



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

# **A violação de normas jurídicas como ato de concorrência desleal?**

Sandra Isabel Gomes Castro

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2022





UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

# **A violação de normas jurídicas como ato de concorrência desleal?**

Sandra Isabel Gomes Castro

Orientador: Professor Doutor Nuno de Araújo Sousa e Silva

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2022

*Ao meu Pedro e à minha família por tudo.*

*Ao Senhor Professor Nuno de Araújo Sousa e Silva pelo  
acompanhamento e ensinamentos.*

## RESUMO

Esta dissertação visa avaliar se a violação de normas jurídicas pode configurar um ato concorrência desleal. Começamos por analisar criticamente o regime geral daquele instituto, ponderando a sua teleologia, os interesses jurídicos que tutela, os seus requisitos e as divergências que na matéria entre nós persistem. De seguida, de forma mais concreta e dirigida ao tema em estudo, reúnem-se as soluções já oferecidas pela doutrina nacional, as poucas soluções que resultam da jurisprudência e breves referências de Direito Comparado.

Acaba por ser conclusão que a resposta é positiva, apesar de estar reservada a situações que preencham cumulativamente diversos pressupostos que resultam da cláusula geral.

**Palavras-chave:** concorrência desleal; igualdade na concorrência; violação de normas jurídicas.

## ABSTRACT

This dissertation aims to evaluate if the violation of legal norms can also configure an act of unfair competition. To reach a conclusion, we will start with a critical analyze of the general regime of that institute, considering its teleology, the legal interests that it intends to protect, its requirements and the differences that persist among us. Then, more specifically onto the subject in analyses, we will gather the different solutions already offered by the doctrine, and also the lack of national case law solutions and finally, some brief references in the Comparative Law.

In fact, and by the end, the answer will be positive, in spite of being reserved for situations that, cumulatively, fulfill the several requirements of the general clause.

**Keywords:** unfair competition; equality in competition; violation of legal rules.

# ÍNDICE

|                                                                        |    |
|------------------------------------------------------------------------|----|
| RESUMO .....                                                           | 4  |
| ABSTRACT .....                                                         | 5  |
| ÍNDICE .....                                                           | 6  |
| SIGLAS E ABREVIATURAS .....                                            | 7  |
| INTRODUÇÃO.....                                                        | 9  |
| 1. ENQUADRAMENTO GERAL DA CONCORRÊNCIA DESLEAL .....                   | 12 |
| 1.2.CLÁUSULA GERAL .....                                               | 13 |
| 1.3.ATO DE CONCORRÊNCIA .....                                          | 18 |
| 1.4.DESLEALDADE .....                                                  | 19 |
| 1.5.EM QUALQUER RAMO DE ATIVIDADE ECONÓMICA .....                      | 21 |
| 1.6.CENSURABILIDADE.....                                               | 22 |
| 2. CONSEQUÊNCIAS.....                                                  | 23 |
| 3. VIOLAÇÃO DE NORMAS JURÍDICAS COMO ATO DE CONCORRÊNCIA DESLEAL ..... | 26 |
| 3.1. CONFRONTO DAS POSIÇÕES .....                                      | 30 |
| 3.2.ANÁLISE COMPARATIVA.....                                           | 36 |
| 3.3.PROPOSTA DE SOLUÇÃO.....                                           | 39 |
| 3.4.FUNDAMENTOS DA PROPOSTA .....                                      | 44 |
| CONCLUSÃO.....                                                         | 45 |
| BIBLIOGRAFIA .....                                                     | 46 |
| ADVERTÊNCIA SOBRE AS REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....                   | 50 |

## SIGLAS E ABREVIATURAS

|       |                                      |
|-------|--------------------------------------|
| Ac.   | Acórdão                              |
| Al.   | alínea/alíneas                       |
| CC    | Código Civil                         |
| CD    | Concorrência desleal                 |
| Cfr.  | Confrontar                           |
| Cons. | Consultado                           |
| CPI   | Código de Propriedade industrial     |
| CUP   | Convenção da União de Paris          |
| dPI   | Direitos de propriedade intelectual  |
| p.    | Página                               |
| Proc. | Processo                             |
| RC    | Responsabilidade Civil               |
| RDES  | Revista de Direito e Estudos Sociais |
| RED   | Revista Eletrónica de Direito        |
| Rel.  | Relator                              |
| ROA   | Revista da Ordem dos Advogados       |
| STJ   | Supremo Tribunal de Justiça          |
| TRL   | Tribunal da Relação de Lisboa        |



## INTRODUÇÃO

É possível que se verifiquem nos mais diversos ramos de atividade económica desequilíbrios concorrenciais oriundos de causa diversa do mérito da prestação dos agentes económicos, mas antes relacionados diretamente com o seu comportamento antijurídico, atuando em violação de normas jurídicas vigentes.

Equacione-se, por exemplo, um concorrente que atua no mercado sem liquidar impostos (porque não emite as faturas devidas), ficando em condições de oferecer o mesmo produto/serviço a um preço com o qual os seus concorrentes cumpridores não conseguem competir, desviando desta forma para si importante parcela da clientela. Outra hipótese: um concorrente que não está habilitado a exercer determinada atividade, em virtude de não preencher os requisitos legais e não se encontrar administrativamente autorizado, desvia para si a clientela por oferecer preços mais baixos ou praticar atos que os seus concorrentes (cumpridores) não podem praticar. Ou ainda os concorrentes que incumprem a legislação laboral, horários de funcionamento de estabelecimentos comerciais, formalismos obrigatórios em determinado sector de atividade, entre outras, concorrendo assim “em vantagem” com os demais participantes no mercado.

São infinitas as possibilidades a equacionar no que respeita à violação de normas jurídicas que facultam uma posição de vantagem concorrencial, até porque na maioria das vezes serão violadas com esse propósito, sendo o limite a imaginação de cada agente económico.

Os concorrentes cumpridores podem ficar em posições difíceis, podendo no limite ser forçados a concluir que aquela atividade deixou de ser viável.

Entre nós assistimos num passado recente a um movimento semelhante, pela concorrência praticada pelas plataformas eletrónicas que se destinavam ao transporte individual de passageiros de forma remunerada, para com o Transporte em Taxi<sup>1</sup>.

Atualmente, registam-se movimentos semelhantes no que respeita às atividades de jogos e apostas online, com operadores não registados em Portugal, que atuam remotamente, oferecendo os seus serviços com vantagens com as quais os operadores

---

<sup>1</sup> A Lei n.º 45/2018, de 10/08, vem regular esta atividade, diferenciando-a da outra. Contudo, em momento anterior à vigência dessa Lei, decidiu-se no Ac. TRL 27.04.2017 (p. 7730-15.0T8LSB), que: “A não observância de leis de interesse público, designadamente as que têm por objeto o licenciamento da atividade de transporte rodoviário, gera concorrência desleal com as demais empresas cumpridoras, com os atinentes danos financeiros, num mercado que o legislador quis devidamente regulamentado.”.

registados não conseguem competir<sup>2</sup>. Registam-se igualmente desequilíbrios por violação de normas jurídicas em sectores de atividade em menor escala, como é o exemplo da procuradoria ilícita; de promotores de eventos que incumprem com as regras de organização, licenciamento, segurança e/ou utilizam faturação falsa; dos comerciantes que utilizam a fraude carrossel; e outros, que são assunto na atualidade.

Procuramos explicar de que forma podem os concorrentes cumpridores e lesados pela atividade concorrencial em violação de normas jurídicas travar aquela atuação e como poderão ser compensados pelas perdas resultantes dessas práticas.

Assim, o escrutínio da CD é fundamental, uma vez que este instituto jurídico se destina a reprimir os comportamentos considerados contrários às normas e usos honestos<sup>3</sup>, travando os excessos concorrenciais<sup>4</sup>, cujo foco é o dano (ou potencial dano) concorrencial que se considera inaceitável, prevendo medidas de natureza conservatória e de natureza compensatória.

Naturalmente, não deixará de ser feita a ponderação necessária no sentido de compreender como e até onde deve este instituto atuar, sob pena de se deturpar a sua finalidade e limitar a liberdade de concorrência para além do necessário, quando poderão existir outros mecanismos, nomeadamente resultantes diretamente da violação das normas jurídicas que facilitaram os avanços concorrenciais, aptos a satisfazer as necessidades dos concorrentes lesados. Não se ignore que a lesão do desvio da clientela nem sempre é tutelada. Ela faz parte da atividade concorrencial e é lícita, à partida. Só será tutelada quando se considerar que o meio utilizado é considerado ilícito, por desleal.

Importa referir que o tema ora em análise é controverso, já tendo sido debatido na doutrina nacional, apesar de não existirem movimentos de relevo nos nossos tribunais a este propósito. Há autores que admitem a possibilidade de a violação de normas jurídicas ser capaz de preencher o conteúdo da cláusula geral da CD<sup>5</sup>, apesar de não existir grande desenvolvimento sobre quais normas jurídicas e o porquê, quais os critérios a utilizar, havendo também autores que não acompanham esse entendimento, tendo já afirmado que

---

<sup>2</sup> É uma preocupação à qual se dedica o Serviço de Regulação e Inspeção de Jogos, tendo por referência a vigência do DL nº 66/2015, de 29/04.

<sup>3</sup> SILVA, Nuno Sousa (2020), *Concorrência Desleal e Propriedade Intelectual*, Almedina, p. 89, define a CD como o “*instituto jurídico que, visando limitar os excessos dos concorrentes, reprime os comportamentos considerados contrários às normas e usos honestos do ramo da atividade económica em causa*”.

<sup>4</sup> SILVA, Pedro Sousa, (2020), *Direito Industrial: Noções Fundamentais*, Almedina, p. 435.

<sup>5</sup> Cfr. LEITÃO, Adelaide M. (2000), *Estudo de Direito Privado sobre a Cláusula Geral de Concorrência Desleal*, Almedina, p. 59 GONÇALVES, Couto (2021), *Manual de Direito Industrial*, Almedina, p. 378; PAÚL, Patrício (1997), *Os pressupostos da concorrência desleal*, in *Concorrência Desleal* (obra coletiva), Almedina, p. 42.

não consideram que a CD possa ser resposta nestas situações pois, refere NUNO SOUSA E SILVA<sup>6</sup>, poderá ter a consequência perigosa de levar a uma “hipertrofia incontável” do instituto.

Com estes dados e traçado o objetivo, começa-se pela análise prévia da CD, procurando traçar os quadros de uma teoria geral, que nos permita avançar para conclusões mais detalhadas sobre a questão que se coloca: A violação de normas jurídicas está apta a preencher o conceito indeterminado de deslealdade previsto no art. 311.º do CPI?

---

<sup>6</sup> SILVA, Nuno Sousa (2020), *Concorrência...*, p. 222.

## 1. ENQUADRAMENTO GERAL DA CONCORRÊNCIA DESLEAL

A evolução do comércio e da indústria têm efeitos diretos na evolução do instituto da CD<sup>7</sup>, o que naturalmente se compreende quando analisado o desígnio do mesmo. Nessa senda, considerando as primeiras referências históricas do Direito Comercial<sup>8</sup>, alguns autores referem que o primeiro marco histórico da CD remonta à Idade Média<sup>9</sup>, apesar de outros não lhe reconhecerem real existência antes da Revolução Francesa<sup>10</sup>, uma vez que apenas com o aumento da liberdade económica se verifica um aumento da probabilidade de excessos no exercício dessa liberdade, acabando alguns por considerar este o marco histórico que despoleta os primeiros avanços nesta matéria.

Como de forma simples explica ADELAIDE LEITÃO<sup>11</sup>, acabamos por nos deparar com uma “*hiperhistoricidade*” da CD, causada pelos diferentes paradigmas que assumiu no curso da evolução social e económica e com soluções que variaram entre a cláusula geral de responsabilidade civil e o abuso de direito, passando pela criminalização da conduta, até nos conduzir à figura mais próxima da CD que hoje conhecemos<sup>12</sup>. Demonstra-se assim que estamos perante um instituto elástico, em constante mutação e evolução, ou como lhe chama NUNO SOUSA E SILVA, “*polimórfico*”<sup>13</sup>.

Entre nós, como refere OLIVEIRA DE ASCENSÃO<sup>14</sup>, Portugal foi um dos primeiros países do mundo a legislar sobre CD. Não obstante essa louvável tomada de iniciativa, desde então pouca evolução legislativa podemos encontrar na matéria, para além da descriminalização da conduta<sup>15</sup>. Com a entrada em vigor do novo CPI, manteve-se uma relação muito próxima com os dPI, inserindo novamente a norma jurídica no título

---

<sup>7</sup> LEITÃO, Adelaide M. (2000), *Estudo...*, p. 19, nota 9, refere mesmo que “A história da concorrência desleal entronca na própria história do Direito Comercial”.

<sup>8</sup> ABREU, Coutinho (2014), *Curso de Direito Comercial*, Almedina, p. 29-38.

<sup>9</sup> Neste sentido, LEITÃO, Adelaide M., *Estudo...*, p. 20, referindo-se em especial ao estudo levado a cabo por GOUSENGERG, Victor (1945), em *La concurrence déloyale et sa répression en Suisse*, Presses Académiques, p. 27 e ss, revelando concordância com a posição deste autor.

<sup>10</sup> PAÚL, Patrício (1965), *Concorrência...*, p. 13; SILVA, Nuno Sousa (2020), *Concorrência...*, p. 85.

<sup>11</sup> LEITÃO, Adelaide M. (2000), *Estudo...*, p. 20-27.

<sup>12</sup> RABAÇAL, Tomás (2017), *Interpretação Actualista da Cláusula Geral de Concorrência Desleal*, Almedina, p. 19.

<sup>13</sup> SILVA, Nuno Sousa (2020), *Concorrência...*, p.84.

<sup>14</sup> ASCENSÃO, Oliveira (1994), *Concorrência Desleal*, AAFDL, p. 9-10.

