

DESVIO DE TRABALHADORES E CONCORRÊNCIA DESLEAL(*)

Pelo Dr. Lourenço Leiria de Mendonça Noronha dos Santos

SUMÁRIO:

CAPÍTULO I. Preliminares. **1.** Introdução. **2.** Divulgação do tema noutros ordenamentos. **3.** Delimitação. **4.** Desvio de trabalhadores como acto de concorrência. **CAPÍTULO II.** Desvio de trabalhadores como acto de concorrência desleal. **Secção I.** Considerações gerais. **5.** Construção de Oliveira Ascensão; inserção do desvio nos actos de agressão e de desorganização. **6.** Desvio com ruptura regular; desvio com ruptura irregular. **7.** Desvio sem incitamento à ruptura. **8.** Outras construções na doutrina portuguesa. **9.** Em sistemas jurídicos estrangeiros. **10.** O caso particular do ordenamento italiano. **Secção II.** Desvio em fase embrionária e em fase liquidatária. **11.** Desvio na fase de organização da sociedade. **12.** Desvio em caso de liquidação da sociedade atingida. **Secção III.** As três teorias sobre o desvio. **13.** A teoria objectiva. **14.** A teoria subjectiva. **15.** A teoria intermédia. **16.** Em particular: o número de trabalhadores desviados. **Secção IV.** Objecto do *animus nocendi*. **17.** Acepção tradicional de *animus nocendi*; outras propostas. **Secção V.** Remédios para o desvio. **18.** O meio inibitório. **19.** Em especial: a construção de Alberto Russo. **CAPÍTULO III.** Considerações conclusivas. **20.** Síntese dos pontos abordados. **21.** Conclusão. **Índice bibliográfico. Índice de jurisprudência.**

(*) Relatório de Mestrado em Direito Intelectual, apresentado no seminário de Direito da Propriedade Industrial, sob a regência dos Professores Doutores Luís Menezes Leitão e Dário Moura Vicente.

CAPÍTULO I

PRELIMINARES

1. Introdução

I. É comum, no domínio do mercado de trabalho, um trabalhador desvincular-se de uma empresa para ingressar numa outra. As mais das vezes, este movimento dar-se-á no seio de um mesmo sector de actividade: o trabalhador em causa terá competências nessa área de actuação, de que se quererá continuar a valer. Assim, a nova empresa para cuja actividade contribuirá será, não raro, concorrente do seu antigo empregador.

II. Em abstracto, nada de ilícito há nisto: a liberdade de iniciativa económica, quer da parte do empregador, quer da parte do trabalhador, é constitucionalmente garantida, tal como o é, em relação a este último, o direito ao trabalho. Ninguém pode, em princípio, negar ao trabalhador a liberdade de melhorar a sua posição profissional⁽¹⁾. Ademais, a liberdade de concorrência que assiste aos agentes económicos também se manifesta na procura dos melhores para o desenvolvimento da sua actividade.

Há, porém, casos em que a circunstância de um trabalhador deixar a empresa a que está vinculado para se juntar a um concorrente desta pode ter subjacente um acto de concorrência desleal. É necessário saber de que modo isso pode suceder.

III. Uma tal indagação passará, necessariamente, por vários passos. O primeiro será o de saber se se pode falar, a este propósito, e desde logo, num acto de concorrência: em que medida é que

⁽¹⁾ É um ponto de partida comum à generalidade dos textos sobre este tema. Assim, v. MARCO BELLIA, “Concorrenza sleale da storno di dipendenti e sua interpretazione nella giurisprudenza piú recente”, em *Rivista di Diritto Industriale*, Anno LXII (2013), I, n. 4-5, pp. 260-299 (260). Nas palavras de DOMENICO CAPRA, “não existe norma que diga que só se pode contratar quem não tem já emprego, nem existe para o dependente uma obrigação de permanência no posto de trabalho” (v. “Concorrenza dell” ex “e storno di dipendenti”, em *Rivista di Diritto Industriale*, Anno XLVII (1998), n. 1, parte II, pp. 65-96 (88).

a celebração de um contrato de trabalho (ainda que acompanhado de outras circunstâncias) configura um acto de concorrência para os efeitos do art. 317.º do Código da Propriedade Industrial?

De seguida, e posto que se justifique uma resposta afirmativa a esta primeira questão, querer-se-á saber em que casos o desvio de trabalhadores consubstancia um acto contrário às normas e usos honestos do sector em causa. Para tanto, compulsar-se-á o que a doutrina nacional e estrangeira tem escrito sobre a questão, numa análise das várias construções que a este propósito foram surgindo.

Num momento ulterior, e já depois de estabelecidas as bases desta matéria, perguntar-se-á ainda se um acto deste jaez pode ocorrer, por um lado, numa fase ainda embrionária do sujeito actuante, e, por outro — e inversamente —, se se pode verificar num período terminal da parte atingida.

Depois de já termos sublinhado os pressupostos da questão, procuraremos aprofundar o tema, tomando conta das três teorias que a este propósito surgem no direito italiano, aquele onde o problema é mais desenvolvido. Nesse contexto, e em particular, caberá analisar também as várias propostas que surgem quanto à descrição do que seja, no desvio de trabalhadores, o *animus nocendi*.

Por último, descrever-se-á os principais remédios a que se pode recorrer em situações desta natureza, numa perspectiva de consequências.

2. Divulgação do tema noutros ordenamentos

I. O tema vem classicamente referido como “desvio de trabalhadores”, ou, numa expressão com um sentido mais restrito, “corrupção de dependentes”. No ordenamento italiano, a locução consagrada é “*storno di dipendenti*”, enquanto no Direito francês se fala em “*débauchage*”(2) e no Direito espanhol se refere o

(2) Cf., v. g., PAUL DIDIER, *Droit Commercial*, I, Paris, 1970, p. 618 e FRANÇOISE DEKEUWER-DÉFOSSEZ, *Droit Commercial*, Paris, 1990, p. 424.

“*suborno de operarios*”. No direito norte-americano, surgem referências ao “*employee raiding*”⁽³⁾.

II. No direito anglo-saxónico, curiosamente, o problema é também referido, pese embora a renitência em admitir, nesse ordenamento, o tema da concorrência desleal. Segundo a doutrina, a origem da *tort* por “*enticement*” remonta à peste negra de 1348-49. No curso desse flagelo, pereceu metade da população de Inglaterra. Tamaña perda teve evidentemente reflexos na oferta de mão-de-obra. Como forma de fazer frente à penúria de trabalhadores, editaram-se leis (*statutes of labourers*) que obrigavam todos os elementos de um determinado estrato social a aceitar trabalhar para quem lhes oferecesse o salário previsto na lei. Ora, esse regime teve o efeito de promover um “mercado negro” de trabalho, em que todos procuravam obter a mão-de-obra do vizinho através da oferta de vantagens. Perante isso, os tribunais consideraram todas as tentativas de desvio de trabalhadores como contrárias ao espírito da lei, concedendo aos comerciantes atingidos por tais práticas uma acção de *tort*⁽⁴⁾.

Actualmente, e no que em particular respeita ao direito norte-americano, o regime federal relativo à concorrência desleal aborda principalmente o tema dos sinais distintivos, do direito de autor e da publicidade enganosa; quanto ao caso específico do desvio de trabalhadores (*employee raiding*), a disciplina aplicável é estadual⁽⁵⁾. Assim, e a título de exemplo, no Massachusetts e na Califórnia, conhecidos pela pujança das suas indústrias tecnológicas⁽⁶⁾,

⁽³⁾ Outras expressões utilizadas são “*employee poaching*”, “*talent raiding*” ou “*cherry-picking*” (v. MARCO BELLIA, “Concorrenza sleale da storno di dipendenti...”, *cit.*, p. 284).

⁽⁴⁾ Cf. ROBERT E. KIRPATRICK, *Initiation au Droit Anglais*, Bruxelas, 1959, p. 271. V., igualmente, M. NOGUEIRA SERENS, “A jurisprudência norte-americana (mais antiga) sobre o incitamento à ruptura contratual: aspectos jus-concorrenciais”, em *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, Vol. I, Coimbra, 2012, pp. 641-661 (642).

⁽⁵⁾ Cf. MARCO BELLIA, “Concorrenza sleale da storno di dipendenti...”, *cit.*, p. 284.

⁽⁶⁾ Note-se que o mercado das novas tecnologias, e em especial do *software*, é particularmente visado no que toca a práticas de desvio de trabalhadores, dadas as características (de formação) do pessoal normalmente envolvido nesse tipo de actividades. Assim,

não existe uma “*employee raiding tort*”: em princípio, e tal como na maioria dos outros estados, contratar os trabalhadores de um concorrente é visto como prática lícita, posto que não seja levada a cabo mediante a utilização de meios proibidos ou ofensivos⁽⁷⁾. Não havendo uma previsão específica, reconduz-se por vezes o desvio de trabalhadores à figura das “*interference claims*”. De acordo com a decisão *Draghetti v. Chmielewski*, numa tal acção o autor deve provar: (i) que tinha um contrato com um ou mais dos trabalhadores em causa; (ii) que o réu os incitou conscientemente a romper o contrato que os ligava ao autor; (iii) que a interferência do réu, para além de intencional, foi feita com finalidade ou com meios impróprios; e (iv) que foi prejudicado pela conduta do réu⁽⁸⁾.

Nos casos em que (ainda) não há contrato a respeito do qual se possa falar em incumprimento, a jurisprudência tem todavia considerado possível que se baseie a acção na chamada “*interference with a business expectancy*”⁽⁹⁾. Em muitos outros estados, estão em vigor diplomas que proíbem condutas qualificáveis como desleais, fraudulentas, enganosas ou ilegítimas (*Unfair Business Practice Statutes*). Em certos casos, ainda que raros, tentou-se reconduzir a hipótese de desvio de trabalhadores a essas leis⁽¹⁰⁾.

III. No direito italiano⁽¹¹⁾, o art. 2598.º do Código Civil prevê, no seu número 3, uma cláusula geral sobre a qual a doutrina

v. ENRICO ADRIANO RAFFAELLI, “La contraffazione del software: profili di diritto d’autore e di concorrenza sleale”, em *Rivista di Diritto Industriale*, Ano XLIV (1995), parte I, pp. 45-68 (60).

(7) Cf. MARCO BELLIA, “Concorrenza sleale da storno di dipendenti...”, *cit.*, p. 284.

(8) Cf. MARCO BELLIA, “Concorrenza sleale da storno di dipendenti...”, *cit.*, p. 286 e nota 63. O caso *Draghetti v. Chmielewski* foi decidido no Massachusetts, em 1994. Segundo BELLIA, acções deste tipo podem também ser propostas contra eventuais intermediários que tenham agido como “*head hunters*” (p. 287).

(9) Cf. MARCO BELLIA, “Concorrenza sleale da storno di dipendenti...”, *cit.*, p. 287.

(10) Cf. MARCO BELLIA, “Concorrenza sleale da storno di dipendenti...”, *cit.*, p. 288.

Refira-se, por último, que a contratação de trabalhadores alheios pode consubstanciar uma violação do § 1 da Lei da Concorrência (*Sherman Anti-Trust Act*), quando for acompanhada da intenção de destruir o concorrente, e quando exista um prejuízo para o “comércio interestadual” (v. MARCO BELLIA, “Concorrenza sleale da storno di dipendenti...”, *cit.*, p. 287 e nota 67).

(11) Onde, não obstante, o tema nem sempre foi reconhecido. Assim, entendia-se por concorrência desleal somente aquela que fosse levada a cabo mediante a *usurpação de*

e a jurisprudência constroem a figura dos actos tendentes a *desagregar ou desorganizar a empresa concorrente*, entre os quais incluem o desvio de trabalhadores⁽¹²⁾.

No direito suíço, é também na cláusula geral constante do art. 2.º da Lei da Concorrência Desleal que doutrina e jurisprudência identificam o desvio de trabalhadores⁽¹³⁾. Uma referência similar surgia na doutrina alemã⁽¹⁴⁾.

3. Delimitação

I. O problema de que nos ocupamos é pouco trabalhado entre nós. Não obstante, contam-se na doutrina e jurisprudência algumas referências, que não deixaremos de analisar.

De todo o modo, deve-se começar por notar que o Código da Propriedade Industrial prevê, no seu art. 317.º, que todo o acto de concorrência contrário às normas e usos honestos de qualquer ramo de actividade económica constitui concorrência desleal. Após este prómio, segue-se um elenco exemplificativo de casos de deslealdade na competição. Entre eles não consta, pelo menos de forma expressa, o desvio de trabalhadores. Porém, a doutrina não deixa de se lhe referir, quer a título de hipótese “atípica”, quer integrando-o na alínea *b*)⁽¹⁵⁾, normalmente associada aos chamados

sinais alheios — a ligação da concorrência desleal ao (estrito) domínio dos sinais distintivos não abria espaço para outras formas de deslealdade concorrencial (v. TORQUATO CARLO GIANNINI, “Concorrenza sleale ed illecita”, em *Dizionario Pratico del Diritto Privato*, Vol. II, Milão, 1950, pp. 269 e 270).

⁽¹²⁾ Cf. PIETRO TRIMARCHI, *Instituzioni di Diritto Privato*, 7.ª ed., Milão, 1986, p. 750; v., ainda, TULLIO ASCARELLI, *Saggi di Diritto Commerciale*, Milão, 1955, p. 99.

⁽¹³⁾ Cf. KAMEN TROLLER, *Précis du Droit Suisse des Biens Immatériels*, 2.ª ed., Genebra, 2006, pp. 346-347 e 362-364.

⁽¹⁴⁾ Cf. KARL HEINSHEIMER, *Derecho Mercantil* (trad. para castelhano da 3.ª ed.), Madrid, 1933, p. 57. O desvio de trabalhadores pertenceria ao grupo das “operações e esquemas que tendem a captar a clientela em proveito de quem as realiza, mas num sentido geral”.

