se centre na profissão de modelo, pois por arrastamento gera um efeito de contágio a toda a uma fileira de atividades com ela conexas, em que a sustentabilidade e o respeito pelos seus agentes é essencial.

Começar pelos modelos é começar onde muita coisa má é gerada!

O mundo da moda gira em torno das *passerelles* e dos modelos, sobre eles se criando uma pressão enorme, refletida individualmente; seja pela altura, peso, *cachet*, biótipo, cor, raça, cabelo, nacionalidade, ligações afetivas, e criando padrões físicos e comportamentais, que muitas das vezes são errados e geram no limite um conjunto de estereótipos, que escondem graves problemas de desenvolvimento físico e psíquico dentro e fora da *passerelle*.

Este movimento vai obrigar muitas das principais agências de modelos de dimensão mundial a rever um conjunto de parâmetros contratuais na contratação de modelos profissionais, que mesmo nos países em que eles já existem, não cobrem esta gama e especificidade do mercado de trabalho.

Esta *Carta Ética da Moda Dinamarquesa* tem um desejo profundo de validar três valores fundamentais: 1 – responsabilidade, 2 – respeito e 3 – cuidados de saúde, que se podem aplicar a toda a fileira da moda, seja numa indústria têxtil em São José dos Campos, seja num polo têxtil em Portugal, e aplicá-la a qualquer tipo de trabalhador dessa indústria e dessa forma gerar o ponto 4 (que está implícito) e que é a sustentabilidade (social e económica do sector).

Garantir a saúde, a segurança de todos e uma boa condição de remuneração, é estruturante para ter boas condições de trabalho, e dessa forma promover a criação de modelos que reflitam boas práticas; profissionalizando, formando, apreendendo dicas de bem-estar físico e psíquico e não seguindo somente falsos ideais de beleza e de elegância, que são formas modernas de escravatura laboral.

Esta Carta promove em pormenor a difusão e a aplicação de regras laborais que criem estilos de vida saudáveis, adequando as condições de trabalho

a esses modelos, que em certas indústrias já são padrão, mas que o mundo da moda sempre persistiu em esconder, por detrás de exercícios de linguagem, como modelos *hyppie-chic*, ou anorexias estilizadas, que mais não fazem do que esconder profundos e sérios problemas de saúde, geradas em ambiente laboral, porque é disso que se trata.

Na *Carta Ética Dinamarquesa*, as preocupações que a Lei Dinamarquesa tem para com estas questões serão objeto de controlo por parte de uma Comissão multidisciplinar, que controlará:

1. O limite de idade: a imposição de uma idade mínima de 16 anos de idade para poderem trabalhar, determinando-se que abaixo desta idade apenas é permitido o desfile (acompanhado pelos Pais), em desfiles de criança.
2. A dieta saudável: a promoção junto de todos os clientes das agências de modelos, que solicitam estes serviços da necessidade de serem disponibilizados produtos nutritivos e saudáveis.
3. Os salários: uma maior transparência para garantir os direitos do modelo individual, restringindo a dispensa do pagamento dos serviços a situações de trabalho caritativo e para publicações sem fins comerciais ou de publicidade.
4. Verificação de saúde: implementação de um projeto piloto a partir de 2017, que envolve um exame às profissionais da moda, mais novas (abaixo dos 16), focado nas questões de saúde mais recorrentes neste tipo de atividade, terminando por uma conclusão sobre a existência ou não de risco.

Esta situação pode mesmo determinar a impossibilidade de exercício da profissão em função do não preenchimento destes pressupostos, sendo a entidade patronal notificada dessa decisão. Este projeto visa estender a sua atuação até à idade dos 20 anos, de forma progressiva, até ao ano de 2019. Essa Comissão deterá um conjunto de poderes, como o referido, bem como deveres, como é o caso da confidencialidade dos processos e dos visados.

Este documento, com imensa importância, é já um marco histórico na indústria da moda, procedendo a um conjunto de recomendações às agências de modelo e às condições de trabalho dos modelos profissionais de todas as idades:

- a) Formação profissional das modelos, com palestras sobre alimentação, exercício e *wellness*, e controlo das condições de trabalho e de saúde, por entidade independente,
- b) Acordos salariais e definição de condições de trabalho sustentáveis, entre as agências de modelo, as modelos e os clientes,
- c) Maior transparência e cuidado na hora de retocar fotos nas revistas e publicações digitais.

