

ÍNDICE

APRESENTAÇÃO	7
------------------------	---

DOCTRINA

<i>Apontamentos de direito(s) da concorrência</i> J. M. COUTINHO DE ABREU	11
<i>Responsabilidad de las empresas por productos defectuosos (el concepto de productor responsable)</i> FERNANDO CARBAJO CASCÓN	27
<i>O tempo, a imprevisão e o arrendamento: em especial, as medidas extraordinárias da pandemia e o contrato de arrendamento comercial</i> MARIA RAQUEL GUIMARÃES	65
<i>O Brexit e o art. 4º do Código das Sociedades Comerciais</i> PEDRO LEITÃO PAIS DE VASCONCELOS	97
<i>“Responsabilidade social” na (ir)racionalidade das decisões dos administradores de sociedades</i> RICARDO COSTA	123
<i>Tomado por distribuidor – A posição equívoca do tomador de seguro de grupo perante as regras da distribuição de seguros (a propósito do acórdão do BHG de 15/10/2020)</i> MARIA INÊS DE OLIVEIRA MARTINS	141

<i>A SPAC – Teste de compatibilidade com o direito societário português</i>	
TOBIAS HAMANN	185

<i>O financiamento societário pelos sócios e o regime dos preços de transferência</i>	
MARIANA LEITE DA SILVA	211

JURISPRUDÊNCIA COMENTADA

<i>Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 422/2020, 15 de Julho de 2020</i>	237
<i>O lugar da Constituição portuguesa no constitucionalismo transconstitucional contemporâneo – A propósito de um subsídio à exportação</i>	
CATARINA SANTOS BOTELHO	345

<i>Acórdão do Tribunal de Contas n.º 15/2021, 22 de Junho de 2021</i>	377
<i>O Tribunal de Contas e as empresas públicas</i>	
MARIA MATILDE LAVOURAS	399

<i>Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, 16 de Setembro de 2021 . . .</i>	421
<i>A revisão oficiosa dos atos de autoliquidação de imposto e o “teorema” de Kirchmann</i>	
JOÃO PEDRO RODRIGUES	433

LEIS E REFORMAS

<i>ALTERAÇÕES AO CÓDIGO DOS VALORES MOBILIÁRIOS</i>	
<i>Lei n.º 99-A/2021, de 31 de Dezembro</i>	
<i>Identificação dos acionistas, transmissão de informações, facilitação da participação em assembleias gerais e a receção do voto plural – Breve apontamento</i>	
ELDA MARQUES	461

APRESENTAÇÃO

*A obra colectiva **DIREITO DAS EMPRESAS – Reflexões e Decisões** visa o estudo, o comentário e a anotação nos vários domínios do Direito em que a “empresa”, entendida (em termos bivalentes) como estrutura-organização e como sujeito titular de posição jurídica, se radica, se integra e se espraia transversalmente como fonte e objecto de regulação.*

A obra assenta em vários segmentos de análise e aspira a tratamentos dogmáticos, prático-jurídicos, metodológicos, proponentes e interdisciplinares.

A obra dirige-se aos diversos profissionais e membros da comunidade jurídica, assim como a todos aqueles que, noutras áreas do conhecimento, se relacionam com as disciplinas e as matérias do direito empresarial.

A obra está aberta aos mais diversos contributos, para além dos angariados pela Coordenação, que poderão ser enviados para publicação (direitodasempresas@grupoalmedina.net) e admitidos após averiguação dos padrões exigidos para esse efeito.

Fevereiro de 2022

RICARDO COSTA

Apontamentos de direito(s) da concorrência

J. M. COUTINHO DE ABREU

Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

O direito da concorrência compreende os seguintes títulos: direito das proibições de concorrência, direito de defesa da concorrência e direito contra a concorrência desleal (ou direito da concorrência leal).

Façamos uma excursão breve por estes títulos. Visitando rápida e panoramicamente os dois primeiros, percorrendo menos apressadamente o terceiro.

1. Proibições de concorrência

Embora o princípio seja a livre iniciativa económica (CRP, art. 61º, 1) e a (promoção e garantia da) concorrência (CRP, art. 81º, f), TFUE, arts. 101º, ss., 119º, 1, 120º), há casos em que, por mor de outros interesses, a lei, de modo direto ou não, proíbe a concorrência. Proibição não absoluta, porém, porquanto superável por acordo dos interessados. Exemplifiquemos.

Salvo deliberação autorizadora, os *gerentes e administradores* não podem exercer por conta própria ou alheia atividade concorrente com a da sociedade que administram (CSC, arts. 254º, 1, 398º, 3, 428º). Pretende-se com isto prevenir o risco de os administradores (em sentido amplo) descurarem os interesses das respetivas sociedades por cuidarem de outros interesses conflitantes.