<sup>15</sup> AMORIM, Ana (2017), *A Concorrência Desleal à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça*: s, RED, Junho 2017, n.º 2, refere que a Carta de Lei de 21 de Maio de 1896 se limitava a proibir um elenco taxativo de comportamentos. Com a revogação desse diploma, passamos à cláusula geral que sustenta o instituto.

dedicado às infrações daqueles, não obstante sabermos que, à partida, a tutela a que se destina a CD não se confundir com aquela que conferem os dPI e que os interesses jurídicos protegidos não são exatamente os mesmos<sup>16</sup>.

Não é uma novidade no nosso ordenamento jurídico a sua autonomia<sup>17</sup>, porquanto nem a CD implica a violação de dPI, nem a atribuição de um dPI respeitará necessariamente a uma relação de concorrência<sup>18</sup>. Já em 1964, PINTO COELHO havia refletido sobre o tema e concluiu que a CD não está reservada apenas aos casos em que estão em causa, ainda que indiretamente, dPI. Considerou que haverá CD sempre que um industrial ou comerciante, no exercício da sua atividade em concorrência com outro, se sirva de processos menos corretos e reputados contrários às normas de honestidade comercial, independentemente da existência de dPI<sup>19</sup>.

Assim, é útil uma análise do instituto jurídico que não se limite à normatividade e sua interpretação sistemática, mas considerando igualmente toda a sua teleologia, bens jurídicos que se destina proteger e o contexto social, para nos ser mais fácil abarcar a sua elasticidade e nos ser possível um raciocínio completo, que permita acrescentar o que da letra da lei não resulta diretamente (porque não é suposto resultar), mas que lá tem acolhimento. Assim, procurar-se-ão critérios que permitam o desenvolvimento da CD em conformidade com a realidade económica atual.

## 1.2. CLÁUSULA GERAL

Resulta do n.º 1 do art. 311.º do CPI uma definição legal vaga, que se limita a indicar que “constitui concorrência desleal todo o ato de concorrência contrário às normas e usos honestos de qualquer ramo de atividade económica”. Deverá ser ignorada a tentação que se poderia sentir em lançar críticas ao legislador quando não facilita a tarefa da interpretação e integração das normas jurídicas. No caso concreto, deve reconhecer-se mérito pela técnica de recurso a cláusula geral nesta matéria, mesmo que preenchida com

---

<sup>16</sup> Em sentido oposto SENDIM, Paulo (1987), *Uma unidade do direito da Propriedade Industrial?* in *Direito E Justiça*, 2 (Especial), pp. 196-200.

<sup>17</sup> RABAÇAL, Tomás (2017), *Interpretação...*, p. 34.

<sup>18</sup> Note-se que são vários os atos atípicos de concorrência desleal que não se relacionam com propriedade industrial. Sobre o assunto: SANTOS, Lourenço (2015), *Desvio de trabalhadores e concorrência desleal*, ROA, n.º I/II, ano 75, Lisboa, p. 418; ABREU, Coutinho (2022), *Apontamento de direito(s) da concorrência*, in *Direito das Empresas – Reflexões e Decisões* (obra coletiva), Almedina, p. 25;

<sup>19</sup> COELHO, Pinto (1964), *O conceito de concorrência desleal*, in RFDUL, p. 92 e 93.

um “megaconceito indeterminado”, como lhe chamou ADELAIDE M. LEITÃO<sup>20</sup>, acolhendo-se o sábio conselho de LOBO D’AVILA<sup>21</sup>, “que ninguém procure limites precisos na matéria de concorrência desleal”. Trata-se de um instituto com dinamismo e com possibilidades infinitas, que deverá desenvolver-se à medida que novos problemas suscitados pela realidade surgem, ou seja, tal e qual como se afirmou no início deste capítulo, à medida que o comércio e a indústria se desenvolvem. Assim, não é suposto encontrar um âmbito de aplicação, pois, como refere aquela Autora, “este espaço jurídico vai incorporando novos institutos e esquemas para resolver casos concretos sem substituir os anteriores<sup>22</sup>”.

Igualmente, no termos da CUP, se define concorrência desleal como “*qualquer ato de concorrência contrário aos usos honestos em matéria industrial e comercial*”, ou seja, igualmente abrangente e incógnita quanto a limites na sua concretização.

Consequentemente, a cláusula geral não define o comportamento a adotar, mas sim limites a esse comportamento (apesar de vagos), traduzindo-se numa norma proibitiva. Ao longo dos tempos desenvolveram-se diversas teorias sobre a classificação da norma, mas avançaremos para aquela que se assume como dominante, aquela que lhe reconhece o carácter de norma de proteção<sup>23</sup>. Como sabiamente constata ADELAIDE M. LEITÃO, apesar de se verificar a proteção de interesses particulares, não lhes é conferido nenhum direito subjetivo, tratando-se antes de norma que tem principalmente em vista a proteção de interesses coletivos. Reconhece que, não deixando de atender aos interesses particulares subjacentes de um grupo determinável de indivíduos, a cláusula geral se apresenta como “*um dispositivo de proteção de concorrentes (interesses particulares), para além da proteção da concorrência (interesse colectivo)*”<sup>24</sup>.

Apresentando-se como norma de proteção, importa-nos descortinar sobre a teleologia deste instituto, para determinar os objetivos a que se propõe e concretizar com maior detalhe os interesses jurídicos que tutela.

Sobre a justificação do instituto avançaram-se já várias tentativas. Tiveram já grande relevo teorias relativas à tutela do património da empresa ou do estabelecimento

---

<sup>20</sup> LEITÃO, Adelaide M. (2000), *Estudo...*, p. 99.

<sup>21</sup> LIMA, José Lobo D’Avila (1910), *Da Concorrência...*, p. 166; SILVA, Pedro Sousa, (2020), *Direito...*, p. 434; bem como em CHORÃO, Luís Bigotte (1995), *Notas sobre o âmbito da Concorrência Desleal*, ROA, Ano 55, Dezembro de 1995, pág. 713.

<sup>22</sup> LEITÃO, Adelaide M. (2000), *Estudo...*, p. 27;

<sup>23</sup> LEITÃO, Adelaide M. (2000), *Estudo...*, p. 159; No mesmo sentido, RABAÇAL, Tomás (2017), *Interpretação...*, p. 49.

<sup>24</sup> LEITÃO, Adelaide M. (2009), *Normas de protecção e danos puramente patrimoniais*, Almedina, p. 409-410.

comercial, que variam justificando a existência da CD pela necessidade de tutela do próprio estabelecimento, ou pela necessidade de tutela da clientela (aviamento), ou pela proteção dos bens imateriais, ou mesmo teorias de proteção da personalidade. Entre nós FERRER CORREIA<sup>25</sup> defendeu a teoria da tutela do estabelecimento. Estas teorias, como explica NUNO SOUSA E SILVA<sup>26</sup>, têm em comum justificar o instituto da CD com a necessidade de tutela do património comercial. Nesta medida, acabam por se revelar frágeis quando confrontadas com a função dos dPI, uma vez que, existindo fundamento para tal proteção, a mesma já terá sido assegurada por aqueles, não devendo ser função da CD limitar a concorrência para proteção do mérito alcançado por determinado agente económico, para além daquilo que a propriedade intelectual já lhe conferiu.

Surgiram ainda fundamentos relativos à poupança de custos, argumentando a justificação da CD como um limite à concorrência no sentido de permitir a poupança de custos empregues para proteção contra a própria concorrência. Ora, teria assim uma função de conferir confiança aos agentes económicos. Não obstante, não é pressuposto que os operadores económicos empreguem esforços contra medidas de concorrência, pelo que este fundamento não pode proceder por não justificar o instituto na sua plenitude (se é que o explica mesmo quando haja realmente investimento na proteção contra concorrência)<sup>27</sup>.

Outra justificação para o instituto será a teoria da concorrência, segundo a qual cada operador no mercado estaria vinculado a um dever de não atuar com comportamentos reprováveis, sendo que alguns autores defenderam mesmo um direito à concorrência leal para justificar a existência da CD. Entre nós, esta teoria, apesar de adaptada, veio acolhida por PAULO SENDIM<sup>28</sup>, justificando a existência dos dPI e da CD (no seu caso, indistintamente) na garantia de um funcionamento de uma concorrência leal. Por seu turno, ADELAIDE M. LEITÃO sugeriu igualmente que se considerasse o Princípio da Igualdade em conjunto com o Princípio da Concorrência como fundamento do instituto, considerando que existe um interesse público de que a concorrência se realize em termos leais ou de acordo com os usos honestos de cada ramo da atividade económica<sup>29</sup>. Estas teorias reconduzem-se a um fundamento de ética comercial, como explica NUNO SOUSA

---

<sup>25</sup> CORREIA, Ferrer (1950), *Propriedade industrial: registo do nome de estabelecimento; concorrência desleal*, in REDES, a.6 n.1-3 (abr.-ago 1950), p. 347-360.

<sup>26</sup> SILVA, Nuno Sousa (2020), *Concorrência...*, p. 175.

<sup>27</sup> SILVA, Nuno Sousa (2020), *Concorrência...*, p. 178-179.

<sup>28</sup> SENDIM, Paulo (1987), *Uma unidade...*, pág. 199-200.

<sup>29</sup> LEITÃO, Adelaide M. (1996), *Estudo sobre os interesses protegidos e a legitimidade da Concorrência Desleal*, in RFDUL, Vol. 37, n.º 1, p. 54.

E SILVA<sup>30</sup>, que aponta ainda críticas no que respeita à abrangência e indefinição deste fundamento, carecido de desenvolvimento pela doutrina e jurisprudência (que entre nós, é escassa), existindo ainda um risco de se alcançar uma proteção excessiva. Não obstante, o próprio autor acolhe este fundamento, explicando que o mesmo garante “um mínimo ético, um *fairplay* entre os participantes na luta concorrencial”.

Para o tema sobre análise, não é indiferente, nem inútil, refletir sobre as diversas teorias, pois que as mesmas nos levam a resultados diferentes na aplicação da CD, por partirmos de convicções distintas que nos conferem padrões de julgamento orientados para resultados de acordo com essas ideologias. Uma coisa é justificarmos o instituto com base na proteção do património comercial – caso em que limitaremos muito mais a liberdade de concorrência, pois mais facilmente consideraremos que um ato é desleal por ter o efeito de ferir gravemente o concorrente, por, ainda que inconscientemente, priorizarmos a manutenção da situação patrimonial do concorrente” - do que se partirmos da justificação ética, que apenas nos requisita uma garantia de lealdade na atuação no mercado – neste caso, será mais fácil nos abstrairmos do dano concorrencial, porque o ordenamento jurídico o aceita, tendo em consideração que a liberdade de concorrência é um pressuposto, para nos focarmos mais concretamente no ato praticado e avaliarmos a sua desconformidade aos padrões de lealdade naquele sector de atividade.

É atualmente dominante a justificação ética, nesta perspetiva de assegurar uma concorrência honesta<sup>31</sup>. Contudo, a amplitude dessa teoria também deverá ser medida caso a caso pelo julgador, pois que, apoiando a mesma tese, poderemos inclinar-nos para uma maior ou menor proteção, privilegiando a concorrência leal ou privilegiando a livre concorrência. Citando CHRISTOPHER WADLOW, NUNO SOUSA E SILVA<sup>32</sup> alerta que “*é um erro assumir que a lealdade no comércio é sempre muito mais importante do que a liberdade do comércio*”. Mas como já nos habituamos, a doutrina diverge. Quer-se com isto constatar que na balança de cada indivíduo a liberdade de concorrência e a concorrência leal terão pesos diferentes, tal qual as pessoas se inclinam diferentemente no espetro político.

É aqui que se encontra a interseção entre o Direito da Concorrência e a CD. Apesar de reconhecer que não seja suficiente para uma unificação dos dois no mesmo ramo,

---

<sup>30</sup> SILVA, Nuno Sousa (2020), *Concorrência...*, p. 179. O mesmo autor refere ainda que esta é a teoria predominante em Itália, citando LUIGI SORDELLI e SALVATORE SANZO.

<sup>31</sup> LEITÃO, Adelaide M. (2000), *Estudo...*, p. 58.

<sup>32</sup> SILVA, Nuno Sousa (2020), *Concorrência...*, p.188.

OLIVEIRA DE ASCENSÃO constatou que ambos têm o objetivo de regular a concorrência (assim se compreende o sistema dualista pelo qual o nosso legislador optou, facilitando-nos a identificação do interesse jurídico protegido, apesar daquele que lhe é comum, a regulação do mercado concorrencial)<sup>33</sup>. Isto posto, não há respostas certas nem erradas, há sim a necessidade de encontrar a orientação do nosso legislador nessa balança, tentando através da unidade do sistema jurídico perceber se coloca um daqueles valores acima do outro, sendo certo que essa realidade vai variando com o tempo. É, de facto, uma tarefa árdua.

Atingida esta meta, podemos concluir pelo que acima já se havia adiantado: é de facto um instituto muito elástico e vago. Assim sendo, a tarefa do julgador conduzir-se-á àquela que até aos dias de hoje se vem fazendo com o instituto do abuso de direito – não se pretende em momento algum desenhar-lhe contornos, mas vão sendo elaborados pela doutrina e pela jurisprudência vários critérios que permitem conhecê-lo a aperfeiçoá-lo, evitando erros e divergências de julgamento.

Ainda no que ao interesse jurídico protegido respeita, atentando ao sistema dualista pelo qual o nosso legislador optou<sup>34</sup>, sempre diremos que a CD protege os interesses dos concorrentes e o próprio equilíbrio do mercado concorrencial, ainda que reflexamente possa servir o interesse dos consumidores. Contudo, também neste domínio podemos encontrar marcadas divergências, por não ser assim tão linear a resposta, a qual irá variar em função daquelas diferentes teorias de justificação do instituto. CARLOS OLAVO defendeu que o fundamento da CD radica essencialmente na proteção do interesse geral de regular funcionamento do mercado, visando satisfazer os interesses de todos os que nele participam, quer como produtores, vendedores ou consumidores, não deixando de considerar que a tutela do concorrente é o reflexo da tutela geral do interesse público<sup>35</sup>. ADELAIDE M. LEITÃO, por sua vez, considera que é possível identificar na CD proteção reflexa dos consumidores, da mesma forma que é possível no Direito do Consumo e no Direito da Publicidade, destinados a tutelar especialmente os interesses dos consumidores, encontrar reflexamente proteção dos concorrentes (exemplificando com a publicidade enganosa e a comparativa). Apesar disso, entende que a proteção que

---

<sup>33</sup> ASCENSÃO, Oliveira (1994), *Concorrência...*, p. 53.

