

NOTAS SOBRE O ÂMBITO DA CONCORRÊNCIA DESLEAL (*)

Pelo Dr. Luís Bigotte Chorão

I — A concorrência desleal suscita, como é geralmente reconhecido, um vasto problema de fronteiras ⁽¹⁾, sendo difícil marcar-lhe rigorosamente os limites e definir-lhe os princípios gerais ⁽²⁾. Lobo d'Ávila, que dedicou ao tema da concorrência desleal uma dissertação universitária — aliás, o primeiro estudo monográfico sobre o instituto publicado em Portugal —, classificou-o de assunto de âmbito impreciso e rude açambarcamento ⁽³⁾. Ainda

(*) O presente estudo corresponde ao Relatório apresentado no âmbito do curso de mestrado realizado em 1993/94 na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, na disciplina de Direito Comercial — Concorrência Desleal, sob regência do Prof. Doutor José de Oliveira Ascensão.

A entretanto ocorrida entrada em vigor do novo Código da Propriedade Industrial, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 16/95, de 24 de Janeiro, manteve no fundamental inalterada a disciplina da concorrência desleal, sujeita pela nossa parte a uma análise crítica, a qual, atento aquele facto, mantém actualidade.

Em anexo ao estudo reproduzem-se na íntegra os artigos 212.º do anterior Código e 260.º do novo regime legal.

⁽¹⁾ Cfr. Patrício Paúl, *Concorrência Desleal*, Coimbra (1965), preâmbulo e pg. 64, onde se faz referência à afirmação de P. Bonfante, «*Il diritto al nome commerciale e la concorrenza sleale*» in *Rivista di Diritto Commerciale*, Vol. II (1908), pg. 164, segundo o qual «a concorrência desleal é uma nebulosa de consistência duvidosa com contornos vagos e oscilantes».

⁽²⁾ Assim, Oliveira Ascensão, *Concorrência Desleal*. Lições ao 5.º ano no Ano Lectivo de 1993/94, Lisboa (1994), pg. 13.

⁽³⁾ Lobo d'Ávila, *Da Concorrência Desleal*, Coimbra (1910), pg. V — Introdução e pg. 166, onde se lê: «...ninguém procure limites precisos na matéria de concorrência desleal».

recentemente, Baylos Corroza confessa, no seu *Tratado de Derecho Industrial*, não ser fácil dar uma ideia do que encerra no seu âmbito a concorrência desleal ⁽⁴⁾.

Da impossibilidade de se fixar um conceito absoluto de concorrência desleal, face à relatividade da noção de deslealdade na concorrência, decorrem as naturais dificuldades de definição do seu âmbito. Compreende-se então que, no plano normativo, o legislador se sinta tentado pelo acolhimento de cláusulas gerais ⁽⁵⁾, em tese susceptíveis de fornecerem uma adequada funcionalidade à disciplina, conferindo protagonismo à mediação jurisprudencial. Adiante veremos se a consagração de uma cláusula geral definitiva do ilícito de concorrência desleal proporciona, ou não, essa funcionalidade ao sistema vigente em Portugal.

Sendo certo que «é a *facti-species* jurídica que nos fornece o óculo pelo qual havemos de «ins-peccionar» a realidade de facto. É através dela que o próprio facto ou situação se recorta e configura como sendo o facto ou a situação prevista pela lei» ⁽⁶⁾, o objectivo que nos propomos — reflectir sobre o âmbito da concorrência desleal no direito português — exige, necessariamente, a análise do conjunto de disposições legais que compõem a disciplina da concorrência desleal, em particular do prómio do artigo 212.º do Código da Propriedade Industrial.

⁽⁴⁾ Baylos Corroza, *Tratado de Derecho Industrial*, 2.ª ed., Madrid (1993), pg. 331. No mesmo sentido, v.g. L. Mermillod, *Essai sur la notion de concurrence déloyale en France et aux Etats-Unis*, Paris (1954), pg. 3.

⁽⁵⁾ Cfr., quanto a cláusulas gerais, na doutrina portuguesa, A. Castanheira Neves, *Questão-de-Facto — Questão-de-Direito ou o Problema Metodológico da Juridicidade*, Vol. I, Coimbra (1967), pgs. 401 e segs. e *O Princípio da Legalidade Criminal — O seu problema jurídico e o seu critério dogmático*, Coimbra (1988), pgs. 30 e segs., e A. Menezes Cordeiro, *Da Boa Fé no Direito Civil*, Vol. II, Coimbra (1984), pgs. 1176 e segs. No que respeita à função das cláusulas gerais na disciplina da concorrência desleal, cfr. v.g. Baylos Corroza, *Tratado*, cit. pgs. 336 e segs., Juan Ignacio Font Galán, *Constitucion Económica y Derecho de la Competencia*, Madrid (1987), pgs. 101 e sg. (nota 190), e Aurelio Menendez, *La Competencia Desleal*, discurso de ingresso na Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid (1988), pgs. 111 e segs.

⁽⁶⁾ Assim, João Baptista Machado, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Coimbra (1983), pg. 81.

Aptos então a ensaiar a definição do âmbito da concorrência desleal, justificar-se-á perguntar, intentando dar resposta à questão que, em termos gerais, formulamos assim:

Corresponde a actual disciplina às contemporâneas exigências de repressão da concorrência desleal?

Por fim, e de modo incompleto e provisório, apontaremos alguns tópicos essenciais à redefinição do âmbito da concorrência desleal a partir da reelaboração do seu conceito, de modo a sintonizá-lo, e a toda a disciplina, com os princípios ordenadores do sistema económico e com os imperativos sociais consagrados na Constituição da República.

II — Antes, porém, de entrarmos na análise do proémio do artigo 212.º do Código da Propriedade Industrial, parece-nos justificar-se um breve apontamento geral sobre a evolução histórica do instituto e do processo que conduziu à sua consagração nos termos em que actualmente vigora.

a) A transição de um sistema económico corporativo para um sistema económico baseado na livre empresa, quer dizer, na liberdade de concorrência, com a profunda alteração das estruturas de mercado que comportou, conduziu à atribuição de direitos privativos inerentes ao reconhecimento da propriedade industrial (7). A livre concorrência, que se havia iniciado sem limitações ou entraves, trazia «ínsito o germe da sua destruição» (8). É então que

(7) Cfr., entre nós: José Gabriel Pinto Coelho, *Lições de Direito Comercial*, vol. 1, 3.ª edição, Lisboa (1957); A. Ferrer Correia, *Lições de Direito Comercial (de harmonia com as preleções feitas ao 4.º ano jurídico de 1972-73, com a colaboração de Manuel Henrique Mesquita e António A. Caeiro)*, vol. 1, Coimbra (1973); Paulo Sendim, *Lições de Direito Comercial, III Parte, Direito Industrial*, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa (s/d); Carlos Olavo, «*Propriedade Industrial – Noções Fundamentais*», in *Colectânea de Jurisprudência*, tomos I a V (1987); José de Oliveira Ascensão, *Direito Comercial — Direito Industrial* — volume II, Lisboa (1988) e ainda Justino Cruz, *Código da Propriedade Industrial*, 2.ª edição, Porto (1985) e «*Regime Jurídico da Propriedade Industrial*», in AAVV, *Direito das Empresas*, I.N.A. (1990); Abílio Neto e Miguel J. Pupo Correia, *Propriedade Industrial* — *Legislação anotada*, Lisboa (1982) e Ruy de Matos Corte-Real, *Código da Propriedade Industrial*, 5.ª edição, Coimbra (1982).

(8) Assim, Font Galán, *Constitucion Economica*, cit., pg 87.

— para utilizarmos a expressão de Lobo d'Ávila — a liberdade degenerou em licença ⁽⁹⁾. Com efeito, os novos moldes de produção industrial — essencialmente vocacionados para a massificação da oferta —, impostos pela lógica de uma revolução tecnológica imparável e animados pelas consequências de largo alcance do fenómeno publicitário ⁽¹⁰⁾, criaram um conjunto de novos problemas, respeitantes não só ao relacionamento entre si dos empresários, mas, igualmente, ao destes com os consumidores. Rapidamente, — da luta pelo cliente — ou, como com razão prefere Baylos Corroza — da luta pelo maior número possível de vendas ao máximo preço remunerador ⁽¹¹⁾, iria passar-se à luta contra o consumidor ⁽¹²⁾.

Tornou-se então necessária a intervenção dos poderes públicos, reclamada aliás pelos próprios empresários. A este propósito, Ghidini refere que «a intervenção do Estado (tanto a nível jurisprudencial como legislativo) realiza-se — quer dizer, será solicitada pelos grupos empresariais mais fortes — uma vez consolidado um aparelho industrial suficientemente importante de forma a não temerem — antes pelo contrário exigirem - a intervenção estatal em defesa das posições adquiridas no mercado» ⁽¹³⁾. As reivindicações empresariais, realizadas com apelo às ideias de liberdade e eficiência económicas, vão possibilitar o desenvolvimento dogmático, jurisprudencial e legislativo do instituto. A concorrência desleal irá então ser entendida como uma patologia, uma «forma pato-

⁽⁹⁾ Cfr., *Da Concorrência Desleal*, cit., pg V — Introdução.

⁽¹⁰⁾ Cfr. sobre o fenómeno publicitário, v.g.: J. Garrigues, «*Publicidad y Competencia ilícita*» in *La Publicidad y sus fundamentos científicos*, Madrid (1966); G. Ghidini, *Introduzione allo studio della pubblicità commerciale*, Milano (1968) e P. G. Jaeger, «*Publicità e principio di verità*» in *Rivista di Diritto Industriale*, vol. I (1971), pgs. 255 e sgs.

Entre nós cfr. João M. Loureiro, *Direito da Publicidade*, Lisboa (1982) e *Direito do Marketing e da Publicidade*, Lisboa (1985).

⁽¹¹⁾ Cfr. Baylos Corroza, apud Font Galán, *Constitucion Economica*, cit., pg. 88 (nota 169).

⁽¹²⁾ Assim, J. Garrigues, apud Font Galán, *Constitucion Economia*, cit., pg 90.

⁽¹³⁾ Cfr. «*La Concorrenza Sleale — dalle Corporazioni al Corporativismo*» in *Politica del Diritto*, n.º 1 (1974), pgs. 63 a 106 e 225 a 241. Citamos a tradução e síntese espanhola de Angel Rojo, «*La Competencia Desleal. Desde Las Corporaciones al Corporativismo*» in *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 135 (1975), pgs. 17 e sgs.

lógica da liberdade de comércio» nas palavras de Franceschelli⁽¹⁴⁾, ou, como pretende Font Galán, uma «doença moral (moral económica dos negócios)»⁽¹⁵⁾. Esta compreensão da concorrência desleal proporcionará a afirmação de um juízo de deslealdade fundamentalmente baseado nos critérios de correcção profissional⁽¹⁶⁾.

À sua repressão, serviram em alguns países, casos, por exemplo, de França e Itália, as cláusulas gerais de responsabilidade civil aquiliana, que foram sendo jurisprudencialmente trabalhadas no sentido da sua adequação ao particularismo da concorrência desleal. O recurso àqueles princípios gerais colocava, porém, a questão da verificação da culpa, da culpa provada⁽¹⁷⁾ — pressuposto do facto normativo aquiliano — decorrendo dessa exigência o

⁽¹⁴⁾ R. Franceschelli, «*Sulla concorrenza sleale*», in *Rivista di Diritto Industriale* (1954), pgs. 205 e sgs.

⁽¹⁵⁾ Cfr. *Constitucion Economica*, cit., pg. 92.

⁽¹⁶⁾ Como afirma Font Galán, *Constitucion Economica*, cit., pg. 92, «en los orígenes de la disciplina de la competencia desleal el «bien jurídico tutelado» por esta — tema que tanto y con tan escasso provecho ha torturado a la doctrina durante medio siglo — no era la «moral comercial», la «correccion profesional» o las «costumbres de probidad en la industria y el comercio» sino la propiedad de la empresa y (como extension dinamica de la tutela que esta nueva forma de propiedad recibe) los derechos de exclusiva del empresario sobre los bienes inmateriales de la empresa que se configuran como auténticos derechos subjetivos absolutos o perfectos (tutelados por el *Derecho erga omnes*)». Cfr. em geral sobre o modelo profissional da concorrência desleal, Aurelio Menendez, *La Competencia Desleal*, cit., pgs. 65 e sgs. Sobre o princípio da «correttezza professionale», cfr. v.g., R. Franceschelli, «*Concorrenza II*» in *Enciclopedia Giuridica*, vol VII, Roma (1988); G. Ghidini «*Concorrenza Sleale*» in *Tratato di Diritto Commerciale e di Diritto Publico dell'Economia*, vol. IV, Pádua (1981); C. Pasteris, *La correttezza nella disciplina della concorrenza sleale*, Milão (1962); P. Marchetti, «*Il paradigma della correttezza professionale nella giurisprudenza di un ventennio*» in *AAVV, Studi in memoria di A. Graziani*, vol III, Nápoles (1968), pgs. 977 e sgs. e F. Galgano, *História do Direito Comercial*, Lisboa (s/d), pg. 102, o qual, a respeito do critério da «correttezza professionale» fala no reemergir da «antiga vocação de classe para ser artífice do seu próprio direito, recusando a mediação política».

⁽¹⁷⁾ Entre nós, Barbosa de Magalhães defendia que a concorrência só poderia ser abrangida pelo princípio geral da responsabilidade civil extracontratual (artigo 2 361 do Código Civil de 1867), «quando importe a violação de um direito, portanto, a infracção de um preceito legal» e acrescentava: «este princípio, liberalmente interpretado, abrange mesmo os actos de concorrência que não constituam infracções a determinados preceitos da lei». Concluía, porém, o referido autor: «ainda assim, a dificuldade de, em muitos casos, provar a culpa, tornará pouco frequente a aplicação desse princípio geral à concor-

afastamento da obrigação de indemnizar em relação à prática de actos que, embora lesivos de interesses e expectativas legítimas, não envolvessem a violação de direitos subjectivos absolutos ⁽¹⁸⁾. Evidenciava-se deste modo a inadequação à realidade económica da concorrência dos princípios da responsabilidade civil extracontratual. Tal facto reconduzirá a parâmetros típica e exclusivamente empresariais o juízo de deslealdade, afirmando-se a autonomização da disciplina.

b) A Convenção da União de Paris de 1883 ⁽¹⁹⁾, não continha na sua versão originária qualquer disposição relativa à concorrência desleal. Somente na revisão de Bruxelas (1900) foi introdu-

rência mercantil» (cfr. *Do Estabelecimento Comercial — estudo de direito privado*, Lisboa (1951), pgs 180 e sgs.).

Cfr. em geral sobre as insuficiências da responsabilidade aquiliana no domínio da concorrência desleal: Schricker-Franq-Wunderlich, *La répression de la concurrence déloyale dans les états membres de la CEE*, tomo II-1, Belgique, Luxembourg, Paris (1974), pgs. 62 e sgs.

