

**Breve análise do regime da concorrência desleal
no novo Código da Propriedade Industrial**

Jorge Patrício Paúl

(Mestre em Direito e Advogado)

Sumário

1.- O enquadramento sistemático e a noção legal de concorrência desleal; 2.- A qualificação do ilícito de concorrência desleal; 3.- O montante legal da coima; 4.- A supressão da referência ao dolo específico alternativo; 5.- Os actos de confusão; 6.- Os actos de descrédito; 7.- As referências não autorizadas e as falsas indicações próprias; 8.- A indução em erro através de falsas descrições dos produtos ou serviços ou de falsas indicações de proveniência; 9.- A supressão da referência ao uso anómalo de denominação de fantasia ou de origem registadas; 10.- O afastamento, pelo vendedor ou intermediário, da denominação de origem, indicação geográfica ou marca registada; 11.- Os segredos de negócios e as informações não divulgadas; 12.- Apreciação global do regime.

1.- O enquadramento sistemático e a noção legal de concorrência desleal

O novo Código da Propriedade Industrial (CPI), aprovado pelo Decreto-Lei nº 36/2003, de 5 de Março, continua, na esteira dos CPI anteriores de 1940 e 1995, a tratar a matéria da concorrência desleal a propósito das infracções à propriedade industrial.

Mantém-se, assim, por parte do legislador, uma visão redutora deste instituto, sabido como é que o mesmo é independente da existência de qualquer direito de propriedade industrial, podendo verificar-se concorrência desleal sem violação de algum direito privativo ou, ao invés, ocorrer a violação de direitos privativos sem existir concorrência desleal.

Contrariamente ao que sucedia no artigo 260º do CPI de 1995, o novo Código da Propriedade Industrial retoma, no seu artigo 317º, a noção legal de concorrência desleal constante do artigo 212º do CPI de 1940.

De acordo com essa noção, continuam a ser pressupostos do conceito de concorrência desleal: (i) a prática de um acto de concorrência; (ii) que esse acto seja contrário às normas e usos honestos; (iii) de qualquer ramo de actividade económica.

Vejamos, muito sumariamente, estes três requisitos:

a) O acto de concorrência é aquele que é idóneo a atribuir, em termos de clientela, posições vantajosas no mercado.

A concorrência não é susceptível de ser definida em abstracto, e só pode ser apreciada em concreto, pois o que interessa saber é se a actividade de um agente económico atinge ou não a actividade de outro, através da disputa da mesma clientela. É, assim, possível que duas empresas sejam concorrentes quanto a certos actos e não o sejam relativamente a outros actos que praticam.

Do mesmo modo, duas empresas com actividades iguais podem não estar em concorrência se, actuando apenas num âmbito local ou regional, a sua distância geográfica impede que disputem a mesma clientela.

A concorrência pode procurar não a conquista directa da clientela, mas ter como objectivo primordial a disputa de fornecedores, distribuidores, vendedores, ou dos próprios trabalhadores. Estes actos continuam a ser actos de concorrência, porque através deles o que se procura é o melhor apetrechamento da empresa para a conquista de posições vantajosas no mercado.

No próprio conceito de acto de concorrência está ínsita a sua susceptibilidade de causar prejuízos a terceiros, ainda que tais prejuízos possam efectivamente não ocorrer.

Com efeito, a conquista de posições vantajosas no mercado é feita em detrimento dos outros agentes económicos que nele actuam e cuja clientela, actual ou potencial, é disputada.

Deste modo, o acto de concorrência, para verdadeiramente o ser, tem como seu elemento co-natural, implícito na própria noção, a sua idoneidade ou aptidão para provocar danos a terceiros

b) A exigência da contrariedade às normas e usos honestos impõe a necessidade da sua caracterização.

Que normas são estas? Numa primeira análise, poder-se-ia considerar serem as normas jurídicas disciplinadoras da concorrência. Mas neste entendimento confundir-se-ia a concorrência desleal e concorrência ilícita e a concorrência desleal abrangeria todo o direito da concorrência.

As normas mencionadas deverão, antes, entender-se como sendo as regras constantes dos códigos de (boa) conduta, elaborados, com crescente frequência, por diversas associações profissionais, traduzindo uma manifestação da autonomia privada.

Por sua vez, os usos honestos são padrões sociais de conduta de carácter extra-jurídico. Correspondem a práticas sociais, nem sempre uniformes, pois podem variar consoante o sector de actividade considerado.

