

MARCAS NÃO CONVENCIONAIS

MARIA JOSÉ COSTEIRA

Resumo: neste artigo, analisa-se a evolução das marcas da União Europeia face às novas tendências do marketing comercial, nomeadamente do marketing sensorial; analisam-se os requisitos de registabilidade das marcas da União Europeia e a sua interpretação pela jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, as diferentes categorias de marcas, em especial as marcas não convencionais e os obstáculos mais frequentes ao seu registo à luz da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia; enunciam-se as alterações na legislação europeia do direito de marcas introduzidas pela 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 e pelo Regulamento (UE) 2017/1001 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de junho de 2017, sobre a marca da União Europeia.

Palavras-chave: marcas; requisitos de registabilidade das marcas da União Europeia: sinal, representação, carácter distintivo; categorias de marcas; marcas não convencionais; 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; Regulamento (UE) 2017/1001 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de junho de 2017, sobre a marca da União Europeia.

1. INTRODUÇÃO*

A Convenção da Organização Mundial da Propriedade Intelectual define Propriedade Intelectual como o conjunto dos direitos relativos às obras literárias, artísticas e científicas; às interpretações dos artistas, aos fonogramas e às emissões radiofónicas; às invenções em todos os domínios da atividade humana; às descobertas científicas; aos desenhos e modelos industriais, às marcas industriais, comerciais e de serviço, bem como às firmas e denominações; à proteção contra a concorrência desleal; a todos os outros direitos inerentes à atividade intelectual nos domínios industrial, científico, literário e artístico¹.

* A autora é Juíza no Tribunal Geral da União Europeia. As opiniões expressas neste texto são estritamente pessoais e não vinculam, de modo algum, a instituição onde a autora exerce funções.

¹ Convenção da Organização Mundial da Propriedade Intelectual, assinada em Estocolmo a 14 de julho de 1967 e alterada a 28 de setembro de 1979, ratificada por Portugal pelo Decreto n.º 9/75 de 14 de janeiro.

Propriedade intelectual é, pois, a designação dada aos direitos que incidem sobre determinados bens que estão direta e intimamente ligados ao Homem, na medida em que resultam da sua atividade criativa, seja a criação artística, cultural, científica, musical ou literária, domínio do Direito de autor, seja a criação intelectual que incide sobre as atividades comerciais e industriais, domínio do Direito de propriedade industrial.

A importância da propriedade intelectual no bom funcionamento do mercado da União Europeia (União ou UE) é indiscutível e é expressamente reconhecida na Diretiva 2004/48/CE², designada como “Diretiva Enforcement”, que realça a importância da proteção da propriedade intelectual para a realização do mercado interno dado o papel que desempenha na promoção da inovação e da criação, no desenvolvimento do emprego e no reforço da competitividade (considerando primeiro).

A importância económica da propriedade intelectual foi confirmada no estudo “Intellectual property rights intensive industries and economic performance in the European Union”, realizado em outubro de 2016 pelo Instituto da Propriedade Intelectual da União Europeia (EUIPO) conjuntamente com o Instituto da Patente Europeia (EPO) 2016. Neste estudo, conclui-se que 39% da atividade económica na União Europeia advém de empresas que usam intensamente direitos de propriedade intelectual, empresas essas responsáveis diretamente pela criação de cerca de 35% dos postos de trabalho no todo da União (26% direta e 9% indiretamente) e que contribuem em cerca de 90% para o comércio externo³.

Em particular, a propriedade industrial tem um papel relevante no “processo de desenvolvimento económico, nomeadamente quando associado ao desenvolvimento científico e tecnológico e ao crescimento sustentado e sustentável da economia, inspirando e protegendo os resultados das atividades criativas e inventivas”. “Constituindo um dos fatores competitivos mais relevantes de uma economia orientada pelo conhecimento, dirigida à inovação e

comerciantes (denominação social/firma), a sua empresa (o logótipo), o seu estabelecimento (o nome e a insígnia), os seus produtos ou serviços (a marca) e as qualidades, características e proveniência geográfica dos seus produtos (denominação origem/indicação geográfica).

Tendo todos os sinais uma função específica importante, e havendo uma forte interdependência entre os vários direitos de propriedade industrial, a marca tem, sem dúvida, um papel essencial no comércio jurídico. Com efeito, é a marca que “vende” os produtos ou serviços comercializados por um comerciante ou empresário e os distingue dos produtos e serviços comercializados pelos seus concorrentes, identificando, assim, as respetivas origens comerciais (função distintiva da marca que é a função jurídica principal, a partir da qual todo o sistema legal de proteção do direito é erigido). É a marca que assegura aos consumidores a qualidade do produto ou serviço assinalado por referência a uma origem não enganosa (função de garantia da marca). Por fim, é a marca que, através da imagem de mercado subjetivamente construída, contribui para a promoção dos produtos ou serviços que assinala, conferindo desta forma ao sinal uma especial força de venda (função publicitária). Por estas razões é este sinal distintivo do comércio o mais atrativo para as empresas e os comerciantes e, por isso mesmo, aquele a que mais recorrem na sua atividade.

O conceito de marca enquanto sinal não é estático. Fruto das necessidades e exigências do mercado, este conceito tem-se modificado ao longo dos tempos: novos produtos e serviços pedem diferentes formas de identificação, de divulgação e de comercialização, ou seja, novos tipos e formas de sinais.

O grande salto no que respeita ao conceito e à própria definição de “marca” operou-se do Código da Propriedade Industrial de 1940⁵, que permitia o registo como marca de um “sinal, ou conjunto de sinais nominativos, figurativos ou emblemáticos” (artigo 79.º), para o Código da Propriedade Industrial de 1995⁶, que passou a definir como marca o “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, que sejam adequados a distinguir os produtos ou serviços de uma empresa dos de outras empresas” e ainda as “frases publicitárias para produtos ou serviços a que respeitem, independentemente do direito de autor, desde que possuam caráter distintivo” (artigo 165.º, n.ºs 1 e 2).

Esta definição de “marca” introduzida pelo Código da Propriedade Industrial de 1995 estava em sintonia com a definição de marca constante dos sucessivos diplomas europeus vigentes até outubro de 2017⁷. À data, estava

⁵ Aprovado pelo Decreto n.º 30.679, de 24 de agosto de 1940.

⁶ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 16/95, de 24 de janeiro.