⁽¹⁸⁾ Cfr. supra, nota 16. A tese da violação de direitos subjectivos como pressuposto do ilícito de concorrência desleal está hoje ultrapassada, afirmando-se a problemática dos chamados «interesses protegidos» (cfr. sobre o tema P. Jaeger, «*Valutazione comparativa di interessi e concorrenza sleale*» in *Rivista di Diritto Industriale* (1970), pgs 37 e sgs.

Note-se que os entraves da responsabilidade aquiliana não se fizeram sentir na «pátria» da concorrência desleal. A este propósito é referido o importante papel da jurisprudência no sentido da adequação às exigências da concorrência desleal do regime constante do artigo 1382.º do Código Civil, admitindo a ressarcibilidade do dano («*dommage*») em casos que se não configuram como de violação de direitos subjectivos. Esta orientação interpretativa foi objecto de consagração numa sentença da Cassation, de Fevereiro de 1970. Nesse aresto é admitida como pressuposto da responsabilidade civil a mera lesão de um interesse dispensando-se que ele constitua um interesse juridicamente protegido (cfr. G. Alpa e M. Bessone, *Atipicità dell'illecito, Parte Prima*, Milano (1977), pgs. 285 e sgs.).

Quanto à concorrência desleal em França, cfr.: L. Mermillod, *Essai*, cit. e R. Krasser, *La repression de la concurrence déloyale dans les états membres de la CEE*, tomo IV, France, Toulouse (1972) e as anotações a decisões recentes da Cour de Cassation relativas à concorrência desleal de Benoit Savelli in *Grands arrêts du droit des affaires* (dir. Dominique Vidal), Paris (1992), pgs. 211 a 219.

⁽¹⁹⁾ Cfr. na doutrina portuguesa, quanto à Convenção e suas revisões: Lobo d'Ávila, *Da Concorrência*, cit., pgs. 147 e sgs.; Patrício Paul, *Concorrência*, cit., pgs. 15 e sgs.; Paulo Sendim, *Lições de Direito Comercial*, cit., pgs. 590 e sgs. Cfr. ainda o Parecer da Câmara Corporativa acerca da proposta de Lei n.º 197 sobre propriedade industrial, in *Diário das Sessões*, n.º 147 de 27 de Novembro de 1937.

zido o artigo 10.º bis relativo à paridade de tratamento de todos os nacionais dos Estados unionistas na protecção contra a concorrência desleal. Em Washington (1911), o artigo 10.º bis seria modificado, passando a sancionar uma específica obrigação dos Estados contratantes, nestes termos: «*Todos os países contratantes se obrigam a assegurar aos nacionais dos países que constituem a União uma protecção efectiva contra a concorrência desleal*».

Na revisão de Haia (1925), o artigo 10.º bis passou a definir a concorrência desleal, assim: «*Constitui acto de concorrência desleal qualquer acto de concorrência contrário aos usos honestos em matéria industrial ou comercial*». Em Haia, seria ainda aditado, com natureza adjectiva, o artigo 10.º ter, com a seguinte redacção: «1) *Os países da União obrigam-se a assegurar aos nacionais dos outros países da União recursos legais apropriados à repressão eficaz de todos os actos visados nos artigos 9.º, 10.º e 10.º bis. 2) Além disso, obrigam-se a adoptar providências que permitam aos sindicatos e associações de industriais, produtores e comerciantes cuja existência não for contrária às leis dos seus países promover em juízo ou junto das autoridades administrativas a repressão dos actos previstos nos artigos 9.º, 10.º e 10.º bis, na medida em que a lei do país em que a protecção é requerida o permita aos sindicatos e associações desse país*».

Pese embora a importância desta disposição processual, consagrada de uma legitimação activa das associações profissionais para reagirem a actos de concorrência desleal, Font Galán nota que «este notável progresso de técnica jurídica para combater a deslealdade na concorrência não envolveu, contudo, um progresso sócio-jurídico do direito de concorrência desleal, ao não estender o reconhecimento da referida legitimação às associações de consumidores» (20).

Na revisão que se efectuariá em Londres, em 1934, seriam acrescentados aos dois números do artigo 10.º bis, à palavra «produtos», as de «estabelecimento» e de «actividade industrial e comercial».

(20) Cfr. *Constitucion Economica*, cit., pg. 104.

Por fim, na revisão de Lisboa, de 1958, seria aditado ao artigo 10.º bis um número 3.º, com a redacção seguinte: «3.º As indicações ou afirmações cuja utilização no exercício do comércio seja susceptível de induzir em erro sobre a natureza, modo de fabrico, características, possibilidades de utilização ou quantidade das mercadorias» (21).

Já se tem pretendido ver na revisão de Haia a tentativa de fixação, no plano internacional, de uma disciplina jurídica da concorrência desleal potencialmente superadora do critério de violação de direitos subjectivos absolutos, face à sua proibição independentemente da referência a dolo ou a culpa (22). Observa-se no entanto,

(21) O texto da revisão de Lisboa não foi ratificado por Portugal. A revisão de Estocolmo de Julho de 1967, que o manteve, foi aprovada pelo Decreto n.º 22/75, de 22 de Janeiro e ratificado nos termos do aviso constante do Diário da República, 1.ª série, n.º 63, de 15 de Março de 1975.

Na revisão de Lisboa, Carlo Santagata, *Concorrenza Sleale e Interessi Protetti*, Nápoles (1975), pg. 11, vê a expressão «di una consapevole apertura verso una nuova dimensione della disciplina repressiva della concorrenza sleale». Ao contrário dos n.ºs 1 e 2 do artigo 10.º bis da Convenção, que confirmam a concepção tradicional de concorrência desleal, o n.º 3 resulta, no entender do autor italiano, de um processo de depuração da *fattispecie* de referenciais corporativos, assumindo um significado diverso e paradigmático, enriquecedor da função do instituto. O n.º 3 do artigo 10.º bis legitimará então fórmulas de tutela imediata dos consumidores e do interesse geral. Carlo Santagata refere-se ainda à influência da disposição unionista na consagração legal de meios técnicos de tutela dos consumidores (v.g. artigo 2.º da Loi Fédérale sur la concurrence déloyale (LCD) de 30 de Setembro de 1943, suíça e artigo 13.º da UWG, alemã). A respeito da lei alemã, Carlo Santagata afirma, citando Mengoni, que o artigo 13.º da UWG «si presenta, infatti del tutto coerente con la dialettica típica del «pluralismo economico, nel quale i conflitti di interesse individuali, tipici del modello economico classico, sono continuati da gruppi collettivi di interesse» (cfr. aut. e ob. cit., pgs. 18 e segs.). Ainda sobre a lei alemã cfr. o estudo de G. Ghidini «La legittimazione ad agire per concorrenza sleale delle associazioni dei consumatori in Germania» in *Rivista di Diritto Industriale I* (1965), pgs. 279 e sgs.

Aurelio Menendez, *La Competencia Desleal*, cit., pg. 87, pronuncia-se contra a tese de Carlo Santagata a respeito do n.º 3 do artigo 10.º bis, escrevendo: «la introducción de esta norma no supone (...) una reorientación de la disciplina corporativa y su apertura hacia la tutela de los intereses colectivos del consumo. La apelación que hace el precepto al consumidor («al público») no significa que se le atribuya a éste el papel de portador de un interés directamente protegido, sino que desempeña el papel más modesto de ofrecer el índice de «insinceridad» de la reclame, en quanto sujeto último de toda actividad económica».

(22) Cfr. T. Ascarelli, *Teoria de la concurrencia y de los bienes inmateriales* (trad. espanhola de Verdera e Suárez-Llanos), Barcelona (1970), pg. 159.

como o faz Ghidini, que a normativa unionista se revela, de facto, «intimamente ligada aos interesses profissionais dominantes, sem interferência alguma de parâmetros comuns de natureza extraprofissional» (23).

III — a) A repressão da concorrência desleal no nosso país vai assentar desde as origens da sua consagração «na linha de exacerbação da tutela dos direitos intelectuais» (24), na expressão penal.

Pese embora a previsão de disposições relativas ao instituto no Decreto n.º 6 de 15 de Dezembro de 1894 (25), no Regulamento de 28 de Março de 1895 (26), e na Carta de Lei de 21 de Maio de 1896 (27), só na Lei n.º 1972 de 21 de Junho de 1938 — Lei da Pro-

(23) «*La Competencia Desleal. Desde las Corporaciones*», cit., pg. 38.

(24) Assim, Oliveira Ascensão, *Direito Comercial-II*, cit., pg. 66.

(25) Lobo d'Ávila, *Da Concorrência Desleal*, cit., pg. 128, considerou-o a «mais notável e completa providência legislativa elaborada pelos poderes governativos em favor da propriedade industrial». O autor entendia que os artigos 15.º, 16.º e 17.º do Decreto de 30 de Setembro de 1892 «eram de evidente aplicação a casos de concorrência desleal» (ob. e pg. cit.).

(26) Cfr. Título VII — Concorrência Desleal — artigos 255.º a 258.º O Regulamento destinou-se a dar execução ao Decreto n.º 6 de 15 de Dezembro de 1894, sobre a propriedade industrial. Veio a ter aplicação à Carta de Lei de 21 de Maio de 1896 (cfr. infra nota 27) nos pontos em que não alterou o Decreto de 15 de Dezembro de 1894.

(27) Cfr. Título VIII — Concorrência Desleal — Capítulo único — artigos 198.º a 209.º Lobo d'Ávila, *Da Concorrência Desleal*, cit., pgs. 163 e sg., considerou o Título VIII da Lei «necessariamente modesto de intuitos», afirmando a respeito que, «sobejamente se compreende em face da amplitude e variabilidade das situações e atitudes que a concorrência desleal abrange e suscita». Sobre a Carta de Lei e as suas disposições relativas à concorrência desleal escreve ainda Lobo d'Ávila: «Curando de elaborar sobre o problema da concorrência desleal a sua mais urgente sanção jurídica, não se propôs manifestamente o legislador sanar e exprimir todos os abusos de livre-concorrência no que respeita à propriedade industrial, mas tão somente alvejar em suas normas especiais os casos salientes da mesma concorrência». Em 1908 seria apresentada ao Parlamento a Proposta de Lei n.º 57-H sobre reforma da propriedade industrial. Essa Proposta, que não veio a ter sequência, dispunha no artigo 162.º sobre concorrência desleal, nestes termos: «São considerados casos de concorrência desleal:

- 1.º *As falsas indicações de proveniência;*
- 2.º *O uso ilícito de recompensas;*
- 3.º *O uso de tabuleta, de fachada ou de instalação de modo a estabelecer confusão com outro estabelecimento da mesma natureza, contíguo ou no mesmo arruamento;*

priedade Industrial ⁽²⁸⁾ — e no Código da Propriedade Industrial, aprovado pelo Decreto n.º 30 679 de 24 de Agosto de 1940, se introduz, pela primeira vez na lei portuguesa, o conceito de concorrência desleal ⁽²⁹⁾, passando a constituir o proémio do artigo 212.º do referido Código, que o consagra, a norma geral incriminadora do ilícito.

A circunstância de o artigo 212.º constituir uma norma de direito penal — norma incriminadora que declara quais os elementos constitutivos do crime de concorrência desleal — impõe, em sede de interpretação, especiais cuidados ⁽³⁰⁾. É que, se é certo que as regras de interpretação das normas de direito penal são as

4.º *A ofensa aos direitos dos proprietários de títulos de propriedade industrial;*

5.º *O uso de designações, sinais ou indicações de qualquer natureza tendentes a iludir o consumidor ou de que possa resultar prejuízo de terceiro».*

(Cfr. Diário do Governo de 20 de Agosto de 1908). Note-se a interessante referência ao consumidor constante do n.º 5.

⁽²⁸⁾ Cfr. Capítulo VII — Das garantias da propriedade industrial e dos respectivos serviços — artigos 89.º e 90.º

⁽²⁹⁾ A iniciativa de inclusão do conceito de concorrência desleal pertenceu à Câmara Corporativa (cfr. Parecer, cit., pg. 98), correspondendo a uma sugestão de alteração do artigo 66.º da proposta, cuja redacção era a seguinte: «*O direito de propriedade industrial gozará das garantias por lei estabelecidas para o direito de propriedade em geral e será especialmente protegido, nos termos definidos no Código e nas leis e convenções em vigor, pela repressão dos delitos e actos de concorrência desleal que o violem ou prejudiquem. § 1.º As penalidades a fixar no Código poderão consistir em multa até 10 000\$ e prisão até seis meses; § 2.º A aplicação das penas cominadas não isenta os delinquentes da obrigação de reparar as perdas e danos causados, fixando-se a respectiva indemnização nos termos gerais de direito*». A este propósito, a Câmara ponderou que não bastaria fazer referência à repressão dos actos de concorrência desleal: «*Se as infracções contra a propriedade industrial se encontram definidas nas leis, é de elaboração constante o conceito de concorrência desleal*». Não deixa de ser estranha a segura com que o tema é tratado, sem qualquer desenvolvimento dogmático, tanto mais que o relator do Parecer, Abel de Andrade, ligou o seu nome ao ensino do Direito Penal e do Processo Penal.

⁽³⁰⁾ Neste sentido, v.g., Faria Costa. «*O Direito penal económico e as causas implícitas de exclusão de ilicitude*» in *Direito Penal Económico*, Coimbra (1985), pg. 61 onde se lê: «*O direito penal é um sistema aberto, como qualquer outro sistema jurídico, mas em relação ao qual há que ter particulares cuidados na sua compreensão e delimitação normativas. É neste ponto que tem necessariamente de intervir a dogmática penal, desde logo como meio adequado para levar a cabo a função de garantia que irrefragavelmente cumpre ao direito penal*».

comuns a toda a ordem jurídica ⁽³¹⁾, também é verdade que a interpretação dessas regras sofre as limitações que decorrem da natureza excepcional que lhes é própria.

Esclarecer, ou melhor, intentar esclarecer, qual seja o âmbito da concorrência desleal, é questão à qual, conforme já tivemos oportunidade de aludir, só poderá dar-se resposta a partir de um esforço de interpretação que nos possibilite a compreensão da essência do delito e a apreensão do objectivo que subjaz à sua consagração. Ora, o objecto desse exercício é o tipo legal (*Tatbestand*), os seus elementos constitutivos essenciais, o mesmo é dizer, aqueles elementos cuja verificação é indispensável à existência do crime. É efectivamente a partir do tipo legal que se procede à identificação do bem jurídico tutelado ⁽³²⁾ e se afere da extensão da previsão normativa.

