



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

CONCORRÊNCIA DESLEAL: OS ATOS DE AGRESSÃO E A VISÃO EUROPEIA

Fernando António Mesquita Guimarães Carvalho Vilas Boas

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2022



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

CONCORRÊNCIA DESLEAL: OS ATOS DE AGRESSÃO E A VISÃO EUROPEIA

Fernando António Mesquita Guimarães Carvalho Vilas Boas

Orientador: Maria Victória Rocha

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2022

*“If you wish to make an apple pie from scratch,
you must first invent the universe.”*

Carl Sagan

Agradecimentos

Aos meus pais, eternos norteadores da minha vida.

Aos meus amigos, cuja presença é essencial.

À Professora Victória Rocha, por ter acolhido o meu projeto acadêmico.

Um obrigado.

Resumo

A presente dissertação incide sobre a concorrência desleal, encarada como instituto gerador de concorrência justa. Serão analisados alguns sistemas nacionais, por forma a demonstrar as possíveis configurações dadas ao instituto. Segue-se o estudo dos pressupostos de aplicação da concorrência desleal no ordenamento português, em particular, no que aos denominados atos de agressão diz respeito. Por último, examinamos a regulação europeia naquela que é o seu atual estado, traçando uma proposta para um eventual futuro da matéria.

Palavras-Chave: Concorrência Desleal; Agressão;

Abstract

The present dissertation focuses on unfair competition, seen as a generator of fair competition. Some national systems will be analyzed, in order to determine the possible configurations given to the institute. Then, the study of the conditions of application of unfair competition in the Portuguese legal system, in particular, with regard to the so-called acts of aggression. Finally, we examine European regulation in its current state, outlining a proposal for a possible future of the subject.

Keywords: Unfair Competition; Aggression;

Índice

Indicações de Leitura	8
Siglas e Abreviaturas	9
1 – Introdução	10
2 – Concorrência desleal	12
2.1 – Os sistemas jurídicos nacionais em matéria de Concorrência Desleal	12
2.2 – Evolução histórica	13
3 – O conceito no ordenamento português	18
3.1 – A natureza jurídica	18
3.2 – Os requisitos da concorrência desleal	19
3.2.1 – Os pressupostos	19
3.2.2 – Relação de Concorrência	19
3.2.3 – Deslealdade	23
3.2.4 – Âmbito de aplicação	26
3.2.5 – Censurabilidade da Conduta	27
4 – Os Grupos de Casos	28
4.1 – Os Atos de Agressão	29
4.1.1 – Denegrição	29
4.1.2 – Publicidade Comparativa	31
4.1.3 – Exames e Depoimentos	32
4.1.4 – Atos de Desorganização	34
4.1.5 – Perturbação da Atividade Empresarial Alheia em Geral	35
4.1.6 – Desvio de Dependentes e Parceiros Comerciais	36
4.1.7 – Corrupção de Dependentes	40
4.1.8 – Bloqueio ou Boicotagem	41
4.1.9 – Discriminação	42
5 – O Futuro da Concorrência Desleal	43
5.1 – O Atual Contexto	43
5.2 – A DPCD: Um Meio Para Um Fim?	44
6 – Conclusão	48
Bibliografia	50

Indicações de Leitura

As traduções de transcrições estrangeiras são de nossa responsabilidade, exceto quando o contrário for indicado. Não obstante, surgem casos nas quais se manteve a língua original para preservar o sentido pretendido.

A jurisprudência nacional citada foi consultada na base de dados constante de <http://www.dgsi.pt/>.

Siglas e Abreviaturas

B2B – Business-to-Business

BGB - Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil Alemão)

CC – Código Civil

Cfr. – Conforme, Confronte ou Confira

Cit. – Citando

Coord. - Coordenação

CPC – Código de Processo Civil

CPI – Código da Propriedade Industrial

CSC – Código das Sociedades Comerciais

CT – Código do Trabalho

CUP – Convenção da União de Paris de 1883

DL – Decreto-Lei

DPCD – Diretiva relativa às Práticas Comerciais Desleais (2005/29/CE)

Ed. – Edição

INS – International News Service

nº - Número

Pág. – Página

PGR – Procuradoria-Geral da República

s. l. – *sine loco*

ss. – Seguintes

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TFUE – Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

TRP – Tribunal da Relação do Porto

UE – União Europeia

UWG – Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (Lei de Repressão da Concorrência Desleal Alemã)

Vol. – Volume

1 – Introdução

Na troca de bens ou serviços, os agentes competem entre si segundo a lei da oferta e da procura. Essa competição traz inúmeras vantagens a todos os envolvidos, por favorecer uma melhoria contínua desses bens e serviços, por resultar em preços geralmente mais baixos, por propiciar a inovação e o aumento da eficiência da produção, apenas enumerando algumas. Por esse motivo, as lesões causadas aos concorrentes nada têm de inerentemente más. Numa competição por recursos limitados, aquilo que um ganha, o outro perde, pelo que esta dinâmica deve ser encarada como intrínseca ao conceito de economia de mercado.

Porém, a rivalidade entre agentes pode resultar num excesso de concorrência, caracterizado pelo emprego de métodos considerados desleais à luz do ordenamento jurídico.¹ Neste sentido, a repressão da concorrência desleal não equivale a restringir, sem mais, a competição. Ao invés, o instituto proíbe certas atuações, precisamente para que a concorrência permaneça justa.²

A temática é indispensável à caracterização do tipo de mercado de um dado ordenamento. Por outro lado, os atos de agressão assumem um papel fulcral na configuração do sistema económico, na medida em que traduzem a permissibilidade de ataques diretos entre concorrentes e à estrutura que os suporta. Não obstante, esta categoria de atos não tem recebido o mesmo destaque que os restantes grupos e requer um estudo à luz de alterações à legislação conexa e paralela, aumentando o grau de certeza na sua aplicação.

A análise da temática inicia por uma abordagem de Direito comparado, recorrendo aos denominados “equivalentes funcionais” para perceber as abordagens possíveis ao instituto. É feita a análise ao ordenamento português, no que aos pressupostos diz respeito, seguida do estudo dos atos de agressão. Por último, é feita uma reflexão sobre a harmonização europeia da temática, procurando traçar paralelismos com anteriores avanços Europeus.

Como tal, restringimos o trabalho aos atos de agressão, sem descurar o estudo prévio da concorrência desleal e seus pressupostos. Neste sentido, abordamos apenas os

¹ Para PEDRO SOUSA E SILVA, 2020, *Direito Industrial*, 2ª edição, Coimbra, Almedina, pág. 432, “desleal não será a concorrência, mas antes os meios usados nessa concorrência”.

² Já o dizia PATRÍCIO PAÚL, 1965, *Concorrência Desleal*, Coimbra, Coimbra Editora, pág. 41.

casos mais comuns ou cuja complexidade reclama exame. Na verdade, tal como em diversos empreendimentos humanos, a concorrência desleal apenas tem como limite a imaginação humana. Evidentemente, não analisaremos a divulgação ao público em geral de segredos de negócio, matéria que consideramos beber mais do regime dos segredos de negócio do que da agressão.

2 – Concorrência desleal

2.1 – Os sistemas jurídicos nacionais em matéria de Concorrência Desleal

Uma análise dos sistemas nacionais em matéria de concorrência desleal aponta para a diversidade de abordagens e soluções dadas ao instituto. Em primeira linha, podemos dizer que estas diferenças se referem aos interesses protegidos pelas regras em jogo, sem esquecer as fontes de regulação, as técnicas legislativas adotadas, os atos suscetíveis de serem sancionados, assim como pelos meios de tutela civil.³

De um lado, os sistemas monistas, também referidos de modelo social, que constroem a concorrência desleal para prevenir e reprimir abusos da liberdade de concorrência. Ou seja, como uma forma de regular o mercado, através do processo de concorrência. Partem de um pressuposto de tutela dos interesses de todos os participantes no mercado, sejam eles consumidores ou concorrentes, por via de um modelo integrado e abrangente.⁴ Por isso, não se aplica o pressuposto da relação de concorrência.

Do outro lado, os sistemas dualistas ou de modelo profissional, que consagram o instituto como tutela de concorrentes individualmente considerados. Por sua vez, os consumidores serão tutelados por outras normas ou ramos, por exemplo, sob a alçada do Direito do Consumo. Nestes casos, já se aplica o pressuposto da relação de concorrência e de lesão de interesses do concorrente.

Como explica Dário Moura Vicente,⁵ a diferente conceção quanto aos interesses protegidos leva à atribuição de legitimidade a diferentes atores para ações fundadas na concorrência desleal. Se nos sistemas dualistas a regra é a atribuição de legitimidade aos concorrentes diretamente afetados e às associações que os representem, nos restantes sistemas também os agentes que produzam ou ofereçam serviços idênticos ou similares aos do infrator se poderão servir da tutela.

³ Tal como diz DÁRIO MOURA VICENTE, 2012, *Concorrência Desleal: Diversidade de Leis e Direito Internacional Privado*, in *VIII Curso de Direito Industrial*, Coimbra, Almedina, pág. 183 a 191.

⁴ Cfr. NUNO SOUSA E SILVA, 2020, *Concorrência Desleal e Propriedade Intelectual: Os Atos de Aproveitamento*, Coimbra, Almedina, pág. 146.

⁵ DÁRIO MOURA VICENTE, 2012, pág. 184.

Para além do binómio apresentado, é ainda possível conceber modelos híbridos (no seio dos Estados Membros, muito devido à influência da legislação da União Europeia) e negativistas,⁶ não reconhecendo o instituto da concorrência desleal.

2.2 – Evolução histórica

O desenvolvimento da concorrência desleal iniciou-se com a jurisprudência francesa, a partir da segunda metade do século XIX e à revelia do pensamento decorrente das revoluções liberais de livre concorrência e intervenção mínima do Estado. Para tal, os tribunais recorreram ao regime geral da responsabilidade civil extracontratual dos artigos 1382º e 1383º do Código Civil Napoleónico de 1804, que previa o dano, nexo de causalidade, e a *faute* (traduz-se na ilicitude e culpa, tendo paralelismo com o atual requisito de deslealdade).⁷ Este último requisito começou a ser reconduzido ao exercício abusivo de direitos, como é o caso da liberdade de concorrência, pelo que a tutela incidiria, também, sobre interesses privados.

A tradição jurisprudencial mantém-se até nos dias de hoje, não obstante a adoção de legislação em áreas adjacentes, como o Direito da Publicidade ou do Consumidor. Com isto se ilustra o carácter dualista do sistema.

Uma palavra merece a ação de parasitismo, autonomizada dos restantes casos em resultado das conceções doutrinárias e jurisprudenciais que abdicam do pressuposto da relação de concorrência, que seria aplicável, regra geral.

De igual modo, a jurisprudência italiana desenvolveu a concorrência desleal a partir do ilícito civil extracontratual, resultante do artigo 1151º do Código Civil de 1865.⁸ Porém, a atribuição de eficácia interna ao artigo 10-bis da CUP, com o decreto régio de 10 de janeiro de 1926, significou a transposição de uma técnica legislativa. Este artigo constituiu a única disciplina da concorrência desleal na Itália até à entrada em vigor do Código Civil de 1942, que vigora até aos dias de hoje.⁹

Atualmente, os artigos 2598º a 2601º regulam o instituto. O artigo 2598º estabelece no seu nº1 a ilicitude dos atos de confusão, no seu nº2 dos atos de denegrição e

⁶ Expressão de NUNO SOUSA E SILVA, 2020, pág. 147.

⁷ Na “*action en concurrence déloyale*”, os tribunais entendiam a “*faute*” como atuação contrária aos usos honestos da vida económica. Cfr. DÁRIO MOURA VICENTE, 2012, pág. 185.

⁸ Para um desenvolvimento mais aprofundado, cfr. ADRIANO VANZETTI e VINCENZO DI CATALDO, 2005, *Manuale di Diritto Industriale*, 5ª edição, Milão, Giuffrè Editore, pág. 3 e ss.

⁹ ADRIANO VANZETTI e VINCENZO DI CATALDO, 2005, pág. 6.

aproveitamento e, no seu nº3, estabelece uma cláusula geral com pressupostos como a correção profissional e a suscetibilidade de causar dano.¹⁰ Trata-se de um sistema dualista, no qual possuem legitimidade para invocar a concorrência desleal os próprios concorrentes ou as associações que os representam.

No que concerne à Alemanha, destaca-se o papel precursor da Lei de 27 de maio de 1896, que tutelava apenas os concorrentes. Apesar da inovação legislativa, este diploma não consagrava nenhuma cláusula geral, pelo que, não obstante a eficácia para reprimir atos cuja ilicitude advinha da contrariedade a normas do BGB,¹¹ subsistiam várias lacunas.

Seguiu-se a Lei de 7 de junho de 1909, dotada de uma cláusula geral que equiparava o ato desleal à contrariedade do ato com a cláusula dos bons costumes. Nas normas seguintes, previam-se equivalentes cláusulas de menor amplitude, semelhantes a uma enumeração exemplificativa de categorias de atos desleais.¹² Esta nova técnica prevaleceu ante o modelo francês, tendo recebido um forte impulso da Revisão de Haia de 6 de novembro de 1925 à CUP, que alterou o artigo 10º-bis.

