

Universidade Católica Portuguesa

Faculdade de Direito de Lisboa



**Os Interesses protegidos pelo instituto da Concorrência
Desleal**

Frederico Marcelo Patrício Vidigal

Mestrado em Direito Empresarial

Orientador: Professor Evaristo Mendes

Lisboa, 28 de Junho de 2015

ÍNDICE

Introdução.....	p. 3
1. Violação de direitos privativos e Concorrência Desleal.....	p.5
2. Interesses protegidos.....	p. 12
3. A Diretiva 2005/29/CE.....	p.16
4. . Decomposição do art. 317º nº1 do CPI.....	p. 18
4.1 Ato de Concorrência.....	p. 19
4.2 Normas e usos honestos.....	p. 23
4.3 Qualquer ramo de atividade económica.....	p. 27
5. Categorias de atos de concorrência desleal.....	p. 29
5.1 Atos de Confusão.....	p. 31
5.2 Acos de Descrédito.....	p. 33
5.3 Invocações ou referência não autorizadas.....	p. 35
5.4 Falsas indicações de crédito ou reputação próprios, respeitantes ao capital ou situação financeira do estabelecimento, à natureza ou âmbito das suas atividades e negócio e à qualidade ou quantidade de clientela.....	p. 36
5.5 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 adotado.....	p. 37
5.6 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 produto ou fabricante em produtos destinados à venda e que não tenham sofrido modificação no seu acondicionamento.....	p. 38

5.7	Proteção de informações não divulgadas.....	p. 39
5.8	Publicidade Comparativa.....	p. 40
5.9	Concorrência Parasitária e Imitação Servil.....	p. 43
	Conclusões.....	p. 47
	Bibliografia Consultada.....	p. 50

Introdução

Tem o presente trabalho como principal objetivo procurar identificar no instituto da concorrência desleal, que se encontra essencialmente regulado nos artigos 317º e 318º do Código da Propriedade Industrial, quais os interesses tutelados e em que medida essa proteção se manifesta.

Como tal tarefa não se afigurou fácil, tentámos também delimitar o instituto, tratando com relativa importância a questão da necessidade de existência de uma violação de um direito privativo de propriedade industrial para estarmos perante um caso de concorrência desleal, levantando-se o problema da sua autonomização do Direito da Propriedade Industrial. Iremos abordar este tema, propondo o caminho que em nosso entender deve ser dado à disciplina.

O nosso trabalho começa pela ligação que existe ou não na violação de direito privativos e concorrência desleal. De seguida tentamos encontrar quais os interesses protegidos e qual a influência que a Diretiva 2005/29/CE de 11 de Maio de 2005 tem em nossa opinião no desenvolvimento futuro da disciplina.

Por último analisamos os arts. 317º e 318º do CPI e ainda três situações que podem configurar atos de concorrência desleal, a publicidade comparativa, a concorrência parasitária e a imitação servil. O art. 317º nº1 contém a cláusula geral do instituto incluindo três pressupostos que iremos interpretar separadamente, bem como várias alíneas exemplificativas de atos, contendo o art. 318º mais um ato de concorrência desleal. Apenas as três últimas categorias de atos não se encontram no CPI. O primeiro está previsto no art. 16º Código da Publicidade, não revestindo grande importância prática, mas oferecendo-nos ajuda na procura do novo enquadramento que a disciplina deve seguir. As outras duas são construções doutrinárias que serão avaliadas em que medida podem constituir atos de concorrência desleal.

Não procuramos fazer um ensaio de direito comparado, mas ao longo da exposição fazemos referência a como certas situações têm sido tratadas por alguns ordenamentos jurídicos estrangeiros.

Tentámos sempre ao longo da dissertação mostrar as diversas opiniões doutrinárias que encontrámos sobre os variados assuntos que abordamos, não expondo de forma unânime as matérias. No entanto tivemos o cuidado de no fim apresentar sempre o nosso entendimento.

Com o trabalho realizado acalentamos o desejo de mostrar uma visão atualista do instituto e quiçá ter contribuído no futuro para o desenvolvimento e aprendizagem do mesmo.

1. Violação de Direitos Privativos e Concorrência Desleal

Os direitos privativos são direitos subjetivos relativos a realidades imateriais consistentes em exteriorizações do espírito humano, tendo a natureza de direitos de exploração económica exclusiva¹². Encontramos dois tipos de direitos privativos: i) aqueles que visam a proteção de invenções (patentes, modelos e desenhos); ii) aqueles que têm como função proteger sinais de diferenciação no mercado (marcas, nomes, insígnias de estabelecimento e logótipos)³.

A concorrência desleal tem como função promover as práticas honestas de atuação no mercado por parte dos concorrentes, reprimindo os atos de concorrência contrários às normas e usos honestos. Retiramos esta ideia do artigo 317º nº1 do CPI e do artigo 1º, nº 2. da CUP.

Questão de enorme importância é saber se a concorrência desleal constitui um delito autónomo, ou se só tem existência quando se verifica a violação de direitos privativos. São ou não realidades independentes?

Historicamente a concorrência desleal surge como uma expansão da proteção das várias modalidades de direitos privativos especialmente das marcas. A lei de 21 de Maio de 1896 estabelece no seu artigo 5.º:

“ O Estado garante a propriedade industrial e comercial pela cominação de penas aos que a ofendam e prejudiquem por meio de concorrência desleal”.

A concorrência desleal indicia-se como um instituto instrumental em relação à violação de um direito privativo e que a sua existência pressupõe ofensa ou prejuízo de direitos de propriedade industrial⁴.

No Código de 1940, o artigo 1º, nº1, dizia-nos que:

¹ Cfr. Carlos Olavo, Propriedade Industrial, p.51.

² No entanto outra doutrina reconduz os direitos privativos a direitos de personalidade, a direitos de propriedade ou a uma terceira classe de direitos patrimoniais.

³ Cfr. Carlos Olavo, Propriedade Industrial, p.50.

⁴ Cfr. Carlos Olavo, Propriedade Industrial, p.29.

“ a propriedade industrial desempenha a função social de garantir a lealdade de concorrência pela atribuição de direitos privativos sobre os diversos processos técnicos e desenvolvimento da riqueza”.

Numa leitura simples, a lealdade de concorrência e a atribuição de direitos privativos são institutos interligados e dependentes, existindo como realidade única. No entanto, esta dependência é aparente⁵.

O Código de 1995, o artigo 1º, dispunha que:

“ A propriedade industrial desempenha a função social de garantir a lealdade de concorrência pela atribuição de direitos privativos no âmbito do presente diploma, bem como pela repressão da concorrência desleal “.

Deste modo sai realçada a separação e autonomia entre a atribuição de direitos privativos e a repressão da concorrência desleal, ainda que estejam ligadas por uma função comum que é a garantia da lealdade da concorrência. A jurisprudência nacional corroborou este entendimento ao afirmar que: “ O tratamento jurídico da proteção dos direitos privativos da propriedade industrial é diferente do da proteção contra os atos de concorrência desleal, constituindo esta um instituto autónomo, se bem que ambas tenham por escopo comum garantir a lealdade da concorrência. A violação de direitos privativos constata-se objetivamente, só por si, não significando necessariamente concorrência desleal; para que exista esta é necessário que se verifiquem os pressupostos que a caracterizam⁶.

O Código atual, no art. 1º diz:

⁵ A realidade era aparente pois a concorrência desleal era punida nos art. 212º e 213º e a violação de direitos privativos da propriedade industrial era punida por outras disposições legais: a violação do exclusivo de invenção (art. 214º); de modelos e desenhos (art. 216º); marcas (art. 217º e 218º), a das recompensas (art. 220º); nome e insígnia do estabelecimento (art. 221º) e a falsa indicação ou o uso indevido de direitos de propriedade industrial (art. 223º). Ainda mais o art. 187º nº4 previa que além dos indicados nos números anteriores, eram fundamentos de recusa da patente, depósito ou registo, o reconhecimento de que o requerente pretendia fazer concorrência desleal, ou de que esta fosse possível independentemente da sua intenção. Estamos perante um fundamento autónomo de recusa, precisamente a concorrência desleal, o que implicava estar-se perante realidades distintas. Opinião esta defendida no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 21 de Novembro de 1951 (Bol. Min. Just., nº22, pág. 347) e por Patrício Paúl, Concorrência Desleal, pág.43 ss.

⁶ Ac. STJ 18 de Novembro de 1997, Proc.692/97, 1ª secção, Aragão Seia.

“ A propriedade industrial desempenha a função de garantir a lealdade de concorrência pela atribuição de direitos privativos sobre os diversos processos técnicos de produção e desenvolvimento da riqueza”.

Parece haver uma retoma da formulação do Código de 1940, mas assim como era apenas aparente a unificação de realidades distintas, também agora continua a sê-lo, pois a disciplina dos direitos privativos de propriedade industrial e a repressão da concorrência desleal são claramente tratados de forma distinta.

Vejamos. A concorrência desleal encontra-se definida nos artigos. 317.º e 318.º e é punida nos termos do artigo 331.º. Os direitos privativos de propriedade industrial estão previstos no Título II do Código e a sua violação é punida nos artigos. 321.º a 325.º, 332.º a 334.º e 336.º a 338.º. Importante na distinção é também o artigo. 24º, nº1, alínea d) que prevê como fundamento geral de recusa o reconhecimento de que o requerente pretende fazer concorrência desleal, ou de que esta é possível independentemente da sua intenção. O ordenamento jurídico também apresenta sanções distintas consoante estejamos perante a violação de um direito privativo, ou perante um ato de concorrência desleal. Mas apesar de termos sanções distintas, para o instituto da concorrência desleal funcionar teremos ou não de estar perante a violação de um direito privativo?

Há primeira vista a resposta é positiva. O artigo 317.º encontra-se recheado de referências a marcas, denominações de origem, nomes e segredos de indústria ou comércio, mas essa ligação é ilusória.

A alínea a) do artigo 317.º, nº1, relativa aos atos de confusão, contém uma redação bastante próxima do art. 10º bis, nº3, 1 da CUP, não existindo nenhuma razão para limitar a confusão a elementos da empresa que sejam tutelados por um direito privativo⁷.

Em relação às alíneas b) - atos de descrédito -, d) e e) - atos enganosos -⁸, é óbvio que não existe em nenhum deles a violação de um direito privativo⁹.

⁷ Cfr. Oliveira Ascensão, Concorrência Desleal, p.70.

⁸ As alíneas b) e e) são respetivamente a transposição dos artigos 10º bis nº2 e 3 da CUP.

⁹ Cfr. Oliveira Ascensão, Concorrência Desleal, p.70 e José Gabriel Pinto Coelho, O conceito de concorrência desleal nº 8.

O artigo 318º também se apresenta como um caso de concorrência desleal sem violação de um direito privativo, pois não existe a figura de um direito exclusivo ao segredo¹⁰.

Também os direitos privativos podem ser violados sem que isso se consubstancie um ato de concorrência desleal. Se a violação acontecer fora de uma relação de concorrência, esta é independente da concorrência desleal.

Carlos Olavo diz-nos que os direitos privativos e a repressão da concorrência desleal são institutos distintos, pois nos primeiros procura-se proteger uma utilização exclusiva de determinados bens imateriais, enquanto a repressão da concorrência desleal pretende estabelecer deveres recíprocos entre os vários agentes económicos. Estes formam dois círculos concêntricos, o círculo interior, o mais pequeno é o que protege os direitos privativos e o mais amplo representa a repressão contra a concorrência desleal¹¹.

A jurisprudência também tem entendido que não existe uma ligação obrigatória entre a violação de direitos privativos e a concorrência desleal. O Supremo Tribunal de Justiça¹² pronunciando-se sobre o problema referiu que: “ *O tratamento jurídico da proteção dos direitos privativos da propriedade industrial é diferente da proteção contra os atos de concorrência desleal, constituindo esta um instituto autónomo, se bem que ambas tenham como escopo comum garantir a lealdade de concorrência. A violação de direitos privativos constata-se objectivamente, só por si, não significando necessariamente concorrência desleal; para que esta exista é preciso que se verifiquem os pressupostos que a caracterizam.*”¹³

Parece-nos pacífico afirmar que pode existir concorrência desleal, sem haver violação de um direito privativo de propriedade industrial e vice-versa.

Chegados a esta conclusão, cabe-nos perguntar se fará sentido o instituto da concorrência desleal ser parte integrante do C.P.I., ou se pelo contrário se deverá autonomizar em relação a este. Para nos ajudar procuremos algumas opiniões doutrinárias.

¹⁰ Cfr. Oliveira Ascensão, *Concorrência Desleal*, p.70.

¹¹ Cfr. Carlos Olavo, *Propriedade Industrial*, p.33 e segs.

¹² Cfr. STJ 24 de Setembro de 1996, Proc. 97A692, Aragão Seia.

¹³ No mesmo sentido se pronunciou o Tribunal Relação de Coimbra, 16 de Abril de 2013, Proc. 900/13.8TBLRA.C1, Maria José Guerra.

Para o Professor José de Oliveira Ascensão talvez tenha chegado a oportunidade de repensar a situação da concorrência desleal no ordenamento jurídico português. O instituto só se encontra no C.P.I. por razões históricas, sendo que uma disciplina autónoma viria esclarecer que não existe nenhum laço necessário entre a violação de direitos industriais e a concorrência desleal¹⁴. Diz-nos também que talvez a evolução do sistema passará para uma aproximação entre o Direito da Concorrência Desleal e o Direito da Defesa da Concorrência, libertando-se de vez o instituto da sua falaciosa integração no C.P.I. como “mera garantia da propriedade industrial”¹⁵.