Note-se que, da natureza da norma, da sua natureza penal, logo resulta um primeiro recorte da sua intencionalidade. Por outro lado, da inclusão da norma no Código da Propriedade Industrial, aliás como de toda a disciplina da concorrência desleal, decorre uma genérica fixação do seu âmbito de aplicação material, subjectiva e territorial, por observância do disposto nos artigos 1.º, 2.º e 3.º do Código da Propriedade Industrial ⁽³³⁾. Ainda, o próprio con-

⁽³¹⁾ Cfr. em geral quanto à interpretação da lei na doutrina portuguesa: Oliveira Ascensão, *O Direito — Introdução e Teoria Geral*, 7.ª edição, Coimbra (1993) pgs. 373 e sgs., e A. Castanheira Neves, *Metodologia Jurídica — Problemas Fundamentais*, Studia Juridica 1, Coimbra (1993), pgs. 83 e sgs.. Em especial quanto à interpretação da lei penal no domínio do anterior Código Penal: Eduardo Correia (com a colaboração de Figueiredo Dias), *Direito Criminal*, I, reimpressão, Coimbra (1993), pgs. 133 e sgs., e Cavaleiro de Ferreira, *Lições de Direito Penal* (coligidas por Carmindo Ferreira e Henrique Lacerda), 2.ª edição, Lisboa, (1945), pgs. 82 e sgs. Já na vigência do novo Código: Cavaleiro de Ferreira, *Lições de Direito Penal, I — A Lei Penal e a Teoria do Crime no Código Penal de 1982*, Lisboa (1987), pgs. 18 e sgs.

⁽³²⁾ Cfr. supra notas 16 e 18. Cfr. em geral quanto à individualização do objecto de tutela no domínio da concorrência desleal e no sentido da coincidência do problema do bem protegido com o da individualização do interesse tutelado R. Pardolesi «*Concurrencia desleal e interés de los consumidores*, in AAVV. *Derecho Privado — Un ensayo para la enseñanza* (dir. Nicolò Lipari), Bolonha (1980) pgs. 649 e sg. e Aurélio Menendez, *La Competencia Desleal*, cit., pgs. 71 e sgs.

⁽³³⁾ Oliveira Ascensão defende actualmente que as disposições preliminares do Código da Propriedade Industrial (artigos 1.º — *Função da propriedade industrial*;

ceito de concorrência desleal, ele próprio, autolimita os seus âmbitos objectivo e subjectivo.

A natureza da norma, a sua inserção sistemática e o conceito de concorrência desleal concorrem afinal no sentido da colocação de uma barreira insuperável à funcionalidade do instituto.

O tipo de crime de concorrência desleal radica no acto de concorrência contrário às normas e usos honestos de qualquer ramo de actividade económica (cfr. artigo 212.º do Código da Propriedade Industrial, proémio). Como passaremos a analisar, deste conjunto de exigências típicas ressalta de forma inequívoca o encerramento

2.º — *Actividades e produtos que abrange* e 3.º — *A quem se aplica o Código*) não são de aplicação à concorrência desleal, invocando em defesa da sua tese argumentos textuais: aquelas normas referem-se, exclusivamente, à propriedade industrial. A respeito do artigo 3.º, Oliveira Ascensão observa, muito justificadamente, que não tem sentido admitir-se a inaplicabilidade do regime da concorrência desleal àquelas situações que estão fora do alcance do n.º 2 do cit. artigo — caso dos nacionais de Estados que não sendo membros da União não disponham de estabelecimento industrial ou comercial efectivo e não fictício no território de um país membro. Não obstante se dê por adquirida a natureza diferenciada dos institutos (propriedade industrial e concorrência desleal), a verdade é que a tese de Oliveira Ascensão assenta numa desvalorização do elemento sistemático, sobrevalorizando, por assim dizer, o elemento finalista. Embora se aceite a impossibilidade de estabelecimento de uma hierarquização entre os vários elementos interpretativos, as normas interpretandas inserem-se num Código, facto que não pode deixar de relevar no plano hermenêutico. E mais, o artigo 212.º inscreve-se num título do Código da Propriedade Industrial relativo aos *Delitos contra a propriedade industrial*.

A inaplicabilidade à concorrência desleal, por exemplo, do artigo 2.º do Código da Propriedade Industrial exigiria a reponderação da questão do âmbito de aplicação do instituto, com resultados que se afiguram perturbadores; desde logo, dessa inaplicabilidade, resultaria, de modo injustificado, um estreitamento do âmbito de aplicação dos n.ºs 2.º e 9.º do cit. artigo já que neles se faz expressa referência às actividades de comércio e indústria. Quanto ao artigo 3.º do Código da Propriedade Industrial, as ponderosas razões invocadas por Oliveira Ascensão devem valer como fortíssimo argumento de política legislativa. De facto, de *lege ferenda*, torna-se essencial a reconsideração dos critérios de conexão para a determinação do âmbito de aplicação no espaço do regime de concorrência desleal. No nosso campo, como referem Beier/Schricker/Ulmer «*Stellungnahme des Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Patent-Uhreber-und Wettbewerbsrecht zum Entwurf eines Gesetzes zur Ergänzung des internationalen Privatrechts (ausservertragliche Schuldverhältniss uns Sachen)*» in GRURint. (1985), pgs. 104 e sgs., a questão típica não será sobre qual o direito mais adequado para decidir se um sujeito lesionado tem ou não direito a uma indemnização mas sim se um determinado comportamento susceptível de configurar concorrência desleal pode ou não tolerar-se num determinado mercado considerados todos os interesses em jogo (o económico geral, o empresarial, dos concorrentes e o dos consumidores).

do juízo de deslealdade numa lógica corporativo-profissional, com reflexos, como é natural, no que respeita à definição do âmbito da concorrência desleal.

b) Como refere Oliveira Ascensão, a concorrência desleal surge-nos «imediatamente como algo referente a posições no mercado»⁽³⁴⁾ donde, conclui, «uma entidade que não actue no mercado nunca pode fazer concorrência desleal»⁽³⁵⁾.

Constituindo o acto de concorrência desleal, nos termos do artigo 212.º do Código da Propriedade Industrial, pressuposto do crime de concorrência desleal, fica desde logo circunscrito o âmbito subjectivo do instituto: o crime só poderá verificar-se entre concorrentes.

Se, em princípio, a prática de um crime não depende das qualidades pessoais dos sujeitos (agentes), no caso em análise, caracterizado pela natureza pessoal do crime, o elemento normativo — acto de concorrência — tem o sentido claro de delimitar a acção típica pela qualidade pessoal dos sujeitos⁽³⁶⁾. Dizemos sujeitos e não sujeito (agente activo e agente passivo) porque, se o fundamento da concorrência desleal está, em primeira linha, na protecção da actividade empresarial, fica pressuposto que ambos os sujeitos têm de ser concorrentes. A este propósito Patrício Paul afirma: «entender que qualquer pessoa poderia cometer um acto de concorrência desleal seria conferir, sem qualquer razão justificativa uma protecção privilegiada aos empresários (...) enquanto que uma tutela especial, mas recíproca estabelecida entre os empresários apenas em relação uns aos outros perde o carácter de privilégio em virtude da própria reciprocidade da protecção»⁽³⁷⁾.

⁽³⁴⁾ Cfr. *Concorrência Desleal*, cit., pg. 58.

⁽³⁵⁾ *Passim*.

⁽³⁶⁾ Como afirma Cavaleiro de Ferreira, *Lições de Direito Penal – I*, cit., pg. 84, «a falta de qualidade do sujeito exigida para a incriminação é uma forma de delimitação do próprio objecto jurídico do crime e significa também que o dever sancionado pela norma penal só incumbe, em princípio, às pessoas providas das qualidades que a norma incriminadora refere».

⁽³⁷⁾ Cfr. *Concorrência Desleal*, cit., pg. 109.

É evidente que a argumentação de Patrício Paul tem o sentido de «validar» uma construção corporativa da concorrência desleal (a alusão à ideia de tutela especial e de reciprocidade de protecção, provam-no à evidência), construção essa que, pela sua perspectiva redutora, está em crise.

c) Questão debatida é a de saber se a concorrência desleal pressupõe uma relação de concorrência. Embora em Portugal, como afirma Oliveira Ascensão pareça estar «consolidada a orientação (jurisprudencial) que assenta a concorrência desleal no acto de concorrência»⁽³⁸⁾, não é tema que deva dar-se por encerrado.

De facto, num quadro de reconfiguração da concorrência desleal tem pertinência questionarmo-nos sobre se não se justificará desvincular a prossecução do acto de concorrência do tradicional requisito da relação de concorrência que alguns entendem já só ter sentido no domínio de uma concepção profissional da disciplina.

O assunto tem óbvia relevância quanto à definição do âmbito da concorrência desleal e a sua actualidade decorre da «nova dimensão estrutural da realidade do mercado» de que fala Carlo Santagata⁽³⁹⁾, a qual produziu uma alteração profunda de entendimento quanto à função institucional da concorrência desleal.

O reconhecimento ao instituto de uma vocação de tutela integrada de interesses, não limitado já à protecção dos exclusivamente empresariais, retira à relação de concorrência a natureza de pressuposto de aplicação do regime, reconduzindo-o na tese de Font Galán a mero «elemento técnico de interpretação útil»⁽⁴⁰⁾.

⁽³⁸⁾ Cfr. *Concorrência Desleal — Lições*, cit., pg. 62.

⁽³⁹⁾ Cfr. *Concorrenza Sleale*, cit., pg. 39.

⁽⁴⁰⁾ Cfr. «*La crisis de la «relación de competencia» como supuesto técnico de aplicación de la cláusula general de la competencia desleal»* in *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, n.º 72, Madrid (1986-1987), pg. 246. Como «elemento técnico de interpretação útil» serve, segundo Font Galán, para saber quem são os concorrentes num determinado momento ou circunstância, o que será relevante para aplicar aquelas normas particulares destinadas tão só aos concorrentes que operem num sector determinado do mercado.

Da afirmação de que a cláusula definitória do ilícito deve abranger todos os actos ou condutas de concorrência desleal — ultrapassado, portanto, o entendimento de que a concorrência desleal só se verificaria entre empresários que exercessem a sua actividade num mesmo sector de mercado —, resulta, logicamente, uma extensão do âmbito de aplicação do instituto. Vai assim perder importância o critério de afinidade natural dos bens e serviços, ganhando relevância o da intercambiabilidade entre eles ⁽⁴¹⁾.

O reconhecimento da «gravíssima crise» ⁽⁴²⁾ da relação de concorrência irá reflectir-se nos domínios jurisprudencial ⁽⁴³⁾ e legal. No plano normativo são assinaláveis as recentes *Loi Fédérale contre la concurrence déloyale*, suíça ⁽⁴⁴⁾, e a *Ley 3/1991 de Competencia Desleal*, espanhola ⁽⁴⁵⁾. Anteriormente a estas men-

⁽⁴¹⁾ Carlos Olavo, «*Propriedade Industrial — § 4.º*», cit., in Colectânea de Jurisprudência, ano XII, tomo 4 (1987), pgs. 14 a 16, sustenta que a proximidade entre as actividades económicas que é pressuposto da concorrência desleal não se restringe às relações de identidade, substituição ou complementaridade e defende que pode haver concorrência desleal entre quaisquer actividades que se insiram no mesmo sector de mercado, isto é, quando se dirijam ao mesmo tipo de clientela, cuja preferência pretendem captar. Embora não seja para nós claro o que visa o autor com a referência «ao mesmo tipo de clientela», parece ser que, na lógica de superação do critério de identidade ou semelhança que acolhe, abre passo à perspectiva da idoneidade dos bens ou serviços para satisfação de desejos ou necessidades idênticas ou semelhantes. Quanto às dúvidas que o critério de intercambiabilidade suscita no plano da racionalidade e objectividade, sugerindo vias de solução, cfr. Font Galán, «*La crisis*», cit., pg. 254. No sentido de que a ampliação de áreas de deslealdade implica limitar espaço à concorrência V. Emmerrich, *Das Recht des unlauteren Wettbewerbs*, Munique (1990), pgs. 62 e sgs.

⁽⁴²⁾ Como escreve Carlo Santagata, *Concorrenza Sleale*, cit., pg. 43, «La logica ferrea del «rapporto di concorrenza», quale presupposto di applicabilità della disciplina repressiva, entra in gravissima crisi».

⁽⁴³⁾ No que concerne à jurisprudência italiana, cfr. Carlo Santagata, *Concorrenza Sleale*, cit., pg. 42 (nota 80) e G. Ghidini, *La Concorrenza Sleale*, Turim (1971), pgs. 10 e 11. Cfr. ainda Font Galán, *La crisis*, cit., pg. 252, que menciona as sentenças da Cassazione de 4 de Maio de 1957 e de 6 de Julho de 1962. Neste último aresto, lê-se o seguinte: «Não há dúvida que a possibilidade de uma situação de concorrência pode verificar-se em relação a produtos intrínsecamente diversos e materialmente inconfundíveis (...) o elemento essencial não é a identidade ou semelhança dos produtos, mas a possibilidade destes, pelo seu carácter fungível e sucedâneo, poderem satisfazer necessidades análogas ou complementares e que os consumidores se enfrentem perante uma escolha, em alternativa de tais bens ou serviços».

⁽⁴⁴⁾ Cfr. infra, pgs. 33 e sgs.

⁽⁴⁵⁾ Cfr. infra, pgs. 35 e sgs.

cione-se a *Lei belga de 1971* sobre as práticas de comércio ⁽⁴⁶⁾. No que respeita à lei alemã, embora o § 1.º da *UWG* (*Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*) se refira expressamente à relação de concorrência (*Wettbewerbsverhältnis*) e à actuação com fins concorrenciais (*Handeln zu Zweckem das Wettbewerbs*), vem sendo acolhida uma interpretação muito ampla e flexível, bastando que o acto ou conduta provoque de forma muito geral (*ganz allgemein*) uma situação de concorrência ⁽⁴⁷⁾.

Este brevíssimo apontamento é bem elucidativo do interesse e da actualidade do problema.

d) A característica corporativa do crime de concorrência desleal é salientada no próprio conceito (no tipo que o define), pela referência à contrariedade do acto às normas e usos honestos.

Como já se referiu na doutrina, este elemento normativo tem uma importância excepcional: «diferencia o acto de concorrência lícito e permitido do acto de concorrência desleal, ilícito e proibido» ⁽⁴⁸⁾.

A formulação acolhida no artigo 212.º do Código da Propriedade Industrial corresponde a uma quase tradução do disposto no artigo 10.º bis da Convenção da União de Paris; diferencia-o da regra unionista a referência a normas ⁽⁴⁹⁾. Para Oliveira Ascensão, que alude, a este propósito, a «um desvio significativo», a «referência a normas é perturbadora». Concluirá, não obstante, por sustentar que a menção, tal qual a que é feita no texto normativo aos *usos*, deve entender-se como apelo a «padrões sociais de comportamento», a «padrões extra-jurídicos de conduta» ⁽⁵⁰⁾. Não retira

⁽⁴⁶⁾ Numa perspectiva crítica em relação à lei belga cfr. Schricker, apud Font Galán, «*La crisis*», cit., pg. 249.