Mas não são simples usos, pois o seu qualificativo como honestos pressupõe a existência de um conteúdo ético, de acordo com os valores aceites pela respectiva actividade.

Mas se no ramo de actividade em causa os valores se apresentarem degradados ou corrompidos, não pode aceitar-se como honesta uma prática que, embora admitida nesse sector, o conjunto da comunidade considera ser contrária ao mínimo ético que a vida social deve respeitar. Funciona, neste caso, um critério ético absoluto, que constitui uma cláusula de salvaguarda.

c) A referência, agora feita na lei, ao carácter económico da actividade, repõe a redacção do CPI de 1940, como fora proposto pelo Dr. Jorge Cruz nos seus Comentários ao CPI de 1995⁽¹⁾.

Tal modificação não altera o âmbito da aplicação da concorrência desleal, pois, no CPI de 1995, a concorrência desleal que o mesmo disciplinava era já uma concorrência indiscutivelmente económica.

E mesmo com o actual qualificativo, continua a ser perfeitamente defensável a aplicabilidade do regime da concorrência desleal às profissões liberais, não só pelo manifesto carácter económico dessas actividades, como porque, não o fazendo, se isentariam, injustificadamente, alguns desses profissionais de responsabilidades a que estão sujeitos os demais agentes económicos, como sucederia, nomeadamente, com os actos de confusão, as referências não autorizadas e as falsas indicações próprias, modalidades de concorrência desleal contempladas no CPI, mas não previstas como ilícitos disciplinares no Estatuto da Ordem dos Advogados.

O artigo 317º do actual CPI mantém inalterado o modelo descritivo constante dos dois Códigos anteriores: um prómio, onde, sob a forma de uma cláusula geral, se enunciam os requisitos gerais do conceito de concorrência desleal, e um elenco de alíneas, com as modalidades que, pela sua maior importância ou frequência, o legislador entendeu especificar.

Esta estrutura normativa, que remonta ao CPI de 1940, tem a sua inspiração no artigo 10º bis da Convenção da União de Paris de 20 de Março de 1883, introduzido na revisão da Haia de 1925, e foi recomendada no Parecer da Câmara Corporativa, de que foi relator o Professor Abel de Andrade, e que precedeu o nosso Código de 1940.

⁽¹⁾ Jorge Cruz, *Comentários ao Código da Propriedade Industrial*, 1995, pág. 12, a.

A existência de uma cláusula geral, de carácter valorativo, torna a apreciação da deslealdade do acto muito dependente da sensibilidade do julgador, propiciando a criação de zonas nebulosas e cinzentas.

Tem, no entanto, inegáveis vantagens, pela maleabilidade e fluidez que permite e a conseqüente possibilidade de moldar o conceito de concorrência desleal às várias situações que em cada momento e sector de actividade se considerem contrárias às normas e usos honestos.

A estrutura do preceito implica ainda a necessidade de clarificar a relação entre o prémio e as alíneas, tendo-se questionado, a este propósito, se, quanto aos actos previstos nas alíneas, será ainda necessário valorar se os mesmos são ou não contrários às normas e usos honestos.

Já foi entendido que, estando essas condutas previstas nas alíneas, bastaria então que as mesmas constituíssem actos de concorrência, para que existisse concorrência desleal.

Consideramos, no entanto, que é sempre indispensável proceder à valoração do acto, ajuizando da sua contrariedade às normas e usos honestos, pois é, precisamente, essa valoração que permitirá qualificar como ilícitas as condutas previstas nas alíneas que, de outro modo, assumiriam uma amplitude inaceitável.

2.- A qualificação do ilícito de concorrência desleal

A alteração mais significativa introduzida pelo novo CPI no regime da concorrência desleal diz respeito à qualificação do ilícito, que deixou de ser considerado um crime para passar a constituir um ilícito de mera ordenação social (artigo 331º).

Pôs-se, assim, termo a uma tradição de sempre da lei portuguesa, que, desde o Decreto nº 6, de 15 de Dezembro de 1894, disciplinava a concorrência

desleal como um ilícito criminal. Como refere o Professor Oliveira Ascensão, Portugal era, aliás, ao que se saiba, o único país do mundo em que os preceitos reguladores da concorrência desleal eram exclusivamente penais⁽³⁾.

