Título:
Pensar Direito 4
CRED-DM:
Centro de Reflexão, Estudo e Difusão do Direito de Macau
Fundação Rui Cunha

Conselho de Administração:
Rui Cunha (Presidente);
Rui Pedro Cunha, João Tubal Gonçalves (vice-presidentes);
Isabel Cunha, Connie Kong (vogais)
Director Executivo:
Filipa Guadalupe (filipa@fundacao-rc.org)
Colaboraram nesta Edição:
Gonçalo Cabral, Assessor do Secretário para a Economia e Finanças da RAEM;
João Gonçalves Assunção, Advogado na Abreu International Legal Solutions, Abreu Advogados – Portugal.
Tradução :
Zhen Yishu (Teresa)
Assistente de Tradução:
Cristiano Cheong (Cristiano@fundacao-rc.com)
Capa:
FRC-DESIGN.COM
Ilustração, Paginação e Tratamento de Imagem:
FRC-DESIGN.COM, Célia Brás

Telefone:
(853) 28923288
Email:
cred-dm@fundacao-rc.org
Correio:
CRED-DM – Publicações, Fundação Rui Cunha,
Avenida da Praia Grande, nº 749 – R/C, RAEM, RPC
Sede, Administração, Publicidade e Propriedade:
Avenida da Praia Grande, nº 749 – R/C, RAEM, RPC
Propriedade / Editora:
Fundação Rui Cunha
Data:
2014
Tiragem:
200
ISSN: 2307-9339

CRED DM

官樂怡基金會
FUNDAÇÃO RUI CUNHA
Por Macau, Mais e Melhor 為澳門，無私奉獻，精益求精

日落時的反思

REFLEXÕES AO CAIR DA TARDE
REFLECTIONS AT SUNSET

23.10.13

１０月２３日 星期三

TM PROPRIEDADE INDUSTRIAL CONCORRÊNCIA DESLEAL EM MACAU

CONFERÊNCIA E DEBATE
研討辯論會

澳門 知識產權 與 不正當競爭

ÍNDICE

PROPRIEDADE INDUSTRIAL E CONCORRÊNCIA DESLEAL EM MACAU

NOTA DE ABERTURA 5

FILIPA GUADALUPE 7

GONÇALO CABRAL 11

DO REGIME JURÍDICO DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL (RJPI) 12

JOÃO ASSUNÇÃO 19

CONCORRÊNCIA DESLEAL 20

NOTA DE ABERTURA

No passado dia 23 de Outubro de 2013, o CRED-DM e a Fundação Rui Cunha abriram as suas portas para mais uma sessão das, já bem conhecidas, Reflexões ao Cair da Tarde.

Desta feita, o tema escolhido foi o da Propriedade Industrial e Concorrência Desleal em Macau.

Participaram nesta Conferência o Dr. Gonçalo Cabral, Assessor do Secretário para a Economia e Finanças da RAEM, e o Dr. João Gonçalves Assunção – Advogado na Abreu International Legal Solutions, Abreu Advogados – Portugal.

Esta conferência contou, ainda, com a honrosa presença do Senhor Director dos Serviços de Economia da RAEM, Dr. Sou Tim Peng.

Na sua intervenção, o Senhor Dr. Gonçalo Cabral abordou, em concreto, a necessidade de revisão e actualização do Código da Propriedade Industrial de Macau, o qual se encontra em vigor há 13 anos, tendo sofrido tão-somente uma pequena alteração em 2001.

A elaboração de um Código sem ter em conta a jurisdição de destino, fez com que, presentemente se encontrem em vigor normas dificilmente compreensíveis e outras totalmente inaplicáveis.

Urge, pois, olhar para a realidade presente, reflectindo e discutindo de forma positiva e construtiva no sentido de uma melhor coordenação entre o normativo legal vigente e aquele que se almeja vir a alcançar.

Já o Senhor Dr. João Gonçalves Assunção, destacou a relação entre a Propriedade Industrial e a Concorrência Desleal, chamando a atenção para a necessidade de uma Lei da Concorrência em Macau, autonoma e desintegrada do normativo geral constante e vigente no actual Código Comercial de Macau.

Durante a sua intervenção, procurou, sempre que possível, fazer um estudo comparado do que actualmente existe em Portugal e no resto do mundo, e o que temos em Macau, não descurando, obviamente, a Lei da Publicidade.

A Moderação desta conferência ficou a cargo da Coordenadora do CRED-DM, Dra. Filipa Guadalupe.

A Propriedade Industrial e a Concorrência Desleal é um tema de grande relevância e actualidade um pouco por todo o mundo, assumindo uma importância, ainda, maior numa região como a da RAEM, onde se pretende diversificar os recursos económicos

e potenciar o crescimento sustentado e a internacionalização da famosa Marca Macau que todos queremos e ambicionamos.

Findas as apresentações foi, como habitualmente, alargada a discussão ao publico presente, o qual participou de forma viva e pertinente.

Em nome do CRED-DM agradeço, mais uma vez, a Toda a fantástica equipa que, sessão após sessão vai dando corpo e alma ao Projecto de todos nós, assim como aos ilustres oradores que amávelmente aceitaram o nosso convite e a Todo o publico presente.

O Vosso interesse e a Vossa participação são o móbil que nos move para caminharmos sempre em prol de um Macau Mais e Melhor!!

Para comentários, sugestões e/ou contributos editoriais, por favor não hesite em contactar-nos. O CRED-DM está em www.creddm.org e cred-dm@fundacao-rc.org.

Filipa Guadalupe
Coordenadora CRED-DM
Fundação Rui Cunha

Filipa Guadalupe

Coordenadora CRED-DM Fundação Rui Cunha

FORMAÇÃO ACADÉMICA

- Licenciada pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra;
- Pós-graduação em Direito Bancário, Bolsa e Seguros, Faculdade de Direito de Coimbra;
- Mestre em Direito pela Faculdade de Direito de Coimbra, vertente Académica Jurídico-empresariais, Tese de Mestrado subordinada ao tema: Business Judgment Rule: Uma cláusula de (i)responsabilidade dos administradores nas sociedades comerciais.
- Presentemente, Doutoranda em Direito, vertente Jurídico-empresariais, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

EXPERIÊNCIA PROFISSIONAL

- Consultora Jurídica, BBS-Instituto de Direito Bancário, Bolsa e Seguros, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (2000-2012);
- Consultora Jurídica independente (comercial, predial, laboral e direito do ambiente);
- Docente Direito Ambiental, Escola Superior de Tecnologia e Gestão, Pólo de Oliveira do Hospital, Instituto Politécnico de Coimbra.
- Presentemente, Coordenadora CRED-DM da Fundação Rui Cunha e Consultora Jurídica C&C Lawyers

日落時的反思

REFLEXÕES AO CAIR DA TARDE

REFLECTIONS AT SUNSET

23.10.13

10月23日 星期三

NA FUNDAÇÃO RUI CUNHA

6:30 PM

ENTRADA LIVRE | 免費入場

下午6：30

PROPRIEDADE INDUSTRIAL CONCORRÊNCIA DESLEAL EM MACAU

TM

CONFERÊNCIA E DEBATE

研討辯論會

澳門 知識產權 與 不正當競爭

ORADORES 演講者

GONÇALO CABRAL

ASSESSOR DO SECRETÁRIO PARA A ECONOMIA E FINANÇAS - RAEM

澳門經濟財政司司長辦公室法律顧問

JOÃO GONÇALVES ASSUNÇÃO

ADVOGADO - ABREU INTERNATIONAL LEGAL SOLUTIONS, ABREU ADVOGADOS - PORTUGAL

律師一葡萄牙Abreu International Legal Solutions, Abreu Advogados 律師事務所

ESTA CONFERÊNCIA CONTARÁ COM A HONROSA PRESENÇA DO SENHOR DIRECTOR DOS SERVIÇOS DE ECONOMIA DA RAEM

DR. SOU TIM PENG

本研討會很榮幸邀請到澳門經濟局蘇添平局長來臨出席。

TRADUÇÃO SIMULTÂNEA CANTONENSE/PORTUGUÊS 現場設葡萄牙語／粵語即時傳譯。

SEDE DA FUNDAÇÃO RUI CUNHA - AV. DA PRAIA GRANDE, N.749, MACAU. 地點: 官樂怡基金會（澳門南灣大馬路749號地下）

design.. FRC DESIGN.COM

Gonçalo Cabral

Assessor do Secretário para a Economia e Finanças

FORMAÇÃO ACADÉMICA E PROFISSIONAL

- Licenciado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra;
- Pós-graduado em Direito da Comunicação pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra;
- Pós-graduado em Copyright Law pelo King's College, Londres.