⁷ Diretiva 89/104/CEE do Conselho de 21 de dezembro de 1988, primeira diretiva que harmoniza as legislações dos Estados-Membros em matéria de marcas, JO L 40 de 11 de fevereiro de 1989, e Diretiva 2008/95/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de outubro de

em vigor o Regulamento (CE) n.º 40/94, cujo artigo 4.º prescrevia que “[p]odem constituir marcas comunitárias todos os sinais suscetíveis de representação gráfica, nomeadamente palavras, incluindo nomes de pessoas, desenhos, letras, algarismos, e a forma do produto ou do seu acondicionamento, desde que esses sinais sejam adequados para distinguir os produtos ou serviços de uma empresa dos de outras empresas”. A nova legislação da União em matéria de marcas introduziu alterações na definição e nos requisitos de registabilidade da marca, como veremos infra no ponto 6.

3. REQUISITOS DE REGISTABILIDADE DA MARCA

O Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), através da jurisprudência do Tribunal de Justiça (TJ) e do Tribunal Geral (TG), na sua tarefa de intérprete do direito da União, foi densificando, ao longo do tempo, as normas legais europeias relativas às marcas. Para que um sinal possa ser registado como marca, tem de obedecer a três condições: “Em primeiro lugar, deve constituir um sinal. Em segundo lugar, o referido sinal deve ser suscetível de representação gráfica. Em terceiro lugar, o sinal deve ser adequado a distinguir os produtos ou os serviços de uma empresa dos de outras empresas”⁸ (estes três requisitos continuam a ser exigidos, embora com o atual regulamento da marca da União Europeia tenha deixado de se exigir que o sinal seja representado graficamente como veremos infra no ponto 6).

a) Conceito de sinal

O primeiro requisito — conceito de sinal — foi evoluindo na jurisprudência da União, que de há muito considera que um sinal é registável desde que traduza uma qualquer mensagem que possa ser percecionada por um dos cinco sentidos⁹. Trata-se, pois, de um conceito amplo de “sinal”, amplitude que resulta não só da jurisprudência, mas da própria letra da lei, que usa o advérbio “nomeadamente” ao enunciar o que pode ser registado como marca (artigo 4.º do Regulamento (CE) n.º 207/2009, que corresponde ao artigo 222.º, n.º 1, do Código da Propriedade Industrial em vigor — CPI).

Contudo, nem todo o tipo de mensagem constitui um sinal registável. Tendo desde logo presente que a função essencial da marca é a distintiva,

2008, que harmoniza as legislações dos Estados-membros em matérias de marcas, JO L 299, de 8 de novembro de 2008; Regulamento (CE) n.º 40/94 do Conselho, de 20 de dezembro de 1993, sobre a marca comunitária, JO L 11, de 14 de janeiro de 1994 e Regulamento (CE) n.º 207/2009 do Conselho, de 26 de fevereiro de 2009, sobre a marca comunitária, JO L 78, de 24 de março de 2009.

⁸ C-104/01, Libertel Groep BV e Benelux-Merkenbureau, 06.05.2003, ECLI:EU:C:2003:244, p. 23.

⁹ C-321/03, Dyson Ltd v Registrar of Trade Marks, 25.01.2007, ECLI:EU:C:2007:51, p. 30.

a mensagem transmitida tem de permitir perceber a origem comercial/empresarial do produto ou serviço que pretende assinalar. Por outro lado, mesmo que cumpra esta função, o sinal pode, ainda assim, não ser registável. Com efeito, o registo de uma marca confere ao seu titular um direito de propriedade que inclui o direito exclusivo de exploração económica do bem imaterial objeto do direito (artigos 9.º do Regulamento (CE) n.º 207/2009 e 224.º, n.º 1, do CPI), não se limitando este *jus prohibendi* ao poder de exclusão, mas abrangendo ainda “toda e qualquer manifestação que afete o exclusivo de exploração económica que caracteriza o respetivo conteúdo”¹⁰. Há, pois, limites a este direito que visam impedir o desvirtuamento do “direito das marcas”, isto é, impedir que se confira a um concorrente uma vantagem concorrencial indevida, permitindo-lhe, por exemplo, apropriar-se e ter o exclusivo sob a forma de um produto ou o próprio produto que a marca pretende assinalar¹¹. Tais limites impedem, não raras vezes, o registo de um sinal como marca.

b) Representação gráfica

O segundo requisito — suscetibilidade de representação gráfica — foi igualmente sendo densificado ao longo dos tempos e cristalizado no acórdão Sieckman: qualquer sinal pode ser registado como marca desde que a sua representação (gráfica), nomeadamente através de figuras, de linhas ou de caracteres, seja clara, precisa, completa por si própria, facilmente acessível, inteligível, duradoura e objetiva¹².

De acordo com a jurisprudência firmada neste acórdão, o requisito da representação gráfica tem designadamente por função “definir a própria marca, a fim de determinar o objeto exato da proteção conferida pela marca registada ao seu titular”, enquanto o sistema de registo público tem por objeto tornar a marca “acessível às autoridades competentes e ao público, em particular aos operadores económicos”. Logo, a representação gráfica tem de ser apta a permitir, por um lado, às autoridades competentes “conhecer com clareza e precisão a natureza dos sinais constitutivos de uma marca, de maneira a poderem cumprir as suas obrigações relativas ao exame prévio dos pedidos de registo bem como à publicação e à manutenção de um registo adequado e preciso das marcas” e, por outro lado, aos operadores económicos “certificar-se com clareza e precisão dos registos efetuados ou dos pedidos de registo formulados pelos seus concorrentes atuais ou potenciais e beneficiar, assim, de informações pertinentes sobre os direitos de terceiros”. Para que

¹⁰ Carlos Olavo, in Propriedade Industrial, Almedina, p. 5.

¹¹ Neste sentido, ver acórdãos C-321/03, p. 33 a 39 e C-49/02 Heidelberg, 24.06.2004, ECLI:EU:C:2004:384, p. 24.

¹² C-273/00, Ralf Sieckman, 12.12.2005, ECLI:EU:C:2002:748.

tais objetivos possam ser alcançados, “a representação gráfica no registo deve ser completa por si própria, facilmente acessível e inteligível”.

A representação deve, ainda, ser duradoura, na medida em que “deve ser objeto de uma percepção constante e segura que garanta a função de origem da referida marca”, mas também inequívoca e objetiva, de modo a permitir “afastar todos os elementos de subjetividade do processo de identificação e de percepção do sinal”¹³.

Esta condição de registabilidade — representação gráfica — foi até hoje um forte entrave ao registo de algumas categorias de marcas, nomeadamente dentro das marcas não convencionais como veremos infra, no ponto 5.

c) *Caráter distintivo*

O terceiro requisito — identificar a origem comercial dos produtos ou serviços — resulta da própria função essencial da marca e traduz-se na capacidade distintiva do sinal, ou seja, é necessário que os consumidores possam reconhecer o sinal como uma marca e distingui-lo de outras marcas existentes no mercado para assinalar o mesmo tipo de produtos ou serviços.