A Prof. Adelaide Menezes Leitão apresenta-nos argumentos contra e a favor da autonomização entre o instituto da concorrência desleal e a violação de direitos privativos da propriedade industrial. Contra a sua autonomização enumera a inserção sistemática da concorrência desleal no C.P.I, a atribuição de direitos privativos estar dependente da não ocorrência de concorrência desleal, independente de qualquer intenção nesse sentido (art.1º; 187º, nº 4º), de existirem atos de concorrência desleal que se traduzem na violação de direitos privativos e vice-versa e de serem institutos com finalidades semelhantes. A favor da autonomia argumenta que a concorrência desleal tem um carácter meramente valorativo, remetendo-nos para padrões extra jurídicos de conduta ou valoração ética que não encontramos na violação de direitos privativos, que é taxativa; têm finalidades semelhantes ainda que obedeçam a técnicas distintas; nos direitos privativos existem verdadeiros direitos subjetivos que nascem de normas permissivas, ao passo que na concorrência desleal protegem-se interesses ao impor determinados deveres através de normas proibitivas; existem atos de concorrência desleal que não se reconduzem à violação de direitos privativos e vice-versa, possuem âmbitos de aplicação distintos, não se aplicando à concorrência desleal o art.2º e 3º do C.P.I; a concorrência desleal tem um carácter intemporal e universalista ao passo que os direitos privativos enquanto direitos de exclusivo são limitados no tempo e no espaço; a concorrência desleal pressupõe somente o perigo de dano, enquanto o dano é exigido para qualificar a violação de direitos privativos; os interesses jurídicos protegidos não são coincidentes¹⁶. A ilustre docente não tem dúvidas a autonomizar o instituto da concorrência desleal. Apesar disso afirma que a concorrência desleal continua

¹⁴ Cfr. Oliveira Ascensão, *Concorrência Desleal: as grandes opções*, in *Direito Industrial*, vol. VII, p. 97.

¹⁵ Cfr. Oliveira Ascensão, *Concorrência Desleal: as grandes opções*, in *Direito Industrial*, vol. VII, p. 102.

¹⁶ Cfr. Adelaide Menezes Leitão, *Estudo sobre os interesses protegidos e a legitimidade na concorrência desleal*, p.68

formalmente e materialmente ligada à matriz da propriedade industrial, não tendo qualquer coordenação legislativa com a defesa da concorrência permanecendo uma disciplina de feição privatista, comercial e industrial. Acentua vários pontos de atrito e conflito entre os dois complexos normativos. Estes têm princípios jurídicos comuns e finalidades convergentes, mas são sistemas autónomos, dificilmente reconduzidos a uma unidade global. A concorrência desleal segue uma política económica neutral e pressupõe um juízo valorativo dos comportamentos dos concorrentes, circunstâncias que não existem no direito da concorrência, sendo regimes diferentes¹⁷¹⁸.

O Professor Evaristo Mendes suscita a mudança de paradigma de proteção da concorrência desleal, analisando a sua relação com o direito da concorrência. Segundo a conceção tradicional o direito da concorrência desleal constitui um corpo aberto de normas fundamentais de proteção dos agentes económicos, da respetiva empresa, estabelecimento ou elementos deste, mediante a imposição de um dever geral, nas relações de concorrenciais de uma conduta leal ou profissionalmente correta, estando em causa um padrão de comportamento exigido a um agente económico para salvaguarda dos interesses dos concorrentes, sendo visto como uma disciplina jusprivatista da atividade económica concorrenciais e não propriamente da concorrência em si¹⁹. O direito da defesa da concorrência atual nasce para concretizar o princípio da concorrência consagrado na Constituição da República Portuguesa (artigo 87º/f), é um instrumento de política económica que tem por objetivos a garantia da livre formação da oferta e da procura, da abertura do acesso aos mercados e de equilíbrio nas relações entre agentes económicos, desenvolvimento económico e social, o reforço da competitividade dos mesmos agentes e a proteção do consumidor. Está em causa diretamente a defesa do próprio sistema concorrenciais, como conjunto do sistema sócio-económico, garantindo-se a efetividade de uma concorrência “equilibrada”, sem abusos de poder, mediante a prevenção e repressão de práticas restritivas e eventualmente

¹⁷ Cfr. Adelaide Menezes Leitão, Estudo de direito privado sobre a cláusula geral de concorrência desleal, pp. 130-137.

¹⁸ No mesmo sentido Carlos Olavo sobre a unificação de um direito geral da concorrência entende que os interesses que norteiam as várias regras sobre a concorrência são totalmente diversos não havendo uma unidade conceptual que permita unificar no mesmo ramo de direito todo o conjunto de regras que visa ordenar a competição económica, pela ordenação de atuação dos competidores Defende autonomia entre direitos privativos e concorrência desleal, no entanto ambos os normativos pretendem ordenar o funcionamento do mercado que se deseja concorrenciais justificando a integração das disciplinas no mesmo ramo de direito, podendo ser esse ramo o Direito da Empresa, in Concorrência Desleal e Direito Industrial in Concorrência Desleal, p.81-85.

¹⁹ Cfr. Evaristo Mendes, Direito da Concorrência Desleal e Direito da Concorrência in Concorrência Desleal, p.87.

abusivas. Também o interesse geral no desenvolvimento económico e social, os interesses dos consumidores e dos agentes económicos potencialmente afetados são tomados em consideração como consta do artigo 29º, nº1, da Lei- Quadro da política de concorrência²⁰. O mesmo mestre esclarece que há dois sistemas de índoles claramente distintas, mas que, no entanto, a diferença pode ser atenuada se se aceitar a forte tendência atual para conceber o direito da concorrência desleal a par do direito da concorrência como um subsistema de proteção institucional do mercado e da concorrência, protegendo também os interesses dos agentes económicos e porventura dos consumidores, deixando de se limitar a proteger unicamente os concorrentes.

Uma incursão pela Lei da Concorrência Desleal Espanhola de 1991 permite verificar que a mesma se converteu num instrumento de ordenação e controlo das condutas no mercado, a par da Lei de Defesa da Concorrência de 1989. O objeto de proteção jurídica passa a ser proteger a concorrência contra qualquer ataque contrário ao interesse público e a instituição da concorrência. A perspetiva individualista de proteção dos concorrentes passou para uma orientação institucional e social, na qual a tutela não é só a dos interesses dos empresários, mas também os interesses dos consumidores. O próprio artigo 1º diz-nos que a lei “tem por objeto a proteção da concorrência no interesse de todos os participantes no mercado, e para tal fim estabelece a proibição dos atos de concorrência desleal”. Conclui-se, pois, que a Lei da Concorrência Desleal opera uma tutela primária de concorrência, atendendo à pluralidade de interesses envolvidos e procurando uma adequada conciliação dos mesmos. Quando as práticas desleais afetam a concorrência, mas lesando o interesse público, entra em ação o sistema de Lei de Defesa da Concorrência, protegendo-se desta forma todos os interesses da instituição da concorrência como princípio que rege toda a economia de mercado²¹.

No entanto, o Professor Evaristo Mendes alerta que entre o direito da concorrência desleal e o direito da concorrência existem vários pontos de tensão e conflito, pois a tutela do investimento, da liberdade de organização empresarial, das marcas de alta reputação, favorecem o desenvolvimento da iniciativa privada concorrencial e inovatória, mas podem contribuir também para fortalecimento de

²⁰ Cfr. Evaristo Mendes, Direito da Concorrência Desleal e Direito da Concorrência in Concorrência Desleal, pp. 90-93.

²¹ Cfr. Evaristo Mendes, Direito da Concorrência Desleal e Direito da Concorrência in Concorrência Desleal, pp. 93-95.

posições de poder no mercado e de barreiras à entrada nos mercados, ou seja, uma conceção demasiado garantística do direito da concorrência desleal pode prejudicar em maior ou menor medida a realização do direito da concorrência²². Conclui o Professor que o modelo económico constitucional assenta na liberdade profissional, de iniciativa económica concorrencial, na autonomia privada e na propriedade privada (artigos 47º, 61º, 62º C.R.P.), sendo a concorrência um princípio regulador, cabendo ao Estado promovê-lo e defendê-lo (artigos 81º, f), 102º, a) e 103º/e), devendo essa concorrência ser equilibrada e salutar. Para tanto, sugere uma relação de compromisso: as fronteiras do direito da concorrência desleal devem ser traçadas tendo sempre presentes os princípios, os objetivos e as condições de eficácia do direito da concorrência e refletir de algum modo a política de concorrência a esta associada²³.

No nosso entender concluímos de forma pacífica que não existe nenhum laço necessário entre a violação de direitos privativos de propriedade industrial e o instituto da concorrência desleal e vice-versa, não havendo uma justificação sustentada – para além da histórica - para que este instituto se encontre no C.P.I. Perguntamos, então, que caminho deve seguir uma possível evolução do instituto da concorrência desleal: deverá se aproximar do direito da concorrência, criando-se um instrumento de ordenação e controlo das condutas no mercado como em Espanha e como alguns autores defendem, ou deve seguir um caminho diferente nomeadamente o continuar da sua inserção no C.P.I.?

Em nossa opinião a resposta deve ser encontrada tendo em conta quais os interesses realmente protegidos pelo instituto da concorrência desleal.

2. Interesses protegidos

²² Cfr. Evaristo Mendes, Direito da Concorrência Desleal e Direito da Concorrência in Concorrência Desleal, pp.97-98.

²³ Cfr. Evaristo Mendes, Direito da Concorrência Desleal e Direito da Concorrência in Concorrência Desleal, p.98.

A concorrência desleal surgiu na Europa no séc. XIX numa época dominada pelo liberalismo económico. Sem dúvida que o interesse visado foi o de proteger o interesse dos concorrentes. Na formulação da CUP é de supor que foi tomado este entendimento . No seu artigo 1º, nº 2, protegem-se direitos privativos, mas também a repressão da concorrência desleal. O que se teve em vista foi a tutela de interesses privados numa e noutra vertente. O interesse dos consumidores estava ausente da CUP²⁴.

No entanto, em Portugal, o ilícito da concorrência desleal teve até à entrada do CPI de 2003 dignidade penal o que leva a supor que ao instituto acarreta um interesse geral ou coletivo.²⁵

Verdadeiramente, não existe contradição entre a proteção de um interesse geral e a tutela dos interesses dos concorrentes. Uma não exclui a outra. A lei protege interesses de carácter público, sem neles excluir a existência também de um direito privado. Veja-se por exemplo o Direito Penal. A proteção de interesses coletivos e individuais pode existir de forma simultânea e harmoniosa.

Os interesses dos concorrentes podem ser protegidos de duas formas: contra um concorrente determinado, ou contra a concorrência em geral²⁶. No caso das alíneas a), b), c) do artigo 317º e do artigo 318º do C.P.I. existe um concorrente que é diretamente atingido, não tendo os outros concorrentes nenhum interesse direto, excluindo a alínea c) no qual existe esse interesse. O interesse a defender é o do concorrente diretamente atingido. As alíneas d), e), f) do artigo 317º do C.P.I., ou seja, as falsas indicações próprias não atingem um concorrente em concreto mas potenciam uma posição de vantagem no mercado que se repercute de um modo negativo sobre toda a concorrência. Existe um interesse dos concorrentes que é protegido, mas de forma geral. No entanto, haverá outro interesse a ser protegido. O interesse dos consumidores.

No caso das alíneas d), e), f) do artigo 317º falamos de atos de indução em erro do consumidor. O destinatário da norma é o consumidor, pretendendo-se evitar que este

²⁴ Cfr. Oliveira Ascensão, *Concorrência Desleal*, p.129.

²⁵ O art. 1º do CPI de 1940 reflectia essa orientação ao atribuir à propriedade industrial a função social de garantir a lealdade de concorrência pela atribuição de direitos privativos. A utilização da expressão “função social” demonstra a proclamação do interesse público.

²⁶ Cfr. Adelaide Menezes Leitão, *Estudo sobre os interesses protegidos e a legitimidade na concorrência desleal*, pp.78-79.

acredite nas falsas afirmações do comerciante. A vantagem concorrencial não pode ser obtida à custa da indução do consumidor em erro²⁷.

A professora Adelaide Menezes Leitão identifica os destinatários das normas, nos atos de aproveitamento e agressão, o destinatário direto é um concorrente em princípio determinado. Nos atos de indução em erro, o destinatário é o consumidor. Nos atos de lesão de mercado aponta-se para uma individualização não concreta. Os dois primeiros são atos contra os concorrentes, enquanto os dois últimos são atos contra a concorrência²⁸. No entanto a identificação dos destinatários não determina quais os interesses tutelados pela concorrência desleal²⁹. Partindo então de cada um dos atos de concorrência desleal a professora delimita quais os interesses protegidos.

Nos atos de aproveitamento, sendo exemplo os atos suscetíveis de criar confusão (art.317º/a), a imitação servil, a concorrência parasitária, as referências não autorizadas (art.317º/c) e a apropriação e utilização dos segredos de indústria (art.318º), existe uma tutela individual de cada concorrente que pode vir a sofrer um prejuízo efetivo ou eventual com a prática dos atos. Só nas referências não autorizadas se evidencia uma tutela coletiva dos concorrentes que exercem a mesma atividade, pois pode haver situações nas quais o desvio de clientela poderá repercutir-se entre todos os concorrentes da mesma atividade sendo todo o sector concorrencial atingido.

Nos atos de agressão, inserem-se como exemplo a divulgação dos segredos de indústria (art.318º), os atos de descrédito (art.317º/b) e o desvio de dependentes ou de parceiros comerciais. Nos primeiros é fácil perceber que a norma visa tutelar os interesses de um concorrente cujo segredo é por vezes a alma do negócio. Nos atos de descrédito a tutela prende-se com a vítima do ato que poderá ser um concorrente determinado, ou a coletividade dos concorrentes. No último caso não há dúvida que se tutela o interesse dos concorrentes lesados pelo ato.

No caso dos atos de indução do público em erro (artigo.317º, d), e) e f)), não existe o aproveitamento de qualidades de outrem, mas o facto de o comerciante se apropriar de qualidades e características que não tem. Pretende-se evitar que o público seja induzido em erro, mas esses comportamentos são ilícitos não porque lesem os

²⁷ Cfr. Oliveira Ascensão, Concorrência Desleal, p.133.

²⁸ Cfr. Adelaide Menezes Leitão, Estudo sobre os interesses protegidos e a concorrência desleal, p.78-79.

