

O PRINCÍPIO DA PRESTAÇÃO:
UM NOVO FUNDAMENTO
PARA A CONCORRÊNCIA DESLEAL? (*)

Por Prof. Doutor J. Oliveira Ascensão

SUMÁRIO:

1. A orla de incerteza; 2. A objectividade da oferta e a liberdade da escolha; 3. A concorrência e o princípio da prestação, 4. Significado do princípio no que respeita à lealdade da concorrência; 5. Princípio da prestação e acto de concorrência; 6. «Que vença o melhor»; 7. A dessubjectivação da deslealdade da concorrência; 8. Metodologia; 9. Actos de confusão; 10. Falsas afirmações com o fim de desacreditar; 11. Invocações ou referências não autorizadas de elementos empresariais alheios; 12. As falsas indicações e a indução em erro; 13. O uso de denominação de fantasia ou de origem fora da disciplina estabelecida; 14. A supressão, ocultação ou alteração de sinais distintivos; 15. A violação de segredos de negócios; 16. Conclusão; 17. Actos de aproveitamento: âmbito; 18. Actos de agressão em geral; 19. Actos contra os consumidores que não sejam de indução em erro?; 20. Actos de coacção contra consumidores; 21. Exploração de inclinações ou fraquezas humanas; 22. Conclusão; 23. Actos que atingem o regular funcionamento do mercado; 24. Casos particulares; 25. O carácter global da prestação; 26. Conclusão; 27. Caracterização; 28. Correspondência entre lesão do princípio da prestação e concorrência desleal; 29. Conclusão geral.

(*) Conferência pronunciada na Faculdade de Direito de Lisboa no dia 22 de Junho de 1995, no âmbito do Curso sobre: «A concorrência desleal no novo Código da Propriedade Industrial».

1. A orla de incerteza

São patentes as dificuldades de qualificar um acto como concorrência desleal, à luz de um critério tão vago como o do art. 260.º do Código da Propriedade Industrial ⁽¹⁾: a contrariedade «às normas e usos honestos de qualquer ramo de actividade».

1) «compre, porque tenho sete filhos em casa a alimentar». O apelo da vendedora é desleal, porque explora a piedade alheia? Ainda que realmente tenha sete filhos em casa com fome?

2) As caixas do correio aparecem juncadas de folhetos de propaganda.

Haverá concorrência desleal da empresa que assim procede, por recorrer a métodos incómodos para os consumidores?

Todavia, os actos contra consumidores tipificados por lei como de concorrência desleal são apenas os das alíneas *d a f e h* do art. 260.º C.P.I. ⁽²⁾: e são todos de indução em erro. Poderemos estender a figura a outras categorias de actos contra consumidores?

A prática de países estrangeiros, particularmente germânicos, apresenta uma floração extraordinária de casos. Sejam as figuras de *anlehrende Werbung*: de encostar: portanto «apelativa», ou por recurso a outrem. Assim, na Bélgica, a propaganda usada por um refrigerante que continha cálcio: «1 em cada 2 belgas sofre de falta de cálcio», foi considerada contrária às regras de publicidade sobre géneros alimentícios por representar publicidade pelo medo ⁽³⁾.

A estas e tantas outras situações que surgem no dia a dia não quadra nenhuma previsão legal, mesmo aproximadamente; e a cláusula geral do prómio do art. 260.º só produz, à primeira vista, incerteza.

⁽¹⁾ Aprovado pelo Dec.-Lei n.º 16/95, de 24 de Janeiro, a seguir referido brevemente C.P.I.

⁽²⁾ Além aliás da al. *a*.

⁽³⁾ Sentença do Tribunal de Comércio de Bruxelas de 30 de Março de 1992, em GRUR Int., 1994/4, 327 e segs. Tem anotação favorável de Franke Henning-Bodewig, embora pelo prisma da protecção do consumidor.

2. A objectividade da oferta e a liberdade da escolha

Será possível preencher materialmente aquele critério formal? É uma problemática frequente em matéria de cláusulas gerais, pois só a reflexão permite ao intérprete aumentar progressivamente a compreensão do conceito.

O caminho seguido vai ser o de explorar o que possa advir da integração da concorrência desleal no Direito da Concorrência. Esta integração vai-se dominantemente impondo. Prescindimos de qualquer demonstração para não nos afastarmos do nosso tema.

A ideia motriz da concorrência é a de que as prestações dos vários operadores económicos se devem defrontar no mercado com o mínimo de constrangimentos, para que vença o melhor⁽⁴⁾. Ter-se-ia sempre presente o modelo da concorrência perfeita, embora essa seja inatingível.

Se a vitória for devida a outros factores, que não a superioridade da própria oferta, contributo ou prestação (particularmente através do binómio qualidade/preço) a concorrência é falseada.

Mas se é o mercado que decide, surge como elemento essencial a liberdade do destinatário ou consumidor. Haverá um princípio da liberdade de escolha no mercado, que é decisivo para a concorrência⁽⁵⁾.

A concorrência repousa assim em dois pilares:

- a objectividade, ou autenticidade, da oferta;
- a liberdade, ou genuinidade, da escolha.

3. A concorrência e o princípio da prestação

Surge-nos assim a categoria de *Leistungswettbewerb* — que só poderemos traduzir mal, como a concorrência baseada na prestação. Vamos falar de um *princípio da prestação*, exprimindo

(4) Cfr. por exemplo Hubmann, *Gewerblicher Rechtsschutz*, 5.^a ed. C.H.Beck, 1987, § 49 IV, 1.^a.

(5) Pense-se na repercussão deste princípio na *publicidade comparativa*. Ela é válida enquanto reforça o poder de escolha, neste sentido, e inválida para além disso.

assim a ideia de um primado da prestação, na sua objectividade, na luta concorrencial.

Este princípio caracteriza todo o direito da concorrência, porque toda a concorrência deveria ser uma concorrência pela prestação.

Contrapor-se-ia à *Nichtleistungswettbewerb* ⁽⁶⁾. Modalidade desta seria a *Behinderungswettbewerb*, que seria a concorrência impeditiva, ou por obstrução à actividade de outros operadores.

Esta última é o objecto do Direito das Limitações da Concorrência, cujo objectivo é a *livre* concorrência. Seguramente que havendo obstrução a vitória não é determinada pela superioridade da própria prestação.

Logo aí surge a problemática da relação desta matéria com a concorrência *desleal*. Figuras como a *boicotagem* e o *abuso de posição dominante* têm sido atraídas noutros países para o domínio da concorrência desleal. A lei portuguesa assenta porém na contraposição básica entre liberdade e lealdade da concorrência, pelo que fica em dúvida a própria integração das figuras de concorrência «impeditiva» na concorrência desleal ⁽⁷⁾. Em qualquer caso, seja qual for a sistematização adoptada, é seguro que elas não satisfazem o princípio da prestação.

4. Significado do princípio no que respeita à lealdade da concorrência

Não só a concorrência «impeditiva» infringe o princípio da prestação. Pode não se obstruir a concorrência e não se fazer concorrência pela prestação.

⁽⁶⁾ A concorrência feita sem se basear nas prestações.

⁽⁷⁾ Problemas de fronteira são trazidos pelas *reduções de preços*. Quando não representem atentado à livre concorrência, poderá todavia perguntar-se até que ponto pode ser conduzida nesses termos a luta concorrencial, sem violação da lealdade da concorrência. Cfr. Baumbach/Hefermehl, *Wettbewerbsrecht*, 18.ª ed., C.H.Beck, 1995, *Einleitung* UWG, n.ºs 96 e 133. O que parece ficar em qualquer caso excluído é a finalidade eliminativa da concorrência.

Há que afirmar o princípio geral de que a concorrência livre, que se deseja, é sempre a concorrência através das prestações⁽⁸⁾. O princípio da prestação é assim um princípio unificador do direito da concorrência, visto que se manifesta também no domínio da lealdade da concorrência.

Isto permite-nos tentar seguidamente uma sistematização do que poderia ser a incidência do princípio da prestação na concorrência desleal.