⁽¹⁵⁾ Era o caso de OLIVEIRA ASCENSÃO, perante o art. 260.º do Código da Propriedade Industrial de 1995 (v. *Concorrência Desleal*, Coimbra, 2002, pp. 481 e 507). A alínea *b*) do art. 317.º do actual Código corresponde, com poucas alterações, à alínea *b*) daquele primeiro preceito. Não obstante, outros Autores situavam os actos de desorganização, e nomea-

“actos de agressão” e, em especial, aos “actos de desorganização”(16). Trata-se de actos que se dirigem contra concorrentes determinados.

II. Apesar de ser costume falar-se em desvio de *trabalhadores*, ou de *dependentes*, soe também frisar-se que não é essencial a existência de um vínculo de subordinação jurídica entre o elemento desviado e a empresa atingida.

Há, porém, uma precisão a fazer: trataremos do problema do desvio levado a cabo por um concorrente face a um outro, e não daquilo a que na doutrina se convencionou chamar “desvio de si mesmo”(17), por referência aos casos em que um trabalhador decide abandonar a empresa em que desenvolve a sua actividade, a fim de criar uma sociedade própria, dirigindo, no entretanto, propostas aos seus ex-colegas para que saiam consigo(18/19). Também nos referiremos em particular a uma outra conduta, de certo modo associada ao desvio de trabalhadores, mas ainda assim diversa: a

damente o desvio de trabalhadores, na alínea *i*) do art. 260.º (assim, v. MIGUEL J. A. PUPO CORREIA, *Direito Comercial*, 7.ª ed., Coimbra, 2001, p. 367).

(16) Cf. CARLOS OLAVO, *Propriedade Industrial*, Vol. I, 2.ª ed., Coimbra, 2005, p. 281; PEDRO SOUSA E SILVA, *Direito Industrial*, Coimbra, 2011, p. 336; LUÍS M. COUTO GONÇALVES, *Manual de Direito Industrial*, 4.ª ed., Coimbra, 2013, p. 382.

(17) A referência é comum na doutrina italiana, embora seja conhecida noutras paragens. Assim, na doutrina belga, v. LOUIS FREDERICQ, *La Concurrence Déloyale*, Gand, 1935, pp. 82-83. No direito norte-americano, usa-se prevalentemente a expressão “*soliciting of employees*” para descrever estes casos (v. MARCO BELLIA, “Concorrenza sleale da storno di dipendenti...”, *cit.*, p. 284); nessas hipóteses, também se pode opor ao ex-trabalhador a *interference claim* (p. 287).

(18) Cf. DOMENICO CAPRA, “Concorrenza dell” ex “e storno di dipendenti”, *cit.*, p. 67.

(19) Trata-se de casos como aqueles que surgem nos acórdãos da Relação de Évora de 25 de Junho de 1991 (LOUREIRO PIPA) (v. *Colectânea de Jurisprudência*, Ano XVI (1991), parte III, pp. 321-323) — um trabalhador constitui uma sociedade, de que era sócio gerente, e que visava actividade comercial idêntica à da sua entidade patronal; é despedido, com justa causa (o acórdão é também referido por CARLOS OLAVO, *Propriedade Industrial*, *cit.*, p. 281); do Supremo Tribunal de Justiça, de 16 de Outubro de 1996 (LOUREIRO PIPA) (v. *Colectânea de Jurisprudência STJ*, Ano IV (1996), parte III, pp. 243-244) — um mecânico de oficina de reparação de veículos automóveis procedia, em sua casa, a reparações de veículos: é despedido, com justa causa. Veja-se, ainda, o acórdão Relação de Lisboa de 9 de Março de 1994 (ÁLVARO VASCO), em *Colectânea de Jurisprudência*, Ano XIX (1994), parte II, pp. 153-155 (no caso, o trabalhador era sócio gerente de uma sociedade concorrente).

corrupção de dependentes. Nesses casos, o que há é a oferta de vantagens a um trabalhador da empresa concorrente a fim de que este viole deveres contratuais, como o de sigilo, em benefício do corruptor⁽²⁰⁾.

4. Desvio de trabalhadores como acto de concorrência

I. Um dos primeiros pontos que cabe analisar é o de saber em que medida é que o desvio de trabalhadores configura um acto de concorrência. De facto, para se poder falar em concorrência desleal, é necessário antes identificar um acto de concorrência. Será que a celebração de um contrato de trabalho pode ser considerado como tal? Será necessário adicionar outros elementos?

II. Em geral, a doutrina parece unânime em considerar que estamos em presença de um acto de concorrência. Assim, para OLIVEIRA ASCENSÃO, a concorrência (desleal) pode manifestar-se através de *negócios jurídicos*. O Autor dá o exemplo de um “contrato deslealmente celebrado com fornecedores do concorrente”⁽²¹⁾, mas não custa estender lógica idêntica à contratação de um trabalhador do competidor. Fá-lo, de resto, o próprio Autor, ao referir que, em certos casos, “actos de estruturação interna da empresa” podem ser actos de concorrência desleal: tratar-se-á, então, de hipóteses em que os actos em causa são dirigidos especificamente contra concorrentes. O exemplo referido é o da “empresa que recorre a trabalhadores da empresa concorrente, que incitou a desrespeitar ilicitamente o contrato”⁽²²⁾. No fundo, segundo a lição do Autor, trata-se de condutas que integram o con-

⁽²⁰⁾ Cf. AGUSTÍN RAMELLA, *Tratado de la Propiedad Industrial*, tomo II, Madrid, 1913, p. 398; KAMEN TROLLER, *Précis du Droit Suisse...*, cit., pp. 363-364; entre nós, OLIVEIRA ASCENSÃO, *Concorrência Desleal*, cit., p. 507 e segs.

⁽²¹⁾ Cf. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Concorrência Desleal*, cit., p. 120.

⁽²²⁾ Cf. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Concorrência Desleal*, cit., p. 124.

ceito de acto de concorrência: “comportamento no mercado de um operador económico, susceptível de se repercutir negativamente sobre outros operadores económicos que disputam a mesma clientela”⁽²³⁾.

III. Outros Autores pronunciam-se no mesmo sentido. PEDRO SOUSA E SILVA, desde logo, define o acto de concorrência como aquele que é “susceptível de conferir posições vantajosas no mercado, face à clientela”; ora, acrescenta, o acto pode não visar *directamente* a clientela, dando como exemplo a contratação dos trabalhadores do concorrente, como forma indirecta de visar a clientela⁽²⁴⁾. Trata-se da linha de orientação aberta por JORGE PATRÍCIO PAÚL, para quem “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”⁽²⁵⁾.

O desvio de trabalhadores pode ser, assim, um acto de concorrência. Resta saber em que casos se configurará como hipótese de concorrência desleal.

⁽²³⁾ Cf. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Concorrência Desleal, cit.*, p. 126. O Autor reitera, a p. 127, que se pode praticar actos desleais contra os concorrentes através dos seus trabalhadores.

⁽²⁴⁾ Cf. PEDRO SOUSA E SILVA, *Direito Industrial, cit.*, pp. 324-325.

⁽²⁵⁾ Cf. JORGE PATRÍCIO PAÚL, “Concorrência Desleal e Segredos de Negócio”, em *Direito Industrial*, Vol. II, Coimbra, 2002, p. 141: trata-se de actos de concorrência por isso que visam “o melhor apetrechamento da empresa para a conquista de posições vantajosas no mercado”.

CAPÍTULO II

DESVIO DE TRABALHADORES COMO ACTO DE CONCORRÊNCIA DESLEAL

Secção I

CONSIDERAÇÕES GERAIS

5. Construção de OLIVEIRA ASCENSÃO; inserção do desvio nos actos de agressão e de desorganização

Entre nós, a construção mais completa a esse propósito é a de OLIVEIRA ASCENSÃO. Escrevendo à luz do art. 260.º do CPI de 1995, dizia o Autor que todos os actos de agressão — entre os quais incluía os actos de desorganização, em que por sua vez integrava o desvio de trabalhadores — tinham como paradigma a alínea *b*), preceito em muito similar à mesma alínea do art. 317.º do CPI actual. Dada a referência a uma finalidade de desacreditar, haveria nesses casos um *elemento subjectivo de ilicitude*. No caso dos actos de desorganização, esse elemento estaria no “fim de desorganizar a empresa alheia”⁽²⁶⁾. Só nesses casos poderia haver ilícito civil (e, naquela altura, penal também). Quando não fosse feita prova da intenção específica, caberia apenas uma acção inibitória, pois que esta depende da (mera) desconformidade objectiva da conduta⁽²⁷⁾.

6. Desvio com ruptura regular; desvio com ruptura irregular

I. A partir daqui, OLIVEIRA ASCENSÃO estabelece algumas distinções. Se o trabalhador em causa tiver posto termo ao contrato com o seu empregador de uma forma regular, não haverá qualquer ilícito na circunstância de o concorrente deste contratar

⁽²⁶⁾ Cf. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Concorrência Desleal*, cit., p. 502.

⁽²⁷⁾ Cf. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Concorrência Desleal*, cit., p. 502.

aquele⁽²⁸⁾. Também não haveria contrariedade às normas e usos honestos caso o concorrente incitasse o trabalhador alheio a uma ruptura regular do contrato com o seu competidor. OLIVEIRA ASCENSÃO cita REIMER, para quem seria sempre condenável a contratação de trabalhadores após incitamento a uma ruptura regular dos respectivos contratos; para o primeiro dos Autores, porém, “o incitamento à não renovação de um contrato no termo deste, por exemplo, é regular”, só o não sendo quando “circunstâncias qualificativas depuserem no sentido da sua condenação”⁽²⁹⁾ — elementos contrários às normas e usos honestos do sector em questão.

II. Diferentemente, qualquer acto pelo qual o comerciante promovesse a ruptura irregular do contrato de trabalho consubstanciaria concorrência desleal: “a irregularidade do meio indicia a reprovação por parte da ordem jurídica”⁽³⁰⁾. Já se, tendo-se o trabalhador desvinculado de forma irregular, o concorrente o não tivesse a tal incitado, não haveria acto desleal: ao contrário do que sucederia na lei espanhola, em que se considera concorrência desleal o aproveitamento de um incumprimento, mesmo que não provocado, no nosso ordenamento não poderia ser assim, sob pena de se ostracizar o trabalhador: este não mais poderia trabalhar no ramo em causa, ou, no máximo, teria de retomar o antigo posto de trabalho. Não tendo havido incitamento à ruptura irregular, haveria liberdade de contratar⁽³¹⁾.

III. Portanto: (i) não tendo havido instigação da ruptura, não haveria, mesmo que esta fosse irregular, deslealdade na contratação do trabalhador em causa; (ii) diferentemente, se houvesse incitamento e se a desvinculação não fosse regular, haveria concorrência desleal.

Nestes últimos casos, a concorrência seria desleal independentemente de o fim do agente ter sido o de subseqüentemente

⁽²⁸⁾ Cf. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Concorrência Desleal, cit.*, p. 508.

⁽²⁹⁾ Cf. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Concorrência Desleal, cit.*, p. 508.

⁽³⁰⁾ Cf. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Concorrência Desleal, cit.*, p. 508.

⁽³¹⁾ Cf. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Concorrência Desleal, cit.*, p. 509.

contratar o dependente em questão, ou de ter sido simplesmente o de fazer cessar a relação entre este e o concorrente.

7. Desvio sem incitamento à ruptura

I. Nos casos em que não tivesse havido incentivo à violação do contrato, poderia ainda assim haver deslealdade se se verificasse a presença de certos qualificativos particulares. Segundo OLIVEIRA ASCENSÃO, tal dar-se-ia em quatro hipóteses:

- i.* se a intenção fosse a de “entravar ou eliminar a empresa do concorrente”;
- ii.* se o pessoal contratado o fosse a fim de se conhecer segredos comerciais alheios;
- iii.* se a contratação dos trabalhadores em causa servisse o propósito de “dar a falsa aparência de continuar da empresa alheia”;
- iv.* se tivesse havido contratação sistemática de trabalhadores do concorrente⁽³²⁾.

II. Dentro deste esquema, haveria várias combinações possíveis. Assim, no caso de o desvio ter a finalidade de impedir ou de desorganizar a actividade concorrente, não seria necessário verificar-se a reiteração no visar daqueles trabalhadores: aquela intenção bastaria como elemento subjectivo da ilicitude⁽³³⁾. Por outro lado, nos casos de contratação para conhecimento de segredos ou para falsamente passar por continuador da actividade concorrente, bastaria que esse fosse o fim exclusivo da conduta para que se desse concorrência desleal⁽³⁴⁾.

III. Quanto à contratação sistemática de trabalhadores do concorrente, o problema residiria em assim se desorganizar o com-

⁽³²⁾ Cf. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Concorrência Desleal*, cit., p. 510.

⁽³³⁾ Cf. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Concorrência Desleal*, cit., p. 510.

⁽³⁴⁾ Cf. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Concorrência Desleal*, cit., p. 511.

petidor. Não obstante, tal só significaria concorrência desleal se não contasse com uma justificação: decorrendo a reiteração de o concorrente ser a única (outra) empresa a actuar no sector, ou de os trabalhadores em causa serem efectivamente os melhores, a conduta estaria justificada (como “incidente normal da concorrência”)⁽³⁵⁾. Já se não houvesse justificação comercial — independentemente de haver ou não uma motivação de prejudicar —, teríamos *objectivamente* concorrência desleal.

Note-se, porém, que o Autor prescinde de uma “específica intenção de prejudicar”: bastaria a incidência sistemática no pessoal do concorrente e a falta de uma justificação plausível para haver, em termos objectivos, um acto desleal. Ora, deve-se acrescentar uma observação: dada a subordinação de todos os actos de desorganização aos pressupostos do art. 317.º, al. b), e, nomeadamente, do “elemento subjectivo da ilicitude” decorrente da intenção de causar dano ao concorrente, nestes casos — de contratação sistemática de trabalhadores do concorrente, sem porém haver intenção de o prejudicar — não haveria o ilícito civil. Tudo passaria pela (mera) acção inibitória.