⁽⁴⁷⁾ No sentido de uma renovação interpretativa do § 1.º da *UWG*, cfr. Sandrock, *Grundbegriffe des Gesetzes gegen Wettbewerbs – beschränkungen*, Munique (1968), pgs. 146 e sg.

⁽⁴⁸⁾ Assim, Patrício Paul, *Concorrência*, cit., pg. 128.

⁽⁴⁹⁾ Do mesmo modo, enquanto na disposição da Convenção da União de Paris se alude a «matéria industrial ou comercial», no artigo 212.º do Código da Propriedade Industrial faz-se referência «a qualquer ramo de actividade económica».

⁽⁵⁰⁾ Cfr. *Direito Comercial – II*, cit., pg. 54 e 59 e *Concorrência Desleal – Lições*, cit., pgs 67 e sgs.

assim o referido professor qualquer consequência da alusão legal a *normas*. Pela nossa parte somos levados a admitir que o legislador terá visado ir além da remissão para padrões sociais (extra-jurídicos). O carácter hetero-integrador de *normas* poderá ter o significado de apelo a específicos padrões de conduta ou, se se quiser, a representações tipicamente subculturais, de tipo regulamentar corporativo ⁽⁵¹⁾.

Não sendo fácil determinar a intencionalidade legislativa, uma coisa parece clara: embora, e com razão, se defenda que a fórmula legal encontra um limite «representado pela própria exigência de que os usos sejam honestos» ⁽⁵²⁾, a verdade é que o juízo de honestidade (ou de desonestidade) é fortemente condicionado por padrões particulares de comportamento, valendo, por isso mesmo, afinal, um «conceito móvel e contingente de honestidade profissional» ⁽⁵³⁾.

⁽⁵¹⁾ Refere-se hoje o fenómeno de «feudalização» da legislação a regras técnicas (cfr. sobre o tema: J. J. Gomes Canotilho, *Relatório sobre programa, conteúdos e métodos de um curso de teoria da legislação*, Coimbra, (1990), pg. 80). Como exemplos dos aludidos padrões de conduta mencionem-se os chamados *codes of practices* e os códigos deontológicos (cfr. Carlos Ferreira de Almeida, *Os Direitos dos Consumidores*, Coimbra (1982), pgs. 44 e sgs. e João M. Loureiro, *Direito do Marketing*, cit., pgs. 431 e sgs.). O Comité de Ministros do Conselho da Europa, na sua *Recomendação n.º R (82)15*, relativa à função do direito penal na protecção dos consumidores, propõe que seja estimulada a elaboração, a título preventivo, de códigos deontológicos, protectores dos consumidores, de forma a ser possibilitada ao juiz, no âmbito da livre apreciação das provas, uma mais adequada determinação da natureza da falta cometida e da responsabilidade gerada (cfr. sobre o assunto: Enrique Ruiz Vadillo, «*La Reforma Penal y La Delicuencia Económica-Especial Referencia a la Protección del Consumidor*» in *Reformas Penales en el Mundo de Hoy*, Madrid (1984), pgs. 41 e sgs.).

Cfr. a respeito da problemática da criminalização de condutas que relevem de particulares representações subculturais: Figueiredo Dias e Costa Andrade, *Criminologia — O Homem Delinvente e a Sociedade Criminógena*, Coimbra (1984), pg. 407.

⁽⁵²⁾ Cfr. Oliveira Ascensão, *Concorrência Desleal — Lições*, cit., pg. 69 e sg.

⁽⁵³⁾ Cfr. neste sentido Parecer da Procuradoria Geral da República n.º 17/57, de 30 de Março de 1957 in Boletim do Ministério da Justiça n.º 69, pgs. 449 e sgs.

Como refere Carlo Santagata, *Concorrenza Sleale*, cit., pgs 80 e sgs., «la specificazione del criterio etico nella «morale commerciale», nella «etica professionale» o nella «probità commerciale» conduce direttamente, dalla formulazione di un criterio deontologico ad un criterio di effectività nel momento in cui si fa riferimento al parametro del commerciante «medio». A tale stregua, il rinvio alla «conscienza etica del commerciante medio» implica altresí l'ulteriore specificazione alle «concezioni proprie della categoria interessata» e, pertanto, si ribadisce, ancora una volta, la funzione corporativa della repressione della concorrenza sleale. Si è infatti rilevato che, «se ri forma un costume è in ogni

É legítimo concluir que, se o conceito constante do proémio do artigo 212.º se reportasse, sem mais, ao comerciante médio⁽⁵⁴⁾, teríamos então um juízo de honestidade muito relativamente móvel e contingente.

Exactamente pela preeminência, consentida pela lei, de critérios de valoração subculturais, tendemos a ver na referência do preceito a normas e usos honestos um reforço importante da natureza corporativo-profissional da concorrência desleal.

e) Por fim, o tipo faz menção a *qualquer ramo de actividade económica*. Tal importa à definição do âmbito de aplicação da disciplina da concorrência desleal. Uma mera interpretação da última parte do proémio do artigo 212.º do Código da Propriedade Industrial, sem quaisquer preocupações de integração sistemática, aponta num sentido amplo, conferindo à disciplina, nas palavras de Oliveira Ascensão, um âmbito de extensão máximo, sem qualquer limite⁽⁵⁵⁾. Porém, o intérprete não pode deixar de atentar no disposto no artigo 2.º do Código da Propriedade Industrial, o qual estabelece que a «propriedade industrial abrange, não só a indústria e comércio propriamente ditos, mas também as indústrias agrícolas, florestais, pecuárias e extractivas, bem como todos os pro-

caso assai difficile che esso possa essere ritenuto immorale nell'ambiente nel quale esso nasce appunto perché è l'espressione dell'ambiente stesso; e nessuno è disposto a considerare immorale il proprio comportamento, particolarmente quando esso è usuale». Adiante escreve ainda Carlo Santagata: «Se si ritiene infatti che, per la valutazione, debba rinviarsi alla «conscienza sociale», risulterebbe inadeguato (per difetto) il riferimento agli «usi» od ai dati della prassi in quelle ipotesi in cui il comportamento prevalente (ed ormai generalizzato) dei commercianti del settore è riprovato dalla conscienza sociale (pubblicità menzognera, ecc); come parimenti inadeguato (per eccesso) appare il rinvio a valori etici, anziché ai dati della prassi, ove si ritenesse che il parametro di valutazione debba conformarsi alla «peculiare mentalità del mondo degli affari», mutuando la valutazione proprio «dell'ambiente dei commercianti e degli industriali». S. Rodotà, «*Ordine pubblico e buon costume?*» in *Giurisprudenza di Merito*, II (1970), pgs. 248 e sgs., nota que o recurso puro e simples a uma determinada moral ou ao sentimento ético comum acabará por resolver-se na preeminência moral e cultural de certos grupos, reduzindo-se o direito a mera expressão de interesses pré-estabelecidos. Para a crítica dos critérios profissionais de valoração do comportamento concorrencial cfr. ainda Aurélio Menendez, *La Competencia Desleal*, cit., pgs. 75 e sgs.

⁽⁵⁴⁾ Como pretende, entre nós, Carlos Olavo, «*Propriedade Industrial § 4*», cit., pg. 16.

⁽⁵⁵⁾ Cfr. *Concorrência Desleal — Lições*, cit., pg. 70 e sg.

duto naturais ou fabricados» (56), impondo, deste modo, um limite à extensão da expressão *qualquer ramo da actividade económica*. Para além disso, a justamente apontada incoerência do legislador (57), espelhada nos n.ºs 2 e 9 do artigo 212.º, com referências, em ambas as disposições, a actividades de comércio e indústria, apoia uma interpretação limitativa do âmbito de actividade económica em causa, longe portanto de abarcar qualquer ramo desta (58).

O âmbito de aplicação da concorrência desleal suscita uma questão tradicional: a de saber se nele são enquadráveis as profissões liberais. Embora o tema não deva merecer, pela nossa parte, maiores desenvolvimentos (59) a sua importância justifica no entanto breves comentários.

Patrício Paul, que abordou o tema no seu estudo *Concorrência Desleal*, notou que «pelo menos no seu estado actual (1965), não existe (quanto às profissões liberais) aquela complexa organização que é característica do estabelecimento comercial ou industrial» (60). Concluía então esse autor no sentido de as diferenças de organização e de estrutura económica justificarem uma diferença de disciplina jurídica, posição reforçada no direito português, em face do qual a disciplina da concorrência só pode estender-se às actividades e produtos abrangidos pela disposição constante do artigo 2.º do Código da Propriedade Industrial. Pese embora esta

(56) Cfr. com interesse quanto ao alargamento do âmbito de protecção da propriedade industrial: José Gabriel Pinto Coelho, «A protecção das novas variedades vegetais e florais» in Revista de Legislação e de Jurisprudência, ano 85.º, n.º 33 e sgs. Nesse estudo, o autor diz afigurar-se-lhe «arbitrário e injustificado restringir a expressão «indústria agrícola» ao ramo da indústria propriamente dita — indústria transformadora — que emprega ou transforma matérias primas de origem agrícola ou fornecidas pela agricultura».

(57) Cfr. Oliveira Ascensão, *Concorrência Desleal — Lições*, cit., pg. 71.

(58) Cfr. quanto à noção de actividade económica: Carlos Olavo, «Propriedade Industrial — § 4.º», cit., pg. 13 onde se lê: «Não é líquida a noção de actividade económica. A nosso ver, e para que a noção tenha conteúdo útil, reconduzir-se-á ela àquele tipo de actuações cujo resultado tem um valor autónomo em relação à própria actividade em si mesmo considerada». Mais adiante escreve: «A noção de actividade económica engloba assim prestações de bens de serviços, e contrapõe-se àquelas actuações cujo resultado é indissociável da actividade em si mesma considerada, como é o caso da criação artística ou das profissões liberais».

(59) No âmbito do Seminário, o tema foi tratado por Luís Vasconcelos Abreu.

(60) Cfr. *Concorrência*, cit., pg. 112.

conclusão, Patrício Paul reconhecerá que, noutros países, «em que o exercício das profissões liberais não assenta essencialmente no trabalho de um só profissional, mas reveste já a forma duma organização complexa semelhante a uma empresa» se poderá «admitir como perfeitamente justificado que o respectivo ordenamento jurídico aplique àquelas profissões as normas sobre concorrência desleal» (61). Estas considerações de Patrício Paul são exemplarmente comprovativas da desactualização da vigente disciplina da concorrência desleal. Deparamos aqui, uma vez mais, com a insuficiência do seu conceito e com os prejuízos da inserção da disciplina no Código da Propriedade Industrial. Repare-se no dado de facto, embora recente entre nós, da organização empresarial das profissões liberais (v.g., sociedades de advogados). Esta realidade justifica perfeitamente que às profissões liberais sejam aplicáveis as regras relativas à concorrência desleal.

Tem-se invocado o argumento segundo o qual, no domínio das profissões liberais, as disciplinas corporativas que lhe são próprias abrangeriam as relações concorrenciais, «encarando-as com um espírito diferente» (62). Não nos parece, todavia, que essa explicação seja satisfatória e que com ela nos devamos conformar. É que, no caso de algumas profissões liberais, é configurável, tão-só configurável, que a disciplina da concorrência desleal seja consumida pela disciplina deontológica dessas profissões; noutras, a inexistência de um enquadramento institucional-corporativo (v.g., Ordens) deixa-as, injustificadamente, sem tutela relativa a actos de concorrência desleal. É o caso, por exemplo, no círculo das profissões jurídicas, dos jurisconsultos (63).

(61) Cfr. *Concorrência*, cit., pg. 113.

(62) Assim, Oliveira Ascensão, *Concorrência Desleal – Lições*, cit., pg. 73.

(63) A desprotecção do jurisconsulto verifica-se não só no caso de o hipotético sujeito activo do acto de concorrência desleal ter a mesma profissão, como também na eventualidade de ser advogado. Se, ao contrário, for este último o sujeito passivo do acto de concorrência desleal, sendo sujeito activo o jurisconsulto, evidencia-se a desprotecção do advogado, ao qual, como é evidente, de nada serve a disciplina estatutária e deontológica da profissão (cfr. Decreto-Lei n.º 84/84, de 16 de Março, em especial o capítulo V, artigos 76.º a 89.º e capítulo VI relativo à acção disciplinar e Código Deontológico do C.C.B.E., aprovado em sessão do Conselho Geral da Ordem dos Advogados de 15 de Setembro de 1989).

Ora, como ensina Oliveira Ascensão, «a concorrência deve medir-se, não em abstracto, mas em concreto. Não interessa saber que tipos de actividade são em abstracto concorrentes, mas se aquela actividade no mercado, concretamente, atinge ou não outras» (64). Sendo assim, legítimo é concluir que é de todo irrazoável que as profissões liberais se não incluam no âmbito da disciplina da concorrência desleal.

f) Chegados a este ponto da exposição, analisados, embora sumariamente, os diversos elementos normativos que constituem o tipo legal da concorrência desleal, impõe-se-nos reconhecer, em definitivo, a sua desactualização, que é a de toda a disciplina.

Como tivemos oportunidade de verificar, do conceito de concorrência desleal consagrado no proémio do artigo 212.º, resulta um estreitamento muito significativo do âmbito de aplicação do regime legal. Pensamos assim que a concorrência desleal, tal qual está configurada na lei vigente, não é susceptível de poder responder às exigências de tutela que justificam contemporaneamente a sua consagração. Por outro lado, não traduz as exigências da Convenção da União de Paris (cfr. artigo 10.º bis I e 10.º ter) (65) e não se adequa à constituição jurídica comunitária (66). Mas mais, qual-

(64) Cfr. *Concorrência Desleal – Lições*, cit., pg. 59. Do nosso ponto de vista, a citada afirmação de Oliveira Ascensão encerra o essencial de um entendimento sobre a concorrência desleal do qual decorrem, necessariamente, significativas consequências quanto à delimitação do seu âmbito.

(65) Com razão Orlando de Carvalho, *Critério e Estrutura do Estabelecimento Comercial I*, Coimbra (1967), pg. 88 (nota 48), afirma que o conteúdo do artigo 10.º da Convenção de Paris, na forma revista pela conferência de Haia de 1925, «não visava, manifestamente uma repressão criminal». O legislador nacional, criminalizando o ilícito de concorrência desleal obstaculizou uma interpretação ajustada à função que o instituto deveria desempenhar e está perspectivada na norma unionista, caracterizada, nas palavras de Carlo Santagata, *Concorrenza Sleale*, cit., pg. 29, por uma «peculiar capacidade expansiva».