Esta importante alteração de regime é francamente positiva, pois o sistema anterior, que atribuíra à concorrência desleal a natureza de crime público, carecia de fundamento ético-social. Dele resultava que um acto de descrédito dos produtos de um concorrente implicava a dedução de acusação por parte do Ministério Público, mesmo que o ofendido contra ele não quisesse reagir. Se pensarmos que o procedimento criminal por ofensa contra a honra de uma pessoa, por mais grave que ela seja, depende pelo menos de queixa e, normalmente, de acusação particular por parte desta (artigo 188º do Código Penal), fácil é constatar a aberração a que conduzia a anterior qualificação do ilícito de concorrência desleal.

Como salienta o Professor José de Faria Costa⁽⁴⁾, o bem jurídico da lealdade concorrencial não é daqueles cuja densidade axiológica só por si imponha, sem mais, a tutela penal, mas sim, e bem ao contrário, daqueles cuja tutela se pode encontrar noutros ramos de Direito, manifestamente menos invasivos e limitadores dos direitos fundamentais.

Este regime iníquo levou a que fossem muito raras as condenações pelo crime de concorrência desleal, o que, como bem observa o Professor Oliveira Ascensão⁽⁵⁾, se, por um lado, representava “uma auto-regeneração do sistema através da prática judiciária”, por outro confirmava “a inadequação da lei e convidava a uma revisão”.

Revisão esta a que louvavelmente procedeu o legislador em 2003.

Com esta nova qualificação do ilícito, cessam as dúvidas, justificadamente suscitadas na doutrina, quanto à constitucionalidade do proémio do artigo 260º

⁽³⁾ Oliveira Ascensão, *Concorrência Desleal*, 2002, pág. 8.

⁽⁴⁾ José de Faria Costa, *O direito penal e a tutela dos direitos da propriedade industrial e da concorrência (Algumas observações a partir da concorrência desleal)*, in *Direito Industrial*, III, 2003, pág. 39.

⁽⁵⁾ Oliveira Ascensão, *ob. cit.*, pág. 278.

do CPI de 1995, para preencher, sózinho, a função de garantia, exigida a uma norma penal incriminadora.

3.- O montante legal da coima

Esta apreciação da qualificação jurídica do ilícito de concorrência desleal não pode, no entanto, ser desligada da análise do montante da coima estabelecido no artigo 331º do novo CPI, em óbvia conformidade com o fixado no artigo 7º da Lei de autorização legislativa nº 17/2002, de 15 de Julho: coima de 3.000 a 30.000 euros, caso se trate de pessoa colectiva, e de 750 a 7.500 euros, quando se tratar de pessoa singular.

A sanção imposta no artigo 331º é igual à que o mesmo CPI prevê para direitos privativos tradicionalmente considerados como de menor relevância, como é o caso da recompensa (artigo 332º), do nome e insígnia do estabelecimento (artigo 333º) e do logótipo (artigo 334º). É, inclusivamente, sanção igual à estabelecida no artigo 335º para a prática de meros actos preparatórios da execução dos ilícitos criminais cometidos contra os direitos privativos mais importantes.

É uma equiparação inadequada, pois a indiscutível gravidade de que se reveste a concorrência desleal justificava que lhe tivesse sido atribuída uma protecção jurídica superior à concedida nos preceitos referidos.

Por outro lado, se compararmos a medida legal da coima aplicável à concorrência desleal com a estabelecida para a publicidade enganosa no artigo nº 34º, nº 1, alínea a) do Código da Publicidade, verificamos que esta última é, inexplicavelmente, mais elevada: de 700 a 9.000 contos, correspondente a 3.491,59 a 44.891,81 euros, quando o infractor for uma pessoa colectiva e de 350 a 750 contos, equivalente a 1.745,79 a 3.740,98 euros, se for pessoa singular, a que, no caso de dolo, podem ainda acrescer as sanções acessórias do artigo 35º do mesmo Código.

Daqui resulta que o limite máximo da coima aplicável a pessoas colectivas por publicidade enganosa excede, em cerca de 50%, o limite máximo da coima que as mesmas podem sofrer pela prática de concorrência desleal, o que é incompreensível e inaceitável, se atentarmos na estreita ligação existente entre o reclame doloso (considerado até ao actual CPI concorrência desleal) e a publicidade enganosa, tanto mais que a lei prevê quanto a esta que “possa prejudicar um concorrente” (parte final do artigo 11º, nº 1 do Código da Publicidade).