Efeito da *alienação de uma empresa* é a obrigação de entregá-la (cfr. no CCiv. os arts. 879º, b), 939º, 954º, b)). Porque a empresa é um bem complexo, com valores de organização e (em regra) de exploração, uma entrega efetiva impõe ao alienante (direto e/ou indireto) conhecedor ou participante desses valores a obrigação de não concorrer em determinado espaço e durante certo tempo com o adquirente.¹

Fala-se às vezes, a propósito destes casos, de (proibição de) concorrência desleal. Erradamente. A deslealdade concorrencial pressupõe a existência ou a potencialidade de concorrência permitida, pressupõe a liberdade de atuação concorrencial; só concorre deslealmente quem tem o direito de concorrer. Em casos como os referidos não há o direito ou liberdade de atuação concorrencial; não está em causa o modo como se concorre, mas antes a impossibilidade (legal) de concorrer.

2. Direito de defesa da concorrência

À vista da paisagem normativa comunitário-europeia e portuguesa, este direito visa proteger espaços de livre concorrência, proibindo ou limitando concertações entre empresas restritivas da competição económica, proibindo abusos de posição dominante e de dependência económica de empresas, controlando concentrações empresariais e proibindo auxílios de entidades públicas favorecedores de empresas em detrimento de outras.

São visíveis quatro capítulos neste direito de defesa da concorrência.

Um é o da proibição de *concertações empresariais*. São proibidos (nulos) os acordos e práticas concertadas entre empresas e as decisões de associações de empresas que tenham por objetivo ou efeito restringir a concorrência (limitar a autonomia de uma ou mais partes no mercado) – *v.g.*, fixação de preços, repartição de mercados, tratamento discriminatório de parceiros comerciais (TFUE, art. 101º, 1 e 2, L 19/2012, art. 9º).²

¹ Mas também esta proibição de concorrência pode ser afastada por acordo entre os interessados – cfr. J. M. COUTINHO DE ABREU, *Curso de direito comercial*, vol. I, 12ª ed., Almedina, Coimbra, 2019, p. 316.

² No entanto, há acordos, práticas concertadas e decisões de associações de empresas que, apesar de restritivos da concorrência, ficam a salvo da proibição: nº 3 do art. 101º do TFUE e Regulamento (UE) 330/2010, de 24/4/2010, art. 10º da L 19/2012.

O segundo capítulo trata dos *abusos de domínio* económico-concorrencial (abusos de posição dominante e abusos de dependência económica proibidos). Uma empresa (ou duas ou mais integrantes de um grupo empresarial, ou com atuação oligopolisticamente interdependente e unitária) com posição dominante em determinado mercado (isto é, com poder económico que lhe permite impedir uma concorrência efetiva nesse mercado do produto e geográfico, comportando-se em larga medida de modo não condicionado pelo comportamento dos concorrentes – se existirem –, dos fornecedores e dos clientes) abusa dessa posição quando atua de maneira contrária à que seria determinada em uma situação de concorrência não substancialmente limitada – v.g., impondo preços excessivamente altos (do lado da oferta) ou baixos (do lado da procura), limitações na produção ou na distribuição, condições desiguais para prestações equivalentes, contratos copulados sem ligação funcional (TFUE, art. 102º, L 19/2012, art. 11º). Por sua vez, se uma empresa fornecedora ou cliente de outra está em situação de dependência económica desta por não dispor de alternativa equivalente (as potenciais contrapartes são em número reduzido e não é possível, em prazo razoável, celebrar contratos idênticos com outra empresa), a empresa dominante (mas sem que tenha de possuir posição dominante no mercado relevante) abusa daquela situação quando, por exemplo, adota algum dos comportamentos há pouco exemplificados, ou rompe a relação comercial com a empresa economicamente dependente de modo injustificado (considerando designadamente as relações comerciais anteriores) – art. 12º da L 19/2012.

O terceiro capítulo versa sobre o *controlo das concentrações* de empresas (fusões, aquisições de domínio). Não são autorizadas as concentrações suscetíveis de criar entraves significativos a uma concorrência efetiva, mormente em resultado da criação ou reforço de uma posição dominante (Regulamento (CE) 139/2004, de 20/1/2004, L 19/2012, arts. 36º, ss.).

O último capítulo é dedicado aos *auxílios públicos*. Por falsearem a concorrência, não são em princípio admitidos³ os auxílios concedidos por entidades públicas (ainda que tenham natureza ou revestimento jurídico privado) a empresas (seletivamente) determinadas (ou determináveis por referência a certo setor económico ou a certo tipo de atividade) – cfr. os arts. 107º, ss. do TFUE

³ V. exceções nos nºs 2 e 3 do art. 107º do TFUE.

e o art. 65º da L 19/2012. Tais auxílios implicam a saída de bens do património público (v.g., subsídios, alienação gratuita de imóveis ou por preço inferior ao do mercado, certas entradas de capital em sociedade) ou a não entrada de receitas nesse património (v.g., isenção ou redução de encargos fiscais ou da segurança social, remissão ou perdão de dívidas); e compreende outras prestações que, como na concessão de garantias a dívidas das empresas, se traduzam em saída potencial de recursos públicos (na hipótese de as dívidas não serem satisfeitas) e, em qualquer caso, na redução de custos das empresas (não obteriam crédito em termos idênticos se percorressem a via privatística).