Se esta Lei entrou em vigor com uma perspectiva de tutela dos concorrentes, a década de 1920 foi marcada pela consciencialização por parte da doutrina para o papel de tutela do público e dos consumidores.¹³ Esta noção monista viria a ser recuperada no final da II Guerra Mundial e culminaria na Lei de 2004, da qual constam novos casos tipificados, uma menção aos fins amplos da Lei e uma alteração à cláusula geral (no lugar dos bons costumes aparece a referência aos “atos competitivos desleais”).¹⁴

Uma nota merece a revisão de 2008, que alterou a definição de ato de concorrência e procedeu à transposição da Diretiva 2005/29/CE.¹⁵ Destaca-se a alteração do conceito de “ato de concorrência” pelo de “ato comercial”, o que resulta numa ampliação do

¹⁰ Veja-se GUSTAVO GHIDINI, 1982, *La Concorrenza sleale*, 2ª edição, Torino, UTET, pág. 59 e ss. para os atos de confusão do nº1; também, pág. 139 e ss. para os atos de denegrição e comparação da primeira parte do nº2; e, ainda, os atos de aproveitamento constantes da 2ª parte do nº2 nas pág. 187 e ss. De igual modo, ADRIANO VANZETTI e VINCENZO DI CATALDO, 2005, desenvolvem o nº1 nas pág. 33 e ss. e o nº2 nas pág. 73 e ss. tendo o nº3 desenvolvimento nas pág. 99 e ss.

¹¹ Cfr. NUNO SOUSA E SILVA, 2020, pág. 149, aponta a norma do §826 do BGB, que prevê a ilicitude de atos danosos, dolosos e contrários aos bons costumes, passível de ser aplicada face a práticas discriminatórias e boicotes, por exemplo.

¹² Cfr. COUTO GONÇALVES, 2022, *Manual de Direito Industrial*, 9ª edição, Coimbra, Almedina, pág. 398.

¹³ NUNO SOUSA E SILVA, 2020, pág. 150.

¹⁴ NUNO SOUSA E SILVA, 2020, pág. 151.

¹⁵ Relativa às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno.

âmbito de proteção. Em 2015 procedeu-se a nova alteração, com vista a aperfeiçoar a transposição da diretiva, através de uma nova configuração do conceito de atos comerciais desleais de tutela dos consumidores, que desvalorizou a relação de concorrência entre os sujeitos e atribuiu mais importância ao comportamento relevante para o mercado. Aditou ainda um §4º-a respeitante aos atos comerciais agressivos.

Em Espanha, a primeira Lei data de 01.05.1902 e do seu artigo 131º consta uma cláusula geral, seguindo-se um artigo composto de uma enumeração exemplificativa. De facto, a exigência de titularidade de um direito privativo por parte do lesado reduziu-lhe a utilidade prática.¹⁶ Mais ainda, o princípio da tipicidade decorrente da tutela penal retirou a flexibilidade à aplicação da norma, impedindo a sua evolução.¹⁷

Atualmente, a matéria vigora na Lei 3/1991, que marcou uma nova abordagem à conceção tradicional da concorrência desleal. Construiu um método apoiado na técnica alemã da cláusula geral constante da UWG de 1909, bem como na Lei Suíça de 19.12.1986. Adotou o modelo social juntamente com um conceito estrutural de ato de concorrência: prescinde-se da relação de concorrência entre agentes, bastando um ato no mercado, realizado com finalidade concorrencial e objetivamente contrário às exigências da boa-fé.

Aquando da transposição da Diretiva relativa às práticas comerciais desleais,¹⁸ o legislador espanhol optou por uma divisão entre atos desleais de carácter geral e práticas comerciais desleais com os consumidores. Quer isto dizer que uma parte da Lei 3/1991 protege todos os interessados do mercado e uma outra parte apenas os consumidores.

Num outro grupo de países, não se explicita na Lei ou jurisprudência qualquer proibição genérica de concorrência desleal. Na EU, é o caso do Chipre, Malta e Irlanda. Ainda assim, e muito embora não possuam um instituto unitário quanto a esta matéria, a fragmentação regulativa esconde o verdadeiro alcance da concorrência desleal nestes ordenamentos.

¹⁶ Cfr. COUTO GONÇALVES, 2022, pág. 399.

¹⁷ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, 2011, *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Cizur Menor, Editorial Aranzadi, pág. 48-51. Como salienta o autor, viria a ser aprovada em 1964 legislação publicitária, embora com repercussão limitada. Daí que, em 1988, se publique a “Ley General de La Publicidad”.

¹⁸ Para um comentário a esta transposição, assim como a mutação do Direito Europeu no que toca à proteção dos consumidores, BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, 2011, pág. 52-59.

No Reino Unido, a concorrência desleal não é um conceito dotado de autonomia.¹⁹ No caso *Mogul Steamship*²⁰ pode ler-se que “a concorrência é a vida do comércio e não tenho conhecimento de qualquer estágio da concorrência denominado «leal», intermédio entre o lícito e o ilícito”.²¹ No fundo, os tribunais perfilhavam a perspetiva de que a questão da lealdade seria deixada à idiosincrasia dos juízes, pelo que não lhes competia essa categorização. Desta forma, existiria ilicitude apenas com a violação de direitos.

Contudo, também neste sistema é possível desvendar equivalentes funcionais, aplicáveis às relações entre concorrentes – são eles os *economic torts*. Trata-se de ilícitos extracontratuais civis com função de proteger os interesses económicos do lesado, frequentemente divididos entre aqueles que requerem *misrepresentation*, como a *malicious falsehood* e *passing off* e aqueles que não a requerem, como *conspiracy*, *inducement of breach of contract* e *unlawful interference with trade*. Ao elenco acresce a *breach of confidence*, destinada a tutelar segredos de negócio.²²

A ação de *passing off* visa proteger a *goodwill*, definido como a reputação ou aviamento.²³ Constitui este *tort* uma forma de confusão, tendo como requisitos a existência de uma declaração falsa, feita por comerciante no decurso do comércio, dirigida a clientes ou consumidores finais, visando lesar a *goodwill* do autor da ação e que lhe tenha causado dano.²⁴

No que à agressão diz respeito, destacam-se os *torts of defamation*, como o *libel* e *slander*, normalmente distinguidos pelo seu formato escrito e oral, respetivamente.²⁵ Também o *tort of injurious/malicious falsehood* se enquadra na agressão, tendo como

¹⁹ Cfr. STEPHEN P. LADAS, 1975, *Patents, Trademarks, and Related Rights: National and International Protection*, Vol. III, Cambridge, Harvard University Press, pág. 1696-1697. Como salienta o autor, exceto nas atuações claramente ilícitas ou injustas, os tribunais mostram aversão em intervir.

²⁰ Caso *Mogul Steamship Company, Limited v. McGregor, Gow e Co, House of Lords*, 1892.

²¹ Tradução de DÁRIO MOURA VICENTE, 2012, pág. 185.

²² Divisão baseada em ²² Cit. LÚCIO TOMÉ FETEIRA, 2018, *On free and fair competition(2): some comparative notes on the interplay between unfair competition and competition law*, in Themis – Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, nº ed. Especial. 6, Coimbra, pág. 401-426.

²³ Definição de NUNO SOUSA E SILVA, idem, pág. 160.

²⁴ Cfr. JOHN DRYSDALE & MICHAEL SILVERLEAF, 1995, *Passing Off Law and Practice*, 2ª edição, Londres, Butterworths, pág. 3 e 8-25.

²⁵ Cfr. STEPHEN P. LADAS, 1975, pág. 1698-1699.

requisitos a existência de uma falsa afirmação, feita maliciosamente, que haja causado dano ao autor da ação.²⁶

Tradicionalmente, a doutrina e jurisprudência norte-americanas mostram alguma aversão em definir abstratamente concorrência desleal.²⁷ Conforme resulta do caso *Champion Spark Plug Co. v. Champion*,²⁸ “pode sentir-se a deslealdade melhor do que se pode expressá-la”, daí a tendência para recorrer antes a exemplos, a partir dos quais se desenvolvem os *nominated torts*.

A concorrência desleal começou como um apêndice da proteção da marca, através da ação *passing off*. Foi a partir do caso *INS v. Associated Press*²⁹ que a jurisprudência mostrou abertura a outras formas de concorrência desleal.³⁰ Nele se discutiu a publicação de notícias relatadas pela *Associated Press*, presente no teatro europeu da Primeira Guerra Mundial, por parte da INS, que assim se desonerava da recolha das notícias, discutindo-se, também, a corrupção de trabalhadores da *Associated Press* com a finalidade de obter tais notícias.³¹ Apesar de, inicialmente, se atribuir um amplo escopo à decisão, o seu âmbito de aplicação veio a ser reduzido. Ditou o caso *Cheney Brothers v. Doris Silk Corp.*³² que, embora perante circunstâncias análogas, a decisão INS não pretendeu estabelecer uma doutrina geral, pelo que não seria aplicável ao setor em causa.³³

Por forma a compilar algumas das doutrinas desenvolvidas pela jurisprudência, o *American Law Institute* publicou o *Restatement (Third) of Unfair Competition*. O conceito de *unfair competition* compreende três grandes categorias de ilícitos: a comercialização enganosa de produtos ou serviços, violação da marca e apropriação de valores comerciais, como os segredos de negócio.³⁴

²⁶ Cfr. STEPHEN P. LADAS, 1975, pág. 1698-1699. Cfr. ainda WILLIAM CORNISH, DAVID LLWELYN, TANYA APLIN, 2013, *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights*, 8ª edição, Londres, Sweet & Maxwell, pág. 686-688. Em Portugal, DÁRIO MOURA VICENTE, 2012, pág. 186.

²⁷ Cfr. J. THOMAS MCCARTHY, 1984, *Trademarks and Unfair Competition*, Vol. 1, Nova Iorque, 2ª edição, LCPBW, pág. 12-16.

²⁸ *Champion Spark Plug Co. v. Champion*, 23 F. Supp. 638 (E.D. Mich. 1938).

²⁹ *International News Service v. Associated Press*, 248 U.S. 215 (1918)

³⁰ Cfr. J. THOMAS MCCARTHY, 1984, pág. 19.

³¹ Cfr. DONALD S. CHISUM et al, 2011, *Understanding Intellectual Property Law*, s. l., 2ª edição, LexisNexis, pág. 740-743.

³² *Cheney Bros. v. Doris Silk Corporation*, 35 F.2d 279 (2d Cir. 1929)

³³ Cfr. DONALD S. CHISUM et al, 2011, pág. 743.744.

³⁴ Cfr. DÁRIO MOURA VICENTE, 2012, pág. 189.

Quanto a esta matéria, destaca-se a criação da Comissão Federal do Comércio, com autoridade para punir práticas desleais.

3 – O conceito no ordenamento português

3.1 – A natureza jurídica

Em Portugal, a tipificação do ilícito de concorrência desleal encontra a sua fonte, a nível internacional, na CUP. Já em 1900 a Convenção adotou uma disposição que impunha aos países na União a obrigação de assegurar aos nacionais uma “proteção efetiva contra a concorrência desleal”. Posteriormente, da revisão de Haia, resultou a definição que, em grande parte, perdurou até hoje: “constitui ato de concorrência desleal qualquer ato de concorrência contrário aos usos honestos em matéria industrial ou comercial”.³⁵

A contraposição desta norma com o artigo 311º CPI denota várias semelhanças. Em primeiro lugar, o recurso a uma cláusula geral que norteia o âmbito de proteção, lançando os pressupostos para a qualificação de um ato de concorrência como desleal. O proémio do artigo 311º serve, por isso, para lançar as bases gerais de proteção no ordenamento português. Em segundo lugar, uma enumeração meramente exemplificativa, criada pelo advérbio “nomeadamente”.

Significa isto que às condutas expressamente tipificadas nas alíneas do nº1 se devem acrescentar outras passíveis de ser qualificadas como concorrência desleal. Não esquecendo que, até 2003, a concorrência desleal constituía crime punível com pena de prisão até 3 anos, estas alíneas assumiam um papel fundamental à luz do princípio da legalidade: apenas nos casos expressamente previstos na enumeração se poderia atribuir a tutela penal³⁶. Como se verá adiante, estas alíneas podem ser atribuídas aos diferentes grupos de casos.

Entre a doutrina nacional prevalece uma conceção objetivista, que não atribui aos empresários e demais agentes de mercado um verdadeiro direito subjetivo, de índole

³⁵ Cfr. PEDRO SOUSA E SILVA, 2020, pág. 433.

³⁶ Era esta a posição dominante, constante de OLIVEIRA ASCENSÃO, 2002, *Concorrência Desleal*, Coimbra, Almedina, pág. 303, sem descurar a exposição das págs. 275 e ss. Em sentido aparentemente contrário, PATRÍCIO PAÚL, 1965, pág. 94 e 122.

peçoal ou patrimonial, antes assumindo a forma de um dever geral de conduta,³⁷ conceção que subscrevemos. Ou seja, ao invés da Propriedade Industrial (na qual se atribui um direito de exclusivo), serve esta disciplina para ordenar a conduta dos concorrentes à luz de critérios de ilicitude.

3.2 – Os requisitos da concorrência desleal

3.2.1 – Os pressupostos

Como resulta de forma clara da lei, os elementos constitutivos deste tipo de infração são a existência de um ato de concorrência, que seja contrário às normas e usos honestos, de qualquer ramo de atividade económica (deslealdade). Ainda que a síntese destes elementos seja facilitada pela formulação da norma, permanece a necessidade de os desenvolver adiante.

Previamente a 2003, com a tipificação criminal, o dolo do agente era indubitavelmente um pressuposto. O CPI de 1995 exigia até a “intenção de causar prejuízo a outrem ou de alcançar para si ou para terceiro um benefício ilegítimo”. Contudo, esta previsão desapareceu e com ela a referência ao dolo específico alternativo. A questão da exigência de culpa é alvo de discussão na doutrina, colocando-se sobretudo nos ilícitos civis.