PRESENTEMENTE

- Assessor do Secretário para a Economia e Finanças da RAEM;
- Co-organizador, desde 2000, de cursos e seminários no Instituto de Estudos Europeus de Macau na área da Propriedade Intelectual;
- Lecciona esporadicamente módulos de Propriedade Intelectual na Universidade de Macau - Mestrado de International Business Law;
- Autor de vários artigos sobre a matéria.

DO REGIME JURÍDICO DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL (RJPI)

O RJPI constante do DL 97/99/M, de 13Dez, que entrou em vigor em 5 Jun 2000, como o primeiro diploma emanado dos órgãos legislativos de Macau com a ambição de regular toda a área da Propriedade Industrial.

As marcas já estavam anteriormente reguladas por um diploma local, o Decreto-Lei n.º 56/95/M, de 6 de Novembro, que vigorou entre 6 Dez 1995 e a data de entrada em vigor do RJPI (5 Jun 2000).

Anteriormente à entrada em vigor do RJPI todos os direitos de Propriedade Industrial, com excepção das marcas, eram regulados em Macau pelo Código da Propriedade Industrial da República Portuguesa – aprovado pelo DL 16/95, de 24 de Janeiro. Como este e todos os outros diplomas legais aprovados pelos órgãos de soberania de Portugal foram revogados em Macau no dia 20 Dez 1999 (pela Lei 1/1999, dita Lei da Reunificação, art. 4°, n° 4), isto significa que entre a data da transferência de soberania e data de entrada em vigor do RJPI (5 Jun 2000) não vigorou em Macau qualquer lei em matéria de Propriedade Industrial, excepto a referida Lei das Marcas.

O RJPI está pois em vigor há mais de 13 anos, com uma ligeira alteração operada pela Lei n.º 11/2001, que criou os Serviços de Alfândega e atribuiu a estes competências de fiscalização que pertenciam anteriormente à DSE. Treze anos não é certamente um período demasiado longo para a vigência de uma lei, quando ela é bem feita, pois não devemos mudar de lei em cada estação do ano. Se a lei tem de ser alterada muito frequentemente é, provavelmente, porque não ficou bem feita à partida. Tal como a boa engenharia, a boa lei serve para muitos anos.

Possivelmente devido a problemas congénitos de engenharia jurídica, em Portugal, por exemplo, o CPI aprovado pelo DL 16/95, de 24 de Janeiro, que vigorou em Macau até 1999, foi substituído em 2003 por um novo código (DL 36/2003, de 5 de Março), mas este já sofreu extensíssimas alterações pelos DL 318/2007, DL 360/2007, DL 143/2008, Lei 16/2008, Lei 52/2008 e Lei 46/2011.

Ora bem, dizia eu que 13 anos de vigência não é muito quando a lei nasce bem feita. Infelizmente não foi isso que se passou com o RJPI, que nasceu torto, e torto se mantém. As minhas críticas começaram ainda na fase do projecto e ao longo dos anos tenho vindo a descobrir mais razões para não estar satisfeito com o diploma.

Na verdade o RJPI enferma de uma generalizada falta de rigor, foi elaborado ser ter em conta as características específicas da jurisdição a que se destinava, tem normas dificilmente compreensíveis e outras aparentemente inaplicáveis, regulamenta certas questões de forma insuficiente e não consegue proteger algumas realidades que era suposto proteger – e contém mesmo algumas mentiras.

Os exemplos são mais que muitos. Darei alguns:

I

Nos números 1 e 2 do art. 62° (Excepções e limitações à patenteabilidade) temos dois catálogos de realidades que não podem ser objecto de patente. Diz o corpo do n° 1 que "Não são patenteáveis", seguindo-se depois o respectivo catálogo; e o corpo do n° 2 diz que "Não podem igualmente ser patenteados:", seguindo-se novo catálogo. Qual o sentido desta existência de dois catálogos separados, se em ambos casos se trata de realidades não patenteáveis?

A explicação está em que o legislador não percebeu que esta divisão, que tem a suas raízes na Convenção da Patente Europeia (Convenção de Munique, assinada em 1973), é uma divisão entre realidades que não são consideradas invenções e realidades que, podendo embora ser invenções, não podem ser objecto de patente. O catálogo do n° 1 deveria dizer que essas realidades não se consideram invenções.

Dir-me-ão que vai dar tudo ao mesmo. Não é verdade. Esta subtil distinção tem grande importância prática, na medida em que o conceito de invenção - sendo o conceito central do Direito das Patentes, pois só o que é invenção pode ser patenteado - não está legalmente definido, mas o catálogo das realidades que não são consideradas invenção permite-nos, por interpretação a contrario, apreender melhor o conceito de invenção subjacente ao nosso direito. Toda a jurisprudência dos painéis de recurso do Instituto Europeu de Patentes - em campos da tecnologia tão importantes actualmente como seja, por exemplo, o dos programas de computador - é baseada nessa interpretação a contrario do catálogo de realidades que não são consideradas invenções.

II

Ainda no direito das patentes, surge-nos nos arts. 125° a 128° a regulação daquilo a que a lei chama Certificado complementar de protecção, para produtos farmacêuticos e fito-farmacêuticos - e que melhor chamaria Certificado de protecção¬ complementar, ois o que é complementar é a protecção e não o certificado.

Trata-se de matéria que, no RJPI, está tratada de forma incompleta, levantando as maiores dificuldades ao intérprete. A lei não se dá ao trabalho de explicar em que consiste tal protecção, ou a que se destina, abrindo a respectiva regulação logo com normas de carácter procedimental: "O pedido de certificado complementar de protecção para medicamentos e para produtos fito-farmacêuticos, adiante designado abreviadamente por certificado complementar, é feito em requerimento redigido em língua oficial do Território que indique o nome ou firma do requerente, sua nacionalidade e domicílio ou lugar onde está estabelecido, e seja acompanhado dos seguintes elementos:...". Não há direito substantivo; não se diz qual o objecto desta protecção complementar; não se diz sequer quem tem legitimidade para a requerer.

Esta forma de legislar, de que tenho visto outros exemplos, coloca o requerimento no centro da lei, ignorando que esse requerimento não é mais do que um instrumento ao serviço de certos direitos e interesses, que estão antes do requerimento e são a sua razão de ser.

Como vamos nós então saber o que é um certificado complementar de protecção?

Teremos de adivinhar as normas substantivas a partir das normas procedimentais, e a partir do facto de sabermos que existe na UE um instituto com o mesmo nome, criado pelo Regulamento (CEE) nº 1768/92 do Conselho, de 18 de Junho de 1992, e actualmente codificado no Regulamento (EC) No 469/2009? Quem não conhecer a legislação europeia não conseguirá perceber o que é um Certificado Complementar de Protecção, porque faltam normas fundamentais.

Uma dessas normas é, por exemplo, a que diz respeito à duração da dita protecção complementar. O RJPI não diz qual é o prazo - diz apenas que o mesmo não pode exceder em mais de 7 anos o termo do prazo da patente cuja protecção se destina a estender. É muito pouco. Como determinar o prazo? Terá, pergunto, a Administração poderes discricionários para conceder protecção complementar por qualquer prazo desde que não exceda 7 anos? Fará sentido que assim seja?