3. Concorrência desleal

O art. 311º, 1, do CPI atual (de 2018) começa dizendo que constitui “concorrência desleal todo o ato de concorrência contrário às normas e usos honestos de qualquer ramo de atividade económica”. Seguem-se seis alíneas exemplificativas.

Esta noção de ato de concorrência desleal é idêntica à que aparecia no art. 212º do CPI de 1940. Claramente tributária da que se lê no art. 10º-bis da CUP (na redação introduzida em 1925): “Constitui ato de concorrência desleal qualquer ato de concorrência contrário aos usos honestos em matéria industrial ou comercial.” Mas ressalta, na lei portuguesa, a inserção das “normas”, emparceirando com os “usos”. Tais normas, na república portuguesa “corporativa” de então, seriam normas corporativas. Hoje, o vocábulo, apesar da teimosa constância em todos os CPI posteriores a Abril de 1974, significará regras de códigos (recomendatórios) de boas práticas elaboradas por associações profissionais.⁴

De todo o modo, fica claro o carácter genético corporativo-profissional do direito (internacional e nacional) da concorrência desleal: também aqui são os *mercatores* que, se não fazem a lei, determinam no essencial os critérios da lealdade nela recebidos. Este carácter aparece esbatido (mas não perimido)

⁴ Cfr. J. PATRÍCIO PAÚL, “Os pressupostos da concorrência desleal”, em AA.VV., *Concorrência desleal*, Almedina, Coimbra, 1997, p. 44.

em várias leis estrangeiras. No direito português, na visão tradicional e ainda dominante, aparece em cores vivas.

Desleal, no quadro do art. 311º, 1, do CPI, é o “ato de concorrência”. Que, semanticamente e na interpretação maioritária, pressupõe relação concorrencial entre dois ou mais sujeitos – sujeitos que disputam o mesmo tipo de clientela.⁵

Porém, entre os atos previstos nas seis alíneas do art. 311º, somente os das als. a) e b) supõem uma (direta) relação de concorrência, o ataque competitivo de um concorrente a outro(s). O crédito ou a reputação aproveitados indevidamente (al. c)) podem pertencer a terceiro não concorrente; as falsas indicações de crédito ou reputação próprios (al. d)) são atos não referidos a outrem; as falsas indicações acerca das características dos produtos (al. e)) são referidas aos bens materiais ou aos serviços do produtor, e não têm de ser relacionados com os produtos de um concorrente; os sinais distintivos suprimidos, ocultados ou alterados (al. f)) pertencerão normalmente a não concorrentes (situados a montante).

Não obstante, retorquir-se-á: no contexto da concorrência desleal plasmada no art. 311º do CPI, é “ato de concorrência” o comportamento no mercado de um produtor (de bens materiais ou de serviços) suscetível de afetar (negativamente) um ou mais concorrentes⁶. Fiel às origens, o art. 311º protegeria somente os concorrentes (não os consumidores) direta ou indiretamente atingidos pelos comportamentos desleais. Por isso, só eles teriam legitimidade para acionar os meios preventivos e reativos de natureza jurídico-privada contra atos de concorrência desleal (providências cautelares – cfr. o nº 2 do art. 311º –, ações inibitórias e de cessação, ações de responsabilidade civil).⁷ Tudo isto parece certo, desconsiderando embora as situações de monopólio

⁵ Sobre conceções amplas, intermédias e restritas da relação de concorrência, v. N. A. SOUSA E SILVA, *Concorrência desleal e propriedade intelectual: os atos de aproveitamento*, Almedina, Coimbra, 2020, pp. 210, ss. Para uma crítica ao pressuposto da relação concorrencial, v. ANA C. A. AMORIM, *A tutela da lealdade nas relações de mercado: a propósito do ilícito publicitário*, Almedina, Coimbra, 2017, pp. 49, s., 53, ss.

⁶ Nesta linha v. p. ex. J. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Concorrência desleal*, Almedina, Coimbra, 2002, p. 126.

⁷ Sobre estes meios, v. PAULA COSTA E SILVA, “Meios de reacção civil à concorrência desleal”, em AA.VV., *Concorrência desleal cit.*, pp. 99, ss., ANA AMORIM, *ob. cit.*, pp. 75, ss., 78, ss.

e monopólio (o monopolista também pode praticar “atos de concorrência” desleal – recordem-se as als. d), e) e f) do art. 311^o), ou em que não concorrentes sejam lesados (cfr. as mencionadas als. c) e f)).

Contudo, no atual direito português contra a concorrência desleal o “ato de concorrência” *não pode mais limitar-se ao que afeta concorrentes*.