²⁹ Cfr. Adelaide Menezes Leitão, Estudos sobre os interesse protegidos e a legitimidade na concorrência desleal, p.79.

interesses dos consumidores, mas porque falseiam uma escolha consciente da parte destes, desviando negócios e clientela e prejudicando dessa forma os concorrentes. Sendo assim, protege-se diretamente o interesse dos concorrentes, mas reflexamente protege-se também o interesse dos consumidores.

Na cláusula geral inserem-se ainda os atos de lesão no mercado estando em causa uma tutela coletiva do mercado

O Professor Oliveira Ascensão diz-nos que a ordem jurídica portuguesa protege os vários interesses, o interesse geral, o dos concorrentes e o dos consumidores. É uma conceção integrada de interesses, mas que estes não se encontram todos no mesmo plano³⁰.

Na nossa modesta opinião a concorrência desleal pretende tutelar uma coletividade de interesses, mas parece-nos claro o raciocínio do Professor Oliveira Ascensão ao falar sobre uma conceção integrada de interesses³¹. O interesse dos concorrentes é aquele que surge em primeiro lugar. Para se poder falar em concorrência desleal é necessário que um ato se reflita negativamente sobre um concorrente. O interesse geral surge em segunda linha. Fundamenta as regras da concorrência desleal e justifica a sanção contra-ordenacional. Este interesse está sempre presente, protegendo-se uma sã e leal concorrência. Mas, por si só, não é fundamento de concorrência desleal. Se assim fosse todas as práticas restritivas da concorrência seriam concorrência desleal. Por fim os consumidores são reflexamente protegidos. Não são lícitas vantagens concorrenciais à custa da indução do consumidor em erro. O artigo 10º bis 3º da CUP proíbe expressamente que se induza o público em erro, sendo pressuposto da existência de concorrência desleal. No entanto, a concorrência desleal não é o lugar próprio para a defesa do consumidor. Para isso existe o Direito do Consumo. Aos consumidores não lhes é atribuída uma tutela direta, mas somente aquela que resulta de ação dos concorrentes, ou do Ministério Público.

Na Espanha e na Alemanha o sistema baseia-se igualmente numa conceção integrada de interesses, mas de forma nivelada. O interesse público, o dos concorrentes e o dos consumidores é protegido simultaneamente, conferindo-se a todos uma tutela

³⁰ Cfr. Oliveira Ascensão, *Concorrência Desleal*, p.135.

³¹ Neste sentido, Luís Silveira Rodrigues, *Direito Industrial e Tutela do Consumidor*, *Direito Industrial*, vol.II, p.265-268.

direta. Não se pretende que em cada previsão normativa se encontre os três sistemas presentes, mas a concorrência desleal é entendida como um instituto que integra harmoniosamente os três tipos de interesses. Assistiu-se a uma passagem de um modelo profissional para um modelo social no qual a lei é moldada nos interesses dos concorrentes, dos consumidores e do interesse público³². Na Alemanha, o conceito de “concorrência desleal” alterou-se para “ato comercial desleal”. Define-se numa cláusula geral considerando-se proibidos os atos comerciais que forem suscetíveis de afetar significativamente o interesse dos concorrentes, consumidores ou de outros participantes no mercado, retirando-se da lesão aos interesses a deslealdade do ato.

3. A Diretiva 2005/29/CE

A Diretiva 2005/29/CE foi transposta para a ordem jurídica portuguesa pelo DL 57/2008, de 26 de Março, quase de forma literal. Em nossa opinião poderá ter um papel importante na reponderação da matéria da concorrência desleal³³. Esta diretiva e o ato de transposição vêm estabelecer um regime de proibição geral às práticas comerciais desleais das empresas que distorcem o comportamento económico dos consumidores, prejudicando-se o interesse económico dos mesmos e indiretamente o interesse económico dos concorrentes legítimos³⁴. Percebemos pela leitura dos considerandos³⁵ que se pretendem proteger sobretudo os interesses dos consumidores em relação a este tipo de práticas, mas não esquece em segunda linha os interesses dos concorrentes promovendo-se uma concorrência leal.

Concluimos que na concorrência desleal do CPI existe uma conceção integrada, mas desnivelada de interesses protegendo-se diretamente o interesse dos concorrentes e em muitas situações reflexamente o interesse dos consumidores e o interesse geral. No regime das práticas comerciais desleais parece que assistimos a uma proteção inversa, figurando em primeira linha o interesse dos consumidores.

³² Cfr. Luís Couto Gonçalves, Manual de Direito Industrial, p.359.

³³ Neste sentido, Oliveira Ascensão, “Concorrência Desleal: as grandes opções”, Direito Industrial, vol. VI, p.102.

³⁴ Cf. Preâmbulo DL 57/2008 de 26 de Março.

³⁵ Considerandos 6, 7, 8 do DL 57/2008 de 26 de Março.

O regime das práticas comerciais desleais assenta numa cláusula geral (artigo 5º, nº 2, da Diretiva; artigo 5.º, nº 1, do citado DL), que dá uma noção dos requisitos necessários. Depois, divide-se as práticas desleais em enganosas (artigos 6º e 7º da Diretiva e artigos 7º, 8º, 9º do DL) e agressivas (artigos 8º e 9º da Diretiva e artigos 11º e 12º do DL). No entanto, muitas práticas são taxativas não passando pelo crivo valorativo da cláusula geral que remete para o critério da boa diligência profissional.

Segundo o Professor Oliveira Ascensão, a Diretiva integra-se expressamente no Direito do Consumidor³⁶. No entanto, muitas das práticas contempladas na Diretiva são atos de concorrência desleal, representando simultaneamente condutas contra os consumidores e condutas contra os concorrentes. Por exemplo, no caso das práticas comerciais enganosas (artigo 6º da Diretiva e artigos 7º e 8º do DL), encontramos também atos de concorrência desleal, pois tendo em conta o artigo 10º, bis, da CUP tudo o que sejam indicações ou afirmações suscetíveis de induzir o público em erro é concorrência desleal, cabendo na previsão da cláusula geral do artigo 317º do CPI como práticas violadoras dos usos honestos de uma certa atividade económica, em prejuízo direto para os concorrentes. No entanto, as práticas comerciais desleais taxativas poderão ser ou não concorrência desleal e estas terão sempre de passar pela valoração das normas e usos honestos, não o sendo quando não se manifestem nesse sentido. As que se inserem na cláusula geral e que passem pelo crivo da boa diligência profissional dificilmente serão concorrência desleal, pois a boa diligência profissional e as normas e usos honestos parecem-nos critérios bastante próximos.

Temos então atos que podem ser, ao mesmo tempo, atos de concorrência desleal enquadrados no prisma da defesa dos concorrentes e que se inserem no artigo 317º do CPI, e atos que configuram práticas comerciais desleais, enquadráveis no prisma da defesa dos consumidores (DL 57/2008)³⁷. A consequência de o ato ser duplamente atingido é a duplicação de sanções pela prática do mesmo ato, situação que se justifica por os interesses protegidos não serem os mesmos, mas que resulta numa desproporção sancionatória.

Parece-nos portanto que em algumas situações em que esteja em causa um ato de concorrência desleal os consumidores não são reflexamente protegidos, mas diretamente

³⁶ Cfr. Oliveira Ascensão, “Concorrência Desleal: As grandes opções” Direito Industrial, Vol. VI, p.91.

³⁷ Cfr. Oliveira Ascensão, “Concorrência Desleal: As grandes opções” Direito Industrial, Vol. VI, p.100.

pode ser-lhes concedida uma tutela direta através do regime das práticas desleais contra os consumidores.

Somos da opinião que a disciplina deve ser retirada do CPI, esclarecendo-se de uma vez por todas que não existe nenhum laço necessário entre a violação de direitos industriais e a concorrência desleal. Esta deve ser integrada num regime alargado de práticas comerciais desleais protegendo-se os interesses de todos os agentes que atuam no mercado, passando este a ser um instrumento de regulação e controlo das condutas no mercado promovendo-se uma concorrência sã, leal e honesta.

4. Decomposição do artigo 317º nº1 do CPI

O instituto português da concorrência desleal encontra a previsão geral do conceito no artigo 317º, nº1, do CPI. Para se poder falar em concorrência desleal teremos de estar perante: *“Um ato de concorrência contrário às normas e usos honestos de qualquer ramo de atividade económica”*.

O recurso a uma cláusula geral remonta ao CPI de 1940, na altura por influência do artigo 10º bis da CUP, no qual se definiu a concorrência desleal como: “todo o ato contrário aos usos honestos em matéria industrial ou comercial”.

A lei consagra à concorrência desleal uma cláusula geral de carácter valorativo, não a limitando taxativamente. Tem a vantagem de permitir a renovação permanente de situações abrangidas, podendo estender-se a novas zonas onde se preencha o pressuposto de contrariedade às normas e usos honestos. No entanto, traz a desvantagem da abstração, sendo uma norma de subjetiva concretização por parte dos operadores de determinado sector, reconduzindo-se as normas e usos honestos a um padrão de atuação de vários ramos de atividade, cuja definição ocorre no caso concreto³⁸.

As diversas alíneas do artigo 317º e o artigo 318º do CPI não são taxativas, mas casos exemplificativos de concorrência desleal. Basta que o ato preencha a previsão do artigo 317º para que o ato se prefigure como sendo de concorrência desleal.

³⁸ Cfr. Oliveira Ascensão, *Concorrência Desleal*, p.152.

Assim, um ato de concorrência desleal pressupõe três requisitos:

- a) Um ato de concorrência;
- b) Contrário às normas e usos honestos;
- c) De qualquer ramo de atividade económica.

4.1 Ato de Concorrência

A concorrência desleal tem por pressuposto uma relação de concorrência, no mínimo constituída por dois concorrentes. É no contexto da relação que nasce o ato de concorrência e é este que pode ser desleal ou não. São figuras distintas, devendo ser caracterizadas de modo diferente³⁹.

Qual será a relação de concorrência que pressupõe o instituto da concorrência desleal? Existe a noção de concorrência económica, na qual todas as empresas estariam em situação de concorrência entre si, pois na verdade a luta concorrencial dá-se pela luta dos recursos sempre escassos dos consumidores⁴⁰. Tomando por base este conceito, poder-se-á discutir se haverá concorrência desleal entre empresas com atividades objetivamente diferentes.

No entanto, segundo os Professores Oliveira Ascensão e Carlos Olavo o conceito económico de concorrência é inutilizável na concorrência desleal. Se assim não fosse o proémio do artigo 317º do CPI não fazia referência a ato de concorrência, mas em comportamento no mercado, podendo todo o comportamento no mercado ser entendido como um ato de concorrência^{41/42}. A lei pressupõe uma relação especial de concorrência, pondo essa relação os operadores a disputarem a mesma clientela. Cabe-nos a nós determinar qual é essa relação especial de concorrência que deve mediar entre as empresas.

³⁹ Cfr. Oliveira Ascensão, *Concorrência Desleal*, p.116

⁴⁰ Cfr. Oliveira Ascensão, *Concorrência Desleal*, p.117.

⁴¹ Cfr. Oliveira Ascensão, *Concorrência Desleal*, p.112

⁴² Cfr. Carlos Olavo, *Propriedade Industrial*, p.260.

A concorrência é medida através de um critério de mercado, sendo ato de concorrência aquele que possa influir sobre a clientela. É um ato destinado à obtenção e desenvolvimento de uma clientela própria em prejuízo de uma clientela alheia que pode ser efetiva ou potencial. No entanto, para haver uma relação especial de concorrência precisamos de um critério mais preciso para a sua determinação.

O critério começou por ser o da identidade do objeto, no entanto este revela-se curto, podendo existir uma relação de concorrência sem que haja uma identidade do objeto, pensemos em produtos diferentes mas que se substituem um ao outro. Depois, passou-se para atividades económicas afins, mas também esse parece não ser um critério ideal, tendo de ser entendida de forma muito ampla.^{43/44}.

A ideia chave é que não pode haver uma relação de concorrência sem que haja um potencial desvio de clientela.

Mas, em bom rigor, a concorrência não se deve medir através de critérios abstratos, isto é, se tipos de atividades são em abstrato concorrentes ou não. Num caso concreto pode haver concorrência entre empresas que estão integradas noutra sector, tudo depende das circunstâncias próprias em determinado caso.

Segundo o Professor Oliveira Ascensão se o ato tiver a idoneidade de atribuir uma posição relativa vantajosa em termos de clientela, há um ato de concorrência⁴⁵. Duas empresas podem ser consideradas concorrentes perante um determinado ato e perante outros não. Este critério consegue ser mais abrangente do que o anterior, pois existe uma relação de concorrência quando através de um ato concorrencial a empresa obtenha uma posição favorável no mercado em detrimento de outras empresas que disputam a mesma clientela.

Depois de analisada a relação de concorrência que está subjacente ao ato de concorrência passemos ao ato de concorrência propriamente dito.

O ato de concorrência é um ato lícito, permitindo a ordem jurídica a concorrência livre e leal. Não há dúvidas em considerar que o ato de concorrência é um

⁴³ Cfr. Patrício Paúl, *Concorrência Desleal*, p.126-128.

⁴⁴ Carlos Olavo defende que o critério deve ser o de que as atividades se inserem no mesmo sector do mercado, dirigindo-se as atividades ao mesmo tipo de clientela, cuja preferência se pretende capturar, constituindo-se a clientela efetiva, ou potencial pelos mesmos agentes económicos in *Propriedade Industrial*, p.261.

⁴⁵ Cfr. Oliveira Ascensão, *Concorrência Desleal*, p.118.

ato de exercício no mercado da atividade do operador económico. Mas serão atos de concorrência, outros tipos de atos que não são feitos no exercício da atividade mas que têm repercussão sobre a concorrência?

Em primeiro lugar podemos falar dos atos exteriores ao mercado, isto é, atos que não se praticam no mercado, mas que podem inferir favoravelmente na relação de concorrência para o praticante, dentro da conceção mais ampla do ato de concorrência. Sempre que há uma conduta empresarial ilícita como por exemplo a evasão fiscal e esta proporciona uma vantagem na concorrência há base para uma ação fundada na concorrência desleal? A posição de Oliveira Ascensão é de os não considerar como atos de concorrência desleal, pois contra estes existem meios de reação próprios, não se justificando a sobreposição de concorrência desleal. Nestes casos, não estaremos perante um ato de concorrência⁴⁶.