Bom, o que a legislação europeia diz é que o prazo da protecção complementar é:

a) igual ao período que mediou entre o pedido de patente e a data da concessão da autorização de comercialização do produto farmacêutico, se esta autorização for dada mais de 5 anos após o pedido de patente,

b) mas nunca superior a 5 anos.

É isto que faz sentido, dado que esta forma de protecção se destina a compensar aquele que pediu uma patente caso decorram, a partir da data desse pedido, mais de 5 anos até que a autorização de comercialização seja dada pela respectiva entidade reguladora do mercado farmacêutico. O objectivo declarado é que, através da conjugação de uma patente e de um certificado de protecção complementar, seja garantido ao interessado um período de 15 anos de exclusividade no mercado a partir do momento em que a sua comercialização é autorizada.

Mas a primeira parte desse normativo não está no RJPI. Vamos então aplicar a legislação europeia em Macau? Ou fazer de contas que a norma existe?

Dir-me-ão que a norma sobre o prazo poderá ser extraída da ratio legis, mas recordo que faltam as tais normas substantivas que nos permitam perceber qual é essa ratio legis sem termos de recorrer às nossas recordações do direito comunitário.

III

A extensão a Macau de patentes e pedidos de patente do exterior (arts. 129° a 134°) é hoje matéria da maior importância, pois na prática essa extensão é a principal fonte das patentes em vigor em Macau. O RJPI regulamenta de forma insuficiente esta

matéria, dando azo a muitas questões, sobres as quais não me alargarei.

IV

Outro capítulo do RJPI que me causa certa perplexidade é o cap. VI: Das Denominações de Origem e Indicações Geográficas (art. 254° ss). Estamos a falar da protecção jurídica para coisas como vinho do Porto, queijo Fetta, porcelana de Cantão. E aqui o legislador parece ter perdido completamente o norte.

A minha primeira questão é logo a de saber por que é que Macau precisa nesta matéria de dois tipos de protecção, através de dois direitos exclusivos diferentes.

Se lermos as normas onde consta o objecto de cada um dos direitos não chegamos longe. Art. 254°:

1. Só podem ser objecto de protecção ao abrigo do presente diploma, mediante um título de denominação de origem:

   a) O nome de uma região, local determinado ou país ou território que sirva para designar ou identificar um produto originário dessa região, local determinado ou país ou território, cuja qualidade ou características se devam essencial ou exclusivamente ao meio geográfico, incluindo os factores naturais e humanos, e cuja produção, transformação e elaboração ocorram na área geográfica delimitada;

   b) Certas denominações tradicionais, geográficas ou não, que designem um produto originário de uma região ou local determinado e que satisfaçam as condições previstas na alínea anterior.

2. Só pode ser objecto de protecção ao abrigo do presente diploma, mediante um título de indicação geográfica, o nome de uma região, local determinado ou, em casos excepcionais, país ou território, que sirva para designar ou identificar um produto originário dessa região, local determinado ou país ou território, cuja reputação, determinada qualidade ou outra característica possam ser atribuídas a essa origem geográfica e cuja produção e ou transformação e ou elaboração ocorram na área geográfica delimitada.

A diferença é subtil e não se vê porque é que uma designação que cabe na definição legal de Indicação Geográfica não pode caber na definição de Denominação de Origem, e vice-versa. Além disso o regime jurídico é o mesmo para ambas: ambas estão sujeitas a registo, em ambos os casos o procedimento administrativo é o mesmo, é o mesmo o escopo de protecção, é a mesma a duração da protecção, etc.

Para que precisamos de dois direitos exclusivos? Não nos bastaria um?

A única explicação que encontro para este luxo reside no direito internacional convencional e no desconhecimento do legislador sobre os tratados aplicáveis em Macau. Efectivamente existem vários tratados multilaterais que criam obrigações nesta matéria, a saber:

a) A Convenção de Paris para a Protecção da Propriedade Industrial (1883);

b) O Acordo de Madrid relativo à Repressão das Falsas Indicações de Proveniência (1891);

c) O Acordo de Lisboa para a Protecção das Denominações de Origem e seu Registo Internacional (1958);

d) O Acordo da Organização Mundial do comércio sobre os Aspectos da Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio (1994).

Cada um destes tratados criou, em matéria de indicações geográficas, diferentes obrigações, mais ou menos extensas, para os respectivos membros – e criou também diferentes nomenclaturas. Por exemplo, determinado tratado poder obrigar os seus membros a adoptarem um sistema de protecção assente em direitos exclusivos resultantes de um registo, enquanto outro tratado pode satisfazer-se com a protecção conferida pela lei da concorrência desleal. E como há Estados que são parte em mais do que um destes tratados, é natural encontrar nos respectivos sistemas jurídicos mais do que um mecanismo de protecção.

Ora Macau está apenas vinculado pela Convenção de Paris e pelo Acordo TRIPS, e nunca se colocou a possibilidade de o Acordo de Madrid ou o Acordo de Lisboa virem a ser aplicados à RAEM – o que só se poderia fazer através da China, pois são tratados abertos exclusivamente a Estados soberanos. Por curiosidade, nesta zona do mundo o único país parte no Acordo de Lisboa é a Coreia do Norte (possivelmente para a protecção de ginseng) , e o único país parte no Acordo de Madrid é o Sri Lanka.

Por seu lado, a Convenção de Paris e o Acordo TRIPS de forma alguma impõe a Macau a existência de dois mecanismos de protecção, assim como não impõem um registo – poderíamos, por exemplo, deixar essa protecção entregue meramente às regras da concorrência desleal. E o próprio legislador parece não ter tido certezas sobre a natureza da protecção que estava a consagrar, sendo nítida ao longo do RJPI a oscilação entre a protecção concedida pela lei da concorrência desleal e a concedida através do registo.

Por exemplo, o art. 259° prescreve que os efeitos do registo são os seguintes:

1. O registo das denominações de origem ou das indicações geográficas confere o direito de impedir:

   a) A utilização, por terceiros, na designação ou na apresentação de um produto, de qualquer meio que indique ou sugira que o produto em questão é originário de uma região geográfica diferente do verdadeiro lugar de origem;

   b) Qualquer utilização que constitua um acto de concorrência desleal, no sentido do artigo 10bis da Convenção de Paris, conforme a revisão de Estocolmo, de 14 de Julho de 1967;

   c) A utilização por quem não esteja autorizado pelo titular do registo.

Repare-se que só a al. c) é verdadeira. As as als. a) e b) são menos verdade, já que o que aí se prescreve não é um efeito do registo.

A confusão surge de novo no art. 257°, onde se menciona uma nova categoria, as Indicações de Proveniência: "A denominação de origem e a indicação geográfica têm duração ilimitada e a sua propriedade é protegida pela aplicação das providências previstas no presente diploma ou em legislação especial, bem como das previstas contra as falsas indicações de proveniência, independentemente do registo e do facto de fazer ou não parte de marca registada."

Grandes dificuldades colocam também as normas que definem quem tem legitimidade para requerer o registo, de tal forma que creio que não foi até hoje possível efectuar em Macau qualquer registo de uma indicação geográfica. Isto é, na prática as indicações geográficas parecem estar, de facto, protegidas em Macau apenas pela lei da concorrência desleal, sendo a regulação que o RJPI lhes dedica inoperativa.

João Assunção

Advogado, Abreu Advogados

FORMAÇÃO ACADÉMICA

- Licenciado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa;
- Pós-graduado em Direito da Comunicação pela Faculdade de Direito de Coimbra;
- LLM em Propriedade Intelectual e Tecnologias da Informação na ESADE Business School - Barcelona.

EXPERIÊNCIA PROFISSIONAL

- Advogado desde 2000 na Abreu Advogados, Co-responsável pelo Departamento de Propriedade Intelectual e Tecnologias da Informação;
- Presentemente, Advogado na Abreu International Legal Solutions, em parceria com a C&C Lawyers, área de Propriedade Intelectual e Tecnologias da Informação.
- Autor de vários artigos editados em publicações nacionais e estrangeiras.