Vamos verificar se todos os casos de concorrência desleal podem simultaneamente ser qualificados como casos de inobservância do princípio da prestação.

E verificaremos também o que é o aspecto recíproco — se pode haver inobservância do princípio da prestação e, não obstante, não haver concorrência desleal.

Podemos porém, logo à partida, traçar uma restrição quanto ao alcance da função que pode ser desempenhada pelo princípio da prestação.

Ele é em qualquer caso *inadequado para caracterizar como de concorrência desleal situações em que há concorrência impeditiva*.

Com efeito, em todas as situações de *Behinderungswettbewerb* há, por natureza, inobservância do princípio da prestação.

Para saber se elas são também de concorrência desleal, o princípio da prestação não pode então trazer-nos ajuda nenhuma.

Nestas situações, só por uma valoração autónoma, fundada exclusivamente no critério das normas e usos honestos, nos podemos decidir pela integração ou não destes casos no domínio da concorrência desleal.

5. Princípio da prestação e acto de concorrência

A existência de uma lesão do princípio da prestação não tem o condão de suprir os requisitos gerais da concorrência desleal.

(8) Cfr. Wilhelm Nordemann, *Wettbewerbsrecht*, 7.ª ed., Nomos, 1993, n.ºs 1 a 4. Tal como paralelamente se afirma o princípio que a livre concorrência que se deseja é só a concorrência leal.

Particularmente, não afasta a exigência geral de que a concorrência desleal assente num acto de concorrência (art. 260.º C.P.I.).

O acto de concorrência é um acto de afirmação no mercado por um operador económico. Mas nessa afirmação inclui-se a auto-apresentação no mercado — da própria empresa e dos seus produtos.

De facto, atendendo ao art. 260.º CPI e suas alíneas verificamos que em todos os casos se referem actos que são necessariamente actos de concorrência. É no exercício da própria actividade que o acto desleal deve ser praticado.

Observemos porém que não é a mera integração de uma matéria no art. 260.º CPI que lhe dá a natureza de concorrência desleal. Pode haver apenas um aproveitamento da sanção criminal estabelecida, como sucede no caso da al. g — o uso de uma denominação de fantasia ou de origem, registadas, fora das condições tradicionais, usuais ou regulamentares. E como não há concorrência desleal, não há a subordinação a requisitos que dependem da natureza desta, como o «acto de concorrência».

Mas, realmente, todos os casos previstos na lei, que são substancialmente concorrência desleal, são actos de concorrência. A afirmação do princípio da prestação em nada altera este dado. Se não houver uma relação de concorrência, não há como taxar o acto de concorrência desleal, invocando o princípio da prestação. Desde logo, não há concorrência desleal porque não há acto de concorrência.

Teremos oportunidade de apontar ainda algumas consequências importantes desta conclusão a propósito dos actos de agressão.

Outra consequência da integração dos actos de concorrência desleal no art. 260.º CPI é a sujeição ao controlo valorativo constante do proémio do preceito. Todo o acto de concorrência, mesmo que expressamente tipificado, terá de se revelar contrário às normas e usos honestos de um ramo de actividade.

6. «Que vença o melhor»

O princípio da prestação poderá ser traduzido por este lema?

Ele exprimiria o ideal da concorrência perfeita: a vitória seria de quem conseguisse a melhor qualidade por mais baixo preço.

Mas os factores de distorção são tantos que logo que há que relativizar aquela afirmação.

Não há que presumir uma igualdade dos concorrentes: e a empresa mais poderosa tem muitos maiores possibilidades de sair vitoriosa do confronto⁽⁹⁾. Não há pois identidade de armas.

Por outro lado, não há que comparar apenas as prestações, na sua objectividade, mas seguramente também a maneira como são apresentadas. A publicidade basta para que a comparação e a escolha pelo público se afastem muito do mero confronto das prestações em si.

E o resultado é que se admite que a vitória possa acabar por ser, afinal, da pior prestação.

O êxito dos restaurantes de *fast food* não significa que, ontologicamente, o produto seja o melhor, mas que o conseguem fazer passar de maneira a obter a preferência do público, porque o convencem que é o melhor ou que por outras razões lhe é mais conveniente.

O lema não pode ser portanto: que vença o melhor. Seria traduzido mais correctamente por: *que vença quem vencer*. Mas pretende-se que um sistema económico fundado neste lema acabará por ser globalmente o mais vantajoso.

O princípio da prestação sofre assim algum abalo. O fulcro estará na sujeição das prestações à comparação e escolha no mercado, sem que o agente se furte à luta concorrencial nem a falseie. A vitória será da prestação tal como a conseguiu apresentar, pelo recurso às armas normais do mercado.

O elemento negativo torna-se assim essencial, relativizando a afirmação do princípio da prestação. Dir-se-á que a prestação terá de vencer sem os elementos de distorção que seriam representados:

- pela obstrução da competição, que afastaria a livre concorrência
- pelos golpes baixos, que afastariam a lealdade da concorrência.

(9) Cfr. Baumbach/Hefermehl, *Wettbewerbsrecht* cit., *Einleitung UWG*, n.º 97; Hubmann, *Gewerblicher Rechtsschutz* cit., § 49 IV 1 c, que todavia pressupõe uma potencial igualdade das condições de concorrência.

Não podemos avançar todavia demasiado por este caminho, sob pena de tirarmos todo o significado ao princípio da prestação.

Por um lado, porque a deslealdade não reside necessariamente no meio empregado ⁽¹⁰⁾. Por outro, porque se tudo fizessemos assentar na lealdade, não sobraria espaço para uma autónoma consideração objectiva da relevância das prestações na luta concorrencial.

7. A dessubjectivação da deslealdade na concorrência

Num sentido de certa forma inverso ao desta relativa desobjectivação das prestações em confronto, podemos assinalar por outro lado uma certa dessubjectivização da deslealdade da concorrência. A determinação de um fundamento objectivo para a concorrência desleal faz perder peso ao «desleal» que qualificaria eticamente o instituto. A ideia forte uma reprovação por desonestidade tem-se progressivamente diluído.

É que, se concluirmos por um fundamento objectivo para toda a concorrência desleal, diremos que esse fundamento suporta a valoração de todas as condutas desconformes ao modelo da concorrência desleal, haja ou não uma intenção, e ainda mais, uma deslealdade, no agente ⁽¹¹⁾.

Por outro lado podemos encontrar aqui mais uma vitória das concepções germânicas sobre as concepções latinas.

O acento posto na deslealdade, que importaria uma censura ética de desonestidade lançada ao concorrente, é produto da doutrina francesa do século passado.

Nos países germânicos fala-se em *unlauterer Wettbewerb*. Mas observa Troller que *lauter* é sinónimo de *claro*. prestação teria de ser claramente apreciável por terceiros: o adjectivo qualificaria a prestação e não a consciência humana. Por isso, abranger-se-iam comportamentos só objectivamente *unlauter*.

⁽¹⁰⁾ Cfr. Hubmann, *Gewerblicher Rechtsschutz* cit., § 49 IV 2.

⁽¹¹⁾ E facilita, por outro lado, a admissão de actos de concorrência desleal *negligentes*.

A recepção parcial desta ideia está facilitada em Portugal pela admissão de uma desconformidade meramente objectiva aos padrões de leal concorrência, que encontra apoio no art. 25.º/1 *d* C.P.I. e noutros lugares da lei. Tem-se caminhado assim, por razões próprias da nossa ordem jurídica, para uma objectivação progressiva da noção. Este movimento não tem porém tido frutos plenos por força da exacerbação penal que desfoca a figura na lei portuguesa.

8. Metodologia

Estamos portanto perante uma hipótese: a de que a contrariedade às normas e usos honestos tenha uma correspondência substantiva na violação do princípio da prestação. Tal contribuiria muito para a densificação da cláusula geral e para a sua melhor operatividade.

Como comprovar se a hipótese é ou não verdadeira?

Primeiro, através do ensaio nos tipos de concorrência desleal apresentados pelo próprio legislador.