<sup>34</sup> SILVA, Nuno Sousa (2020), *Concorrência...*, p.168.

<sup>35</sup> OLAVO, Carlos (1987), *Propriedade industrial, Noções fundamentais*, CJ, ano XII, Tomo 4, p. 15.

se salienta na CD e que deve ser considerada é a proteção do concorrente, negando uma tutela efetiva aos interesses dos consumidores<sup>36</sup>.

Ou seja, assumindo a existência de divergências, atentaremos naquela que parece ser a posição mais marcada entre os diferentes autores: pese embora não se ignore que a CD possa assumir-se reflexamente como protetora dos interesses dos consumidores (como é exemplo a indução em erro, prevista na al. a), art. 311.º do CPI), os interesses dos concorrentes e do mercado concorrencial encontram-se em primeira linha, podendo identificar-se normas especialmente concebidas para conferir proteção em especial a um concorrente (são exemplo as al. a), b), art. 311.º do CPI) ou normas que conferem proteção aos concorrentes em geral (por exemplo, as al. d), e), f), do mesmo art., em que todos os concorrentes são afetados por tais práticas)<sup>37</sup>.

Isto posto, consideraremos em diante que os principais interesses protegidos serão os dos concorrentes e o regular funcionamento do mercado (tendo em consideração até a legitimidade do órgão de fiscalização em promover oficiosamente o competente procedimento contraordenacional<sup>38</sup>). Sobretudo, não devem nesta fase restar dúvidas de que para acionar a CD e como seu pressuposto primeiro, como adiante exploraremos, é necessário que se verifique relação de concorrência, como se explicará<sup>39</sup>.

### 1.3. ATO DE CONCORRÊNCIA

Decorre do art. 311.º do CPI que o primeiro pressuposto de aplicação desta norma será a existência de um ato de concorrência.

Ato de concorrência é um conceito indeterminado, que nos aponta uma direção, mas não nos diz a que distância. Entre nós, OLIVEIRA DE ASCENSÃO começa por evidenciar que terá de ser externo, ou seja, exige-se que o ato se projete no público, apontando para a necessidade de identidade ou afinidade dos produtos ou serviços, alertando ainda para o facto de que essa ponderação deverá ser realizada em concreto e relativamente ao ato que se analisa e não em abstrato<sup>40</sup>. PEDRO SOUSA E SILVA<sup>41</sup>

---

<sup>36</sup> LEITÃO, Adelaide M. (1996), *Estudo sobre os interesses...*, p. 85 e 86.

<sup>37</sup> RABAÇAL, Tomás (2017), *Interpretação...*, p. 47-50; SILVA, Nuno Sousa (2020), *Concorrência...*, p.170.

<sup>38</sup> SILVA, Pedro Sousa, (2020), *Direito...*, p. 458.

<sup>39</sup> SILVA, Nuno Sousa (2020), *Concorrência...*, p.147.

<sup>40</sup> ASCENSÃO, Oliveira (1994), *Concorrência...*, p. 57.

<sup>41</sup> SILVA, Pedro Sousa, (2020), *Direito...*, p. 441.

reconhece que o ato de concorrência deve ser “*um ato suscetível de conferir posições vantajosas no mercado, face à clientela*”, ou seja, que na disputa da mesma clientela seja apto a desviar a mesma a seu favor. EVARISTO MENDES constatou que entre nós o efeito típico do ato de concorrência será o de influenciar ou alterar, a favor de quem o pratica, determinada situação ou relação concorrência<sup>42</sup>.

NUNO SOUSA E SILVA acrescenta que, para além desses critérios, deve ainda exigir-se uma relação de concorrência, sem a qual um ato de concorrência não poderia considerar-se desleal, atendendo ao sistema dualista que vigora em Portugal<sup>43</sup>. No que à relação de concorrência respeita, levantam-se várias questões no preenchimento do critério, existindo conceções mais amplas, intermédias e restritas, que variam, respetivamente, desde o exagero de considerar que todos são concorrentes porque o poder de compra dos indivíduos é limitado, até às teorias que exigem uma estrita e absolutamente coincidente atividade para que haja concorrência<sup>44</sup>.

Aqui parece útil seguir a interpretação de PEDRO SOUSA E SILVA, adotando uma conceção restrita que exige a disputa da mesma clientela<sup>45</sup>, até porque, atendendo ao objeto deste estudo, importa requisitar mínimos de segurança jurídica.

#### **1.4. DESLEALDADE**

É ainda pressuposto que esse ato de concorrência seja contrário às normas e usos honestos, ou seja, desleal. É sobre a difícil delimitação deste conceito de deslealdade que nos debruçaremos essencialmente, pois nele encontraremos a resposta à questão fundamental deste trabalho.

Neste trabalho estudamos a hipótese de a ação ou omissão violadora de uma norma jurídica ser concomitantemente um ato de concorrência, isto é, um meio para prevalecer sobre no mercado concorrencial. A avaliação que nos importa é a sobre a honestidade da conduta enquanto ato de concorrência e não como transgressora de norma jurídica imperativa, pese embora equacionar uma hipótese em que se utilize a violação da lei como

---

<sup>42</sup> MENDES, Evaristo (1997), *Direito da concorrência desleal e direito da concorrência*, in *Concorrência Desleal* (obra coletiva), Almedina, p. 87-98;

<sup>43</sup> SILVA, Nuno Sousa (2020), *Concorrência...*, p.208-215; num sistema monista exigir-se-á um comportamento económico, como constata o Autor.

<sup>44</sup> SILVA, Pedro Sousa, (2020), *Direito...*, p. 441.

<sup>45</sup> SILVA, Pedro Sousa, (2020), *Direito...*, p. 442.

meio de concorrência e em que a deslealdade não seja transversal à atuação completa seja de difícil alcance.

ADELAIDE M. LEITÃO constata que nos atos típicos de CD verificamos a existência de uma deslealdade objetiva, ao passo que na cláusula geral se exige um certo coeficiente de deslealdade, tendo de ser especialmente qualificada, considerando que a ilicitude destes atos de concorrência está na sua “peculiar finalidade ou na ilegitimidade dos meios utilizados”<sup>46</sup>. A Autora propõe como critério para a avaliação da honestidade a aproximação à sindicância dos bons costumes, evidenciando o domínio da deontologia profissional<sup>47</sup>.

Aquela que parece predominar nos tribunais e na doutrina é a avaliação da honestidade pela perspectiva do sector de atividade<sup>48</sup>. ANA AMORIM propõe ainda a superação da indefinição pelo recurso ao que se dispôs no Regime das Práticas Comerciais Desleais, designadamente na definição que se oferece na al. h) do art. 3.º, definindo diligência profissional como “o padrão de competência especializada e de cuidado que se pode razoavelmente esperar de um profissional nas suas relações com os consumidores, avaliado de acordo com a prática honesta de mercado e ou com o princípio geral de boa fé no âmbito da actividade profissional”, assumindo que integram complementarmente o conceito de honestidade profissional a prática honesta de mercado, equivalente ao disposto no n.º 1 do art. 311.º do CPI, e o princípio geral de boa fé<sup>49</sup>.

Prosseguindo no tema, parece unânime na doutrina que a expressão “normas e usos” inclui os usos, os quais, como sabemos, se traduzem em práticas sociais reiteradas, independentemente da convicção da sua obrigatoriedade (que quando exista não é considerada para o efeito). Igualmente consideram que também nesta expressão se inserem os costumes, enquanto práticas sociais reiteradas, que se acompanham de convicção de obrigatoriedade<sup>50</sup>. Contudo, como sabemos, os usos e costumes vêm

---

<sup>46</sup> LEITÃO, Adelaide M. (1996), *Estudo sobre os interesses...*, p. 78.

<sup>47</sup> LEITÃO, Adelaide M. (2000), *Estudo...*, p. 61-85; 192. A Autora pronunciou-se ainda sobre as diferentes teses desenvolvidas em torno do conceito de honestidade, as quais são também alvo de controvérsia na doutrina.

<sup>48</sup> Ac. TRP 13/06/2018 (p. 1839/13.2TBPVZ.P2), em que se considerou que: “O outro pressuposto remete para regras, normalmente não escritas, relativas à honestidade e rectidão de comportamentos que num qualquer sector de actividade se foram cristalizando sobre o que se considera, do ponto de vista da ética comercial, próprio dos bons homens do sector e, como tal, deve servir de padrão de comportamento para todos os agentes do sector”.

<sup>49</sup> AMORIM, Ana (2017), *A Concorrência...*, p. 19; Similarmente KOPPENSTEINER, Hans-Georg (2017), *A cláusula geral do direito da concorrência desleal à luz da diligência profissional*, RED, julho, p. 9.

<sup>50</sup> CORDEIRO, António M. (2011), *O costume e os usos no século XXI*, in RDS, 2011, n.º 3, p. 627-655.

perdendo relevância com o avançar da ciência jurídica e, bem assim, a tendência cada vez mais acentuada para positivar o direito.

Naturalmente, consideram-se aqui também as normas de conduta que resultam de determinados sectores de atividade, quer os que resultem de códigos deontológicos, recomendações de boas práticas ou códigos de regulamentação. Dependerá naturalmente do sector de atividade em concorrência na apreciação concreta.

A questão complica quando nos questionamos se podemos abarcar neste conceito a violação de norma jurídica. Ou seja, se o comportamento antijurídico de um concorrente está apto a preencher este requisito. Assim, este assunto será abordado no campo próprio, atendendo a todas as especificidades que o mesmo levanta.

## **1.5. EM QUALQUER RAMO DE ATIVIDADE ECONÓMICA**

A aplicação da cláusula geral da CD e a avaliação da deslealdade pode ser realizada em “*qualquer ramo de atividade económica*”, tratando-se aqui da definição de um âmbito de aplicação e não de um requisito. Quanto a esta matéria levantam-se problemáticas de interpretação, designadamente sobre a questão de saber se os profissionais liberais podem ou não ser abrangidos pelo instituto, se associações sem fins lucrativos podem ou não estar abrangidas, se as criações artísticas podem ou não ser alvo deste escrutínio.

Existem posições diversas na doutrina. Relativamente ao primeiro tópico, parece que o art. 26.º, n.º 1 da Lei n.º 2/2013 de 10 de Jan veio resolver a dúvida, com uma remissão expressa para o regime da CD, sujeitando o exercício das profissões liberais ao seu escrutínio<sup>51</sup>.

Quanto ao segundo, a jurisprudência ofereceu um contributo que poderá ajudar em futuras interpretações, num recente litígio que envolveu uma sociedade desportiva e o seu clube desportivo fundador. Naquele o Tribunal considerou que não era descartável a hipótese de a primeira concorrer deslealmente com o segundo, num flagrante caso de indução em erro<sup>52</sup>. Não obstante a primeira visar o lucro e a segunda, por sua vez, ter como escopo o fomento e a prática direta de modalidades desportivas<sup>53</sup>, ou seja, sendo

---

<sup>51</sup> SILVA, Nuno Sousa (2020), *Concorrência...*, p.205.

<sup>52</sup> Sentença de 29/10/2021, Juízo Central Cível de Lisboa, p. 24272/18.5T8LSB, <https://www.osbelenenses.com>.

<sup>53</sup> Art. 26.º Lei n.º 5/2007 de 16/01;

uma associação sem fins lucrativos, o Tribunal considerou possível a relação de concorrência e não excluiu do âmbito de aplicação da CD<sup>54</sup>.

No que às criações artísticas concerne, o STJ já teve oportunidade de se pronunciar, numa situação em que uma peça artística criada por um arquiteto estava a ser imitada e vendida no mercado, causando confusão. Considerou que as criações artísticas não ficam excluídas do crivo da CD, justificando essa decisão com base no art. 228.º do CDADC, o qual ressalva expressamente a aplicação de outros institutos, designadamente o da CD às criações intelectuais do domínio literário, científico e artístico<sup>55</sup>. Ainda assim, não podemos ignorar o carácter comercial das operações a que estavam sujeitos os objetos sob escrutínio. Não raras vezes as criações intelectuais protegidas têm valor económico dentro de um mercado concorrencial, o que só por si, a nosso ver, poderia justificar a aplicação da CD.

## 1.6. CENSURABILIDADE

A decomposição dos requisitos da cláusula geral é ainda controversa na doutrina, sendo apenas certos o ato de concorrência e a deslealdade. A culpa é um dos requisitos que não é apontado por todos os autores, sendo um dos pontos em que se assinalam algumas divergências<sup>56</sup>.

Ainda assim, como bem refere PEDRO SOUSA E SILVA, na aplicação das consequências pela subsunção ao instituto da CD é sempre exigida a culpa do concorrente lesante, quer porque no âmbito contraordenacional assim se exige (não sendo inclusive censurável uma conduta negligente de CD, por não existir tipificação nesse sentido), quer porque para efeitos de aplicação do instituto da responsabilidade civil é também pressuposto a existência de culpa, seja ela na modalidade de dolo ou mera culpa<sup>57</sup>.

Na hipótese a que nos dedicamos não parece possível que a violação de norma jurídica como meio para obter uma vantagem concorrencial seja praticada de forma inconsciente e involuntária, pelo que se afigura que a culpa acompanhará a deslealdade.

---

<sup>54</sup> SILVA, Nuno Sousa (2020), *Concorrência...*, p. 206 entende ser possível, até porque estas pessoas coletivas podem ser titulares de DPI, mas há quem assuma posição diversa, como o próprio refere.

<sup>55</sup> Ac. STJ de 14/03/2019 (p. 225/13.9YHLSB.L1.S1).