8. Outras construções na doutrina portuguesa

I. Dois dos Autores que mais cedo se pronunciaram sobre esta matéria foram FERRER CORREIA e LOBO XAVIER. Segundo a sua lição, haveria concorrência desleal no incentivo à desvinculação do contrato de trabalho quando a ruptura fosse ilícita. Se, tendo o comerciante incitado o trabalhador alheio a abandonar a empresa concorrente, as regras legais e convencionais sobre o pré-aviso fossem ainda assim observadas, não haveria ilicitude; porém, se, sobre a instigação à ruptura, esta se revelasse contrária às regras, o acto seria desleal⁽³⁶⁾.

⁽³⁵⁾ Cf. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Concorrência Desleal*, cit., p. 511.

⁽³⁶⁾ Cf. ANTÓNIO FERRER CORREIA/VASCO DA GAMA LOBO XAVIER, “Efeito externo das obrigações; abuso do direito; concorrência desleal”, em *Revista de Direito e Economia*, Ano V, n.º 1 (Janeiro/Junho de 2009), p. 5.

Na jurisprudência, houve um caso com contornos similares, embora o ponto de partida fosse um “desvio de si mesmo”: assim, no acórdão da Relação de Lisboa de 28 de Junho de 1983, a autora pedia uma indemnização alegando que os réus, ex-trabalhadores da sua empresa, haviam denunciado os seus contratos e constituído uma sociedade com objecto idêntico ao da sociedade da autora, tendo desde então aliciado para a sua empresa trabalhadores da autora. O tribunal não resolve a questão de fundo, por se considerar incompetente⁽³⁷⁾.

II. PEDRO SOUSA E SILVA limita-se a referir que, se em geral é lícito recrutar trabalhadores de empresas concorrentes, já será desleal fazê-lo “de um modo tão sistemático ou intenso que daí resulte a desorganização do concorrente lesado”⁽³⁸⁾. O Autor acolhe, assim, o critério da reiteração como único indício relevante de deslealdade na concorrência assim desenvolvida.

III. COUTO GONÇALVES envereda por um caminho diferente: defende que o aliciamento de trabalhadores alheios é um acto desleal quando for feito “com a intenção de desorganizar ou desagregar a empresa do concorrente (*animus nocendi*)”⁽³⁹⁾. Assim, quando a intenção não for a de renovar e melhorar os quadros da empresa, mas sim a de prejudicar o concorrente, haverá deslealdade. Esta avaliação passa pela verificação de vários indícios, como a qualificação, número e funções dos trabalhadores em causa, bem como as consequências para o funcionamento da empresa atingida do desvio daqueles dependentes⁽⁴⁰⁾. Neste particular, como veremos, o Autor aproxima-se de uma larga corrente doutrinária e jurisprudencial italiana.

⁽³⁷⁾ Cf. Relação de Lisboa de 28 de Junho de 1983 (ELISEU FIGUEIRA), em *Colecção de Jurisprudência*, Ano VIII (1985), parte III, pp. 156-157 (156).

⁽³⁸⁾ Cf. PEDRO SOUSA E SILVA, *Direito Industrial*, cit., p. 336.

⁽³⁹⁾ Cf. COUTO GONÇALVES, *Manual de Direito Industrial*, cit., p. 382.

⁽⁴⁰⁾ Cf. COUTO GONÇALVES, *Manual de Direito Industrial*, cit., p. 382.

9. Em sistemas jurídicos estrangeiros

I. O tema é também tratado noutros ordenamentos. Assim, no direito suíço, o art. 4.º da Lei da Concorrência Desleal agrupa os comportamentos que constituem incitação à ruptura ou à violação de um contrato, sendo o desvio de trabalhadores identificado na alínea *a*) desse preceito⁽⁴¹⁾. Porém, segundo explica a doutrina especializada, nem toda a incitação a romper um contrato é desleal. Em geral, procede-se à mesma distinção entre ruptura regular e ruptura irregular do contrato. Com uma diferença, porém: segundo doutrina e jurisprudência, nos casos em que o contrato seja denunciado de acordo com as regras, nem mesmo se o desvio for sistemático (“ou de equipas inteiras”) haverá acto desleal⁽⁴²⁾.

II. No direito belga, a doutrina começa por notar que a contratação de um trabalhador de empresa concorrente não é em si repreensível, posto que seja feito com o fim de assegurar um contributo útil para o estabelecimento do contratante⁽⁴³⁾. Pelo contrário, se a intenção for a de surpreender segredos comerciais ou industriais, ou a de desorganizar a actividade do competidor, haverá deslealdade⁽⁴⁴⁾. Há, todavia, uma diferença substancial em relação às construções que analisámos anteriormente: se é certo que também aqui a doutrina se pronuncia pela deslealdade da contratação de trabalhador quando esta se siga a uma ruptura ilícita do contrato, a verdade é que surge igualmente a sugestão de que uma tal actuação também pode ser desleal quando, apesar de o trabalhador se desvincular licitamente da anterior relação laboral, quem pagar o montante devido por este último for o concorrente que depois o contrata⁽⁴⁵⁾. Isto é: fala-se em concorrência desleal mesmo quando a ruptura do contrato é regular, posto que as conse-

(41) Cf. KAMEN TROLLER, *Précis du Droit Suisse...*, cit., pp. 362-363.

(42) Cf. KAMEN TROLLER, *Précis du Droit Suisse...*, cit., pp. 363.

(43) Cf. LOUIS FREDERICQ, *La Concurrence Déloyale*, cit., p. 91.

(44) Cf. LOUIS FREDERICQ, *La Concurrence Déloyale*, cit., p. 91.

(45) Cf. LOUIS FREDERICQ, *La Concurrence Déloyale*, cit., pp. 91-92.

quências pecuniárias de tal desvinculação (lícita) sejam suportadas pelo concorrente contratante.

III. Em Espanha, também se começa por afirmar que, dada a liberdade de procurar a melhor situação profissional, que assiste ao trabalhador, o desvio de dependentes não constitui, em si, um acto ilícito⁽⁴⁶⁾. Não haverá deslealdade quando a contratação do trabalhador por parte do concorrente se deva à especial habilidade da pessoa visada ou à oferta de melhores condições de trabalho, tendo em vista os seus méritos pessoais⁽⁴⁷⁾. Será porém ilícita uma tal conduta quando se dirija a prejudicar o estabelecimento do concorrente. E isso pode dar-se quando a atracção do pessoal deste tenha a finalidade de produzir *confusão* entre estabelecimentos concorrentes, de conhecer e desfrutar dos segredos de comércio alheios, bem como os termos de contratos celebrados pelo concorrente com outros operadores, e, em geral, de desorganizar a actividade do competidor⁽⁴⁸⁾. Por outro lado, seria também desleal que o comerciante instigasse os trabalhadores do concorrente a fazer greve, prometendo assumir por sua conta as consequências pecuniárias daí advenientes⁽⁴⁹⁾.

IV. Na doutrina francesa, há uma orientação peculiar. Segundo FRANÇOISE DEKEUWER-DÉFOSSEZ, há um acto (desleal) de desorganização sempre que o trabalhador abordado estiver ainda ligado por contrato de trabalho ao concorrente, ou quando, não estando já vinculado, ainda estiver sujeito a uma cláusula de não concorrência. Só não haveria ilicitude se o trabalhador estivesse livre ou se, não o estando, a sua contratação pelo concorrente não significasse a desorganização do antigo empregador⁽⁵⁰⁾. A Autora não apresenta, porém, um critério distintivo.

⁽⁴⁶⁾ Cf. AGUSTÍN RAMELLA, *Tratado de la Propiedad Industrial, cit.*, p. 398.

⁽⁴⁷⁾ Cf. AGUSTÍN RAMELLA, *Tratado de la Propiedad Industrial, cit.*, p. 399.

⁽⁴⁸⁾ Cf. AGUSTÍN RAMELLA, *Tratado de la Propiedad Industrial, cit.*, p. 400.

⁽⁴⁹⁾ Cf. AGUSTÍN RAMELLA, *Tratado de la Propiedad Industrial, cit.*, p. 401.

⁽⁵⁰⁾ Cf. FRANÇOISE DEKEUWER-DÉFOSSEZ, *Droit Commercial, cit.*, p. 424.

10. O caso particular do ordenamento italiano

I. É, porém, em Itália que mais se desenvolve a resposta a este problema. ROBERTO ROVELLI, curiosamente, antecipava como difícil que se viesse a verificar na prática alguma controvérsia sobre o desvio de trabalhadores, “seja pela dificuldade de prova que comporta, seja por uma renitência moral em instaurar uma acção por um facto que se traduz numa melhoria das condições de trabalho de um dependente”⁽⁵¹⁾. Todavia, não deixava de teorizar sobre o tema: assim, seria ilícito o desvio que tivesse por fim a obtenção de segredos comerciais, dados técnicos e organizacionais ou nomes de clientes e de fornecedores do concorrente⁽⁵²⁾. Por outro lado, dava conta de que a jurisprudência entendia que o desvio, mesmo sem instigação à ruptura do contrato, poderia revestir as características da deslealdade concorrencial, em determinadas circunstâncias — em especial, por força do número de trabalhadores desviados⁽⁵³⁾. O Autor chamava ainda a atenção para que poderia ser indício de deslealdade a circunstância de, por força do desvio de dependentes, os produtos da empresa passarem a ser feitos com imitação substancial e formal dos do concorrente atingido⁽⁵⁴⁾.

II. Muito interessante é o comentário de ROVELLI quanto ao caso de desvio, não de trabalhadores, mas de *agentes*. Segundo notícia o Autor, a Cassação, em acórdão de 11 de Novembro de 1953, excluiu a concorrência desleal num caso em que uma empresa induziu agentes de um concorrente a passarem-se para o seu serviço. De acordo com a decisão, no caso dos agentes que trabalham de forma autónoma, sem subordinação jurídica, “a clien-

(51) Cf. ROBERTO ROVELLI, *La Concorrenza Sleale ed i Beni Immateriali di Diritto Industriale*, Turim, 1967, p. 134.

(52) Cf. ROBERTO ROVELLI, *La Concorrenza Sleale...*, cit., p. 135.

(53) Cf. ROBERTO ROVELLI, *La Concorrenza Sleale...*, cit., p. 135.

(54) Cf. ROBERTO ROVELLI, *La Concorrenza Sleale...*, cit., p. 135, nota 58. V., de resto, o acórdão da Cassação civil, secção I, de 3 de Agosto de 1987 (VERCELLONE) [em *Giurisprudenza Italiana*, Ano 140, 1988, pp. 591-594 (591)]: qualifica-se como desleal a tentativa de adquirir os trabalhadores do concorrente, a fim de melhor se poder copiar a produção deste.

tela é clientela dos agentes, e não da empresa”: o acto em causa não causaria, pois, prejuízo a um elemento da empresa, por isso que não se poderia integrar nesta “nem o trabalho autónomo dos agentes, nem a clientela destes”⁽⁵⁵⁾.

III. Um outro Autor, ENZO GUELI, defendia uma distinção: a dissuasão do trabalhador de renovar o contrato seria admitida, enquanto a instigação a romper um contrato em curso seria reprovada⁽⁵⁶⁾. O Autor não diferenciava, porém, consoante esse incitamento fosse a uma ruptura regular ou irregular.

Seria ainda relevante, para o juízo sobre a lealdade ou deslealdade da conduta, o saber qual a posição ocupada pelo dependente visado no estabelecimento concorrente: quanto maior a importância do papel desempenhado, maior o efeito de desvio de clientela potencialmente decorrente da actuação do concorrente — e, como tal, maior a tendência para um juízo de deslealdade⁽⁵⁷⁾.

IV. PIETRO TRIMARCHI sublinha que a deslealdade estará na reiteração e sistematicidade da contratação de dependentes de um determinado concorrente, bem como na finalidade de obter segredos industriais. Fala ainda numa outra hipótese: a de o desvio ser feito dando enganosamente ao trabalhador informações sobre uma suposta difícil situação económica do seu actual empregador. Em todos esses casos, o desvio seria ilícito⁽⁵⁸⁾.

V. TITO RAVÀ também começa por frisar que, em princípio, a oferta ao trabalhador de um concorrente de melhores condições integra a liberdade negocial, constituindo um comportamento lícito⁽⁵⁹⁾. Porém, atalha, haverá ilicitude, por concorrência desleal,

⁽⁵⁵⁾ Cf. ROBERTO ROVELLI, *La Concorrenza Sleale...*, cit., p. 136, nota 61.

⁽⁵⁶⁾ Cf. ENZO GUELI, “Concorrenza illecita”, em *Nuovo Digesto Italiano*, XVI, Turim, 1938, pp. 672-678 (677).

⁽⁵⁷⁾ ENZO GUELI, “Concorrenza illecita”, cit., p. 677.

⁽⁵⁸⁾ Cf. PIETRO TRIMARCHI, *Istituzioni di Diritto Privato*, cit., p. 750.

⁽⁵⁹⁾ Cf., no mesmo sentido, MASSIMO CARTELA, “Note riassuntive su: imitazione servile, parassitismo, storno di dipendenti ed altri profili di illecito concorrenziale”, em *Rivista di Diritto Industriale*, Anno XXXVI (1987), parte II, pp. 374-385 (384).

aí onde uma tal conduta seja pré-ordenada a retirar vantagem “de um tirocínio desenvolvido a expensas do precedente empregador”⁽⁶⁰⁾.

VI. Há, depois, uma série de escritos específicos sobre o tema.

DOMENICO CAPRA dá conta de que, até ao final dos anos 1960, eram poucos os casos de desvio de trabalhadores na jurisprudência⁽⁶¹⁾. Não obstante, o assunto ganha relevância nas últimas décadas do séc. XX, firmando-se correntes doutrinárias e jurisprudenciais bem distintas.

Uma primeira controvérsia diz respeito ao próprio conceito de “desvio”. Segundo MASSIMO CARTELA, só se poderia falar nesse conceito quando a demissão do trabalhador (seguida da sua contratação pelo concorrente do ex-empregador) fosse fruto de iniciativa do concorrente no sentido de incitar aquele a romper o vínculo. O ponto de partida, antes de se saber se actividade seria lícita ou ilícita, teria de ser este⁽⁶²⁾. Irá também neste sentido a sentença do Tribunal de Belluno de 28 de Fevereiro de 2007, segundo a qual “não constitui desvio de trabalhadores a assunção, por parte de um concorrente, daqueles que *voluntariamente* abandonaram o precedente empregador”⁽⁶³⁾.