Não achamos que assim seja. Seguindo o critério no qual o ato de concorrência se fundamenta na atribuição de uma posição relativa vantajosa em termos de clientela, não percebemos como um ato desta natureza não poderá ter no mínimo essa potencialidade. O concorrente ganha uma posição vantajosa concorrencial obtida de forma ilícita pela poupança de recursos que será gasta na tentativa de angariar clientela alheia, sendo prejudicados na luta concorrencial, os outros concorrentes que lutam de forma justa. O ato é praticado fora do mercado, mas a posição de vantagem ganha-se dentro do mercado.

De seguida temos os atos contra os concorrentes, de que são exemplo os atos de sabotagem do estabelecimento alheio. Não são atos de exercício no mercado, mas não podem deixar de serem considerados como modos desleais de obter vantagens na luta concorrencial⁴⁷.

Por fim, os atos de estruturação interna, sendo que também estes podem ocorrer fora do exercício no mercado (contratação de imigrantes ilegais de modo a reduzir custos sociais, programas de computador copiados...). O Professor Oliveira Ascensão não qualifica estes atos de concorrência desleal, pois aquilo que se passa no interior da empresa não respeita efetivamente a concorrência desleal, a não ser que o ato seja dirigido a um concorrente determinado como o incitamento ao desrespeito dos contratos

⁴⁶ Cf. Oliveira Ascensão, *Concorrência Desleal*, p. 124.

⁴⁷ Cf. Oliveira Ascensão, *Concorrência Desleal*, p.124.

de trabalho de trabalhadores de uma empresa concorrente⁴⁸. Em nossa opinião os dois casos podem ser classificados como atos de concorrência desleal, havendo uma dupla ilicitude do ato como no caso visto anteriormente. Pela mesma ordem de ideias teremos que admitir que em qualquer dos casos existe um ato que possui a idoneidade de atribuir uma posição relativa vantajosa em termos de clientela em detrimento dos outros concorrentes que não praticam o ato.

A Professora Adelaide Menezes Leitão explana três concepções que procuram encontrar um critério identificador do ato de concorrência.

- A concepção funcional apresenta-o como o ato que visa o desvio de clientela. A dificuldade está em que esta pode existir sem que haja uma relação de concorrência, como no caso de atos ilícitos como no contrabando, ou na violação de determinados normativos.

- A concepção estrutural apresenta-o como o ato que incide no mercado, tendo o anterior significado da concorrência económica faltando a exigência de uma relação de concorrência concreta.

- Por fim, a concepção combinatória. O ato de concorrência é aquele que incide na estrutura do mercado com o fim do desvio de clientela, identificando-se desse modo a natureza concorrencial.

Mas ensina a Professora que os atos de concorrência podem não se encerrar num conceito estático devido à enorme heterogeneidade e da constante metamorfose das situações de concorrência. Na verdade, estes traduzem-se em constantes fluxos de situações que auferem vantagens a uns e desvantagens a outros, em termos concomitantes e correlativos. É precisamente esta característica que evidencia o conceito de dano concorrencial⁴⁹. Quando alguém auferir uma vantagem com o correspondente sacrifício de outrem surge o ato de concorrência, bastando que o dano seja potencial. Este é lícito quando não viola padrões de lealdade, não existindo dano

⁴⁸ Cfr. Oliveira Ascensão, *Concorrência Desleal*, p.125.

⁴⁹ Cfr. Adelaide Menezes Leitão, *Estudo de Direito Privado sobre a cláusula geral de concorrência desleal*, p.45-48.

nem prejuízo que mereça a tutela do direito, mas que é natural ao sistema concorrencial. Quando assim não seja, caímos num caso de concorrência desleal⁵⁰.

Depois de referenciadas algumas opiniões doutrinárias, inclinamo-nos a definir o ato de concorrência como um ato que não incide necessariamente no mercado, mas que se repercute neste. No caso dos atos exteriores ao mercado existe uma instrumentalidade na procura de vantagens na relação concorrencial contra os concorrentes. O ato concorrencial é aquele que é suscetível de atribuir uma posição relativa vantajosa com o correlativo sacrifício de outrem na disputa pela mesma clientela.

4.2 Normas e usos honestos

As normas e usos honestos apresentam-se como o elemento diferenciador do ato de concorrência lícito e permitido, do ato de concorrência desleal, ilícito e proibido. Encontramo-nos perante um ato de concorrência desleal devido à sua desconformidade com as normas e usos honestos de determinado ramo de atividade⁵¹. Na escolha do critério valorativo da nossa cláusula geral que data do CPI de 1940 existe obviamente a influência do artigo 10 bis da CUP, que definiu a concorrência desleal como: todo o ato contrário aos usos honestos em matéria industrial ou comercial. O critério varia de país para país. Na Alemanha recorreu-se aos bons costumes, em Espanha ao de boa-fé e na Itália o critério é o da “correttezza professional”. Menezes Cordeiro já criticou a opção portuguesa preferindo que se tivesse recorrido à boa-fé, ou aos bons costumes, resultando num quadro dogmático menos claro⁵². Em contraposição o Professor Oliveira Ascensão realça as vantagens da escolha do critério dos usos honestos do ramo de atividade em causa. As cláusulas gerais trazem com elas o problema da abstração, sendo por vezes difícil a sua concretização. A solução portuguesa toma um critério que é específico do sector em causa, não sendo um critério universal, difícil de avaliar, mas facilmente compreensível e determinável⁵³.

⁵⁰ Cfr. Adelaide Menezes Leitão, Estudo de Direito Privado sobre a cláusula geral de concorrência desleal, p.48-50.

⁵¹ Cfr. Patrício Paúl, Concorrência Desleal, p.128.

⁵² Cfr. Menezes Cordeiro, Da boa fé no Direito Civil, II, p. 1212-1213.

⁵³ Cfr. Oliveira Ascensão, Concorrência Desleal, p.152-153.

A lei portuguesa tomou de inspiração o art. 10º bis da CUP, no entanto acrescentou a expressão “normas”. Que significado tem o conceito de “normas”? Segundo o Professor Oliveira Ascensão pode pensar-se que todo o ato que contrariasse normas sobre a concorrência seria um caso de concorrência desleal, passando este a ser o tipo universal em matéria de direito da concorrência, reprimindo-se toda a concorrência ilícita e não só a concorrência desleal⁵⁴. Não se deve entender assim. A remissão para normas tem um sentido histórico. Esta surge no CPI de 1940, estando em vigor um sistema corporativo. Os próprios agentes económicos podiam elaborar códigos de conduta, disciplinando sobre a concorrência num determinado sector de mercado. Afastado o sistema corporativo, continua a ser admissível a elaboração de códigos de conduta contendo estas normas que disciplinam a atividade no sector, inclusive a concorrência. Representam a produção institucional do direito⁵⁵.

O Professor Evaristo Mendes realça a importância dos códigos deontológicos, ou códigos de conduta. Na prática, a concretização daquilo que num caso concreto seja o juízo do empresário honesto envolve custos e raramente é feito. Daí que estes instrumentos de autonomia privada “corporativa” visem disciplinar, completar ou reforçar a tutela dos interesses profissionais dos destinatários conferida pelo direito da Concorrência Desleal, definindo normas ou padrões de comportamento conforme à ética social dominante, ou que se pretende implantar. São também preciosos por facilitar aos tribunais a concretização da cláusula geral no respetivo sector⁵⁶.

Passando de seguida aos usos, a expressão aparece no artigo 317º do CPI, sendo retirada do art. 10º bis da CUP⁵⁷. A maioria da doutrina estrangeira⁵⁸ considera que a valoração pelos usos honestos remete o intérprete para princípios e regras de comportamento a que se subordinam os que exercem uma mesma atividade económica. Deve-se procurar os costumes especiais do comércio, as práticas próprias do ramo de profissão a que pertence o autor do ato a apreciar. Já outros autores⁵⁹ entendem que a honestidade do ato deve ser apreciada numa coletividade mais vasta do que a do sector de atividade do autor do ato. Deve-se recorrer à consciência geral do povo.

⁵⁴ Cfr. Oliveira Ascensão, *Concorrência Desleal*, p.154.

⁵⁵ Cfr. Oliveira Ascensão, *Concorrência Desleal*, p.154-155.

⁵⁶ Cf. Evaristo Mendes, *Direito da Concorrência desleal e Direito da Concorrência*, p.88-89.

⁵⁷ Art. 10º bis CUP: Acto de concorrência desleal é aquele que é contrário aos usos honestos em matéria industrial ou comercial.

⁵⁸ Ferrara, Ascarelli, Greco.

⁵⁹ Auletta

Entre nós o Parecer da Procuradoria-Geral da República de 30 de Maio de 1957⁶⁰ vem tomar uma posição sobre a interpretação que se deve dar à expressão “usos honestos”. O Parecer entende que: “ a expressão remete-nos para um conceito móvel e contingente da honestidade profissional. Não devemos procurar saber se existem verdadeiros costumes comerciais que legitimem determinada conduta, e menos ainda se tais costumes reúnem requisitos que permitam erigi-los em fonte de direito mediata, mas deverá ver-se no preceito em análise uma referência direta à consciência ética do comerciante médio, sendo intérprete o julgador”.

Podemos dizer que dentro de cada atividade profissional existem certos usos sociais, certas regras de comportamento que se vão formando devido à necessidade de regular os interesses de cada um em harmonia com os interesses próprios da atividade, devendo a honestidade ser valorada em relação às características específicas do ramo de atividade⁶¹. Está em causa, fundamentalmente, princípios de correção profissional no exercício de determinada atividade económica, sendo o conceito ético subjacente o do agente económico profissional normal e não da totalidade da comunidade nacional⁶².

No entanto a lei não confiou ao intérprete mais do que uma indicação em sentido negativo, ou seja, não impôs o dever de seguir certos hábitos considerados honestos. Estaríamos, se assim fosse, a consagrar os usos como costumes, devendo o intérprete não repudiar a conduta que a consciência corrente e a sensibilidade normal dos homens da indústria e do comércio de determinado setor não valorizam decididamente como desonestos⁶³. No entanto, se a prática atingir uma gravidade que se torne socialmente intolerável a deslealdade deve ganhar prevalência⁶⁴.

Oliveira Ascensão fala-nos do princípio da prestação em alternativa do uso do critério das normas e usos honestos que tem sempre uma margem de incerteza devido ao seu carácter valorativo⁶⁵. Este princípio defende que a luta concorrencial se deve basear primordialmente no primado da prestação objetivamente considerada, contrapondo-se à concorrência que não se baseie nas características próprias da prestação. Há deslealdade na concorrência quando o empresário não se baseie nas qualidades próprias da prestação. Tenta-se objetivar a cláusula geral. Apesar disso, o Professor reconhece que

⁶⁰ BMJ nº 69, p.453

⁶¹ Cfr. Patrício Paúl, Concorrência Desleal, p.121.

⁶² Cfr. Carlos Olavo, Propriedade Industrial, p.266-267.

⁶³ Cfr. Oliveira Ascensão, Concorrência Desleal, p.158-159.

⁶⁴ Cfr. Patrício Paúl, Concorrência Desleal, p.131-132.

⁶⁵ Cfr. Oliveira Ascensão, Concorrência Desleal, p.163-165.

este não é um critério que se possa aplicar no direito português. O princípio não permite o julgamento exaustivo de todas as situações de deslealdade, nem respeita os espaços deixados à autonomia normativa e aos usos, embora reconheçamos que contribui com um conteúdo material acrescido, permitindo unificar substancialmente as condutas que sejam conformes às normas e usos honestos.

Concluimos que a expressão “normas e usos honestos” é um conceito valorativo que estabelece desde logo um padrão universal de apreciação orientado numa cadeia hierárquica que obedece ao grau de certeza⁶⁶. A honestidade deve ser analisada em concreto, tendo em atenção as características específicas, os usos sociais e as regras de comportamento do ramo de atividade onde é praticado o ato, tendo em consideração a consciência ética do agente económico médio do setor.

Cabe-nos agora analisar o problema que se levanta ao conjugarmos as conceções do ato de concorrência e de contrariedade a normas e usos honestos. Como vimos, numa relação de concorrência não é necessário que haja identidade de prestações, mas esta deve ser analisada no caso concreto. Pelo que acabámos de expor sobre a “contrariedade a normas e usos honestos”, afirmámos que o critério era sectorial, variando os entendimentos de sector para sector. Sendo assim pode haver um choque de conceções por pertencerem a ramos de atividade diferentes.

Em nosso entender o critério deve ser o do objeto do ato. As normas e os usos em apreço são os do sector no qual o ato é praticado. A lei não pode permitir que se desrespeite aquilo que é a consciência valorativa de um sector. Se uma empresa que tem normas e usos honestos próprios da atividade em que se insere praticar um ato concorrencial em outro ramo de atividade deve respeitar as condutas próprias desse sector. Caso contrário empresas com códigos de conduta mais permissivos que praticarem atos concorrenciais fora do seu âmbito de atividade podem ganhar uma vantagem concorrencial injusta contra os outros concorrentes. A empresa que pratica o ato deve tomar conhecimento daquilo que é a consciência ética valorativa própria do ramo. Pode-se estar a abrir portas a empresas que mascaram a sua verdadeira atividade para ganharem uma vantagem contra os concorrentes do verdadeiro sector onde pratica os seus atos. Não nos parece justo nem coerente que empresas se aproveitem de códigos

⁶⁶ Cfr. Oliveira Ascensão, *Concorrência Desleal*, p.155-156.

mais permissivos, inutilizando as regras deontológicas de determinado sector, ganhando com isso uma vantagem concorrencial⁶⁷.

4.3 Qualquer ramo de atividade económica

O CPI atual, ao utilizar o qualificativo económico, volta à redação usada no CPI de 1940, que por sua vez foi posteriormente suprimida no CPI de 1995. O uso desta expressão levantou uma questão doutrinária sobre se o instituto da concorrência desleal seria extensível às profissões liberais.