<sup>56</sup> São exemplo GONÇALVES, Couto (2021), *Manual...*p. 378; PAÚL, Patrício (1997), *Os pressupostos...*p. 41.

<sup>57</sup> SILVA, Pedro Sousa, (2020), *Direito...*, p. 448; LEITÃO, Adelaide M. (2000), *Estudo...*, p. 161-164.

## 2. CONSEQUÊNCIAS

Dispõe o art. 330.º do CPI que “*constitui contraordenação económica muito grave, punível nos termos do RJCE, a prática de qualquer dos atos de concorrência desleal definidos no art. 311.º*”.

No que aos atos concretamente “definidos” respeita, ou seja, as alíneas previstas no art. 311.º do CPI, dúvidas não existem sobre a ilicitude contraordenacional. Por sua vez, a cláusula geral, composta por “*megaconceitos indeterminados*”, conduz-nos a uma delicada análise.

OLIVEIRA DE ASCENSÃO quanto à interpretação desta norma sugere que a mesma não abrange os atos atípicos de CD, ou seja, a previsão a que se destina a cláusula geral, mas apenas aqueles que vêm definidos no corpo do art., pelo que afasta a possibilidade de contraordenação nestes casos<sup>58</sup>.

No passado e durante a vigência da norma penal incriminadora, considerando crime os atos de CD, sempre se suscitaram problemáticas em torno da mesma, por diversas razões, mas sobretudo pela colisão com o Princípio *Nullum crimen sine lege certa*, por se considerar que aquela cláusula não preenchia os requisitos mínimos da tipicidade penal e que, por isso, a norma incriminadora padecia de inconstitucionalidade<sup>59</sup>.

Hoje, despromovido a ilícito contraordenacional, a avaliação do Princípio da Legalidade e da exigência da tipicidade neste domínio é igualmente importante, pois que a cláusula geral mantém a indefinição e abrangência.

Decorre do art. 2.º do DL n.º 433/82, de 27/10 que só será punido como contraordenação o facto descrito e declarado passível de coima por lei. Daqui deriva a aplicação do Princípio da Legalidade ao regime contraordenacional, apesar de ser consabido que as exigências que se fazem sentir neste domínio não são as mesmas que vigoram em matéria penal<sup>60</sup>.

---

<sup>58</sup> ASCENSÃO, Oliveira (2007), *Concorrência desleal: As grandes Opções*, in Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais – Vol. I (obra coletiva), Coimbra Editora, Coimbra., p. 88-89;

<sup>59</sup> ASCENSÃO, Oliveira (1994), *Concorrência...*, p. 258; LEITÃO, Adelaide M. (2000), *Estudo...*, p. 92; CARVALHO, Orlando (1967), *Critério e estrutura do estabelecimento comercial: O problema da empresa como objecto de negócios. I.*, Coimbra, Atlântida Editora, p. 86.

<sup>60</sup> Ac. TRL 29/11/2011, (p.773/10.2TYLSB), em que se decidiu: “*No ilícito contraordenacional, à semelhança do que acontece no tipo incriminador, o tipo objectivo há-de estar suficientemente especificado, a descrição da conduta punível deve ser, tanto quanto possível, clara e precisa, mas a doutrina, em geral, aceita que a tipicidade não exclui uma certa maleabilidade dos tipos no direito sancionatório das contra-ordenação;*”; Ac. TRG 01/12/2014, (p. 7469/13.1TBBERG), no mesmo sentido: “*No direito das contraordenações vale a exigência de tipicidade e a consequente determinabilidade dos tipos, mas a técnica legislativa neste Direito não tem de obedecer ao paradigma rígido da tipicidade no*

TOMÁS RABAÇAL mantém o entendimento de que a cláusula geral não passa no crivo do Princípio da Legalidade e como tal, não poderá considerar-se a existência de contraordenação quando a mesma se verifique<sup>61</sup>. Outros autores parecem admitir que o problema se encontra ultrapassado desde a descriminalização<sup>62</sup>.

Não são conhecidas condenações pela prática de CD ao abrigo da cláusula geral, pelo que ficam em aberto as duas possibilidades.

Sobre esta problemática, analisando uma norma que considerava contraordenação “a inobservância de qualquer das disposições deste diploma a que não corresponda outra sanção”, pronunciou-se a Comissão Constitucional no Parecer n.º 1/82, considerando “*com muitas dúvidas*” que o Princípio da Legalidade em matéria contraordenacional exigência não tem dignidade constitucional<sup>63</sup>. Logo de seguida considerou que “*não significa, todavia, negar toda a incidência do princípio da legalidade no domínio das contra-ordenações, mas recusar apenas que as suas exigências de determinabilidade e de tipicidade se façam sentir com a mesma intensidade e premência que ganham no domínio do direito penal*”.

Note-se que estão atualizadas as considerações tecidas no passado acerca da cláusula geral, designadamente as de ADELAIDE M. LEITÃO, OLIVEIRA DE ASCENSÃO E ORLANDO DE CARVALHO quando consideraram que a cláusula geral não seria um tipo aberto, mas sim um tipo “*totalmente escancarado*”<sup>64</sup>. Sugeriu até OLIVEIRA DE ASCENSÃO que não seria diferente de uma hipotética norma que declarasse “*crime todo o ato contrário à boa fé, ou praticado em fraude à lei*”<sup>65</sup>.

Parece que, apesar de não ser tão rigorosa a exigência de tipicidade no domínio contraordenacional, a verdade é que parece que não há um mínimo concretizado na cláusula geral que respeite o disposto no art. 2.º do DL n.º 433/82, de 27/10, uma vez que não é possível determinar objetivamente os comportamentos proibidos, como se exige<sup>66</sup>.

---

*direito criminal. Os tipos contraordenacionais podem ter maior maleabilidade do que os que descrevem infrações criminais, contendo normas em branco, que remetem para critérios fixados pela própria Administração. Indispensável é que não obstem à determinabilidade objetiva das condutas proibidas e demais elementos de punibilidade requeridos.*”

<sup>61</sup> RABAÇAL, Tomás (2017), *Interpretação...*, p. 44-45

<sup>62</sup> SILVA, Nuno Sousa (2020), *Concorrência...*, p.238.

<sup>63</sup> Nesse sentido Ac. TC 730/95 e 666/94.

<sup>64</sup> ASCENSÃO, Oliveira (1994), *Concorrência...*, p. 258; LEITÃO, Adelaide M. (2000), *Estudo...*, p. 93; CARVALHO, Orlando (1967), *Critério...*, p. 86.

<sup>65</sup> ASCENSÃO, Oliveira (1994), *Concorrência...*, p. 258.

<sup>66</sup> DIAS, Figueiredo (2004), *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I*, Coimbra Editora, Coimbra., p. 364. Acresce que, surge um outro impedimento legal que obstaculizaria à aplicação da contraordenação com base na previsão da cláusula geral, designadamente a previsão do art. 8.º do DL n.º 433/82 de 27/10, que excluiria o dolo por erro sobre a proibição, uma vez que o seu conhecimento sempre seria indispensável

Em jeito de conclusão, propõe-se quanto a este assunto o entendimento de OLIVEIRA DE ASCENSÃO e TOMÁS RABAÇAL, segundo o qual não poderá proceder um procedimento contraordenacional baseado na cláusula geral de CD.

A prática de CD é ainda suscetível de gerar um ilícito civil<sup>67</sup>. ADELAIDE M. LEITÃO, depois de constatar que a cláusula geral é uma norma de proteção, por tutelar quer o interesse dos concorrentes quer o da coletividade, encontra na sua violação uma fonte de ilicitude. Nessa medida, a subsunção à CD preenche a ilicitude de que depende a aplicação da responsabilidade civil (art. 438.º CC). Verificando-se a culpa (por dolo ou mera culpa) e produção de dano, ou pelo menos o simples perigo em abstrato com origem naquele facto ilícito (CD no caso), incorrerá o concorrente infrator na obrigação de reparar o dano ou de se inibir de o provocar<sup>68</sup>.

---

para que o agente tomasse consciência da ilicitude e que em matéria contraordenacional este erro é relevante.

<sup>67</sup> LEITÃO, Adelaide M. (2000), *Estudo... cit.*, p.175; VARELA, Antunes (2014), *Das Obrigações em Geral, Vol. I*, Coimbra, Almedina, p. 876; COSTA, Almeida (2010), *Direito das Obrigações*, Coimbra, Almedina, 654.

<sup>68</sup> LEITÃO, Adelaide M. (2008), *Normas de proteção...*, p. 406-416.

### 3. VIOLAÇÃO DE NORMAS JURÍDICAS COMO ATO DE CONCORRÊNCIA DESLEAL

Apesar da escassez doutrinal e jurisprudencial sobre o assunto, já foram tomadas algumas posições sobre o tema que ora se analisa.

OLIVEIRA DE ASCENSÃO refletiu sobre a questão e terminou com a conclusão de que nada forçava a incluir a norma jurídica naquele conceito. Começou por descartar a hipótese de se tratar de normas em matéria de direito da concorrência (coloca-as num grupo que denomina de regras específicas<sup>69</sup>), por não ser confundível a concorrência ilícita com a concorrência desleal, constatando que *“os dois ramos do direito se podem chocar, porque os seus objetivos imediatos são antiéticos.”* Quanto às demais normas jurídicas, considera perigoso incluí-las na CD, enfatizando que *“daqui se vê o perigo de distorção que cai sobre este domínio da concorrência desleal, porque a invocação da lealdade da concorrência pode esconder a preocupação das empresas já instaladas de afastar concorrentes mais agressivos, como se diz hoje, ou mais dinâmicos. Também aqui, a deontologia pode ser adulterada para cobrir afinal outros interesses. As regras da concorrência desleal podem, se o desvio realmente se verificar, ser utilizadas como obstáculo à concorrência.”*<sup>70</sup>.

O Autor não está sozinho neste argumento. NUNO SOUSA E SILVA, referindo-se até ao conjunto global de normas jurídicas, também descarta a possibilidade de as incluir no conceito de “normas e usos honestos” da CD, por considerar perigosa a hipertrofia do instituto<sup>71</sup>. É um argumento valioso, pois o campo de atuação dos agentes económicos é delimitado pela CD e pelo Direito da Concorrência- representando este o “8” e aquele o “80”. Como refere COUTINHO DE ABREU a deslealdade concorrencial pressupõe a liberdade de atuação concorrencial<sup>72</sup>. Ou seja, sabendo que a liberdade de concorrência tem de ser assegurada e o Direito da Concorrência concretiza essa liberdade, é igualmente certo que essa liberdade tem o limite da honestidade, campo em que já atua a CD. Contudo, se a CD tiver uma maior abrangência, utilizando mais altos padrões de honestidade e retidão e aplicando-se em qualquer situação que se considere reprovável, então estaremos certamente a diminuir a liberdade de concorrência e a área de atuação

---

<sup>69</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira (1997), *O princípio...*, p. 30-31.

<sup>70</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira (1994), *Concorrência...*, p. 5-7;

<sup>71</sup> SILVA, Nuno Sousa (2020), *Concorrência...*, p.222;

<sup>72</sup> ABREU, Coutinho (2022), *Apontamento...*, p. 12.

dos concorrentes. Assim importa saber se a liberdade de concorrência é mais importante do que a concorrência leal<sup>73</sup>.

OLIVEIRA DE ASCENSÃO utilizou ainda um argumento literal, evidenciando que a palavra “honestos” perderia sentido quando permitíssemos a integração das normas jurídicas, porquanto não existem normas jurídicas honestas e desonestas.

Termina com um último argumento, indicando que a CD não se destina a duplicar a repressão de todo o ilícito praticado<sup>74</sup>.

ADELAIDE M. LEITÃO, por sua vez, admite a possibilidade da violação de norma jurídica ser candidata a preencher o conceito de deslealdade para efeitos de CD. Começa por distinguir aquilo a que denomina ilicitude externa e interna, configurando a primeira como a infração de qualquer norma do ordenamento jurídico e a segunda como a infração da lealdade da concorrência. Com efeito, segue analisando o tema assumindo que a admissão da violação de normas jurídicas como CD implica o risco de generalização, designadamente se considerarmos que qualquer ilicitude externa implica sempre a interna, caso em que a CD seria desvirtuada para servir o propósito de fiscalizar o ordenamento jurídico. Por outro lado, admite que negar essa realidade implicaria o risco de banalização – quando se torna sempre irrelevante a ilicitude externa, desprotegendo-se assim em absoluto o mercado concorrencial, seguindo aqui os critérios que já se exploravam em Espanha<sup>75</sup>.

Para avaliar a deslealdade da infração são conhecidas duas correntes. Aquela a que se denomina comumente de modelo social, em que o que releva para efeitos de avaliar a deslealdade da infração da norma jurídica é o efeito e relevância que assume no mercado concorrencial, impedindo o seu regular funcionamento, designadamente por desequilibrar a igualdade e afetar o mercado livre e competitivo. De acordo com esta perspectiva

---

<sup>73</sup> Em França, por exemplo, admite-se de forma generalizada que a violação do direito vigente é suscetível de ser considerado um ato de CD, cfr. decisão da La cour d'appel de Pau de 2013, em que se constatou: “ *Il est constant qu'un manquement à une obligation légale par une entreprise, ainsi que le non-respect d'une réglementation peuvent constituer une faute justifiant une condamnation pour concurrence déloyale, en ce que ce comportement perturbe le marché de par la situation plus favorable dans laquelle cette entreprise se trouve par rapport à celles qui respectent la réglementation*”. Podemos agora encontrar sociedades de advogados a sugerir que se utilize este mecanismo como forma de controlar a liberdade de um concorrente e limitar o seu campo de atuação, chamando-lhe “ferramenta estratégica” para proteger o negócio, conforme se pode constatar do art. publicado em: <https://www.gouache.fr/articles/Articles/La-vie-du-franchiseur/Gerer-la-concurrence/Action-en-concurrence-deloyale/Avocat-La-violation-d-une-obligation-legale-ou-reglementaire-constitue-un-acte-de-concurrence-deloyale-susceptible-de-causer-un-prejudice-a-vos-concurrents-dont-i>; Quando muito, chegaríamos à conclusão que utilizar a “ferramenta” é que seria enquadrável em CD, uma vez que é uma ferramenta de agressão para com um concorrente;

<sup>74</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira (1994), *Concorrência...*, p. 67-69.