(66) Constituem os artigos 85.º e 86.º do Tratado CEE o direito material comunitário da concorrência. Pese embora o facto de se entender que não existe um direito comunitário da concorrência desleal, e a circunstância de o próprio Tribunal de Justiça da Comunidade ter declinado a sua competência jurisdicional quanto à matéria (cfr. Sentença de 17 de Janeiro de 1984 «Vereniging ter Bervordering van het Vlaamse Boekwezen-Vereniging tot Bervordering van der Belagen des Boekhandels»), não nos parece que se possa, sem mais, afirmar a irrelevância daquelas disposições e de outras do Tratado (cfr.

quer configurável tentativa de reorientação do sentido normativo da disciplina, designadamente a partir de uma renovada compreen-

artigos 2.º, que se refere ao «desenvolvimento harmonioso das actividades económicas no conjunto da Comunidade», e 3.º, alínea f) que alude à acção da Comunidade no sentido do «estabelecimento de um regime assegurando que a concorrência não seja falseada no mercado comum»). O próprio artigo 85.º, n.º 1, considera incompatíveis com o mercado comum quaisquer acordos, associações ou práticas concertadas entre empresas «que tenham por objectivo ou por efeito impedir, restringir ou falsear o jogo da concorrência».

Em primeiro lugar, à afirmação de que a disciplina comunitária da concorrência limita o seu âmbito de aplicação àqueles comportamentos e modalidades concorrenciais idóneos para prejudicar o comércio entre os Estados membros, pode objectar-se, com a dificuldade, cada dia acrescida, em distinguir os mercados nacionais do mercado comunitário. Com efeito, no domínio das práticas restritivas da concorrência, um acordo de âmbito puramente nacional pode contribuir para o isolamento de um mercado dificultando a integração económica perspectivada no Tratado.

Em segundo lugar, tem sentido questionarmo-nos sobre se os ordenamentos internos dos países membros da União não receberam os princípios gerais que informam a tutela de interesses protegidos pelas disposições comunitárias pertinentes. Uma resposta afirmativa a esta questão, que nos parece impor-se, tem óbvias consequências. Importará, desde logo, atentar na noção de empresa, implicada nas disposições do Tratado, que nada tem a ver com o conceito clássico de empresa mercantil. Daí entenderem-se como abrangidos pelo conceito, não só operadores económicos que exerçam uma actividade económica não lucrativa, mas também pessoas singulares (cfr. José Manuel Caseiro Alves, *Lições de Direito Comunitário da Concorrência*, Coimbra (1989), pgs. 22 e sgs.).

Em terceiro lugar, é de reconhecer que a realidade da integração, tal qual foi concebida e está a ser concretizada, não possibilitará que persistam divergências de tratamento dos mesmos comportamentos no domínio interno dos Estados, por um lado, e comunitário, por outro.

A relevância no domínio comunitário da repressão da concorrência desleal, levou a que, ainda nos anos 60, o tema tenha sido objecto de análise pelo Max Plank Institut de Munique, a solicitação da Comissão Europeia. E. Ulmer, que coordenou esses trabalhos, reconheceu que as divergências entre os ordenamentos jurídicos dos países membros da comunidade colocava um sério obstáculo à circulação de bens e serviços. No sentido da harmonização legislativa, Ulmer propôs que se recorresse à adopção de uma Directiva (cfr. *La répression de la concurrence déloyale dans les états membres de la CEE, tomo I. Droit comparé*, Toulouse (1967), pgs. 232 e sgs.). Mais recentemente, a Comunidade interessou-se por matérias que têm uma relação próxima com a concorrência desleal; é o caso da publicidade enganosa (cfr. *Resolução do Conselho* da CEE de 14 de Abril de 1975 e *Directiva* n.º 84/450, de 10 de Setembro de 1984). No preâmbulo desta Directiva reconhece-se que «a publicidade enganosa pode ocasionar uma destruição da concorrência no seio do mercado comum», estabelecendo o seu artigo 1.º que ela tem por objectivo «proteger os consumidores e as pessoas que exercem uma actividade comercial, industrial, artesanal ou liberal, assim como os interesses do público em geral contra a publicidade enganosa e as suas consequências desleais».

Dir-se-á então que foram dados os primeiros passos no sentido da harmonização legislativa, também no domínio da concorrência desleal. A este propósito refira-se que a

são das exigências unionistas ⁽⁶⁷⁾ é comprometida, de forma irremediável, pela natureza penal do tipo legal definitivo do ilícito de concorrência desleal.

A crise do modelo de concorrência desleal vigente, não tem a ver exclusivamente com o conceito legal; a insuficiência normativa filia-se igualmente na integração da disciplina no Código da Propriedade Industrial, cujas razões, aliás pouco claras, quaisquer que tenham sido, não subsistem na actualidade, e radica na opção criminalizadora.

IV — A criminalização da concorrência desleal, para além das consequências que tem quanto à delimitação do âmbito de aplicação do regime legal, suscita outros delicados problemas.

Embora não caiba no domínio limitado desta reflexão o estudo da problemática relativa a esse tema, exemplar da intersec-

Comissão das Comunidades Europeias, através da Direcção-Geral XV «Mercado Interno e Assuntos Financeiros», tem a intenção de obter colaborações técnicas que lhe permitam «possuir um conhecimento aprofundado dos problemas relacionados com o funcionamento do mercado interno». Nesse sentido publicou recentemente o Jornal Oficial das Comunidades Europeias n.º C 129/18, de 11 de Maio de 1994, o *Convite* n.º 94/C 129/17. Entre os «trabalhos a efectuar, em função das necessidades públicas ou económicas» é indicado o tema da Concorrência Desleal.

Cfr. em geral sobre as relações do direito comunitário da concorrência com a disciplina de concorrência desleal: Carlo Santagata, *Concorrenza Sleale*, cit., pgs. 210 e sgs. e Font Galán, *La libre competencia en la Comunidad Europea*, Saragoça (1985-86).

Carlo Santagata (ob. cit., pg. 245) conclui: «É indubbio (...) che dall'art. 85 CEE possa trarsi, con garanzie di positività, una sicura direttiva per l'individuazione degli interessi meritevoli di protezione (...) anche nell'ambito dell'ordinamento interno».

Ainda, sobre a problemática da publicidade transfronteiriça e a concorrência desleal, com análise de jurisprudência recente do Tribunal de Justiça das Comunidades no sentido de que as regras nacionais de concorrência não podem, em nenhum caso, vetar ou restringir a recepção televisiva de mensagens publicitárias cfr. Lamberto Liuzzo «*Pubblicità Transfrontaliera e Concorrenza Sleale*» in *Rivista di Diritto Industriale*, 1-2 (1992), pgs. 79 e sgs.

⁽⁶⁷⁾ Cfr. supra nota 65 e ainda Miguel Virgos Soriano, *El Comercio Internacional en el Nuevo Derecho Español de la Competencia Desleal*, Madrid (1993), pg 23, que defende que a circunstância de o artigo 10.º bis da Convenção consagrar, na sua origem, um modelo corporativo de concorrência desleal, hoje desfasado, não deve impedir uma leitura ou compreensão jurídico-social do mesmo na qual se dêem entrada aos interesses gerais e aos dos consumidores. «No cabe entender que por tener un origen convencional la norma deba restar inmune a la evolución. No representa «Derecho petrificado», sino Derecho vivo...».

ção da política criminal com a dogmática jurídico-penal ⁽⁶⁸⁾, a verdade é que nos surge como essencial e prévia a uma desejável recompreensão da concorrência desleal que conduza à reelaboração do seu conceito e à redifinição do seu âmbito.

a) Uma das mais importantes questões é a da eventual inconstitucionalidade do artigo 212.º do Código da Propriedade Industrial. Orlando de Carvalho, embora num quadro jurídico-constitucional, penal e civil diferente do actual, chamou a atenção para o problema ⁽⁶⁹⁾, com razões que, do nosso ponto de vista, continuam a ser pertinentes. Para o referido professor, a fluidez e imprecisão da cláusula geral aconselha que, a manter-se o carácter exemplificativo da enumeração dos actos de concorrência desleal que consta dos nove números do artigo 212.º, a cláusula genérica do proémio desta disposição, sirva, exclusivamente, para efeitos civis. Sem retirar contudo consequências ao nível da inconstitucionalidade, também J. M. V. Barbosa de Magalhães observou que o grau de arbítrio permitido aos juízes pela cláusula geral, contraria, em matéria penal a tradição ⁽⁷⁰⁾. Eduardo Correia e Faria Costa apontam ao artigo 212.º do Código da Propriedade Industrial a ofensa do princípio da tipicidade ⁽⁷¹⁾. Por sua vez, Oliveira Ascensão interroga-se sobre se as normas em causa terão a

⁽⁶⁸⁾ cfr. Jorge de Figueiredo Dias, «*Os novos rumos da Política Criminal e o Direito Penal Português*», in Revista da Ordem dos Advogados, ano 43, I, Lisboa (1983), que alude à relação de unidade funcional que se verifica entre a política criminal e a dogmática jurídico-penal.

Do maior relevo, embora sem desenvolvimento no presente estudo, a questão da responsabilidade penal das pessoas colectivas. Sobre o tema cfr. Patrício Paul, *Concorrência Desleal*, cit., pgs. 96 e sgs. e bibl. aí citada. Mais recentemente, cfr. Cavaleiro de Ferreira, *Direito Penal II* (Lições policop., Universidade Católica Portuguesa) Lisboa (1985/86), pgs. 53 e sgs.; João Castro e Sousa, *As Pessoas Colectivas em Face do Direito Criminal e do Chamado «Direito de Mera Ordenação Social»*, Coimbra (1985) e Manuel Lopes Rocha, «*A responsabilidade penal das pessoas colectivas — Novas perspectivas*» in *Direito Penal Económico*, cit., pgs. 107 e sgs.

⁽⁶⁹⁾ Cfr. *Critério e Estrutura*, cit., pgs. 81 e sgs. (nota 48).

⁽⁷⁰⁾ Cfr. *Do Estabelecimento*, cit., pg. 182.

⁽⁷¹⁾ Cfr. *Direito Criminal* (apontamentos das lições ao 5.º ano jurídico de 1975-76, com a colaboração de J. Faria Costa), Coimbra (1976).

solidez suficiente para serem verdadeiros tipos penalmente relevantes ⁽⁷²⁾.

Pela nossa parte, somos levados a crer que as formulações legais não se compaginam com as exigências do princípio da legalidade, o qual «constitui uma das pedras angulares de todo o direito criminal» ⁽⁷³⁾.

A tipicidade, que surge como uma expressão do princípio da legalidade, reclama, para além de uma suficiente especificação do tipo de crime, que torna ilegítimas as definições vagas, incertas ou insusceptíveis de delimitação, a proibição da analogia na definição de crimes ⁽⁷⁴⁾ e exige a determinação do tipo de pena correspondente a cada crime ⁽⁷⁵⁾.

O juízo a que se proceda a respeito da questão em análise, depende, claro está, da inteligência quanto ao princípio da legalidade. Não se desconhecendo as orientações que defendem o acolhimento, em matéria penal, de formulações legais de maior elasti-

⁽⁷²⁾ Refere-se o autor aos nove números do artigo 212.º do Código da Propriedade Industrial. Quanto ao proémio da disposição afirma não ter dúvidas sobre a inconstitucionalidade de «semelhante 'tipo' de concorrência desleal» (cfr. *Direito Comercial – II*, cit., pg 68 e sg. e *Concorrência Desleal – Lições*, pg. 29).

⁽⁷³⁾ Assim, M. Maia Gonçalves, *Código Penal Português — Anotado e Comentado* — 7.ª edição, Coimbra (1994), pg. 39 Cfr. ainda sobre o princípio *nullum crimen nulla poena sine lege stricta*, Cavaleiro de Ferreira, *Lições de Direito Penal – I*, cit., pgs. 13 e sgs.; Eduardo Correia, *Direito Criminal I*, cit., pgs. 129 e sgs. e José de Sousa e Brito, «*A lei penal na Constituição*» in *Estudos sobre a Constituição*, 2.º vol., Lisboa (1978), pgs. 258 e sgs. Mais recentemente, A. Castanheira Neves, *O Princípio da Legalidade Criminal*, cit. e Jorge Miranda, «*Os princípios constitucionais da legalidade e da aplicação da lei mais favorável em matéria criminal*», in *O Direito*, ano 12.º 1989-IV, pgs. 685 e sgs.

⁽⁷⁴⁾ O artigo 18.º, 2.ª parte do anterior Código Penal impedia, para além do recurso à analogia, a interpretação extensiva. Cfr. sobre a aludida norma, Cavaleiro de Ferreira, *Lições de Direito Penal*, cit., pgs. 97 e sgs. Cfr. ainda António Castanheira Neves, *Questão-de-Facto*, cit., pg. 263 (nota 19), quanto à questão da distinção conceitual entre interpretação extensiva e analógica e sua eventual invalidade.

⁽⁷⁵⁾ Cfr. Gomes Canotilho – Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa*, anotada, 3.ª edição, Coimbra (1993), pg 193 e Jorge Miranda, «*Os princípios*», cit., pg. 686 onde afirma: «A tipicidade significa que a norma deve descrever o facto punível com toda a precisão: delimitá-lo e caracterizá-lo sem recurso a conceitos indeterminados ou a cláusulas gerais e incertas; especificá-lo de tal sorte que, depois, a tarefa do julgador seja apenas a de subsumir no tipo normativo a acção ou omissão em concreto objecto de acusação».

cidade ou generalização ⁽⁷⁶⁾, somos sensíveis aos argumentos dos que propõem ⁽⁷⁷⁾ uma tipificação pormenorizada que supere as «abstracções que obstaculizam a inclusão do facto na figura delictiva» ⁽⁷⁸⁾.

Em suma, não deixando de reconhecer-se as dificuldades de tipificação, características de toda a delinquência económica ⁽⁷⁹⁾,

⁽⁷⁶⁾ Nesse sentido A. Castanheira Neves, *O Princípio da Legalidade*, cit. O autor chama a atenção para o que designa por insuficiência normativa do critério formal da lei para assumir a juridicidade concreta. Para Castanheira Neves, a invocação da lei como jurídico fundamento decisório não implica a dedução do sentido normativo da decisão apenas do conteúdo da lei. Propõe então a reconstrução intencional do sentido normativo (num processo metodológico — problematicamente decisório), defendendo que «é nos resultados dogmático-institucionais dessa elaboração normativamente reconstitutiva que o direito criminal obtém a sua última determinação e se objectiva no seu conteúdo jurídico verdadeiramente vigente» (ob. cit., pg. 14). O professor de Coimbra afirma ainda: «o direito criminal que correspondia ou era o correlato intencional do sentido originário do princípio *nullum crimen*, e do seu corolário de determinação estrita e formal já não existe ou foi superado» (ob. cit., pg. 38).