Se passar vitoriosamente esta primeira prova, teremos ainda de verificar se tem virtualidade para esclarecer figuras de concorrência desleal que emanem ou possam emanar da cláusula geral do art. 260.º CPI, mas em que escasseia a directa qualificação legal.

É este caminho, desinteressante porque casuístico, mas indispensável para uma fundamentação científica, que vamos brevemente trilhar.

Seguiremos a própria ordem da enumeração do art. 260.º CPI, a ela referindo outros tipos que porventura nos interessem.

9. Actos de confusão

São previstos no art. 260.º *a*. A sua essência está em um concorrente se enfeitar com penas alheias, de maneira a fazer-se passar por outro, ou levar a uma confusão no respeitante ao estabelecimento ou os produtos ou serviços. Há em qualquer caso uma

indução do público em erro, que é indispensável para compreendermos o âmbito do preceito.

Deste deve ser aproximado o do art. 193.º/2 CPI, que considera imitação ou usurpação de marca a utilização do aspecto exterior do pacote ou invólucro com as respectivas cor e disposição de dizeres, medalhas e recompensas... Há aqui uma grave incorrecção, pois o que está em causa nada tem que ver com a marca em si, mas sim com a confusão que se crie com os produtos de um concorrente. É verdadeiramente uma problemática de concorrência desleal. Tem ainda a consequência de esta prática não ser sancionada através dos preceitos sobre imitação ou usurpação de marca, que são inaplicáveis, mas unicamente através do art. 260.º *a*, que aquele preceito apenas esclarece numa das suas implicações ⁽¹²⁾.

O preceito do art. 260.º *a* é um tipo penal, dentro da nossa orientação de encontrar os tipos penais nas especificações das alíneas, e não na cláusula geral do proémio. Mas não escapa, ele próprio, da suspeita de inconstitucionalidade. A mera referência aos actos susceptíveis de criar confusão, ainda que com a especificação de objectos que se realiza subsequentemente, não parece ter consistência penal suficiente. Há que lembrar que o princípio fundamental da vida social em geral, e da vida económica em particular, é o princípio da livre imitação. Este é um princípio que merece ser encarecido, porque é um factor de progresso social. Uma incriminação genérica de todo o acto de confusão não tem fronteiras. Pensamos por isso que a previsão só se salva como tipo penal se conseguirmos determinar um núcleo em que a confusão é seguramente inadmissível, para que lhe possa assim corresponder uma sanção penal.

Que pensar dos actos de confusão, como eventual afloramento do princípio da prestação?

Parece poder dar uma resposta afirmativa. Se um operador económico actua através da confusão que estabelece com outro operador ou o estabelecimento ou os produtos ou serviços dele, induzindo o público em erro quanto à sua origem ou característi-

⁽¹²⁾ A situação reproduz a que já se verificava no domínio do Código de 1940. Sobre esta, cfr. as nossas lições de *Concorrência Desleal*, F.D.L., 1994, n.º 57.

cas, não baseia a concorrência na própria prestação. Esconde-se atrás da prestação alheia, de que se aproveita. Pelo que a escolha do consumidor não se baseará realmente na valia da prestação por ele produzida.

10. Falsas afirmações com o fim de desacreditar

São previstas no art. 260.º *b*.

Esclarece-se que estas falsas afirmações são feitas no exercício do comércio ou da indústria. Apesar da limitação da referência textual ao comércio e indústria torna-se, mais vastamente, claro que só interessam as falsas afirmações feitas no exercício da concorrência. Tudo o que sai desta não releva para efeitos de concorrência desleal. Assim, as lutas de família entre comerciantes ou até os insultos trocados nada têm que ver com concorrência desleal. Já o seriam porém as falsas afirmações sobre o crédito alheio, ainda que norteadas por propósito de vingança.

Potanto, o que interessa é a luta na concorrência. Põe desta maneira em causa a posição dos contendores.

Haverá aqui violação do princípio da prestação? Não está directamente em causa uma proposta ou oferta de prestação própria, mas isso não é necessário para que o princípio da prestação seja inobservado. O que é certo é que desta maneira o agente ganha uma vantagem na concorrência, sem que tal se funde no mérito da prestação que apresenta.

Portanto, também aqui a concorrência desleal assenta na lesão do princípio da prestação.

11. Invocações ou referências não autorizadas de elementos empresariais alheios

Esta previsão, constante do art. 260.º *c*, é por si pouco elucidativa.

Na sociedade de informação em que vivemos tudo em princípio pode ser dito, desde que seja verdadeiro, sem autorização de ninguém.

Ora o preceito não refere afirmações falsas, mas afirmações não autorizadas. Em que limites pode funcionar?

Este é um dos casos em que o princípio da prestação pode dar um esclarecimento de muita importância.

O preceito só pode ter o sentido de excluir os casos em que o agente se pretende apoderar de vantagens inerentes a prestações alheias. Mas já não poderá funcionar quando a referência, mesmo não autorizada, se destina a caracterizar objectivamente a própria prestação.

Encontramos a figura que a doutrina germânica tem considerado sob a referência à publicidade apelativa ou «encostada» (*anlehnend*), como referimos. Portanto, os casos em que a referência não autorizada a outrem surge como maneira parasitária de se aproveitar do prestígio deste.

Porém, nestes países, tem-se ido longe demais por esta via, a ponto de se pôr em causa a liberdade de informação e o diálogo social.

Num caso recente, o Tribunal Supremo austríaco considerou concorrência desleal, por publicidade apelativa, uma lista de preços em que os preços próprios eram postos em confronto com os dos produtos do concorrente com posição dominante no mercado ⁽¹³⁾.

Pensamos que se devem distinguir várias categorias de casos.

1) São lícitas as referências técnicas a produtos alheios, necessárias para caracterizar o próprio produto.

O caso paradigmático está na caracterização dos acessórios, para a marca ou modelo a que se destinam. Sem esta referência, a destinação é desconhecida.

A indicação objectiva é aqui indispensável.

2) A publicidade comparativa.

Na medida em que foi admitida pelo 16.º do Código da Publicidade, não pode deixar de ser considerada lícita.

⁽¹³⁾ Decisão de 10 de Março de 1992, em GRUR Int., 1994/4, 357. Repare-se que o tribunal não se baseou propriamente na comparação de preços, que a lei expressamente admite, mas em haver exploração do prestígio de outrem. Contrariaria o princípio do *Leistungswettbewerb* que alguém, que conquistou pela própria prestação prestígio, o veja aproveitado por outrem.

Admite este *a contrario* a publicidade que se apoie em características essenciais, afins e objectivamente demonstráveis de bens ou serviços.

A publicidade comparativa supõe por natureza referências não autorizadas.

3) A referência pode ser considerada desleal se destinada a obter para o próprio produto uma consideração vantajosa que não resulte da própria prestação nem seja necessária para o esclarecimento do mercado.

Será o caso se se afirma que um vinho é produzido pelo método Borba, ou é equivalente a Borba.

Não é publicidade comparativa, e não se funda na própria prestação mas no aproveitamento de prestação alheia.

4) As informações verdadeiras e objectivas, que sirvam para caracterizar objectivamente a própria prestação, são lícitas, ainda que impliquem uma referência a terceiros, que pode não ser autorizada.

Sejam os casos, frequentemente referidos, da caracterização como antigo sócio, antigo proprietário, antigo mestre de oficinas...

Sendo verdadeiro, não vemos como considerar restringido. Também aqui, o princípio é o da liberdade. Esta referência dá uma informação verdadeira e útil ao público, perfeitamente compatível com a lealdade da concorrência. Até porque nunca se poderia dizer que o agente procura uma vantagem ilegítima, ou causar prejuízo a outrem.

Portanto, o princípio da prestação revela-se precioso na elucidação desta categoria.

A qualificação como desleal só se justifica quando está ínsita a obtenção duma posição vantajosa que não resulta da caracterização da própria prestação, mas da alheia.

Em todos os outros casos, as referências verdadeiras a outrem, mesmo não autorizadas, devem ser consideradas lícitas.