3.2.2 – Relação de Concorrência

Muito embora a lei utilize a expressão “ato de concorrência”, é preferível falar em “relação de concorrência”.³⁸ Isto porque, o ato de concorrência não é, por si só, passível de ser desleal se não afetar outra entidade, daí que à exigência de uma relação se possa atribuir uma efetiva concorrência. Com isto, tanto descrevemos um ato praticado por um concorrente como um ato afetando concorrentes. Ainda assim, recorre-se ao “ato de concorrência” para definir a atuação nesta relação.

Esta ressalva tem lugar à luz da distinção entre sistemas monistas e dualistas supramencionada. Recorde-se que os sistemas monistas, prescindindo da verificação de

³⁷ Veja-se OLIVEIRA ASCENSÃO, 2002, pág. 239-240; também CARLOS OLAVO, 2005, *Propriedade Industrial*, vol. 1, 2ª edição, Coimbra, Almedina, pág. 258, e COUTO GONÇALVES, 2022, pág. 420-421. Conceção subjetivista tem PATRÍCIO PAÚL, 1965, pág. 149-153, ao atribuir um “direito à leal concorrência”.

³⁸ Conforme faz NUNO SOUSA E SILVA, 2020, pág. 208. e COUTO GONÇALVES, 2022, pág. 406 e, ainda, OLIVEIRA ASCENSÃO, 2002, pág.112 e ss. falando em “relação especial de concorrência”.

uma relação, optam apenas pela existência de um comportamento económico: basta, quanto a este pressuposto, um ato com relevância no mercado.

Trata-se, em primeira linha de um ato de concorrência. Ou seja, um ato “susceptível de conferir posições vantajosas no mercado, face à clientela”³⁹ ou, numa definição de sentido equivalente, “um ato destinado à obtenção ou desenvolvimento de uma clientela própria em prejuízo de uma clientela alheia, efetiva ou potencial”.⁴⁰ De facto, já no parecer da PGR nº 17/1957, de 30.05.1957, era possível ler-se “constituem concorrência desleal os atos (...) susceptíveis de causar prejuízo à empresa dum competidor pela usurpação, ainda que parcial, da sua clientela”.

Sobressai a ideia de criar ou expandir uma clientela própria e a capacidade para reduzir ou suprimir a clientela alheia, seja esta real ou potencial. Esta disputa pela clientela existe ainda que a atuação seja indireta ou seja apenas reflexiva nesta, por exemplo, quando diz respeito a fornecedores, vendedores ou trabalhadores de um agente económico.⁴¹

Optar por uma noção de concorrência de tal forma ampla que se verificasse entre todas as atividades económicas, seria desvirtuar a respetiva previsão legal. Trata-se de adotar um conceito de concorrência jurídica em lugar de uma concorrência económica. Por isso, é pacífico entre nós que concorrentes são, pelo menos, aqueles que disputam a mesma clientela.⁴² Apesar disto, a amplitude da relação de concorrência continua alvo de divergências na doutrina e resulta em jurisprudência de sentido variado.

De um lado, encontra-se a denominada posição intermédia. Defendida por Couto Gonçalves,⁴³ argumenta que existe ato de concorrência, não só se os produtos ou serviços satisfizerem as mesmas necessidades do público consumidor, como ainda se as necessidades que se visa satisfazer, ainda que diferentes, se inserirem no mesmo setor de mercado. Indo mais longe, o autor defende a possibilidade de concorrência, muito embora não se verifique identidade ou afinidade de bens ou serviços, nem esteja em causa o mesmo setor de mercado. Tal acontecerá, esporadicamente, consoante a ponderação do caso concreto, exigida pelo carácter mais fluído do mercado. Acrescenta o autor a

³⁹ Cit. PEDRO SOUSA E SILVA, 2020, pág. 441.

⁴⁰ Cit. CARLOS OLAVO, 2005, pág. 259.

⁴¹ Veja-se PATRÍCIO PAÚL, 1965, pág. 186-188.

⁴² OLIVEIRA ASCENSÃO, 2002, pág. 112 e ss.

⁴³ Cfr. COUTO GONÇALVES, 2022, pág. 406-409.

possibilidade de concorrência objetiva potencial, entendida como aquela que “se traduza num ato de um concorrente que incida sobre a atividade iminente de outro concorrente”.⁴⁴

Na posição intermédia encontra-se, também, Carlos Olavo.⁴⁵ O autor salienta a insuficiência da perspetiva tradicional, segundo a qual as atividades devem partilhar o mesmo “mercado relevante”, apreciado em termos geográfico e merceológicos. Ou seja, cuja distância entre negócios permita disputar clientela e cujas atividades sejam idênticas ou afins. Tipicamente, a afinidade subdivide-se em atividades que estejam em relação de substituição, nas quais uma é suscetível de substituir o resultado de outra, e aquelas que possuam uma relação de complementaridade. Complementaridade existe quando as atividades se integram no mesmo estágio produtivo, ainda que em diferentes fases do processo ou quando originam bens que só em conjunto são úteis.

Para Carlos Olavo o pressuposto da “concorrência próxima” não depende necessariamente do uso substitutivo, mas sim de uma multiplicidade de fatores. Entende poder haver concorrência desleal quando há atuação no mesmo setor de mercado; ou seja, quando as atividades se dirigem ao mesmo tipo de clientela, efetiva ou potencial – define o setor pelo lado da procura. Será assim, uma vez que a flutuação na escolha dos consumidores deriva de meios desleais, trazendo consequências nefastas para o mercado, os agentes que nele atuam, entre outros. Mais ainda, não se observa nenhuma menção no artigo 10-bis da CUP ou no artigo 311º CPI a atividades económicas que satisfaçam as mesmas necessidades.

No fundo, existe concorrência se a atuação no mercado atinge outro agente económico, independentemente da diferenciação conceptual entre as atividades exercidas. Não se trata de dar uma nova configuração ao conceito de afinidade, mas antes de reconhecer, em certos casos, a sua irrelevância. Assim, haverá concorrência sempre que houver disputa de clientes, independentemente das necessidades que as atividades visem satisfazer.

Dito isto, é de salientar o acolhimento jurisprudencial da perspetiva, no Acórdão do STJ de 26.02.2015,⁴⁶ na medida em que reconhece uma “evidente relação de acessoriedade ou complementaridade entre aqueles produtos e serviços” como um dos

⁴⁴ Cit. COUTO GONÇALVES, 2022, pág. 408.

⁴⁵ Cfr. CARLOS OLAVO, 2005, pág. 259-265.

⁴⁶ Processo nº 1288/05.6TYLSB.

fundamentos da semelhança e afinidade. De igual modo, no Acórdão do STJ de 03.04.2001,⁴⁷ decidiu-se que “não merece censura a recusa do registo de marca constituída pela expressão «Bobby Jones», destinada a assinalar «serviços de bar, hotelaria e restaurante» por haver risco de aproveitamento e confusão com a homónima destinada a assinalar artigos de desporto, aparelhos para golfe e demais acessórios”.

Um problema na aplicação desta perspetiva reside na impossibilidade de determinar qual o setor de referência para aferir a deslealdade, nas situações em que os sujeitos pertencem a setores diferentes. Isto é, nos confrontos que opõem um agente de um setor de atividade que admite determinadas práticas e outro agente cujo setor não aceita essas mesmas práticas não é fornecida uma resposta clara pela lei. Como salienta Nuno Sousa e Silva,⁴⁸ a resolução torna-se turva se, seguindo o Parecer da PGR 17/57 de 30 de maio e a generalidade da doutrina e jurisprudência, partirmos da posição de que se devem ter em conta os usos específicos de cada setor de atividade e não os usos universais do comércio.

Quanto a esta questão, é meritório o contributo de Oliveira Ascensão,⁴⁹ segundo o qual deve valer o padrão do agente: mesmo que no seu setor a conduta seja admitida, poderá reagir se o infrator se encontrar proibido. Embora a sugestão forneça um critério coerente de aplicação, a conceção intermédia é abalada por algum conflito com os princípios do instituto da concorrência desleal. Ora, se importa não confundir “comércio desleal com concorrência desleal”⁵⁰ deve ser respeitada a subsidiariedade ou especialidade face aos restantes institutos que o ordenamento deixa à disposição.

Neste sentido, a perspetiva adotada corresponde à de Patrício Paúl, Oliveira Ascensão, Pedro Sousa e Silva e Nuno Sousa e Silva. Ensinam-nos estes autores que a relação de concorrência parte da disputa de uma mesma clientela.⁵¹ Isto é, mais do que a natureza dos produtos ou serviços, relevam as deslocações criadas no conjunto da clientela. Porém, ao contrário da conceção intermédia, não admitem relação de

⁴⁷ Processo nº 01A053.

⁴⁸ NUNO SOUSA E SILVA, 2020, pág. 215.

⁴⁹ OLIVEIRA ASCENSÃO, 2002, 176.

⁵⁰ PINTO COELHO, *Revista de Legislação e Jurisprudência* nº 92, pág. 178, cit. por PEDRO SOUSA E SILVA, 2020, pág. 442.

⁵¹ É de mencionar a formulação de ANA CLARA AZEVEDO DE AMORIM, 2017, *A Tutela da Lealdade nas Relações de Mercado*, Coimbra, Almedina, pág. 49, que, embora não totalmente alinhada com as conceções apresentadas, clarifica os termos desta qualificação, dizendo: “O âmbito de aplicação objetivo da disciplina resulta então da proximidade entre as ofertas, que deve ser concretamente apreciada de acordo com critérios de natureza substancial, em função do consumidor médio.”

concorrência entre agentes que produzem bens ou serviços complementares.⁵² Para os proponentes da conceção restrita, o ato de concorrência dá-se apenas entre agentes cujos bens produzidos ou serviços prestados sejam vistos como idênticos ou alternativos; quer isto dizer que, ou se trata do mesmo produto ou serviço, ou de um de tal modo equivalente que se torna passível de substituir o outro.

A escolha por uma ligação alternativa leva a alguns resultados curiosos. À partida, a maioria das situações não levanta grandes questões: a escolha entre lâminas ou máquinas de barbear⁵³, entre azeite e óleo, entre outros. Contudo, surgem casos que se apresentam contrários à sugestão da intuição inicial. Por exemplo, não é possível falar de concorrência entre detergente para a loiça e pastilhas para a máquina, uma vez que não existe disputa regular pela clientela – apenas no momento de avaliar a compra de uma máquina por parte do consumidor.

Por outro lado, dizem estes autores que, no plano temporal, releva a atividade atual.⁵⁴ Será descartada a concorrência potencial ou iminente, exceto nos casos em que se verifique uma concreta preparação que leve a crer ser de relevar o ato de concorrência.

3.2.3 – Deslealdade

O ato de concorrência torna-se desleal quando atenta contra as “normas e usos honestos”. Com a escolha deste conceito indeterminado, mais do que uma intromissão das clausulas gerais do Direito, como a boa-fé, ou o protagonismo da Moral, procura-se captar as normas e usos de um dado setor ou ramo económico para aferir o padrão de lealdade.

Uma das correntes doutrinárias enquadra como concorrência desleal a infração de normas jurídicas que resultem numa posição de vantagem ou num dano a outrem.⁵⁵ Porém, para a posição adotada, a referência às normas não deve ser entendida como dizendo respeito a diplomas legais, regulamentos administrativos ou demais normativos

⁵² Vide NUNO SOUSA E SILVA, 2021, anotação 8 ao artigo 311º, in *Código da Propriedade Industrial Anotado*, Coord. LUÍS COUTO GONÇALVES, Almedina, Coimbra, pág. 1173.

⁵³ Exemplo de NUNO SOUSA E SILVA, 2021, anotação 8 ao artigo 311º, pág. 1173.

⁵⁴ Cfr. NUNO SOUSA E SILVA, 2020, pág. 215 e NUNO SOUSA E SILVA, 2021, anotação 10 ao artigo 311º, pág. 1173.

⁵⁵ É a posição de ADELAIDE MENEZES LEITÃO, 2000, *Estudo de Direito Privado Sobre a Cláusula Geral de Concorrência Desleal*, Coimbra, Almedina, pág. 58, que admite, também, a utilização dos códigos de conduta e deontológicos elaborados pelos círculos interessados para aferir da deslealdade.

jurídicos equivalentes que se apliquem em virtude do âmbito de atuação dos sujeitos.⁵⁶ Ao invés, trata-se das regras constantes dos códigos de conduta que se têm generalizado em diversos setores de atividade, normalmente elaborados pelas associações comerciais. Só assim se confere a maleabilidade ao instituto para se adaptar ao setor em causa, bem como para efetivar a subsidiariedade que o caracteriza.⁵⁷

Por sua vez, a referência aos usos compreende os comportamentos reiterados, apesar de desprovidos da convicção da sua obrigatoriedade. Como salientam alguns autores,⁵⁸ pode, também, estar em causa o costume, que se distingue pela convicção da sua obrigatoriedade.

Esta contrariedade às normas e usos honestos, tal como enunciada, deixaria alguma margem de incerteza. Por esse motivo a doutrina traz à ribalta o “princípio da prestação”,⁵⁹ exprimindo a ideia de que a competição entre agentes no mercado deve fazer-se em função do mérito objetivo das respetivas prestações,⁶⁰ por oposição à concorrência que não se baseia nas características da própria prestação. Não sendo este princípio um pressuposto da concorrência desleal, é frequentemente violado nestas situações. Constitui uma espécie de sinal exterior de prática da infração, aí residindo a sua mais-valia. É o que acontece quando o empresário se baseia nas qualidades da prestação alheia para se fazer confundir com um concorrente, nos casos nos quais o agente se baseia no afastamento ou diminuição dos méritos da prestação dos concorrentes ou quando se apropria de características de prestação alheia.⁶¹

Na linha de Nuno Sousa e Silva,⁶² não seguimos o princípio como auxiliar da aplicação do regime. Como salienta o autor, não existe um critério de distinção da concorrência pela prestação da que não se baseia na prestação, levando a uma amplitude e indefinição excessivas. Mais ainda, um agente servir-se de benefícios criados por outrem não é intrinsecamente desleal – podendo o princípio levar a uma perpetuação das empresas já afirmadas no mercado.