CONCORRÊNCIA DESLEAL

CONCORRÊNCIA DESLEAL E OUTROS RAMOS DO DIREITO

Numa economia de mercado onde os empresários têm como objectivo primordial levar os consumidores a preferir os seus produtos ou serviços em detrimento de outros, torna-se, necessário identificá-los, usando para esse efeito marcas, cujo móbil principal consiste em alcançar a liderança de mercado no seu sector, a par da satisfação das necessidades dos consumidores e da correspondente inovação e qualidade exigidas.

Por outro lado, o consumidor, selecciona o produto ou serviço que lhe traz mais vantagens, atendendo a critérios objectivos e subjectivos, independentemente das suas escolhas finais recaírem ou não sobre os "melhores".

Este ambiente de concorrência permite o aperfeiçoamento da actividade comercial, a determinação dos preços através da oferta e da procura, a melhoria contínua dos produtos, a inovação e, consequentemente, o desenvolvimento económico de um país.

Por vezes, uma marca (seja de prestígio, notória ou não), a empresa ou o próprio empresário são vítimas de Concorrência Desleal, a qual gera efeitos perversos no mercado, induzindo em erro o consumidor e prejudicando o empresário, afectando a sua quota de mercado, a sua credibilidade e a sua imagem.

Em conformidade com o disposto na Convenção da União de Paris, entende-se por concorrência desleal o "acto de concorrência contrário aos usos honestos em matéria industrial ou comercial".

Os prejuízos, tantas vezes irreparáveis, advenientes de tais actos, para além de afectarem o empresário, através dos produtos ou serviços por si comercializados, são, igualmente, passíveis de afectarem os consumidores, inquinando desta forma o bom funcionamento do mercado.

Perante o exposto, qual a melhor forma de reagir?

O recurso a mecanismos legais que regulem a concorrência, entre os quais destacamos o sistema de propriedade industrial, a par de mecanismos legais de repressão da concorrência desleal, são, sem duvida, os ingredientes indispensáveis ao correcto funcionamento do mercado.

1. Concorrência Vs Concorrência Desleal

Entende-se por concorrência desleal todos os "actos de concorrência contrários às normas e usos honestos de qualquer ramo de actividade económica" e cujo objectivo essencial consiste no desvio de clientela.
Os actos de concorrência desleal constituem, pois, comportamentos eticamente

reprováveis, na medida em que violam normas de lealdade, honestidade e bons usos comerciais, susceptíveis de prejudicarem as legítimas expectativas dos agentes económicos que actuam no mercado.

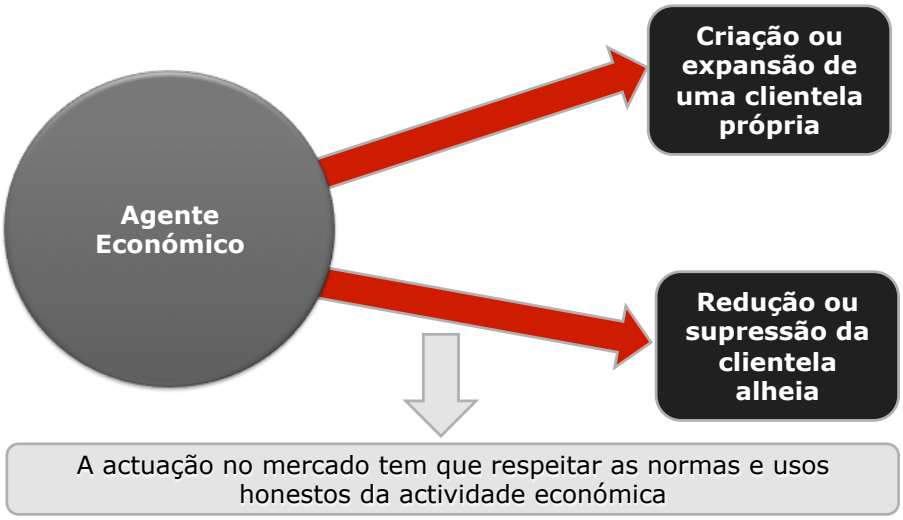
A concorrência desleal tem, pois, como objectivo primordial, eliminar os efeitos negativos da actividade dos agentes económicos, cujos actos, habitualmente, se reflectem no mercado, uma vez que podem ser praticados por qualquer agente, independentemente da sua dimensão ou relevância económica, sendo inócuas quaisquer quotas de mercado ou volume de negócios.

As práticas restritivas da concorrência têm já um escopo diferente, caracterizando-se, antes, pelos próprios comportamentos dos agentes económicos, designadamente:

- Acordos e práticas concertadas entre empresas ou decisões de Associações de Empresas que tenham por objecto ou efeito restringir, falsear ou impedir o funcionamento concorrencial do mercado;
- Situações de abuso de posição dominante;
- Situações de dependência económica;
- Situações de concentração de empresas;
- Auxílios do Estado.

Consoante o aparecimento de uma, ou mais, das práticas acima descritas, recorrer-se-á à aplicação do Direito da Concorrência, mediante denúncia ou por iniciativa própria, dirigida à respectiva Autoridade competente, por forma a iniciar-se o correspondente processo de investigação do comportamento em causa, avaliando se o mesmo viola, ou não, a protecção contemplada pelo normativo vigente, no que a esta matéria diz respeito.

Importa salientar que o bem protegido pelo Direito da Concorrência não é a lealdade com que os agentes económicos actuam, mas sim, o mercado em si mesmo, isto é, o seu eficiente funcionamento, a repartição eficaz dos seus recursos e os interesses dos consumidores.



- Limites/Protecção
- Agentes económicos

ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Historicamente, a concorrência desleal surge muito ligada à propriedade industrial uma vez que, na lógica do liberalismo originário, o Estado só deveria interferir na economia quando estivessem em causa dois valores essenciais: a liberdade ou a propriedade.

Assim sendo, a intervenção do Estado só faria sentido se estivessem em causa a propriedade sobre sinais distintivos.
Somente no dealbar do século XX, é que esta matéria começou a revestir uma maior autonomia à medida que foram sendo promulgadas leis autónomas de Propriedade Industrial e de Concorrência Desleal, começando esta a revestir um âmbito mais alargado não se confinando tão só a actos de confusão entre sinais distintivos.

A Concorrência Desleal surge a partir da jurisprudência francesa (2ª metade sec. XIX), que na falta de legislação especial suportou as suas decisões no regime geral da responsabilidade civil extra-contratual, prevista no Código Civil napoleónico de 1804, com o entendimento que a ilicitude se podia reconduzir tanto à violação directa de normas legais, como ao exercício abusivo de direitos, ou até à liberdade de concorrência.

Em 1883, surge a Convenção de Paris, a qual constitui um marco histórico, sendo o primeiro Acordo Internacional relativo à protecção da Propriedade Industrial, mantendo-se ainda em vigor, nos dias de hoje, pese embora com uma nova versão.
Já no seu texto originário se aludia para a necessidade de repressão da concorrência desleal, malgrado, a sua consagração legal apenas se ter consolidado, em 1900, com a introdução do artigo 10bis.

A adopção do modelo de cláusula geral com a enunciação de várias hipóteses, foi introduzido com a revisão de Haia em 1925, sendo esta a sua redacção actual (a revisão de Lisboa em 1958 acrescentou o artigo 10ter o qual veio consagrar a legitimidade activa das associações profissionais actuarem contra actos de concorrência desleal). De destacar, ainda, que Portugal foi um dos 11 países signatários desta Convenção. Após a transição (Dezembro de 1999), Macau iniciou, igualmente, a sua aplicação.