Porém, nem todos entendem o mesmo: na verdade, há doutrina e jurisprudência que defendem haver também desvio de tra-

⁽⁶⁰⁾ Cf. TITO RAVÀ, *Diritto Industriale*, Vol. I, Turim, 1986, pp. 357-358.

⁽⁶¹⁾ Cf. DOMENICO CAPRA, “Concorrenza dell” ex “e storno di dipendenti”, *cit.*, pp. 65-66.

⁽⁶²⁾ Cf. MASSIMO CARTELA, “Note riassuntive...”, *cit.*, p. 384.

⁽⁶³⁾ Cf. Tribunal de Belluno, 28 de Fevereiro de 2007, em *Giurisprudenza Italiana*, Agosto-Setembro 2008, pp. 1971-1973 (1971, sublinhado meu). O Tribunal entende que, no caso, a sociedade demandada “não desenvolveu uma efectiva actividade de desvio de trabalhadores antes empregados na sociedade autora: alguns destes, depois de terem conhecimento da existência da nova sociedade, pediram espontaneamente para serem contratados, por força de relações que tinham com o precedente empregador. (...) Os trabalhadores em causa escolheram voluntariamente abandonar o precedente empregador, para procurar ocupação junto do novo, não atraídos por propostas retributivas ou promessas de carreira, mas movidos pela vontade de não ter mais relações com o anterior empregador” (p. 1972).

balhadores nos casos em que a iniciativa primeira é do trabalhador. Assim, a Cassação, em acórdão de 22 de Julho de 2004, entendeu que “a configurabilidade do desvio de trabalhadores não fica excluída pelo facto de, movidos pela vontade de passar à dependência do concorrente, tenham sido os trabalhadores “desviados” a tomar a iniciativa, sempre que a esta venha depois a associar-se a circunstância de a empresa concorrente lhes oferecer melhor tratamento económico ou outras vantagens”⁽⁶⁴⁾. Mais tarde, reafirmá-lo-ia num acórdão de 23 de Maio de 2008⁽⁶⁵⁾. O Tribunal de Turim, em sentença de 2 de Maio de 2005, defendeu ideia semelhante⁽⁶⁶⁾. Surge também uma referência a este último aspecto em ALBERTO RUSSO⁽⁶⁷⁾.

Secção II

DESVIO EM FASE EMBRIONÁRIA E EM FASE LIQUIDATÁRIA

11. Desvio na fase de organização da sociedade

I. Outra questão a esclarecer é a de saber se também há concorrência desleal por desvio de trabalhadores quando o agente que desvia ainda não se constituiu como sociedade comercial.

Em geral, a resposta será positiva. Note-se, de resto, que a doutrina admite genericamente uma intervenção do instituto da

⁽⁶⁴⁾ V. o acórdão da Cassação, Secção I, de 22 de Julho de 2004, em *Rivista di Diritto Industriale*, Ano LIV (2005), n. 4-5, parte II, pp. 243-249 (243). A decisão é também citada em Tribunal de Belluno, 28 de Fevereiro de 2007, *cit.*, p. 1972.

⁽⁶⁵⁾ Cf. o acórdão da Cassação Civil, Secção I, 23 de Maio de 2008 (RAGONESI), em *Giurisprudenza Italiana*, Novembro 2008, pp. 2485-2489: no caso, os trabalhadores em causa haviam rescindindo os respectivos contratos “de forma livre e sem terem sofrido qualquer pressão ou recebido incentivos” (p. 2486).

⁽⁶⁶⁾ V. Sentença do Tribunal de Turim de 2 de Maio de 2005 (GROSSO), em *Giurisprudenza Italiana*, Abril 2006, pp. 764-768 (766).

⁽⁶⁷⁾ Cf. ALBERTO RUSSO, “Storno dei dipendenti”, em *Digesto delle Discipline Privatistiche — Sezione Commerciale, Aggiornamento IV*, Turim, 2008, pp. 894-900 (897, nota 20).

concorrência desleal mesmo numa fase preparatória. Assim, segundo COUTO GONÇALVES, “no plano temporal, também se afigura justificável, com as necessárias cautelas, o conceito de concorrência potencial, permitindo a avaliação de actos praticados por concorrentes que se encontrem, objectivamente, numa fase preparatória de arranque de uma actividade económica”⁽⁶⁸⁾.

II. Em especial quanto ao desvio de dependentes, na doutrina italiana MARCO BELLIA refere que um dos elementos tidos em conta na apreciação da deslealdade do acto de desvio — e que faz pender o juízo para a conclusão de ter havido desrespeito pelas normas e usos honestos do sector de actividade — é a circunstância de se ter levado a cabo a operação de desvio “ainda antes da própria constituição”⁽⁶⁹⁾.

De resto, a Cassação, em acórdão de 6 de Maio de 1980, afirmou-o expressamente: “devem considerar-se concorrenciais os actos imputáveis a uma actividade empresarial em fase de organização (...); a sociedade posteriormente constituída deve responder pelos actos de concorrência desleal objectivamente lesivos de um concorrente, ainda que realizados durante a fase de organização, sempre que esses actos se liguem ao objecto e ao interesse social, sendo necessária e suficiente uma potencial comunidade de mercado e de clientela”⁽⁷⁰⁾.

Na sentença do Tribunal de Turim de 2 de Maio de 2005, lê-se, igualmente, que “uma sociedade deve ser chamada a responder por actos de concorrência desleal levados a cabo na sua fase de organização”, o que na hipótese se justificaria sobremaneira, dadas “quer a vizinhança temporal entre a constituição da sociedade e as demissões dos trabalhadores (verificada no momento em que aquela sociedade se estava a organizar para desenvolver uma actividade empresarial que seria iniciada poucos dias depois), quer a

⁽⁶⁸⁾ Cf. COUTO GONÇALVES, *Manual de Direito Industrial, cit.*, p. 367.

⁽⁶⁹⁾ Cf. MARCO BELLIA, “Concorrenza sleale da storno di dipendenti...”, *cit.*, p. 276.

⁽⁷⁰⁾ V. Acórdão da Cassação de 6 de Maio de 1980 (GUALTIERI), em *Rivista di Diritto Industriale*, Ano XXXI (1982), parte II, pp. 157-158 (157).

associação entre a aquisição dos recursos em questão e o objecto social” da nova empresa⁽⁷¹⁾.

12. Desvio em caso de liquidação da sociedade atingida

I. Questão inversa é a de saber o que sucede quando uma sociedade entra em estado de liquidação. Há, na verdade, jurisprudência que entende que quando se dá um tal caso, a sociedade em causa deixa de poder ser sujeito passivo de actos de concorrência. Assim, o Tribunal de Milão excluiu, numa decisão de 3 de Novembro de 2004, a existência de concorrência desleal por desvio de dependentes por este ter sido praticado num momento em que a “vítima” já se encontrava em liquidação, estando pois fora da concorrência⁽⁷²⁾. No fundo, no momento em que uma sociedade entra em fase de liquidação, só “vive” a fim de extinguir o passivo e para repartir as eventuais actividades residuais, pelo que fica excluída do conjunto de empresas em potencial conflito no âmbito de um determinado sector de mercado⁽⁷³⁾.

II. Em anotação à referida decisão, FABIA STEFANI dá conta de alguma evolução nesta matéria⁽⁷⁴⁾. Segundo a Autora, surgiu primeiro uma orientação jurisprudencial que considerava que uma sociedade em liquidação poderia, não obstante, ser sujeito passivo de concorrência desleal, ainda que só admitisse a tutela em casos em que ocorresse um dano efectivo⁽⁷⁵⁾. É que, observava-se, a pos-

(71) V. sentença do Tribunal de Turim de 2 de Maio de 2005, *cit.*, p. 766.

(72) V. sentença do Tribunal de Milão de 3 de Novembro de 2004 (GUALDI), em *Giurisprudenza Italiana*, Julho 2005, p. 1445.

(73) Foi o que se sustentou no acórdão da Cassação civil, Secção I, de 30 de Agosto de 1994 (GRAZIADEI), em *Giurisprudenza Italiana*, Ano 147, 1995, pp. 775-777 (775 e 777).

(74) Cf. FABIA STEFANI, “Note in tema di liquidazioni; concorrenza e storno di dipendenti”, em *Giurisprudenza Italiana*, Julho 2005, pp. 1445-1447 (1446).

(75) Cf., igualmente, o comentário (anónimo) que surge *apud* acórdão da Cassação de 30 de Agosto de 1994, *cit.*, pp. 775 e 776.

sibilidade de um dano concorrencial mantém-se mesmo na fase de liquidação, já que, durante esta, até por força da menor pujança competitiva, a sociedade em causa carece de maior tutela contra actos de concorrência; e, por outro lado, acrescentava-se, a qualquer momento o estado de liquidação poderia ser revogado e a actividade retomada de forma regular⁽⁷⁶⁾.

A Autora aproxima-se desta segunda opinião, recordando que, na fase transitória em que se prepara o procedimento de liquidação, os administradores da sociedade mantêm o poder de gestão, a fim de conservar o património social, o que os não impede de dar execução aos contratos em curso e de continuar a actividade empresarial da sociedade⁽⁷⁷⁾.

Secção III AS TRÊS TEORIAS SOBRE O DESVIO

13. A teoria objectiva

I. Na doutrina e jurisprudência italianas, tem-se sedimentado uma tripartição: surgem, a propósito do tema de que aqui nos ocupamos, três teorias — a objectiva, a subjectiva e a intermédia.

II. De acordo com a teoria objectiva, aquilo que se deve analisar é a natureza dos actos pelos quais o concorrente levou a cabo o desvio dos trabalhadores em causa. Assim, em caso algum seria ilícita a subtracção de dependentes feita através de meios que integram “a normal acção concorrencial”, como a oferta de melhorias retributivas ou de progressão na carreira⁽⁷⁸⁾. Já consubstan-

⁽⁷⁶⁾ Cf. FABIA STEFANI, “Note in tema di liquidazioni...”, *cit.*, p. 1477.

⁽⁷⁷⁾ Cf. FABIA STEFANI, “Note in tema di liquidazioni...”, *cit.*, p. 1477.

⁽⁷⁸⁾ Cf. ALBERTO RUSSO, “Storno dei dipendenti”, *cit.*, p. 895. V., também, MARCO BELLIA, “Concorrenza sleale da storno di dipendenti...”, *cit.*, p. 261 (“o desvio de trabalhadores do concorrente é lícito quando se faz mediante o recurso a meios que movem normalmente o mercado de trabalho”). V., ainda, FABIA STEFANI, “Note in tema di liquidazioni...”, *cit.*, p. 1477.

ciará acto de concorrência desleal o desvio realizado “de forma dolosa, incorrecta ou enganosa”, como sucederá no caso de o comerciante interessado denegrir o concorrente, a fim de perturbar as perspectivas individuais do trabalhador⁽⁷⁹⁾, ou no caso de a operação ser repentina e secreta, de se prometer cobrir eventuais dívidas face ao actual empregador, ou de se incitar sistematicamente o dependente alheio a desprezitar as suas obrigações laborais⁽⁸⁰⁾.

III. Segundo MARCO BELLIA, seria contrário à lealdade profissional que o comerciante promettesse eximir o trabalhador alheio do ónus da indemnização por falta de pré-aviso, ou da obrigação de ressarcimento dos danos⁽⁸¹⁾. Porém, adianta, a deslealdade de uma tal conduta terá um carácter “marginal dentro das hipóteses de desvio de trabalhadores”; tratar-se-a de um “acto pouco relevante, se não mesmo de nenhuma relevância, face à violação dos princípios da lealdade profissional”. De acordo com o Autor, ao eximir-se o trabalhador do pagamento da indemnização, o que se faz na verdade é pagar-lhe mais, oferecendo-lhe uma retribuição de acordo com os seus méritos⁽⁸²⁾. O Autor chega mesmo a concluir que que, nestes casos, “o ilícito não tem carácter concorrencial”, por isso que o ilícito não estaria em eximir o dependente das consequências

⁽⁷⁹⁾ Cf. MARCO BELLIA, “Concorrenza sleale da storno di dipendenti...”, *cit.*, p. 276 (“uso de meios dolosos, desleais ou denigratórios, como gerar temor relativamente a uma (pretensa) iminente situação de insolvência do concorrente”). V., ainda, VALERIA MONTARULI, “Storno di dipendenti: tra elemento soggettivo e danno (ingiusto?)”, em *Il Foro Italiano*, Ano 1997, Vol. CXX, I, pp. 229-233 (230); VERONICA VALLE, “Brevi note a Trib. Monza, 13 febbraio 2001, in tema di storno di dipendenti”, em *Rivista di Diritto Industriale*, Ano LI (2002), parte II, pp. 183-188 (185); e ANNA SARACENO, “Brevi note in tema di storno di dipendenti e concorrenza sleale”, em *Giurisprudenza Italiana*, Dezembro 2005, pp. 2306-2308 (2037).

⁽⁸⁰⁾ Cf. ALBERTO RUSSO, “Storno dei dipendenti”, *cit.*, p. 895. Este Autor aponta à tese objectiva o inconveniente de não conseguir “sancionar comportamentos dirigidos a “destruir” a estrutura organizativa da empresa, sem que haja uma efectiva vantagem competitiva para a empresa desviante, em termos de capital pessoal”. V., igualmente, DOMENICO CAPRA, “Concorrenza dell’ ex “e storno di dipendenti”, *cit.*, p. 88, nota 88; MARCO BELLIA, “Concorrenza sleale da storno di dipendenti...”, *cit.*, pp. 271-272; e FABIA STEFANI, “Note in tema di liquidazioni...”, *cit.*, p. 1477 e nota 13.

⁽⁸¹⁾ Cf. MARCO BELLIA, “Concorrenza sleale da storno di dipendenti...”, *cit.*, p. 262.