Se fizermos, por outro lado, o cotejo entre o montante da coima aplicável à concorrência desleal e o previsto no artigo 43º, nº 1, alínea a) da Lei nº 18/2003, de 11 de Junho, que aprovou o novo regime jurídico da concorrência, observamos que o abuso de posição dominante ou o abuso de dependência económica são sancionados com coima que pode atingir dez por cento do volume de negócios, no último ano, da empresa infractora. Basta, pois, que essa empresa tenha um volume anual de negócios superior a 300.000 euros, para que o máximo da coima aplicável exceda o máximo da coima a que fica sujeita pela prática de concorrência desleal.

Esta disparidade de critérios não parece ter qualquer justificação. O montante máximo da coima com que o novo CPI sanciona a concorrência desleal é manifestamente diminuto e receamos que não constitua um desincentivo minimamente suficiente para prevenir a futura prática de actos de concorrência desleal.

4.- A supressão da referência ao dolo específico alternativo

O artigo 317º do novo CPI eliminou do seu proémio a referência ao dolo específico alternativo, que constava do proémio do artigo 260º do CPI de 1995: o acto de concorrência desleal deveria ser praticado com a intenção de causar prejuízo a outrem ou de alcançar, para si ou para terceiro, um benefício ilegítimo.

Esta supressão está associada à diferente qualificação do ilícito de concorrência desleal acolhida no presente CPI: tratando-se agora de um ilícito de mera ordenação social, parece razoável que se atenuem os requisitos gerais da ilicitude, sem prejuízo de os mesmos serem exigidos relativamente a algumas modalidades de actos tipificados na lei, como sucede no caso das alíneas b) e c), adiante analisadas.

Na verdade, a existência, no anterior tipo penal de concorrência desleal, destes elementos subjectivos da ilicitude, agora suprimidos, resultava da necessidade de limitar, no âmbito do dolo do agente, a demasiada amplitude do preceito incriminador, “estreitando, assim, as margens da punibilidade que, doutro modo, seria intolerável”⁽⁶⁾, razão esta que já não ocorre na actual qualificação do ilícito como contra-ordenação.

5.- Os actos de confusão

Os actos de confusão estão previstos na alínea a) do artigo 317º do actual CPI, em cuja redacção se acrescentou a referência a “empresa” e se eliminou a menção do “crédito” dos concorrentes.

São alterações correctas. Por um lado, o estabelecimento, os produtos e os serviços são apenas alguns dos componentes da empresa e podem existir actos susceptíveis de criar confusão com a empresa no seu todo que não incidam apenas sobre esses elementos, como sucede em alguns casos de concorrência parasitária, embora esta possa verificar-se mesmo que não haja perigo de confusão.

Por sua vez, a referência ao crédito, constante da lei anterior, levantava sérias dificuldades quanto à sua caracterização, pois seriam de ocorrência prática muito rara os actos que tivessem exclusivamente por objecto a susceptibilidade de criar confusão quanto a este elemento, puramente imaterial.

⁽⁶⁾ José de Faria Costa, *ob. cit.*, pág. 41.

O critério para aferir da susceptibilidade de confusão continua a ser o olhar distraído do consumidor, ou seja, o homem comum, incidindo sobre a impressão do conjunto, e não analisando os diversos elementos isoladamente⁽⁷⁾, como se infere do artigo 245º, nº 1, alínea c) do actual CPI⁽⁸⁾.

6.- Os actos de descrédito

A alínea b) do artigo 317º tem por objecto “as falsas afirmações, feitas no exercício de uma actividade económica, com o fim de desacreditar os concorrentes”.

É adequada a referência agora feita ao “exercício de uma actividade económica” em vez do “exercício do comércio ou indústria”, constante dos CPI anteriores e que constituía uma incompreensível limitação da regra geral do proémio e implicava a necessidade de uma interpretação extensiva, fora do tipo penal.

Mas, por outro lado, este preceito deixou de especificar os bens objecto de descrédito, limitando-se a referir “o fim de desacreditar os concorrentes”.

Afastou-se, assim, da enumeração constante da Convenção da União de Paris (artigo 10º-bis, nº 3), 2º), e aproximou-se mais da noção do crime de ofensa à reputação económica de outrem, previsto no artigo 41º do Decreto-Lei nº 28/84, de 20 de Janeiro, embora este possa ser praticado por não concorrentes.

⁽⁷⁾ Neste sentido, Oliveira Ascensão, *ob.cit.*, pág. 422 e nosso *Concorrência Desleal*, cit., pág. 161.

⁽⁸⁾ Apesar de esta disposição ter por objecto o conceito de imitação da marca, é nela feito apelo à noção de confusão.