O caráter distintivo de um sinal tem sempre de ser aferido em concreto, atendendo, por um lado, aos produtos e/ou serviços que pretende assinalar e, por outro lado, à percepção que dele terá o público relevante, que será o consumidor médio do tipo de produto/serviço em causa (que tanto poderá ser o grande público como um público especializado), normalmente informado e razoavelmente atento (grau de atenção que pode ser mais ou menos intenso). Assim, a capacidade distintiva de um sinal está diretamente ligada ao concreto setor de atividade onde se inserem os bens que se pretende assinalar, podendo um mesmo sinal ter capacidade distintiva para assinalar determinado tipo de bens, mas não a ter para assinalar outro tipo de bens.

Tal como o requisito da representação gráfica, a capacidade distintiva de um sinal constitui um grande obstáculo ao registo de um número considerável de marcas. Porém, ao contrário do primeiro, que tem particular incidência em algumas categorias de marcas, este obstáculo é transversal a todas as categorias de marcas.

4. CATEGORIAS DE SINAIS

Como decorrência da evolução dos tempos e do próprio conceito de sinal, podem definir-se dois grandes grupos de sinais registáveis: as chamadas marcas tradicionais e as chamadas marcas não tradicionais ou não convencionais. Nas primeiras, incluem-se as marcas verbais ou nominativas (representadas através de letras ou de caracteres escritos), as marcas figura-

¹³ C-273/00, p.46 a 54.

tivas (representadas através de desenhos, figuras ou imagens) e as marcas mistas (representadas simultaneamente por elementos verbais e figurativos). Nas segundas, incluem-se todos os tipos de sinais que, não sendo em exclusivo nominativos ou figurativos, podem ser visualmente perceptíveis — tridimensionais ou de forma, de cor, de posição, *design retail store*, hologramas e de movimento — ou não visualmente perceptíveis — as também apelidadas marcas sensoriais: sonoras, olfativas, de sabor e táteis.

Dentro destas marcas não convencionais há sinais relativamente usuais, como por exemplo as marcas tridimensionais ou de forma, e marcas menos usuais, tais como as marcas sensoriais. Esta diferença explica-se, desde logo, porque, sendo na generalidade dos casos a sua representação gráfica de grande dificuldade, há menos pedidos de registo e, por outro lado, no pequeno universo de pedidos de registo apresentados, poucos são concedidos (fenómeno que se verifica quer a nível do pedido e do registo das marcas nacionais quer das marcas da União Europeia).

Não obstante, face às novas formas de marketing a tendência para o aumento dos pedidos de registo de marcas não convencionais e, em particular, de marcas sensoriais é clara. “O uso da experiência sensorial no branding surge do conceito marketing sensorial, que veio opor-se ao conceito de marketing tradicional. Enquanto o marketing tradicional se foca nos atributos e na performance do produto/serviço (com base no marketing mix), considerando a decisão racional dos consumidores, o marketing sensorial baseia-se na experiência sensorial, transmitindo a mensagem do produto/serviço de várias formas, e tendo em conta a decisão emocional dos consumidores. Na medida em que o marketing sensorial permite atrair os clientes de uma forma diferente, partindo da emoção e da ativação e/ou criação de memórias (Zudhakar & Shetty, 2014), é também uma técnica de marketing que usufrui dos cinco sentidos humanos no relacionamento com o cliente. (...) Assim, o branding sensorial é a aplicação dos cinco sentidos humanos na imagem e identidade da marca, contribuindo para uma relação emocional do consumidor com a mesma, e afetando o seu comportamento na compra de um produto/serviço”¹⁴.

Assim, parece claro que estas novas categorias de marcas se apresentam hoje fortemente apelativas para os comerciantes/empresários que procuram chamar a atenção do seu público — público que é cada vez mais exigente e simultaneamente mais “difícil” — de formas diferentes, mais assertivas e eficazes.

¹⁴ Inês Marques, Perceção sensorial: A importância dos cinco sentidos na marca, Uma análise no setor vitivinícola, Dissertação apresentada no Instituto Superior de Gestão, para obtenção do Grau de Mestre em Marketing, consultada a 20 de fevereiro de 2018 em “<https://comum.rcaap.pt/bitstream/10400.26/15219/1/TESE%20FINAL.pdf>”. Sobre a mesma temática ver, entre outros Krishna, A. (2010), An Introduction to Sensory Marketing, In Krishna, A. (Ed.), Sensory; Rodrigues, C., Hultén, B. and Brito, C. (2011), Sensorial strategies for value cocreation., Innovative Marketing, Vol. 7, No. 2, 47-54; Russo, J. E. and Chaxel, A-S. (2010), How persuasive messages can influence behavior without awareness. Journal of Consumer Psychology, Vol. 20, 338-342.

5. AS MARCAS NÃO CONVENCIONAIS E A JURISPRUDÊNCIA DO TJUE

Embora, em abstrato, os sinais que compõem as marcas não convencionais sejam registáveis, a prática tem demonstrado que não é fácil obter a sua proteção pelo registo. Tal como já referido, até agora, os maiores entraves a este tipo de marcas residem na exigência de representação gráfica (clara, precisa, completa por si própria, facilmente acessível, inteligível, duradoura e objetiva) e na falta de capacidade distintiva.

Analisemos, então, cada uma das categorias de marcas não convencionais e a jurisprudência europeia proferida até à data (com base na legislação europeia vigente até ao Regulamento (CE) n.º 209/2007, inclusive) para perceber quais os problemas concretos suscitados e qual a resposta dada pelo TJUE.

a) Marcas tridimensionais ou de forma

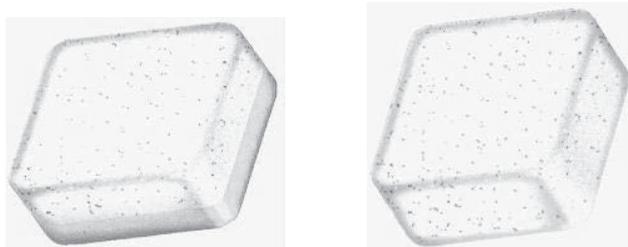
As marcas tridimensionais são essencialmente as marcas que consistem na forma do produto ou na sua embalagem e que podem incluir igualmente elementos verbais. A ausência de capacidade distintiva de sinais que consistem na própria forma do produto, aliada à impossibilidade de atribuir a um só concorrente no mercado o monopólio sobre a forma de um produto são os grandes obstáculos ao registo desta categoria de marcas. Aliás, a própria legislação, quer da UE, quer nacional, estabelece que “os sinais constituídos, exclusivamente, pela forma imposta pela própria natureza do produto, pela forma do produto necessária à obtenção de um resultado técnico ou pela forma que confira um valor substancial ao produto” não são registáveis (artigo 7.º, n.º 1, alínea e), do Regulamento (CE) n.º 207/2009, correspondente ao artigo 223.º, n.º 1, alínea b), do CPI).