12. As falsas indicações e a indução em erro

O art. 260.º CPI, nas als. *d a f*, insere três categorias de casos de concorrência desleal, baseados em falsas indicações.

Estas podem ser:

- falsas indicações próprias (al. *d*)
- falsas indicações sobre os produtos ou mercadorias
- falsas indicações de proveniência.

Estes preceitos suscitam muitas dificuldades. A maior está em a lei ter repristinado a previsão dos «reclamos dolosos», que se devia considerar revogada pelo Código da Publicidade.

Mas, qualquer que seja o âmbito destas previsões, a sua apreciação à luz do princípio da prestação parece unívoca.

As indicações em causa deveriam caracterizar objectivamente a própria prestação.

Se falsas, irão induzir o público em erro. Esta é a razão fundamental porque são rejeitadas: não se admite que se faça concorrência à custa do engano do consumidor.

Há portanto sempre uma violação do princípio da prestação. O bem ou serviço oferecido será preferido, não pelas suas características intrínsecas, mas em consequência do erro do consumidor.

Pelo que em todos estes casos continuamos a encontrar consonância entre a qualificação legal como concorrência desleal e a violação do princípio da prestação.

13. O uso de denominação de fantasia ou de origem fora da disciplina estabelecida

Esta previsão representa uma anomalia.

Não há nenhuma sanção específica na lei para a violação das denominações de origem. O legislador aproveitou assim a previsão da concorrência desleal para, dentro da função complementar que esta desempenha, ocorrer a esta lacuna. A al. *g* contém assim a sanção duma violação dum direito privativo, e não uma modalidade de concorrência desleal.

Isto torna-se muito claro se observarmos que se sanciona o uso de denominações registadas, «fora das condições tradicionais, usuais ou regulamentares». Ou seja, justamente das mesmas con-

dições que o art. 249.º/5 CPI prevê para a atribuição do direito à denominação de origem.

O que significa que aqui está em causa uma concorrência ilícita e não uma concorrência desleal. A al. g prevê um caso em que um acto é objectivamente ilícito, por violação de um direito privativo, e não por uma valoração de deslealdade. Em consequência, a al. g aplica-se taxativamente; não está sujeita à valoração da contrariedade às normas e usos honestos, constante do corpo do artigo (14).

Isto é essencial para a relação desta matéria com o princípio da prestação.

A al. g não pressupõe nenhuma violação do princípio da prestação. O ilícito que configura é em ilícito formal ou taxativo, resultante da violação duma determinação jurídica, mas em nada está implícito que o agente se não baseie na própria prestação.

Porém, o preceito não respeita à concorrência desleal, mas à tutela dos direitos privativos. Está neste lugar para um mero aproveitamento da penalidade estabelecida. Não traz assim nenhum desmentido à hipótese da universalidade da violação do princípio da prestação como fundamento substantivo da concorrência desleal.

14. A supressão, ocultação ou alteração de sinais distintivos

A al. h prevê estes actos. Ao contrário do que se pensaria à primeira vista, não se tutelam aqui direitos privativos. Basta pensar que o tipo não deixa de estar preenchido ainda que o titular desse sinal privativo consinta na prática do acto.

O que se pretende é impedir que o agente esconda uma marca ou uma denominação de origem que lhe podem ser inconvenientes, por exemplo, por serem escassamente prestigiadas. O agente não dá falsas indicações, mas não deixa de apresentar a própria prestação a uma falsa luz. Omite um elemento que deveria representar

(14) Assim se passava já no domínio do CPI de 1940. Cfr. a nossa *Concorrência Desleal* cit., n.ºs 49 e segs.

uma indicação útil para o consumidor, e com isto diminui a genuinidade da escolha deste.

Temos portanto situações de indução em erro, ou afins destas. A escolha já se não baseará nas características objectivas da prestação, que estão escondidas. Há portanto violação do princípio da prestação, através de um cerceamento da liberdade de escolha do consumidor.

Mais uma vez, sobrepõem-se concorrência desleal e violação do princípio da prestação.

15. A violação de segredos de negócios

A al. *i* contempla «a ilícita apropriação, utilização ou divulgação dos segredos da indústria ou comércio de outrem».

Representa o preceito mais genérico sobre violação de segredos de negócios da lei portuguesa, que todavia se apresenta como uma modalidade de concorrência desleal.

Parece claro que assenta numa violação do princípio da prestação. E isto quer haja utilização do segredo alheio, quer haja divulgação.

Se há utilização do segredo alheio, o agente parte para a concorrência, não com as suas próprias forças, mas à custa de uma indevida intromissão e utilização de elementos reservados da empresa alheia. Há um aproveitamento da prestação alheia, que é por outro lado contrário às normas e usos honestos.

Se divulga segredos alheios, sem os aproveitar, há um acto de agressão. A concorrência desleal não representa um acto de gestão da própria empresa, mas isso não é essencial. O que interessa é que o agente se dirige a uma posição favorável na concorrência, não através da própria prestação, mas através do ataque às posições dos concorrentes. Não há concorrência baseada nas qualidades da própria prestação, e portanto há violação do princípio da prestação.

16. Conclusão

Estamos aptos a tirar as conclusões que resultam da análise dos tipos de concorrência desleal legalmente especificados.

Perguntámos se em todos eles poderíamos encontrar uma violação do princípio da prestação.

A determinação em concreto da aplicabilidade deste princípio, e nomeadamente do seu âmbito, traz seguramente problemas. Mas esse não pode ser o nosso objectivo. Basta-nos verificar a coincidência fundamental.

Apurada esta, podemos passar à segunda parte da análise. Há muitas figuras de concorrência desleal que não são típicas, assentam somente na cláusula geral do proémio do art. 260.º CPI. Há assim que verificar que sentido tem, em relação a essas categorias, a hipótese da coincidência com a violação do princípio da prestação. E nomeadamente, verificar se este princípio pode servir de auxílio para esclarecimento de casos duvidosos.

7. Actos de aproveitamento: âmbito

Vejamos que ensinamentos podemos retirar para casos não tipicamente previstos.

Pelo seu conteúdo, classificamos os actos de concorrência desleal em actos de:

- aproveitamento
- agressão
- contra os consumidores
- de (mera) desorganização do mercado.

Em que âmbito podem ser atingidos pelo princípio da prestação os actos de aproveitamento de prestações alheias?

A ligação é muito directa. Haveria uma «exploração da prestação alheia» ⁽¹⁵⁾. Baumbach/Hefermehl afirmam que o agente pode imitar o que não é protegido, mas não o pode fazer tal qual nem usurpá-lo ⁽¹⁶⁾.

⁽¹⁵⁾ Hubmann, *Gewerblicher Rechtsschutz* cit., § 49 IV 1 a.

⁽¹⁶⁾ Tão-pouco aproveitar o renome alheio para fazer acreditar as próprias mercadorias. «Tais práticas falseiam o confronto das prestações, porque já não é a própria prestação que é oferecida»: *Einleitung UWG*, n.º 102.

Independentemente de uma delimitação mais rigorosa, que seria aqui deslocada pela pluralidade de distinções que importaria, vemos que a essência está nas situações em que alguém procura vencer no mercado, não pela sua própria contribuição, mas explorando as contribuições alheias. Assim, o princípio da prestação leva a rejeitar esta actuação ⁽¹⁷⁾.

Verifica-se que o princípio da prestação nos dá um critério de solução, à luz do qual será possível avançar na determinação da difícil fronteira entre a liberdade de imitação e a concorrência desleal.

A problemática da imitação traz-nos alguns dos problemas mais graves em matéria de concorrência desleal. Teremos de limitar-nos a um breve aceno.

Estão aqui em causa as situações em que a imitação não implica todavia a indução em erro do consumidor. Se assim não fosse, o acto seria repellido por força da confusão, que representa um fundamento típico. Mas pode haver o mero aproveitamento de prestações alheias, sem se criar o risco de confusão. É o que se dá quando um concorrente copia a acentuação empresarial doutro, actuando porém ostensivamente em seu próprio nome.