⁽⁷⁷⁾ E assim, do regime penal da concorrência desleal. Não constituindo tarefa isenta de dificuldades a determinação do âmbito do direito penal económico, parece não haver dúvidas quanto ao facto de ele abranger os delitos de concorrência desleal. Eduardo Correia, «Introdução ao Direito Penal Económico» in *Revista de Direito e Economia*, ano III, n.º 1, Coimbra (1977), pgs. 3 e sg., refere que «ao lado de certos delitos que correspondem a uma linha permanente na evolução da criminalidade económica (...) vieram a perfilar-se outros (...). A alteração da estrutura ou mecanismo da economia de mercado, num sentido social conduziu, por sua vez, à criação dos chamados delitos de concorrência desleal (...). No sentido da integração dos delitos de concorrência desleal no direito penal económico cfr. *Recomendação n.º R (81) 12* do Comité de Ministros do Conselho da Europa e Enrique Ruiz Vadillo, «*La Reforma Penal*», cit., pgs. 30 e sgs. Cfr. ainda, em geral sobre o tema da delinquência económica e a eficácia das sanções penais: António Beristain, *Ciência penal y Criminología*, Madrid (1985), pgs. 178 e sgs.

⁽⁷⁸⁾ Assim, Fernandez Albor, *Delincuencia Y Economia*, Santiago de Compostela (1983), pgs. 58 e sg., onde afirma: «Sendo ainda que a elaboração de uma tipificação demasiado analítica pode conduzir a conclusões não satisfatórias ao desembocar inevitavelmente numa casuística fragmentária e incompleta (...), perante as duas opções, o legislador deve inclinar-se, no terreno da delinquência económica, para uma tipificação pormenorizada, susceptível de adaptar-se à complexidade do facto económico». Como observa Miguel Pedrosa Machado, *Temas de Legislação Penal Especial*, Lisboa (1992), pg. 63, a proliferação excessiva das incriminações em matérias sócio-económicas tem sido directamente proporcional a um acréscimo desmesurado da falta de determinação dos «tipos legais» e do uso de meras técnicas de remissão genérica.

⁽⁷⁹⁾ Miguel Bajo Fernandez, *Derecho Penal Economico Aplicado a la Actividad Empresarial*, Madrid (1978), pg. 73, refere-se a este propósito, a par das dificuldades de tradução na linguagem do tipo penal dos conceitos e critérios pertencentes ao âmbito da

afigura-se-nos que o princípio da legalidade, tal como é hoje maioritariamente interpretado, a exige inequivocamente.

b) Uma outra questão, de maior importância, é a seguinte: adequa-se a criminalização da concorrência desleal com a Constituição da República?

Tendemos a julgar que a ordem de valores jurídico-constitucionais que «constitui o quadro de referência e, simultaneamente, o critério regulativo do âmbito de uma aceitável e necessária actividade punitiva do Estado»⁽⁸⁰⁾ não abona a tipificação penal do ilícito de concorrência desleal. Com efeito, ao direito penal incumbe a preservação dos chamados bens jurídico-criminais, entendidos como o conjunto de valores considerados imprescindíveis à conservação do ordenamento jurídico face aos ataques mais intoleráveis que contra ele se realizam⁽⁸¹⁾. Deve pois o direito penal, também no domínio económico, constituir a *ultima ratio* do controle social.

A Constituição da República acolhe, como expressão do princípio geral de limitação das penas e dos seus efeitos, o princípio da necessidade e da proporcionalidade, quer quanto ao tipo de sanções, quer quanto à sua duração e dimensão⁽⁸²⁾. Note-se que no domínio das actividades delituosas contra a economia nacional, o

economia, à heterogeneidade do fenómeno delitivo que dificulta uma política legislativa exaustiva e eficaz.

⁽⁸⁰⁾ Jorge de Figueiredo Dias, «*Os novos rumos*», cit., pg. 16.

⁽⁸¹⁾ Assim, Juan Antonio Martos Nuñez, «*El principio de intervención penal mínima*» in *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo I, Fascículo I, Madrid (1987), pg. 100. Entre nós, Jorge de Figueiredo Dias, «*Os novos rumos*», cit., pg. 13, defende como uma das proposições fundamentais de política criminal, uma intervenção penal só «onde se verifiquem lesões insuportáveis das condições comunitárias essenciais de livre realização e desenvolvimento da personalidade de cada homem». Oliveira Ascensão, «*A segunda versão do Projecto de Código da Propriedade Industrial*» in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. XXXIII (1992), pgs. 92 e sg., pronuncia-se contra a opção criminalizadora da concorrência desleal. Propõe, em alternativa, a composição de um sistema plural de sanções, lembrando a respeito as novas concepções do direito penal, constitucionalmente acolhidas, designadamente o princípio da intervenção mínima. No domínio legislativo, consta do preâmbulo do Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de Outubro (Regime Geral das Contra-Ordenações) a afirmação do princípio da subsidiariedade do direito penal.

⁽⁸²⁾ Cfr. Gomes Canotilho – Vital Moreira, *Constituição*, cit., pg. 197.

princípio da adequação mereceu acolhimento expresso no artigo 88.º, n.º 1, do texto originário da Constituição. Embora do actual texto constitucional não conste já essa disposição⁽⁸³⁾, o princípio da adequação sancionatória impõe-se a toda a actividade punitiva do Estado. Eduardo Correia, autor que considerou a referida norma um «importante princípio regulativo», chamou a atenção para o facto de a ideia de adequação envolver em si o pensamento da subsidiariedade do direito penal no domínio económico⁽⁸⁴⁾; quer dizer, as sanções penais só deverão ser utilizadas quando se verifique que qualquer outro tipo de sanções é insuficiente e inexequível⁽⁸⁵⁾.

No quadro axiológico-constitucional, não será então somente questionável a reacção penal pela circunstância de ela ser anormalmente pronunciada⁽⁸⁶⁾; o que está em causa é a própria adequação da reacção penal ao ilícito de concorrência desleal.

c) Entende-se também que a ordem valorativa constitucional fornece igualmente os critérios decisivos para a fixação em concreto dos princípios gerais de justificação⁽⁸⁷⁾.

O artigo 31.º do Código Penal, tem o claro objectivo de, face à natureza do direito penal como *ultima ratio* do controlo social, afirmar o princípio de que nunca uma conduta poderá ser ilícita perante ele quando o não for, igualmente, perante qualquer outra disciplina jurídica⁽⁸⁸⁾. Nestes termos se afirma que é o princípio

⁽⁸³⁾ Foi eliminada pelo artigo 59.º da Lei Constitucional n.º 1/89, de 8 de Julho (segunda revisão da Constituição).

⁽⁸⁴⁾ Cfr. «Notas críticas à penalização de actividades económicas» in *Direito Penal Económico, Centro de Estudos Judiciários, Ciclo de Estudos*, Coimbra (1985), pg. 15. Do mesmo autor, «Introdução ao Direito Penal Económico» in *Revista de Direito e Economia*, III, Coimbra (1977).

⁽⁸⁵⁾ Cfr. Eduardo Correia, «Notas críticas», cit., pg. 15.

⁽⁸⁶⁾ Deste modo a caracteriza Paulo Sendim, *Lições de Direito Comercial*, cit., pg. 694.

⁽⁸⁷⁾ Assim, Jorge de Figueiredo Dias, «Pressupostos de punição e causas que excluem a ilicitude e a culpa» in *Jornadas de Direito Criminal — O Novo Código Penal Português e Legislação Complementar*, Fase I, Lisboa (1983), pgs. 49 e sg.

⁽⁸⁸⁾ Como ensinou Cavaleiro de Ferreira, *Lições de Direito Penal I*, cit., pgs. 95 e sgs.: «O n.º 1 do art. 31.º não só proclama a unidade da ordem jurídica como entende que da ordem jurídica considerada na sua totalidade pode emanar a delimitação do ilícito penal. O princípio, evidentemente doutrinário, tende a permitir a extensibilidade das cau-

da unidade jurídica que determina e ilumina toda essa problemática ⁽⁸⁹⁾.

Na cláusula geral de justificação cabem não só causas de justificação implícitas, mas também causas de justificação supra-legais de desenvolvimento doutrinal e jurisprudencial. Poderá então a adequação social, como exemplo, fornecer um critério de exclusão da ilicitude penal da concorrência desleal?

Justificando o tema desenvolvida análise, não arriscamos nesta ocasião uma resposta cabal, embora nos inclinemos para uma resposta afirmativa.

V — Deixámos anteriormente referidas as resultantes negativas da inserção da disciplina da concorrência desleal no Código da Propriedade Industrial, pondo em evidência que ela condiciona, irremediavelmente, o âmbito de aplicação do instituto.

Temos para nós que a reconfiguração normativa da concorrência desleal no direito português pressupõe a sua autonomização em relação ao Código da Propriedade Industrial. De facto, a solução vigente, para além de ser hoje totalmente anacrónica, se o não foi sempre, é fruto de equívocos diversos ⁽⁹⁰⁾.

sas de exclusão da ilicitude, admitindo que estas se deduzam de princípios básicos que no próprio art. 31.º se não definem».

⁽⁸⁹⁾ Cfr. Faria Costa, «*O Direito penal económico*», pg. 52.

A problemática da salvaguarda da unidade jurídica ganha especial acuidade quando, entre nós, pela voz de Oliveira Ascensão, se vem procedendo à identificação de situações de concorrência desleal fora do catálogo estabelecido no Código da Propriedade Industrial (v.g. publicidade comparativa e enganosa). Verifica-se assim que comportamentos susceptíveis de justificarem um igual grau de censurabilidade, merecem, no ordenamento jurídico português, reacções de natureza diferenciada, condenando-se o sistema ao complexo processo do concurso de normas. Refira-se que o recente Decreto-Lei n.º 371/93, de 29 de Outubro (Defesa da Concorrência), o qual visa integrar, na pretensão do legislador «uma autêntica lei quadro de política da concorrência» (cfr. preâmbulo do cit. diploma) se conforma, no domínio sancionatório, sem prejuízo embora da responsabilidade penal a que houver lugar, com um regime contra-ordenacional.

⁽⁹⁰⁾ Com expressão, designadamente na jurisprudência, confundindo-se concorrência desleal e tutela de direito(s) privativo(s) Baylos Corroza, *Tratado*, cit., pg. 333, escreve a propósito: «... la inclusión de la competencia desleal dentro de la propiedad industrial es totalmente desafortunada y se basa en el error de creer que todo acto de competencia desleal implica el ataque a un derecho subjetivo del perjudicado ...».

A via de autonomização não é só justificada por razões dogmáticas próprias do direito da concorrência desleal; está aconselhada por princípios básicos da actividade legislativa, e, nessa medida, corresponde à solução, emergente, de um problema de técnica sistemático-legal.

Quanto às aludidas razões dogmáticas, elas estão já amplamente demonstradas pela doutrina através da afirmação, irrefutável, da mútua independência da concorrência desleal e da violação de direito(s) privativo(s) ⁽⁹¹⁾. Como refere Oliveira Ascensão, «a confusão entre os dois vectores perdurou longamente, na doutrina e na prática» ⁽⁹²⁾. Nessa confusão incorreu, por exemplo, José Gabriel Pinto Coelho, o qual, no entanto, acabaria por reconhecer não haver razão para limitar o conceito de concorrência desleal aos casos em que se encontrem em jogo interesses ligados, ainda que indirectamente, ao gozo ou exercício de um direito de propriedade industrial ⁽⁹³⁾. Tal conclusão, como é evidente, não obsta à identificação de zonas de confluência entre a concorrência desleal e direitos de propriedade industrial ⁽⁹⁴⁾.

⁽⁹¹⁾ Cfr. entre nós, Oliveira Ascensão, *Concorrência Desleal – Lições*, cit., pgs. 31 e sgs. Na doutrina estrangeira cfr. Paul Roubier, *Le Droit de la Propriété Industrielle*, cit., pgs. 493 e sgs.

⁽⁹²⁾ Cfr. *Concorrência Desleal – Lições*, cit., pg. 34.

⁽⁹³⁾ Cfr. «O Conceito de Concorrência Desleal» in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. XVII, Lisboa (1964), pgs. 79 e sgs.

Ainda, quanto à distinção entre concorrência desleal e tutela de direito(s) privativo(s), cfr. A. Ferrer Correia, «Reivindicação do Estabelecimento Comercial como Unidade Jurídica» in *Estudos Jurídicos*, Coimbra (1969), pg. 271.

⁽⁹⁴⁾ Cfr. neste sentido, Oliveira Ascensão, *Concorrência Desleal – Lições*, cit., pg. 37, com referências aos artigos 212.º, n.º 1 e 187.º, n.º 4 do Código da Propriedade Industrial, exemplares da confluência entre os institutos.

Alberto Bercovitz, «Significado de la ley y requisitos generales de la acción de competencia desleal» in AAVV *La Regulación contra la Competencia Desleal en La Ley de 10 de Enero de 1991*, Madrid (1992), pgs. 21 e sg., chama a atenção para o fenómeno das novas tecnologias, susceptível de influenciar a delimitação entre a protecção dos direitos exclusivos de propriedade industrial e a protecção contra a concorrência desleal. A este respeito Bercovitz aplaude a solução legal constante do artigo 5.º da Loi Fédérale suíça, de 1986, na medida em que outorga protecção às novas criações tecnológicas através de normas sobre a concorrência desleal, «sem necessidade, portanto, de criar direitos exclusivos *sui generis*, distorcendo profundamente os princípios tradicionais da Propriedade Industrial e do Direito de Autor».

Os valores da coerência e sistematicidade ⁽⁹⁵⁾ da actividade legislativa apontam nitidamente, no caso em apreço, para a autonomização do instituto. Por outro lado, uma configurável solução normativa, integral e completa, possibilitará superar a insuficiência do actual modelo legal, grandemente responsável pelo défice de acatamento e de efectividade que o distingue.

Caracterizada a disciplina da concorrência desleal pela apontada restrição do âmbito dos actos de concorrência sujeitos a repressão e do dos sujeitos e interesses tutelados, revela-se a falta de correspondência entre o âmbito de definição do ilícito e o âmbito real de expressão da concorrência desleal, o mesmo é dizer, entre a realidade jurídico-legal e a realidade económica do mercado. Desta forma, a disciplina não se conforma com os imperativos sócio-económicos da Constituição da República: ao não interpretar a realidade actual do mercado, não satisfaz as exigências institucionais deste e as de todos os nele intervenientes. Neste quadro compreende-se a afirmação de Oliveira Ascensão no sentido de que o direito da concorrência desleal deve ser «globalmente repensado» ⁽⁹⁶⁾.