De acordo com a jurisprudência do TJUE, os critérios de apreciação do carácter distintivo das marcas tridimensionais constituídas pela forma do próprio produto não são diferentes dos critérios aplicáveis às outras categorias de marcas. No entanto, importa ter em consideração “o facto de a perceção do público visado não ser necessariamente a mesma no caso de uma marca tridimensional constituída pela forma e pelas cores do próprio produto e no caso de uma marca verbal, figurativa ou tridimensional, que não seja constituída pela forma do produto. Com efeito, se é certo que o público está habituado a apreender imediatamente estas últimas marcas como sinais identificadores do produto, já o mesmo não acontece necessariamente quando o sinal se confunde com o aspeto do próprio produto”¹⁵.

¹⁵ T-118/00, Procter & Gamble/EUIPO, 19.09.2001, ECLI:EU:T:2001:226, p. 56, confirmado pelo acórdão C-468/01 P, 29.04.2004, ECLI:EU:C:2004:259.

Entende, pois, a jurisprudência, que uma marca tridimensional só é dotada de caráter distintivo quando, de uma forma significativa, divergir das normas ou dos usos do setor em causa, já que só então cumpre a sua função essencial de identificação da origem do produto¹⁶.

Esta jurisprudência assente do TJUE foi afirmada, designadamente, nos processos Procter & Gamble, em que era pedido o registo, para assinalar pastilhas para máquinas de lavar roupa ou louça, de várias marcas descritas como “pastilhas quadradas com bordos e cantos ligeiramente arredondados, duas camadas”, com diferentes cores, assim representadas:



O Tribunal conclui que, “atendendo à impressão de conjunto que sobressai da forma e da combinação das cores da pastilha em causa, a marca pedida não permitiria ao público visado distinguir esses produtos dos que têm outra origem comercial, quando efetua a sua escolha no ato da compra”¹⁷, ou seja, a marca não tinha caráter distintivo.

Com a mesma argumentação foram recusados vários registos de marcas tridimensionais, destinadas a assinar bebidas¹⁸:



¹⁶ Neste sentido, ver acórdãos C-24/05 P, Storck/EUIPO, 22.06.2006, ECLI:EU:C:2006:421, p. 24 e 25; T-241/05, Procter & Gamble / EUIPO, 23.05.2007, ECLI:EU:T:2007:151, p. 44.

¹⁷ T-118/00, Procter & Gamble/EUIPO, p. 67.

¹⁸ C-344/10 & C-345/10, Freixenet/EUIPO, 20.10.2011 ECLI:EU:C:2011:680; C-455/13, Voss/EUIPO, 07.05.2015, ECLI:EU:C:2015:303; T-411/14, Coca-Cola/EUIPO, 18.03.2016, ECLI:EU:T:2016:94.

Dentro das marcas tridimensionais, há ainda os sinais que incluem em si mesmos uma solução técnica, sendo nestes casos as marcas dificilmente registáveis se o sinal for “composto por uma forma que é solução tecnicamente preferível para a categoria de produtos em causa que foi registada como marca” na medida em que “seria difícil para os concorrentes do titular desta marca comercializar formas de produto que constituam verdadeiras alternativas, ou seja, formas que não sejam semelhantes e que, apesar disso, sejam interessantes para o consumidor, do ponto de vista funcional”¹⁹. Com esta argumentação, foi recusado o registo, para assinalar “jogos de construção”, da marca:



b) Marcas de cor

Podendo as cores (uma ou várias²⁰) em si mesmas ser objeto de registo como marca, conseguir, através de uma cor, identificar a origem comercial de um produto ou serviço não é evidente. Essa razão justifica a dificuldade em obter o registo destas marcas, excecionando-se os casos em que o sinal “cor” adquiriu já, pelo seu uso, essa capacidade distintiva.

Também nestas marcas, à semelhança do que sucede com as marcas de forma, se impõe acautelar que o respetivo titular não obtenha com o registo uma vantagem competitiva indevida resultante do monopólio sobre uma cor quando esta é, de algum modo, identificativa em abstrato dos produtos ou serviços que se pretende assinalar (exemplo típico é a cor verde para assinalar produtos ou serviços relacionados com a natureza ou com o ambiente).

Uma das questões relacionadas com o registo de uma cor como marca prende-se com a forma de identificação da cor, já que esta tem de permitir que o objeto de proteção seja claro e unívoco. Para além da descrição da cor em si mesma, uma referência ao código internacional de cores poderá ser de grande utilidade para que uma tal descrição seja clara e objetiva.

Já se a marca reivindicar mais do que uma cor, será necessário que a descrição esclareça a proporção de cada uma de modo a que apenas uma

¹⁹ C-48/09, Lego Juris, 12.11.2008, ECLI:EU:C:2010:516, p. 60. Sobre este tipo de marcas, ver C-205/13, Hauk GmbH, 18.09.2014, ECLI:EU:C:2014:2233.

²⁰ A legislação nacional não está harmonizada com a legislação europeia neste ponto já que o artigo 223.º, n.º 1, alínea e), do CPI, não permite o registo como marca de uma única cor, limitação que não existe no regulamento da marca europeia. Este ponto deverá ser objeto de harmonização no processo em curso de alteração do CPI.

concreta combinação fique protegida. Com efeito, a não ser assim, uma multiplicidade de combinações seria possível, o que colocaria em causa não só a função de origem do produto ou serviço — o consumidor não conseguiria memorizar o concreto sinal protegido a que associa um determinado comerciante/empresário — como a necessária garantia de que as autoridades competentes e os operadores económicos saberiam qual o objeto da proteção concedido ao titular da marca.