7.- As referências não autorizadas e as falsas indicações próprias

São diminutas e pouco relevantes as alterações introduzidas nas alíneas c) e d) do artigo 317º do actual CPI relativamente às alíneas correspondentes do CPI de 1995.

Na alínea c), passou a impôr-se que as invocações ou referências não autorizadas sejam feitas “com o fim de beneficiar do crédito ou da reputação de um nome, estabelecimento ou marca alheios”.

Retomou-se, assim, a redacção do nº 3 do artigo 212º do CPI de 1940, que, à semelhança do actual CPI, não continha no proémio a menção a qualquer dolo específico alternativo.

A lei continua a não exigir a falsidade da invocação, pelo que as referências verdadeiras, desde que não autorizadas, poderão ser tidas como desleais, quando o agente se pretende apoderar das vantagens inerentes a prestações alheias, e não apenas caracterizar objectivamente a sua própria prestação.

Por sua vez, a alínea d), para além de meros aspectos formais, como, por exemplo, a substituição da expressão “extensão” por “âmbito” das actividades e negócios, incluiu a “empresa” entre os bens sobre os quais podem recair as falsas afirmações respeitantes ao capital ou à situação financeira, o que se justifica pelas razões já referidas a propósito dos actos de confusão.

Dado que todo o empresário tende a enaltecer as suas próprias qualidades, tem de existir um elemento concreto que leve ao engano do consumidor, continuando, por isso, a ser necessário aplicar os princípios da adequação social, que permitam distinguir o *dolus bonus* do *dolus malus*.

8.- A indução em erro através de falsas descrições dos produtos ou serviços ou de falsas indicações de proveniência

A alínea e) do artigo 317º do actual CPI aglutina numa só as alíneas e) e f) do artigo 260º do CPI de 1995, introduzindo algumas pequenas alterações.

A mais significativa traduz-se na eliminação da referência aos “reclames dolosos”, que no CPI de 95 configurava uma injustificada intromissão no domínio da publicidade enganosa, regulada no artigo 11º do Código da Publicidade, agravada pela circunstância de esta última ser qualificada como ilícito de mera ordenação social e os reclames dolosos tipificados como crime.

Esta dupla previsão normativa suscitava sérias dificuldades na precisão dos dois conceitos e na delimitação de fronteiras entre os dois regimes, as quais cessaram com a feliz opção legislativa de excluir os reclames dolosos do domínio da concorrência desleal.

Outra alteração, esta muito menos relevante, é a substituição pela expressão “serviços” da referência a “mercadorias”, que era redundante perante a menção já feita aos “produtos”.

Tal como referimos a propósito da alínea anterior, têm igualmente de aplicar-se, quanto às falsas descrições sobre a natureza, qualidade ou utilidade dos produtos ou serviços, previstas na primeira parte desta alínea, os princípios da adequação social, pois o exagero enquadra-se, muitas vezes, no socialmente adequado e não induz, normalmente, em erro o consumidor.

No que respeita às falsas descrições de proveniência, constantes da segunda parte da mesma alínea, as mesmas só são relevantes quando contribuírem para valorizar o produto ou acreditar o produtor, pois só nestes casos é que conferem posições vantajosas no mercado.

9.- A supressão da referência ao uso anómalo de denominação da fantasia ou de origem registadas

Foi omitida, no elenco das alíneas do artigo 317º do actual CPI, a referência ao uso anómalo de denominação de fantasia ou de origem, registadas, constante da alínea g) do artigo 260º do CPI de 1995.

A melhor doutrina⁽⁹⁾ entendia já que esta alínea g) não respeitava à matéria da concorrência desleal. O que a mesma tutelava não era a lealdade da concorrência, mas sim direitos privativos colectivos (sendo difícil precisar a qual se referia a denominação de fantasia), como a exigência do registo claramente indiciava. A integração desta alínea no elenco do artigo 260º do CPI de 95 visava apenas sujeitar as condutas nela previstas às penas impostas à concorrência desleal, poupando assim a elaboração de um tipo autónomo.

Foi, pois correcta a opção do legislador de eliminar esta alínea do elenco do artigo 317º do novo CPI.

10.- O afastamento, pelo vendedor ou intermediário, da denominação de origem, indicação geográfica ou marca registada

Finalmente, a alínea f) do artigo 317º do actual CPI reproduz a alínea h) do artigo 260º do CPI de 1995, com o simples aditamento da referência à indicação geográfica.