Patrício Paúl começou por defender que não se lhes aplicaria por várias razões. Apesar do exercício das profissões liberais e o exercício de atividades económicas das empresas terem certas semelhanças, como terem por fim a captação de clientela e os atos de descrédito serem também muito prejudiciais, a primeira não tem por regra uma organização complexa e uma estrutura económica próprias do estabelecimento comercial. Além disso, o artigo 2º do CPI considera a Concorrência Desleal um delito contra a Propriedade Industrial, só podendo estender-se às atividades e produtos que esta abrange, não sendo por isso um instituto extensível às profissões liberais⁶⁸.

Em nossa opinião a concorrência desleal regula comportamentos de concorrentes, regula o ato de concorrência. Se a lei fala de concorrente não se deve exigir a qualificação de empresário, mas apenas daquele que que atue no mercado⁶⁹ em termos concorrenciais. O ato de concorrência respeita ao ato praticado por um agente económico no mercado⁷⁰.

No CPI de 1995 o legislador retirou a qualificação “económica” a ramo de atividade. Segundo Oliveira Ascensão o sentido esteve em acabar com as dúvidas sobre a aplicabilidade da concorrência desleal às profissões liberais⁷¹. Patrício Paúl conclui

⁶⁷ Em sentido contrário Oliveira Ascensão entende que sugere que deve ser dada prevalência às normas próprias do ramo de atividade em que o agente que pratica o ato é operante. Mas tal entendimento significa que na prática se beneficia aquele que está vinculado por uma ordem mais permissiva, podendo reagir contra condutas que ele não estará proibido de praticar, in *Concorrência Desleal*, p. 176.

⁶⁸ Cfr. Patrício Paúl, *Concorrência Desleal*, p.179.

⁶⁹ Cfr. Oliveira Ascensão, *Concorrência Desleal*, p.62.

⁷⁰ Cfr. STJ de 07/01/58

⁷¹ Cfr. Oliveira Ascensão, *Concorrência Desleal*, p.169.

que com a alteração do proémio ficou mais clara a admissibilidade de a concorrência desleal se estender às profissões liberais não havendo dúvidas quanto ao seu carácter económico⁷².

Assim, parece não haver dúvida de que nas profissões liberais podem ser praticados atos de concorrência desleal. Um avantajamento de um profissional faz-se à custa da restrição da posição ocupada pelos restantes⁷³.

Luís Vasconcelos Abreu entende que o advogado atual é visto como um verdadeiro homem de negócios considerando a prestação profissional uma mercadoria e o cliente o consumidor. Também a existência de muitos advogados obriga estes profissionais a terem uma posição ativa em relação à captação de clientes, sendo a favor da aplicação do instituto da concorrência desleal⁷⁴.

O Professor Luís Couto Gonçalves entende que o problema não deve ser resolvido pelo qualificativo “económico”. O que devemos perguntar é se existem razões para alargar a concorrência desleal às profissões liberais. O Professor distingue o modelo tradicional de exercer a profissão no qual a pessoa do profissional é o mais importante, do molde empresarial em que a organização é igual ou mais importante do que o profissional. Na sua opinião justifica-se a aplicação do instituto às profissões liberais organizadas empresarialmente e às não sujeitas a um controlo público de exercício. Não se aplica às restantes porque a especificidade dessas atividades e a deontologia muito rigorosa a que estão sujeitos os profissionais, justifica a não aplicação sendo suficientes as sanções disciplinares⁷⁵.

Em 2003 o legislador voltou a incluir a qualificação “económica”. Bem o fez, pois caso contrário, chegaríamos à conclusão de abranger toda a atividade humana, mesmo que de ordem meramente espiritual, não se modificando a aplicabilidade do instituto da concorrência desleal às profissões liberais⁷⁶ /⁷⁷.

⁷² Cfr. Patrício Paúl, Concorrência Desleal, Notas de actualização, p.10.

⁷³ Cfr. Oliveira Ascensão, Concorrência Desleal, p.170.

⁷⁴ Cfr. Luís Vasconcelos Abreu, Concorrência desleal no exercício da advocacia, p.4-6.

⁷⁵ Cfr. Luís Couto Gonçalves, Manual de Direito Industrial, p.369-370.

⁷⁶ Cfr. Oliveira Ascensão, “Concorrência Desleal” As grandes opções, Direito Industrial Vol. VI, p.86.

⁷⁷ Cfr. Patrício Paúl, Breve análise do regime da concorrência desleal no novo CPI, in Revista da Ordem dos Advogados, Ano 63 I-II, Abril 2003.

Cabe agora referir o problema do concurso entre o ilícito disciplinar e as regras da concorrência desleal. Pode-se dar o caso de termos um concurso efetivo, não havendo nada de logicamente incompatível entre a aplicação de penas por força da concorrência desleal e a aplicação de sanções disciplinares. É até situação bem normal no que respeita a funcionários públicos em que a responsabilidade disciplinar pode concorrer com a responsabilidade civil e com a responsabilidade penal. Outra possibilidade é que haja uma relação de subsidiariedade entre a sanção geral e a disciplinar. Nesse caso iria prevalecer a ordem disciplinar porque estas são adequadas às condições próprias das profissões liberais. No entanto, os profissionais liberais seriam duplamente privilegiados. Por um lado seriam julgados pelos seus pares, por outro ficariam imunes às penas cominadas para a concorrência desleal⁷⁸.

Em nosso entender, parece-nos seguro concluir que o instituto da concorrência desleal pode e deve estender-se às profissões liberais. A mudança textual da norma ao retirar o qualificativo económico só pode ser entendida pela intenção do legislador em acabar com as dúvidas sobre a aplicabilidade do instituto. A retoma da expressão teve como finalidade não estender o instituto a qualquer atividade, mas cingir a sua aplicação unicamente às atividades económicas. Hoje é claro o manifesto carácter económico das profissões liberais. Estas inserem-se num mercado de prestação de serviços. A concorrência desleal pode acontecer nesses domínios, sendo referido expressamente no artigo 317º, c), do CPI. Não é necessário que o profissional liberal seja um comerciante para haver concorrência desleal. Essencial é que haja uma relação de concorrência. Por fim parece-nos que quando esteja em causa um ilícito disciplinar e uma norma de concorrência desleal deve haver um concurso efetivo, sob pena do resultado ser bastante pernicioso e com benefício injustificado para os profissionais liberais em relação aos restantes operadores no mercado.

5. Categorias de atos de concorrência desleal

⁷⁸ Cfr. Oliveira Ascensão, *Concorrência Desleal*, p.172-173.

No direito português a concorrência desleal encontra-se prevista em geral no artigo 317.º do CPI, indicando-se a título exemplificativo as várias alíneas do mesmo artigo, bem como no artigo 318.º vários tipos de atos de concorrência desleal. A matéria não se esgota nestes artigos, existindo casos de concorrência desleal que possam cair na cláusula geral do artigo 317.º, ou que se encontrem tipificados noutros lugares da lei.

O carácter não taxativo é demonstrado pelo artigo 10ºbis, nº2, da CUP, que prevê como ato de concorrência desleal qualquer ato de concorrência contrário aos usos honestos em atividade industrial ou comercial. O nº3 do mesmo artigo proíbe especialmente três tipos de atos. No entanto o legislador nacional, bem como de outros países enriqueceu com mais alíneas exemplificativas a concorrência desleal dando uma maior concretização à norma, conferindo-lhe maior precisão e rigor na sua aplicação. Dado o carácter não taxativo do artigo 317º, pode dar-se origem a uma multiplicidade de situações, razão pela qual doutrina tem procurado agrupar os diversos casos em diferentes categorias. Porém cada classificação tem apenas por finalidade: permitir uma sistemática e ordenada exposição da multiforme casuística.

A classificação inicial é baseada no art.10º bis nº3 da CUP que distingue atos de confusão, atos de descrédito e atos de apropriação ou falsa caracterização própria. Patrício Paúl, influenciado por Ascarelli, segue esta classificação acrescentando os atos de subtração ou desorganização da empresa alheia⁷⁹, classificação que também é seguida por Carlos Olavo⁸⁰.

Oliveira Ascensão apresenta duas classificações. A primeira fundada no conteúdo dos atos⁸¹, dividindo em atos de aproveitamento, agressão, atos de indução em erro e de lesão do mercado e uma segunda classificação fundada nos interesses protegidos prolongada numa especificação segundo o conteúdo⁸².

Não nos preocuparemos demasiado com as classificações, limitando-nos a indicá-la aquando da análise das várias alíneas do art.317º e do art.318º do CPI, bem como de outras situações.

⁷⁹ Cfr. Patrício Paúl, Concorrência Desleal, p.157 e segs.

⁸⁰ Cfr. Carlos Olavo, Propriedade Industrial, nota 530.

⁸¹ Cfr. Oliveira Ascensão, Concorrência Desleal, p.401 e segs.

⁸² Cfr. Oliveira Ascensão, Concorrência Desleal, p.413 e segs.

5.1 Atos de Confusão

Os atos de confusão reconduzem-se em primeiro lugar a atuações que vêm previstas na alínea a) do artigo 317º do CPI⁸³. O ato de confusão é aquele que é praticado por um concorrente com o objetivo de provocar no consumidor a confusão entre certo empresário, o seu estabelecimento, produtos ou serviços, qualquer que seja o meio empregue. Percebe-se bem nesta alínea que a repressão da concorrência desleal se prende com uma tutela contra a confusão reativa entre os elementos em que tais atividades se concretizam, não sendo necessário a violação de direitos privativos. A lei exige que haja suscetibilidade de confusão, ou confundibilidade, bastando apenas que haja o perigo da sua verificação, sendo desleal o ato idóneo a provocar confusão no consumidor⁸⁴. No entanto, a lei não proíbe que haja semelhanças entre produtos, ou serviços, pois, neste caso, qualquer produtor ou fornecedor do mesmo serviço atuaria em concorrência desleal. O risco de confusão existe ao apresentar os produtos ou serviços de maneira tal que leve o consumidor a atribuir esses mesmos produtos, bens, ou serviços a um concorrente. Sempre que um empresário se aproprie de elementos de atração de clientela de outro, ao qual o consumidor associe tais elementos, há risco de confusão⁸⁵. Um exemplo típico será o caso de numa firma se incluir marca alheia.

A Professora Adelaide Menezes Leitão ao analisar os atos de confusão sobre o prisma dos interesses protegidos diz-nos que o ratio da norma é a tutela daqueles que podem sofrer um prejuízo efetivo, ou até eventual com a confusão, ou a suscetibilidade da mesma. Existe uma tutela individual de cada concorrente que pode vir a sofrer um prejuízo aliada à proteção do interesse coletivo dos consumidores, que podem ser induzidos em erro com os atos de confusão existindo uma proteção reflexa do consumidor⁸⁶. No entanto em nossa opinião o consumidor é protegido de forma direta através do DL nº/57/2008 que consagra o regime das práticas desleais contra os consumidores. A cláusula geral do art. 5º nº1 do referido diploma condena como desleal qualquer prática que seja suscetível de distorcer de maneira substancial o comportamento económico dos mesmos, desde que esta seja desconforme o critério da

⁸³ O art.10º bis nº3, 1º da CUP regula igualmente os actos de confusão.

⁸⁴ Cfr. Patrício Paúl, Concorrência Desleal, p.160.

⁸⁵ Cfr. Carlos Olavo, Propriedade Industrial, p.274.

⁸⁶ Cfr. Adelaide Menezes Leitão, Estudo sobre os interesses protegidos e a legitimidade na concorrência desleal, p.79-81.

boa diligência profissional. Ora, o ato de confusão induz o consumidor em erro não tomando esta a sua escolha de forma consciente, mas baseando-se num engano provocado pela confusão criada pelo concorrente. Também o art. 7º n.º2/a) condena como ações enganosas qualquer actividade de promoção comercial que crie confusão com bens, serviços, marcas, designações comerciais e outros sinais distintivos de um concorrente e o art. 8º, alínea p) considera ser uma prática enganosa promover um bem ou serviço análogo ao produzido, ou oferecido por um fabricante de maneira a que o consumidor pense que provém desse mesmo fabricante. Estamos perante um ato que pode ser ao mesmo tempo um caso de concorrência desleal e uma prática desleal enganosa contra os consumidores, violando-se os interesses de ambos, sendo aos dois concedida uma tutela direta de reacção. O concorrente que veja os seus interesses violados tem legitimidade para reagir através do art. 338º Bº do CPI, enquanto que o consumidor tem assegurada uma tutela de reacção pelo art. 16º do DL 57/2008, opondo-se a práticas violadoras dos seus interesses.

Carlos Olavo diz-nos que há duas maneiras de se entender o risco de confusão: em sentido restrito e em sentido amplo⁸⁷⁸⁸. Estamos perante um ato de confusão em sentido restrito quando o consumidor médio não distingue as actividades de uma e de outra empresa. No segundo caso o consumidor médio distingue mas associa-as de forma indevida. A comparação que determina a confusão deve ser medida entre a realidade e a memória que se possa ter de outra, tendo relevância a notoriedade da realidade reproduzida, pois o risco é maior quando a reprodução aponta para uma realidade que o consumidor reconhece facilmente.

O risco deve ser medido pela reacção normal do consumidor médio, excluindo-se os peritos na especialidade e o consumidor descuidado⁸⁹. Em sentido contrário, Luís Couto Gonçalves admite um diferente perfil de consumidor em função da natureza da empresa ou das características e preço dos produtos ou serviços. Entende que deve ser consumidor profissional e especializado tendo em conta a empresa em si e o tipo de clientes a que se destina os produtos ou serviços⁹⁰. O Professor distingue também três situações em que pode existir atos de confusão: o uso de sinais distintivos protegidos por direitos privativos industriais; o uso de sinais distintivos típicos suscetíveis de

⁸⁷ Cfr. Carlos Olavo, Propriedade Industrial, p.274-275.

⁸⁸ Igualmente neste sentido, Luís Couto Gonçalves, Manual de Direito Industrial, p.374.

⁸⁹ Neste sentido Patrício Paúl, Concorrência Desleal, p.161. Carlos Olavo, Propriedade Industrial, p.275.