<sup>75</sup> ÁGUILA-REAL, Jesús Alfaro (1991), *Competencia desleal por infracción de normas*, Revista de derecho mercantil, n.º 202, p. 673-680.

consideraríamos que o ato seria desleal quando fosse apto a provocar uma alteração vantajosa da posição competitiva do concorrente que adotou aquela postura.

Encontramos ainda o modelo corporativista, em que se utiliza como critério para avaliação da deslealdade a valoração moral da conduta infratora, ou seja, se ela arrepia de facto os padrões de honestidade daquele sector de atividade<sup>76</sup>.

A Autora assume que a deslealdade da nossa CD se interpretaria de acordo com o modelo social. Reconhece que há casos em que a infração não resulta logo numa posição de vantagem, apontando o exemplo da fuga aos impostos como uma das atuações antijurídicas que não é apta a satisfazer o preenchimento do conceito de deslealdade. Como exemplos daquilo que considera possível de preencher o conceito chama à colação a violação das regras restritivas de comércio ou horários de funcionamento.

Em jeito de conclusão, parece admitir que a violação de normas jurídicas é suscetível de preencher o conceito de deslealdade para efeitos de aplicação da CD quando esse incumprimento afete a posição competitiva dos concorrentes, eliminando a igualdade competitiva<sup>77</sup>. No mesmo sentido encaminhou-se ANA AMORIM, considerando que *“importa especialmente recorrer à interpretação funcional da disciplina, que permite delimitar quais as normas relevantes para efeitos da aplicação da cláusula geral de Concorrência Desleal”*<sup>78</sup>.

Por seu turno, TOMÁS RABAÇAL propõe uma atualização da interpretação da cláusula geral que passa por assumir que o interesse protegido não é em primeira linha a proteção dos concorrentes, mas sim a proteção do mercado, pretendendo dar relevância aos atos que venham praticados com preterição daquilo que é o equilíbrio salutar da concorrência, que resultem numa sobreposição de determinado agente económico no mercado<sup>79</sup>. Assim, a violação de normas fiscais, laborais, de higiene e segurança ou normas que regulem a atividade, que ofereçam uma posição de vantagem e consequente desequilíbrio no mercado, seria suscetível de configurar um ato de CD<sup>80</sup>.

Sustenta ainda a sua posição no argumento trazido por EVARISTO MENDES, que alerta para a circunstância de que os concorrentes lesados pela infração seriam levados, por necessidade de sobrevivência, às mesmas práticas antijurídicas, estimulando um

---

<sup>76</sup> ÁGUILA-REAL, Jesús Alfaro (1991), *Competencia...*, p. 673-680.

<sup>77</sup> LEITÃO, Adelaide M., *Estudo...*, p. 57-59; Revela uma interpretação ao abrigo do modelo social.

<sup>78</sup> AMORIM, Ana Clara Azevedo (2017), *A Concorrência...*, p. 13.

<sup>79</sup> Também este autor se inclina no sentido do modelo social.

<sup>80</sup> RABAÇAL, Tomás Castro Rodrigues (2017), *Interpretação...*, p. 155-160.

fenómeno de incumprimento generalizado naquele sector de atividade<sup>81</sup>. Admite que qualquer concorrente lesado estaria legitimado a reagir contra aquele ato com base na CD.

Temos assim reveladas as posições que medeiam entre o tudo e o nada. Uma negação absoluta da possibilidade da violação de normas jurídicas configurar um ato de CD por não ser subsumível no preceito “normas e usos honestos”, passando, de seguida, pela análise de uma posição intermédia que assume essa possibilidade, mas cujo critério oferecido (como adiante exploraremos) não é suficiente para retirar nenhuma ilação e, terminando, com uma posição que nos conduziria ao cúmulo constante de ilicitude, desvalorizando a avaliação da ética da conduta e valorizando os seus efeitos.

A nossa jurisprudência pronunciou-se escassas vezes sobre o assunto. O STJ, sobre a interpretação da expressão, considerou que “*As normas de comportamento são regras constantes dos códigos de boa conduta, elaborados, com crescente frequência, por diversas associações profissionais. Por sua vez, os usos honestos são padrões sociais de conduta de carácter extra-jurídico, correspondentes a práticas sociais, nem sempre uniformes, pois podem variar consoante o sector de actividade considerado.*”, tendo concluído que “*A deslealdade afere-se pela violação autónoma de normas sociais de conduta e não por violação de normas legais (ainda que possa haver actos desleais que também sejam ilegais)*”<sup>82</sup>, tendo repetido já noutras decisões as mesmas considerações<sup>83</sup>. Posteriormente, o TRL decidiu que “*A não observância de leis de interesse público, designadamente as que têm por objeto o licenciamento da atividade de transporte rodoviário, gera concorrência desleal com as demais empresas cumpridoras, com os atinentes danos financeiros, num mercado que o legislador quis devidamente regulamentado*”<sup>84</sup>.

Apesar de à primeira vista a decisão sugestionar que o STJ adotou uma postura de negação da integração das normas jurídicas na cláusula geral de CD, a verdade é que não era um tema necessário à decisão que se impunha e que a ressalva sobre a possibilidade de atos desleais serem ilegais deixa margem para que se considere um posição híbrida, admitindo situações em que possa haver cúmulo de violações, ou seja, violações de normas jurídicas que simultaneamente são aptas a preencher a cláusula geral. Por sua vez, o TRL ao apreciar a questão em concreto, admitiu essa possibilidade.

---

<sup>81</sup> MENDES, Evaristo (2015), *Nótula sobre a concorrência desleal*, in *Jornal de Negócios*.

<sup>82</sup> Ac. STJ 24/04/2012, p.424/05.7TYVNG.

<sup>83</sup> Ac. STJ 26/02/2015, p.1288/05. 6TYLSB.

<sup>84</sup> Ac. TRL 27/04/2017, p. 7730-15.0T8LSB.

### 3.1. CONFRONTO DAS POSIÇÕES

Reunimos até aqui as considerações existentes acerca da admissibilidade das normas jurídicas na cláusula geral da CD e apenas com a conjugação destes contributos oferecidos pela doutrina será possível tomar uma posição. Sem embargo, cumpre analisar criticamente as posições defendidas, avaliando os seus fundamentos.

Um dos fundamentos que se apresentou como obstáculo à admissibilidade da violação de norma jurídica se revestir simultaneamente como um ato de concorrência e configurar-se como desleal nos termos do art. 311.º do CPI relaciona-se com o risco de hipertrofia, distorção ou de generalização do instituto. Parece que este se relaciona essencialmente com a preocupação de se criar um obstáculo desnecessário à liberdade de concorrência.

A volubilidade do tráfego jurídico e comercial poderão alterar a figura, aumentando o seu campo de atuação ou restringindo-o. Atualmente, parece que o legislador não oferece primazia à liberdade de concorrência em detrimento da concorrência leal, nem o inverso. A concorrência em Portugal está configurada como uma incumbência prioritária do Estado, tal como resulta do próprio art. 81.º, f) da CRP, ao dispor lhe cabe “*assegurar o funcionamento eficiente dos mercados, de modo a garantir a equilibrada concorrência entre empresas, contrariar as formas de organização monopolista e reprimir os abusos de posição dominante e outras práticas lesivas do interesse geral*”.

ADELAIDE M. LEITÃO, a este propósito, esclarece que aquela consagração constitucional não se sobrepõe nem altera o conteúdo do Princípio da igualdade, consagrado no art. 13.º da CRP, no qual considera suportada a CD, pois que entende que quer a liberdade de concorrência, quer a concorrência desleal concorrem, cada um à sua maneira, para um princípio de concorrência, por considerar que na primeira impera o valor da liberdade, alcançando-se indiretamente a igualdade, e na segunda, impera a igualdade, alcançando-se indiretamente a liberdade<sup>85</sup>. Ademais, não se deve ignorar que até 2003 o legislador nacional tratava a CD como ilícito criminal, ou seja, considerando a lealdade na concorrência um bem jurídico fundamental.

Em conjunto, aqueles dois valores, desempenham um importante papel na regulação do mercado, garantindo uma concorrência salutar entre os participantes. Parece que, apenas se forem colocados em igual patamar de importância, poderão assegurar o

---

<sup>85</sup> LEITÃO, Adelaide M. (2000), *Estudo...*, p. 88.

equilíbrio que se pretende. Contudo, é uma proposta que deverá apenas ser utilizada como princípio para interpretação do que se segue.

Admite-se a pertinência da observação, que não é descabida. Ainda assim, não se trata aqui de uma verdade absoluta. O concorrente que obtém uma vantagem concorrencial pela violação de norma jurídica não será limitado pela CD mais do que já o era pela própria norma violada. Ou seja, se pensarmos na violação de norma fiscal, laboral, de segurança, de acesso à atividade, sabemos que não lhe era permitido esse comportamento. Não estaria propriamente a atuar no domínio da sua liberdade (apesar de a liberdade incluir a opção do incumprimento). A essa violação corresponderão consequências, as quais podem não acautelar devidamente os danos provocados no mercado concorrencial, porquanto aquela norma jurídica não se destinava a proteger este interesse jurídico. Assim, este argumento em si não pode impedir de forma taxativa e absoluta a integração da violação de lei na cláusula geral de CD.

A negação da possibilidade de preenchimento da cláusula geral pela violação de norma jurídica seria ainda motivada pelo perigo de utilização da CD como veículo para impedir o crescimento de concorrentes; pelo afastamento do elemento literal da lei; e pela duplicação da repressão de todo o ilícito praticado.

A utilização da CD como meio de agressão de concorrentes<sup>86</sup>, sobretudo pela possibilidade de se vir a instalar o caos de permitir que se utilizem ações judiciais com o fito de limitar o desenvolvimento e crescimento de concorrentes, com a mínima violação de norma jurídica que encontrem<sup>87</sup>, com o devido respeito, só seria uma preocupação efetivamente relevante, se se admitisse, sem mais e sem critérios, que toda e qualquer violação de lei que colocasse um concorrente em vantagem constituísse um ato de CD. Contudo, se reservarmos a aplicação com ponderação, não existem motivos para que nasçam movimentos desta natureza. Além do mais, o risco de ser demandado em juízo para qualquer causa existe sempre e sendo infundado causará sempre incómodos e prejuízos que o direito não tutela.

No que ao argumento da interpretação literal diz respeito, designadamente que deveria ler-se normas honestas e que não existem normas jurídicas honestas e outras desonestas, com o devido respeito, não parece que possa admitir-se como válido e

---

<sup>86</sup> A utilização da palavra “agressão” sugere que desta forma poderia incorrer na prática de CD.

<sup>87</sup> Situação que como expusemos (ver nota 73), é uma preocupação atual no ordenamento jurídico francês.

impeditivo de se vir a considerar a violação de norma jurídica como CD<sup>88</sup>. Como bem contrapôs ADELAIDE M. LEITÃO, a ser assim, por respeito ao disposto no art. 9.º, n.º 3 CC, presume-se que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados e que não utilizaria a terminologia “normas” em vão, pois que não utiliza termos diferentes para a mesma realidade<sup>89</sup>. Igualmente, não quererá o legislador assumir que existam códigos de conduta com normas desonestas.

Assim, o argumento literal favorece a tese da admissão da norma jurídica dentro do conceito de “normas e usos honestos” e não o contrário. Por outro lado, a honestidade afere-se pelo ato que se pratica e não pela norma ou uso. Não podemos igualmente ignorar que nem sempre a atuação em conformidade com a lei é considerada honesta, como são exemplos os casos em que é aplicável o abuso de direito. Isto não faz da lei desonesta, apenas se censura o comportamento adotado com base em determinada norma legal, quando o contexto revela que aquele aproveitamento de disposição legal não é correto e é inaceitável pela comunidade em geral.

Por fim, surge a preocupação com a duplicação da repressão do ilícito. Ou seja, sugere-se que o autor da CD seria alvo de um exagero de sanções pelo comportamento que adotou. É uma preocupação que deixa de ter sentido perante a realidade que já acima assumimos e que, aliás, o próprio OLIVEIRA DE ASCENSÃO também o fez. Esta situação seria uma preocupação quando a ilicitude externa constituísse ela mesmo contraordenação ou mesmo crime. A penalização da cláusula geral claudica quando analisada em sede contraordenacional, por aplicação do Princípio *Nullum crimen sine lege certa*, aplicado por remissão expressa do art. 2.º do DL 433/82, de 27 de Out, por insuficiência da descrição do tipo legal<sup>90</sup>.

---

<sup>88</sup> Poderiam existir outros entendimentos sobre o que seria uma norma honesta, cfr. KECK, Stefan (2005), *Wettbewerbsverstöß...*, p. 28.

<sup>89</sup> LEITÃO, Adelaide M. (2000), *Estudo...*, p.57.