Artigo 10bis da Convenção de Paris

(Redacção actual)

1. Os países da União obrigam-se a assegurar aos nacionais dos países da União protecção efectiva contra a concorrência desleal.
2. Constitui acto de concorrência desleal qualquer acto de concorrência contrário aos usos honestos em matéria industrial ou comercial.
3. Deverão proibir-se especialmente:

   1º Todos os actos susceptíveis de, por qualquer meio, estabelecer confusão com o estabelecimento, os produtos ou a actividade industrial ou comercial de um concorrente;

   2º As falsas afirmações no exercício do comércio, susceptíveis de desacreditar o estabelecimento, os produtos ou a actividade industrial ou comercial de um concorrente;

   3º As indicações ou afirmações cuja utilização no exercício do comércio seja susceptível de induzir o público em erro sobre a natureza, modo de fabrico, características, possibilidades de utilização ou quantidade das mercadorias.

A CONCORRÊNCIA DESLEAL EM PORTUGAL

Atendendo a todo um percurso histórico comum, importa de forma sucinta, e a titulo de direito comparado, fazer uma breve análise ao normativo legal vigente em Portugal, destacando algumas das diferenças e semelhanças encontradas em ambas as disposições, designadamente nas possíveis formas de interpretação da norma geral plasmada no artigo 158o do Código Comercial de Macau, assim como outros actos aí incluídos, os quais consideramos, no entanto, deslocados, como adiante teremos oportunidade de explicitar.

Muito embora a Alemanha tenha sido pioneira na criação de uma lei especifica sobre concorrência desleal (corria o ano de 1896 com nova versão em 1909, apenas revogada em 2004), cuja técnica jurídica era baseada na formulação de uma previsão geral acompanhada de uma enumeração exemplificativa (com referência a diversos tipos de actos de confusão, descrédito, apropriação e desorganização), resistente até

aos nossos dias, a concorrência desleal em Portugal, encontra-se especificamente regulada desde 1894, tendo este país sido, inclusive, o primeiro a nível mundial a aprovar uma lei genérica no que a esta temática diz respeito.

A sua consagração encontrou lugar no Código de Propriedade Industrial de 1940 sob forte influência do artigo 10bis da CUP, mantendo-se estas disposições inalteradas até à entrada em vigor do Código de 1995.

Uma relevante e especial referência histórica é o facto da legislação Portuguesa ter sempre contemplado consequências penais para actos de concorrência desleal, distanciando-se do que foi sendo prática comum noutras jurisdições.

A repressão penal dos actos de concorrência desleal apenas foi extinta com o Código da Propriedade Industrial de 2003, tendo-se discriminalizado a conduta, passando esta a mero ilícito de ordenação social, tout court objecto de coima, sanção própria do novo regime.

No que a Macau diz respeito, a concorrência desleal encontra-se plasmada no Código Comercial, aprovado pelo Decreto-Lei 40/99/M, de 3 de Agosto, a qual vem, a nosso ver, sem fundamento relevante, romper com a longa tradição de incluir esta temática no Código da Propriedade Industrial, tal como se encontrava até 1999. Saliente-se, no entanto, o aspecto positivo de se ter deixado de considerar a concorrência desleal como ilícito penal.

Artigo 317.º CPI Português

(Redacção Actual)

1 - Constitui concorrência desleal todo o acto de concorrência contrário às normas e usos honestos de qualquer ramo de actividade económica, nomeadamente:

a) Actos susceptíveis de criar confusão com a empresa, o estabelecimento, os produtos ou os serviços dos concorrentes, qualquer que seja o meio empregue; - ACTOS DE CONFUSÃO

b) Falsas afirmações feitas no exercício de uma actividade económica, com o fim de desacreditar os concorrentes; - DESCRÉDITO

c) Invocações ou referências não autorizadas feitas com o fim de beneficiar do crédito ou da reputação de um nome, estabelecimento ou marca alheios; - APROPRIAÇÃO

d) Falsas indicações de crédito ou reputação próprios, respeitantes ao capital ou situação financeira da empresa ou estabelecimento, à natureza ou âmbito das suas actividades e negócios e à qualidade ou quantidade da clientela; - APROPRIAÇÃO

e) Falsas descrições ou indicações sobre a natureza, qualidade ou utilidade dos produtos ou serviços, bem como as falsas indicações de proveniência, de localidade, região ou território, de fábrica, oficina, propriedade ou estabelecimento, seja qual for o modo adoptado; - APROPRIAÇÃO

f) Supressão, ocultação ou alteração, por parte do vendedor ou de qualquer intermediário, da denominação de origem ou indicação geográfica dos produtos ou da marca registada do produtor ou fabricante em produtos destinados à venda e que não tenham sofrido modificação no seu acondicionamento. - APROPRIAÇÃO

2 - São aplicáveis, com as necessárias adaptações, as medidas previstas no artigo 338.º-I (relativo a procedimentos cautelares).

Artigo 318.º CPI Português

PROTEGE AS INFORMAÇÕES NÃO DIVULGADAS - DESORGANIZAÇÃO

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:

a) Sejam secretas, no sentido de não serem geralmente conhecidas ou facilmente acessíveis, na sua globalidade ou na configuração e ligação exactas dos seus elementos constitutivos, para pessoas dos círculos que lidam normalmente com o tipo de informações em questão;

b) Tenham valor comercial pelo facto de serem secretas;

c) 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.

CONCORRÊNCIA DESLEAL EM MACAU – REFERÊNCIAS E LEI APLICÁVEL

1. Lei da Publicidade

O regime legal da publicidade em Macau, regulado pela Lei 7/89/M, de 4 de Setembro, determina logo no artigo 1º, sob a epígrafe "princípios gerais" que "a mensagem publicitária deve ser lícita, identificável e verdadeira e respeitar os princípios da livre e leal concorrência e da defesa do consumidor".

Não podemos, no entanto, deixar de criticar esta referência despropositada aos "princípios da livre e leal concorrência", a qual fazia parte de anterior legislação portuguesa, entretanto revogada.

A lei da publicidade deverá ter sempre por escopo a protecção dos consumidores e não a concorrência ou a lealdade entre os diferentes concorrentes, destarte toda a publicidade ilícita, que denigra um concorrente, e/ou que seja falsa ou enganosa dever ser sempre considerada prejudicial à concorrência, sendo por isso mesmo, desleal.

No entanto, tal não releva no Direito da Publicidade nem, tão-pouco, constitui um requisito essencial para aferir a aplicabilidade das normas constantes da Lei da Publicidade.

Numa palavra, o prejuízo para os concorrentes é aqui irrelevante.

2. Código da Propriedade Industrial

O artigo 1º do Código da Propriedade Industrial, prevê, ab initio, que este Código "regula a atribuição de direitos de propriedade industrial sobre as invenções e sobre as demais criações e os sinais distintivos nele previstos, tendo em vista, designadamente, assegurar a protecção da criatividade e do desenvolvimento tecnológicos, da lealdade da concorrência e dos interesses dos consumidores."

Confere-se, assim, à própria Propriedade Industrial a função de assegurar a concorrência leal no mercado, mediante a atribuição de direitos privativos, considerando-se, igualmente, que a violação desses mesmos direitos privativos coloca em causa a concorrência (leal) que os ditos direitos de propriedade industrial visam garantir.

Para além de outras disposições advenientes da necessidade de preservar a lealdade no comércio, tais como a impossibilidade de registar ou manter a exclusividade sobre os sinais que se tornaram usuais na linguagem corrente, a concorrência desleal é considerada um obstáculo à concessão de direitos e um elemento delimitador ao exercício dos mesmos, sendo, por isso, um dos fundamentos gerais de recusa da concessão de direitos de propriedade industrial, nos termos definidos pela al. c), do n.1, do art.9º, o qual estatui que "o reconhecimento de que o requerente pretende fazer concorrência desleal, ou que esta é possível independentemente da sua intenção" constitui factor impeditivo da atribuição do direito privativo.

Ressalve-se a valoração objectiva que, aqui, se faz da concorrência desleal não sendo, tão-pouco, necessário demonstrar que o requerente da marca pretende actuar deslealmente no mercado através do uso da marca que pretende registar, bastando somente que, mediante a sua concessão, seja possivel ao requerente actuar deslealmente.