⁵⁶ Cfr. OLIVEIRA ASCENSÃO, 1997, O Princípio Da Prestação: Um Novo Fundamento Para A Concorrência Desleal, in *Concorrência Desleal*, Coimbra, Almedina, pág. 30 e ss. distingue entre concorrência ilícita e concorrência desleal, baseando a última nas normas e usos honestos.

⁵⁷ Cfr. PATRICIO PAÚL, 1965, pág. 128-132. Cfr. OLIVEIRA ASCENSÃO, 2002, pág. 153-155.

⁵⁸ Cfr. NUNO SOUSA E SILVA, 2020, pág. 222.

⁵⁹ OLIVEIRA ASCENSÃO, 2020, pág. 96-107 e 163 e OLIVEIRA ASCENSÃO, 1997, pág. 7-40.

⁶⁰ Cfr. PEDRO SOUSA E SILVA, 2020, 445.

⁶¹ Exemplos de CARLOS OLAVO, 2005, pág. 267.

⁶² Argumentos baseados na exposição de NUNO SOUSA E SILVA, 2020, pág. 180-188.

Não obstante estas considerações, a norma introduz um outro limite: estas normas e usos devem ser honestos. Neste ponto já pode ser atribuído um papel de relevo à ética no que toca à bondade das normas.⁶³ Na prática, isto implica uma mobilização por parte dos intervenientes para inquirir os representantes do setor em causa sobre o que é considerado contrário às normas e usos. Caso o setor não tenha normas formuladas e não possua usos, devem estas ser extrapoladas através da consciência ética da atividade.⁶⁴ Neste aspeto, o referencial da ética comercial é, por isso, dado através de uma abordagem empírica, de moral social.⁶⁵

Já no que toca ao conteúdo desse conceito ético não há consenso na doutrina. Conforme salienta Carlos Olavo,⁶⁶ a ética pode ser delimitada por referência à comunidade nacional, ao setor económico onde se encontra inserida a atividade desenvolvida ou face ao comerciante médio. Para o autor, releva a perspetiva do comerciante médio.⁶⁷ O critério da comunidade tornava-se demasiado amplo perante a especificidade de cada setor ou ramo de atividade. Por outro lado, considera que apenas ter em conta o setor de mercado respeitante ao agente imprimiria ao juízo ético uma volatilidade excessiva, sobretudo no caso de setores cujo nível ético se encontrasse em extremos. Assim, concorrência desleal seria aquela que ferir a consciência ética do agente económico profissional normal.

Parece-nos que este contributo poderá ter a utilidade de responder à seguinte questão: as normas e usos do setor em causa são honestas, quando apreciadas pelo comerciante médio? Será este o primeiro filtro na aplicação da abordagem empírica, até porque, sendo as próprias práticas do setor eticamente reprováveis, estaria a norma do artigo 311º a prescrever a desonestidade como padrão de avaliação. Já Patrício Paúl defendia posição semelhante, ao prescrever que “a relatividade própria duma tal apreciação deverá ser limitada e corrigida de acordo com as exigências fundamentais do bom costume e da moralidade dos negócios”.⁶⁸

⁶³ Cfr. LUÍS COUTO GONÇALVES, 2022, pág. 410.

⁶⁴ Vide OLIVEIRA ASCENSÃO, 2002, pág. 156-157.

⁶⁵ Expressões de NUNO SOUSA E SILVA, 2020, pág. 225.

⁶⁶ CARLOS OLAVO, 2005, pág. 266.

⁶⁷ CARLOS OLAVO, 2005, pág. 266 remete para o parecer da PGR de 30 de março de 1957.

⁶⁸ Cit. PATRÍCIO PAÚL, 1965, pág. 132. Embora o autor defendesse uma apreciação semelhante à luz da conceção da generalidade da população

Portanto, para dar azo à aplicação do instituto da concorrência desleal, a atuação deve ser contrária às “normas e usos honestos” do setor, e devem estas normas e usos ser, objetivamente, conformes com os princípios éticos comerciais básicos.⁶⁹ Caso contrário, as práticas não servirão de padrão para aferir da deslealdade. De facto, permitir a cada setor de atividade desenhar com total liberdade os contornos da honestidade para a sua atividade seria desvirtuar a juridicidade da norma do artigo 311º CPI. Partindo deste pressuposto podemos excluir da valoração as normas ou usos que não exprimem um conteúdo ético.

De acordo com a posição adotada, avalia-se a deslealdade à luz das práticas de cada setor. Por exemplo, uma prática admitida na restauração pode ser desleal na mediação imobiliária. Nessa situação, muito embora a atuação possa ser desleal aos olhos do comerciante médio, é admitida no setor, pelo que não é desleal. Com isto cria-se um espaço para atuações desonestas, que serão admitidas desde que generalizadas e toleradas no setor de referência – a exceção estará nos casos especialmente repugnantes, capazes de provocar uma reação exacerbada no comerciante médio.

3.2.4 – Âmbito de aplicação

Alguns autores acrescentam o requisito “de qualquer ramo de atividade económica”. Seguindo Pedro Sousa e Silva,⁷⁰ não consideramos estar perante um requisito, mas antes uma “expressão determinante do âmbito de aplicação do instituto”.⁷¹

Tendo também em consideração o pressuposto da relação concorrencial, replicamos as palavras de Ana Clara Azevedo de Amorim quando denota que “a disciplina aplica-se a qualquer pessoa que atue no mercado, independentemente da qualidade de comerciante ou empresário, exigida pela doutrina tradicional”.⁷² Desta perspetiva resulta que o ato de concorrência pode ter carácter meramente esporádico ou excecional: o agente pode não dedicar a generalidade da sua atividade à produção de bens e prestação de serviços e tendo por finalidade o lucro. Quer isto dizer que mesmo perante instituições de interesse público, associações benéficas e desportivas ou sindicatos profissionais⁷³ se pode conceber concorrência desleal, desde que verificados os restantes requisitos.

⁶⁹ Cfr. OLIVEIRA ASCENSÃO, 2002, pág. 160-161.

⁷⁰ PEDRO SOUSA E SILVA, 2020, pág. 445.

⁷¹ Cit. NUNO SOUSA E SILVA, 2020, pág. 205.

⁷² ANA CLARA AZEVEDO DE AMORIM, 2017, pág. 61.

⁷³ Exemplos de ANA CLARA AZEVEDO DE AMORIM, 2017, pág. 61.

Por outro lado, não existe, atualmente, discussão acesa na doutrina sobre a aplicação da concorrência desleal às profissões liberais. Ainda assim, destaca-se a posição minoritária de Couto Gonçalves,⁷⁴ que distingue entre o exercício da profissão em moldes que tornam a pessoa do profissional o aspeto central da organização e entre o exercício em moldes empresariais, nos quais a organização absorve a importância individual. O autor defende a aplicação da concorrência desleal ao segundo caso, bem como às situações do primeiro caso nas quais a profissão não se encontra sujeita a um controlo público do exercício.⁷⁵

Ora, se é convincente mencionar a especificidade das profissões liberais exercidas não empresarialmente, assim como os códigos deontológicos rigorosos, a perspetiva adotada corresponde à que defende a aplicação da concorrência desleal sem restrições.⁷⁶ É, aliás, este o sentido que aponta o artigo 26º, nº1, da Lei 2/2013 ao estatuir que “sem prejuízo das normas técnicas e dos princípios e regras deontológicos aplicáveis, o exercício da profissão deve observar o princípio da livre concorrência, bem como as regras da defesa da concorrência e de proteção contra a concorrência desleal”.

Acresce que as profissões liberais são exercidas como “atividade económica” e, embora submetidas a um controlo mais vincado e limites deontológicos face à comum organização empresarial, resultam numa competição entre si pela clientela⁷⁷. Por esse motivo, nada obsta à aplicação cumulativa da concorrência desleal ao ilícito disciplinar.

3.2.5 – Censurabilidade da Conduta

A existência de um quarto elemento – a censurabilidade da conduta – é salientada pela doutrina.⁷⁸ De facto, no que diz respeito à responsabilidade contraordenacional, somos forçados a concluir pela exigência de dolo, visto que o artigo 8º, nº1 do DL 433/82 só admite a punibilidade da negligência nos casos especialmente previstos na lei, o que não acontece no CPI.

⁷⁴ COUTO GONÇALVES, 2022, pág. 410-411.

⁷⁵ Perspetiva partilhada por ANA CLARA AZEVEDO DE AMORIM, 2017, pág. 62. Salienta particularmente a questão da publicidade, visto que as ordens profissionais sujeitam os profissionais a regras particularmente vinculadas neste aspeto.

⁷⁶ Em linha com OLIVEIRA ASCENSÃO, 2002, pág. 168-174; PEDRO SOUSA E SILVA, 2020, pág. 446; NUNO SOUSA E SILVA, 2020, pág. 205.

⁷⁷ Como salienta PEDRO SOUSA E SILVA, 2020, pág. 448.

⁷⁸ Cfr. PEDRO SOUSA E SILVA, 2020, pág. 440 e 448 e NUNO SOUSA E SILVA, 2021, anotação 6 e 27 ao artigo 311º, pág. 1172 e 1179.

Quanto à definição de concorrência desleal, os contornos não são tão consensuais.⁷⁹ Uma corrente argumenta que o artigo 10º-bis da CUP, a principal fonte da norma do CPI, não referencia dolo ou culpa.⁸⁰ Diz-se, ainda, que na deslealdade já se vislumbra a censurabilidade, existindo um paralelismo entre a carga ética daquela com a culpa. Pelo que “o requisito da culpa apenas passa a relevar para efeitos de indemnização cível se houver prova do dano”.⁸¹

A culpa resulta de uma apreciação em abstrato, avaliando a conduta à luz do homem médio tal como previsto no artigo 487º, nº2 CC, adaptando esse padrão, na concorrência desleal, ao comerciante médio do setor.⁸² Posto isto, verifica-se uma tendencial coincidência entre as situações de deslealdade e situações culposas. Porém, a culpa resulta de uma apreciação subjetiva e em concreto e a deslealdade de uma avaliação objetiva. Note-se que os pressupostos resultam de critérios diferentes e expressam juízos distintos

Nuno Sousa e Silva⁸³ acrescenta o argumento de que alguns artigos do CPI preveem expressamente a hipótese de a concorrência desleal ser possível “independentemente da sua intenção”, como é o caso dos artigos 192º, nº5 e 232º, nº1, alínea h).

Neste sentido, reconhecemos a culpa como um pressuposto da concorrência desleal. Os seus contornos serão definidos pela categoria de ato em causa, atendendo às especificidades de cada tipo. Na verdade, mesmo dentro da mesma categoria de atos podemos assistir a diversas configurações – como veremos a propósito dos atos de agressão.

4 – Os Grupos de Casos

Os atos de concorrência desleal são normalmente divididos em categorias por parte dos autores. Com isto pretendem facilitar a interpretação dos exemplos constantes da enumeração das alíneas do artigo 311º e restantes casos não tipificados. Ora, não é possível falar em consenso na doutrina, tendo em conta que a divisão tem, também, como função estruturar a abordagem dos autores.

⁷⁹ No sentido da rejeição da culpa “entendida esta como é entendida no campo da responsabilidade civil”, veja-se AMÉRICO DA SILVA CARVALHO, 1984, *Concorrência Desleal: Princípios Fundamentais*, Coimbra, Coimbra Editora, pág. 47-48.

⁸⁰ Como sublinha PATRÍCIO PAÚL, 1965, pág. 16-17.

⁸¹ Cit. COUTO GONÇALVES, 2022, pág. 406.

⁸² Cfr. NUNO SOUSA E SILVA, 2020, pág. 232.

⁸³ NUNO SOUSA E SILVA, 2020, pág. 203.

Apesar desta divergência nas classificações,⁸⁴ a proposta de Oliveira Ascensão acolhe a maioria do apoio. O autor conjuga duas classificações, baseadas nos interesses protegidos e no conteúdo dos atos. Por um lado, tutelam-se os interesses dos concorrentes, dos consumidores e do mercado. Por outro, quanto ao conteúdo, o autor prevê atos de confusão ou indução em erro, atos de agressão e atos de aproveitamento.⁸⁵

Diz o autor não haver “que distinguir como termos fundamentais os atos de aproveitamento e os atos de agressão, porque ambos se caracterizam como atos contra concorrentes”.⁸⁶ Ora, tradicionalmente, as duas categorias são tratadas de forma distinta, atendendo à sua finalidade, forma de atuação e resultado. Porém, há que admitir uma tendencial sobreposição nos interesses tutelados em ambas as situações.

Desde logo, analisaremos os atos de agressão enquanto ataque “a um ou mais concorrentes, visando a título principal causar um prejuízo, mesmo sem obter um ganho correspondente”.⁸⁷ Inadvertidamente, o estudo demonstrará a tal predominância da lesão de interesses de concorrentes nesta categoria.