<sup>90</sup> Mas ainda que assim não se entenda, não ficaria claudicado o assunto por aqui, pois que se aplicariam as diferentes soluções do concurso efetivo ideal, designadamente as que se propõem a propósito do crime-meio e crime-resultado (a CD seria no exemplo que se estuda o crime resultado), com os limites impostos pelo disposto no art. 19.º do DL 433/82. Atualmente descarta-se a proposta de DIAS, Figueiredo (2004), *Direito Penal...*, p. 1018, designadamente de que impera nesta matéria um Princípio da proibição da violação da dupla-valorização e que, por isso, aplicaria as regras do concurso aparente, apesar de não o ser. O Ac. STJ 24/04/2019 (p. 308/12.2TAABF), em crítica a essa solução considerou: “*Com efeito, o crime-meio pode assumir, na conduta executada pelo agente, uma relevância penal superior, pela especial ilicitude ou censurabilidade da conduta, à do crime-fim, sendo então intolerável subordinar a proteção do bem jurídico por ele tutelado à que é concedida por este último. Nesse caso, aliás, dificilmente se poderia dizer que o crime-meio “esgota” o seu sentido ao desempenhar a sua função instrumental. Assim como dificilmente se poderia considerar que a proteção jurídica dada ao crime principal esgotaria a tutela do crime subordinado. Conclui-se, pois, que o critério legal consagrado no art. 30º, nº 1, do CP é basicamente o defendido por Eduardo Correia, segundo o qual há concurso (efetivo) de crimes quando os factos praticados pelo agente são subsumíveis a crimes que protegem bens jurídicos diferentes (ou, protegendo o*

Quanto à duplicação do ilícito civil, questiona-se se não deveria acautelar-se igualmente aqueles que foram prejudicados com a sua conduta infratora. Reparar os danos causados não pode ser encarado como uma dupla penalização, mas sim como a reconstituição da situação que existiria se se tivesse absterido de praticar aquele ato ou omissão contrário a norma jurídica vigente, até porque o nosso sistema não responde com indemnização punitiva e em todo o caso, o limite da indemnização será sempre o dano, independentemente dos fundamentos invocados<sup>91</sup>.

Já no que à teoria que desenvolveu ADELAIDE M. LEITÃO respeita, assumindo que nem toda a violação de norma jurídica pode constituir CD por influenciar a posição do concorrente, mas que igualmente não pode negar-se essa possibilidade em absoluto, devendo aferir-se se o ato foi suscetível de afetar a posição competitiva dos concorrentes, socorre-se essencialmente do argumento da igualdade, propugnando que a cláusula geral oferece a garantia da *par conditio concurrentium*, ou seja, do Princípio da concorrência, colocando em igual patamar a igualdade e a liberdade na concorrência. Quanto à sua argumentação, nada pode apontar-se, não conclui com absolutismos e admite um modelo híbrido. No entanto, peca por insuficiência. O critério que sugere não é suficiente para o julgador avaliar se determinado ato é ou não suscetível de se enquadrar como CD. Por fim, com a ressalva do respeito que é devido pelo contributo que oferece nesta matéria, não parece correto terminar com um elenco de normas que são suscetíveis de integrar no conceito de CD e outras que não o são. Parece que não é pela tipologia de norma que a avaliação deverá ser feita, como adiante exploraremos, mas sim pelos efeitos e propósitos que com a violação de determinada norma se visou. Concretizando, a Autora nega a possibilidade de se entender como CD a fuga aos impostos, por considerar que não resulta logo numa posição de vantagem ou num dano para outrem. Terá razão na seguinte hipótese: dois cabeleireiros que se situam na mesma rua e utilizam tabela de preços muito semelhante; um deles não emite todas as faturas devidas, mas cobra ao cliente o preço da tabela. Com essa atuação pode afirmar-se que aumenta o seu lucro (porque se apropria indevidamente do valor de IVA e IRC) e assim incrementa o seu património mais rapidamente, logrando um poder de investimento superior. Contudo, não é com este comportamento que provoca dano concorrencial, porque o ato não é dirigido à

---

*mesmo bem jurídico, forem cometidos em ocasiões diferentes).*” Da mesma forma que a duplicação da repressão noutras situações não é obstáculo, aqui também não deveria ser.

<sup>91</sup> SILVA, Nuno Sousa (2020), *Concorrência...*, p.471.

concorrência, mas sim um ato de organização interna<sup>92</sup>. Todavia, não terá razão se no sector da comercialização de determinado objeto, um dos concorrentes colocar o objeto à venda por preços irrisórios e sem emissão da respetiva fatura, por ter adquirido aquela mercadoria igualmente sem fatura, situação com a qual nenhum outro concorrente poderá concorrer licitamente, porque, por exemplo, o preço a que o infrator comercializa é inferior ao preço que aquele concorrente cumpridor adquire ao seu fornecedor. Nesta situação seríamos levados a considerar que foi violado o Princípio *par conditio concurrentium* e que foi substancialmente afetada a posição competitiva do concorrente. Quer com isto afirmar-se que a teoria desenvolvida pela própria Autora não permite a catalogação de normas jurídicas suscetíveis de integrar a CD, pois que a apreciação não pode deixar de ser casuística e que aquele critério de forma isolada não nos consegue oferecer uma resposta concreta, nem assegurar a segurança jurídica.

Por fim, no que à proposta apresentada por TOMÁS RABAÇAL respeita, assumindo como CD qualquer violação de norma jurídica suscetível de sobrepor um concorrente no mercado com prejuízo para o equilíbrio salutar do mercado concorrencial, cumpre destrinçar os problemas que essa sugestão poderia suscitar. Os argumentos que utiliza para justificar este entendimento são, sobretudo, a necessidade de proteção do mercado concorrencial e o risco do incumprimento generalizado por falta de resposta competente do ordenamento jurídico. Ora, quanto ao primeiro parece que pecará pelo exagero de limitar a liberdade de concorrência de forma corriqueira e de utilizar a CD como um garante do cumprimento do ordenamento jurídico. A verificar-se a CD por toda e qualquer violação de norma jurídica que afete o equilíbrio concorrencial, teria um resultado mais desastroso do ponto de vista do equilíbrio do que propriamente pelo ato que se praticasse. Estaria verificado o tal risco de banalização para o qual a Autora anterior alertou. Incorríamos ainda no risco de se utilizar este mecanismo como uma ferramenta para limitar os concorrentes, por tudo e por nada, obstaculizando o seu crescimento. Desta forma, concorrentes já estabelecidos no mercado teriam ao seu dispor formas de impedir o crescimento de outros e novos problemas nasceriam.

Acresce que a CD não deve ser encarada com a leviandade que resultaria desta solução. Como se verifica na descrição dos atos de concorrência desleal típicos, a deslealdade da conduta é extrema e é assim considerada por qualquer um, sob pena de se colocar em séria questão a segurança jurídica. No que à cláusula geral respeita, reclama-

---

<sup>92</sup> ASCENSÃO, Oliveira (1994), *Concorrência...*, p. 57, havia já constatado que os atos de concorrência que relevam serão os atos externos.

se uma deslealdade ainda mais qualificada<sup>93</sup>. A deslealdade não deriva unicamente da infração de norma jurídica. Deverá ser notório o arripio pelo esquema articulado, agredindo um concorrente, desviando clientela pelo aproveitamento de mérito alheio, induzindo em erro, por exemplo, sendo censurável a sua desonestidade. Não será assim com a maioria das violações de normas jurídicas.

Com frequência, se bem pensarmos, a fuga aos impostos não terá a finalidade de prevalecer sobre a concorrência e oferecer preços com os quais os concorrentes não conseguem competir, mas sim o de mero enriquecimento ilícito, à custa da fazenda pública e não do concorrente vizinho. Se esse enriquecimento, por sua vez, lhe confere uma posição de vantagem, designadamente pelo aumento da capacidade de investimento, será já um dano colateral. Ou seja, nesta hipótese a fuga aos impostos é um ato interno e não externo (dirigido à concorrência), não se projetando diretamente no mercado concorrencial. O concorrente que enriqueceu ilicitamente terá até sérias dificuldades em investir com o montante não declarado e incorre num risco que resultou de uma estratégia de negócio, que outro concorrente não pretende incorrer. Por outro lado, parece que se ignoram as facilidades que hoje existem em matéria de planeamento fiscal, as quais, sendo absolutamente lícitas, permitem que dentro do mesmo país e disputando a mesma clientela dois concorrentes não estejam em pé de igualdade quanto à carga tributária. São exemplos as cadeias de hipermercados com sede fora de Portugal em comparação com os seus concorrentes com sede em Portugal. Através destes mecanismos de planeamento pode lograr-se uma vantagem muito mais significativa do que a que uma fraude fiscal, como a não emissão de todas as faturas, pode vir a originar.

Face a tal conclusão, também não parece que tenha força o segundo argumento. Só num extremo poderíamos assentir no argumento trazido da generalidade do incumprimento. Os riscos a que se submete um concorrente pelo incumprimento de norma jurídica, a verificar-se o seu sancionamento, poderão ter como efeito colocá-lo em pior posição do que todos os demais concorrentes, como é o caso flagrante da fuga ao fisco, em que se seguem liquidações oficiosas e processos contraordenacionais que têm efeitos devolutivos, que geram penhoras, que impedem a certidão de não dívida, que, por sua vez, limitam o acesso à banca, sendo uma verdadeira avalanche para aquele concorrente.

---

<sup>93</sup> LEITÃO, Adelaide M. (1996), *Estudo sobre os interesses...*, p. 78, refere que deverá mesmo ser “especialmente qualificada”.

Desta forma, não parece correto assumir que existisse o risco de incumprimento motivado pela necessidade de sobrevivência, porquanto o incumprimento por si poderá também pô-la em causa. Não olvidaremos igualmente que o concorrente lesado poderá acionar os meios administrativos que se mostrem necessários a interromper determinado incumprimento legal que lhe esteja a causar incómodo e que, por sua vez, a administração está vinculada ao cumprimento dos prazos dos diferentes procedimentos, reagindo em caso de verificação, e ainda que assim não fosse, sempre existem ações de condenação à prática do ato e providências cautelares administrativas aptas a reprimir comportamentos desviantes. Ou seja, sabendo que o concorrente não vê um direito subjetivo seu violado, mas incorrendo o concorrente em violação tamanha de norma jurídica imperativa, as hipóteses de sobrevivência não passam unicamente por replicar o comportamento antijurídico daquele.

### 3.2. ANÁLISE COMPARATIVA

Em Espanha, onde vigora o sistema monista, o assunto a que nos dedicamos está resolvido no art. 15.º da Ley de 3/1991 de Competencia Desleal, em que se prevê expressamente que “*Se considera desleal prevalecerse en el mercado de una ventaja competitiva adquirida mediante la infracción de las leyes. La ventaja ha de ser significativa.*”. No n.º 2 daquela norma acrescenta-se que se considera igualmente concorrência desleal a violação de normas que regulam a atividade concorrencial, que no nosso caso corresponde ao ilícito de concorrência na decorrência da aplicação da Lei 19/2012, de 8 de Maio e não à CD. Pelo que, ao que nos importa, aquele n.º 1 admite a possibilidade que até agora se escrutina e que no nosso ordenamento jurídico é ainda uma questão aberta.

GUSTAVO MARTÍN constatou que em nenhum dos casos se pretende acrescentar sanções às previstas na norma jurídica violada, nem garantir o respeito pelo ordenamento jurídico (apesar de o reforçar), mas sim salvaguardar o Princípio da concorrência, evitando que o mesmo seja distorcido por práticas desleais, obtendo-se vantagens competitivas à custa de violações de normas jurídicas, exigindo um nexo de causalidade entre a infração cometida e a vantagem concorrencial alcançada<sup>94</sup>.

---

<sup>94</sup> MARTÍN, Gustavo (2017), *La relación entre la Ley de Competencia Desleal y la Ley de Defensa de la Competencia en Derecho español tras la transposición de la Directiva 2014/104/UE y los recientes pronunciamientos del Tribunal Supremo*, RED, Fevereiro de 2018, n.º 1, p. 179-206.

ALFARO ÁGUILA-REAL ressalva que para efeitos daquele n.º 1 o interesse protegido é o interesse do mercado salutar e só subordinadamente surge o interesse dos concorrentes. Acrescenta que não se pode ignorar que esta norma pode ser acionada por qualquer participante no mercado que se ache lesado. Indica que o principal para a interpretação daquele art. 15.º é considerar necessário “*utilizar la infracción de normas como instrumento para obtener ventajas en la lucha competitiva*”<sup>95</sup> e justifica-se sobretudo porque o sancionamento que deriva diretamente da ilicitude externa – violação da norma jurídica- não tem em consideração a afetação do mercado concorrencial. Esta preocupação fica reservada para a CD, sendo este o seu fito, ou seja, tal como entre nós, reprimir comportamentos que violam a concorrência leal, assegurando o *par conditio concurrentium*. Sugere que a avaliação seja realizada ao abrigo do modelo social. Exige-se igualmente que a vantagem obtida seja significativa, o que significa que as alterações das condições de igualdade de oportunidade no mercado concorrencial devem ser consideráveis, sob pena de não ter o efeito de desequilibrar na realidade o mercado. A este respeito pronunciou-se o Tribunal Supremo, ao apreciar o incumprimento de normas fiscais e de contribuições para a segurança social, tendo concluído naquela situação não existir CD por não ter sido utilizada a vantagem para efeitos concorrenciais, explicando que: “*el artículo el término "prevalerse", se está refiriendo a que ha de tratarse de ventaja real y no potencial, debiendo de darse el necesario nexo causal entre la infracción y la ventaja alcanzada.*”<sup>96</sup>

No que ao incumprimento generalizado respeita, aquele Autor entende que o mesmo não é apto a provocar o desequilíbrio, precisamente porque é habitual naquele sector de atividade aquele incumprimento em particular. Mais tarde, na apreciação do caso Pokerstars, o Tribunal veio a considerar que não poderia considerar-se que a infração das normas que regulavam o jogo online constituiria CD, por serem as mesmas obscuras e generalizadamente incumpridas, o que levava a que o seu incumprimento não afetasse o Princípio da Concorrência<sup>97</sup>.

Na Suíça, admite-se igualmente que a violação de “*obligations légales*” é suscetível de configurar concorrência desleal, precisamente quando conferir ao infrator uma posição de vantagem concorrencial<sup>98</sup>. Nesse seguimento, a própria Loi Fédérale Contre la

---

<sup>95</sup> ÁGUILA-REAL, Jesús Alfaro (1991), *Competencia*, p. 679.

<sup>96</sup> STS 512/2005, 24/06.

<sup>97</sup> STS 304/2017, 17/05.

<sup>98</sup> FRANÇOIS, Jérôme Danthe (1998), *Le droit international prive suisse de la concurrence deloyale*, Librairie Droz, Genève, p. 33.