⁽⁸²⁾ Cf. MARCO BELLIA, “Concorrenza sleale da storno di dipendenti...”, *cit.*, p. 263.

da ruptura, “mas na própria conduta do dependente, que se torna responsável pelo incumprimento”⁽⁸³⁾.

IV. Segundo ALBERTO RUSSO, trata-se de uma linha de pensamento que recusa atribuir relevância ao elemento psíquico, dada a “irrenunciabilidade do interesse do trabalhador em que haja concorrência activa das empresas no mercado de trabalho”⁽⁸⁴⁾. Um exemplo de uma decisão tributária desta primeira orientação será a sentença do Tribunal de Monza de 24 de Janeiro de 2000. De acordo com essa decisão, o *animus* não pode tornar ilícitas condutas que, examinadas no plano objectivo, o não seriam. E vai-se mesmo ao ponto de afirmar que “todo o acto de concorrência é levado a cabo pelo comerciante na plena consciência do dano que pode causar ao seu concorrente, e é até dirigido a este objectivo; apenas uma errónea concepção da actividade empresarial pode chegar a imaginar uma concorrência não dirigida à eliminação do concorrente do mercado”⁽⁸⁵⁾.

V. Uma autora como VALERIA MONTARULI situa-se claramente na corrente objectivista: para a Autora — que, como veremos, faz uma violenta crítica à teoria subjectiva —, quando o desvio de trabalhadores é levado a cabo através de meios lícitos e correctos, o dano eventualmente sofrido pelo concorrente atingido será “justo”. Só haverá ilicitude do desvio quando este seja realizado com meios em si ilícitos e incorrectos, como a denegrição, a confusão ou a procura de obtenção de segredos comerciais do competidor⁽⁸⁶⁾. Outro autor que parece adoptar esta visão é ENRICO ADRIANO RAFFAELLI⁽⁸⁷⁾.

(83) Cf. MARCO BELLIA, “Concorrenza sleale da storno di dipendenti...”, *cit.*, p. 263.

(84) Cf. ALBERTO RUSSO, “Storno dei dipendenti”, *cit.*, p. 895.

(85) Cf. ALBERTO RUSSO, “Storno dei dipendenti”, *cit.*, p. 895.

(86) Cf. VALERIA MONTARULI, “Storno di dipendenti...”, *cit.*, p. 233.

(87) Cf. ENRICO ADRIANO RAFFAELLI, “La contraffazione del software...”, *cit.*, p. 60. O Autor, em bom rigor, parece estabelecer-se num plano intermédio: não no sentido de teoria intermédia, que analisaremos de seguida (isto é: uma corrente da teoria subjectiva que recorre a indícios objectivos para induzir o fim que motivou o agente), mas de recorrer a elementos tanto da teoria subjectiva como da objectiva. Assim, sublinha que o agente

14. A teoria subjectiva

I. A teoria subjectiva ou finalística sustenta que o desvio é ilícito quando o sujeito o realiza “com a intenção de causar ao concorrente um dano não justificável pelo normal desenvolvimento da actividade concorrencial”. Surge, como elemento essencial, o *animus nocendi*: o objectivo de tornar vão o esforço de investimento do antagonista⁽⁸⁸⁾, ou, mais especificamente, de desorganizar ou desagregar o estabelecimento alheio^(89/90)

Bem se vê que, aplicando esta doutrina, se pode chegar ao resultado de qualificar como desleais actos objectivamente lícitos⁽⁹¹⁾.

II. ALBERTO RUSSO vê neste tipo de teorias um desfavor face a práticas de mercado pelas quais se procure uma posição dominante, não com base na investigação e na inovação tecnológica, mas numa mera lógica subtractiva e parasitária: em vez de se

deve estar consciente da idoneidade do seu acto para causar dano ao concorrente, e que deve pretender tal resultado; adianta, por outro lado, que será necessário que se trate de trabalhadores particularmente qualificados e úteis para a empresa concorrente; porém, acrescenta que devem ser utilizados meios já de si desleais, como “ofertas económicas anormais”, ou comportamentos tendentes a causar no trabalhador um estado de incerteza quanto à situação financeira do seu empregador.

(88) Cf. ALBERTO RUSSO, “Storno dei dipendenti”, *cit.*, p. 896. V., ainda VALERIA MONTARULI, “Storno di dipendenti...”, *cit.*, p. 230; VERONICA VALLE, “Brevi note...”, *cit.*, p. 185; e ANNA SARACENO, “Brevi note in tema di storno di dipendenti...”, *cit.*, p. 2307.

(89) Cf., por exemplo, o acórdão do Tribunal de Apelação de Veneza de 31 de Janeiro de 1983 [em *Rivista di Diritto Industriale*, Anno XXXII (1983), II, pp. 458-467 (458)]: “o desvio de dependentes pode ser considerado acto de concorrência, na medida em que não haja somente no agente a mera consciência da idoneidade do seu comportamento a causar dano ao concorrente, mas haja intenção de conseguir tal resultado (o chamado *animus nocendi*), a qual se deve considerar existir sempre que o desvio seja realizado de tal modo que se não possa justificar à luz dos princípios da correcção profissional, senão supondo no autor a intenção de causar dano ao concorrente”. Na verdade, a Cassação, já em 6 de Maio de 1980, empregava uma formulação similar (v. MARCO BELLIA, “Concorrenza sleale da storno di dipendenti...”, *cit.*, p. 273, com citação do acórdão). V., ainda, a sentença do Tribunal de Milão de 13 de Novembro de 2013, citada por MARCO BELLIA: “é necessário que o desvio seja actuado de forma tal que prejudique em medida que exceda o prejuízo normal que pode derivar da perda de dependentes que escolham trabalhar numa outra empresa” (v. “Concorrenza sleale da storno di dipendenti...”, *cit.*, p. 270).

(90) Cf. MARCO BELLIA, “Concorrenza sleale da storno di dipendenti...”, *cit.*, p. 272.

(91) Cf. ALBERTO RUSSO, “Storno dei dipendenti”, *cit.*, p. 896.

procurar uma posição de vantagem através do desenvolvimento de novas técnicas, quer-se simplesmente atalhar caminho, aproveitando o esforço e o investimento feitos nos trabalhadores por parte dos concorrentes⁽⁹²⁾. Através da utilização dos conhecimentos técnicos adquiridos pelos dependentes desviados ao serviço do empregador atingido, o concorrente pretende “aceder ao mercado antes do momento em que tal lhe seria possível, se se valesse apenas dos próprios investimentos e investigações”⁽⁹³⁾.

15. A teoria intermédia

I. A partir daqui, a teoria subjectiva divide-se em dois campos. A vertente mais restrita coloca a tónica na valoração dos elementos psicológicos do agente; uma outra corrente, mais ecléctica, procura retirar o elemento subjectivo do *animus nocendi* de uma série de indícios objectivos⁽⁹⁴⁾. É a teoria intermédia, ou finalístico-objectiva⁽⁹⁵⁾.

(92) Cf. ALBERTO RUSSO, “Storno dei dipendenti”, *cit.*, p. 896. Retomando aqui um ponto que analisámos atrás, relativo à questão de saber se o desvio, desde logo, consubstancia acto de concorrência quando o desviante ainda não se constituiu como sociedade comercial, chamo a atenção para um passo de RUSSO, em que o Autor afirma que aquela postura descrita em texto — de procurar a vantagem no mercado, não pela inovação e investigação, mas pelo mero aproveitamento do esforço alheio — “não seria justificável nem mesmo numa situação de crise económico-financeira em que a empresa esteja”. E o Autor dá o exemplo “de uma empresa em crise que subtraia, para iniciar uma actividade num sector diverso, trabalhadores ou colaboradores de uma outra empresa já activa nesse sector, a fim de utilizar os conhecimentos técnicos adquiridos por esta última” (v. p. 896, nota 15). O exemplo é curioso por isso que, mais uma vez, a empresa que comete o acto de desvio fá-lo ainda antes de estar activa no ramo de actividade em causa.

(93) Cf. ALBERTO RUSSO, “Storno dei dipendenti”, *cit.*, p. 896. Segundo DOMENICO CAPRA, esta formulação, que se encontra em vários textos, foi primeiramente apresentada pelo Tribunal de Orvieto, em sentença de 4 de Julho de 1996 (v. “Concorrenza dell’ “ex” e storno di dipendenti”, *cit.*, p. 96). Porém, em MARCO BELLIA encontra-se referência a formulação similar num acórdão da Cassação de 3 de Julho de 1996 (v. “Concorrenza sleale da storno di dipendenti...”, *cit.*, p. 279, nota 50).

(94) Cf. DOMENICO CAPRA, “Concorrenza dell’ “ex” e storno di dipendenti”, *cit.*, p. 89; e FABIA STEFANI, “Note in tema di liquidazioni...”, *cit.*, p. 1478. Segundo MARCO BELLIA, no caso específico do ordenamento do estado da Califórnia, se é certo que um acto de desvio dirigido a tornar a organização do concorrente incapaz de funcionar pode ser

II. Neste âmbito, os indícios mais frequentemente referidos são:

- i.* o número dos trabalhadores desviados⁽⁹⁶⁾;
- ii.* a sua qualificação ou competência profissional⁽⁹⁷⁾;
- iii.* o papel que desempenhavam na empresa atingida⁽⁹⁸⁾;

considerada ilícito, nos termos do § 17200 do Código Profissional, a verdade é que “o autor deve fazer plena prova de tal intenção, *que não poderá ser retirada de indícios presuntivos*” (v. “Concorrenza sleale da storno di dipendenti...”, *cit.*, p. 288, sublinhado meu). Assim, nesse caso em particular não há abertura a que se deite mão de indícios objectivos a fim de demonstrar a presença do *animus nocendi*.

⁽⁹⁵⁾ Cf. SERGIO LUONI, “Note in tema di cessioni di quota di partecipazione”, em *Giurisprudenza Italiana*, Agosto-Setembro de 2008, pp. 1973-1974 (1974); VERONICA VALLE, “Brevi note...”, *cit.*, p. 186; e ANNA SARACENO, “Brevi note in tema di storno di dipendenti...”, *cit.*, p. 2307. MARCO BELLIA também situa esta tendência dentro da orientação subjectiva (v. “Concorrenza sleale da storno di dipendenti...”, *cit.*, p. 273, nota 35 e p. 275, nota 31). A meu ver, a teoria intermédia é claramente seguida na sentença do Tribunal de Turim de 2 de Maio de 2005 (já citada): afirma-se aí que casos em que a intenção exclusiva do comerciante seja a de provocar dano ao concorrente são meramente académicas (v. Sentença do Tribunal de Turim de 2 de Maio de 2005, *cit.*, p. 766); assim, haverá que procurar o *animus nocendi*, que se não deixa de relevar como elemento essencial, em características objectivas presentes na hipótese. Outros exemplos nitidos da aplicação desta construção são os do acórdão da Cassação, Secção I, de 20 de Junho de 1996 (BALDASSARRE) (em *Il Foro Italiano*, Ano 1997, Vol. CXX, I, pp. 228-235) e o da Cassação de 23 de Maio de 2008 (já citado: v. p. 2487).

⁽⁹⁶⁾ Cf. ANDRÉ BRUN, “L’évolution du regime de la concurrence irreguliere dans les rapports de travail”, em *Mélanges em l’honneur de Paul Roubier*, II, Paris, 1961, pp. 357-375 (368); MARCO BELLIA, “Concorrenza sleale da storno di dipendenti...”, *cit.*, pp. 263 e 276; VALERIA MONTARULI, “Storno di dipendenti...”, *cit.*, p. 230; e ANNA SARACENO, “Brevi note in tema di storno di dipendenti...”, *cit.*, p. 2307. V., também, o acórdão da Cassação, Secção I, de 20 de Junho de 1996, *cit.*, p. 232, e a sentença do Tribunal de Turim de 2 de Maio de 2005, *cit.*, p. 766. O critério do número de trabalhadores desviados é precisamente um daqueles em que se apoia o Tribunal de Turim para, em sentença de 29 de Dezembro de 2004, excluir a presença de concorrência desleal num caso de desvio de (aparentemente não suficientes) trabalhadores [v. sentença do Tribunal de Turim de 29 de Dezembro de 2004 (CONTINI), em *Giurisprudenza Italiana*, Dezembro de 2005, pp. 2304-2305 (2304)]. Uma aplicação deste e dos critérios seguidamente referidos em texto pode ser confrontada no acórdão da Cassação, Secção I, de 22 de Julho de 2004 (já citado: v. pp. 246-247).

⁽⁹⁷⁾ Cf. ANDRÉ BRUN, “L’évolution du regime de la concurrence irreguliere dans les rapports de travail”, *cit.*, pp. 358-359; MARCO BELLIA, “Concorrenza sleale da storno di dipendenti...”, *cit.*, pp. 263 e 276; e VALERIA MONTARULI, “Storno di dipendenti...”, *cit.*, p. 230. V., ainda, a sentença do Tribunal de Turim de 29 de Dezembro de 2004, *cit.*, p. 2304; e o acórdão da Cassação de 23 de Maio de 2008 (já citado: v. p. 2488).

⁽⁹⁸⁾ Cf. MARCO BELLIA, “Concorrenza sleale da storno di dipendenti...”, *cit.*,

- iv. a sua escassa fungibilidade⁽⁹⁹⁾;
- v. a concentração temporal dos actos de desvio ou a simultaneidade da transferência de trabalhadores⁽¹⁰⁰⁾;
- vi. a sistematicidade do desvio⁽¹⁰¹⁾;
- vii. a pré-ordenação da subtracção ao fim de obter informação comercial alheia⁽¹⁰²⁾;
- viii. a circunstância de se recorrer, na acção de persuasão, a outros trabalhadores da empresa⁽¹⁰³⁾, ou mesmo a gestores do estabelecimento que, juntamente com os dependentes, se passem para o desviante⁽¹⁰⁴⁾;
- ix. a instigação à demissão sem respeito do pré-aviso ou à violação da obrigação de lealdade na vigência do contrato⁽¹⁰⁵⁾;

p. 276. Na jurisprudência, o acórdão da Cassação de 6 de Maio de 1980, *cit.*, p. 157; e a sentença do Tribunal de Verona de 15 de Outubro de 1996 (ZATTONI), em *Rivista di Diritto Industriale*, Ano XLVII (1998), parte II, pp. 225-234. Segundo esta lógica, o Tribunal de Milão, em sentença de 3 de Novembro de 2004 (já citada, p. 1445), excluiu a ilicitude do desvio de dependentes por — para além de, como vimos, a suposta vítima estar em fase de liquidação — não ter ficado provada a essencialidade destes para o estabelecimento em questão.