Interessa à reelaboração do conceito de concorrência desleal e à redefinição do seu âmbito, a consideração de orientações doutrinárias e legais que acolhem uma renovada concepção da concorrência desleal, numa linha de recompreensão e actualização do instituto.

a) No plano doutrinal, a partir das décadas de 60-70, foi-se afirmando uma orientação interpretativa ⁽⁹⁷⁾, que colocou em evidência a vocação do instituto para a tutela dos interesses dos consumidores e do desenvolvimento económico geral, integrada com a dos interesses dos concorrentes. Propõe-se então o alargamento

⁽⁹⁵⁾ Cfr. J. J. Gomes Canotilho, *Relatório*, cit. pg. 62. Cfr. ainda *Deliberação do Conselho de Ministros n.º 15 DB/89*, de 8 de Fevereiro, relativa aos princípios gerais que devem regular a actividade legislativa, na qual se referem os objectivos de eficiência, compreensibilidade e mérito como característicos dos actos normativos.

⁽⁹⁶⁾ Cfr. *Concorrência Desleal - Lições*, cit., pg. 14.

⁽⁹⁷⁾ Cfr. R. Franceschelli, «*Concorrenza II*», cit., pgs. 21 e 22; Aurelio Menendez, *La Competencia Desleal*, cit., pgs. 95 e sgs.

do âmbito da concorrência desleal de modo a abranger um conjunto vasto de interesses com expressão no mercado.

Entendida já não exclusivamente como instrumento de defesa de interesses privados dos empresários concorrentes, mas da ordem económica do mercado no seu todo, a deslealdade deixa de ser considerada como um juízo concreto de incorrecção profissional, convertendo-se num juízo de inadequação aos princípios do ordenamento económico⁽⁹⁸⁾. Sobre o tema escreve impressivamente P. Trimarchi: «Nella società moderna nella quale la concorrenza viene intensa come un mezzo per la realizzazione del pubblico interesse e nelle quale, pertanto, si tende a funzionalizzare l'attività imprenditoriale, il giudice non potrà valutare la liceità degli atti di concorrenza semplicemente applicando i criteri di correttezza espressi nel tempo della stessa categoria degli imprenditori, criterio che rispondono pertanto a interessi puramente individualistici; dovrà invece assumere come criterio di valutazione quello dell'indiretta utilità pubblica del tipo di pratica concorrenziale in questione»⁽⁹⁹⁾.

Entre nós, Oliveira Ascensão propõe a discussão da própria matriz de concorrência desleal⁽¹⁰⁰⁾ e sugere, numa linha de evolução do seu pensamento⁽¹⁰¹⁾, que a disciplina deixe de conceber-se

⁽⁹⁸⁾ Neste sentido, Aurelio Menendez, *La Competencia Desleal*, cit., pg. 96.

⁽⁹⁹⁾ Cfr. «Illecito» in *Enciclopedia del diritto*, vol XX, Milão (1970), pg. 100. No mesmo sentido, v.g., P. G. Jaeger, «Valutazione comparativa di interessi e concorrenza sleale» in *Rivista di Diritto Industriale*, I, (1970), pgs. 5 e sgs. Em sentido diverso R. Franceschelli, «Concorrenza II», cit. pg. 22.

Na jurisprudência, acolhendo uma orientação interpretativa próxima da de P. Trimarchi, a sentença da Cassazione de 16 de Abril de 1983, onde se lê: «Nella valutazione dei comportamenti concorrenziali occorre tener conto degli interessi collettivi coinvolti nella dinamica economica in adesione alla direttiva costituzionale emergente dall'art. 41 Const. che impone di privilegiare i modelli di comportamento coerenti con il precetto dell'utilità sociale» (apud, R. Franceschelli, *ob. e loc. cit.*). Carlo Santagata, *Concorrenza Sleale*, cit., pg. 8, afirma: «Assumere, a parametro del giudizio di correttezza del comportamento imprenditoriale, il criterio di valutazione fondato sulla conformità agli interessi collettivi, rappresenta certo una notevole apertura verso il riconoscimento delle istanze dei consumatori».

⁽¹⁰⁰⁾ Cfr. *Concorrência Desleal - Lições*, cit., pg. 14.

⁽¹⁰¹⁾ Observe-se que Oliveira Ascensão, *Direito Comercial - II*, cit., pg. 19, começou por propor que a disciplina da concorrência desleal fosse retirada da matéria de propriedade industrial e integrada no direito da empresa.

como destinada primariamente a resolver os conflitos entre os concorrentes e se converta num instrumento de ordenação e controlo das condutas no mercado.

b) No domínio legislativo, constitui uma das mais recentes iniciativas, a *Loi Fédérale contre la concurrence déloyale* de Dezembro de 1986 ⁽¹⁰²⁾. A nova lei suiça veio substituir a *Loi Fédérale sur la concurrence déloyale* de Setembro de 1943, sendo justificada pelas alterações do mercado, entretanto verificadas ⁽¹⁰³⁾.

O artigo primeiro da nova lei dispõe o seguinte:

«La presente loi vise garantir, dans l'interêt de toutes les parties concernées, une concurrence loyale et qui ne soit pas faussée».

O artigo segundo consagra a cláusula geral definitória do ilícito de concorrência desleal nestes termos:

«Est déloyal et illicite tout comportement ou pratique commerciale qui est trompeur ou qui contrevient de toute autre manière aux règles de la bonne foi et qui influe sur les rapports entre concurrents ou entre fournisseurs et clients».

A *Loi Fédérale* estabelece uma extensa lista de vinte e dois casos típicos de concorrência desleal, servindo a cláusula geral (artigo segundo), exclusivamente, à regulação dos casos não tipificados ⁽¹⁰⁴⁾.

⁽¹⁰²⁾ Cfr. Edmond Martin-Achard, *La Loi Fédérale Contre la Concurrence Déloyale du 19 Decembre 1986 (LCD)*, Lausana (1988). Sobre o projecto da nova lei, Aloïß Troller, *Immaterialgüterrecht*, vol. II, Basileia (1985).

⁽¹⁰³⁾ Refere-se a emergência de novas estruturas comerciais e formas de venda, designadamente o fenómeno das vendas em grandes superfícies, a difusão de novos métodos de venda, a acentuação da agressividade na concorrência com a utilização de novos métodos técnicos e o reforço de tomada de consciência dos consumidores e das suas organizações. Cfr. Edmond Martin-Achard, *La Loi Fédérale*, cit., pgs. 12 e sgs.

⁽¹⁰⁴⁾ Cfr. Edmond Martin-Achard, *La Loi Fédérale*, cit., pg. 30.

Um dos comentadores da lei suíça, Edmond Martin-Achard ⁽¹⁰⁵⁾, defende uma interpretação funcional da cláusula geral de modo a que comportamentos desleais e ilícitos sejam não sómente os que configurem violações da moral dos negócios («*moral des affaires*»), mas também os que se não conformem com as regras normais (de comportamento normal) da actividade concorrencial.

O reconhecimento integrado dos interesses dos consumidores surge como uma característica essencial do diploma, na tradição do que dispunha o regime legal anterior. A respeito da lei de 1943, da tutela por ela concedida, afirmou Germann, que «l'ordre de la concurrence dans sa fonction normale d'assurer la loyauté de la concurrence reposant sur le principe de la prestation, ou pour reprendre la teneur de la loi, le respect des règles de la bonne foi» ⁽¹⁰⁶⁾.

A lei, destinada ao comércio e à indústria, abrange toda e qualquer actividade económica, incluindo as profissões liberais: «elle vise le comportement qui est propre à une activité économique et qui doit donner à son auteur un avantage sur ceux qui exercent la même activité» ⁽¹⁰⁷⁾.

O âmbito coberto pela cláusula geral é muito amplo ⁽¹⁰⁸⁾ e a formulação legal possibilita integrar nele terceiros ⁽¹⁰⁹⁾. Assim,

⁽¹⁰⁵⁾ Cfr. *La Loi Fédérale*, cit. Com interesse para a compreensão do regime suíço de concorrência desleal, refira-se a obra de um dos autores da *Loi Fédérale* de 1943: A. O. Germann, *Concurrence déloyale*, Zurich (1945).

⁽¹⁰⁶⁾ *Concurrence*, cit., pg. 255.

⁽¹⁰⁷⁾ Cfr. *La Loi Fédérale*, cit., pg. 40.

⁽¹⁰⁸⁾ Segundo Edmond Martin-Achard, *La Loi Fédérale*, cit., pg. 38: «le domaine couvert par la clause générale est considérable, il concerne quantité de comportements, procédés, systèmes, idées virtuels, qui seront peut-être dans l'avenir réalisés par ceux qui participent à la lutte commerciale, qui leur seront suggérées par les circonstances, notamment par les enrichissements de la technique, les développements de la mode, des marchés, les nécessités économiques, politiques, etc.».

No quadro da *Loi Fédérale* suíça, os consumidores e os empresários são considerados corresponsáveis do funcionamento do mercado segundo os princípios da leal concorrência. É assim que a legitimação activa se entende como servindo interesses individuais e, nessa medida, interesses institucionais.

⁽¹⁰⁹⁾ No seguimento do que já sucedia no âmbito da lei anterior. Entre os «terceiros» referem-se os colaboradores dos concorrentes, os publicitários, mandatários, representantes, jornalistas, etc.

afasta a *Loi Fédérale* a relação de concorrência como pressuposto de aplicação do regime da concorrência desleal ⁽¹¹⁰⁾.

Numa linha de evolução jurídico-legal, já não de continuidade, mas antes de ruptura com o modelo anterior, apresenta-se-nos a *Ley 3/1991 de Competencia Desleal*, de Espanha ⁽¹¹¹⁾.

Também o diploma espanhol, no qual influiu o modelo legal suíço, acolhe uma concepção social e integradora de interesses da concorrência desleal, superadora — para utilizarmos as palavras de Aurelio Menendez — do antigo «modelo paleoliberal» ⁽¹¹²⁾.

A disciplina surge no ordenamento jurídico de Espanha com um certo carácter de novidade ⁽¹¹³⁾.

No extenso preâmbulo da *Ley 3/1991*, o legislador reconhece que o novo diploma introduz um «cambio radical» na concepção tradicional do direito de concorrência desleal, esclarecendo que este deixa de conceber-se como «primariamente dirigido a resolver los conflictos entre los competidores para convertir-se en un instrumento de ordenación y control de las conductas en el mercado». A nova lei tem, pois, como objectivo a tutela dos interesses privados dos empresários em conflito, a par da dos interesses colectivos do consumo.

O diploma visa, nos termos do seu artigo 1.º: «*la protección de la competencia en interés de todos los que participan en el mer-*

⁽¹¹⁰⁾ Cfr. *La Loi Fédérale*, cit., pg 41.

⁽¹¹¹⁾ Cfr. sobre a nova lei espanhola, v.g.: Manuel Broseta Pont, *Manual de Derecho Mercantil*, novena edición, Madrid (1991), pgs. 131 e sgs.; Baylos Corroza, *Tratado*, cit., pgs. 399 e sgs.; G. M. Otero, *La nueva ley sobre competencia desleal*, in *La Ley*, 1991-4, pgs. 1053 e sgs.; C. Fernandez-Novoa, *Reflexiones preliminares sobre la nueva Ley de competencia desleal* in *La Ley*, 1991-2, pgs. 1179 e sgs.; Juan Jose Otamendi, *Competencia Desleal - Análisis de la Ley 3/1991*, Pamplona (1992); Miguel Virgos Soriano, *El comercio Internacional*, cit., e Concepción Molina Blázquez, *Protección Jurídica de la Lealtad en la Competencia*, Madrid (1993), 254 e sgs.

⁽¹¹²⁾ *La Competencia Desleal*, cit., pgs. 31 e sgs.

⁽¹¹³⁾ Como escreve Juan Jose Otamendi, *Competencia Desleal*, cit., pg. 21: «la característica principal de esta institución en nuestro ordenamiento es la su práctica inexistencia». A concorrência desleal encontrava-se regulamentada, em moldes geralmente considerados insatisfatórios, na *Ley de Marcas* de 1988 e, anteriormente, na *Ley de Propriedad Industrial* de 1902. Esta última lei teve como «fonte de inspiração directa» a nossa Carta de Lei de 21 de Maio de 1896 conforme observa Aurelio Menendez, *La Competencia Desleal*, cit., pg. 46.

cado, y a tal fin establece la prohibición de los actos de competencia desleal».

Embora a *Ley 3/1991* não tenha sido acolhida com o aplauso unânime da doutrina ⁽¹¹⁴⁾, reconhece-se, geralmente, que ela constitui um avanço importante no enquadramento da disciplina, até por comparação com as «regulações aparentes» do instituto, constantes, respectivamente, da *Ley de Propriedad Industrial* de 1902 e da *Ley de Marcas* de 1988.

O artigo 2.º do diploma, sob a epígrafe «*Ambito objetivo*», estabelece o seguinte:

«1. Los comportamientos previstos en esta Ley tendran la consideración de actos de competencia desleal siempre que se realicen en el mercado y con fines concurrenciales.

2. Se presume la finalidad concurrencial del acto cuando, por las circunstancias en que se realice, se revele objetivamente idóneo para promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero.»

Nos termos dessa disposição, o mercado e a finalidade concorrencial surgem-nos como elementos cuja verificação é essencial à qualificação do acto como desleal.

O artigo 3.º da *Ley* estabelece o seu âmbito subjectivo assim:

«1. La Ley será de aplicación a los empresarios y a cualesquiera otras personas físicas o jurídicas que participen en el mercado.

2. La aplicación de la Ley no podrá supeditar-se a la existencia de una relación de competencia entre el sujeto activo y el sujeto pasivo del acto de competencia desleal.»

⁽¹¹⁴⁾ Cfr., por exemplo, Baylos Corroza, *Tratado*, cit., pg. 343. O autor coloca reservas à cláusula geral, defendendo, à semelhança de Aurelio Menendez, *La Competencia Desleal*, cit., pgs 103 e sgs. a remissão para o abuso do direito. Cfr. também a perspectiva crítica de Juan José Otamendi, *Competencia Desleal*, cit., com o interesse acrescido que resulta da circunstância de o autor ter participado nos trabalhos parlamentares relativos à nova lei e a de Concepción Molina Blázquez, *Protección Jurídica*, cit., pgs. 264 e sgs., que discute a referência à boa-fé.

Fica pois definido um âmbito de aplicação subjectivo amplíssimo. Para além de se dispensar a qualidade de empresários aos sujeitos (activo e passivo), abrange todos os que participem no mercado (assim, também os profissionais liberais). O n.º 2 do artigo 3.º, que dispensa a relação de concorrência, levou já a que na doutrina fosse feita menção à eventual «extralimitação do modelo social da lei» (115).

O legislador espanhol definiu ainda no artigo 5.º uma cláusula geral («*Se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe*»), à qual fez seguir um catálogo de comportamentos desleais típicos (cfr, artigos 6.º a 17.º). O recurso ao princípio da boa-fé é justificado no preâmbulo do diploma como expressão de recusa dos critérios «mas tradicionales («corrección profesional», «usos honestos en materia comercial e industrial», etc.), todos ellos sectoriales y de inequívoco sabor corporativo».