4.1 – Os Atos de Agressão

4.1.1 – Denegrição

No ordenamento nacional, este ato vem tipificado no artigo 311º, nº1, alínea b). Trata-se de uma derivação do artigo 10º-bis, nº3, 2º alínea, da CUP, que opta pelo conceito mais abrangente de “atividade económica” face ao de “exercício do comércio” e pressupõe a finalidade de desacreditar o concorrente. Finalidade esta que se demarca da anterior enumeração de “estabelecimento, produtos, serviços ou reputação dos concorrentes”.⁸⁸ De facto, através da atual expressão “os concorrentes”, a norma conseguiu englobar todas estas realidades, acrescidas de quaisquer outras que o aplicador entenda caber no conceito.

Não quer isto dizer que a denegrição não possa ser, também, um crime. Será o caso da difamação, previsto e punido pelo artigo 180º do Código Penal, ou de um outro crime

⁸⁴ Analisando as classificações propostas no ordenamento nacional e noutros próximos, PATRÍCIO PAÚL, 1965, pág. 157-160; e, também, NUNO SOUSA E SILVA, 2020, pág. 234-237.

⁸⁵ Análise de OLIVEIRA ASCENSÃO, 2002, págs. 399-414.

⁸⁶ Cit. OLIVEIRA ASCENSÃO, 2002, pág. 405.

⁸⁷ Cit. NUNO SOUSA E SILVA, 2021, anotação 14 ao artigo 311º, pág. 1174.

⁸⁸ Conforme constava do artigo 260º, alínea b) do CPI de 1995.

contra a honra. Porém, está em jogo um concurso de normas, com tutelas distintas e independentes.

Uma palavra merece, também, o artigo 41º do DL 28/84. Em comparação, tanto esta norma como a do CPI pressupõem a falsidade da afirmação; e é assim, muito embora uma afirmação verdadeira também possa representar concorrência desleal por via do proémio do artigo 311º.⁸⁹ De igual modo, o “fim de desacreditar” previsto na alínea b) do 311º implica a consciência dessa falsidade. Assim sendo, poderá falar-se em revogação tácita deste artigo 41º pelo CPI? Ora, “reputação económica” do artigo 41º é um conceito menos abrangente do que o “desacreditar os concorrentes”. Ainda assim, contam-se várias diferenças entre os preceitos.

Em primeiro lugar, o artigo 41º oferece tutela penal, cuja violação pode implicar punição com pena de prisão até um ano e multa não inferior a 50 dias. O ato tipificado na alínea b) do artigo 311º apenas constitui contraordenação, nos termos do artigo 330º CPI. Por outro lado, o artigo 41º é acionado quando se lesar ou puser em perigo interesses pecuniários da pessoa, enquanto o CPI apenas requer uma ação potencialmente perigosa.⁹⁰ Por último, o artigo 41º defende a reputação de um operador económico; ou seja, de qualquer indivíduo, ao passo que o 311º, alínea b), ao mencionar “concorrentes” exige essa relação de concorrência.

Não se pense que todas as ofensas denegritórias consubstanciam concorrência desleal, por via da alínea b). Apenas aquelas efetuadas no “exercício de uma atividade económica”, proferidas com a consciência de serem falsas (não se preenche este tipo com afirmações verdadeiras, nem que o agente julga serem verdadeiras), encapsulando a finalidade de desacreditar um agente em relação de concorrência.⁹¹ Para Oliveira Ascensão, este fim de desacreditar constituía um elemento subjetivo da ilicitude específico do ponto de vista penal, mas já não seria essencial para o preenchimento do tipo em termos civis. Isto porque não seria função do instituto proteger a ultra-sensibilidade dos concorrentes.⁹² Uma vez que, a partir de 2003, a concorrência desleal

⁸⁹ OLIVEIRA ASCENSÃO, 2002, pág. 401, equaciona a aplicação do regime da publicidade comparativa. COUTO GONÇALVES, 2022, pág. 416, destaca a admissibilidade à luz do regime da publicidade comparativa.

⁹⁰ Como assinala OLIVEIRA ASCENSÃO, 2002, pág. 486.

⁹¹ OLIVEIRA ASCENSÃO concretiza esta ideia com as guerras entre famílias de empresários que, pela sua índole pessoal e por serem desprovidas de cariz comercial, não se enquadram nesta previsão, 2002, pág. 483.

⁹² OLIVEIRA ASCENSÃO, 2002, pág. 485. Recorde-se que a obra data de 2002.

deixou de estar prevista criminalmente, a questão perdeu a sua relevância. Atualmente, não se pode ignorar este pressuposto.

Daí que, atendendo ao proémio do artigo, mas também à alínea b), se possa questionar a interpretação tradicional – resultante de iterações da norma plasmada em códigos anteriores – que requer a intenção de causar prejuízo a outrem ou de alcançar um benefício ilegítimo para si ou para outrem. Conclui-se que o fim de desacreditar pressupõe a intenção de causar prejuízo, deduzindo-se a partir da letra da lei bastar esta intenção.

4.1.2 – Publicidade Comparativa

Apesar de o Direito da Publicidade constituir uma disciplina autónoma, é possível desvendar uma área de sobreposição com a concorrência desleal. Não só releva a publicidade enganosa no que toca aos atos de indução em erro, como se podem configurar atos de agressão através da publicidade comparativa. Neste âmbito, encontramos várias previsões de proteção de concorrentes contra meios desleais.

Conforme salientam sondagens, os consumidores percecionam as vantagens de incitar a inovação, fornecer mais informação aos consumidores e levar as empresas a baixar os preços.⁹³ Por outro lado, a doutrina sublinha o risco de favorecimento de empresas mais fortes e financeiramente mais ricas, assim como o facilitar de comportamentos e atitudes de concorrência desleal.⁹⁴

Daí que diferentes países abordem este tipo de publicidade à luz de entendimentos variados. Nos Estados Unidos da América, as referências são permitidas e aceites como parte do jogo de mercado. Na generalidade dos países europeus, a visão é mais restrita, embora a regra seja a admissibilidade.⁹⁵ Em Portugal, este fenómeno é retratado pelas sucessivas alterações à fórmula do Código da Publicidade:⁹⁶ a norma original proibia atuações que não se baseassem nos parâmetros elencados; posteriormente, a formulação foi alterada, passando a ser consentida, desde que respeitasse um conjunto de condições.⁹⁷

⁹³ Sondagem realizada pela Associação de Consumidores Francesa em outubro de 1990, analisada em PEDRO QUARTIN GRAÇA SIMÃO JOSÉ, 1995, *A Publicidade e a Lei*, s. l., Vega, pág. 61.

⁹⁴ PEDRO QUARTIN GRAÇA SIMÃO JOSÉ, 1995, pág. 61.

⁹⁵ Cfr. OLIVEIRA ASCENSÃO, 2002, pág. 490 e PEDRO QUARTIN GRAÇA SIMÃO JOSÉ, 1995, pág. 60.

⁹⁶ DL 330/90, de 23/10, cujas alterações ao artigo 16º resultam do DL 275/98, de 09/09 e do DL 57/2008, de 26/03.

⁹⁷ Quanto a estas alterações não pode deixar de se referir o papel da Diretiva 2006/114/CE que, por sua vez, sofreu uma vincada influência das alterações efetuadas à anterior Diretiva 84/450/CE.

À luz do mencionado no ponto anterior, tenha-se presente que uma comparação baseada em falsas afirmações poderá preencher a alínea b) do artigo 311º. Para tal basta verificarem-se os pressupostos. De igual modo, o artigo 10º do Código da Publicidade sanciona com a ilicitude a publicidade não respeitadora da verdade^{002E}

Porém, a análise torna-se mais complexa quando a base da concorrência desleal se fundamenta exclusivamente neste tipo de publicidade. A norma norteadora nesta situação será o artigo 16º do Código da Publicidade. Por uma questão de coerência, não podemos permitir que o instituto da concorrência desleal proíba aquilo que o artigo 16º vem autorizar.⁹⁸ Entendemos que este derroga o artigo 311º quanto à publicidade comparativa.

Segundo a linha de pensamento de Oliveira Ascensão, não esquecemos que “a concorrência desleal é um tipo valorativo: cada ato está sujeito à valoração da contrariedade às normas e usos honestos”.⁹⁹ Por esse motivo, há um contraste com a disciplina do Código da Publicidade, segundo a qual se prevê uma proibição e respetivas consequências, sem qualquer valoração.

A simples prescrição de elementos descritivos não se mostra suficiente perante a valoração complementar que a concorrência desleal implica. Para o autor citado supra, o regime do artigo 16º encontrava-se totalmente excluído da disciplina deste instituto. De facto, esta perspectiva tem a mais-valia de explicar as diferenças entre os dois regimes.

Conclua-se dizendo que foi opção da ordem jurídica nacional trazer a publicidade comparativa para um regime externo ao sistema comum de concorrência desleal. Independentemente de constituir uma opção consciente ou meramente uma consequência da transposição das Diretivas, aquilo que, abstratamente, poderia ser tratado como concorrência desleal pelo artigo 311º, não o é.

4.1.3 – Exames¹⁰⁰ e Depoimentos

A matéria dos ensaios e depoimentos contém semelhanças evidentes ao regime da publicidade comparativa. Este facto deve-se, em grande parte, à natureza publicitária dos

⁹⁸ Conforme destaca OLIVEIRA ASCENSÃO, 2002, pág. 494.

⁹⁹ Cit. OLIVEIRA ASCENSÃO, 2002, pág. 145.

¹⁰⁰ OLIVEIRA ASCENSÃO, 2002, pág. 497, escolhe a terminologia ensaios ou testes. Tendo em vista a clareza de termos, utilizaremos a expressão “exames” como incluindo estes dois conceitos – com o objetivo de distinguir da conotação científica da palavra “ensaios”.

atos em discussão, pese embora nem sempre estejam em causa comparações entre produtos ou serviços.

Uma primeira situação corresponde aos exames comparativos feitos por terceiros, de sua livre iniciativa. É o caso dos testes realizados pelas associações de consumidores¹⁰¹ ou publicações especializadas, como revistas. Nos últimos anos, ainda mais se generalizaram estas experiências em resultado da facilidade com que qualquer indivíduo cria conteúdos digitais. Sobrepõe-se a liberdade de expressão, permitindo todo o tipo de comparações, hierarquizações ou classificações entre produtos.

Caso o exame seja corrompido, apresentando resultados adulterados ou falsificando elementos do processo de teste, poderá o concorrente servir-se dos meios civis ao seu dispor. Contudo, encontramos-nos fora do âmbito da concorrência desleal: recorde-se que a ausência de relação de concorrência inviabiliza a aplicação deste instituto.

Uma segunda hipótese prende-se com a realização de exames comparativos por um concorrente quanto aos seus próprios produtos ou serviços. Tendo em conta o disposto no artigo 16º do Código da Publicidade, a regra é a admissibilidade deste tipo de publicidade comparativa.¹⁰² Recorde-se o que foi dito a propósito deste tipo de publicidade – para além da aplicação do artigo 16º, tem lugar a aplicação do artigo 10º quanto ao princípio da veracidade destes exames.

Em terceiro lugar, os exames efetuados por terceiros a pedido de um concorrente. Também aqui vale como regra a liberdade. Não quer isto dizer que não se possa conceber concorrência desleal em duas situações: no caso de o concorrente ter conspirado, juntamente com o autor do exame, tendo em vista apresentar resultados falseados; e o caso de o concorrente se servir destes resultados, apurados de forma independente e imparcial, embora não podendo ignorar não corresponderem à verdade.¹⁰³

Diferente será o caso de o concorrente não conhecer nem dever conhecer a desconformidade do exame com a verdade. Aí não se observa nenhum ato ilícito, pelo

¹⁰¹ Em Portugal, veja-se o caso da DECO, cujos exames se encontram acessíveis em www.deco.proteste.pt

¹⁰² Cfr. OLIVEIRA ASCENSÃO, 2002, pág. 498.

¹⁰³ Veja-se OLIVEIRA ASCENSÃO, 2002, pág. 499. O autor destaca o primeiro caso como sendo mais grave do que o segundo, daí se retirando as consequências civis.

que não pode ser aplicada a responsabilidade civil. Ainda assim, o concorrente que se serviu desse exame terá de cessar a publicidade e transmitir a imprecisão desta.¹⁰⁴

Uma quarta hipótese resulta do exame, efetuado pelo próprio concorrente, relativamente aos seus produtos ou serviços. Também aqui vale a regra da livre publicidade, esbatida pelas regras relativas a falsas afirmações sobre produtos ou serviços próprios, uma categoria de atos de indução em erro, prevista no artigo 311º, alínea e) CPI. Por sua vez, existindo falsidade nas afirmações, há que distinguir consoante o concorrente sabia ou não se podia ignorar e consoante não conhecia nem devia conhecer tal desconformidade.¹⁰⁵

Uma menção merecem os depoimentos, forma de publicidade testemunhal ocasionalmente utilizada para divulgar produtos ou serviços. De acordo com o artigo 15º do Código da Publicidade, os depoimentos personalizados são admitidos, desde que genuínos, comprováveis e ligados à experiência do depoente ou de quem ele represente. Quanto aos depoimentos despersonalizados, a norma apenas os proíbe quando à figura são atribuídas características que levem a crer ser especialmente qualificada.¹⁰⁶ Embora fora do âmbito dos atos de agressão, pode conceber-se concorrência desleal pela atribuição de qualificações inexistentes ao autor do depoimento.

4.1.4 – Atos de Desorganização

Como se verá, os atos de desorganização consubstanciam uma forma de agressão que se divide em vários subtipos. Em comum têm o golpe no equilíbrio empresarial, criando instabilidade na base operacional. Caracterizam-se por gerar incerteza e por desvalorizar o concorrente afetado, que vê, por exemplo, as suas relações contratuais corrompidas ou o seu património humano delapidado.