Trata-se de um direito privativo de propriedade industrial já constante do artigo 249º, nº 3 do CPI de 95, mas que, inexplicavelmente, não se encontrava abrangido na previsão da referida alínea h) do artigo 260º, omissão esta agora devidamente corrigida.

⁽⁹⁾ Ver, por todos, Oliveira Ascensão, *ob.cit.*, págs. 543 e segs.

Na hipótese em apreço, omitem-se ou alteram-se elementos distintivos do produto que são negativos e que, por isso, o desacreditam.

A lei continua a exigir que não haja modificações no acondicionamento do produto, pelo que a substituição das embalagens, para assim se ocultar ou alterar a origem dos produtos ou a sua marca, não está especificamente contemplada nesta alínea, ainda que tal conduta, porque mais sofisticada, seja merecedora de um tratamento jurídico pelo menos igual.

As marcas “brancas” e as marcas das cadeias de distribuição, que suprimem ou substituem a marca do produtor, embora com o consentimento deste, seriam enquadráveis nesta alínea, mas o uso generalizado destas práticas e a sua crescente aceitação no mercado terão conduzido à sua desqualificação como desleais, por se entender que já não são contrárias às normas e usos honestos desses ramos de actividade económica.

11.-Os segredos de negócios e as informações não divulgadas

O artigo 318º do novo CPI consagra, em preceito autónomo, a protecção jurídica dos segredos de negócios e das informações não divulgadas.

Trata-se de matéria que, parcialmente e em termos formais distintos, estava prevista na alínea i) do artigo 260º do CPI de 1995.

De um ponto de vista estritamente formal, não se vêem razões sérias para introduzir uma disposição específica, que remete, desde logo, para os “termos do artigo anterior”, em vez de acrescentar uma simples alínea (e suas sub-alíneas, se necessário) ao precedente artigo 317º, como sucedia nos preceitos correspondentes dos dois CPI anteriores.

Seja como for, nenhuma dúvida existe de que o ilícito previsto no artigo 318º está subordinado aos pressupostos gerais do proémio do artigo 317º,

designadamente a existência de um acto de concorrência e a sua contrariedade às normas e usos honestos⁽¹⁰⁾.

A opção por um preceito autónomo terá sido, provavelmente, tomada para destacar que se estava a acolher no ordenamento português o artigo 39º do Acordo ADPIC/TRIPS, cujo nº 2 é, aliás, literalmente reproduzido nas alíneas a), b) e c) deste novo preceito.

Mas a obrigação de proteger as informações não divulgadas através de medidas que assegurem uma protecção específica contra a concorrência desleal, assumida pelo Estado português ao ratificar, em Dezembro de 1994, o Acordo que criou a Organização Mundial do Comércio e os respectivos Anexos (entre eles o Acordo ADPIC/TRIPS), estava já concretizada, embora sem todas as especificações do Acordo, através da alínea i) do artigo 260º do CPI de 1995.

Também a redacção do preceito nem sempre é a mais feliz.

Quando a lei está a enumerar os requisitos de uma conduta ilícita que especificamente autonomizou, não faz muito sentido referir que essa tipificação é meramente exemplificativa, como resulta da inserção do advérbio “nomeadamente”. Repare-se que expressão idêntica não aparece em nenhuma das alíneas do artigo 317º, nem constava dos preceitos correspondentes dos anteriores CPI.

Ficamos, assim, sem saber que outras modalidades de actos violadores da protecção dos segredos de negócios e das informações não divulgadas poderão existir e quais os respectivos requisitos.

Por sua vez, a referência à “aquisição” dos segredos (e melhor, por mais expressiva, teria sido usar a palavra “apropriação”, como faziam os CPI de 40 e

⁽¹⁰⁾ Já era esse o nosso entendimento relativamente à alínea i) do artigo 260º do CPI de 95, como desenvolvemos em *Concorrência desleal e segredos de negócio*, in *Direito Industrial*, II, 2002, págs. 150 e segs.

95) deveria preceder a referência à “divulgação”, pois só podem ser objecto de divulgação os segredos que se tenham previamente adquirido. Aliás, a ilicitude da aquisição do segredo inquina desde logo qualquer actuação que lhe seja subsequente, seja ela a divulgação ou a utilização.

A conjugação, neste mesmo preceito, da protecção dos segredos de negócios e das informações não divulgadas e a preocupação em transcrever as alíneas do nº 2 do artigo 39º do Acordo ADPIC/TRIPS explicará, mas não justifica, a redundante indicação, constante da alínea a) deste artigo 318º, que as informações protegidas devem ser secretas, com o sentido que nela é indicado. Na verdade, se o não fossem, é óbvio que não constituiriam segredos de negócios.