Já foi dito que o princípio seria o da proibição da imitação, salvo havendo uma causa de justificação. Mas o princípio é o contrário. A imitação, como grande fundamento de progresso social, é livre, salvo se alguma razão especial tolher essa liberdade.

Neste sentido, pensamos que não se quer recorrer à *adequação social* da conduta de quem imita. Se o princípio é o da liberdade, não há que desvalorizar as condutas com a alegação de que são socialmente adequadas.

Quando surge porém o carácter qualificativo da imitação, que leve a considerar que se trata de um acto de concorrência desleal?

Uma hipótese significativa é-nos dada pela *concorrência parasitária*. O conceito foi desenvolvido pela doutrina italiana. Não bastaria a imitação de elementos isolados, seria necessário que a concorrência seguisse servilmente, contínua e globalmente a actividade empresarial alheia.

⁽¹⁷⁾ É o critério que vimos já que nos permite avançar na discriminação das referências não autorizadas.

Diríamos assim que a concorrência parasitária só surge quando a empresa não dá a sua própria contribuição, porque se limita a copiar a prática empresarial alheia.

O exemplo ajuda-nos a reencontrar o princípio da prestação. Este permite-nos entender que não são actos isolados de imitação (a pintura das fachadas com o mesmo estilo, as vestimentas das empregadas) que excluem que cada empresa apresente as suas próprias prestações. A concorrência só é descaracterizada quando uma empresa, em vez de actuar segundo uma linha própria, se limita, parasitariamente, a seguir os traços da linha alheia. É então que não se impõe no mercado pela própria prestação, mas por prestações alheias.

Diremos assim que o princípio da prestação nos dá um critério auxiliar de solução, à luz do qual avançaremos melhor na difícil distinção, entre os actos de aproveitamento, dos que representam livre imitação e dos que trazem concorrência desleal, por serem parasitários.

18. Actos de agressão em geral

Outra categoria de actos de concorrência desleal é constituída pelos actos de agressão. Destes, estão tipificadas as falsas afirmações com fim de descrédito (al. *b*). Quanto à violação de segredos de negócios, dissemos já que só respeita a esta matéria a apropriação seguida de divulgação, por só aí se caracterizar uma agressão.

Criam-se problemas na demarcação do âmbito possível destas situações. Assim, suponhamos que alguém incita os trabalhadores da empresa concorrente a rescindirem ilegalmente os contratos de trabalho. Decerto que com isso obtém uma vantagem no mercado que não resulta da própria prestação: o aliciamento dos trabalhadores representa concorrência desleal.

Que pensar porém se não pretende os trabalhadores para si, e apenas pretende desorganizar a empresa alheia?

Outros exemplos poderão ser ainda mais elucidativos.

O empresário que deita fogo à loja do concorrente pratica concorrência desleal?

Ou o que denuncia o concorrente por um crime sexual?

Na realidade, o problema não está na observância ou não do princípio da prestação; está na ausência de um acto de concorrência.

Estes actos não representam exercício da actividade profissionais. São apreciados por outros critérios: não foi para eles que surgiu a concorrência desleal.

Assim, o art. 41.º do Dec.-Lei n.º 28/84 regula a ofensa à reputação económica de outrem. Mas não a faz depender da relação de concorrência. Os actos de agressão estranhos ao exercício empresarial estão fora da disciplina da concorrência desleal.

Devem pois ser regulados por outros princípios, consoante a fisionomia que revistam, mas não por uma disciplina como a da concorrência desleal, que lhes não é dirigida.

Em todo o caso, não deixamos de acrescentar que, se fossem considerados actos de concorrência, seria líquido que não satisfariam o princípio da prestação, e então haveria que qualificá-los de concorrência desleal ⁽¹⁸⁾.

19. Actos contra os consumidores que não sejam de indução em erro?

Encontrámos uma categoria de actos contra consumidores típicos, caracterizados pelo indução em erro.

Mas além destes haverá outros actos contra consumidores que devam igualmente ser englobados na concorrência desleal? Poderemos nomeadamente dizer que todo o acto contra o consumidor é de concorrência desleal, porque não se pode fazer concorrência «nas costas» dos consumidores?

Vamos distinguir várias hipóteses.

1) *Venda de produtos de má qualidade, ou lesivos da saúde ou segurança.*

Serão de concorrência desleal, levando a uma eventual cumulação de Direito do Consumidor e Direito da Concorrência Desleal?

⁽¹⁸⁾ Multiplicar-se-iam então as hipóteses de concurso com outras disciplinas, como a das infracções anti-económicas. Observe-se porém que mesmo com o entendimento que adoptamos esse concurso continua a ser possível.

Na realidade, neste caso encontramos um acto de concorrência. Desde que, como já vimos, nada há que permita afirmar que na concorrência vença ou deva vencer a prestação melhor, não é o princípio da prestação que é atingido. Aqui vence-se pela própria prestação. Se há alguma ilicitude, vem de regras diferentes, e não das que compõem a concorrência desleal.

Diríamos então que toda esta matéria pertencerá ao Direito do Consumidor, mas não caracteriza concorrência desleal por não trazer afronta ao princípio da prestação.

2) *O talhante rouba no peso*

Há concorrência desleal?

Na realidade, o acto pode ainda ser concebido como de indução em erro. Cai realmente na concorrência desleal (em concurso com outras normas), mas isto porque há indução em erro do consumidor.

Outras modalidades serão consideradas em especial nos números seguintes.

20. Actos de coacção contra consumidores

A doutrina alemã desenvolveu a categoria dos actos de coacção contra consumidores. Nordemann fala em coacção directa e em coacção psicológica⁽¹⁹⁾. Hubmann só fala na coacção psicológica⁽²⁰⁾. De qualquer maneira, todas as modalidades se reconduzem a formas de coacção psicológica.

Formas de coacção indirecta estaria na imposição da compra de um bem em caso da prestação de um serviço ou de aquisição de outro bem.

A situação é diferente das anteriormente contempladas. Se o consumidor é coagido, o elemento de livre escolha que permite a distinção entre as prestações concorrentes, desaparece. Há assim uma lesão clara do princípio da prestação.

⁽¹⁹⁾ *Wettbewerbsrecht* cit., n.ºs 165 e segs.

⁽²⁰⁾ *Gewerblicher Rechtsschutz* cit., § 49 IV 1 b.

Difícil é porém situar as fronteiras da coacção.

Particularmente os métodos de coacção indirecta têm sido objecto na doutrina germânica de uma extensão desmesurada.

Vamos limitar-nos a focar alguns aspectos.

O caso dos *métodos publicitários importunos* é típico.

Nordemann observa que toda a publicidade é incómoda. Seria porém inadmissível quando pelo seu âmbito ou intensidade pusesse em perigo a concorrência pela prestação ⁽²¹⁾.

O que é certo é que por este caminho se discute cada vez mais se constituem concorrência desleal a publicidade excessiva, a abordagem nas ruas, a publicidade domiciliária, a publicidade pelo telefone, por envio de produtos não encomendados, por carta...

É claro que uma análise de todos estes casos nos levaria longe de mais. São usados argumentos de espécie: por exemplo, na publicidade telefónica, o de que a sua utilização por uma empresa poderia bloquear as linhas, e então já não estariam todos os concorrentes em idêntica posição...

Este excesso, porém, só se compreende à luz das características do sistema germânico de concorrência desleal.

Este é um sistema integrado, em que se atende simultaneamente aos interesses gerais, dos concorrentes e dos consumidores.

As formas molestas de publicidade são atingidas, por representarem actos contra os consumidores.

Entre nós, porém, o Direito dos Consumidores foi mantido distinto da Concorrência Desleal. E à luz dos princípios desta, não há em geral motivo para chegar às mesmas conclusões.

Recorra-se ou não a métodos publicitários importunos, a concorrência continua a basear-se na própria prestação, que é por este modo apresentada.