Apesar de não haver tipificação no artigo 311º CPI, nada obsta ao enquadramento como concorrência desleal, por via do prómio do artigo, desde que cumpridos os requisitos abordados. Neste sentido, tal como acontece no caso da alínea b), nº1 referido

¹⁰⁴ Também quanto a este aspeto, OLIVEIRA ASCENSÃO, 2002, pág. 499. Se não o fizer já se poderá falar em ilícito.

¹⁰⁵ Remetemos para o ponto anterior relativo aos exames efetuados por terceiros a pedido de concorrente.

¹⁰⁶ Por exemplo, alguém que vista um uniforme de uma empresa de limpezas aparece a vender detergente ou a utilização de uma bata branca para vender pasta dentífrica.

supra, deve arquitetar-se o elemento subjetivo de ilicitude. Para os atos de desorganização, é assim essencial a finalidade de desorganizar a empresa alheia.¹⁰⁷

Em primeiro lugar, abordaremos a perturbação da atividade empresarial alheia em geral. Para Oliveira Ascensão, os atos de boicotagem e de discriminação encontram-se integrados nesta categoria.¹⁰⁸ Porém, enquanto a perturbação da atividade empresarial diz respeito à lesão de interesses de concorrentes, estes últimos pertencem à categoria de comportamentos restritivos da concorrência. Sem entrar em pormenor quanto à classificação do autor, seguiremos a separação adotada.

Em segundo lugar, trataremos do desvio de dependentes ou partes contratuais. Por último, da agressão através da corrupção de dependentes.

4.1.5 – Perturbação da Atividade Empresarial Alheia em Geral

Como foi mencionado supra, trata-se de uma categoria abrangente. Particularmente neste caso transparece a afirmação de que a concorrência desleal apenas tem os limites da imaginação humana, pelo que só abordaremos alguns atos característicos.¹⁰⁹

O incitamento à greve na empresa de um concorrente será sempre um modo desleal de fazer concorrência. Embora seja um direito, e, como tal, possa ser promovido, a promoção nunca pode partir de um concorrente, mas sim das entidades competentes, como é o caso dos sindicatos.

O mesmo se pode dizer do incitamento à sabotagem. Nesta situação é posta em ação um plano concertado de ataque a projetos, meios de produção, entre outros, de um concorrente. Isto sem prejuízo das restantes formas de agressão descritas infra.

Uma outra hipótese consiste no caso de um agente advertir um concorrente de que se encontra a violar um direito intelectual seu ou a praticar concorrência desleal. Podem estas advertências vir cominadas com a intenção de intentar a ação respetiva ou simplesmente conter uma exposição.

¹⁰⁷ Cfr. OLIVEIRA ASCENSÃO, 2002, pág. 502. Para o autor, ainda que não se prove este elemento subjetivo, será possível recorrer à ação inibitória ou de reconstituição, mesmo não existindo ilícito civil. Adotamos esta perspetiva na medida em que os procedimentos cautelares e ações principais o permitam.

¹⁰⁸ OLIVEIRA ASCENSÃO, 2002, pág. 501.

¹⁰⁹ Atos abordados em OLIVEIRA ASCENSÃO, 2002, pág. 501 e ss.

Dando-se a circunstância de o agente dirigir a advertência ao público em geral, há que distinguir consoante toma a afirmação por falsa ou por verdadeira. No primeiro caso, é aplicável o regime da denegrição. No segundo, aplica-se o mesmo regime, na parte respeitante a afirmações verdadeiras ou o que o agente julga serem verdadeiras – prevalece a liberdade.

Do mesmo modo, uma sentença desfavorável contra o agente que advertiu o seu concorrente não traz implicações a nível de concorrência desleal. Oliveira Ascensão traça como limite o dolo ou a negligência grave no uso do juízo.¹¹⁰ Embora seja uma perspetiva esclarecedora, acrescentamos a litigância em má-fé¹¹¹ como elemento indissociável deste aproveitamento da ação.

Prevalece a liberdade, também, se o agente ameaça intentar ação, mesmo que prolongue esta ameaça indefinidamente. Contudo, chama-se à atenção para o abuso de direito, aplicável se verificados os seus pressupostos.

Por outro lado, a advertência pode ser dirigida ao alegado violador. Não se tornando pública, torna-se mais difícil desvendar um caso de concorrência desleal. Não obstante se tratar de uma advertência relativa a atos realizados no mercado (prática de concorrência desleal) ou património que servirá a aquisição de clientela (violação de direitos do lesado), não parece haver ato no mercado. Isto porque o litígio ou divergência se dá fora dele. Daí que, também aqui, não releve a interposição de ação no seguimento da advertência.¹¹²

Apesar disso, já se pode colocar a hipótese de concorrência desleal se o concorrente for colocado em posição de desistir de uma atividade concorrencial em consequência da ameaça.¹¹³ Neste ponto, a concorrência desleal decorre da coação sobre o concorrente e não propriamente a perturbação da atividade empresarial.¹¹⁴

4.1.6 – Desvio de Dependentes e Parceiros Comerciais

¹¹⁰ Cfr. OLIVEIRA ASCENSÃO, 2002, pág. 503.

¹¹¹ Prevista no artigo 542º do CPC.

¹¹² Neste sentido, OLIVEIRA ASCENSÃO, 2002, pág. 503.

¹¹³ Cfr. OLIVEIRA ASCENSÃO, 2002, pág. 503. O autor sublinha, o papel que a desproporção de forças tem entre concorrentes. Assim, uma grande organização terá maior probabilidade de intimidar uma organização pequena que, em face de despesas consideráveis, desistirá da atividade contestada.

¹¹⁴ Cfr. OLIVEIRA ASCENSÃO, 2002, pág. 504.

Na doutrina nacional, é comum estudar-se o desvio de trabalhadores como forma de fragilizar ou desorganizar um concorrente.¹¹⁵ Não obstante, é possível conceber variadas hipóteses de ataque aos vínculos de um determinado concorrente, para além dos laborais. Pode ser o caso de agressão à relação que o concorrente mantém com os seus fornecedores, impedindo o abastecimento de matérias-primas, ou ainda o caso de atingir os parceiros que permitem a comercialização da produção do concorrente, como as empresas transportadoras. No fundo, está em causa a atuação de uma empresa que “age de maneira a cortar as amarras de colaboração que sustentam um concorrente”.¹¹⁶

O elemento de ligação quanto a este tipo de casos reside no ataque à relação contratual ou duradoura que estes parceiros ou dependentes possuem com o concorrente. Daí que os ataques à clientela se encontrem excluídos, integrando-se no normal jogo de mercado. Neste sentido, na ordem jurídica nacional não se prevê qualquer impedimento à contratação de um antigo trabalhador de empresa concorrente com o intuito de abordar os clientes desse rival, mesmo se a relação entre esse cliente e o concorrente era mediada pelo trabalhador em causa – não obstante a eventual indução em erro. A atuação sobre estes parceiros assume contornos diferentes se forem verificados elementos negativamente qualificadores, como será a procura sistemática de clientes do concorrente.¹¹⁷

Em consonância, defendemos a primazia do princípio da liberdade de contratar. Por isso, nada impede um agente de impulsionar um parceiro a romper a relação contratual com um concorrente, com base no decorrer do prazo estipulado, em justa causa, ou qualquer outro fundamento lícito.

Já no que toca a provocar a rutura irregular da relação, pode verificar-se concorrência desleal. A irregularidade da rutura será um indicador de reprovação da conduta, pelo que remetemos para o exposto supra quanto ao requisito da deslealdade. E será assim quer o agente tenha agido com o intuito de contratar com esse parceiro, quer com o intuito de causar dano ao concorrente.¹¹⁸

¹¹⁵ PEDRO SOUSA E SILVA, 2020, pág. 455.

¹¹⁶ Cit. OLIVEIRA ASCENSÃO, 2002, pág. 507.

¹¹⁷ Cfr. OLIVEIRA ASCENSÃO, 2002, pág. 508.

¹¹⁸ Segundo OLIVEIRA ASCENSÃO, 2002, pág. 509, se a atuação se fundamenta em objetivos de vingança pessoal, não existe concorrência desleal. De facto, o ataque baseia-se em algo que não a relação de concorrência.

Uma situação não tão transparente resulta da contratação com quem rompeu de forma irregular o contrato previamente, sem intervenção do agente. Uma perspectiva aponta para a existência de concorrência desleal, sublinhando que o artigo 14º da *Ley* 3/1991 do ordenamento espanhol considera este comportamento desleal. Outros autores adotam a perspectiva inversa, uma vez que, dizem, não há fundamento legal para tal, podendo até constituir violação do direito de livre escolha da profissão ou direito ao trabalho.¹¹⁹ De facto, classificar de desleal a contratação com estes agentes seria excluí-los do circuito económico em que se encontravam, pelo que defendemos o segundo entendimento.

Recorde-se que na atuação sobre os parceiros ou dependentes de um concorrente vale o primado do princípio da liberdade de contratar. Ainda assim, este princípio é mitigado pelos elementos negativamente qualificadores, atendendo às circunstâncias do caso concreto e que se reconduzem à finalidade de prejudicar a empresa concorrente. Com isto, fazemos um elenco de hipóteses que a prática mostra serem mais vulgares.¹²⁰

Em primeiro lugar, surge a finalidade de impedir a atividade do concorrente ou de desorganizar a sua estrutura. Nesta hipótese enquadra-se o desvio de pessoas contratualmente ligadas ao concorrente. Mesmo não sendo um desvio sistemático, a finalidade impeditiva caracteriza o ato como concorrência desleal.

Seguem-se as hipóteses de contratação de trabalhadores ou parceiros comerciais com o intuito de se conhecerem os segredos do concorrente. Importa ter em conta que uma contratação implica, frequentemente, beneficiar do *know how*, da formação que o indivíduo recebeu no concorrente e, no fundo, de toda a sua qualificação. Por isso, a conduta torna-se desleal se o propósito de conhecer os segredos foi a finalidade norteadora do processo.

O mesmo sucede com a contratação de trabalhadores com o escopo de dar a falsa aparência de continuador da empresa alheia: deve avaliar-se a existência deste propósito.

Por último, as situações de contratação sistemática de trabalhadores ou parceiros comerciais de um concorrente. Releva o ataque sistemático ao concorrente, que o desorganiza pela privação de elementos essenciais ao seu funcionamento. Mais ainda,

¹¹⁹ É o caso de OLIVEIRA ASCENSÃO, 2002, pág. 509.

¹²⁰ Quanto à teorização no ordenamento jurídico nacional destas circunstâncias particularmente relevantes, bem como do elenco que se segue, OLIVEIRA ASCENSÃO, 2020, pág. 510.

para se aplicar a concorrência desleal, deve a atuação ser injustificada, independentemente do propósito subjacente. Assim, nada obsta à contratação massiva de trabalhadores a um concorrente por parte de uma empresa que vai iniciar atividade; o mesmo se diga da contratação dos melhores elementos de um concorrente ¹²¹ – o comportamento é justificado pelo normal funcionamento do mercado.

Dito isto, há que distinguir a atuação do trabalhador da atuação do concorrente. No que diz respeito à atuação do concorrente, há que atentar ao estipulado no Acórdão TRP de 13.06.2018,¹²² segundo o qual a concorrência desleal será, aqui, composta por três ideias base: um plano, uma dimensão e um resultado. Por plano entende-se a estratégia concertada entre a entidade contratante e o trabalhador, ou simplesmente uma finalidade da entidade contratante de prejudicar o concorrente. A dimensão consiste na transferência de uma parte significativa da organização empresarial do concorrente para a sua esfera, sem haver disputa leal pela força de trabalho de alguém em específico. O resultado traduz a forma súbita e inesperada das contratações, que perturbe a atividade da concorrente e exija grandes esforços para a sua reorganização.¹²³ No que toca ao plano, diremos ser essencial prever o mero esforço premeditado unilateral, uma vez que a exigência de conluio com o trabalhador afunilaria demasiado a aplicação da concorrência desleal; para o mais, esta atitude premeditada espelha já o desvalor característico do instituto. Por outro lado, ao analisar o requisito da dimensão, há que ter em conta que um *headhunting* bem direcionado pode perturbar de forma decisiva um concorrente. Daí que a concorrência desleal proteja a contratação destes elementos decisivos de certos projetos ou áreas.

Quanto ao trabalhador, se é verdade que se encontra sujeito ao dever de lealdade previsto no artigo 128º, nº1, alínea f) CT, nem por isso esta norma ou a resultante do artigo 311º CPI o sujeitam à concorrência desleal nas situações analisadas. Como salienta Clara Amorim,¹²⁴ enquanto o dever de lealdade tem origem contratual e cessa com o vínculo laboral (exceto se for convencionado pacto de não concorrência), coincidindo com o dever geral de cumprimento dos contratos e dando lugar a uma modalidade de concorrência ilícita, a concorrência desleal tem natureza extracontratual e não visa a

¹²¹ Exemplos constantes de OLIVEIRA ASCENSÃO, 2002, pág. 511.

¹²² Processo nº 1839/13.2TBPVZ.P2.

¹²³ Cfr. NUNO SOUSA E SILVA, 2021, nota 25 ao artigo 311º, pág. 1178.