Qualquer um se pode comprometer com a *Carta de Ética da Moda Dinamarquesa*, a ela aderindo, sendo que formalmente esta “Carta” é constituída por uma plataforma de entidades formada por modelos, agências, empresas de moda, revistas, organizações industriais, associações de produtores, fotógrafos, agências de relações públicas, enfim, toda a fileira têxtil e em troca desse esforço, poderá usar um selo de diferenciação, ou seja, o *logo* que certifica a adesão a estas boas práticas e a esta Carta Ética da Moda.

O objetivo é igual ao que norteia as normas internacionais ISO, para diferentes aspetos da produção têxtil por exemplo, só que desta feita, para certificar que os diferentes participantes na fileira da Moda têm práticas sustentáveis e as podem certificar junto dos seus clientes, fornecedores e associados, como bandeira de uma nova política sustentável.

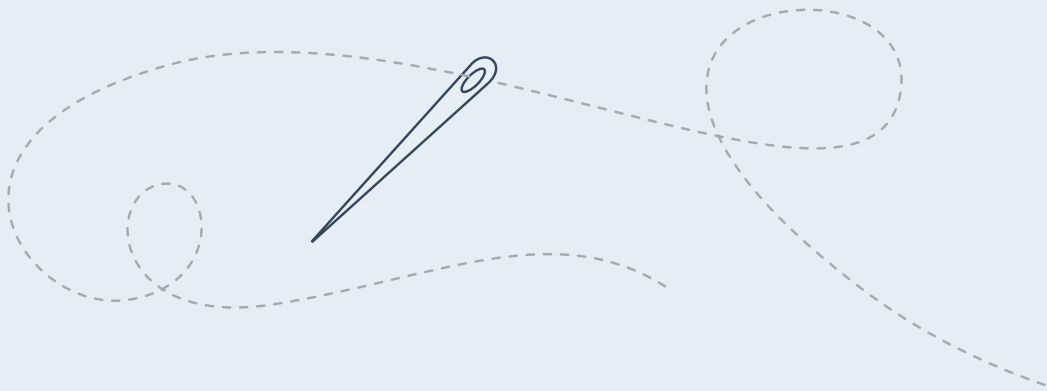
Da mesma forma como é adquirido, este selo pode ser retirado pela constatação da violação de regras e princípios dos signatários.

Esta Carta tem o manifesto desejo de se internacionalizar, não só em termos geográficos, mas também em termos das atividades envolvidas (não só modelos) e que em função das suas especificidades e das suas diferentes componentes, cada País promova a definição de “standards” mínimos para o exercício das ligadas à moda e assim contribua para a criação de um Selo Nacional, que reflita uma indústria inclusiva, sustentável e equilibrada, em que todos os seus participantes são respeitados e valorizados, e dessa forma gerando uma nova cadeia de valor, que é a humanização e sustentabilidade de uma Indústria que pela sua massificação gera enormes entropias ambientais e enormes distorções sociais e de rendimento.

## Referências bibliográficas

- DALY**, Herman e **COBB**, John (1989). *Para o Bem Comum: “O Redirecionamento da Economia para Comunidade – Meio Ambiente e Futuro Sustentável”* – Editora Green Print;
- FRIEND**, Gil (2009). *O Segredo das empresas sustentáveis, a vantagem das estratégias verdes*. Vila Nova de Famalicão: Editora Centro Atlântico;
- PEARCE**, David; **ANIL**, Markandya e **BARBIER**, Edward B. (1995). *Blueprint para uma Economia Verde*. Editora Earthscan;
- SCHMIDHEINY**, Stephan (1992). *Mudando o Rumo: uma Perspectiva Empresarial Global sobre Desenvolvimento e Meio Ambiente*. Edição da Fundação Getúlio Vargas (Brasil)
- STIGLITZ**, Joseph (2002). *A Globalização e os seus Malefícios*, pela Editora Futura (Brasil).





O direito da moda regula a produção, criação e comercialização de peças de moda. Uma vez que o seu núcleo essencial de matérias gravita à volta da propriedade intelectual, em sentido amplo, o primeiro e principal grupo de artigos incluídos nesta obra debruça-se sobre temas de propriedade industrial como a relação entre a moda e os regimes jurídicos da marca, do contrato de licença de exploração de marca, do trade dress, da proteção dos bordados de Arraiolos e das infrações a direitos de propriedade industrial. Num segundo grupo de textos abordam-se sucessivamente a relação entre a moda e a publicidade, o comércio eletrónico, o direito da concorrência, o direito fiscal, o direito internacional do trabalho e a contratação pública.