Também a alínea c) deste preceito, ao exigir diligências consideráveis, por parte do titular das informações, para as manter secretas, se adequa muito mais às informações não divulgadas do que aos normais segredos de negócios.

Estes actos têm sido classificados como actos de desorganização, tendo como finalidade afectar o normal funcionamento da actividade de um concorrente, atacando a sua organização interna, de forma a prejudicar o normal afluxo de clientes.

Numa classificação que atenda ao conteúdo do acto praticado, temos de distinguir dois tipos de conduta previstos neste artigo 318º: o primeiro consiste na apropriação (“aquisição”) seguida de utilização dos segredos; o segundo traduz-se na apropriação acompanhada de divulgação dos segredos.

No primeiro caso, estamos perante um acto de aproveitamento de elementos empresariais de outrem; no segundo, perante um acto de agressão à empresa alheia.

Quando se verifica uma apropriação (“aquisição”) ilícita do segredo? Ela existe sempre que o conhecimento do segredo não decorre do exercício normal da

actividade do agente. Se, pelo contrário, esse segredo vem ao conhecimento do agente no desempenho normal das suas funções, a apropriação é lícita.

Como já mencionámos, se a apropriação for ilícita, não pode haver utilização nem divulgação lícitas, pois a ilicitude da aquisição do segredo inquina definitivamente qualquer actuação que lhe seja subsequente.

Mas nem todo o segredo de que alguém se haja lícitamente apropriado, pode ser, em seguida, lícitamente utilizado ou divulgado.

Se duas empresas iniciam negociações tendentes a uma eventual futura associação, e, no decorrer das mesmas, uma delas tem acesso aos segredos de negócio da outra, esses segredos, ainda que lícitamente adquiridos, não podem ser posteriormente utilizados nem divulgados, no caso de tais negociações se gorarem.

A violação dos segredos é uma modalidade de concorrência desleal em que frequentemente se verificam actuações conjuntas de concorrentes e não concorrentes, como sucede, por exemplo, quando a secretária da administração, instigada por um concorrente, entrega a este fotocópia de documentos contendo segredos de negócios do seu patrão ou quando um jornalista divulga segredos de uma empresa, fornecidos por um empresário concorrente.

Aplica-se, nestas hipóteses, o disposto no artigo 16º do Regime Geral das Contra-Ordenações, nos termos do qual, se a ilicitude do facto depender de certas qualidades do agente, basta, para tornar a coima aplicável a todos os intervenientes, embora graduada segundo as respectivas culpas, que essas qualidades (no caso, a de concorrente) se verifiquem em qualquer deles.

O artigo 331º do actual CPI sanciona com coimas de montante igual as condutas previstas nos artigos 317º e 318º do mesmo Código.

Teria sido mais adequado aproveitar a autonomia formal do preceito do artigo 318º, relativamente às restantes modalidades de concorrência desleal elencadas no artigo 317º, para estabelecer, quanto àquele, uma coima de montante mais elevado.

Como atrás referimos, consideramos o montante legal da coima insuficiente para desincentivar a prática de actos de concorrência desleal.

Mas esta insuficiência acentua-se ainda mais na situação prevista neste artigo 318º, pois a violação dos segredos de negócios é uma modalidade de concorrência desleal cuja importância económica é normalmente muito relevante.

12.-Apreciação global do regime

Como resulta das observações anteriores, a disciplina da concorrência desleal constante do novo CPI, para além da importante e louvável alteração do regime sancionatório, manteve a estrutura básica que vinha dos Códigos anteriores, com meras alterações de pormenor, embora muitas delas de carácter positivo.

Perdeu-se, assim, a oportunidade de se proceder a uma reapreciação global e de raiz deste instituto, cuja regulamentação a generalidade da doutrina tem vindo a considerar obsoleta e pouco conforme com as actuais realidades económicas.

Já o legislador de 1995 desperdiçara igual oportunidade, com a enorme agravante de se estar então a rever um regime jurídico com mais de meio século de existência e que, afinal, se mantém inalterado, nas suas linhas fundamentais, pelo menos desde 1940.