¹²⁴ Cfr. ANA CLARA AZEVEDO DE AMORIM, 2017, A concorrência desleal à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça: revisitando o tema dos interesses protegidos, in *Revista Eletrónica de Direito (RED)*, s. l., Vol. 2017, nº2, capítulo 5.1.

proteção do empregador na relação com o trabalhador. Aliás, extinto o vínculo laboral, e conforme se lê no Acórdão STJ de 17.02.2009,¹²⁵ “o trabalhador readquire a sua plena liberdade de trabalho e de empresa, podendo, por conseguinte, iniciar, licitamente, uma nova atividade por conta própria ou alheia, diretamente concorrente com o seu anterior empregador”, sempre dentro dos limites estipulados de não concorrência.

O mesmo sucede com o dever de lealdade dos gerentes e administradores previsto no artigo 64º, nº1, alínea b) do CSC. De facto, quem detém estes cargos encontra-se proibido de exercer atividade concorrente com a da sociedade, por conta própria ou alheia, sem o consentimento dos sócios, tal como se retira do artigo 254º, nº1 do CSC para as sociedades por quotas e do artigo 398º do CSC. Porém, como esclarece o Acórdão do STJ de 05.12.1995,¹²⁶ o fundamento para a censura destas condutas não reside na concorrência desleal, mas sim nas proibições constantes destes artigos.¹²⁷

4.1.7 – Corrupção de Dependentes

Trata-se de um ato de agressão que confere uma vantagem a um trabalhador de um concorrente, em troca de uma atuação contra esse concorrente. Pressupõe (1) a outorga, promessa ou garantia de uma vantagem (2) por um operador económico (3) a um dependente de um concorrente, (4) em contrapartida de um ato do dependente contrário às suas obrigações contratuais e (5) suscetível de prejudicar o concorrente.¹²⁸

Para este tipo de agressão, é fundamental o prejuízo, “ao menos potencial”,¹²⁹ infligido a um concorrente, através da corrupção de um trabalhador deste. Muito embora se possa equacionar o favorecimento do corruptor ou de terceiro com esta atuação, não se trata de um pressuposto.

Oliveira Ascensão utiliza o exemplo do funcionário de um café que aceita gorjetas de terceiro, com conhecimento do patrão, com o compromisso de recomendar uma marca de vinho aos clientes. De facto, não existe relação de concorrência entre o café e o fornecedor de vinho. Ora, este tipo reprova vantagens decorrentes da corrupção de funcionários de empresas concorrentes, pelo que não se aplica ao caso. Segundo o autor,

¹²⁵ Processo nº 08A3836.

¹²⁶ Processo nº 087223.

¹²⁷ Cfr. ANA CLARA AZEVEDO DE AMORIM, 2017, *A Concorrência ...*, capítulo 5.2.

¹²⁸ Pressupostos teorizados por OLIVEIRA ASCENSÃO, 2002, pág. 513.

¹²⁹ Cit. OLIVEIRA ASCENSÃO, 2002, pág. 513.

será possível desvendar nesta atuação um ato contra os consumidores, bem como concorrência desleal perante os concorrentes, embora não por via dos atos de agressão.¹³⁰

4.1.8 – Bloqueio ou Boicotagem

Por bloqueio entendem-se as práticas pelas quais um agente recusa contratar com um concorrente. Pode tratar-se de um bloqueio individual, caso em que a recusa a contratar se dirige a um concorrente específico ou pode tratar-se de um bloqueio coletivo, também designada boicotagem (em sentido estrito), cuja finalidade passa por excluir, em maior ou menor grau, o concorrente do mercado.

Também aqui vale o princípio de liberdade negocial, que permite a escolha de parceiros e condições comerciais. Contudo, a evolução tem sido no sentido de restringir cada vez mais esta liberdade – atente-se a Lei 19/2012, que aprova o Novo Regime Jurídico da Concorrência.

Este tipo de atos convoca as regras de Direito da Concorrência, que sofrem uma forte influência do Direito da União Europeia. Daí que as práticas concertadas entre empresas com o objetivo de recusar fornecimento ou, de uma forma geral, de excluir determinado agente/concorrente do tráfego comercial sejam proibidas. Podem, até, consubstanciar abuso de posição dominante e abuso de dependência económica a colocação de entraves ao fornecimento ou escoamento de produtos ou serviços, por violação dos artigos 11º e 12º da Lei 19/2012.

Apesar da sua ilicitude à luz do Direito da Concorrência, há que analisar a sua posição face ao instituto da concorrência desleal. Para Oliveira Ascensão, a recusa individual de um agente em contratar com outro é admitida, por regra; já a boicotagem coletiva pode dar azo à concorrência desleal, por não constituir um processo leal de atividade no mercado.¹³¹

Particularmente no que toca à boicotagem (coletiva), os atos assumem contornos diferentes das restantes agressões. Isto porque é frequente verificar-se uma relação triangular na base dos bloqueios: por exemplo, um agente faz com que um parceiro de um concorrente seu cesse a relação comercial com este. Verdadeiramente, não está em jogo a liberdade negocial, mas sim uma forma desleal de infligir dano.

¹³⁰ Cfr. OLIVEIRA ASCENSÃO, 2002, pág. 514.

¹³¹ Cfr. OLIVEIRA ASCENSÃO, 2002, pág. 578.

À partida, uma atuação concertada no sentido de recusar a contratação com determinado concorrente pressupõe, em si, a finalidade de excluir esse competidor do mercado. Será este o elemento subjetivo de ilicitude, cuja verificação nos bloqueios individuais terá de ser analisada, por forma a aplicar o instituto.

4.1.9 – Discriminação

A discriminação adquire um sentido próprio quando referencia atos no mercado, descrevendo os comportamentos de um agente destinados a dar um tratamento desigual na sua atuação negocial, em face de sujeitos em posições semelhantes.¹³² Tal como nos atos de bloqueio, há simultaneamente uma infração ao Regime Jurídico da Concorrência. Nomeadamente, é prevista a ilicitude destas práticas na Lei 19/2012: no artigo 9º, nº1, alínea f) quanto à discriminação coletiva, no artigo 11º, nº2, alínea c) quanto ao abuso de posição dominante por esta via e no artigo 12º, nº2, alínea a) quanto ao abuso de dependência económica pela adoção destes comportamentos.

A discriminação pode verificar-se relativamente a concorrentes ou quanto a partes negociais não concorrentes. De igual modo, pode resultar na atribuição de condições mais favoráveis a um parceiro em relação aos restantes, ou na contratação em termos mais prejudiciais com um agente face aos restantes. Também aqui se aplica o exposto quanto às relações triangulares e concurso de normas.

No que concerne à discriminação em relação a concorrentes, dizemos fazer parte da liberdade negocial escolher os termos e condições da contratação. Contudo, há que temperar esta liberdade com as considerações típicas da concorrência desleal, nomeadamente a deslealdade da atuação. Oliveira Ascensão defende que não pode ser feita uma condenação, *a priori*, da conduta, quer esta proceda de uma atuação coletiva e concertada ou de mera prática individual.¹³³ Mais do que o ato em si, é necessário atentar ao pressuposto da deslealdade – e isto independentemente da censura resultante das normas de Direito da Concorrência.

Para o autor, o abuso de posição dominante indicia uma restrição de liberdade, mas já não a deslealdade da prática, pelo que terão de atingir as normas ou usos honestos para haver aplicação do instituto.¹³⁴ Não obstante, suponha-se a atuação de um agente

¹³² Cfr. OLIVEIRA ASCENSÃO, 2002, pág. 581.

¹³³ Cfr. OLIVEIRA ASCENSÃO, 2002, pág. 582.

¹³⁴ Cfr. OLIVEIRA ASCENSÃO, 2002, pág. 591.

dominante que discrimina certos produtores em detrimento de outros, por forma a destabilizar o mercado e tirar proveito de preços reduzidos.¹³⁵ Nesta situação já se vislumbram contornos de deslealdade.

Quanto à discriminação de partes negociais não concorrentes defendemos não existir concorrência desleal. Diretamente, não há relação de concorrência e, indiretamente, não se verifica deslealdade ao proceder deste modo. Aliás, como aponta a doutrina, apesar da ilicitude conferida pelas normas de Direito da Concorrência, poderá ser uma ferramenta de captação de clientes mais convenientes.¹³⁶

5 – O Futuro da Concorrência Desleal

5.1 – O Atual Contexto

Para delinear os contornos da concorrência desleal a nível europeu, impõe-se uma análise da penetração da UE nas áreas conexas com o instituto – de maior relevância que o mero estudo individual das características dos equivalentes funcionais nos ordenamentos. Concretizando: as Diretivas relativas à publicidade enganosa e comparativa,¹³⁷ concorrência no mercado interno¹³⁸ e práticas comerciais desleais.¹³⁹

Não sendo finalidade da presente dissertação desenvolver cada uma destas matérias, sobressai a ligação de cada temática com a concorrência desleal. No que diz respeito à publicidade enganosa e comparativa por, como examinado supra, definir o regime de atos de agressão (publicidade comparativa), mas também de atos de indução em erro (publicidade enganosa). Quanto à concorrência no mercado interno, por via das tensões entre as configurações nacionais da concorrência desleal e o Direito da Concorrência de origem Europeia. Relativamente às práticas comerciais desleais, e apesar de caírem no âmbito do Direito do Consumidor, a DPCD “protege também indiretamente os interesses legítimos das empresas face aos concorrentes que não respeitam as regras da presente diretiva”.¹⁴⁰

¹³⁵ Exemplo de OLIVEIRA ASCENSÃO, 2002, pág. 582.

¹³⁶ OLIVEIRA ASCENSÃO, 2002, pág. 584.

¹³⁷ Diretiva 2006/114/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 12 de dezembro de 2006.

¹³⁸ Por exemplo, a Diretiva 2019/1 do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de dezembro de 2019, nomeadamente ao prever a aplicação simultânea do Direito nacional e artigos 101º e 102º TFUE pelas Autoridades Nacionais da Concorrência.

¹³⁹ Diretiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de maio de 2005.

¹⁴⁰ Considerando 8) da DPCD.

Mais concretamente, em termos de matéria publicitária verifica-se uma tangente com a concorrência desleal. Ainda assim, as duas áreas mantêm a respetiva autonomia – facto comprovado pelo exposto supra relativamente à publicidade comparativa, bem como pela longa vigência do Código da Publicidade¹⁴¹ e imutabilidade da norma constante do artigo 311º CPI, mesmo ao longo dos sucessivos Códigos. Por sua vez, o Direito da Concorrência rege-se por objetivos distintos da concorrência desleal, muito embora, ocasionalmente, encontre áreas de interseção com esta. Notoriamente, o Direito da Concorrência viu a sua harmonização alicerçada nos artigos 101º e ss. TFUE.

Já a relação entre concorrência desleal e as práticas comerciais desleais é pautada por características diferentes, desde logo, de acordo com os interesses protegidos. No que concerne à concorrência desleal, observa-se uma tríade de interesses tutelados, consoante as situações: dos consumidores, dos concorrentes e do mercado.¹⁴² Resulta do artigo 1º da DPCD que é objetivo da Diretiva “contribuir para o funcionamento correto do mercado interno e alcançar um elevado nível de defesa dos consumidores”, excluindo os interesses dos concorrentes do seu âmbito direto. É, aliás, o que resulta do considerando 6) quando diz que a Diretiva “não abrange nem afeta as legislações nacionais relativas às práticas comerciais desleais que apenas prejudiquem os interesses económicos dos concorrentes ou que digam respeito a uma transação entre profissionais”.¹⁴³

5.2 – A DPCD: Um Meio Para Um Fim?

A DPCD é aplicável somente “às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores”.¹⁴⁴ Foi, então, criada uma dicotomia que opõe práticas comerciais de empresas para com consumidores a práticas comerciais de empresas entre si (*business-to-consumer* e *business-to-business*, respetivamente). A doutrina tende a apontar a “natureza artificial [da divisão] e impacto disruptivo”,¹⁴⁵ já que as duas práticas têm uma vasta zona de interseção. Entendem os autores que não pode ser traçada uma divisão

¹⁴¹ DL nº 330/90, de 23 de outubro.

¹⁴² Relembre-se a classificação baseada nos interesses protegidos de OLIVEIRA ASCENSÃO, 2002, págs. 399-414.

¹⁴³ Cfr. OLIVEIRA ASCENSÃO, 2009, Concorrência desleal: as grandes opções, in *VI Curso de Direito Industrial*, Coimbra, Almedina.

¹⁴⁴ Artigo 3º, nº1 da DPCD.

¹⁴⁵ Cit. LÚCIO TOMÉ FETEIRA, 2018, pág. 401-426.

absoluta entre estas práticas, até porque a lesão dos interesses económicos de uns não se encontra necessariamente relacionada com a ação de outros.¹⁴⁶

Numa primeira análise, seríamos tentados a dizer que caminho traçado pela DPCD terá resultado das diferenças nacionais na configuração da concorrência desleal. Tradicionalmente, o Reino Unido atribui um papel central ao consumidor, existindo deslealdade quando este é prejudicado pela atuação de um concorrente. A conduta honesta é avaliada do ponto de vista do consumidor, pelo que a pretensão dos concorrentes radica no ilícito sofrido pelo consumidor. No sistema alemão, ao consumidor é atribuído um papel marginal. A lealdade seria devida, em primeira linha, aos concorrentes.¹⁴⁷

Em comum têm a procura de uma relação unidimensional para caracterizar a lealdade do comportamento. Isto é, através da relação *business-to-consumer*, no caso do Reino Unido e da relação *business-to-business*, no caso alemão, cada sistema “parece ter dado como certo que se uma conduta for «leal» na dimensão reconhecida, então também seria necessariamente «leal» na outra”.¹⁴⁸ Como aponta Christopher Wadlow,¹⁴⁹ esta perspectiva é falaciosa. Por exemplo, o desvio de dependentes repercute-se negativamente no concorrente afetado, mas dificilmente é sentido no imediato pelo consumidor, que pode até ver a oferta do concorrente agressor melhorada.