Cabe ainda referir que a *Ley 3/1991*, consagra um conjunto de procedimentos contra o acto de concorrência desleal (cfr. artigo 18.º), legitimando activamente «*Cualquier persona que participe en el mercado, cuyos intereses económicos resulten directamente perjudicados o amenazados por el acto de competencia desleal...*» (cfr. artigo 19.º, n.º 1) (116).

VI — «*Assegurar a equilibrada concorrência entre as empresas*», «*reprimir os abusos do poder económico e todas as práticas lesivas do interesse geral*», «*proteger o consumidor*» e combater

(115) Assim, Juan José Otamendi, *Competencia Desleal*, cit., pg. 116. Cfr. ainda quanto à eliminação do requisito — relação de concorrência — Baylos Corroza, *Tratado*, cit., pgs. 344 e sgs.

(116) Cfr. Juan José Otamendi, *Competencia desleal*, cit., pgs 201 e sgs.; Baylos Corroza, *Tratado*, cit., pgs. 350 e sg.; Silvia Barona Vilar, *Competencia Desleal — Normas procesales en la ley 3/1991, 10 enero, de Competencia Desleal*, Valencia (1991); Sol Bacharach de Valera, «*Acciones derivadas de la competencia desleal*» in AAVV *La Regulación*, cit., pgs 119 e sgs. e A. Wirth, «*Supuestos processales de la nueva ley de competencia desleal*» in *Derecho de los Negocios*, n.º 24 (1992), pgs. 1 e sgs.

as «práticas comerciais restritivas», são incumbências do Estado consagradas constitucionalmente ⁽¹¹⁷⁾.

Como já se observou na doutrina, a «preservação e a defesa da concorrência constituem pedras angulares do regime económico» ⁽¹¹⁸⁾; quer dizer, a Constituição da República assume o princípio da concorrência como valor positivo da organização económica, como sua garantia institucional ⁽¹¹⁹⁾.

A iniciativa económica ⁽¹²⁰⁾ e o consumo ⁽¹²¹⁾ realizam-se no mercado ⁽¹²²⁾. Nele intervêm, para além dos concorrentes, os consumidores, cuja protecção está incluída não só entre as incumbências do Estado mas entre os objectivos constitucionais de política comercial ⁽¹²³⁾. Sousa Franco e Oliveira Martins entendem que os direitos dos consumidores, catalogados no artigo 60.º da Constituição da República, devem ser considerados como direitos fundamentais de carácter económico, não só em razão da sua inserção sistemática, mas, igualmente, em virtude do seu conteúdo substantivo ⁽¹²⁴⁾.

⁽¹¹⁷⁾ Cfr. respectivamente, artigos 8.º, alíneas f), e) e j) e 102.º, alínea c) da Constituição da República.

⁽¹¹⁸⁾ Assim, António L. Sousa Franco – Guilherme d'Oliveira Martins, *A Constituição Económica Portuguesa — Ensaio Interpretativo*. Coimbra (1993), pg. 250.

⁽¹¹⁹⁾ Neste sentido Manuel Afonso Vaz, *Direito Económico, A Ordem Económica Portuguesa*, 2.ª edição, Coimbra (1990), pg. 187.

⁽¹²⁰⁾ Cfr. artigo 61.º, n.º 1 da Constituição da República. Gomes Canotilho — Vital Moreira, *Constituição*, cit., pg. 327, notam tratar-se esta disposição de um típico conceito constitucional indeterminado cuja densificação deve arrancar de determinantes heterónomas entre as quais o aumento do bem estar e da qualidade de vida, o aumento da produção e da plena utilização das forças produtivas.

⁽¹²¹⁾ Admitindo que o artigo 60.º da Constituição da República pressupõe a liberdade de consumir, embora sem consagração expressa cfr. António L. Sousa Franco – Guilherme d'Oliveira Martins, *A Constituição Económica*, cit., pg. 216.

⁽¹²²⁾ Cfr. no sentido da consagração do mercado como «instrumento fundamental de regulação e ajustamento na vida económica», António L. Sousa Franco – Guilherme d'Oliveira Martins, *A Constituição Económica*, cit., pg. 251.

⁽¹²³⁾ Cfr. artigo 102.º da Constituição da República.

⁽¹²⁴⁾ Cfr. *Constituição Económica*, cit., pgs. 302 e sg. No sentido de que o artigo 60.º da Constituição da República institui os consumidores e as suas organizações específicas em titulares de direitos constitucionais no quadro dos direitos fundamentais, cfr. Gomes Canotilho – Vital Moreira, *Constituição*, cit., pg. 322.

Enquanto normas programáticas, as aludidas disposições suscitam o problema da sua aplicação, da concretização do seu conteúdo normativo ⁽¹²⁵⁾.

É neste pano de fundo que cumpre reflectir a reelaboração do conceito de concorrência desleal, a revisão da disciplina vigente. De facto, os princípios estruturais que a Constituição da República consagra não poderão deixar de condicionar um indispensável programa normativo que tenha por objectivo a adequação da disciplina à realidade económica presente ⁽¹²⁶⁾.

A circunstância de o fenómeno concorrencial se verificar em todos os estádios da vida económica e desse modo afectar ou ser susceptível de afectar, directa ou indirectamente, uma pluralidade de interesses (dos concorrentes, dos consumidores e os gerais da economia), vocaciona o instituto da concorrência desleal para uma função de tutela integrada desses interesses ⁽¹²⁷⁾.

Como já tivemos oportunidade de assinalar ao longo da exposição, a actual configuração do instituto — natureza do ilícito, conceito legal, integração sistemática — torna-o, por assim dizer, irrecuperável.

Cumprirá então, de acordo com o quadro axiológico constitucional, conferir à concorrência desleal, no domínio do direito privado ⁽¹²⁸⁾, uma nova orientação institucional. Ora, esse objectivo

⁽¹²⁵⁾ Cfr. José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra (1983), pg. 126.

⁽¹²⁶⁾ Cfr. em geral sobre a influência dos princípios da constituição económica na conformação do direito da concorrência: Baumbach-Hefermehl, *Wettbewerbs und Warenzeichenrecht*, Munique (1983), pgs 17 e sgs. No sentido do obrigatório recurso à Constituição para a determinação de quais são as actividades lícitas dos particulares, cfr. S. Rodotà «*Ordine pubblico*», cit. Ainda, Aurelio Menendez, *La Competencia Desleal*, cit., pgs. 116 e sg.

⁽¹²⁷⁾ Como propõe Carlo Santagata, *Concorrenza Sleale*, cit., pgs. 42 e sgs.

⁽¹²⁸⁾ Como justamente entende L. Raiser, «*Der Stand der Lehre vom subjektiven Recht im deutschen Zivilrecht*», in ID, *Die Aufgabe des Privatrechts*, Kronberg (1977), pgs. 124 e sgs., ao direito privado incumbe uma função de protecção da esfera própria da acção dos indivíduos, através dos chamados direitos subjectivos a par de uma protecção institucional, mediante a formação por via dos direitos objectivos dos correspondentes institutos jurídicos. Nestes termos, a «privatização» do instituto da concorrência desleal não obstará à tutela, que lhe incumbe, de interesses institucionais. Cfr. quanto à «ostensiva relativização» do direito criminal pela moderna criminologia e ao reconhecimento da vantagem em espaços de tradicional competência do direito penal serem ocupados pelo sistema jurídico-civil: Figueiredo Dias – Costa Andrade, *Criminologia*, cit., pgs. 408 e sgs. e 422 e sgs..

tem como pressupostos essenciais, por um lado, a ruptura com o modelo penal do ilícito ⁽¹²⁹⁾ e por outro, no plano sistemático-legal, a autonomização da disciplina ⁽¹³⁰⁾.

A recente aprovação da *Lei n.º 11/94, de 11 de Maio* (autoriza o Governo a legislar sobre os regimes jurídicos da propriedade industrial) nada de positivo augura para o futuro próximo do instituto da concorrência desleal. Com efeito, o legislador propõe-se, de novo, uma vez mais no âmbito do Código da Propriedade Industrial, criminalizar os actos de concorrência desleal ⁽¹³¹⁾. Tal facto, porém, não deve obstar ao esforço doutrinal (necessariamente num quadro de cooperação multidisciplinar) e jurisprudencial, no sentido de serem preparadas as reformas para um futuro que se impõe não seja longínquo.

⁽¹²⁹⁾ Cfr. supra pgs. 32 a 39. Cfr. ainda com interesse para a reflexão sobre a des-criminalização da concorrência desleal: Figueiredo Dias – Costa Andrade, *Criminologia*, cit., pgs. 397 e sgs. A despenalização do ilícito de concorrência desleal teria a acrescida vantagem de possibilitar a natural aproximação, senão mesmo, como propõem alguns autores, a unificação normativa das leis de defesa do consumidor e do regime da concorrência desleal, justificada, além do mais, por imperativos de salvaguarda da unidade do sistema jurídico. (cfr. supra nota 89). Embora em nosso entender seja preconizável a «privatização» da disciplina da concorrência desleal, admitimos, em contados casos, a previsão de reacções criminais. Sobre o tema cfr. E. Ulmer, «*Vergleichende Darstellung*» in *Das Recht des unlauteren Wettbewerbs in den Mitgliedstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft*, Munique-Colónia (1965), pgs. 60 e sgs. e Concepción Molina Blásquez, *Protección Jurídica*, cit., pgs. 357 e sgs. Nesta última obra, a autora, que se pronuncia a favor da criminalização de certas modalidades de concorrência desleal (v.g. a publicidade enganosa), analisa, com detalhe, as reacções penais previstas nos ordenamentos jurídicos francêses, alemão e suíço, no domínio da concorrência desleal.

Note-se com Oliveira Ascensão, *Concorrência Desleal – Lições*, cit., pg. 66, que «sobretudo o que ergue uma barreira entre as duas massas normativas (de defesa do consumidor e de concorrência desleal) é a diversidade de consequências jurídicas. Dir-se-á, então, que a regulamentação integrada da concorrência desleal «com os demais aspectos da concorrência» não se justificará tão só pelas razões pragmáticas invocadas por J. Simões Patrício, *Direito da Concorrência (aspectos gerais)*, Lisboa (1982), pg. 60, mas pela razão de natureza das «massas normativas» em causa. Cfr. sobre o tema Bernitz «*Harmonisation et coordination de la législation du marché. La notion du droit de marché*» in *Revue trimestrielle de Droit Commercial* (1971), pgs. 14 e sgs.

⁽¹³⁰⁾ Cfr. supra pgs. 29 a 31.

⁽¹³¹⁾ Nos termos da alínea a) do n.º 2 do artigo 1.º da Lei de autorização legislativa, pode o Governo definir como ilícitos criminais: «*A prática de actos de concorrência contrários às normas e usos honestos com intenção de causar prejuízos a outrem ou de alcançar, para si ou para terceiros, um benefício ilegítimo*».

ANEXO

Código da Propriedade Industrial (Decreto n.º 30 679 de 24 de Agosto de 1940)

TÍTULO III

Delitos contra a propriedade industrial

.....

Artigo 212.º

Actos de concorrência desleal

Constitui concorrência desleal todo o acto de concorrência contrário às normas e usos honestos de qualquer ramo de actividade económica. São como tais expressamente proibidos:

1.º Todos os actos susceptíveis de criar confusão com o estabelecimento, os produtos, os serviços ou o crédito dos concorrentes, qualquer que seja o meio empregado;

2.º As falsas afirmações feitas no exercício do comércio ou da indústria, com o fim de desacreditar o estabelecimento, os produtos, os serviços ou a reputação dos concorrentes;

3.º As invocações ou referências não autorizadas, feitas com o fim de beneficiar de crédito ou reputação de um nome, estabelecimento ou marca alheios;

4.º As falsas indicações de crédito ou reputação próprios, respeitantes ao capital ou situação financeira do estabelecimento, à natureza ou extensão das suas actividades e negócios e à qualidade ou quantidade da clientela;

5.º Os reclamos dolosos e as falsas descrições ou indicações sobre a natureza, qualidade e utilidade dos produtos ou mercadorias;

6.º As falsas indicações de proveniência, de localidade, região ou território, de fábrica, oficina, propriedade ou estabelecimento, seja qual for o modo adoptado;

7.º O uso de uma denominação de fantasia ou de origem, registadas, fora das condições tradicionais, usuais e regulamentares;

8.º A supressão, ocultação ou alteração, por parte do vendedor ou de qualquer intermediário, da denominação de origem dos produtos ou da marca registada do produtor ou fabricante em produtos destinados à venda e que não tenham sofrido modificação no seu acondicionamento;

9.º A ilícita apropriação, utilização ou divulgação dos segredos da indústria ou comércio de outrem, se ao agente não couber maior responsabilidade pela aplicação do artigo 462.º do Código Penal.

**Código da Propriedade Industrial
(Decreto-Lei n.º 16/95 de 24 de Janeiro)**

TÍTULO III

Infracções

CAPÍTULO I

Infracções contra a propriedade industrial

Secção I

.....

Secção II

Ilícitos Criminais

Artigo 260.º

Concorrência desleal

Quem, com intenção de causar prejuízo a outrem ou de alcançar para si ou para terceiro um benefício ilegítimo, praticar qualquer acto de concorrência contrário às normas e usos honestos de qualquer ramo de actividade, nomeadamente:

- a) Os actos susceptíveis de criar confusão com o estabelecimento, os produtos, os serviços ou o crédito dos concorrentes, qualquer que seja o meio empregue;
- b) As falsas afirmações feitas no exercício do comércio ou da indústria com o fim de desacreditar o estabelecimento, os produtos, os serviços ou a reputação dos concorrentes;
- c) As invocações ou referências não autorizadas de um nome, estabelecimento ou marca alheios;
- d) As falsas indicações de crédito ou reputação próprios, respeitantes ao capital ou situação financeira do estabelecimento, à

natureza ou extensão das suas actividades e negócios e à qualidade ou quantidade da clientela;

- e) Os reclamos dolosos e as falsas descrições ou indicações sobre a natureza, qualidade e utilidade dos produtos ou mercadorias;
- f) As falsas indicações de proveniência, de localidade, região ou território, de fábrica, oficina, propriedade ou estabelecimento, seja qual for o modo adoptado;
- g) O uso de uma denominação de fantasia ou de origem, registadas, fora das condições tradicionais, usuais ou regulamentares;
- h) A supressão, ocultação ou alteração, por parte do vendedor ou de qualquer intermediário, da denominação de origem dos produtos ou da marca registada do produtor ou fabricante em produtos destinados à venda e que não tenham sofrido modificação no seu acondicionamento;
- i) A ilícita apropriação, utilização ou divulgação dos segredos da indústria ou comércio de outrem;

será punido com pena de prisão até três anos ou com pena de multa até 360 dias.