⁽⁹⁹⁾ Cf. DOMENICO CAPRA, “Concorrenza dell’ “ex” e storno di dipendenti”, *cit.*, p. 90; MARCO BELLIA, “Concorrenza sleale da storno di dipendenti...”, *cit.*, p. 276; VALERIA MONTARULI, “Storno di dipendenti...”, *cit.*, p. 231; e ANNA SARACENO, “Brevi note in tema di storno di dipendenti...”, *cit.*, p. 2307. V., também, a sentença do Tribunal de Milão de 4 de Novembro de 2005 (CRAVEIA), em *Giurisprudenza Italiana*, Julho de 2006, p. 1436; e a do Tribunal de Turim de 2 de Maio de 2005, *cit.*, p. 767.

⁽¹⁰⁰⁾ Cf. MARCO BELLIA, “Concorrenza sleale da storno di dipendenti...”, *cit.*, p. 276; VALERIA MONTARULI, “Storno di dipendenti...”, *cit.*, p. 231; e ANNA SARACENO, “Brevi note in tema di storno di dipendenti...”, *cit.*, p. 2307. V., ainda, a sentença do Tribunal de Turim de 2 de Maio de 2005, *cit.*, p. 766.

⁽¹⁰¹⁾ Cf. GIANFRANCO SPIAZZI, “Storno di dipendenti e perduranti ambiguità definitorie”, em *Rivista di Diritto Industriale*, Ano XLVII (1998), parte II, pp. 234-243 (240).

⁽¹⁰²⁾ Cf. MARCO BELLIA, “Concorrenza sleale da storno di dipendenti...”, *cit.*, p. 276.

⁽¹⁰³⁾ Cf. DOMENICO CAPRA, “Concorrenza dell’ “ex” e storno di dipendenti”, *cit.*, p. 90. V., ainda, MARCO BELLIA, “Concorrenza sleale da storno di dipendenti...”, *cit.*, p. 274.

⁽¹⁰⁴⁾ Cf. MARCO BELLIA, “Concorrenza sleale da storno di dipendenti...”, *cit.*, p. 276.

⁽¹⁰⁵⁾ Cf. MARCO BELLIA, “Concorrenza sleale da storno di dipendenti...”, *cit.*, p. 276. No caso decidido pela sentença do Tribunal de Turim de 29 de Dezembro de 2004, excluiu-se igualmente a deslealdade do desvio de trabalhadores, por este ter sido precedido de uma demissão atempada e regularmente levada a cabo pelo dependente em questão (já citado, v. p. 2305).

- x. a destinação imediata dos trabalhadores desviados à frequência da mesma clientela⁽¹⁰⁶⁾.

Todos estes elementos ajudariam a apontar para uma vontade de desagregar ou de desorganizar, através do desvio, o concorrente, ou de se valer, de modo parasitário, dos investimentos formativos realizados pela empresa atingida relativamente aos dependentes desviados⁽¹⁰⁷⁾.

O factor subjectivo perde assim relevância, surgindo como mero “elemento de unificação lógica dos vários fragmentos dos quais se retira o dado objectivo da concorrência desleal”⁽¹⁰⁸⁾.

III. Esta corrente não deixa de ser criticada, sobretudo por, apesar de poder ser mais cómoda para o intérprete-aplicador (já que proporciona um elenco de circunstâncias de facto com base nas quais pode aquele qualificar mais facilmente a hipótese), incorrer numa aparente contradição: afirma dar primazia a um elemento subjectivo, mas apenas analisa dados objectivos⁽¹⁰⁹⁾. São várias as vozes que sublinham a contradição lógica ínsita nesta tese⁽¹¹⁰⁾. Fala-se numa objectivação do juízo de (des)lealdade, ainda que se

⁽¹⁰⁶⁾ Cf. MARCO BELLIA, “Concorrenza sleale da storno di dipendenti...”, *cit.*, p. 276.

⁽¹⁰⁷⁾ Cf. ALBERTO RUSSO, “Storno dei dipendenti”, *cit.*, p. 897.

⁽¹⁰⁸⁾ Cf. ALBERTO RUSSO, “Storno dei dipendenti”, *cit.*, p. 897. Contra: GIANFRANCO SPIAZZI, “Storno di dipendenti...”, *cit.*, p. 241. V., ainda, DOMENICO CAPRA, “Concorrenza dell” “ex” e storno di dipendenti”, *cit.*, pp. 92-93 (“as modalidades de actuação do desvio e os comportamentos levados a cabo para o realizar, ainda que não sejam apreciáveis singularmente como outros tantos actos de concorrência desleal, podem ser qualificados como tal em razão da intenção que os anime. Esta intenção, por sua vez, não pode emergir senão de uma visão de conjunto, que, somente ela, permite o juízo de deslealdade”). Segundo FRANCESCHELLI, citado por CAPRA, quando os meios usados forem denigratórios ou enganosos, “não há necessidade de ulteriormente colorir os actos de ilicitude em consideração da intenção” (v. DOMENICO CAPRA, “Concorrenza dell” “ex” e storno di dipendenti”, *cit.*, p. 91, nota 97).

⁽¹⁰⁹⁾ Cf. ALBERTO RUSSO, “Storno dei dipendenti”, *cit.*, p. 897.

⁽¹¹⁰⁾ Nas palavras de MARCO BELLIA, “identifica-se no *animus nocendi* — ou seja, num elemento respeitante ao foro interno, e por isso etéreo e difícil de provar — o dado qualificante da deslealdade do acto, para depois o querer retirar de outros elementos objectivos por que em concreto se exprima o desvio” (v. “Concorrenza sleale da storno di dipendenti...”, *cit.*, p. 273).

note que esta proposta óbvia, de certo modo, à crítica dirigida às teses subjectivas puras, segundo a qual o elemento subjectivo não deveria tornar ilícito um acto que objectivamente o não seja⁽¹¹¹⁾.

Uma outra crítica é formulada por VALERIA MONTARULI: para a Autora, a associação que é costume esta corrente fazer entre ilicitude e “danosidade” decorre de “uma visão corporativa do mercado, dirigida à conservação do que existe face aos eventos que é costume resultarem da dinâmica concorrencial”⁽¹¹²⁾. Daí se seguiria a “ambiguidade” dos critérios formulados: estes teriam o intuito de garantir a sobrevivência no mercado daqueles competidores (pequenas ou médias empresas) que correriam o risco de se ver prejudicados na sequência do desvio de um número relevante de trabalhadores qualificados⁽¹¹³⁾. A Autora chega mesmo a sugerir que a única forma de pôr termo a este estado de coisas seria a abolição do desvio de dependentes como hipótese de concorrência desleal, o que a jurisprudência só não teria feito ainda por “falta de coragem”⁽¹¹⁴⁾.

IV. De acordo com MARCO BELLIA, uma corrente “mais radical” dentro da orientação subjectiva entendia como desleal a aquisição de dependentes que não fossem realmente necessários, “de modo que a sua transferência só se pudesse justificar pelo escopo de prejudicar o concorrente”⁽¹¹⁵⁾. É bom de ver que se trata

⁽¹¹¹⁾ Cf. MARCO BELLIA, “Concorrenza sleale da storno di dipendenti...”, *cit.*, p. 274. O Autor afirma ainda que, “segundo esta orientação jurisprudencial, embora não se renunciando ao “fetiche do *animus nocendi*”, reconhece-se — pelo menos implicitamente — que este último é um elemento inidóneo a distinguir entre hipóteses de desvio ilícito e hipóteses de lícita aquisição de dependentes alheios”.

⁽¹¹²⁾ Cf. VALERIA MONTARULI, “Storno di dipendenti...”, p. 232.

⁽¹¹³⁾ Cf. VALERIA MONTARULI, “Storno di dipendenti...”, p. 232. Idênticos comentários tece GIANFRANCO SPIAZZI (v. “Storno di dipendenti...”, *cit.*, p. 243).

⁽¹¹⁴⁾ Cf. VALERIA MONTARULI, “Storno di dipendenti...”, *cit.*, p. 232.

⁽¹¹⁵⁾ Cf. MARCO BELLIA, “Concorrenza sleale da storno di dipendenti...”, *cit.*, p. 272. Creio poder identificar-se um exemplo desta visão mais radical da corrente subjectiva no acórdão da Cassação civil, secção I, de 3 de Agosto de 1987 (já citado: v. pp. 591 e 594). Nessa decisão, o Tribunal exclui a deslealdade do desvio por não ter ficado provado que a actuação do concorrente fora “exclusivamente motivada pelo fim de causar dano ao estabelecimento alheio”.

de uma corrente intermédia, ou finalístico-objectiva: retira o elemento subjectivo de uma circunstância objectiva — a desnecessidade dos dependentes contratados. Seria uma forma de “desvio *emulativo*: a ilicitude derivaria da falta de utilidade para o agente dos trabalhadores em causa”⁽¹¹⁶⁾.

Uma outra forma de desvio, ao lado do “desvio emulativo”, seria o “desvio *destrutivo*”: haveria *animus nocendi* sempre que a conduta pudesse infligir ao concorrente uma lesão da sua capacidade de competir⁽¹¹⁷⁾.

Para BELLIA, porém, exceptuando os casos-limite de “desvio sem contratação” — em que, na verdade não haveria desvio, mas apenas (e eventualmente) uma simples indução ao incumprimento —, é difícil demonstrar que o desvio tenha sido efectuado somente para prejudicar o concorrente⁽¹¹⁸⁾.

16. Em particular: o número de trabalhadores desviados

Apesar de ser comum referir-se o número dos trabalhadores desviados como um indício de deslealdade — mais: como um factor do qual resulta a ilicitude do desvio —, há quem se pronuncie diferentemente. Assim, segundo MASSIMO CARTELA, se o desvio não for levado a cabo através de meios dolosos, desleais, enganosos ou incorrectos, a conduta será lícita, “por muito conspícuo que seja o número dos trânsfugas”⁽¹¹⁹⁾.

De todo o modo, trata-se de um Autor que se insere claramente na chamada teoria objectiva: note-se que, segundo a sua doutrina, “a aquisição de dependentes alheios não constitui, por si,

⁽¹¹⁶⁾ Cf. MARCO BELLIA, “Concorrenza sleale da storno di dipendenti...”, *cit.*, p. 272.

⁽¹¹⁷⁾ Cf. MARCO BELLIA, “Concorrenza sleale da storno di dipendenti...”, *cit.*, pp. 274 e 276.

⁽¹¹⁸⁾ Cf. MARCO BELLIA, “Concorrenza sleale da storno di dipendenti...”, *cit.*, p. 272.

⁽¹¹⁹⁾ Cf. MASSIMO CARTELA, “Note riassuntive...”, *cit.*, p. 385.

um ilícito, qualquer que seja o número e *qualquer que seja a intenção que a inspira*". O desvio só se tornaria ilícito quando posto em marcha com meios ilícitos⁽¹²⁰⁾.

Secção IV OBJECTO DO *ANIMUS NOCENDI*

17. Acepção tradicional de *animus nocendi*; outras propostas

I. É também discutida a questão de saber qual o objecto do *animus nocendi*: segundo alguns, bastaria uma intenção de prejudicar, indefinidamente apreciada; para outros, diferentemente, teria de haver uma vontade dirigida a desagregar ou a desorganizar o estabelecimento do concorrente.

Uma outra orientação entende ainda que a intenção pode ser, não tanto de dano, mas sobretudo de desfrute da organização do pessoal já formado e experimentado a expensas do concorrente, a fim de evitar o investimento e o tempo necessários para a formação de uma organização própria⁽¹²¹⁾.

De acordo com MARCO BELLIA, uma outra corrente reconhece o *animus nocendi* "na intenção do concorrente de criar no mercado um efeito confusório, descredibilizante ou parasitário"⁽¹²²⁾. O Autor

⁽¹²⁰⁾ Cf. MASSIMO CARTELA, "Note riassuntive...", *cit.*, p. 385.

⁽¹²¹⁾ Cf. DOMENICO CAPRA, "Concorrenza dell' "ex" e storno di dipendenti", *cit.*, p. 94.

⁽¹²²⁾ Cf. MARCO BELLIA, "Concorrenza sleale da storno di dipendenti...", *cit.*, p. 279 e nota 50. O Autor cita um acórdão da Cassação de 7 de Junho de 1998 ("a concorrência desleal deve resultar do objectivo a que o concorrente se proponha, através da transferência, de tornar vão o esforço de investimento do seu antagonista, criando no mercado o efeito confusório, ou desacreditante, ou parasitário, capaz de atribuir injustamente, a quem o causa, o desfrute do investimento (ou seja, do aviamento) de quem o sofre") e a já referida sentença do Tribunal de Milão de 4 de Novembro de 2005 ("evidente intenção de prejudicar o concorrente, e de conseguir parasitariamente o aviamento das relações comerciais que este assegurou").

releva, como elemento mais importante desta orientação, a consideração de um efeito “parasitário” do desvio⁽¹²³⁾.

II. No seguimento do que se disse anteriormente, quanto ao objecto do elemento subjectivo, BELLIA dá conta de que, na jurisprudência, se vinha perdendo o significado característico do *animus*, dando-se a gradual aproximação a uma acepção literal (intenção de prejudicar). Ora, explica, terá sido por força dessa crescente indefinição do termo que se tornou possível atribuir-lhe, paralelamente ao tradicional significado de “intenção de desagregar ou desorganizar o concorrente”, o sentido de “intenção de obter parasitariamente uma vantagem concorrencial”⁽¹²⁴⁾. Segundo o Autor, para esta jurisprudência não seria tão importante a intenção parasitária como o *efeito parasitário*, e este consistiria na apropriação dos investimentos formativos feitos pelo concorrente com os seus trabalhadores⁽¹²⁵⁾.