Os atos típicos de concorrência desleal previstos no art. 311^o do CPI – atos enganosos (als. a), d), e), f)), denegridores (al. b)) e parasitários (al. c))⁸ – prejudicam tanto os concorrentes como os consumidores. Mas, como vimos, os interesses destes não são protegidos pela norma (são apenas reflexivamente tutelados, em consequência da proteção concedida aos concorrentes).

Entretanto, a situação alterou-se com a (imposta) entrada em cena do DL 57/2008, de 26 de março, que transpôs a Diretiva 2005/29/CE, relativa às “práticas comerciais desleais das empresas nas relações com os consumidores”. Ora, as “práticas comerciais desleais” das empresas (empresários e “profissionais” não empresários) previstas no DL (com destaque para as “enganosas” e as “agressivas”: arts. 7^o-12^o) são em geral “atos de concorrência” desleais⁹, são comportamentos de produtores no mercado (no “comércio” em sentido amplo) que prejudicam consumidores e (indiretamente, diz o considerando (6) da Diretiva e o preâmbulo do DL) concorrentes. Há, aliás, correspondência entre várias alíneas do art. 311^o do CPI e arts. do DL: respetivamente, e) e 7^o, 1, a) e b); d) e 7^o, 1, f); a) e 7^o, 2, a); d) e 8^o, d); a) e e), e 8^o, p). Coerentemente, o art. 16^o do DL atribui tanto a consumidores como a concorrentes legitimidade para intentar ação inibitória “com vista a prevenir, corrigir ou fazer cessar” práticas desleais; e o art. 20^o procede semelhantemente em relação a medidas cautelares. Acrescente-se ainda que o art. 7^o do DL, no n^o 3 (aditado pelo DL 205/2015), aplica às relações entre empresas vários preceitos relativos a práticas enganosas.

Por conseguinte, apesar da separação formal-legislativa, o direito da concorrência leal em Portugal é já *substancialmente um sistema de “modelo social”*

⁸ Sobre as várias classificações que têm sido avançadas, v. N. SOUSA E SILVA, *ob. cit.*, pp. 236-237.

⁹ V. tb. J. OLIVEIRA ASCENSÃO, “Concorrência desleal: as grandes opções”, em AA.VV., *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 135, com referência à Diretiva.

(visando a proteção dos interesses de todos os participantes no mercado, não apenas dos concorrentes).¹⁰

O ato de concorrência é, nos termos do proémio do art. 311º, 1, do CPI, “desleal” quando “contrário às normas e usos honestos de qualquer ramo de atividade económica”. A grande indeterminação da formulação antiga (e antiquada) dos “*usos honestos*” (combinando práticas e padrões de comportamento de origem extrajurídica) não tem sido atenuada relevantemente pela doutrina e jurisprudência portuguesas remetendo para a “consciência ética do comerciante médio” global ou sectorialmente delimitado.¹¹

No entanto, o nº 1 do art. 311º contém seis alíneas que *concretizam* a cláusula geral: são contrárias aos usos honestos as práticas nelas previstas. Os atos enunciados em cada uma das alíneas são atos de concorrência desleal, não sendo necessário perquirir em concreto se há contrariedade aos usos honestos.¹² Podemos já adiantar, portanto, que são atos de concorrência desleal, porque contrários às “normas e usos honestos de qualquer atividade económica”, os atos enganosos, denegridores ou parasitários.

Entretanto, reparámos que também são atos de concorrência desleal as “práticas comerciais desleais das empresas nas relações com os consumidores” objeto do DL 57/2008. Caracterizadas, na cláusula geral do art. 5º, 1, como “qualquer prática comercial desconforme à diligência profissional, que distorça ou seja suscetível de distorcer de maneira substancial o comportamento económico do consumidor seu destinatário ou que afete este relativamente a certo bem ou serviço”.

A “*diligência profissional*” é definida na al. h) do art. 3º: “padrão de competência especializada e de cuidado que se pode razoavelmente esperar de um profissional nas suas relações com os consumidores, avaliado de acordo com a prática honesta de mercado e/ou com o princípio geral da boa fé no âmbito da

¹⁰ Modelo seguido, mesmo antes da Diretiva, por países como a Alemanha, inclusive em tempos anteriores à atual lei contra a concorrência desleal (UWG de 2004), e a Espanha (lei de 1991).

¹¹ V. indicações em ANA AMORIM, *ob. cit.*, pp. 64-65, 67.

¹² Diferentemente, OLIVEIRA ASCENSÃO, *Concorrência desleal cit.*, p. 162.

atividade profissional”.¹³ Muitas palavras, algumas enigmáticas, e que formam um conjunto largamente indeterminado.¹⁴

Mas também no DL (tal como na Diretiva) há (ainda mais) extensos elencos de atos “enganosos” e “agressivos”. E cada ato desses é considerado desleal, sem necessidade de em concreto se averiguar da desconformidade com a “diligência profissional”, etc.¹⁵ Assim, “a noção de prática desleal na cláusula geral deve ser desenvolvida indutivamente com base nas interdições especificadas das práticas enganosas e agressivas”¹⁶.