Por último e no que ao Código de Propriedade Industrial diz respeito, sublinhe-se o número 1 do artigo 259º, através do qual se confere pelo registo de denominações de origem ou de indicações geográficas o direito de impedir, salvo o previsto na alínea a) (utilização por terceiros), qualquer utilização que constitua um acto de concorrência desleal, em conformidade com o, igualmente, estatuído pelo artigo 10bis da Convenção de Paris.

3. Código Comercial

Tal como já tivemos oportunidade de explanar Macau não seguiu, à semelhança do adoptado noutros países, entre eles Portugal, a técnica legislativa tradicional que inclui a matéria da concorrência desleal no Código da Propriedade Industrial.

A incorporacão desta no Código Comercial vem, no entanto, realçar o facto de a mesma não se subsumir no âmbito da propriedade industrial, pese embora a sua função de garante dos direitos privativos e de limite à atribuição e uso desses mesmos direitos.

Na prática, o que se pretende dizer é que poderá haver concorrência desleal sem que haja violação de direitos privativos, assim como violação de direitos privativos sem que haja concorrência desleal.

3.1 Âmbito Objectivo – Artigo 156 Código Comercial

No que ao âmbito objectivo diz respeito, considera o artigo 156 n.º 1 do Código Comercial, que são desleais os actos praticados no mercado, e somente os actos praticados no mercado com fins concorrenciais, na medida em que, sem um concorrente é impossível configurar qualquer acto de concorrência desleal.

É, no entanto, suficiente para se considerar que um acto é praticado com fins concorrenciais, quando, pelas circunstâncias em que o mesmo se realize, se revele objectivamente idóneo para promover ou assegurar a distribuição no mercado dos produtos ou serviços, sejam do próprio ou de terceiro.

Há assim uma inversão do ónus da prova do elemento volitivo por parte de quem pratica o acto de concorrência desleal, cabendo-lhe a si demonstrar (e não ao autor) que, apesar do acto que praticou ser idóneo para promover ou assegurar a distribuição no mercado de produtos ou serviços este não foi praticado com um fim concorrencial.

Nesse mesmo sentido, estatui o artigo 172º que só haverá obrigação de ressarcimento de danos se os actos de concorrência desleal forem praticados dolosa ou culposamente (embora também aí se presuma a culpa no caso de ser provada a existência do acto de concorrência desleal).

Tal não significa, no entanto, que na falta deste elemento volitivo o acto de concorrência desleal possa prosseguir, uma vez que numa eventual acção de concorrência desleal, independentemente do dever de indemnizar, o Réu poderá ser condenado a suster a sua actuação, por esta ser considerada desleal.

Artigo 156.º

(Âmbito objectivo)

1. Os comportamentos previstos neste capítulo consideram-se desleais quando sejam praticados no mercado com fins concorrenciais.
2. Presume-se que o acto é praticado com fins concorrenciais quando, pelas circunstâncias em que se realize, se revele objectivamente idóneo para promover ou assegurar a distribuição no mercado dos produtos ou serviços do próprio ou de terceiro.

3.2 Âmbito Subjectivo – Artigo 157 Código Comercial

Dos artigos 157º e 158o do Código Comercial de Macau resultam quatro elementos essenciais com vista à aferição do conceito de concorrência desleal. A saber:

- Acto praticado por um empresário e todos os que participam no mercado;
- Acto praticado com fim concorrencial (não apenas no sentido de concorrência directa mas em sentido amplo, abrangendo o aproveitamento económico de prestações alheias ou denegrindo um concorrente, por exemplo) ;
- De qualquer ramo de actividade;
- Contrário às normas e usos honestos.

No que respeita ao âmbito subjectivo admite-se que o acto de concorrência desleal possa ser praticado por empresários e por todos os que participem no mercado, incluindo profissionais liberais, ou até o próprio Estado, não se exigindo que ambos os sujeitos, activo e passivo, sejam empresários apenas, exige-se apenas que, em sentido lato, participem no mercado.

Relativamente ao sujeito activo a qualificação fundamental deverá ser centrada na sua posição de concorrente ou de acto de concorrência continuado.

Já no caso do sujeito passivo, há que distinguir entre as vítimas directas do acto de concorrência desleal e as restantes.

As primeiras surgem através de um acto de concorrência desleal exercido directamente contra um concorrente; as segundas através de um acto de concorrência desleal que afecta um concorrente.

Incontornável é a obrigatoriedade de existir uma relação de concorrência, onde se dispute a mesma clientela, e onde uma empresa venha a adquirir uma posição mais favorável no mercado em detrimento de outra.

No mínimo, importa, pois, que haja uma afinidade entre as actividades económicas, ainda que os produtos sejam sucedâneos ou substitutos uns dos outros.

Esta concorrência desleal é independente do facto de os sujeitos actuarem no mesmo ramo de actividade; relevante, aqui, é que o concorrente atingido sofra um dano resultante de uma vantagem concorrencial indevida, face ao meio desleal utilizado.

De todo o modo, será sempre necessário circunscrever, o sector de actividade, comummente designado por "mercado relevante" pois de outra forma não será possível determinar em que medida o acto em causa é susceptível, ou não, de lesar os interesses do sujeito passivo da concorrência desleal.

Por último, e no que aos usos honestos diz respeito (expressão claramente influenciada pelo disposto no artigo 10bis da Convenção de Paris), dever-se-á interpretar esta referência como uma referência valorativa e não estática, susceptível a mutações temporais, dependente dos sectores de actividade e dos tipos de sujeitos a operarem no mercado.

A expressão "normas" idêntica à expressão constante no Código da Propriedade Industrial Português de 1940 (ao tempo escolhida por se encontrar em vigor um sistema corporativo formal onde cada sector do comércio se encontrava disciplinado), é hodiernamente interpretada à luz dos códigos de conduta livremente adoptados pelos diferentes sectores de actividade comercial.

Já a expressão "usos honestos" tem, essencialmente, a ver com condutas profissionais éticas, commumente adoptadas e aceites pela generalidade dos profissionais de um determinado sector, constituindo, tão só, uma prática comum, não regulada.

Artigo 157.º

(Âmbito subjectivo)

1. As normas sobre concorrência desleal aplicam-se aos empresários e a todos aqueles que participam no mercado.
2. A aplicação das regras sobre concorrência desleal é independente do facto de os sujeitos actuarem no mesmo ramo de actividade.

3.3 Cláusula Geral – Artigo 158 Código Comercial

O artigo 158º do Código Comercial sob a epígrafe "cláusula geral" estatui que "constitui concorrência desleal todo o acto de concorrência que objectivamente se revele contrário às normas e aos usos honestos da actividade económica".

À primeira vista poder-se-ia entender que o espirito do legislador foi encontrar uma definição de acto de concorrência a relevar para efeitos de concorrência desleal, através dos elementos gerais essenciais que devem constituir os diversos tipos de actos de concorrência desleal.

No entanto, tal nos parece que tenha sido esse o sentido da norma. Senão vejamos:

Desde logo pela própria epígrafe do artigo, a qual serve para coadjuvar a interpretação da norma contida no mesmo;

Em segundo lugar pelo contexto temporal em que o Código Comercial foi aprovado (data próxima à adesão à Convenção de Paris);

E, por último, a proximidade tradicional à legislação portuguesa.

Caso fosse essa a intenção do legislador então teria sido inserido, desde logo, no n.º 1 do artigo 156 CC a "condição do acto ter que ser contrário às normas e aos usos honestos da actividade económica", de forma a que este factor fosse levado em conta para fins de determinação do âmbito objectivo dos comportamentos considerados desleais, passando imediatamente a ser inserido na tipologia de actos de concorrência desleal.