Atendendo ao exposto, terá a UE enveredado pela via do Reino Unido, uma vez que esta é largamente coincidente com a filosofia de proteção do consumidor? Não defendemos tal conclusão, mas apontamos esse ordenamento como ilustrativo do cenário europeu, já que, à altura da DPCD, não existia possuía uma proibição geral das práticas comerciais desleais.¹⁵⁰ Era necessário recorrer ao *Trade Descriptions Act*, *Consumer Protection Act*, *Control of Misleading Advertisements Regulations*, enumerando apenas alguns exemplos. Na verdade, vários ordenamentos europeus viam a matéria dispersa por vários diplomas ou pela jurisprudência, pelo que a DPCD trouxe uma codificação organizada e unificada. Em certos ordenamentos – veja-se o caso do alemão com a UWG

¹⁴⁶ Cfr. BERT KEIRSBILCK, 2011, *The new European Law Of Unfair Commercial Practices And Competition Law*, Oregon, Hart, pág. 248. O autor salienta a crítica doutrinal Alemã e Austríaca.

¹⁴⁷ Cfr. CHRISTOPHER WADLOW, 2007, *The Case For Reclaiming European Unfair Competition Law From Europe's Consumer Lawyers*, in *The Regulation of Unfair Commercial Practices Under EC Directive 2005/29 — New Rules and New Techniques*, Oxford, editores Stephen Weatherill e Ulf Bernitz. 4. ed. Hart Publishing, pp. 177-179.

¹⁴⁸ Cit. CHRISTOPHER WADLOW, 2007, pág. 180.

¹⁴⁹ CHRISTOPHER WADLOW, 2007, pág. 180.

¹⁵⁰ Cfr. BERT KEIRSBILCK, 2011, pág. 145-146. Ao invés, era necessário confrontar a prática desleal com jurisprudência ou legislação enquadrável nos contornos do caso.

2004 – esta codificação já existia ao tempo da Diretiva,¹⁵¹ tendo sido renovada à luz da harmonização.

Mantém-se a incógnita quanto ao motivo da harmonização das práticas comerciais desleais. A mencionada dispersão legislativa encontrada em alguns ordenamentos terá sido um fator preponderante, mais ainda quando se consideram os princípios do mercado interno. De igual modo, o Direito do Consumo terá sido uma prioridade assumida pela UE.

À luz destes fatores, encaramos a DPCD como um fim em si mesmo: o de harmonizar uma área basilar ao funcionamento da União. Não obstante, outros desígnios podem simultaneamente ser apontados. Atente-se o disposto no considerando 8) da DPCD:

A Comissão deverá ponderar cuidadosamente a necessidade de ações comunitárias no domínio da concorrência desleal para além do âmbito da presente diretiva e se necessário fazer uma proposta legislativa para cobrir esses outros aspetos da concorrência desleal.

Neste sentido, parece-nos que a DPCD terá também sido um passo tendente a um caminho maior. Não só marcou o início de uma intervenção unificada no campo da concorrência justa, como abriu caminho a posteriores desenvolvimentos. Assinalamos a iminência da intervenção Europeia no que às relações B2B diz respeito.

Quanto à eventual Diretiva sobre concorrência desleal, um paralelismo pode ser feito com a dispersão legislativa pré-DPCD. A análise aos atos de agressão demonstrou que o seu regime deriva em grande medida de legislação conexa, existindo ainda um “considerável acervo comunitário que deriva não só de legislação secundária da UE, como das previsões do Tratado de Funcionamento da União Europeia e a sua aplicação pelo Tribunal de Justiça”.¹⁵² Por outro lado, a unificação de legislações fortalecerá a atuação no mercado interno, reafirmando a posição da UE.

¹⁵¹ Cfr. BERT KEIRSBLICK, 2011, pág. 146-148.

¹⁵² Cit. FRAUKE HENNING-BODEWIG, 2013, *International Handbook on Unfair Competition*, Munique, C. H. Beck, pág. 44.

A saída do Reino Unido, ordenamento negativista de maior dimensão, poderá ser vista como uma oportunidade para este passo. Isto apesar de algumas vozes na doutrina deste ordenamento defenderem a adoção de legislação nesta área.¹⁵³

Não nos cabe refletir sobre a técnica legislativa a utilizar. Sem embargo, a cláusula geral tem a vantagem de conceder maior liberdade aos Estados Membros na sua transposição. Efetivamente, as “normas e usos honestos” mostram-se bem formuladas, em linha com o legado da CUP. Contudo, não devemos cair na tentação de impor perspetivas nacionais.

¹⁵³ Cfr. JENNIFER DAVIS, 2010, Why The United Kingdom Should Have a Law Against Misappropriation, in *The Cambridge Law Journal*, s.l . vol. 69, nº 3, pág. 561-581.

6 – Conclusão

Começamos por tecer algumas considerações sobre os vários sistemas jurídicos nacionais de concorrência desleal, destacando a tutela direta dos interesses de todos os participantes do mercado ou somente dos concorrentes, consoante a opção pelo modelo social ou profissional, respetivamente. Percorremos o desenvolvimento do instituto pela jurisprudência francesa, com base na responsabilidade civil, até à cláusula geral alemã, influente técnica legislativa adotada pelo nosso ordenamento. Não descurando os sistemas negativistas, relacionamos a inexistência propriamente dita de um conceito de concorrência desleal com o surgimento de ilícitos extracontratuais equivalentes. Do exposto resulta a diversidade de configurações dadas à concorrência desleal, inclusivamente dentro de ordens jurídicas próximas.

No ordenamento português, encontram-se entendimentos doutrinários conflitantes em relação a cada pressuposto da concorrência desleal. Arquitetamos a relação de concorrência entre agentes na medida em que a atuação resulte numa alteração da alocação de clientela a um dado concorrente que produza bens ou serviços idênticos ou alternativos. A construção da deslealdade parte das normas criadas no âmbito do setor aplicável, nomeadamente os códigos de conduta, bem como dos seus usos e costumes. Tais normas e usos setoriais deverão ser, eles próprios, éticos, de acordo com a perspetiva do comerciante médio. Os agentes serão sujeitos a este regime sempre que atuarem com fins lucrativos, independentemente de não exercerem o comércio a título principal. Em consonância, foi montada uma defesa para a aplicação da concorrência desleal às profissões liberais. Acresce aos pressupostos a culpa, juízo distinto da deslealdade.

Da análise pormenorizada aos principais atos de agressão, destaca-se a ligação próxima com áreas adjacentes à concorrência desleal. É o caso da publicidade comparativa e dos exames e depoimentos, que veem o seu regime moldado pelo Código da Publicidade. No âmbito da desorganização destacou-se o papel da jurisprudência na contratação sistemática e da punição do bloqueio, boicotagem e discriminação em simultâneo com o Regime Jurídico da Concorrência. Tudo isto sem descurar o papel do proémio do artigo 311º do CPI, muito embora a enumeração exemplificativa do seu nº1 trace uma mera silhueta dos atos de agressão.

Visto o contorno internacional e nacional da concorrência desleal, debruçamo-nos sobre o papel da UE nesta matéria. Concluímos pela iminente harmonização Europeia das

relações entre concorrentes, na linha do impulso dado pela DPCD. Será assim, julgamos, pela importância que a composição B2B terá para a concorrência justa no mercado interno, particularmente em face da diversidade de regimes nacionais. Em segundo lugar, pelo facto de existir já uma penetração da legislação Europeia no âmbito da concorrência desleal: veja-se a sua influência no Código da Publicidade e no Novo Regime Jurídico da Concorrência. De resto, a saída do Reino Unido da UE, o seu maior ordenamento negativista, resulta numa distinta oportunidade para avançar a consolidação Europeia.

Bibliografia

ADELAIDE MENEZES LEITÃO, 2000, *Estudo de Direito Privado Sobre a Cláusula Geral de Concorrência Desleal*, Coimbra, Almedina.

ADRIANO VANZETTI e VINCENZO DI CATALDO, 2005, *Manuale di Diritto Industriale*, Milão, 5ª edição, Giuffrè Editore.

AMÉRICO DA SILVA CARVALHO, 1984, *Concorrência Desleal: Princípios Fundamentais*, Coimbra, Coimbra Editora.

ANA CLARA AZEVEDO DE AMORIM, 2017, A Concorrência Desleal À Luz Da Jurisprudência Do Supremo Tribunal De Justiça: Revisitando O Tema Dos Interesses Protegidos, in *Revista Eletrónica de Direito (RED)*, s. 1., Vol. 2017, nº2.

ANA CLARA AZEVEDO DE AMORIM, 2017, *A Tutela da Lealdade nas Relações de Mercado*, Coimbra, Almedina.

BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, 2011, *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Cizur Menor, Editorial Aranzadi.

BERT KEIRSBILCK, 2011, *The New European Law Of Unfair Commercial Practices And Competition Law*, Oregon, Hart.

CARLOS OLAVO, 2005, *Propriedade Industrial*, Coimbra, vol. 1, 2ª edição, Almedina.

CHRISTOPHER WADLOW, 2007, The Case For Reclaiming European Unfair Competition Law From Europe's Consumer Lawyers, in *The Regulation of Unfair Commercial Practices Under EC Directive 2005/29 — New Rules and New Techniques*, Oxford, editores Stephen Weatherill e Ulf Bernitz. 4. ed. Hart Publishing.

COUTO GONÇALVES, 2022, *Manual de Direito Industrial*, Coimbra, 9ª edição, Almedina.

- (Coord.) 2021, *Código da Propriedade Industrial Anotado*, Coimbra, Almedina.

DÁRIO MOURA VICENTE, 2012, Concorrência Desleal: Diversidade de Leis e Direito Internacional Privado, in *VIII Curso de Direito Industrial*, Coimbra, Almedina.

DONALD S. CHISUM et al, 2011, *Understanding Intellectual Property Law*, s. 1., 2ª edição, LexisNexis.

FRAUKE HENNING-BODEWIG, 2013, *International Handbook on Unfair Competition*, Munique, C. H. Beck.

GUSTAVO GHIDINI, 1982, *La Concorrenza sleale*, Torino, 2º edição, UTET.

J. THOMAS MCCARTHY, 1984, *Trademarks and Unfair Competition*, Vol. 1, Nova Iorque, 2º edição, LCPBW.

JENNIFER DAVIS, 2010, Why The United Kingdom Should Have a Law Against Misappropriation, in *The Cambridge Law Journal*, s.l . vol. 69, nº 3.

JOHN DRYSDALE & MICHAEL SILVERLEAF, 1995, *Passing Off Law and Practice*, Londres, 2º edição, Butterworths.

LÚCIO TOMÉ FETEIRA, 2018, On free and fair competition(2): some comparative notes on the interplay between unfair competition and competition law, in *Themis – Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, Coimbra, nº ed. Especial 6.

NUNO SOUSA E SILVA, 2020, *Concorrência Desleal e Propriedade Intelectual: Os Atos de Aproveitamento*, Coimbra, Almedina.

OLIVEIRA ASCENSÃO, 1997, O Princípio Da Prestação: Um Novo Fundamento Para A Concorrência Desleal, in *Concorrência Desleal*, Coimbra, Almedina.

-, 2002, *Concorrência Desleal*, Coimbra, Almedina.

-, 2009, Concorrência desleal: as grandes opções, in *VI Curso de Direito Industrial*, Coimbra, Almedina.

PATRÍCIO PAÚL, 1965, *Concorrência Desleal*, Coimbra, Coimbra Editora.

PEDRO QUARTIN GRAÇA SIMÃO JOSÉ, 1995, *A Publicidade e a Lei*, s. 1., Vega.

PEDRO SOUSA E SILVA, 2020, *Direito Industrial*, 2ª edição, Coimbra, Almedina.

STEPHEN P. LADAS, 1975, *Patents, Trademarks, and Related Rights: National and International Protection*, Cambridge, Vol. III, Harvard University Press.

WILLIAM CORNISH, DAVID LLWELYN, TANYA APLIN, 2013, *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights*, Londres, 8º edição, Sweet & Maxwell.

Jurisprudência nacional

Acórdão do STJ de 03 de abril de 2001, relativo ao processo nº 01A053, relator Pinto Monteiro.

Acórdão do STJ de 26 de fevereiro de 2015, relativo ao processo nº 1288/05.6TYLSB, relator Fernanda Isabel Pereira.

Acórdão STJ de 05 de dezembro de 1995, relativo ao processo nº 087223, relator Ramiro Vidigal.

Acórdão STJ de 17 de fevereiro de 2009, relativo ao processo nº 08A3836, relator Helder Roque.

Acórdão TRP de 13 de junho de 2018, relativo ao processo nº 1839/13.2TBPVZ.P2, relator Aristides Rodrigues de Almeida.

Jurisprudência estrangeira

Reino Unido

Mogul Steamship Company, Limited v. McGregor, Gow e Co, House of Lords, 1892 – <https://en-academic.com/dic.nsf/enwiki/11757490>

Estados Unidos da América

Champion Spark Plug Co. v. Champion, 23 F. Supp. 638 (E.D. Mich. 1938) – disponível em <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/23/638/2001989/>

Cheney Bros. v. Doris Silk Corporation, 35 F.2d 279 (2d Cir. 1929) – disponível em <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/35/279/1488347/>

International News Service v. Associated Press, 248 U.S. 215 (1918) – disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/248/215/>