Conjugando agora o que se extrai do art. 311º, 1, do CPI e do DL 57/2008, podemos dizer que são *atos de concorrência desleal os comportamentos enganosos, agressivos, denegridores ou parasitários de empresários e de profissionais que afetem concorrentes e/ou consumidores*.

Recentremos o olhar no art. 311º, 1, do CPI, focando sucessivamente cada uma das suas seis alíneas.

- a) “Atos suscetíveis de criar confusão com a empresa, o estabelecimento, os produtos ou os serviços dos concorrentes, qualquer que seja o meio empregue”.

*Meios suscetíveis de criar confusão com a empresa, o estabelecimento*¹⁷ ou os produtos de um concorrente são, em primeira linha, os *sinais distintivos* (firmas, logótipos, marcas, etc.).

¹³ A distorção substancial do comportamento económico dos consumidores é definida na al. e).

¹⁴ V. tb. HANS-GEORG KOPPENSTEINER, “A cláusula geral do direito da concorrência desleal à luz da diligência profissional”, *Revista Electrónica de Direito*, julho de 2017, p. 9 (a propósito de enunciado idêntico da Diretiva). A definição na Diretiva talvez seja devida em parte (sincreticamente) a formulações precedentes em leis de Estados membros, designadamente Itália (“principi della correttezza professionale” no art. 2598 do *C. Civile*) e Espanha (“exigencias de la buena fe” na lei de 1991).

¹⁵ É jurisprudência comunitária assente – v. Acs. do TJ de 19/9/2013 (C-435/11 – CHS Tour Services) e de 16/4/2015 (C-388/13 – Kusionová).

¹⁶ KOPPENSTEINER, *ob. cit.*, p. 11.

¹⁷ Estes dois vocábulos aparecem aqui em sentido objetivo e, no essencial, em sinonímia (embora a “empresa” possa compreender mais do que um “estabelecimento”). Já na al. d) do mesmo art. 311º, “empresa” está em sentido subjetivo. Esta diversidade de aceções encontra-se

Não há (ou quase não há) problemas de concorrência desleal quando um sujeito tem o direito exclusivo ou privativo sobre um daqueles sinais (porque validamente registado) ou é protegido por outra via (v., por exemplo, para as marcas notórias e de prestígio ainda não registadas, o art. 320º, g) e h)), e um outro sujeito (concorrente) passa a usá-lo provocando confusão. Nestes casos, a tutela dos sinais distintivos é em geral excludente da derivada da concorrência leal, prejudica ou consome esta.¹⁸

A concorrência desleal já entra em cena quando os sinais distintivos são usados por um operador económico mas sem direito de exclusivo (sinais “de facto”) e um concorrente posteriormente usa signos – igualmente “de facto” – idênticos ou semelhantes em função distintiva da sua empresa ou produtos de modo a poder criar confusão com a empresa ou os produtos do primeiro.¹⁹

Outro meio frequente suscetível de criar confusão relevante é a *imitação de um produto ou da respetiva embalagem*, quando a aparência de um e/ou da outra é peculiar ou não trivial e não determinada por razões técnico-funcionais, e o imitador tinha opções adequadas para evitar a imitação.²⁰

Em qualquer caso, também aqui o risco de confusão deve ser entendido em sentido lato, de modo a abarcar tanto o *risco de confusão em sentido estrito* – o público-alvo “médio” (normalmente informado e razoavelmente atento)

em outros preceitos do Código: p. ex., nos arts. 58º e 373º para a empresa em sentido subjetivo, e nos arts. 108º, 2, 256º, 2, 320º, i), para a empresa em sentido objetivo.

¹⁸ Neste sentido v., p. ex., OLIVEIRA ASCENSÃO, *Concorrência desleal* cit., pp. 348, ss. e Ac. do STJ de 30/10/2003 (proc. 03B2331). Sobre as teses da consunção, complementaridade relativa e cumulação em Espanha (com apontamentos de direito comparado), v. A. CASADO NAVARRO, *El nombre comercial*, Marcial Pons, Madrid, 2020, pp. 269, ss. Contudo, não é de excluir a hipótese de aplicação cumulativa da tutela dos sinais distintivos e da relativa à concorrência desleal ou, mais precisamente, às “práticas comerciais desleais” (acionável também, note-se, pelos consumidores) – cfr. o art. 7º, 2, a), do DL 57/2008.

¹⁹ O signo imitador pode ser um “nome de domínio” usado (também) com função distintiva. Porém, se ele imita um sinal distintivo anterior protegido (registado), não é necessário recorrer à concorrência desleal para proibir o seu uso – cfr. COUTINHO DE ABREU, *ob. cit.*, p. 399-400. Acrescente-se que o uso de um sinal distintivo (mesmo que registado) posterior ao uso de um nome de domínio pode convocar o direito da concorrência leal.