Concurrence Deloyale suíça, no seu art. 7º, tipifica como concorrência desleal a infração de regras laborais.

Na Bélgica, acerca da interpretação da cláusula geral, prevista no art. VI. 104 do Código de Direito Económico, admite-se igualmente que a CD pode derivar da infração de regulamentos obrigatórios ou de obrigações legais<sup>99</sup>.

Em França, onde vigora um sistema dualista, a CD vem sobretudo desenvolvida pela doutrina e pela jurisprudência, que assumiram já pacificamente essa possibilidade, a qual se pode verificar em diferentes decisões judiciais, como são exemplos a *Cour de Cassation, Chambre commerciale*, de 3 de Março de 2021, 18-24.373, em que a violação do Código de Saúde Pública na venda de bebidas alcoólicas foi considerada CD, e a decisão da *Cour de Cassation, Chambre commerciale*, de 28 de Novembro de 1995, 94-13.045, em que a preterição das regras de construção, designadamente a obrigação de licenciamento da obra, gerou CD.

Em Itália a questão fica resolvida na interpretação daquilo a que designam de *correttezza professionale*, a que se refere a cláusula geral prevista no n.º 3 do art. 2598 do Código Civil italiano, admitindo-se que a violação de determinadas normas imperativas é suscetível de configurar CD.<sup>100</sup> O Supremo Tribunal Italiano clarificou que para identificarmos as normas que violadas assumem relevância, temos de distinguir aquelas que visam limites ao exercício da atividade empresarial (que se assemelham às do n.º 2 do art. 15.º da LCD Espanhola), que quando violadas afetam a *correttezza professionale* e, portanto, considera-se que há CD, daquelas que impõe custos às empresas (normas fiscais, de higiene e segurança, licenciamentos administrativos dispendiosos), que quando violadas poderão ou não ser fonte de CD<sup>101</sup>. Neste último caso, só se considerará CD quando se demonstre o desequilíbrio concorrencial e um efetivo aproveitamento da posição obtida.

Na Alemanha este tema já conheceu diferentes soluções. KOPPEENSTEINER refere que até finais do sec. XX o Tribunal Supremo distinguia “leis eticamente fundamentadas” e “leis eticamente neutras”, considerando que apenas a violação das primeiras poderias vir a gerar CD. Entretanto essa distinção foi substituída pela diferenciação entre normas que se destinam a regular o mercado concorrencial e as

---

<sup>99</sup> LAMBRECHT, Olivier (2020), *L'ASBL, une nouvelle forme d'entreprise?*, Université de Liège. 24.

<sup>100</sup> RIVARO, Rossela (2014), *Concorrenza Sleale*, Camera di Commercio Industria Artigianato e Agricoltura di Torino, p. 35 a 41.

<sup>101</sup> Cass. 19/04/2018, n. 9770.

demais, considerando-se que a violação das primeiras gera CD sem mais e que a violação das segundas só se considerará CD quando haja associada uma vantagem concorrencial e essa violação<sup>102</sup>.

### 3.3. PROPOSTA DE SOLUÇÃO

Discute-se se uma conduta, por ação ou omissão, que viole frontalmente disposição legal em vigor pode, em simultâneo, qualificar-se como CD.

Para responder a esta questão importa considerar aquilo que já se sabe de início: a mesma conduta pode violar diferentes bens jurídicos em simultâneo, expondo-se a diferentes respostas do ordenamento jurídico, ou, a conduta pode violar apenas um bem jurídico, mas existirem diferentes institutos capazes de resposta. Nesta segunda hipótese se situa o enquadramento dos ilícitos de concorrência, em que podemos identificar uma similitude no bem jurídico violado, porquanto ambos os institutos se destinam, no limite, à regulação do mercado da concorrência, mas em que o ilícito de concorrência se considera especial em relação à CD e, como tal, derroga-a<sup>103</sup>. Nesta medida, parece não ser tecnicamente correto equacionar uma solução que passe pela CD.

Assim sendo, resta a hipótese de **a mesma conduta violar diferentes bens jurídicos**, incorrendo nas consequências da ilicitude externa – as que são oriundas da norma jurídica violada que protegerá um bem jurídico diferente da CD- e, simultaneamente, porque violou os interesses que a CD se destina a proteger e que acima enunciamos e por preencher todos os pressupostos da cláusula geral (ilicitude interna), incorre também nas consequências previstas, seguindo-se nesta matéria uma solução semelhante à proposta de ALFARO ÁGUILA-REAL<sup>104</sup>. Aqui, em prol da segurança jurídica, a violação dos interesses protegidos pela CD deve ser inequívoca.

Na prática, começaríamos por verificar se a conduta **prejudicou os legítimos interesses de um ou de vários concorrentes determinados**, e, de imediato, fazer o juízo necessário para determinar se tal conduta é apta a **provocar efetivo e relevante desequilíbrio no mercado concorrencial**, o qual deverá verificar-se em simultâneo, sob pena de o dano concorrencial não ser suficientemente relevante para acionamento da CD.

---

<sup>102</sup> KOPPENSTEINER, Hans-Georg (2017), *A cláusula...* p. 15 e 16.

<sup>103</sup>No mesmo sentido, LEITÃO, Adelaide M. (1996), *Estudo sobre os Interesses...*, p. 75.

<sup>104</sup> ÁGUILA-REAL, Jesús Alfaro (1991), *Competencia...*, p. 679.

Garante-se, assim, a mínima segurança jurídica, pois não restam dúvidas de que é para isso que a CD serve (proteger os interesses dos concorrente e do mercado concorrencial).

De seguida, verificar se aquela conduta foi dirigida ao mercado concorrencial – **ato dirigido** como lhe chamou OLIVEIRA DE ASCENSÃO, devendo ainda formular-se um juízo ético sobre a mesma, combinando-se igualmente a necessidade de avaliar se foi ou não apta a colocar o infrator em posição de vantagem por desrespeito da igualdade e do Princípio da concorrência. Ou seja, só com a combinação do modelo social e corporativista somos capazes de respeitar a segurança jurídica, pois como ADELAIDE M. LEITÃO referiu, exige-se aqui uma **deslealdade qualificada**, por oposição à deslealdade objetiva dos atos típicos.

O resultado destes critérios tem uma importância prática muito relevante, apesar de parecerem muito vagos. Imagine-se uma rua em que estão instalados diversos restaurantes e que um deles mantém elevado número de trabalhadores em situação ilegal, escusando-se ao pagamento das contribuições obrigatórias, tendo um número consideravelmente superior de funcionários e menos tempo de espera nas mesas por esse motivo, conseguindo assim alcançar mais turnos. Nesta hipótese, poderá vir a entender-se que o interesse dos concorrentes vizinhos cumpridores estaria a ser lesado, se estes de facto se viram afetados e necessitam de empregar maiores esforços para competir com aquele serviço, podendo para isso ter de abdicar de uma parte dos lucros da operação, contratando mais trabalhadores para conseguirem também eles receber mais clientes.

No entanto, esta infração não parece afetar o equilíbrio concorrencial, nem deverá entender-se que o ato será dirigido, por não ser determinante naquele tipo de negócio para a angariação de clientela e por não depender dela o resultado, pois se aquele restaurante tivesse o mesmo número de funcionários, mas todos em situação regular, o efeito no mercado concorrencial era o mesmo idêntico, não resultando a vantagem da preterição das regras do Código do Trabalho e das contribuições à segurança social. Assim, também não há aqui especial deslealdade ou desonestidade, porquanto não depende este concorrente deste esquema para prevalecer no mercado concorrencial. Acresce que, ainda que fosse o restaurante com mais clientela, a rapidez e eficácia no atendimento não são o único critério de escolha do consumidor daquele produto.

Quer com isto dizer-se que a infração deve ser flagrante e determinante no negócio em questão, como foi exemplo real a situação do transporte individual de passageiros de forma remunerada, para com o Transporte em táxi, em que o incumprimento do licenciamento permitiu a livre fixação de preços e outras prerrogativas que não assistiam

aos taxistas, acabando por violar os interesses legítimos dos últimos de tal modo que, para além do desvio de importante parcela da clientela, foi inclusive determinante na desvalorização radical do valor dos alvarás que naquela atividade se transacionavam, defraudando por completo as expectativas de quem se dedicava àquela atividade. Todo o sector veio prejudicado com aquela atuação e alterou o modo de funcionamento da relação de concorrência.

Nesta medida, o que se propõe é que se considere que nem toda a violação de interesses legítimos de concorrentes seja considerada apta a provocar desequilíbrio no mercado concorrencial, o qual só se verificará quando as circunstâncias que resultem do primeiro alterem de modo significativo o funcionamento deste último, identificando-se também neste consequências. O mercado concorrencial poderá avaliar-se nacionalmente, regionalmente, ou mesmo na mesma rua, dependendo da situação que se avalie. Tudo dependerá do público alvo da relação de concorrência *sub judice*.

Isto posto, sabendo que a cláusula geral se destina à proteção dos interesses dos concorrentes e do equilíbrio do mercado concorrencial, deve ainda considerar-se que a mesma só deverá atuar quando necessário. Ou seja, se existir outro mecanismo apto a satisfazer a mesma necessidade, seja ela compensatória, repressiva ou preventiva, então deve considerar-se novamente que tal mecanismo se considera especial.

É fácil compreendermos que, por exemplo, um concorrente que incendeia a loja do concorrente do lado, com o fito de o prejudicar e de desviar para si a clientela, estará sujeito ao crivo penal e à responsabilidade civil que emerge da conduta praticada. Aqui, na avaliação do dano já se incluem os lucros cessantes, incluindo-se os danos que poderiam vir a ser ressarcidos através da CD, caso em que a ilicitude externa, apesar de não proteger o mesmo bem jurídico que a CD, abrange o dano concorrencial. Assim, não seria correto cumular os dois pedidos, porque o nosso ordenamento jurídico não indemniza o lesado para além do dano sofrido, nem a responsabilidade civil se assume como punitiva. Se acionada a CD, a mesma não teria nenhuma repercussão prática, porquanto já excluimos a possibilidade de constituir contraordenação (pela cláusula aberta), restando a responsabilidade civil, a qual já teria sido consumida pela ilicitude externa, que foi apta a cobrir o dano concorrencial.

Porém, imagine-se um concorrente que se encontra envolvido num esquema de fraude carrossel, comprando ao *missing trader* mercadoria a um valor que só é possível pela dupla apropriação ilegítima do IVA, só tendo acesso a tal transação por se encontrar em conluio com aquele. De seguida vende a mercadoria a um preço com o qual nenhum

concorrente poderá concorrer. Nesta hipótese, não se conseguirá responsabilizar o *missing trader* pela venda com prejuízo, pois já não será possível encontrá-lo, e a concorrência ilícita é o menor dos seus problemas<sup>105</sup>. Contudo, o concorrente que distribui finalmente a mercadoria ao consumidor está investido numa vantagem inequívoca pela sua cumplicidade naquele esquema fraudulento. Mas avaliando a operação não conseguimos encontrar forma de ressarcir o concorrente cumpridor, que não seja a da CD. Ou seja, aquele concorrente incumpridor para além do prejuízo que gerou às fazendas públicas em que atuou, em cumplicidade, afetou ainda o mercado concorrencial, por se fazer valer da posição que lhe permite oferecer o mesmo produto por um preço com o qual nenhum outro poderá competir. Ao invocar a responsabilidade civil com base na CD seria possível compensar este concorrente pelo dano concorrencial sofrido, o qual parece inaceitável.

Com isto, o que se propõe é que apenas se possa utilizar a CD quando não exista a ilicitude externa não seja apta a reprimir, prevenir ou ressarcir o dano concorrencial que se considera inaceitável, considerando-se aqui que a atuação da cláusula geral deve limitar-se aos extremos que acima traçamos. Nesta medida, deve ser acionada tendo em vista a reparação do dano concorrencial que se instituiu à custa da violação do ordenamento jurídico.

Por outro lado, se em determinado sector de atividade é usual ou não impressiona a adoção de determinados comportamentos reprováveis não pode considerar que tal conduta tem a força de alterar o mercado concorrencial, pois que o concorrente se encontra adaptado a essa realidade e o dano concorrencial não será suficientemente inaceitável, tendo sido assegurado o mínimo ético.

Acresce que, em prol da segurança jurídica não deverá ser extravasada a letra da lei para além do aceitável. Assume importante papel o nexo de causalidade que é possível estabelecer. Deve relevar apenas o nexo de causalidade direta, o qual só é possível quando o ato seja dirigido. Não deve considerar-se o dano concorrencial colateral, ou secundário. Portanto, a vantagem que possa advir da infração da norma deverá repercutir-se de forma imediata como dano concorrencial.

Por exemplo, o poder de investimento que advém da fuga aos impostos ou do incumprimento de outras obrigações não deve ser relevante. O poder de investimento poderia resultar de outras circunstâncias e não provoca desequilíbrio algum, pois não se

---

<sup>105</sup> SARMENTO, Joaquim Miranda; Paulo Marques (2014), *IVA- Problemas Atuais*; Coimbra Editora; p. 214.

poderá censurar o património mais ou menos enriquecido e não deve considerar-se apto a provocar efeitos no equilíbrio concorrencial, pois se admitem desde sempre as diferenças do poder de investimento.

O mesmo não se poderá afirmar se apenas por causa exclusiva da fuga aos impostos um concorrente ofereça os mesmos produtos ou serviços ao consumidor a um preço muito inferior ao do seu concorrente, causando um dano concorrencial que deriva diretamente daquela infração, tendo sido a mesma pensada com essa intenção. Assim, deve exigir-se uma causa efeito evidente, como é o exemplo dos jogos de apostas desportivas e casinos online que atuam em Portugal sem a respetiva licença e em desrespeito pelos requisitos legais, oferecendo vantagens com as quais os concorrentes cumpridores não conseguem competir (essencialmente pela carga tributária).