Acontece que, segundo BELLIA, esta derivação — que assenta em afirmar a ilicitude do desvio quando este decorre da intenção do agente de “aceder ao mercado antes do momento em que tal lhe seria possível, se dependesse apenas do próprio investimento e investigação” — leva a que se releve a conduta de apropriação de uma organização funcional e experimentada, “independentemente do facto de o desvio gerar efectivamente no concorrente uma lesão da capacidade de competir”⁽¹²⁶⁾.

III. Haverá, ainda, na opinião de BELLIA, uma outra ambiguidade nesta tese: é que, avança, “está presente em qualquer caso uma *quid* de intenção parasitária, por natureza”⁽¹²⁷⁾: a aquisição de

⁽¹²³⁾ Cf. MARCO BELLIA, “Concorrenza sleale da storno di dipendenti...”, *cit.*, p. 280.

⁽¹²⁴⁾ Cf. MARCO BELLIA, “Concorrenza sleale da storno di dipendenti...”, *cit.*, p. 281.

⁽¹²⁵⁾ Cf. MARCO BELLIA, “Concorrenza sleale da storno di dipendenti...”, *cit.*, p. 281.

⁽¹²⁶⁾ Cf. MARCO BELLIA, “Concorrenza sleale da storno di dipendenti...”, *cit.*, p. 282.

⁽¹²⁷⁾ Cf. MARCO BELLIA, “Concorrenza sleale da storno di dipendenti...”, *cit.*, p. 282.

trabalhadores alheios, apeteceíveis por força das suas capacidades e experiência, evidentemente adquiridas ao serviço do(s) anterior(es) empregador(es), leva sempre consigo um elemento de aproveitamento de esforço alheio⁽¹²⁸⁾.

A conclusão de BELLIA é a de que o desvio dito “parasitário” não deve ser incluído na hipótese de desvio de dependentes. É que a referência a um efeito parasitário decorrente de uma passagem de trabalhadores de um competidor a outro adianta tanto quanto dizer que é “danoso” para os concorrentes o facto de um comerciante introduzir no mercado um produto mais conveniente, por inovador ou mais económico, em comparação com os já existentes⁽¹²⁹⁾. Daí que a jurisprudência associe o desvio de trabalhadores ilícito àquele que se dirige a causar ao estabelecimento concorrente um dano em medida que exceda o normal prejuízo que para qualquer comerciante pode derivar da perda de dependentes, em consequência de uma saída voluntária destes para uma outra empresa⁽¹³⁰⁾. Essa necessidade de um *plus* em relação ao dano normalmente presente num caso destes importa, para BELLIA, o reconhecimento de que, para haver desvio ilícito, é necessário que este incida sobre a capacidade de competir do concorrente e que provoque a desagregação do estabelecimento alheio⁽¹³¹⁾. Retorna-se, assim, ao conceito clássico de *animus nocendi*.

E, mesmo dentro desta significação mais apurada, BELLIA sublinha que existe uma diferença conceitual entre definir como

⁽¹²⁸⁾ BELLIA critica ainda a circunstância de se identificar o parasitismo na “apropriação de investimentos alheios”: é que, na verdade, o dependente não deverá ser considerado como “um bem comercial da empresa”, motivo pelo qual a sua subtração não pode ser entendida “como uma apropriação com carácter ‘ablativo’” (v. “Concorrenza sleale da storno di dipendenti...”, *cit.*, p. 282).

⁽¹²⁹⁾ Cf. MARCO BELLIA, “Concorrenza sleale da storno di dipendenti...”, *cit.*, p. 293. Sendo a competição, no mercado de trabalho, para adquirir os melhores trabalhadores, já formados e organizados, um “comportamento virtuoso”, o desvio “parasitário” estaria para o desvio “destrutivo” (o clássico) “tal como o conceito de dano em sentido puramente económico está para o conceito de dano juridicamente relevante no sistema da concorrência desleal” (p. 294).

⁽¹³⁰⁾ Cf. MARCO BELLIA, “Concorrenza sleale da storno di dipendenti...”, *cit.*, p. 294.

⁽¹³¹⁾ Cf. MARCO BELLIA, “Concorrenza sleale da storno di dipendenti...”, *cit.*, p. 294.

ilícito o “desagregar o estabelecimento alheio” e o definir como ilícito o desvio que “cause dano ao estabelecimento alheio para além do normal prejuízo”. É que, na sua opinião, foi a utilização desta última expressão, ainda assim menos precisa do que a primeira, que abriu o flanco à consideração de outras hipóteses — e, nomeadamente, das de mero parasitismo — como sendo de desvio ilícito, ainda que isso tenha ocorrido de forma inconsciente⁽¹³²⁾.

IV. O Autor chama ainda a atenção para um outro aspecto: a orientação que se basta com o mero efeito parasitário não atende, na resolução dos casos, a todos os interesses tidos como dignos de tutela pelo legislador, já que dirime o conflito entre o empregador que desvia trabalhadores alheios e o concorrente atingido sem tomar em consideração o interesse do trabalhador em escolher livremente o empregador que prefere⁽¹³³⁾.

Isto é: ao considerar-se como suficiente para a declaração de um ilícito concorrencial a circunstância de o concorrente sofrer o dano que sempre decorre da perda de um trabalhador, não exigindo outros elementos qualificadores, transmite-se a seguinte mensagem aos prestadores de trabalho: se quiserem abandonar o actual empregador mas mesmo assim não engrossar as fileiras do desemprego, devem procurar ocupação numa empresa não concorrente. De outro modo, o seu novo contrato poderia ser usado como fundamento para uma acção de concorrência desleal.

Para MARCO BELLIA, o que se deve tutelar — e para tal apontarão o direito constitucional e o direito europeu — é a *efectividade do jogo concorrencial*. Assim, o que se não pode consentir são

⁽¹³²⁾ Cf. MARCO BELLIA, “Concorrenza sleale da storno di dipendenti...”, *cit.*, p. 295. Esse alargamento inadvertido teria decorrido de, ao divulgar-se a teoria intermédia, que não ultrapassava mas “camuflava” o crítico elemento do *animus nocendi*, este último conceito ter começado a perder o seu significado de origem, passando a abarcar qualquer “intenção de causar dano”, o que abrangia qualquer efeito danoso, ainda que somente “parasitário”.

⁽¹³³⁾ Cf. MARCO BELLIA, “Concorrenza sleale da storno di dipendenti...”, *cit.*, p. 296. A referida corrente jurisprudencial teria ainda a dificuldade de não respeitar uma “interpretação sistemática da concorrência desleal”, por isso que, em bom rigor, o carácter parasitário da conduta só deveria considerar-se existente quando houvesse imitação sistemática das iniciativas comerciais do concorrente.

acções concorrenciais que não permitam ao concorrente (médio, eficiente) uma resposta adequada, e que, por isso, impeçam o normal desenvolvimento do jogo concorrencial. Donde, será ilícito o desvio de trabalhadores alheios que ocorra numa altura e de forma tais que não consinta que um concorrente ordenado e eficiente leve a cabo uma adequada reorganização comercial⁽¹³⁴⁾.

V. A partir daqui, haveria duas alternativas: ou abandonar a referência ao *animus nocendi*, passando a uma valoração objectiva das circunstâncias concretas que, pela sua perigosidade e incorrecção, qualifiquem o desvio como ilícito; ou manter aquele elemento, posto que se regresse ao seu significado tradicional de “intenção de desagregar” — e não apenas de prejudicar. O Autor sublinha que, em definitivo, seria preferível abandonar de uma vez por todas a ideia do *animus nocendi*, não fosse verificar-se de novo a utilização deste como cavalo de Tróia para o alargamento do conceito de desvio ilícito a comportamentos que manifestamente o não podem ser; porém, enquanto isso não for possível, propõe que se afine a interpretação daquele elemento, como correspondendo à intenção (e idoneidade para) *prejudicar a capacidade de competir do concorrente*⁽¹³⁵⁾.

Secção V REMÉDIOS PARA O DESVIO

18. O meio inibitório

I. Em relação às consequências do acto de desvio de trabalhadores qualificado como desleal, há várias possibilidades. Aí onde se verifique dolo ou culpa do operador, pode intervir a res-

⁽¹³⁴⁾ Cf. MARCO BELLIA, “Concorrenza sleale da storno di dipendenti...”, *cit.*, p. 297.

⁽¹³⁵⁾ Cf. MARCO BELLIA, “Concorrenza sleale da storno di dipendenti...”, *cit.*, p. 298. Não será, pois, ilícito o desvio (meramente) associado a um comportamento parasitário (p. 299).

ponsabilidade civil⁽¹³⁶⁾. Porém, darei especial relevo à chamada inibição.

II. A doutrina refere comumente, a propósito da concorrência desleal em geral, a possibilidade de a parte atingida recorrer à acção inibitória, com o fim de fazer cessar o comportamento desleal⁽¹³⁷⁾. Os especialistas costumam ligar este meio de reacção aos casos em que falta o dolo ou culpa do agente⁽¹³⁸⁾. MARCO BELLIA refere este remédio no caso particular do desvio com violação de um pacto de não concorrência: a acção inibitória surgiria como

⁽¹³⁶⁾ Cf. FRANCESCO MESSINEO, *Manuale di Diritto Civile e Commerciale*, 9.^a ed., Milão, 1972, p. 658. ALBERTO RUSSO refere que, no caso de não ser admissível, num caso destes, a tutela inibitória, resta à empresa lesada a possibilidade de agir, face ao concorrente, para obter o ressarcimento do dano. Com uma vantagem, face ao regime geral: uma vez estabelecida a deslealdade da concorrência, a culpa é presumida, até prova em contrário (art. 2600.º/3 do Código Civil italiano) — v. “Storno dei dipendenti”, *cit.*, p. 900. Outro Autor que fala expressamente numa acção de responsabilidade em casos de desvio de trabalhadores é ANDRÉ BRUN (v. “L’évolution du regime de la concurrence irreguliere dans les rapports de travail”, *cit.*, p. 358). V., ainda, a já citada sentença do Tribunal de Turim de 2 de Maio de 2005: admite-se aí o ressarcimento dos danos sofridos pela parte lesada (*cit.*, p. 767).

⁽¹³⁷⁾ As mais das vezes, isso redundará na mera inibição de contratar *outros* dependentes do mesmo concorrente. Assim, na já citada sentença do Tribunal de Turim de 2005, não se foi mais além do que isso (*cit.*, p. 767: veda-se a prossecução da conduta, “inibindo a ré de praticar ulteriores actos de subtracção de dependentes da autora”). V., igualmente, VALERIA MONTARULI, “Storno di dipendenti...”, p. 232.

⁽¹³⁸⁾ Assim, p. ex., JORGE PATRÍCIO PAÚL, “Concorrência Desleal e Segredos de Negócio”, *cit.*, p. 160, a propósito de actos em que haja uma simples contrariedade objectiva, sem qualquer elemento subjectivo particular; também OLIVEIRA ASCENSÃO, *Concorrência Desleal*, *cit.*, p. 120 (“a conduta pode ser já juridicamente relevante, mesmo quando não reveste ainda a totalidade das suas implicações. Assim acontece nas intervenções preventivas, para impedir a verificação efectiva de um acto de concorrência desleal. Aí, prescinde-se da finalidade do agente”). Cf., igualmente, TULLIO ASCARELLI, *Saggi di Diritto Commerciale*, *cit.*, p. 121; e FRANCESCO MESSINEO, *Manuale di Diritto Civile e Commerciale*, *cit.*, p. 658 (“nos casos em que falta o dolo ou culpa do agente, o juiz limita-se a inibir a continuação (reiteração) para o futuro (função *preventiva* da sanção: acção inibitória, ou proibitória)”). Uma especifica intervenção preventiva é-nos descrita por ANDRÉ BRUN como tendo sido prática da jurisprudência em dada altura: segundo o Autor, os tribunais impunham, ao empregador que quisesse contratar um dependente, uma obrigação preventiva: teria de exigir ao candidato um certificado a fim de poder determinar se este se encontrava livre de compromissos (v. “L’évolution du regime de la concurrence irreguliere dans les rapports de travail”, *cit.*, p. 368).

forma de o empregador atingido obter a execução específica do pacto de não concorrência violado, proibindo-se que o novo contrato de trabalho, celebrado entre o concorrente e o trabalhador, prossiga⁽¹³⁹⁾.

III. Na já referida sentença do Tribunal de Milão de 4 de Novembro de 2005, encontra-se maior precisão: o dano provocado pelo desvio pode ser limitado através de um procedimento inibitório, que se restringirá “ao período de tempo tido como necessário para o desenvolvimento de um *know-how* autónomo”⁽¹⁴⁰⁾. Interpreto esta ideia como querendo significar que o remédio adequado em caso de desvio de trabalhadores será a proibição de desenvolvimento da nova relação contratual do trabalhador desviado, mas apenas durante o período de tempo objectivamente considerado como sendo necessário para que, na relação entre dependente e novo empregador, despontasse (no trabalhador) o *know-how* de que este último pretenderia beneficiar desde logo — e, nomeadamente: sem que nisso tivesse investido coisa alguma.

SERGIO LUONI subscreve doutrina idêntica: na opinião do Autor, o instrumento mais adequado para evitar um dano ulterior seria a concessão de uma providência inibitória “*ad tempus*, limitada ao período temporal considerado necessário à criação, por parte da empresa desviante, do aviamento e do *know-how* que teria adquirido (na ausência da obrigação de *non facere*) mediante a prestação dos trabalhadores desviados”⁽¹⁴¹⁾.

IV. A doutrina de ANNA SARACENO vai num sentido parecido: quanto à questão de saber se é possível impedir juridicamente, através de uma providência inibitória, que o empresário utilize as prestações dos trabalhadores desviados, começa a Autora por notar que “não parece possível que a relação de trabalho já constituída possa ser resolvida por ordem do juiz”; porém, subli-

⁽¹³⁹⁾ Cf. MARCO BELLIA, “Concorrenza sleale da storno di dipendenti...”, *cit.*, p. 264.