Sobre a capacidade distintiva das marcas de cor, o TJ, em resposta a um pedido de reenvio prejudicial formulado pelo Supremo Tribunal dos Países Baixos relativo a uma marca de cor única (marca descrita simplesmente como “cor laranja” para assinalar produtos e serviços das classes 9.^a, 35.^a a 38.^a) afirmou a seguinte jurisprudência:

“1. Uma cor por si só, sem delimitação no espaço, é suscetível de apresentar, para determinados produtos e serviços, caráter distintivo... na condição, designadamente, de poder ser objeto de uma representação gráfica que seja clara, precisa, completa em si mesma, facilmente acessível, inteligível, duradoura e objetiva. Esta condição não pode ser preenchida pela mera reprodução no papel da cor em questão, mas pode sê-lo pela designação da referida cor através de um código de identificação internacionalmente reconhecido.

2. Para apreciar o caráter distintivo que uma determinada cor pode apresentar como marca, é necessário ter em conta o interesse geral em não restringir indevidamente a disponibilidade das cores para os restantes operadores.

3. Uma cor por si só pode ser reconhecida como tendo caráter distintivo... na condição de que, em relação à perceção do público relevante, a marca seja apta a identificar o produto ou o serviço como proveniente de uma empresa determinada e a distinguir esse produto ou esse serviço dos das outras empresas.

4. O número de produtos/serviços é relevante, juntamente com as restantes circunstâncias do caso concreto, para apreciar: o caráter distintivo da cor, e se o respetivo registo é contrário ao interesse geral em não restringir indevidamente a disponibilidade das cores para os restantes operadores”²¹.

Sobre uma marca composta por uma combinação de cores o TJ, também em resposta a um pedido de reenvio prejudicial desta vez formulado pelo Tribunal Federal de Patentes Alemão (marca descrita como “Cores: RAL 5015/HKS 47 — azul, RAL 1016/HKS 3 — amarelo” “utilizadas sob todas as formas imagináveis, em especial nas embalagens e etiquetas”), afirmou que:

²¹ C-104/01, Libertel, 06.05.2003, ECLI:EU:C:2003:244.

“As cores ou combinações de cores... designadas de forma abstrata e sem contornos, cujas tonalidades são enunciadas por referência a uma amostra de cor e especificadas segundo um sistema de classificação de cores internacionalmente reconhecido, 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”²².

Na sequência desta jurisprudência, o TJUE decidiu em vários casos similares que os sinais não possuíam carácter distintivo, por não serem suscetíveis de indicar a origem comercial dos produtos ou serviços em causa²³, sendo relativamente raros os casos em que as marcas foram concedidas, apontando-se como exemplo o processo T-173/00, em que a marca era descrita como “cor laranja”, tendo o TG concluído que a marca era distintiva para assinalar serviços de “consultoria técnica e em matéria de gestão empresarial no domínio do cultivo de plantas, em especial do setor das sementes” mas não para assinalar “Instalações de acondicionamento de sementes ...Produtos agrícolas, hortícolas e florestais”²⁴.

Outros casos houve em que o registo foi recusado por não cumprir com o requisito da representação gráfica tal como definido pela jurisprudência: em caso de combinação de cores, “estas últimas devem ser representadas segundo uma disposição ou um esquema específico, que associe as cores de forma predeterminada e constante, e isto a fim de impedir numerosas combinações diferentes destas que não permitem ao consumidor apreender e memorizar uma combinação particular”²⁵.

c) Marcas de posição

Uma marca de posição consiste num elemento figurativo que é colocado num ponto concreto e específico de um produto, sempre numa mesma posição e com o mesmo tamanho e forma. Esta específica posição do elemento figurativo em relação ao produto pode ser registada como marca, embora a proteção conferida pelo registo não se estenda à forma do produto onde o sinal é posicionado no seu todo²⁶. Neste tipo de marcas, o elemento figurativo

²² C-49/02, Heidelberg, 24.06.2004, ECLI:EU:C:2004:384.

²³ T-400/07, GretagMacbeth/EUIPO, 12.11.2008, ECLI:EU:T:2008:492 ; C-170/15, Enercon/EUIPO, 21.01.2016, ECLI:EU:C:2016:53.

²⁴ T-173/00, KWS Saat/EUIPO, 09.10.2002, ECLI:EU:T:2002:243, confirmado pelo acórdão C-447/02, 21.10.2004, ECLI:EU:C:2004:649.

²⁵ C-49/02, p. 35 ; T-101/15 e 102/15, RedBull/EUIPO, 30.11.2017, ECLI:EU:T:2017:852, sob recurso — processo C-124/18).

²⁶ T-68/16, Deichmann SE/EUIPO, 17.01.2018, ECLI:EU:T:2018:7, p. 43, sob recurso — processo C-223/18.

pode, em si mesmo, não ter capacidade distintiva, mas, em concreto, quando colocado no produto numa determinada posição, adquirir essa distintividade.

Os critérios de registabilidade deste tipo de marcas são, na prática, os mesmos existentes para as marcas tridimensionais que consistem na forma do produto. Por conseguinte, o registo depende essencialmente de o sinal em causa se diferenciar ou não das normas e usos do setor em causa, já que os consumidores não estão habituados a inferir a origem dos produtos de sinais que não se distinguem da própria aparência dos produtos.

No caso X Technology, foi pedido o registo de uma marca de posição para assinalar “meias”, descrita como “a marca de posição é caracterizada por uma cor laranja, ‘Pantone 16 1359 TPX’, sob a forma de capuz que cobre a extremidade do artigo de malha para calçar. Não envolve completamente as extremidades; apresenta um limite que, visto de frente e de perfil, aparece sensivelmente horizontal. A marca surge sempre com um forte contraste de cor relativamente ao resto do artigo de malha para calçar e encontra-se sempre na mesma posição”, e apresentada com o seguinte desenho:



O TG, em decisão confirmada pelo TJ, reconhecendo que “novas marcas designando produtos que estão sujeitos às tendências da moda podem sempre ser registadas, desde que sejam aptas para preencher a sua função essencial, que é a de identificar a origem comercial dos produtos”, conclui que “devido à falta de divergência significativa relativamente à norma ou aos hábitos do setor dos artigos em malha para calçar, a marca requerida seria entendida pelo público relevante como um elemento decorativo e que, por conseguinte, era desprovida de carácter distintivo”^{27,28}.

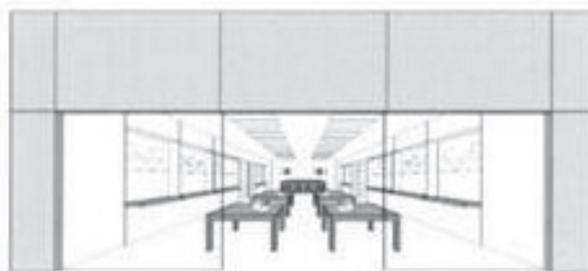
²⁷ T-547/08, X Technology/IHIM, 15.06.2010, ECLI:EU:T:2010:235, p. 49 e 59, confirmado pelo acórdão C-429/10 P, 16.05.2011, ECLI:EU:C:2011:307.