Só em casos verdadeiramente extremos, em que se pusesse em causa a liberdade de escolha, quiçá pelo carácter opressivo do meio utilizado, que forçasse o consumidor à aceitação com fim de pôr termo à pressão, se pode falar de concorrência desleal. Mas

(21) *Ibid.*, n.º 241.

então, não havendo liberdade de escolha, não se respeitaria também o princípio da prestação.

Fora destes casos, seja importuno ou não o método, a liberdade não desce abaixo do nível crítico.

Isto não significa que os métodos não possam ser proibidos. Nomeadamente, pode ser vedada ou restringida a propaganda domiciliária ou o envio de produtos não encomendados, por exemplo.

Mas isso, por força de regras do Direito da Publicidade ou da disciplina das vendas. Essas regras, em Portugal, não respeitam à concorrência desleal. Seria por isso deslocado procurar nelas manifestação do princípio da prestação.

21. Exploração de inclinações ou fraquezas humanas

Tende-se a autonomizar esta categoria, que teria o maior significado pelo prisma do princípio da prestação.

A grande dificuldade vem de, na realidade, a concorrência se fazer por muitos processos, diferentes da qualidade e preço, sem que isso signifique necessariamente que represente concorrência desleal.

O caso exemplar é-nos dado pela publicidade. Se apenas a qualidade e o preço valessem, a publicidade seria necessariamente interdita. Ou então, só valeria uma publicidade estritamente objectiva, em que se catalogassem as qualidades e preços dos produtos. É um pouco o que se passa nas profissões liberais em que só se podem dar indicações como a que «retomou a clínica» ou «mudou o seu escritório para...».

Era também, curiosamente, o modelo vigente no regime corporativo medieval, normalmente referido como não concorrencial. A publicidade era interdita, o que significa que só indicações estritamente descritivas eram válidas. O consumidor decidia-se, verdadeiramente, pela qualidade e preço; ou só pela qualidade, se os preços fossem tabelados.

Mas nada tem que ver com a situação actual. A publicidade é por natureza sugestiva. Procura-se atrair o consumidor, e não apenas descrever objectivamente as características da prestação.

A apresentação dos produtos ou serviços pode fazer-se suscitando sentimentos de piedade, de gratidão, de medo... Mas pode também recorrer à paixão clubista, a impulsos altruístas, à supersensibilidade... A gama dos sentimentos humanos exploráveis é quase infundável.

Para Nordemann, o nó górdio estaria na relação da publicidade com o objecto da oferta, de maneira a ser materialmente justificada (22). Temos de ser porém cautos neste caminho, porque a ser rígidos praticamente deixaria de haver publicidade. Dissemos já que a publicidade, tal como a conhecemos, não é descritiva, mas sugestiva.

E se fôssemos abolir o apelo a sentimentos, a própria venda de cartões de Natal pela UNICEF deveria ser condenada.

A verdade é que a publicidade é hoje por todo o lado o reino dos sentimentos e das emoções à solta. E até dos maus sentimentos, a gula — a ostentação, «o seu vizinho vai morrer de inveja»... É estruturada para conduzir a uma decisão que se não baseia na prestação em si. O que significa que toda a publicidade põe em causa o primado da prestação.

O problema está antes de mais em saber onde traçar a fronteira. Baumbach/Hefermehl afirmam que a liberdade de escolha é um ideal; a publicidade pode ser sugestiva sem tolher a liberdade (23). É verdade, mas a pureza do princípio da concorrência pelas prestações perde-se.

Talvez seja mais verdadeiro falar de uma *adequação social*, que leva a que só os casos mais chocantes sejam atingidos. Estaria neste caso a publicidade pelo ódio, ou pela superioridade racial, ou pelo menosprezo dos valores religiosos (24).

Isto é realmente concorrência que está fora do princípio de prestação. Isto é muito mais, seguramente, como a exploração da sensualidade. Mas há que contar com a acomodação da sociedade em que vivemos em relação à publicidade. A publicidade, aparentemente degradada, aparentemente disciplinada, é na realidade

(22) *Wettbewerbsrecht* cit., n.º 193.

(23) *Wettbewerbsrecht* cit., n.º 98.

(24) É mesmo então com muitas reservas. Correm mundo os cartazes da Benetton.

quem disciplina. Por isso a caracterizámos como o meio privilegiado de educação na sociedade de massas.

22. Conclusão

Que concluir, quanto à relação da concorrência desleal e da tutela do consumidor?

Os actos contra o consumidor não são por si actos de concorrência desleal, na ordem jurídica portuguesa. A pretensão de que é desleal toda a concorrência «feita nas costas do consumidor» não é aceitável tal qual.

São porém de concorrência desleal os actos lesivos dos consumidores que ponham em causa a genuinidade da escolha, por parte destes. Justamente porque então é o princípio da prestação que é atingido. Nesses casos, já não é a objectividade das prestações que se torna decisiva.

A indução em erro é uma modalidade de concorrência desleal, porque fundada no falseamento da escolha. Mas pode haver outros actos, que tenham análogo fundamento. São dessa ordem hipóteses de coacção sobre o consumidor, que atingem a liberdade da escolha.

A exploração de inclinações ou fraquezas humanas dá-nos outro exemplo. Deveria levar-nos muito mais longe, na condenação de formas de publicidade que exploram sentimentos ou emoções humanas. Mas a publicidade goza de facto um estatuto de favor, que torna socialmente adequadas formas substancialmente incorrectas.

O princípio da prestação tem neste caso uma intervenção decisiva. Permite uma extensão das modalidades de concorrência desleal fundadas em actos contra os consumidores para além da indução em erro. Mas mostra que só são relevantes as que falseiam a liberdade de escolha do consumidor.

23. Actos que atingem o regular funcionamento do mercado

A categoria mais duvidosa de actos de concorrência desleal é a dos actos que vão contra a organização do mercado em geral. A própria admissão da categoria traz dificuldades.

As doutrinas germânicas dão-lhe uma grande extensão. Já Ulmer, na sua exposição comparativa sobre «A Repressão da Concorrência Desleal nos Países Membros da CEE» ⁽²⁵⁾, falava na boicotagem e discriminação, na baixa de preços, na infracção dos sistemas contratuais de venda, nas vendas com prémios, na entrega gratuita de mercadorias, nos saldos, nas liquidações e outras formas particulares de vendas... A lista não pára de crescer.

Em todos estes casos, haveria actos que iriam contra interesses gerais, consubstanciados na boa organização do mercado. É porém impossível dizer, na ordem jurídica portuguesa, que todo o acto que viola interesses gerais do mercado deve ser considerado de concorrência desleal.

Na ordem jurídica portuguesa, sempre se distinguiu concorrência ilícita e concorrência desleal. Concorrência ilícita seria aquela que violasse proibição específica. Concorrência desleal seria a que fosse contra normas e usos honestos de qualquer ramo de actividade. Portanto, do facto de um acto contrariar uma regra injunctiva que tutela interesses gerais, não se segue que esse acto seja necessariamente de concorrência desleal.

Onde estará então o critério distintivo?

Vamos distinguir a violação de regras genéricas e específicas.

1) *Genéricas*

Suponhamos que um concorrente pratica evasão fiscal, ou se furta ao pagamento de licenças. Consegue assim uma posição favorecida em relação aos concorrentes. Já não estão todos em igualdade de condições.

Haverá concorrência desleal? Respondem afirmativamente Hubmann ⁽²⁶⁾ e a generalidade da doutrina germânica.

Mas desde logo nos parece que não devemos qualificar estes actos como actos de concorrência. Estão fora da luta concorrencial. Representam ainda actos emergentes da gestão empresarial, mas não são actos no mercado.

⁽²⁵⁾ *Vergleichende Darstellung*, em *Das Recht des unlauteren Wettbewerbs in den Mitgliedstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft*, C. H. Beck/Karl Heymans.

⁽²⁶⁾ *Gewerblicher Rechtsschutz* cit., § 49 IV 1 c.

Embora sejam actos ilícitos, não vemos que no nosso direito alguém os qualificasse como desleais.