²⁰ Para exemplos, v. os Acs. do STJ de 11/2/2003 (proc. 02A4599) – sacos térmicos iguais – e de 14/3/2019 (proc. 225/13.9YHLSB.LI. S1) – imitação de modelos de luminárias (protegidos, aliás, por direitos de autor, o que dispensaria a tutela da concorrência leal) – e o Ac. da RL de 6/10/2005 (proc. 8366/2005-6) – garrafas de vinho rosé e rótulos respetivos muito semelhantes.

pode ser induzido a tomar uma empresa ou os produtos de um concorrente pela empresa ou produtos de outro –, como o *risco de associação*: o público-alvo médio, embora não seja induzido em confusão completa, pode ser levado a crer, erroneamente, que a empresa ou os produtos de um e de outro procedem do mesmo sujeito ou de sujeitos de algum modo coligados, ou têm qualidades idênticas.

- b) “Falsas afirmações feitas no exercício de uma atividade económica, com o fim de desacreditar os concorrentes”.

Falsas são as afirmações (declarações, notícias, apreciações) *total ou parcialmente inexatas, não correspondentes (no todo ou em parte) à realidade, a dados factuais*. As informações e as avaliações a respeito de um ou mais concorrentes (relativas à organização produtiva, produtos, relações comerciais, situação financeira, competência e diligência profissionais, etc.) comunicadas (por escrito, oralmente, por figuras) ao público ou a um ou alguns terceiros (um ou mais clientes, fornecedores, financiadores daquele(s)), para não serem ilícitas, desleais, têm de ser plenamente verdadeiras. Não podem ser (sob pena de caírem na alçada da falsidade jurídico-concorrencial) apresentadas *tendenciosamente* (com omissões ou meias verdades relevantes) ou *falaciosamente* (fazendo do particular ou acidental, que até pode ser verdadeiro, o universal ou essencial), ou de modo *desproporcionadamente depreciativo, ou desabrido ou agressivo*, levando o recetor (“médio”) da mensagem a representações não verdadeiras acerca do referente.²¹

As falsas afirmações são feitas *por quem concorre* – pessoa singular ou sujeito coletivo (neste caso pelo órgão de administração e representação ou membro(s) dele)²² – com o(s) visado(s), ou *por pessoas cuja atuação (desleal) é imputável àquele*: *v.g.*, trabalhadores, mandatários ou procuradores encarregados de fazer tais afirmações ou que as fazem no interesse e com aprovação

²¹ Cfr., p. ex., HELMUT KÖHLER, em KÖHLER/BORNKAMM/FEDDERSEN, *UWG – Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, 39. Aufl., Beck, 2021, § 4, Rn. 1.19, 1.20 e 2.20. Interessante é também o disposto no art. 3, a), da lei suíça contra a concorrência desleal (de 1986): “Agit de façon déloyale celui qui (...) dénigre autrui, ses marchandises, ses oeuvres, ses prestations, ses prix ou ses affaires par des allégations inexactes, fallacieuses ou inutilement blessantes”.

²² Mas podem ser vários concorrentes a fazê-las.

daquele. Quem, direta ou indiretamente, faz as afirmações falsas não tem de ter consciência da falsidade.²³

As falsas afirmações feitas no exercício de uma atividade económica têm de ser *intencionadas a “desacreditar os concorrentes”*. Quer dizer, têm de ter por finalidade eliminar ou diminuir o crédito ou reputação que os concorrentes visados – identificados, ou identificáveis pelo destinatário “médio” das comunicações – têm no mercado e, em consequência, enfraquecer o seu valor e capacidade concorrenciais (atuais e potenciais clientes, fornecedores e financiadores podem ficar desencorajados a manter ou a estabelecer relações negociais com eles).

Um ato de denegrição pode ser, simultaneamente, ato de concorrência desleal e crime (difamação, injúria – arts. 180º, ss. do CP –, ofensa à reputação económica: art. 41º do DL 28/84, de 20 de janeiro)²⁴. Além das sanções penais, serão então aplicáveis os meios de reação civil próprios do direito contra a concorrência desleal.

- c) “Invocações ou referências não autorizadas feitas com o fim de beneficiar do crédito ou da reputação de um nome, estabelecimento ou marca alheios”.

Entram aqui *menções e alusões* feitas por um empresário ou profissional a prestigiados *sinais distintivos alheios* (v.g., firma de sociedade comercial, nome ou logótipo de um estabelecimento, marca de produtos) *sem para tal estar autorizado* (pelo proprietário do sinal ou por norma legal de permissão), a fim de *aproveitar* (parasitariamente) os efeitos de associação ou acoplamento àqueles sinais.