⁹⁰ Cfr. Luís Couto Gonçalves, Manual de Direito Industrial, p.374.

proteção individualizada, mas não protegidos; o uso de sinais distintivos atípicos insuscetíveis de proteção individualizada⁹¹.

5.2 Atos de descrédito

Os atos de descrédito estão previstos no artigo 317.º, nº1, b) do CPI, estando igualmente regulados no art.10º bis, nº3, 2º da CUP. A vantagem é obtida através de uma falsa afirmação feita no exercício de uma atividade económica que visa desprestigiar os concorrentes, tendo como finalidade o desvio de clientela provocado pela depreciação da atividade económica dos concorrentes, beneficiando por consequência dessa mesma clientela⁹². Nem toda a ofensa deve ser considerada concorrência desleal. Esta deve ser feita no exercício de uma atividade económica. Os excessos por vezes cometidos entre famílias de empresários não são casos de concorrência desleal^{93/94}.

Em regra, o ato de descrédito pressupõe a divulgação perante vários destinatários, mas pode igualmente verificar-se um caso de concorrência desleal se esta for feita unicamente a um destinatário desde que seja suficiente para provocar um dano concorrencial⁹⁵. A norma deve abranger todo o tipo de informações objetivamente falsas, conscientemente ou inconscientemente, relacionadas com a atividade económica de um concorrente, desde que haja intenção no agente de desacreditar os concorrentes^{96/97}. A lei coloca expressamente a finalidade como elemento constitutivo,

⁹¹ Cfr. Luís Couto Gonçalves, Manual de Direito Industrial, p.374

⁹² Cfr. Carlos Olavo, Propriedade Industrial, p.276.

⁹³ Cfr. Oliveira Ascensão, Concorrência Desleal, p.483.

⁹⁴ Ac. de Relação do Porto, de 29 de Junho de 1970, estabeleceu que: “Não há concorrência desleal, se não houver luta de mercados, mas apenas um confronto a certo e determinado crédito que é um dos elementos do estabelecimento comercial.

⁹⁵ Cfr. Luís Couto Gonçalves, Manual de Direito Industrial, p.374.

⁹⁶ “ A circunstância de o concorrente pensar que as informações seriam verdadeiras não retira a deslealdade do ato. Não se pode consentir que um concorrente possa prejudicar outro e fique imune à concorrência desleal alegando que não tinha consciência da falsidade das afirmações” in Luís Couto Gonçalves, Manual de Direito Industrial, p.374, nota 942.

⁹⁷ Em sentido contrário Oliveira Ascensão diz-nos que: “ Se o agente divulga, mesmo que com intenção de denegrir, factos desacreditadores de um concorrente supondo que são verdadeiros, não se preenche o tipo legal” in Concorrência Desleal, p. 484

não existindo concorrência desleal se não se provar o fim específico do agente⁹⁸. Nesse caso podemos estar perante um ato potencialmente gerador de responsabilidade civil do artigo 484.º C.C., ou até mesmo perante um caso de concorrência desleal se preencher o proémio do artigo 317.º, ou seja, que o ato seja contrário às normas e usos honestos

A doutrina tem discutido se os atos de descrédito abrangem apenas as afirmações falsas ou também as afirmações verdadeiras. Concordamos com Oliveira Ascensão que entende que estas devem ser consideradas como concorrência desleal, pese embora não se insiram na alínea b), do artigo 317.º, do CPI. Mesmo assim podem preencher os pressupostos da cláusula geral da concorrência desleal⁹⁹¹⁰⁰.

Segundo a Professora Adelaide Menezes Leitão a norma visa tutelar a vítima da conduta podendo ser atingidos os destinatários do ato, bem como toda uma categoria de concorrentes. Pretende-se proteger os interesses de uma colectividade de concorrentes que poderão vir a ser prejudicados pela afirmação¹⁰¹. O consumidor em nosso entender goza de uma tutela direta nos casos em que a afirmação é falsa preenchendo-se a cláusula geral do art. 5º nº1 do DL 57/2008. Não há dúvidas que um ato desta natureza seja contra o critério da boa diligência profissional e seja susceptível de distorcer o comportamento económico do consumidor. Se a afirmação for verdadeira não é certo que se preencha o anterior critério, mas não poderemos afirmar que o ato distorce o comportamento do consumidor. Em nossa opinião torna-o consciente, ou seja o consumidor beneficia com a sua divulgação

Costuma-se apontar dentro dos atos de descrédito, o caso da publicidade comparativa. Será tema que analisaremos mais à frente. Podemos para já afirmar que a publicidade comparativa não se esgota nos atos de descrédito, não tendo a comparação de ser falsa. Só em caso de falsidade das afirmações poderemos aplicar a alínea b) do artigo 317º do CPI.

⁹⁸ Cfr. Oliveira Ascensão Concorrência Desleal, p.485.

⁹⁹ Cfr. Oliveira Ascensão, Concorrência Desleal, p.484.

¹⁰⁰ Em sentido contrário Carlos Olavo, Propriedade Industrial, p.278 e Luís Couto Gonçalves, Manual de Direito Industrial, p.375.

¹⁰¹ Cfr. Adelaide Menezes Leitão, Estudo sobre os interesses protegidos e a legitimidade na concorrência desleal, p.82-83.

5.3 Invocações ou referência não autorizadas

As invocações ou referências não autorizadas estão previstas na alínea c) do nº1 do artigo 317.º do CPI. São feitas com o intuito de beneficiar do crédito ou da reputação de um nome, estabelecimento, ou marca alheias. Para estarmos perante um ato desleal é necessário preencher três requisitos: que a invocação ou referência não seja autorizada; que seja contrária às normas e usos honestos da atividade em questão; que tenha por fim o benefício ilegítimo do autor¹⁰².

A reputação de um empresário conquistada por um longo e árduo trabalho, ao longo de anos, refletindo o seu valor económico no aviamento do seu estabelecimento pode ser severamente prejudicado pelo aproveitamento da sua reputação por um concorrente que com mínimo esforço comercial se põe em pé de igualdade para auferir das vantagens conquistadas por outro¹⁰³. São atos de perturbação da concorrência suscetíveis de prejudicar o resultado económico considerado legítimo conquistado no mercado pelos vários empresários. Mesmo que a apropriação das qualidades de terceiro não se mostra danosa para este último, irá sempre prejudicar os outros concorrentes que se abstêm de lançar mão de atos dessa natureza¹⁰⁴.

Adelaide Menezes Leitão entende por isso que todo o sector concorrencial pode ser atingido e não apenas um concorrente individualmente determinado. Estamos perante uma tutela coletiva¹⁰⁵. Neste caso qualquer concorrente tem legitimidade para reagir contra o ato que lesa os interesses do seu sector concorrencial. O consumidor também é tutelado diretamente através do art. 5º nº1 do DL 57/2008. Estamos perante uma prática comercial que é suscetível de distorcer o comportamento económico do consumidor, sendo claramente disconforme o critério da boa diligência profissional, enfeitando-se o comerciante com “penas alheias”. Mais uma vez é um caso simultâneo de concorrência desleal e uma prática desleal contra os consumidores, beneficiando concorrentes e consumidores de uma tutela direta.

¹⁰² Cfr. Luís Couto Gonçalves, Manual de Direito Industrial, p.376.

¹⁰³ Cfr. Patrício Paúl, Concorrência Desleal, p.174 e segs.

¹⁰⁴ Cfr. Carlos Olavo, Propriedade Industrial, p.279.

¹⁰⁵ Cfr. Adelaide Menezes Leitão, Estudo sobre os interesses protegidos e a legitimidade na concorrência, p.80-82

A letra da lei não menciona a falsidade da referência, devendo entender-se que em princípio a proibição vale tanto para as referências falsas como para as referências verdadeiras¹⁰⁶, ao contrário b), d) e e).

5.4 Falsas indicações de crédito ou reputação próprios, respeitantes ao capital ou situação financeira do estabelecimento, à natureza ou âmbito das suas atividades e negócio e à qualidade ou quantidade de clientela.

Este ato desleal está previsto na alínea d), do nº1, do artigo 317.º do CPI e o traço caracterizador assenta na falsidade da indicação, induzindo o público em erro¹⁰⁷. Difunde-se uma imagem empresarial que não é verdadeira, alcançando desse modo uma vantagem ilegítima no mercado. As falsas indicações tanto podem dizer respeito à empresa como ao empresário, colocando-se o agente de forma indevida numa posição de vantagem em relação aos seus concorrentes, devendo essas atuações serem proibidas como ato de concorrência desleal¹⁰⁸. Por essa razão a falsa indicação de títulos profissionais devem equiparar-se a falsas invocações sobre a empresa.

A lei especifica três casos: indicações ao capital ou situação financeira do estabelecimento; indicações quanto à natureza ou extensão das suas atividades e negócios; indicações à qualidade ou quantidade de clientela..

Por vezes, a norma não é de fácil aplicação, como refere Oliveira Ascensão, e torna-se difícil sustentar que um banco numa situação precária deve transmitir essa indicação aos seus clientes. Não nos devemos esquecer é necessário procurar pelo crivo das normas e usos honestos. Ora as falsas indicações só serão consideradas concorrência desleal quando sejam reprovadas pelas normas e usos honestos do sector¹⁰⁹.

¹⁰⁶ No entanto Luís Couto Gonçalves apresenta uma exceção: " Não haverá concorrência desleal se a referência for verdadeira e apresentada de modo objetivo sem ser num contexto forjado para obter benefício".

¹⁰⁷ Cfr. Luís Couto Gonçalves, Manual de Direito Industrial, p.376.

¹⁰⁸ Cfr. Carlos Olavo, Propriedade Industrial, p.280.

¹⁰⁹ Cfr. Oliveira Ascensão, Concorrência Desleal, p.532.

Também não cabe na *facti species* normativa, afirmações exageradas feitas na convicção de os consumidores não as tomarem à letra¹¹⁰. O comerciante afirma sempre que os seus serviços são os melhores. Por exemplo alguém utiliza a expressão que é o melhor sapateiro do mundo. Diferente será afirmar que é especialista em fotografia quando na realidade nada sabe.

A norma visa proteger os interesses de uma categoria determinada de concorrentes. O concorrente não é diretamente atingido mas indiretamente sofrendo um potencial ou efectivo desvio de clientela, apropriando-se o comerciante de características que não tem¹¹¹, devendo-se admitir a qualquer concorrente do mesmo setor poder reagir contra o ato. O consumidor também é tutelado diretamente. O art. 7º nº1/f) do DL 57/2008, consagra como prática comercial desleal aquela que induz o consumidor em erro em relação à natureza, os atributos e os direitos do profissional ou do seu agente, como a sua identidade, património, qualificações, preenchimento dos requisitos de acesso ao exercício da actividade, o seu estatuto, ou as suas relações e os direitos de propriedade industrial, comercial ou intelectual, ou os prémios e distinções que tenha recebido. Mais um exemplo de simultaneidade de um ato que é de concorrência desleal e uma prática desleal comercial contra os consumidores, oferecendo-se a cada um deles meios de tutela próprios.

5.5 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 adotado.

Estes comportamentos suscetíveis de configurar atos de concorrência desleal estão previstos na alínea e), do nº1, do artigo 317.º d CPI.

A falsa indicação de proveniência só existe se for usada de forma séria, com intenção de induzir o público em erro, e não de forma manifestamente fantasiosa, sendo

¹¹⁰ Cfr. Luís Couto Gonçalves, Manual de Direito Industrial, p.376.

¹¹¹ Cfr. Adelaide Menezes Leitão, Estudo sobre os interesses protegidos e a legitimidade na concorrência, p.83.

evidente que não há conexão entre a indicação e a origem do produto¹¹². Se se tratar de uma simples designação genérica, por exemplo “água-de-colônia” é evidente que qualquer um a pode utilizar. Trata-se de uma realidade insuscetível de ser apropriada de forma exclusiva, não sendo um ato de concorrência desleal¹¹³.

O ato deve ser objetivamente falso e não apenas subjetivamente enganoso¹¹⁴. Simples referências de ordem geral que todos os comerciantes fazem, que não são credíveis por parte do consumidor, não dão origem a atos de concorrência desleal¹¹⁵. As falsas afirmações devem ter como limite o *dolus bonnus* e respeitar as normas e usos honestos da atividade em questão. Diferente caso é de se tratar de propaganda mentirosa, o qual pressupõe afirmações de factos específicos e concretos.

Adelaide Menezes Leitão refere que se tutela uma categoria determinada de concorrentes, não se afastando também a tutela do interesse individual do concorrente, protegendo-se reflexamente os consumidores¹¹⁶. Qualquer um dos concorrentes pode reagir contra o ato que violou os seus interesses. No nosso entender, este é mais um dos casos em que estamos perante um ato de concorrência desleal e uma prática desleal contra o consumidor. Este goza de uma tutela direta. O art. 7º, nº1 alíneas a) e b) consideram ser práticas desleais aquelas que induzem o consumidor em erro em relação à natureza do bem, ou serviço e às suas características principais.

5.6 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 produto ou fabricante em produtos destinados à venda e que não tenham sofrido modificação no seu acondicionamento.

A situação está prevista na alínea f) do artigo 317.º do CPI. Neste caso, a marca ou denominação aparecem como um elemento negativo para o operador, sendo por isso

¹¹² Cfr. Luís Couto Gonçalves, Manual de Direito Industrial, p.377.

¹¹³ Cfr. Carlos Olavo, Propriedade Industrial, p.280-281.

¹¹⁴ Cfr. Luís Couto Gonçalves, Manual de Direito Industrial, p.376-377.

¹¹⁵ O Código Civil no art.253º nº2 diz-nos que não constituem dolo ilícito as sugestões ou artifícios usuais, considerados legítimos segundo a conceção dominante no comércio jurídico.

¹¹⁶ Cfr. Adelaide Menezes Leitão, Estudo sobre os interesses protegidos e a legitimidade na concorrência desleal, p.84-85.

suprimidos, ocultados, ou alterados¹¹⁷. Pretende-se proibir uma concorrência baseada na falsa apresentação dos produtos criando a suscetibilidade de indução do público em erro.