²⁸ Encontra-se pendente no TJ o processo C-163/16, Christian Louboutin, que consiste num pedido de reenvio prejudicial formulado num processo em que está em causa uma marca que consiste “na cor vermelha (Pantone 18 1663TP) aplicada na sola de um sapato (os contornos do sapato não fazem parte da marca, mas servem para evidenciar a posição da

d) Design retail store

Os espaços comerciais, em particular no caso de cadeias de lojas, são desenhados para criar o melhor ambiente possível, para que o consumidor seja tentado a entrar no estabelecimento e a adquirir produtos e ou serviços. Este desenho pode ter também como objetivo contar a história e a filosofia da marca e, nessa medida, diferenciar a origem comercial dos produtos ou serviços do seu proprietário. Por isso, o *layout* de um espaço comercial pode ser registado como marca.

O primeiro caso respeitante a esta categoria de marcas na jurisprudência do TJUE é o caso Apple, no qual o TJ, em resposta a um pedido de reenvio prejudicial formulado por um Tribunal dos Países Baixos a propósito de uma marca destinada a assinalar “serviços prestados por estabelecimentos de venda a retalho, relacionados com computadores”, assim representada:



concluiu: “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 dos mesmos no mercado, 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 diretiva se lhe oponha”²⁹.

e) Marcas de movimento

À medida que a publicidade e o marketing se tornam mais sofisticados, o uso de marcas de movimento para chamar a atenção do consumidor (mais exigente) e para distinguir um produto ou serviço dos demais existentes no mercado torna-se mais apelativo.

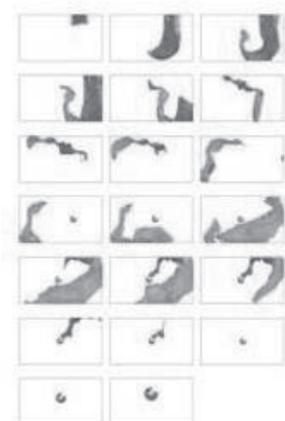
marca)”. As conclusões do advogado-geral datadas de 22.06.2017 estão disponíveis em ECLI:EU:C:2017:495.

²⁹ C-421/13, Apple, 10.07.2014, ECLI:EU:C:2014:2070.

Tal como sucede com as marcas de posição, os critérios de registabilidade deste tipo de marcas são, na prática, os mesmos existentes para as marcas tridimensionais que consistem na forma do produto. No caso, a dificuldade reside na apresentação da sequência de imagens que permita perceber a correta sequência do movimento de modo que o objeto da proteção seja claro e preciso.

Sendo ainda muito reduzido o número de marcas de movimento existentes, encontra-se registada como marca da união europeia a marca designada “fluxo de líquido vermelho em sequência de fotografias” para assinalar produtos e serviços relacionados com informática, comunicações e entretenimentos das classes 9.^a, 38.^a e 41.^a da Classificação de Nice³⁰.

A marca foi descrita como uma “sequência animada consistindo de 20 fotos que compõem a sequência que é executada dentro de um período de tempo de aproximadamente 6 segundos; a sequência começa no canto superior esquerdo e continua da esquerda para a direita em cada linha consecutiva e mostra um fluxo colorido de líquido que flui através da tela contra um fundo branco; o fluxo de líquido, finalmente, flui em torno e para o interior da esfera que permite que a cor do líquido seja vista” e representada com o desenho:



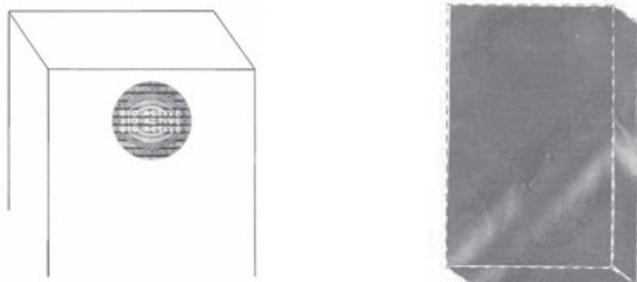
f) Hologramas

Um holograma é, por definição, uma imagem tridimensional obtida a partir da projeção da luz sobre figuras bidimensionais. Os hologramas captam e guardam uma imagem em três dimensões, imagem que varia dependendo do ângulo pela qual é vista. As marcas que consistem num holograma são marcas figurativas com um caráter tridimensional que podem incluir movimento. A dificuldade no registo de um holograma como marca reside na captura do holograma e na sua reprodução em papel.

³⁰ Decisão do EUIPO de 23.09.2010, processo R 443/2010-2.

O pedido de registo deste tipo de marcas é muito pouco frequente, não havendo ainda jurisprudência a assinalar. Mais uma vez, tal dificuldade prende-se com a sua representação gráfica, já que representar de forma clara, objetiva e unívoca as diferentes impressões visuais criadas por um holograma não é fácil.

Na página do EUIPO são dados como exemplos deste tipo de marcas³¹:



g) Marcas sonoras

Em abstrato, pode ser registado como marca todo e qualquer tipo de som, quer pré-existente quer criado especificamente para efeitos de distinguir um produto ou serviço; quer musical quer não musical: quer existente na natureza quer resultante da intervenção humana. Tendo em conta o forte poder de memória dos sons, o *sound branding* é cada vez mais apetecível enquanto instrumento apto a transmitir ao público alvo uma mensagem capaz de ser facilmente memorizada e, por conseguinte, permitir o rápido reconhecimento de uma marca. Exemplos de todos conhecidos são o som melódico do toque de telefone da Nokia e o som não melódico do rugido do Leão da MGM.

Também a representação das marcas sonoras pode suscitar algumas dificuldades, pois nem sempre é fácil representar de forma clara, objetiva e unívoca um som.

O primeiro caso apresentado ao TJ foi o caso Shield. Um Tribunal dos Países Baixos formulou um pedido de reenvio prejudicial (no caso o requerente da marca pretendia registar as nove primeiras notas da composição musical «Für Elise» de L. van Beethoven para assinalar produtos e serviços das classe 9, 16, 25, 41 e 42 da Classificação de Nice), tendo o Tribunal respondido que:

“1 — um sinal que não é, em si mesmo, suscetível de ser visualmente perceptível pode constituir uma marca, desde que possa ser objeto de representação gráfica;

³¹ Consultado em fevereiro de 2018 em: “https://euipo.europa.eu/ohimportal/pt/trade-marks-examples#Hologram_mark”.