Isto significa que os actos que violam proibições gerais não podem, desde logo, ser qualificados como actos de concorrência desleal. Não há pois que verificar se satisfazem ou não o princípio da prestação.

2) *Específicas*

Passemos aos actos que violam proibições específicas, relativas já portanto ao modo de exercício da actividade económica.

Tão-pouco as regras que disciplinam a actividade económica podem ser qualificadas *ipso facto* como regras de concorrência desleal. Representarão restrições da concorrência ou modos de exercício da actividade. Violá-las é fazer concorrência ilícita. Mas não são automaticamente de concorrência desleal.

Seguramente que a infracção pode criar vantagens ao violador. Com isso, afirmam Baubach/Hefermehl que o concorrente não pode criar uma vantagem na concorrência pela inobservância de limites legais, que valem para todos ⁽²⁷⁾.

Aqui, o agente pratica realmente um acto de concorrência, violando o limite legal. E dir-se-ia que obtém efectivamente uma vantagem que não resulta da prestação oferecida.

Mas a verdade é que o agente faz real concorrência pela prestação! É por razões de todo alheias ao princípio da prestação que o seu acto é ilícito.

Ora, a concorrência ilícita e a desleal não se confundem. Contra a concorrência ilícita haverá os meios de reacção próprios, que não são os da concorrência desleal.

É um facto que a prática de actos ilícitos dá uma vantagem ao sujeito. Mas daí não se segue que essa vantagem resulte de se ter infringido o princípio da prestação. Há que valorá-la à luz doutros complexos de regras.

Portanto, também a infracção de condições específicas não representa, em princípio, um desmentido à concorrência pela prestação, porque está fora da concorrência desleal.

(27) *Wettbewerbsrecht* cit., *Einleitung UWG*, n.º 103.

24. Casos particulares

Há porém que examinar em particular certos casos que têm sido discutidos.

Os casos em que há violação de regras disciplinadoras de actividade no mercado que se têm apontado ainda podem pertencer a duas grandes categorias:

- violação de regras sobre a liberdade de concorrência
- violação de regras sobre a actividade económica

Na primeira categoria têm-se inscrito actos como a *boicota-gem*, a *discriminação* e o *abuso de posição dominante*.

Seguramente que aqui há violação do princípio da prestação. Mas isso acontece desde logo porque, como vimos, o princípio da prestação caracteriza todo o direito da concorrência, e não apenas a concorrência desleal. Não traz portanto nenhum argumento quanto à integração da matéria no âmbito da concorrência desleal.

A segunda categoria de casos será seguidamente objecto de análise em especial.

25. O carácter global da prestação

Neste contexto surgem vários casos duvidosos, em que pensamos que o que está em causa antes de mais é o verdadeiro entendimento do que seja a «prestação» que daria o objecto do princípio que nos tem conduzido.

Vamos figurar duas hipóteses:

- 1) a violação das regras sobre o horário de encerramento dos estabelecimentos
- 2) as vendas com brindes

Quando se analisam casos desta natureza, há desde logo que sublinhar que neles não há violação do interesse do consumidor. Pelo contrário, o consumidor sai beneficiado se os estabelecimentos estão mais longamente abertos ou se recebe brindes por ocasião da aquisição de bens ou serviços.

Já se procurou negá-lo, invocando o «verdadeiro interesse do consumidor». Mas o verdadeiro interesse do consumidor não é nenhum interesse real, é a imposição ao consumidor de um interesse no funcionamento do sistema. A verdade é que aqui não se joga com interesses sublimados, mas com interesses imediatos. Se o consumidor acaba por ser vítima daquela prática por via do prejuízo trazido ao sistema é aspecto que está para além da margem de apreciação do intérprete.

Isto significa que estes actos só poderão ser considerados violadores da leal concorrência pelo prisma da violação do interesse no regular funcionamento do mercado, e não pelo da violação do interesse do consumidor.

Em todos estes casos, há seguramente actos de concorrência. Poderão ser ilícitos: a violação das regras sobre horário de encerramento dos estabelecimentos é-o seguramente. O problema é se, além de ilícitos, serão ainda desleais.

É neste ponto que pode ter a maior importância a análise à luz do princípio da prestação. Há que verificar se se faz ou não concorrência pela prestação.

Ora, a análise destes casos torna-nos patente uma ambiguidade que se oculta na referência ao primado da prestação.

Vamos tomar em particular a figura das vendas com brindes e, mais genericamente, as ofertas com incentivos que não derivam da qualidade nem do preço do produto ou serviço⁽²⁸⁾.

No extremo, pode-se pôr a hipótese da oferta gratuita de produtos. Por exemplo, o pão, fornecido a clientes de um supermercado; o jornal, acompanhando certos serviços.

Mas isso será fazer concorrência desleal — nomeadamente, em relação às padarias ou aos outros jornais? Ou em relação aos concorrentes do sector?

A condenação destas práticas teria de se basear na violação do interesse geral numa sã organização do mercado.

⁽²⁸⁾ Os autores germânicos integram-nos numa categoria ampla de *Wertreklame*. Ser-lhes-ia comum a circunstância de a publicidade não se fazer unicamente através da qualidade e preço, mas através de uma vantagem especial que não estaria objectivamente ligada à prestação (*unsachliche*) — o que seria dificilmente conciliável com uma concorrência pela prestação: cfr. Baumbach/Hefermehl, *Wettbewerbsrecht* cit., § 1.º UWG, n.º 85.

Mas elas representam, ou não, uma infracção do princípio da prestação?

A própria colocação do problema mostra que o isolamento da prestação, bem como o modelo ático de meios de concorrência que nos é proposto, não são admissíveis.

E isto nos impõe um aprofundamento do que entender por *prestação*, quando se invoca o princípio da prestação.

Na realidade, há uma ambiguidade oculta na referência à «prestação».

Esta poderá ser antes de mais concebida:

- isolada
- globalmente

Se a concebemos isoladamente, desde que na oferta interviessem outros factores haveria violação do princípio da prestação. A preferência pelos produtos ou serviços não seria determinada apenas pela qualidade e preço. Interviriam outros factores, como a publicidade, a apresentação, a facilidade de aquisição ou vantagens acessórias concedidas.

Isto demonstra por si que esta rigidez seria inadmissível. Desde logo devemos observar que a prestação não é a prestação abstracta, mas a prestação na sua apresentação concreta. A apresentação faz parte do objecto de escolha do consumidor.

Mas não é este o único entendimento possível do princípio da prestação. A prestação pode não ser tomada atomisticamente, mas globalmente. O que se perguntará então é se, em conjunto, a prestação oferecida por aquela empresa não se superiorizou às restantes, por apresentar mais disponibilidade para o consumidor, ou por trazer a este vantagens adicionais.

E a resposta deve ser afirmativa. Não há razão nenhuma para quadricular o mercado, fazendo a comparação produto a produto ou serviço a serviço. Doutra maneira, eliminaríamos grande parte da inovação na vida dos negócios. O que interessa é que aquela prestação, globalmente, esteja em melhores condições para determinar a escolha do consumidor.

A ser assim, hipóteses desta ordem não representariam ofensa do princípio da prestação.

O que levaria a concluir que, ainda nestes casos, a violação das regras tendentes a uma sã organização do mercado não bastaria para configurar concorrência desleal. Poderia haver infração de regras legais, mas isso só confirmaria a não coincidência entre concorrência ilícita e concorrência desleal.

Há porém que estabelecer um limite.

O que está em causa é sempre o lançamento no mercado de produtos ou serviços.

As prestações acessórias, dentro do princípio da globalidade, não trazem dificuldade, porque elas próprias compõem a prestação desse produto ou serviço.

Porém, se o seu relevo cresce, de maneira a não serem mais acessórias, já o julgamento deve ser diferente.

Se o brinde, a expectativa de ganho aleatório, ou outra vantagem adicional são de tal maneira relevantes que ameaçam torna-se o objecto principal da opção do consumidor, em detrimento do bem principal que é referido, já o princípio da prestação é posto em causa.