Utilizando este exemplo: há relação de concorrência, por concorrem pelo mesmo público; o ato praticado é um ato de concorrência, por ter a aptidão de provocar dano concorrencial; é dirigido, pois tem o propósito de afetar a posição concorrencial; quanto à deslealdade, diga-se que essa conduta viola diferentes bens jurídicos, desde o interesse público, ao interesse dos concorrentes; nessa medida, é prejudicial aos interesses legítimos dos concorrentes do sector, alterando o seu funcionamento de modo que provoca efetivos desequilíbrios no mercado concorrencial (prova disso é a existência de uma comissão dedicada à investigação destes agentes); o comportamento adotado atenta contra os mínimos éticos, por todas as obrigações (complexas e dispendiosas) que impendem sobre os concorrentes cumpridores em detrimento daqueles que, para além de nenhuma obrigação administrativa e de fiscalização sobre eles impender, ainda incumprem com o pagamento dos impostos devidos, gerando uma concorrência impraticável pelas violações de normas imperativas que adotam; apenas se evidenciam no mercado e com elevado volume por oferecerem condições que apenas são possíveis devido àquelas infrações, as quais são cometidas com esta intenção; por fim, as consequências das ilicitudes externas em que incorrem não são aptas a reparar o desequilíbrio concorrencial, nem a proteger os legítimos interesses dos concorrentes cumpridores (ainda que possam ser denunciados à entidade competente, não está previsto nenhum mecanismo para ressarcir os atores daquele mercado, pelo que os mesmos apenas poderão beneficiar da sua retirada do mercado), pelo que a CD é o limite que deve responder ao excesso concorrencial cometido, sob pena de não se proteger a concorrência neste domínio.

### 3.4. FUNDAMENTOS DA PROPOSTA

Vivemos cada vez mais num mercado global, pelo que, não obstante as diferenças encontradas nos diferentes ordenamentos jurídicos, a verdade é que não faz sentido negar em absoluto uma possibilidade que o fundamento do instituto não exclui e que outros países vizinhos já a admitem pacificamente. Seria uma diferença injustificada e que só viria a prejudicar os atores do mercado português, por desproteção total nos excessos concorrenciais, se por azar o concorrente tivesse optado por fazê-lo através da violação de norma jurídica. Uma solução contrária poderia, inclusive, estimular determinados incumprimentos legais, por se lograr um dano concorrencial de larga escala, o qual não seria indemnizável.

Por outro lado, sabendo que a CD se destina a reprimir os excessos concorrenciais, existindo a possibilidade de os mesmos se cometerem por infração de normas jurídicas, não se justifica negar a sua aplicação, porquanto se desprotegeria o mercado sem motivo suficientemente robusto, em comparação com os outros atos típicos de CD.

Ressalva-se naturalmente que o funcionamento da cláusula geral nestas situações deverá ser pontual, funcionando com critérios cumulativos de difícil preenchimento, sob pena de se deturpar a sua finalidade e se permitir, como alertou OLIVEIRA DE ASCENSÃO, que se utilize a CD como meio de reprimir as atuações dos concorrentes e impedir o seu crescimento, à custa de qualquer violação do sistema jurídico.

Não parece que a segurança jurídica venha prejudicada com este entendimento, porquanto o infrator idealizou precisamente o dano concorrencial. O mínimo que se deve acautelar é a proteção devida aos destinatários do instituto, os quais não devem ficar privados de tal proteção, quando não exista outro mecanismo apto no ordenamento jurídico.

## CONCLUSÃO

A cláusula geral de concorrência desleal vem positivada por conceitos amplamente vagos e imprecisos, os quais conferem ao instituto a vantagem de uma enorme versatilidade, mas inerentemente suscitam dúvidas quanto à sua interpretação e aplicação.

A questão que surge na interpretação da expressão “normas e usos honestos”, procurando saber se nesta se incluem as normas jurídicas. É efetivamente possível que um ato de concorrência seja simultaneamente violador de uma norma jurídica imperativa ou que para se cometer esse ato se opte pela violação, podendo alcançar-se danos concorrenciais inaceitáveis com essa atuação.

A doutrina havia já abordado o tema, apesar de não se encontrar neste assunto, como em tanto outros no que à concorrência desleal respeita, consenso.

Partindo da classificação da cláusula geral como uma norma de proteção e reconhecendo que a todo o instituto subjaz um fundamento ético, identificaram-se como interesses protegidos principais a tutela dos interesses dos concorrentes e o mercado concorrencial.

A concorrência desleal é o instituto jurídico que se destina a reprimir os comportamentos considerados desonestos, tendo como fim principal travar os excessos concorrenciais, que causam ou potenciam danos concorrenciais que se consideram inaceitáveis. Nessa medida, exige-se para a sua aplicação a existência de uma relação de concorrência, que o ato praticado seja apto a colocar o concorrente em posição de vantagem no mercado, que seja intencional e se revista de deslealdade.

Ponderaram-se os diversos contributos e considerações oferecidos pela doutrina em conjunto com aquelas que são as linhas orientadoras do instituto e foi conclusão de que as normas jurídicas não deverão entender-se afastadas daquele preceito legal.

Na verdade, quando a mesma conduta seja violadora de norma jurídica imperativa (que não permite a reparação do dano concorrencial) que tutela bens jurídicos distintos daqueles a que se dedica a concorrência desleal e, simultaneamente, seja lesiva dos interesses legítimos de concorrentes e do mercado concorrencial, provocando efetivo e relevante desequilíbrio no mesmo, numa causalidade direta e intencional, tendo sido esse ato dirigido a esse resultado, em arrepio pelos padrões de honestidade e retidão naquele sector de atividade, deverá entender-se que esse ato tem acolhimento na previsão do art. 311.º do CPI.

## BIBLIOGRAFIA

ABREU, Jorge Manuel Coutinho (2014), *Curso de Direito Comercial*, Almedina, Coimbra.

ABREU, Jorge Manuel Coutinho (2022), *Apontamento de direito(s) da concorrência*, in *Direito das Empresas – Reflexões e Decisões* (obra coletiva), Almedina, Coimbra.

ÁGUILA-REAL, Jesús Alfaro (1991), *Competencia desleal por infracción de normas*, *Revista de derecho mercantil*, n.º 202.

AMORIM, Ana Clara Azevedo (2017), *A Concorrência Desleal à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça: revisitando o tema dos interesses protegidos*, *Revista Eletrónica de Direito*, n.º 2, Junho 2017, disponível em: <https://cije.up.pt/pt/red/edicoes-antecedentes/2017-nordm-2/a-concorrenca-desleal-a-luz-da-jurisprudencia-do-supremo-tribunal-de-justica-revisitando-o-tema-dos-interesses-protetidos/>

ASCENSÃO, José de Oliveira (1994), *Concorrência Desleal*, Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa;

ASCENSÃO, José de Oliveira (1997), *O princípio da prestação: um novo fundamento para a concorrência desleal (?)*, Conferência pronunciada na Faculdade de Direito de Lisboa no dia 22 de Junho de 1997, no âmbito do curso sobre: “A concorrência desleal no novo Código da Propriedade Industrial, disponível em: <https://portal.oa.pt/upl/%7B3aef442f-f195-4f7a-a003-318724af7bec%7D.pdf>.

ASCENSÃO, Oliveira (2007), *Concorrência desleal: As grandes Opções*, in *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais – Vol. I* (obra coletiva), Coimbra Editora, Coimbra.

CARVALHO, Orlando (1967), *Crítério e estrutura do estabelecimento comercial: O problema da empresa como objecto de negócios. I.*, Atlântida Editora, Coimbra.

CHORÃO, Luís Bigotte (1995), *Notas sobre o âmbito da Concorrência Desleal*, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 55, Dezembro de 1995.

COELHO, José Gabriel Pinto (1964), *O conceito de concorrência desleal*, in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Vol. XVII, Lisboa.

CORDEIRO, António Menezes (2011), *O costume e os usos no século XXI*, in Revista de Direito das Sociedades, n.º 3, 2011, p. 627-655, disponível em: [http://www.revistadedireitodassociedades.pt/files/RDS%202011-3%20\(627-655\)%20-%20Doutrina%20-%20Menezes%20Cordeiro%20-%20O%20costume%20e%20os%20usos%20no%20século%20XXI.pdf](http://www.revistadedireitodassociedades.pt/files/RDS%202011-3%20(627-655)%20-%20Doutrina%20-%20Menezes%20Cordeiro%20-%20O%20costume%20e%20os%20usos%20no%20século%20XXI.pdf).

CORREIA, António Ferrer (1950), *Propriedade industrial: registo do nome de estabelecimento; concorrência desleal*, in Revista de Direito e de Estudos Sociais, a.6, n.1-3, Abril a Agosto de 1950.

CORREIA, António Ferrer, et. al. (2009), *Efeito externo das obrigações; abuso do direito; concorrência desleal*, em Revista de Direito e Economia, Ano V, n.º 1, Janeiro/Junho de 2009.

COSTA, Mário Júlio de Almeida (2010), *Direito das Obrigações*, Almedina, Coimbra.

DIAS, Jorge de Figueiredo (2012), *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I*, Coimbra Editora, Coimbra.

FRANÇOIS, Jérôme Danthe (1998), *Le droit international prive suisse de la concurrence deloyale*, Librairie Droz, Genève, p. 33.

GONÇALVES, Luís Couto (2021), *Manual de Direito Industrial*, Almedina, Coimbra.

Hans-Georg Koppensteiner, *A cláusula geral do direito da concorrência desleal à luz da diligência profissional*, Revista Eletrónica de Direito, Julho de 2017.

KECK, Stefan (2005), *Wettbewerbsverstöße durch Rechtsbruch*, Dissertation Zur Erlangung des Doktorgrades der Juristischen Fakultät der Universität Regensburg, disponível em: <https://epub.uni-regensburg.de/10346/1/Diss.pdf>.

LAMBRECHT, Olivier (2020), *L' ASBL, une nouvelle forme d'entreprise?*, Master en droit à finalité spécialisée en droit des affaires (aspects belges, européens et

*internationaux*), Université de Liège, Liège, Belgique, disponível em: <http://hdl.handle.net/2268.2/10042>.

LEITÃO, Adelaide Menezes (1996), *Estudo sobre os interesses protegidos e a legitimidade da Concorrência Desleal*, in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Vol. 37, n.º 1, Lisboa.

LEITÃO, Adelaide Menezes (2000), *Estudo de Direito Privado sobre a Cláusula Geral de Concorrência Desleal*, Almedina, Coimbra.

LEITÃO, Adelaide Menezes (2009), *Normas de protecção e danos puramente patrimoniais*, Almedina, Coimbra.

LIMA, José Lobo D'Avila (1910), *Da Concorrência Desleal*, Imprensa da Universidade, Coimbra.

MARTIN, Gustavo Andrés Martin (2017), *La relación entre la Ley de Competencia Desleal y la Ley de Defensa de la Competencia en Derecho español tras la trasposición de la Directiva 2014/104/UE y los recientes pronunciamientos del Tribunal Supremo*, Revista Eletrónica de Direito, n.º 1, Fevereiro de 2018.

MENDES, Evaristo (1997), *Direito da concorrência desleal e direito da concorrência*, in Concorrência Desleal (obra coletiva), Almedina, Coimbra.

MENDES, Evaristo (2015), *Nótula sobre a concorrência desleal*, in Jornal de Negócios.

OLAVO, Carlos (1987), *Propriedade industrial, Noções fundamentais*, CJ, ano XII, Tomo 4, p. 15.

PAÚL, Patrício (1965), *Concorrência Desleal*, Coimbra Editora, Coimbra.

PAÚL, Patrício (1997), *Os pressupostos da concorrência desleal*, in Concorrência Desleal (obra coletiva), Almedina, Coimbra.

RABAÇAL, Tomás Castro Rodrigues (2017), *Interpretação Actualista da Cláusula Geral de Concorrência Desleal*, Grupo Almedina (Portugal) <https://ebooks.almedina.net/books/9789894001751>.

RIVARO, Rossela (2014), *Concorrenza Sleale*, Camera di Commercio Industria Artigianato e Agricoltura di Torino, disponível em: [https://www.to.camcom.it/sites/default/files/regolazione-mercato/25871\\_CCIAATO\\_28112014.pdf](https://www.to.camcom.it/sites/default/files/regolazione-mercato/25871_CCIAATO_28112014.pdf).

SANTOS, Lourenço Leiria De Mendonça Noronha (2015), *Desvio de trabalhadores e concorrência desleal*, Revista da Ordem dos Advogados, n.º I/II, ano 75, Lisboa.

SARMENTO, Joaquim Miranda; Paulo Marques (2014), *IVA- Problemas Atuais*, Coimbra Editora, Coimbra.

SENDIM, Paulo Melero (1987), *Uma unidade do direito da Propriedade Industrial?*, in *Direito E Justiça*, 2 (Especial), p. 196-200, disponível em: <https://doi.org/10.34632/direitoejustica.1987.10727>.

SILVA, Nuno Sousa (2020), *Concorrência Desleal e Propriedade Intelectual: os atos de aproveitamento*, Coleção de Monografias n.º 4, Instituto do Conhecimento AB, Almedina, Coimbra.

SILVA, Pedro Sousa, (2020), *Direito Industrial: Noções Fundamentais*, Almedina, Coimbra.

VARELA, João de Matos Antunes (2014), *Das Obrigações em Geral, Vol. I*, Almedina, Coimbra.

VIDIGAL, Frederico Marcelo Patrício (2015), *Os Interesses protegidos pelo instituto da Concorrência Desleal*, Tese de Mestrado em Direito Empresarial, Faculdade de Direito de Lisboa, Universidade Católica Portuguesa, disponível em: <https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/19422/1/Os%20interesses%20protegidos%20pelo%20instituto%20da%20concorrência%20desleal%20Frederico%20Vidigal.pdf>.

## **ADVERTÊNCIA SOBRE AS REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

As obras mencionadas em nota de rodapé estão identificadas de forma abreviada, encontrando-se a correspondente e completa referência na bibliografia.

Toda a jurisprudência portuguesa mencionada está disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) e a estrangeira nos respetivos sítios de internet oficiais.

Todos os sítios de internet foram consultados pela última vez em 7/09/2022.