2 — os sinais sonoros devem poder ser considerados marcas desde que sejam adequados a distinguir os produtos ou serviços de uma empresa dos de outras empresas e sejam suscetíveis de representação gráfica”³².

Seguindo esta jurisprudência, o TG veio a considerar não registável para assinalar produtos e serviços das classes 9.^a, 16.^a, 38.^a e 41.^a a marca descrita como:



O Tribunal considerou que o sinal não tinha carácter distintivo porque era excessivamente simples e se limitava a uma simples repetição de duas notas idênticas, não sendo por isso suscetível de transmitir uma mensagem de que os consumidores se pudessem recordar, ou seja, a marca seria apreendida pelo público relevante apenas como uma simples funcionalidade dos produtos e dos serviços visados e não como uma indicação da sua origem comercial³³.

h) Marcas olfativas

Em teoria, os aromas podem ser registados como marca, sendo mesmo um tipo de marca muito apetecível para alguns setores da indústria, tal como a indústria de perfumes. Na prática, porém, identificar um sinal olfativo de forma precisa e objetiva está longe de ser fácil. Uma fórmula química não permite à generalidade das pessoas reconhecer o aroma que a mesma pretende significar e uma “amostra” do aroma não se pode considerar um modo de representação do sinal estável e duradouro já que o decurso do tempo vai necessariamente alterá-lo. Finalmente, uma descrição do aroma, como por exemplo “aroma de morangos”, nuns casos não terá capacidade distintiva (por exemplo para assinalar sumo de morango) e noutros não elimina nem reduz de modo satisfatório todos os elementos de subjetividade presentes no processo de identificação e perceção do sinal.

O caso Sieckman é o caso charneira nesta categoria de marcas. Estava em causa um pedido de reenvio prejudicial apresentado pelo Tribunal Federal de Patentes Alemão no âmbito de uma marca destinada a assinalar serviços das classes 35.^a, 41.^a e 42.^a da Classificação de Nice e descrita como: “marca

³² C-283/01, Shield Mark/EUIPO, 27.11.2003, ECLI:EU:C:2003:641.

³³ T-408/15, Globo Comunicação e Participações/IHIM, 13.09.2016, ECLI:EU:T:2016:468.

olfativa com base numa substância química pura cinamato de metilo (éster metílico de ácido cinâmico) cuja fórmula química se reproduz da seguinte forma: $C_6H_5-CH = CHCOOCH_3$ ”.

Neste acórdão, o TJ respondeu à questão que lhe foi colocada afirmando que “um sinal que não é, em si mesmo, suscetível de ser visualmente perceptível pode constituir uma marca, desde que possa ser objeto de representação gráfica, nomeadamente através de figuras, de linhas ou de caracteres, que seja clara, precisa, completa por si própria, facilmente acessível, inteligível, duradoura e objetiva”³⁴.

Por sua vez, o TG confirmou a decisão do EUIPO de recusar o registo da marca descrita pelas palavras “odor de morango maduro” e pelo desenho:



Neste processo, o TG concluiu que o aroma do morango muda de uma variedade para outra. A descrição “odor de morango maduro” pode referir-se a diversas variedades e, como tal, a odores distintos, logo, não é unívoca nem precisa. Por outro lado, visto não representar mais do que o fruto que exala um odor supostamente idêntico ao sinal olfativo, a imagem de um morango não constitui uma representação gráfica do sinal olfativo³⁵.

Sendo ainda muito reduzido o número de marcas olfativas existentes, foi concedido o registo como marca da união europeia à marca designada “aroma de framboesas” para assinalar combustíveis³⁶.

i) Marcas de sabor

Tal como os odores, também os sabores podem, em abstrato, ser registados como marca. No entanto, também estes são difíceis de representar — de forma precisa e objetiva —, sendo quase impossível eliminar do processo de identificação e perceção do sinal os elementos de subjetividade. No caso dos sabores, há ainda um outro grande obstáculo ao registo: a falta de capacidade distintiva em geral. Com efeito, dificilmente o consumidor percebe um sabor como marca sendo mesmo difícil de conceber como é que

³⁴ C-273/00, Ralf Sieckman,, 12.12.2005, ECLI:EU:C:2002:748.

³⁵ T-305/04, Eden/IHIM, 27.10.2005, ECLI:EU:T:2005:380, p. 33, 39 e 46.

³⁶ Decisão do EUIPO de 05.12.2001, processo R 711/1999-3.

um sabor pode funcionar como marca quando, na verdade, os consumidores apenas provam os produtos depois de os comprarem.

Até à data, não há qualquer marca de sabor registada, nem nacional nem da UE. Uma companhia farmacêutica solicitou o registo de uma marca da UE descrita como “sabor de morangos artificiais” para assinalar produtos farmacêuticos. O EUIPO recusou o registo da referida marca invocando três razões. Desde logo, o facto de a representação gráfica da marca não ser admissível, já que o requerente se limitou a descrever a marca em palavras. De seguida, porque a concessão de tal marca iria introduzir uma distorção no mercado ao atribuir a um só comerciante o exclusivo do sabor de morangos artificiais para assinalar medicamentos. Invocando a jurisprudência do TJUE respeitante às marcas de cor, nos termos da qual o interesse público em não restringir indevidamente a disponibilidade de cores para outros comerciantes que oferecem para a venda de bens ou serviços do mesmo tipo daqueles em relação aos quais o registo é pretendido, o EUIPO considerou que todas as empresas da indústria farmacêutica têm direito a usar o sabor em causa designadamente para minorar o sabor desagradável que os medicamentos têm e, por conseguinte, o requerente da marca não poderia ficar com o exclusivo do referido sabor. Finalmente, porque a marca em causa não permitia ao consumidor distinguir os produtos do requerente dos produtos similares comercializados por outros comerciantes, ou seja, não tem capacidade distintiva³⁷.

j) Marcas táteis

Existem hoje no mercado vários produtos que são manufacturados de um modo específico que permite que o próprio produto ou a sua embalagem tenham uma sensação particular ao toque. Esta sensação pode resultar da textura do próprio material de que o produto é feito ou de uma forma especial incorporada no próprio produto. À semelhança das demais marcas sensoriais, a representação precisa deste tipo de marcas é muito difícil, não sendo evidente saber se a simples descrição da textura (por exemplo, veludo) ou o contorno particular da forma incorporada no produto (por exemplo, a sua dimensão e estrutura) é suficiente para cumprir com os requisitos da representação.