Essa desejável revisão poderia, inclusive, ponderar as vantagens da exclusão da disciplina da concorrência desleal da matéria do CPI, passando a ser objecto de um diploma autónomo, como sucede, por exemplo, em Espanha,

com a Lei nº 03/91, de 10 de Janeiro, mesmo que não se adoptasse, ao contrário do que nela se fez, uma visão integrada, de raiz germanista, deste instituto.

Por outro lado, nas várias modalidades de concorrência desleal previstas nas alíneas do artigo 317º, continuam a ser tidos em conta diversos tipos de interesses: antes de mais, os interesses dos concorrentes, nuns casos apenas os interesses individualizados de concorrentes determinados, noutros os interesses de todos os concorrentes que integram a mesma categoria profissional; mas também, e pelo menos de uma forma indirecta, os interesses dos consumidores, como sucede em todos os actos de indução em erro.

E no primeiro tipo referido, de que são exemplo os actos de descrédito, previstos na alínea b) do artigo 317º, e em que estão em causa interesses exclusivamente privados de concorrentes determinados, podemos até reflectir se se justifica sancionar esta modalidade de concorrência desleal para além de um mero ilícito civil.

Na verdade, não pode deixar de causar perplexidade a aplicação, nestes casos, do processo contra-ordenacional, desencadeado sem previamente existir qualquer manifestação de vontade do concorrente atingido. Estranheza esta ainda mais acentuada, se tivermos em conta que o artigo 329º do actual CPI estabelece, aliás correctamente, que o procedimento pelos crimes nele previstos depende sempre de queixa.

Teria sido, portanto, desejável que o novo CPI tivesse explicitado os tipos de interesses que a disciplina da concorrência desleal visa tutelar e tivesse fixado distintos regimes sancionatórios, adequados à respectiva protecção. No entanto, e à semelhança dos CPI anteriores, o actual Código é completamente omissivo a tal respeito.

Mais grave, contudo, é a concorrência desleal continuar a ser regulada apenas no elenco das infracções à propriedade industrial (inserida, como está, no

Título III do Código), quando a mesma não pressupõe, como referimos, a existência de qualquer direito privativo.

Aliás, onde a regulamentação jurídica da concorrência desleal assume maior relevância prática é, naturalmente, nas situações que estão fora da protecção dos direitos privativos.

Também o artigo 1º do actual CPI veio praticamente repor a redacção do correspondente artigo do CPI de 1940, ao considerar que “a propriedade industrial desempenha a função (de que se omitiu, e bem, o qualificativo “social”) de garantir a lealdade da concorrência, pela atribuição de direitos privativos sobre os diversos processos técnicos de produção e desenvolvimento da riqueza”.

Retomam, assim, actualidade as observações críticas feitas no domínio desse antigo Código, de que tal redacção inculcaria a falsa ideia de que o direito industrial se integraria na disciplina da concorrência desleal e de que a simples violação de direitos privativos determinaria, por si só, a prática de concorrência desleal.

Houve, neste ponto, um manifesto retrocesso relativamente ao preceito homólogo do CPI de 1995, no qual se mencionava a “repressão da concorrência desleal” (agora não referida no presente CPI) e que permitia, coerentemente, relacionar essa mesma repressão com a função de garantia da lealdade da concorrência.

Por outro lado, o actual CPI, em vários dos seus preceitos – mais numerosos que os contidos no CPI de 95 -, condiciona diferentes aspectos do regime jurídico dos direitos privativos de propriedade industrial ao respeito pelas regras da lealdade da concorrência.

Nestes casos, a conduta do agente que se revele objectivamente desconforme com as regras da concorrência leal, ou simplesmente a mera possibilidade

dessa conduta, pode ser fundamento da recusa de registo – artigos 24º, nº 1, alínea d) e 308º, alínea g) –, limitar os direitos por este conferidos – artigos 204º, alínea c), 260º e 312º, nº 1, alínea b) -, ou ser motivo para a anulabilidade – artigos 266º, nº 1, alínea b) e 299º, nº 1, alínea b) -, ou caducidade – artigo 315º, nº 1 -, do registo efectuado.

Mais uma vez se estabelece aqui uma relação de estreita dependência entre o regime jurídico dos direitos privativos e a disciplina da concorrência desleal.

Contrariamente ao que se verificou, o novo Código deveria, tanto no plano sistemático como no do próprio conteúdo, ter consagrado a clara autonomia da concorrência desleal, afirmada pela doutrina desde a década de sessenta do século passado e hoje reconhecida em arestos cada vez mais numerosos dos nossos tribunais.

Lisboa, Junho de 2003