Em suma, e, salvo melhor opinião, é nosso entendimento que a norma vertida no artigo 158º do Código Comercial estabelece efectivamente um princípio geral para actos passíveis de serem considerados actos de concorrência desleal, sem que, no entanto, os mesmos encontrem correspondência ou estejam especificamente elencados nos artigos 159º a 169º do respectivo Código Comercial.

Artigo 158.º

(Cláusula geral)

Constitui concorrência desleal todo o acto de concorrência que objectivamente se revele contrário às normas e aos usos honestos da actividade económica.

TIPOS DE ACTOS DE CONCORRÊNCIA DESLEAL

Por último, um breve olhar sobre os vários tipos de concorrência desleal previstos no Código Comercial de Macau, os quais se encontram agrupados em conformidade com os tipos de actos em causa.

1. Actos de Confusão

Traduzem-se, essencialmente em actos cujo fim maior é confundir os consumidores relativamente a um empresário, a um estabelecimento, a um produto ou a um serviço (artigo 159º Código Comercial), muito especialmente quando um empresário tenta incluir na sua firma uma marca de outro empresário ou, quando este assume o mesmo aspecto visual característico da apresentação de um produto ou serviço ao público. É o chamado "trade dress".

Artigo 159.º

(Actos de confusão)

1. Considera-se desleal todo o acto que seja idóneo a criar confusão com a empresa, os produtos, os serviços ou o crédito dos concorrentes.
2. O risco de associação por parte dos consumidores relativo à origem do produto ou do serviço é suficiente para fundamentar a deslealdade de uma prática.

2. Actos de Descrédito

Muito embora possamos identificar actos de descrédito em diversas situações, o exemplo mais comum é, sem duvida, o da publicidade comparativa, em que através desta se imputa aos produtos da concorrência, defeitos totalmente inexistentes, ou qualidades que não possuem, perfeitamente irrelevantes e inocuas.

O artigo 162º do Código Comercial, referencia alguns dos actos ora em apreciação, nomeadamente os relativos à difusão de afirmações sobre a empresa, produtos, serviços ou relações entre concorrentes susceptíveis de minimizar o seu crédito no mercado.

Já o artigo 163º do Código Comercial (que não se refere apenas à publicidade mas a qualquer comparação pública), inclui qualquer comparação feita com indicações incorrectas, falsas, omissas ou susceptíveis de induzir em erro os consumidores, ou quando pura e simplesmente denigra o concorrente.

Artigo 162.º

(Actos de denegrição)

1. Considera-se desleal a realização ou difusão de afirmações sobre a empresa, os produtos, os serviços ou as relações comerciais dos concorrentes que sejam aptas a diminuir o seu crédito no mercado, salvo se forem exactas, verdadeiras e pertinentes.
2. Não se consideram pertinentes as considerações que tenham por objecto a nacionalidade, as convicções religiosas ou ideológicas, a vida privada ou quaisquer outras circunstâncias exclusivamente pessoais do visado.

Artigo 163.º

(Actos de comparação)

1. Considera-se desleal a comparação pública da empresa, dos produtos ou serviços próprios ou alheios com os de um concorrente quando aquela se refira a realidades que não sejam análogas, relevantes ou comprováveis.
2. Reputar-se-á também desleal a comparação, quando seja efectuada nos termos indicados nos artigos 160.º e 162.º

3. Actos de Apropriação

Os actos de apropriação são considerados actos desleais, uma vez que o empresário almeja, sem qualquer fundamento legal, investimento ou esforço comercial, apropriar-se de elementos, qualidades ou características que, ele próprio, os seus produtos ou os seus serviços não possuem, ainda que os elementos, qualidades ou características em causa não pertençam ao concorrente em questão.

Situações como as supra referidas, podem surgir através da apropriação indevida de direitos privativos (os quais não têm, necessariamente, que pertencer ao concorrente) ou mediante o recurso à publicidade, através da qual o empresário realça qualidades ou características próprias e únicas que os seus produtos ou serviços, de todo, não possuem.

Isso mesmo nos dizem os artigos 160º e 165º do Código Comercial de Macau (exploração de reputação alheia), assim como o artigo 259º do Código da Propriedade Industrial concernente ao direito de impedir a utilização por terceiros de denominações de origem e indicações geográficas.

Artigo 160.º

(Actos enganosos)

Considera-se desleal a utilização ou difusão de indicações incorrectas ou falsas, a omissão das verdadeiras e todo e qualquer acto que, pelas circunstâncias em que tenha lugar, seja susceptível de induzir em erro as pessoas às quais se dirige ou alcança, sobre a natureza, aptidões, qualidades e quantidades dos produtos ou serviços e, em geral, sobre as vantagens realmente oferecidas.

Artigo 165.º

(Exploração da reputação alheia)

Considera-se desleal o aproveitamento indevido em benefício próprio ou alheio da reputação empresarial de outrem.

4. Actos de Desorganização

Os actos de desorganização, têm como objectivo primordial, perturbar o normal funcionamento da empresa concorrente, mormente através do incitamento à greve dos seus funcionários, desvio de trabalhadores, divulgação ou exploração de segredos industriais ou empresariais a que se tenha tido acesso ilegitimamente (artigo 166º do Código Comercial), e, até mesmo, a persuasão de trabalhadores, fornecedores ou clientes a violarem obrigações anteriormente assumidas perante os concorrentes (artigo 167º do Código Comercial).

Artigo 166.º

(Violação de segredos)

1. Considera-se desleal a divulgação ou exploração, sem autorização do titular, de segredos industriais ou quaisquer outros segredos empresariais a que se tenha tido acesso legitimamente, mas com dever de sigilo, ou ilegitimamente, nomeadamente em consequência de alguma das condutas previstas no artigo seguinte.
2. Para os efeitos deste artigo, considera-se como segredo empresarial toda e qualquer informação técnica ou comercial que tenha utilização prática e proporcione benefícios económicos ao titular, que não seja do conhecimento público, e relativamente à qual o titular tomou as medidas de segurança apropriadas a garantir a respectiva confidencialidade.

Artigo 167.º

(Promoção e aproveitamento de violações contratuais)

1. Considera-se desleal a indução de trabalhadores, fornecedores, clientes e demais obrigados à violação das obrigações contratuais que tenham assumido para com os concorrentes.
2. A promoção da cessação regular de um contrato ou o aproveitamento de uma infracção contratual alheia, desde que conhecida, em benefício próprio ou de terceiro, reputam-se desleais quando tenham por objecto a difusão ou exploração de um segredo empresarial ou sejam acompanhadas de circunstâncias tais como o engano, a intenção de eliminar um concorrente do mercado ou outras análogas.

5. Actos de Concorrência Parasitária

Pese embora a noção de concorrência parasitária não seja pacífica, a doutrina maioritária tem entendido ser a mesma um conjunto de actos através dos quais o empresário procura tirar vantagem da reputação ou esforço alheio, com vista à promoção dos seus próprios produtos ou serviços no mercado.

Destarte, tenhamos as maiores reservas relativamente ao facto de uma simples imitação ser susceptível de constituir um acto de concorrência desleal, designadamente nos casos em que não exista confusão, ou sequer violação de um direito privativo de outro empresário, parece-nos, contudo, já avalizado considerar que a imitação sistemática, por parte de um concorrente, é concerteza contrária ao interesse público, na medida em que, não só constitui uma apropriação indevida do esforço de outro empresário, como também lesa o empresário que viu o seu trabalho imitado, assim como os concorrentes que ficam penalizados por alguém que actua tirando proveitos do trabalho de terceiros.

Neste exacto sentido, estatui o artigo 164º, n.º 4 do Código Comercial considerando desleal a imitação de produtos, serviços e iniciativas empresariais de um concorrente quando essa estratégia seja directamente destinada a impedir ou obstar à sua afirmação no mercado e exceda o que, segundo as circunstâncias, possa considerar-se uma resposta natural de mercado.