Até à data, não há qualquer marca tátil registada, nem nacional nem da UE, e não houve muitos pedidos de registo. Um dos pedidos foi apresentado por uma empresa da indústria automóvel para assinalar um puxador de um banco automóvel (*seat handle*), tendo a marca sido descrita como “puxador de banco” e com o desenho:

³⁷ Decisão do EUIPO de 04.08.2003, processo R 120/2001-2.



A marca foi recusada pelo EUIPO, que considerou não ser a descrição da mesma suficientemente precisa, não permitir a sua representação fotográfica determinar nem o material utilizado nem a maneira como o mesmo é percebido pelo consumidor e não ter capacidade distintiva³⁸.

6. A NOVA LEGISLAÇÃO DE DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA

A jurisprudência europeia referida até ao momento foi toda elaborada no âmbito de uma legislação que determinava que um sinal, para poder ser registado, tinha de ser passível de ser representado graficamente. Como vimos já, este requisito constituía por si só um entrave ao registo de uma boa parte das designadas marcas não convencionais, marcas que, pela sua própria natureza, não são representáveis graficamente ou não o são nos moldes em que este conceito veio a ser densificado pela jurisprudência.

Em dezembro de 2015, com o objetivo de “promover e criar um mercado interno que funcione de forma harmoniosa e facilitar o registo, gestão e proteção das marcas na União, em benefício do crescimento e da competitividade”, foi aprovada a diretiva Diretiva (UE) 2015/2436 que aproxima as legislações dos Estados-Membros em matéria de marcas³⁹ (considerando 8). De acordo com o artigo 3.º da diretiva, podem ser registados como marcas todos os sinais “nomeadamente palavras, incluindo nomes de pessoas, ou desenhos, letras, números, cores, a forma ou da embalagem do produto ou sons” que “sirvam para distinguir os produtos ou serviços de uma empresa dos de outras empresas; e 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”.

³⁸ Decisão do EUIPO de 30.10.2007, processo R 1174/2006-1.

³⁹ 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, JO L 336 de 23 de dezembro de 2015.

No seguimento da aprovação da Diretiva (UE) 2015/2436, foi aprovado o Regulamento (UE) 2017/1001 sobre a marca da União Europeia⁴⁰, cujo artigo 4.º, em conformidade com a referida Diretiva, prescreve que podem ser registados como marcas todos os sinais, “nomeadamente em palavras, incluindo nomes de pessoas, ou em desenhos, letras, algarismos, cores, na forma dos produtos ou da embalagem dos produtos, ou em sons”, suscetíveis de “distinguir os produtos ou serviços de uma empresa dos produtos ou serviços de outras empresas; e ser representados no Registo de Marcas da União Europeia («Registo»), de um modo que permita que as autoridades competentes e o público identifiquem de forma clara e precisa o objeto da proteção concedida ao titular da marca”.

Confrontando a redação deste artigo 4.º com a do artigo 4.º do Regulamento (CE) n.º 207/2009, constata-se que a grande alteração operada respeita à exigência de representação gráfica que cessou de existir. Presentemente, é registável como marca qualquer sinal passível de representação, desde que esta permita uma perceptível clara e precisa noção do objeto da proteção, ou seja, em abstrato, qualquer forma de representação é válida desde que permita a todos os interessados perceber, de forma clara e precisa, o concreto objeto da proteção⁴¹.

7. CONCLUSÃO

Com base na legislação da UE, tal como densificada e interpretada pela jurisprudência do TJUE, os requisitos de registabilidade das marcas não convencionais não são diferentes dos requisitos existentes para as outras categorias de marcas. Logo, têm de constituir sinais, ser passíveis de representação e ter capacidade distintiva, capacidade essa que se afere pela avaliação dos bens e serviços que pretende assinalar, pelo público pertinente a quem os produtos/serviços se destinam e pela impressão geral transmitida pelo sinal.

No entanto, sendo necessário que os consumidores possam reconhecer o sinal como uma marca e distingui-lo de outras marcas existentes no mercado para assinalar o mesmo tipo de produtos ou serviços, nalgumas categorias de marcas não convencionais tal distinção é mais difícil, na medida em que os consumidores não estão habituados a inferir a origem dos produtos de

⁴⁰ Regulamento (UE) 2017/1001 do Parlamento Europeu e do Conselho de 14 de junho de 2017 sobre a marca da União Europeia, JO L 154 de 16 de junho.

⁴¹ Encontra-se neste momento a decorrer em Portugal o processo de transposição da Diretiva (UE) 2015/2436. Pelo Despacho n.º 10126/2017, de 10 de novembro de 2017, publicado no Diário da República n.º 225/2017, Série II, de 22 de novembro de 2017, foi constituído um Grupo de Trabalho com esse propósito. A 26 de abril último foi aprovada em Conselho de Ministros uma proposta de lei que autoriza o Governo a aprovar o novo Código da Propriedade Industrial, transpondo a referida Diretiva.

sinais que não se distinguem da própria aparência dos produtos ou de sinais que consistem numa cor, num som ou num aroma. Por conseguinte, num grande número de casos, o registo depende essencialmente de o sinal em causa se diferenciar ou não das normas e usos do setor em causa ou de ter já adquirido capacidade distintiva pelo uso.

A alteração introduzida na legislação europeia no que toca ao requisito representação gráfica terá impacto na análise dos pedidos de algumas categorias de marcas e é crível que algumas passem a ser mais facilmente registáveis. Marcas de movimento ou hologramas serão agora, certamente, registáveis sem que obstáculos relacionados à sua representação se levantem. Porém, embora as marcas já não tenham de ser representadas graficamente, continuam a ter de ser representadas de forma clara e precisa de modo a permitir a todos os interessados a perceção exata do objeto da proteção. Por conseguinte, algumas categorias de marcas não convencionais, designadamente as não visualmente perceptíveis cuja representação não é, na maioria dos casos, “facilmente acessível e inteligível”, ou seja, clara e precisa, não são de esperar grandes alterações, o que significa que os sinais em causa continuarão, na sua grande maioria, a não poder ser registados como marcas.

No que toca aos obstáculos relacionados com a falta de capacidade distintiva — marcas de cor e marcas tridimensionais que consistem na forma do produto, por exemplo —, ou com a impossibilidade de conferir o exclusivo sobre um sinal a um único concorrente no mercado — marcas de cor, sons musicais pré-existentes ou marcas tridimensionais, por exemplo —, as objeções levantadas ao abrigo da anterior legislação mantêm-se inalteradas, pelo que muitas destas formas de marcas continuarão a não ser registáveis, na medida em que não cumprem a função essencial da marca: distinguir a origem comercial dos produtos ou serviços.