As referências serão as mais das vezes falsas (A declara ser concessionário de B, ou distribuidor oficial dos produtos da marca X, e não é). Mas podem ser verdadeiras²⁵. Por exemplo, C, dono de uma oficina de reparação de automóveis anuncia ser especialista nas marcas (de prestígio) Y e Z; todavia, não obteve autorização dos titulares dessas marcas para se lhes referir e prova-se que o intuito primordial das referências é ficar associado ao acreditamento

²³ Neste sentido, v. L. COUTO GONÇALVES, *Manual de direito industrial*, 8ª ed., Almedina, Coimbra, 2019, p. 401 e nt. (932). Contra, v. OLIVEIRA ASCENSÃO, *ob. cit.*, p. 484.

²⁴ V. tb. o art. 316º do CPI.

²⁵ V. ANA C. A. AMORIM, *Parasitismo económico e direito*, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 118, ss.

daquelas grandes marcas e potenciar, igualmente, a atração de clientes com automóveis de outras marcas.

No entanto, há referências verdadeiras que, independentemente de autorização do titular do sinal distintivo, são lícitas, não desleais. É o caso da menção a uma marca que seja necessária para indicar o destino do produto fabricado por quem não é proprietário dessa marca (art. 254º, c)).²⁶ Ou o caso da publicidade comparativa (lícita), que pode identificar explicitamente sinais distintivos de concorrentes – cfr. o art. 16º do CPub. (Código da Publicidade, aprovado pelo DL 330/90, de 23 de outubro, várias vezes alterado).²⁷

Por outro lado, há alusões que, poderá dizer-se, são neutras em termos de verdade/falsidade. Por exemplo, em anúncio publicitário a um uísque de certa marca, aparece em segundo plano destacado a imagem de um automóvel Rolls-Royce²⁸.

Já se vê que as invocações ou referências parasitárias aparecem na maioria das vezes em mensagens publicitárias. *Prevalecerá então a disciplina do direito da publicidade*, não a do art. 311º, 1, c). Para ilustrar isto mesmo servem os casos de perfumes *low cost* que chegaram aos tribunais superiores portugueses: nas lojas de venda desses perfumes eram utilizadas listas comparativas (de equivalência) com perfumes de marcas conhecidas.²⁹ O STJ parece ter aplicado cumulativamente o disposto no art. 311º, 1, c) (e a) do CPI e nos arts. 11º, 1 (publicidade enganosa) e 16º, 2, a), d) e g) – publicidade comparativa – do CPub. Contudo, por força do art. 43º deste Código (aditado pelo DL 57/2008), os citados arts 11º e 16º (e ainda o art. 10º) aplicam-se somente à publicidade que não tenha por destinatários os consumidores (*v.g.*, publicidade de fabricantes destinada a grossistas e retalhistas, publicidade de farmacêuticas para médicos). Nos casos em questão a publicidade era dirigida a consumidores. Aplicando-se, portanto, o DL 57/2008 – *v. designadamente* o art. 7º, 1, a), b), e 2, a). Em alternativa ou complemento, poderia aplicar-se o (novo, por força

²⁶ Cfr. o meu *Curso...*, p. 400-401.

²⁷ Mas também a publicidade comparativa não é lícita se com ela o anunciante retirar partido indevido do renome de sinais distintivos de concorrentes – al. g) do nº 2 do citado art. 16º.

²⁸ Caso de prática desleal por exploração de reputação alheia objeto de sentença do BGH de 9/12/1982 – cfr. p. ex. OLAF SOSNITZA, em *Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht*, 3. Aufl., Beck, 2020, § 3, Rn. 92.

²⁹ *V. p. ex. os Acs. do STJ de 12/7/2018 (proc. 346/15.3YHLSB.L1.S1) e de 12/11/2020 (proc. 61/16.0YRLSB.L1.S1).*

da Diretiva 2015/2436) direito das marcas: segundo o art. 249º, 2, e) e f), do CPI³⁰, o titular de uma marca registada tem o direito de proibir que outrem utilize o sinal na publicidade, incluindo a comparativa quando ilícita.³¹

- d) “Falsas indicações de crédito ou reputação próprios, respeitantes ao capital ou situação financeira da empresa ou estabelecimento, à natureza ou âmbito das suas atividades e negócios e à qualidade ou quantidade da clientela”.

Relevam agora atos de *autopromoção falseada* do empresário ou profissional *suscetíveis de induzir em erro* os destinatários (médios) e levá-los a decisões negociais que de outro modo não adotariam. Por exemplo, o vendedor apresenta-se como produtor quando é simplesmente retalhista, ou com qualificações técnicas (adequadas à assistência pós-venda) inexistentes, ou com situação económico-financieira sólida quando está em situação pré-insolvental.

Mal ou bem, no comércio não vale o adágio “elogio em boca própria é vitupério”. Mas as afirmações autoelogiosas assentes na falsidade e relevantemente enganosas de atuais e potenciais contrapartes negociais são atos de concorrência desleal.