Então, a lucidez da escolha do consumidor é perturbada por elementos que já não são meramente acessórios em relação à prestação principal.

Não é próprio de uma concorrência sã que os competidores se empenhem, não no aperfeiçoamento da prestação nuclear, mas em aspectos que distraem a atenção do público em relação ao que deveria estar em causa.

Diremos assim que, sempre a prestação que deveria ser acessória ganhe tal relevância que cria o risco de fazer o consumidor perder de vista a prestação nuclear, a concorrência é falseada e há violação do princípio da prestação.

26. Conclusão

Não podemos excluir, à partida, que haja actos nocivos ao mercado que representem actos de concorrência desleal. E podem representar só esta, se não houver regra proibitiva daquelas formas de concorrência.

Que auxílio nos dá aqui o princípio da prestação?

Permitiu-nos verificar que por vezes só está em causa a concorrência ilícita: quando o princípio da prestação está assegurado.

Mas quando não o está, é admissível concorrência desleal.

De todo o modo, sempre que houver simultaneamente concorrência ilícita e concorrência desleal, aplicam-se as regras gerais do concurso. O facto não representa por si nenhuma anomalia.

27. Caracterização

Que concluir sobre a natureza jurídica do princípio da prestação?

Observemos antes de mais que a exposição anterior não logrou desfazer uma certa ambiguidade na conceituação mesma do princípio.

Hubmann observa com justeza que a deslealdade da concorrência se faz derivar normalmente dos meios utilizados; mas há muitos que são eticamente indiferentes, como as ofertas aos clientes e as reduções de preços. O critério estaria antes na lesão ou colocação em perigo de interesses protegidos ⁽²⁹⁾. Mas por este caminho, parece, acaba por tirar autonomia ao princípio da prestação ⁽³⁰⁾.

Sem dúvida que o princípio da prestação configura algo de relativamente mais concreto que a cláusula geral das normas e usos honestos.

Em si, pode ser caracterizado como um princípio material. Tem conteúdo substantivo, não se limita a dar um critério de valoração.

Todavia, é um princípio e não uma norma. Não tem a concretização desta, permitindo chegar a uma consequência específica para determinada factispécie.

⁽²⁹⁾ *Gewerblicher Rechtsschutz* cit., § 49 IV 2.

⁽³⁰⁾ Também Baumbach/Hefermehl, *Wettbewerbrecht* cit., *Einleitung* WG, n.º 98, observam a ambiguidade de *Leistungswettbewerb*, que poderia ser entendido de dois modos:

a) como princípio ordenador de relações no mercado. Seria então uma instituição, e um conceito de política da concorrência.

b) como forma dos comportamentos concorrentes pretendidos, servindo a concretização do conceito dos «bons costumes».

O princípio da prestação seria assim um correspondente material da cláusula geral. Permite unificar substantivamente as condutas conformes às normas e usos honestos.

Mas, por outro lado, o princípio da prestação é apenas um princípio orientador (*Leitbild*), e portanto um princípio auxiliar da interpretação e aplicação.

Fundando-se no conteúdo subjacente aos casos regulados por lei, dá uma ponte para os casos não regulados.

Como se baseia nas exigências decorrentes das normas e usos honestos, tem de ultrapassar a variabilidade destas, de sector para sector de actividade.

O que significa que a consolidação progressiva do seu conteúdo terá de ser obtida a partir das previsões legais, da jurisprudência e da análise daquelas regras e usos.

Não podemos ter assim a pretensão de receber do princípio da prestação respostas 100% taxativas e unitárias.

Haverá que admitir uma certa variabilidade, pois o preenchimento nos espaços deixados à autonomia pode ser diferente; tal como podem ser diferentes os usos, desde que comportáveis nos conceitos-quadro de lealdade e deslealdade.

O princípio da prestação revela-se assim como uma trave mestra no sistema da concorrência.

Resta saber se cobre integralmente o campo da concorrência desleal: se todas as manifestação se deixam explicar através dele.

28. Correspondência entre lesão do princípio da prestação e concorrência desleal

Podemos falar de uma correspondência biunívoca de concorrência desleal e princípio da prestação?

A pergunta pode cindir-se em duas:

1) Pode satisfazer-se o princípio da prestação e não obstante haver concorrência desleal?

2) Pode não se satisfazer o princípio da prestação e não obstante não haver concorrência desleal?

1) Eventual excesso da concorrência desleal sobre o princípio da prestação.

Perguntamos pois se pode haver concorrência desleal sem ofensa do princípio da prestação.

A análise que fizemos permite-nos uma resposta negativa.

Em todos os casos que se desenham em Portugal de concorrência desleal há simultaneamente insatisfação do princípio da prestação.

E vimos que o mesmo acontecia nos casos não previstos, cujo âmbito fomos tentativamente fixando.

Isto permite-nos enunciar o primeiro princípio: toda a concorrência desleal implica violação do princípio da prestação.

2) Eventual lesão do princípio da prestação sem se verificar todavia concorrência desleal.

A própria colocação do problema só é compreensível se acrescentarmos imediatamente que se excluem os casos em que a lesão do princípio da prestação atinge a liberdade da concorrência. A pergunta deve pois ser correctamente assim colocada: pode haver casos em que haja lesão do princípio da prestação e que, embora não infrinjam as regras da livre concorrência, não devam ser também considerados de concorrência desleal?

Portanto, o que se pergunta é se a violação do princípio da prestação é condição suficiente para a verificação de infracção da livre concorrência ou para a concorrência desleal.

Têm sido apontadas várias razões que impediriam aquela correspondência:

- bagatelas, ou lesões pouco significativas
- adequação social
- intervenção de uma causa de justificação

Mas semelhantes objecções parecem objectivamente irrelevantes.

Aqueles casos não são de excepção ao princípio da prestação como tal. São, mais vastamente, de afastamento das consequências que normalmente poderiam resultar de um acto que teria as características que indiciariam uma lesão das normas e usos honestos.

Tanto atingem o princípio da prestação como aquela cláusula geral. Não têm pois relevância específica para a problemática que nos ocupa, da correspondência entre violação do princípio da prestação e contrariedade às normas e usos honestos.

Por isso, não vemos que tenham sido apresentadas razões convincentes contra a suficiência da lesão do princípio da prestação para indiciar a concorrência desleal. Antes, o que nos aparece é uma correspondência permanente entre violação do princípio da prestação e violação das normas e usos honestos. Temos porém de admitir sempre a possibilidade de haver norma ou uso em contrário, que não devem ser qualificados como desonestos, que excluem a concorrência desleal em casos em que há todavia violação do princípio da prestação.

29. Conclusão geral

A nossa análise revelou-nos um grau muito elevado de coincidência do princípio da prestação e da valoração pelas normas e usos honestos.

Podemos dizer que o princípio se nos revelou como a projecção material da cláusula geral do proémio do art. 260.º CPI.

Surge-nos como uma espécie de sombra, no plano material, do princípio formal. Torna assim possível avançar na racionalização do conteúdo da cláusula geral.

Por maior que seja a sua importância, porém, o princípio da prestação não pode ser confundido com o próprio critério de decisão.

O critério de decisão está, e está apenas, na contrariedade às normas e usos honestos. Não podemos duplicar os critérios, ou encontrar o momento decisivo na contrariedade ao princípio da prestação. Este não tem força preceptiva directa.

Qual é o seu significado, então?

É um princípio hermenêutico. É da maior valia para a demarcação do conteúdo material da cláusula geral de contrariedade às normas e usos honestos, dada a correspondência que verificámos. E o preenchimento material das cláusulas gerais, aqui como nos outros sectores, é um momento fundamental para a segurança e

fundamentação das decisões, bem como para o seu controle racional.

Portanto, em definitivo, o princípio da prestação intervém em matéria de concorrência desleal como um princípio hermenêutico.

Tem âmbito universal, pois cobre todo o domínio da concorrência desleal.

É extraído da função geral da concorrência e das manifestações positivas da concorrência desleal na ordem jurídica portuguesa.