Protege-se os interesses de uma categoria determinada de concorrentes. O comportamento é reprimido porque é idóneo a falsear as opções dos consumidores, a desviar clientela, prejudicando-se desta forma os concorrentes, tendo qualquer um legitimidade para reagir contra o ato através do art. 337º-B como já referido. O consumidor também vê os seus interesses lesados, baseando a sua escolha em erro. O art. 9º, nº1 alínea a) do DL. 57/2008 considera ser uma prática enganosa e por consequência desleal aquela que omita uma informação com requisitos substanciais para uma decisão negocial esclarecida do consumidor, sendo-lhe concedida uma tutela direta de reação pelo art. 16º do referido decreto de lei.

5.7 Proteção de informações não divulgadas.

A previsão legal está no artigo 318.º do CPI. Este ato desleal nasce por força do artigo 39º do Acordo ADPIC/TRIPS, segundo o qual a proteção de informações não divulgadas faz-se através do regime da concorrência desleal¹¹⁸. Sendo assim, a violação de segredos de negócio surge no âmbito da concorrência desleal, estando por isso sujeito aos pressupostos do artigo 317.º do CPI.

A deslealdade do ato traduz-se na ilícita aquisição, utilização, ou divulgação dos segredos de negócio de outrem, sendo necessário três requisitos para conferir proteção legal ao segredo: ser informação sigilosa; ter valor comercial; existir uma vontade objetiva do titular de a manter oculto. Assim dispõe as alíneas a), b), c) do artigo 318º do CPI¹¹⁹.

¹¹⁷ Cfr. Oliveira Ascensão, *Concorrência Desleal*, p.539-540.

¹¹⁸ Art. 39º, n.º 1, do Acordo ADPIC/TRIPS: "Ao assegurar uma proteção efetiva contra a concorrência desleal, conforme previsto no art. 10º bis da Convenção de Paris, os membros protegerão as informações não divulgadas em conformidade com o disposto no nº2 e os dados comunicados ao poderes públicos ou organismos públicos em conformidade com o disposto no nº3".

¹¹⁹ Os requisitos do art.318º do CPI são os estabelecidos literalmente nas alíneas a), b), c) do nº2 do art.39º ADPIC/TRIPS.

É qualificado como segredo aquele conhecimento que só é acessível a um número restrito de pessoas que possuem o dever de o manter secreto. Luís Couto Gonçalves aponta dois momentos juridicamente relevantes: o da ilícita apropriação e o da utilização ou divulgação posterior. A aquisição é ilícita se não resultar de atividade do próprio concorrente ou de autorização do titular. Mas pode acontecer que haja uma aquisição lícita, mas uma utilização ou divulgação ilícita. O que é relevante é a intenção de manter o conhecimento oculto. Pode-se verificar nestes casos uma violação contratual e conseqüentemente um ato de concorrência desleal, sendo um ato de agressão e não de apropriação¹²⁰.

Adelaide Menezes Leitão encontra na norma uma tutela individual do concorrente em primeira linha, pois a incriminação da conduta é feita com base no interesse do concorrente, cujos segredos de indústria são revelados. Além da tutela consagrada pelo instituto da concorrência desleal, o concorrente pode reagir civilmente com base em violação contratual se a utilização, ou divulgação for ilícita, ou se se reunirem os pressupostos de aplicação do art. 483º C.C, poderemos estar perante um caso de responsabilidade civil extra-obrigacional pelo prejuízo causado pela divulgação do segredo negocial.

5.8 Publicidade Comparativa

Os atos de concorrência têm como finalidade alcançar vantagens competitivas no mercado, captando desse modo clientes. A publicidade é um meio privilegiado para essa captação. Sabendo que a concorrência desleal protege os interesses dos concorrentes e reflexamente os interesses dos consumidores, é de enorme importância saber até que ponto a publicidade pode configurar um caso de concorrência desleal.

A publicidade comparativa encontra-se regulada no artigo 16.º do Código da Publicidade, comportando dois elementos essenciais: a referência a outras prestações, e

¹²⁰ Cfr. Luís Couto Gonçalves, Manual de Direito Industrial, p.379-385.

o estabelecimento duma comparação ou confronto com as próprias prestações. A referência pode ser explícita, ou implícita¹²¹.

Existem casos duvidosos de publicidade comparativa no qual falta um dos elementos essenciais. Na comparação exige-se uma referência às prestações de outro concorrente, mas também à sua própria prestação. Não se registrando esta última poderemos estar perante publicidade denegatória. Se a publicidade tiver em vista a equivalência da prestação e não a sua melhor qualidade, esta será uma publicidade adesiva e não comparativa, aproveitando-se da reputação de outra prestação. A publicidade comparativa também poderá ser realizada através de testes comparativos. Se os testes forem feitos pelo anunciante trata-se de publicidade comparativa, mas se forem realizados por um organismo independente não se deve enquadrar como publicidade, muito menos ainda como publicidade comparativa¹²².

Em Portugal começou por não admitir publicidade comparativa, fundamentando-se a recusa nos atos de descrédito, consagrados atualmente no artigo 317.º, b), do CPI. No entanto, este apenas condenava as falsas afirmações. Mas caso as afirmações fossem verdadeiras esta era entendida como sendo sempre contrários às normas e usos honestos¹²³. Com o Código da Publicidade a prever a publicidade comparativa, passou a defender-se a admissibilidade do procedimento, de tal modo que hoje se tem por pacífico que a mesma se encontra excluída da disciplina da concorrência desleal¹²⁴.

A publicidade comparativa é lícita, em princípio, desde que se respeitem os requisitos das alíneas do artigo 16.º, n.º 2, do Código da Publicidade. Em primeiro lugar toda a publicidade dever ser verdadeira, como diz o artigo 10.º do Código da Publicidade, pois caso a publicidade seja enganosa não há dúvidas que estamos perante um caso de concorrência desleal previsto no artigo 317.º do CPI. Mesmo que as normas e usos honestos levem a uma valoração negativa do ato, este não poderá prevalecer sobre a determinação legal do artigo 16.º do Código da Publicidade que permite a sua

¹²¹ Cfr. Adelaide Menezes Leitão, “Direito da Publicidade e Concorrência Desleal”, in *Direito Industrial*, Vol. IV, p.238.

¹²² Cfr. Adelaide Menezes Leitão, “Direito da Publicidade e Concorrência Desleal”, in *Direito Industrial*, Vol. IV, p.239-241.

¹²³ Cfr. Oliveira Ascensão, *Concorrência Desleal*, p.490-491.

¹²⁴ Cfr. Oliveira Ascensão, *Concorrência Desleal*, p.491.

admissibilidade. O tipo mais preciso prevalece sobre o tipo vago e valorativo do proêmio do art.317.º do CPI.¹²⁵

Para Professora Adelaide Menezes Leitão existe uma sanção comum ao ilícito publicitário e à concorrência desleal, devendo se traçar uma relação de especialidade. Mas existe uma ligação entre os dois institutos que não deve ser esquecida, mesmo que estejam autonomizados. A publicidade comparativa protege os interesses dos concorrentes nos domínios que condicionam a ilicitude da mesma. entanto, sendo que as alíneas d) - atos de confusão-, e) - atos de descrédito -, g) e h) - atos de aproveitamento- apresentam-se como disposições especiais de concorrência desleal fora dos artigos 317.º e 318.º do CPI, no específico contexto publicitário.

Alexandre Dias Pereira defende que a publicidade comparativa deve ser encarada como um instrumento de informação e proteção dos direitos dos consumidores e como um estímulo de livre concorrência. Analisa o artigo 60º da Constituição relativo ao direito dos consumidores, afigurando-se-lhe ser admissível que a comparação direta de concorrentes é lícita. A ilicitude existe quando os objetivos de transparência e informação não forem prosseguidos, gerando confusão e denegrimto dos concorrentes alvo, ou benefício da notoriedade das marcas. É nessa medida que existe uma ligação com o instituto da concorrência desleal¹²⁶.

Em nossa entender a publicidade comparativa está fora do âmbito da concorrência desleal e, todavia, existem situações de publicidade comparativa não permitidas que podem dar origem a situações de concorrência desleal. Nos casos das alíneas d), e), g) e h) do artigo 16º do Código da Publicidade, estaremos perante atos de confusão, atos de descrédito e atos de apropriação. Ora se a publicidade comparativa não respeitar estas alíneas, afigura-se-nos que estamos também perante um caso de concorrência desleal se conseguirmos preencher também os pressupostos do art.317º nº1 do CPI.

Protege-se os interesses dos concorrentes quando a publicidade comparativa seja ilícita e configurar casos de concorrência desleal sendo conferida uma tutela direta de reação contra o autor do ato. Os interesses dos consumidores são também protegidos no

¹²⁵ Cfr. Oliveira Ascensão, *Concorrência Desleal*, p.494-495.

¹²⁶ Cfr. Alexandre Dias Pereira, "Publicidade Comparativa e práticas comerciais desleais" in *Sep. de: Estudos de Direito do Consumidor*, nº7, Coimbra, 2005.

caso das alíneas a), d), e), g) e h), tratando-se de atos susceptíveis de distorcer de maneira substancial o comportamento económico dos mesmos. Desde que se consiga preencher o critério da desconformidade com diligência profissional os atos serão considerados desleais pelo art. 5º nº1 do DL 57/2008. Também o art. 7º nº2 alínea a) é considerada desleal a publicidade comparativa que crie confusão com bens, serviços, marcas, designações comerciais e outros sinais distintivos de um concorrente. Concorrentes e consumidores possuem uma tutela direta de reação contra alguns casos de publicidade comparativa ilícita, podendo em algumas situações um ato ser considerado publicidade comparativa ilícita, concorrência desleal e uma prática desleal contra o consumidor.

5.9 Concorrência Parasitária e Imitação Servil

A concorrência parasitária e a imitação servil são modalidades de atos de concorrência desleal que não constam diretamente da lei, mas que foram construídas doutrinariamente inserindo-se no preâmbulo do artigo 317.º do CPI. No entanto, a doutrina não é unânime na sua classificação¹²⁷. Vejamos.

Patrício Paúl diz-nos que a concorrência parasitária tem sido entendida como o uso de uma marca por terceiro, fora daquela categoria de produtos para a qual é eficaz o seu registo. Na sua opinião, a concorrência parasitária consiste em um empresário seguir sistematicamente as pisadas dum concorrente, copiando-lhe com simples variantes de forma, as diferentes realizações que este vai efetuando nos vários sectores da sua atividade. “Parasita” é aquele que vive à custa alheia. Que imita não só uma marca, mas todo um sistema de trabalho, iniciativas de toda a ordem, tirando proveito dos estudos, das despesas de preparação e da experiência do concorrente. Não é um ato isolado, mas uma cadeia de atos coordenados entre si, que examinados no seu conjunto, são a expressão de uma finalidade ilícita, que ao realizar-se é suscetível de prejudicar um concorrente. É uma conduta violadora do direito à leal concorrência, prejudicando-se a

¹²⁷ Cfr. Adelaide Menezes Leitão, *Imitação Servil, Concorrência Parasitária e Concorrência Desleal*, p.119 e segs.

obtenção de um legítimo resultado económico a que o empresário violado tem direito¹²⁸¹²⁹.

Carlos Olavo entende que se há risco de confusão ou apropriação indevida de elementos pertencentes a outrem, não há dúvida que estamos perante um caso de concorrência desleal. A dúvida surge quando não existe risco de confusão, nem direito privativo que proteja em termos exclusivos o resultado de certa atividade. Para o Professor, o parasitismo pode revestir duas modalidades: visar a reputação de terceiro ou dos seus produtos, ou os resultados do seu trabalho. Exemplo da primeira é a utilização por terceiro de uma marca notória em produtos não idênticos nem similares, confundindo-se consumidores e prejudicando os fornecedores do bem usufruindo do poder sugestivo da marca e da publicidade feita pelo titular, podendo também a utilização significar o esvaziamento do poder sugestivo da marca. É um ato de concorrência desleal porque o empresário tira ou tenta tirar partido da reputação legitimamente adquirida por terceiro. No segundo caso, tem sido muito discutido se existe ilicitude no ato quando não exista risco de confusão, nem violação de direito privativo, pois a imitação em princípio é livre sendo o sangue que dá vida à concorrência. No entanto, quando esta é sistemática, excede a liberdade de concorrência e viola as normas e usos honestos de qualquer atividade económica. A apropriação sistemática é um caso de concorrência desleal lesando o titular dos direitos atinentes ao bem imitado, desapossado dos resultados da sua criatividade técnica, desenvolvido através dos seus investimentos. Os concorrentes que se abstêm em praticar o ato procedendo leal e honestamente também saem prejudicados não se apoderando do trabalho de outrem. O interesse público também é atingido porque uma vez que os incentivos à inovação são afetados pela ação parasitária dos imitadores¹³⁰.

A Professora Adelaide Menezes Leitão defende que a imitação servil tem sempre presente a suscetibilidade de criar confusão - situação abrangida pelo artigo 317.º, a), do CPI - enquanto a concorrência parasitária carece de ser valorada pelas normas e usos honestos da atividade económica em concreto. A concorrência parasitária é um conjunto de atos que se repete no tempo. A imitação servil possui unicamente um carácter qualitativo dos atos. O que interessa não é a quantidade de atos, mas o modo

¹²⁸ Cfr. Patrício Paúl, *Concorrência Desleal*, p.189-203.

¹²⁹ No mesmo sentido Oliveira Ascensão, *Concorrência Desleal*, p. 442-448.

¹³⁰ Cfr. Carlos Olavo, *Propriedade Industrial*, Vol. I, p.283-291.

como a imitação é realizada de maneira a poder criar confusão entre o estabelecimento, os produtos, os serviços, ou os créditos dos concorrentes. A concorrência parasitária e a imitação servil são ambas formas de concorrência desleal que tem em comum a imitação e a suscetibilidade de criar confusão. Para num caso concreto podermos distinguir as figuras, a Professora propõe o seguinte exercício: em primeiro lugar determinar em que consiste a confusão e a suscetibilidade de criar confusão; segundo, encontrar os critérios que permitem identificar a confundibilidade face a condutas concretas; terceiro afastar a confundibilidade e encontrar as circunstâncias cumulativas para qualificar a concorrência parasitária como concorrência desleal¹³¹.