- e) “Falsas descrições ou indicações sobre a natureza, qualidade ou utilidade dos produtos ou serviços, bem como as falsas indicações de proveniência, de localidade, região ou território, de fábrica, oficina, propriedade ou estabelecimento, seja qual for o modo adotado”.

Também aqui as indicações, além de *falsas* (não correspondentes à realidade, a dados de facto), não de ser *suscetíveis de distorcer de maneira substancial o comportamento dos destinatários* (consumidores e/ou empresários e profissionais).

As indicações são sobre os *produtos em si* (natureza, qualidade ou utilidade)³² ou sobre a *proveniência* dos mesmos.

³⁰ Aplicável também aos logótipos (art. 293º, 2).

³¹ Entretanto, é lamentável a necessidade de aqui e em outras situações ir saltitando entre diplomas legais vários.

³² A al. e) do nº I do art. 311º corresponde nesta parte, essencialmente, ao art. 10º-bis, 3), 3º, da CUP.

Especialmente para as indicações da primeira espécie, não são qualificáveis como desleais as afirmações hiperbólicas e/ou genéricas (sem significado preciso), porque, sendo usuais no comércio, não levam o destinatário (médio) ao engano, revelam-se no essencial inócuas.³³

Boa parte destas indicações traduz-se em comunicações *publicitárias*.

Sujeitas, por isso, ao direito da publicidade. Aplicam-se, pois, principalmente normas do DL 57/2008 sobre práticas comerciais enganosas – também o art. 11º, 1, do CPub. remete para elas.

- f) “Supressão, ocultação ou alteração, por parte do vendedor ou de qualquer intermediário, da denominação de origem ou indicação geográfica dos produtos ou da marca registada do produtor ou fabricante em produtos destinados à venda e que não tenham sofrido modificação no seu acondicionamento”.

Esta disposição considera concorrência desleal a supressão, ocultação ou alteração de sinais distintivos em produtos não modificados porque esses atos causam uma *falsa apresentação ou identificação dos mesmos produtos suscetível de induzir os consumidores em erro*.³⁴

Mas talvez fosse suficiente aplicar o regime de proteção (da propriedade) desses sinais: o proprietário de uma marca ou o comunheiro de uma denominação de origem ou de uma indicação geográfica, porque tem o direito exclusivo de usar o sinal em determinados produtos, tem também o direito de exigir que o mesmo identificador continue apostado nesses produtos até que sejam adquiridos pelo consumidor final.³⁵

Além dos atos de concorrência desleal tipificados nas alíneas do nº 1 do art. 311º, outros há que o proémio deste artigo alcança (atos de concorrência desleal “atípicos”).

Merece aqui menção o *desvio de trabalhadores*.

³³ Cfr. p. ex. ADRIANO VANZETTI/VINCENZO DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, 8ª ed., Giuffrè, Milano, 2018, p. 104.

³⁴ Cfr. OLIVEIRA ASCENSÃO, *ob. cit.*, pp. 539, ss.

³⁵ Parecendo defender a aplicação cumulativa da concorrência desleal e da violação de direitos exclusivos, v. N. SOUSA E SILVA, *ob. cit.*, p. 337.

O princípio é a liberdade de trabalho: art. 47º, 1, da CRP. Um trabalhador tem o direito de fazer cessar a relação laboral com o empregador e iniciar uma relação com um novo empregador. Os empresários (ou os profissionais), singulares ou coletivos, têm o direito de recrutar trabalhadores, inclusive os vinculados a outros empresários (ou profissionais).

Porém, se um empresário induz um ou mais trabalhadores a cessar a relação jurídico-laboral com outro e a iniciar nova relação com ele, não apenas para satisfazer legítimos interesses próprios (seleção de trabalhadores necessários e adequados à organização produtiva), mas também (ou principalmente) com a *intenção de obstruir* ou *desorganizar* a empresa do concorrente (dependendo isto, por exemplo, do papel-chave desempenhado pelo trabalhador e do tempo necessário para o substituir e/ou formá-lo, da dimensão e complexidade da empresa ou do número de trabalhadores aliciados), pratica concorrência desleal.^{36 37}

³⁶ V. p. ex. VANZETTI/CATALDO, *ob. cit.*, pp. 112, ss., MICHAEL JÄNICH, em *Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht* cit., § 4 Nr. 4, Rn. 85, ss. Condenando por concorrência desleal o recrutamento, em curto período temporal, de vários trabalhadores de sectores fundamentais de empresa concorrente, causando forte perturbação no funcionamento desta, v. o Ac. da RP de 13/6/2018 (proc. 1839/13.2TBPVZ.P2).

³⁷ Conclusão idêntica vale, quando se verificarem condições similares, para a indução ao rompimento de contratos ligando parceiros comerciais (concessionários, agentes, franqueados) a um concorrente. Para um caso destes, v. A. FERRER CORREIA/V. LOBO XAVIER, “Efeito externo das obrigações; abuso do direito; concorrência desleal”, *Revista de Direito e Economia* 5 (1979), pp. 13, ss.