Artigo 164.º

(Actos de imitação)

1. A imitação dos produtos, serviços e iniciativas empresariais alheios é livre, a não ser que os mesmos estejam protegidas por um direito exclusivo reconhecido por lei.
2. A imitação dos produtos ou serviços de um terceiro reputar-se-á desleal quando seja idónea a criar a associação por parte dos consumidores relativamente ao produto ou serviço ou possibilite um aproveitamento indevido da reputação ou esforço alheios.
3. A inevitabilidade dos riscos de associação ou de aproveitamento da reputação

alheia exclui a deslealdade da respectiva prática.

4. Não obstante o disposto no número anterior, considerar-se-á desleal a imitação sistemática dos produtos, serviços e iniciativas empresariais de um concorrente quando a dita estratégia seja destinada directamente a impedir ou obstar à sua afirmação no mercado e exceda o que, segundo as circunstâncias, possa considerar-se uma resposta natural do mercado.

6. Outro tipo de actos

Last but not the least, surgem-nos, ainda, outras três disposições legais inclusas no capítulo que o Código Comercial dedica à concorrência desleal, mas que, todavia, não se reconduzem à tipologia típica de actos de concorrência desleal. Falamos das ofertas, da exploração da dependência e das vendas com prejuízo.

6.1 Ofertas

No que às ofertas diz respeito (artigo 161º do Código Comercial), a questão prende-se com a lesão do interesse do consumidor, motivada por uma ilusão ou por uma atracção das ofertas em causa, desviando-o dessa forma do seu verdadeiro e real interesse. É, no fundo, a capacidade de conseguir fazer uma comparação objectiva entre o produto ou serviço A e o produto ou serviço B (equivalentes) oferecidos por outros empresários.

A inserção deste tipo de acto num capítulo exclusivamente dedicado à concorrência desleal é, salvo melhor opinião, uma escolha pouco feliz, sendo mais apropriada a sua incorporação numa lei especialmente dedicada à defesa dos consumidores, independentemente de considerarmos, igualmente, actos violadores da concorrência desleal, designadamente quando, tal como estatui o n.º 2 do artigo 161º, induzam em erro o consumidor, impedindo-o de fazer a escolha acertada em virtude dos dados apresentados se encontrarem falseados por um empresário que através desta conduta

ganha, efectivamente, uma vantagem concorrencial desleal face a outros empresários que vendem o mesmo bem ou prestam o mesmo serviço.

Artigo 161.º

(Ofertas)

1. A entrega de ofertas com fins publicitários e as práticas comerciais análogas consideram-se desleais quando, pelas circunstâncias em que se realizem, coloquem o consumidor em situação de ter de contratar a prestação principal.
2. A oferta de qualquer tipo de vantagem ou prémio para o caso de se adquirir a prestação principal considerar-se-á desleal quando induza ou possa induzir o consumidor em erro acerca do nível de preços de outros produtos ou serviços do mesmo empresário, ou quando dificulte sobremaneira a apreciação do valor efectivo da oferta ou a sua comparação com ofertas alternativas.

6.2 Exploração da Dependência

Em conformidade com a letra da lei do artigo 168º do Código Comercial, a exploração da dependência não assenta numa relação de concorrentes, mas, sim, numa exploração indevida de empresários que sejam clientes ou fornecedores.

A existência, tout court de uma situação de dependência dos clientes ou fornecedores e a falta de alternativa equivalente para o exercício da actividade, não são causa por si só da existência de qualquer comportamento desleal, tornando-se, portanto, necessário aferir, caso a caso, se a vantagem concorrencial no mercado é de facto uma realidade, alcançada à custa do consumidor.

Na verdade, a exploração da dependência dever-se-á considerar como um abuso de posição dominante susceptível de afectar todo o funcionamento do mercado ou a estrutura da concorrência, razão pela qual defendemos a pertinência de a encontrar prevista em sede própria, designadamente numa Lei da concorrência, todavia, ainda, inexistente em Macau.

Artigo 168.º

(Exploração da dependência)

Considera-se desleal a exploração indevida por um empresário da situação de dependência, que tenha repercussões económicas, em que se encontrem os empresários que sejam seus clientes ou fornecedores, que não disponham de alternativa equivalente para o exercício da sua actividade.

6.3 Vendas com Prejuízo

Em terceiro e último lugar, surgem-nos as vendas com prejuízo.

O artigo 169º do Código Comercial qualifica como acto desleal as vendas com prejuízo realizadas abaixo do custo de produção ou aquisição, com vista a eliminar um concorrente ou um grupo de concorrentes.

Este tipo de prática é, igualmente, considerada um dos tipos de abuso de posição dominante (preços predatórios), a qual deveria, igualmente, ser regulada em sede própria, na medida em que constitui, essencialmente, um acto restritivo da concorrência lesante do interesse colectivo no regular funcionamento do mercado.

Ressalve-se, todavia, sobre esta matéria, que, muito embora os operadores económicos devam possuir total liberdade no que à fixação de preços diz respeito, a venda com prejuízo deverá ser sempre considerada como uma prática concorrencial proibida ao nível de um Direito da Concorrência, cuja legislação própria ainda não existe em Macau, como, atrás já se referiu.

Sendo assim, e porque a venda abaixo do preço de custo com o objectivo de eliminar concorrentes é em geral contrária aos usos honestos, commumente aceites por qualquer empresário, é, de todo acertado, considerar-se tal actuação como desleal.

Saliente-se, no entanto, que o factor determinante para qualificar um acto de concorrência desleal não é que este seja restritivo da concorrência, pois se fossemos considerar todos os comportamentos restritivos da concorrência como actos de concorrência desleal teríamos, forçosamente, que concluir que todo direito da concorrência é simultaneamente concorrência desleal, o que não corresponde, de todo, à verdade.

Nesta matéria, o que releva é a protecção do regular funcionamento do mercado e não a deslealdade do comportamento dos que nele actuam, razão pela qual, e mais uma vez, a necessidade que normas como esta se encontrem reguladas em sede distinta, nomeadamente em diploma autónomo dedicado ao Direito da Concorrência.

Terminamos, dizendo que o regime jurídico ora descrito visa, de facto, a preservação de uma concorrência autêntica, num mercado onde a oferta e a procura sejam factor determinante para a aferição do preço, obstaculizando-se a sua criação artificial através da limitação da liberdade dos fornecedores ou consumidores, e privilegiando-se a lealdade como factor determinante com vista à subsistência deste modelo económico.

Artigo 169.º

(Vendas com prejuízo)

A venda realizada abaixo do preço de custo ou de aquisição considera-se desleal quando faça parte de uma estratégia dirigida à eliminação de um concorrente ou grupo de concorrentes do mercado.

ABREU ADVOGADOS

PENSAR DIREITO

REFLEXÕES AO CAIR DA TARDE
LEI
SOCIEDADE
ESTUDO
INVESTIGAÇÃO
研究
QUID IURIS
身份
PESSOAS
澳門
MACAU
PROJECTOS
討論
LEI
LIBERDADE
IDENTIDADE
規則
REGRA
SOCIEDADE
客觀性
MACAU EM REVISTA
市民
澳門
MACAU
歷史
LEI
CRIAÇÃO
學說
PESSOAS
CÓDIGO
ESTUDO
OPINIÃO
SOCIEDADE
ORDEM
自由
DIREITO
計劃
創作
ESTUDO
創作
PROJECTOS
討論
法典
DEBATE
社會
REGRA
QUID IURIS
DOUTRINA
JURISPRUDÊNCIA
OBJECTIVIDADE
HISTÓRIA
CÓDIGO
澳門
司法見解
法典
PESSOAS
ESTUDO
身份
INVESTIGAÇÃO
研究
PROJECTOS
PESSOAS
LEI
LIBERDADE
澳門
規則
討論
QUID IURIS
身份
客觀性
MACAU EM REVISTA
市民
IDENTIDADE
澳門
MACAU
歷史
LEI
創作
學說
PESSOAS
INVESTIGAÇÃO
MACAU
自由
ORDEM
計劃
HISTÓRIA
CÓDIGO
DIREITO
計劃
日落時的反思討論
QUID IURIS