Em nosso entender imitação servil constitui um ato isolado no tempo, não havendo direito privativo, o ato deve ser considerado lícito a não ser que tenha a suscetibilidade de criar confusão com o estabelecimento, os produtos, os serviços, ou os créditos dos concorrentes. Nesse caso estamos perante um ato de concorrência desleal inserindo-se na categoria dos atos confusórios da alínea a) do artigo 317.º do CPI. Dado o princípio de livre imitação, dificilmente nos parece admissível que a imitação servil possa ser considerada um ato de concorrência desleal se não houver risco de confusão.

A concorrência parasitária tem uma dimensão quantitativa dos atos, repete-se continuamente no tempo. Há concorrência parasitária quando uma empresa copia servilmente, globalmente, duradouramente a linha empresarial de outra, anulando-se a distância que a separa dessa empresa, não graças à sua própria prestação, mas antes à apropriação dos elementos de inovação e risco que deveriam dar a vitória ao concorrente atentando-se dessa forma contra as normas e usos honestos de qualquer atividade económica. Se existir risco de confusão estamos perante a alínea a) do art.317º. Este é irrelevante, o necessário é que os atos de reprodução se revistam de um carácter sistemático no tempo havendo um aproveitamento à custa de outrem, prejudicando-se o seu legítimo direito. Se não houver risco de confusão, insere-se na cláusula geral do art.317º. Encontra-se violado nas duas situações o direito à leal concorrência prejudicando-se a obtenção de um legítimo resultado a que um empresário violado tem direito.

¹³¹ Cf. Adelaide Menezes Leitão, "Imitação servil, concorrência parasitária e concorrência desleal" , in Direito Industrial / APDI, Vol. I. p.119-155.

Os interesses dos concorrentes são diretamente protegidos. Caso haja confusão tutela-se aquele que pode vir a sofrer um prejuízo efectivo, ou eventual com o ato. Os consumidores também gozam de uma tutela direta através da cláusula geral do art. 5º, nº1 do DL 57/2008, caso se preencha os requisitos e também pelo art. 7º, nº2 que considera desleal qualquer actividade de promoção comercial que crie confusão com bens, marcas, designações comerciais e outros sinais distintivos de um concorrente. Se não houver risco de confusão não podemos estar perante um caso de imitação servil, mas apenas de concorrência parasitária. Neste caso o concorrente continua a ver os seus interesses protegidos, não sendo os seus elementos de inovação e risco que lhe conferem uma vantagem competitiva apropriados por terceiros, gozando de uma tutela direta de reacção. O consumidor se não houver susceptibilidade de confusão apenas gozará de uma protecção reflexa, possuindo uma tutela direta apenas por acção do Ministério Público, ou dos concorrentes.

Para podermos distinguir as figuras devemos em primeiro lugar perceber em que consiste a suscetibilidade de confusão; em segundo, desvendar no caso concreto se existe ou não risco de confusão; em último lugar, perceber se os atos de imitação se revestem de um carácter continuado no tempo, preenchendo-se os pressupostos que enquadram a concorrência parasitária como concorrência desleal, independente de existir ou não risco de confusão.

Conclusões

Exposto o nosso trabalho, enumeramos as conclusões a que chegámos.

1. A concorrência desleal nasceu pensada para sancionar a violação de direitos privativos de propriedade industrial.
2. Os direitos privativos podem ser violados sem estarmos obrigatoriamente perante um ato de concorrência desleal e vice-versa, não existindo nenhum laço necessário entre os institutos. Em nosso entender os institutos são autónomos não havendo sentido para que a disciplina da concorrência desleal ainda se encontre no Código de Propriedade Industrial, a não ser por razões históricas.
3. A concorrência desleal pretende tutelar uma multiplicidade de interesses, o interesse geral, o dos concorrentes e o dos consumidores. No entanto estes não se encontram todos no mesmo plano. O interesse dos concorrentes surge em primeiro lugar, em segundo aparece o interesse geral e em terceiro os consumidores que beneficiam de uma proteção reflexa, não se admitindo vantagens concorrenciais à custa da indução do consumidor em erro.
4. A Directiva 2005/29/CE sobre as práticas comerciais desleais relativamente aos consumidores tem consequências no que respeita aos interesses protegidos. Na Directiva os consumidores são protegidos em primeiro plano, enquanto que os concorrentes são protegidos reflexamente. A proteção é feita de modo oposto relativamente ao instituto da concorrência desleal. Existem práticas que são ao mesmo tempo práticas comerciais contra consumidores e concorrentes havendo uma duplicação de sanções pela prática do mesmo ato, o que será desproporcionado.

5. Existem atos de concorrência desleal nos quais os consumidores não são reflexamente protegidos mas directamente, sendo-lhes concedida uma tutela directa através do regime das práticas desleais contra os consumidores.
6. Sendo assim deveria o instituto da concorrência desleal ser repensado e enquadrado juntamente com o regime das práticas desleais contra os consumidores. Deve-se criar um regime alargado de práticas comerciais desleais, no qual se protege os interesses de todos os agentes que actuam no mercado sendo um instrumento de regulação e controlo das condutas promovendo-se uma concorrência sã, leal e honesta.
7. A cláusula geral do art. 317º, nº1, do CPI decompõe-se em três partes: ato de concorrência, contrariedade às normas e usos honestos e qualquer ramo de actividade económica.
8. O ato de concorrência é aquele que é susceptível de atribuir uma posição relativa vantajosa com o correlativo sacrifício de outrem pela disputa da mesma clientela, não tendo necessariamente de incidir no mercado, mas repercutir-se neste, sendo analisado no caso concreto.
9. A expressão “normas e usos honestos” confere um carácter valorativo ao ato de concorrência desleal, sendo objecto de análise no caso concreto, tendo em atenção as características específicas, os usos sociais e as regras de comportamento do ramo de actividade onde o acto é praticado, tendo em consideração a consciência ética do agente económico médio do setor.
10. Ao conjugar as concepções de ato de concorrência e contrariedade às normas e usos honestos podemos estar perante dois concorrentes que se encontram em ramos de actividade diferentes. Se assim for, o critério das “normas e usos honestos” deve ser o do sector no qual o acto é praticado, não devendo a lei permitir que se desrespeite a consciência valorativa de um sector obtendo-se uma vantagem concorrencial à custa de um ramo de actividade mais permissivo.

11. Os profissionais liberais também devem ser abrangidos pela expressão “qualquer ramo de actividade económica”, estendendo-lhes o instituto da concorrência desleal. É manifesto o carácter económico destas profissões, não é necessário que o profissional seja um comerciante, mas sim que haja uma relação de concorrência, a qual é demais evidente pois a afirmação de um faz-se sempre à custa da posição ocupada pelos restantes que disputam a mesma clientela. Estes têm até deveres acrescidos decorrentes das suas normas deontológicas próprias.
12. No caso da alínea b) do art.317º nº1 do CPI, que refere os atos de descrédito, só as afirmações falsas são abrangidas pela norma, sendo taxativa quanto à falsidade das afirmações. Uma afirmação verdadeira pode ser considerada concorrência desleal se cair no proémio do art.317º nº1, ou seja ser contra as normas e usos honestos de um determinado ramo de actividade.
13. A publicidade comparativa não é um caso concorrência desleal beneficiando tanto concorrentes como consumidores. É difícil sustentar que, em si mesma sem mais, viola as “normas e usos honestos” quando é a lei que a veio permitir através do art.16º do Código da Publicidade
14. Existem no entanto situações de publicidade comparativa não permitidas pelo art.16º do Código de Publicidade que podem dar origem a situações de concorrência desleal, se preencherem os pressupostos do proémio do art. 317º do CPI, ou configurar um ato de descrédito – alínea b) caso as afirmações sejam falsas, tratando-se de publicidade inutilmente depreciativa.
15. A susceptibilidade de confusão é uma característica necessária da imitação os enquadrá-la como um ato de concorrência desleal inserindo-se na categoria de atos do art. 317º nº1/a) do CPI. No caso da concorrência parasitária pode existir risco de confusão ou não. Necessário é que os actos de reprodução se revistam de um carácter sistemático no tempo havendo um aproveitamento à custa de outrem.

Bibliografia Consultada

ABREU, Luís Vasconcelos – *Em tema de concorrência desleal no exercício da advocacia: princípio da legalidade, normas e usos honestos e direito profissional*, Relatório de mestrado em Direito Comercial, Lisboa, 1995.

ASCARELLI, Tullio, *Teoria della Concorrenza e dei Beni Immateriali*, 3ª edição, Milão, 1960.

ASCENSÃO, José de Oliveira – “O princípio da prestação – um novo fundamento” in *Separata da Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 56-I, Lisboa, Janeiro de 1996, p.5 – 40.

ASCENSÃO, José de Oliveira – *Concorrência Desleal*, Coimbra, Almedina, 2002.

ASCENSÃO, José de Oliveira – “Concorrência Desleal: as grandes opções”, in *Direito Industrial / APDI*, Coimbra, 2009, Vol. VII, p. 83 – 102.

AULETTA, Giuseppe e MANGINI, Vito, *Della Concorrenza*, in *Commentario del Codice Civile a cura di A. Scialoja e G. Branca*, 2ª edição, 1977.

CARVALHO, Américo da Silva, *Concorrência Desleal: Princípios Fundamentais*, Coimbra Editora, 1984.

CARVALHO, Orlando de – *Critério e Estrutura do Estabelecimento Comercial*, I, 1967.

CRISTAS, Assunção – “Concorrência desleal e protecção do consumidor: a propósito da Directiva 2005/29/CE”, in *Separata Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles: 90 anos / Homenagem da Faculdade de Direito*.

CHORÃO, Luís Bigotte – “Notas sobre o âmbito da concorrência desleal”, in *Separata da Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 55-III, Lisboa, 1995, p. 713 – 755

CHORÃO, Luís Bigotte – “O conceito de concorrência desleal – evolução legislativa”, in *Concorrência Desleal*, Coimbra, Almedina, 1997.

COELHO, José Gabriel Pinto – O conceito de concorrência desleal”, in *Concorrência Desleal – Textos de Apoio*, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1996, p. 227 – 243.

GONÇALVES, Luís M. Couto – *Manual de Direito Industrial*, 4ª edição, Coimbra, Almedina, 2013

GOUSENBERG, Victor – *La concurrence déloyale et sa répression en suisse*, Genève, 1945

LEITÃO, Adelaide Menezes – “Estudo sobre os interesses protegidos e a legitimidade na concorrência desleal”, in *Sep. de: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Direito de Lisboa, Ano XXXVII, nº1, 1996*, Lisboa, p.43 – 118.

LEITÃO, Adelaide Menezes – “A concorrência desleal e o direito da publicidade”, in *Concorrência Desleal*, Coimbra, Almedina, 1997.

LEITÃO, Adelaide Menezes – *Estudo de Direito Privado sobre a cláusula geral da concorrência desleal*, Coimbra, Almedina, 2000.

LEITÃO, Adelaide Menezes – “Imitação servil, concorrência parasitária e concorrência desleal”, in *Direito Industrial / APDI*, Coimbra, 2001, Vol. I, p.119 – 155.

LEITÃO, Adelaide Menezes – “Publicidade comparativa e concorrência desleal”, in *Direito Industrial / APDI*, Coimbra, 2005, Vol. IV, p.237 – 265.

LEITÃO, Adelaide Menezes – “Direito da Publicidade e Concorrência Desleal – um estudo sobre as práticas comerciais desleais”, in *Direito Industrial / APDI*, Coimbra, 2005. Vol. IV, p. 267 – 284.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes – “Concorrência Desleal e tutela do interesse público na liberdade de concorrência”, in *Estudos jurídicos e económicos em homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco*, Vol. II, Lisboa, 2006, p. 887 – 898.

LIMA, José Lobo d Avila, *Da Concorrenca Desleal*, Coimbra, 1910.

MARQUES, Paulo Manuel da Conceição – *Concorrência desleal interesses protegidos: concorrentes, consumidores, interesse público*, Relatório do seminário de Direito Comercial, Lisboa, 1994.

MASSAGUER, José – *El nuevo derecho contra la competencia desleal: La Directiva 2005/29/CE sobre las prácticas comerciales desleales*, 2ª edición, Arazandi, 2006.

MENDES, Evaristo – “Direito da Concorrência Desleal e Direito da Concorrência” in *Concorrência Desleal*, Coimbra, Almedina, 1997, p.87 -98.

OLAVO, Carlos – *Violação do Direito à marca (am face do actual Código da Propriedade Industrial)*, in *O Direito*, ano 127º (1995), I-II.

OLAVO, Carlos – *Propriedade Industrial*, Vol. I, 2ª edição, Coimbra, Almedina, 2005.

OLAVO, Fernando – *Direito Comercial*, Vol. I, 2ª edição, 1970

PAÚL, Jorge Fernando de Castro Patrício – *Concorrência Desleal*, Dissertação apresentada no Curso Complementar de Ciências Jurídicas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, 1965.

PAÚL, Jorge Fernando de Castro Patrício – “Os pressupostos da concorrência desleal”, in *Concorrência Desleal*, Coimbra, Almedina, 1997, p. 41 – 51.

PAÚL, Jorge Fernando de Castro Patrício – “Breve análise do regime da concorrência desleal no novo CPI”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 63 I-II, Abril 2003, nº3, p.329 – 343.

PAÚL, Jorge Fernando de Castro Patrício – “Concorrência Desleal e Direito do Consumidor” in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 65, Junho 2005, nº1, p.89 – 108.

PEREIRA, Alexandre Libório Dias – “Publicidade comparativa e práticas comerciais desleais” in *Sep. de Estudos de Direito do Consumidor*, nº7, Coimbra, 2005.

RODRIGUES, Luís Silveira – “Direito Industrial e tutela do consumidor” in *Direito Industrial / APDI*, Coimbra, 2002. Vol. II, p. 257 – 279

ROTONDI, Mario, *Diritto Industriale*, 5ª edição, 1965.