⁽¹⁴⁰⁾ Cf. Sentença do Tribunal de Milão 4 de Novembro de 2005, *cit.*, p. 1436.

⁽¹⁴¹⁾ Cf. SERGIO LUONI, “Note in tema di cessione...”, *cit.*, p. 1974.

nha que se deve concluir que a proibição de utilização das prestações do trabalhador transferido pode visar apenas aquelas actividades cuja execução se revelasse ilícita⁽¹⁴²⁾.

V. Há uma outra decisão, citada por ALBERTO RUSSO, em que se nota uma ligeira variação nesta doutrina. Assim, o Tribunal de Bolonha, em sentença de 4 de Outubro de 2005, considerou que o dano causado pelo desvio poderia ser neutralizado mediante a inibição do desviante, “por um período de tempo determinado de forma equitativa”, não só de continuar a contratar (outros) dependentes do concorrente, como também de “utilizar as prestações que os trabalhadores desviados desenvolviam na empresa atingida, e face à mesma clientela”⁽¹⁴³⁾. Esta última parte encontra-se também na base da sanção decretada na sentença do Tribunal de Verona de 15 de Outubro de 1996⁽¹⁴⁴⁾.

19. Em especial: a construção de ALBERTO RUSSO

I. ALBERTO RUSSO procede a uma análise mais pormenorizada. O Autor começa por excluir, em geral, que a ilicitude do desvio comporte a nulidade do contrato de trabalho celebrado entre a empresa e o trabalhador desviado: haveria que contar com os direitos constitucionalmente garantidos do trabalhador⁽¹⁴⁵⁾ e com a circunstância de este ser estranho em relação à controvérsia entre os concorrentes⁽¹⁴⁶⁾. Só poderia haver sanção de nulidade quando o

⁽¹⁴²⁾ Cf. ANNA SARACENO, “Brevi note in tema di storno di dipendenti...”, *cit.*, p. 2308.

⁽¹⁴³⁾ Cf. ALBERTO RUSSO, “Storno dei dipendenti”, *cit.*, p. 900, nota 36.

⁽¹⁴⁴⁾ V. a sentença do Tribunal de Verona de 15 de Outubro de 1996, *cit.*, p. 233 (“a providência idónea a evitar o perpetuar-se do prejuízo para a recorrente derivado da concorrência desleal é a inibição da autora de usar as prestações laborais do pessoal desviado, limitadamente ao desenvolvimento das mesmas tarefas levadas a cabo na dependência da autora”).

⁽¹⁴⁵⁾ Cf. ALBERTO RUSSO, “Storno dei dipendenti”, *cit.*, p. 898.

⁽¹⁴⁶⁾ Em termos similares, GIORGIA TASSONI mostra-se muito reticente face à admissibilidade de uma providência cautelar dirigida a suspender a relação de trabalho consti-

trabalhador tivesse concorrido para a actividade de desvio: em tais casos, haveria “motivo ilícito comum a ambas as partes”, para efeitos do disposto no art. 1345.º do Código civil italiano⁽¹⁴⁷⁾. Seria, porém, difícil demonstrar a comunhão e a exclusividade do fim ilícito. Essa dificuldade sairia tão mais acrescida quanto, segundo o Autor, a jurisprudência tende a considerar que a unicidade do motivo comum pressupõe a procura da mesma finalidade ilícita, não se bastando com a (mera) consciência de se retirar um benefício comum dos comportamentos recíprocamente ilícitos; sobretudo, revelar-se-ia delicado conjugar a vontade do sujeito desviante de causar dano ao concorrente com a vontade do trabalhador de melhorar a própria posição profissional⁽¹⁴⁸⁾.

O ponto é muito interessante, porquanto o referido art. 1345.º do Código civil italiano tem um correspondente na nossa lei: o art. 281.º do Código Civil.

II. Quanto à acção inibitória, que poderia ser deduzida a título de tutela ordinária ou de providência cautelar, postos os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, o Autor começa por perguntar se será admissível, não só no caso de a actividade de desvio ainda estar em curso, mas também nas hipóteses em que os trabalhadores já tenham passado ao serviço do concorrente⁽¹⁴⁹⁾. Ou seja, segundo este Autor, não é pelo menos sem algum esforço de fundamentação que se pode chegar a afirmar a idoneidade da acção inibitória como remédio para a concorrência desleal quando o desvio de trabalhadores já está consumado.

Segundo RUSSO, um primeiro aspecto a ter em conta é o direito do trabalhador, constitucionalmente garantido, de cumprir a prestação laboral acordada⁽¹⁵⁰⁾. Porém, o interesse do ex-empregador em impedir o desfrute, por parte do concorrente, das prestações

tuída após o desvio, por força do carácter de estraneidade do trabalhador perante as partes em disputa [v. “Lo storno di dipendenti tra illecito concorrenziale e libertà di lavoro”, em *Rivista di Diritto Industriale*, Ano XLVI (1997), n. 2., parte II, pp. 92-97 (96-97)].

⁽¹⁴⁷⁾ Cf. ALBERTO RUSSO, “Storno dei dipendenti”, *cit.*, p. 898.

⁽¹⁴⁸⁾ Cf. ALBERTO RUSSO, “Storno dei dipendenti”, *cit.*, p. 898.

⁽¹⁴⁹⁾ Cf. ALBERTO RUSSO, “Storno dei dipendenti”, *cit.*, p. 898.

⁽¹⁵⁰⁾ Cf. ALBERTO RUSSO, “Storno dei dipendenti”, *cit.*, p. 899.

do trabalhador prevaleceria sobre o interesse do dependente quando este tivesse concorrido para o ilícito, participando activa e conscientemente na operação de desvio⁽¹⁵¹⁾. De acordo com o mesmo Autor, alguma jurisprudência entende que, ainda quando não se tenha verificado aquela participação por parte do trabalhador, seria admissível a acção inibitória no caso de se tratar de prestações muito específicas e circunscritas: não se tolheria totalmente a liberdade de trabalho do dependente, mas apenas o “uso das tecnologias próprias da empresa” de que o trabalhador desviado tivesse conhecimento, e bem assim a utilização, por parte do concorrente, dos trabalhadores desviados na actividade comercial com clientes e fornecedores do competidor atingido⁽¹⁵²⁾.

III. RUSSO cita a sentença do Tribunal de Monza de 24 de Janeiro de 2000, em que se disse que “o facto de uma providência judicial poder afectar indirectamente os direitos de terceiro de forma alguma pode legitimar o persistir da conduta antijurídica, e seguramente não pode impedir o decretamento da própria providência”⁽¹⁵³⁾. Haveria, segundo o Tribunal, uma lógica de *sibi imputet*: “o autor do ilícito só a si deverá atribuir a responsabilidade pela lesão de terceiros causada por uma providência judicial que põe termo à situação antijurídica”⁽¹⁵⁴⁾. Mais interessante ainda é a conclusão: “o autor do ilícito não poderá certamente utilizar o potencial dano para terceiros a fim de evitar o decretamento da própria providência”.

Em Direito, esta última afirmação tem um nome: *tu quoque*. Constituiria abuso do direito a invocação, por parte do autor do acto de concorrência desleal, de um efeito causado pela sua acção como forma de obviar a que fosse decretada, contra si, uma sanção como consequência dessa mesma conduta⁽¹⁵⁵⁾.

⁽¹⁵¹⁾ Cf. ALBERTO RUSSO, “Storno dei dipendenti”, *cit.*, p. 899.

⁽¹⁵²⁾ Cf. ALBERTO RUSSO, “Storno dei dipendenti”, *cit.*, p. 899.

⁽¹⁵³⁾ Cf. ALBERTO RUSSO, “Storno dei dipendenti”, *cit.*, p. 899.

⁽¹⁵⁴⁾ Cf. ALBERTO RUSSO, “Storno dei dipendenti”, *cit.*, p. 899.

⁽¹⁵⁵⁾ Cf., quanto à descrição do *tu quoque*, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé no Direito Civil*, Coimbra, 1997 (reimpressão), pp. 851-852; e, do mesmo Autor, *Tratado de Direito Civil*, Parte Geral, V, Coimbra, 2011, pp. 327 e segs. Outro ponto de ligação

IV. A doutrina proposta por ALBERTO RUSSO passa por afirmar, em primeiro lugar, que, na dinâmica do comportamento desviante, a contratação do trabalhador pelo concorrente não constitui, em si, o evento do qual resultam os efeitos danosos da conduta concorrencial: na verdade, esses efeitos estariam antes no facto (previamente verificado) da saída do trabalhador da empresa atingida⁽¹⁵⁶⁾. Assim, prossegue, a tutela inibitória só encontraria plena realização *antes da saída do trabalhador*; inversamente, não poderia configurar remédio adequado para a deserção deste, por isso que seria inadmissível que à inibição se associasse uma ordem de reintegração do dependente na empresa que abandonara⁽¹⁵⁷⁾.

V. Uma corrente jurisprudencial, citada por RUSSO, condiciona a admissibilidade da acção inibitória — no momento posterior à contratação dos trabalhadores pelo concorrente — à existência de uma conduta concorrencial que ofenda vários bens jurídicos: assim, o Autor menciona a já referida sentença do Tribunal de

interessante entre o *tu quoque* e a concorrência desleal é a circunstância de, no direito suíço, se excluir expressamente a invocabilidade de *tu quoque* no domínio dos actos desleais: aquele que praticar um acto concorrencial desleal não se pode eximir das consequências da sua conduta invocando igual comportamento da parte contrária (v. KAMEN TROLER, *Précis du Droit Suisse...*, cit., pp. 345 e ss [“o demandado numa acção de concorrência desleal não se pode furtar à condenação argumentando que o autor agiu também de maneira desleal. (...) Aquele que tem um comportamento inadequado não pode opor a outrem o seu comportamento inadequado” (p. 345). A solução resulta igualmente de se considerar que a concorrência desleal se reveste de um carácter tridimensional: protege os concorrentes, os consumidores e a colectividade. Assim, permitir que alguém se eximisse de responder, por força do comportamento de um só dos protegidos, seria negar tutela aos demais (p. 346)]. A propósito, recorde que, segundo a doutrina especializada, o caso do desvio de dependentes não integra as hipóteses de concorrência desleal que afectam, para além de um concorrente em especial, o mercado em geral: assim, v. DÁRIO MOURA VICENTE, *La Propriété Intellectuelle en Droit International Privé*, Leiden, 2009, pp. 362 (em que se refere a genérica idoneidade do instituto da concorrência desleal para, ainda que indirectamente, proteger interesses dos consumidores) e 367 (em que se inclui o caso da incitação à ruptura de contrato de trabalho no conjunto de hipóteses de actos desleais que afectam apenas um concorrente determinado).

⁽¹⁵⁶⁾ Também se poderia dizer, na verdade, que o dano não estaria nem no facto da saída (da antiga empresa), nem no facto da entrada (na nova), mas sim na ulterior (e apenas eventual) circunstância de o trabalhador desviado começar a desenvolver a sua actividade de molde a atrair para o novo empregador a clientela do concorrente atingido.

⁽¹⁵⁷⁾ Cf. ALBERTO RUSSO, “Storno dei dipendenti”, cit., p. 899.

Monza de 24 de Janeiro de 2000, que, entendendo igualmente que a tutela inibitória não poderia servir como remédio no caso de o dependente desviado já ter ingressado na empresa concorrente, sustenta que uma acção daquele jaez só seria admissível se deduzida perante uma outra conduta desleal, distinta do desvio, como a de concorrência parasitária⁽¹⁵⁸⁾.

CAPÍTULO III CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS

20. Síntese dos pontos abordados

I. Em primeiro lugar, tivemos oportunidade de esclarecer que o desvio de trabalhadores é um acto de concorrência, como tal valorável à luz das normas e usos honestos do sector de actividade em que ocorra. É que, como explica a melhor doutrina, o acto de concorrência pode ser um negócio jurídico, e, sobretudo, mesmo um “acto de estruturação interna da empresa” pode consubstanciar concorrência desleal, sempre que seja dirigido especificamente contra um concorrente. Estaremos, também aí, perante um “comportamento no mercado de um operador económico, susceptível de se repercutir negativamente sobre outros operadores económicos que disputam a mesma clientela”⁽¹⁵⁹⁾.

II. Outro ponto sublinhado foi o da inserção do desvio de trabalhadores no hemisfério dos actos de agressão e, em particular,

⁽¹⁵⁸⁾ Cf. ALBERTO RUSSO, “Storno dei dipendenti”, *cit.*, p. 899; de resto, o Tribunal negou, no caso, a tutela inibitória, precisamente por “a concorrência parasitária não ter sido minimamente invocada na presente acção” (p. 899, nota 37). Curiosamente, já em ANDRÉ BRUN surgia a sugestão de que se presumiria a intenção de emular o concorrente quando o desvio de concorrentes fosse acompanhado “de outros factos, como a imitação de sinais” (v. “L’*évolution du regime de la concurrence irreguliere dans les rapports de travail*”, *cit.*, p. 358).

⁽¹⁵⁹⁾ Assim, OLIVEIRA ASCENSÃO, *Concorrência Desleal*, *cit.*, p. 126, já citado. V., *supra*, Capítulo I, ponto 4, § ii.

dos actos de desorganização. Como tal, há referência — o que não acontece necessariamente noutros subtipos — a um elemento subjectivo de ilicitude: a intenção de desorganizar ou desagregar a empresa alheia⁽¹⁶⁰⁾.

III. Num momento ulterior, e seguindo de perto a construção de OLIVEIRA ASCENSÃO, vimos como as hipóteses de desvio se podem colocar. Assim, começámos por ver o que sucede quando o concorrente, apesar de contratar um trabalhador do competidor, não o incita a desvincular-se do seu empregador: se este o faz de uma forma regular (*v. g.*, respeitando o pré-aviso), não haverá deslealdade na sua subsequente contratação⁽¹⁶¹⁾. Quando o dependente rompe a ligação ao anterior empregador de uma forma irregular, não haverá ainda assim, em princípio, concorrência desleal se o concorrente o não tiver a tal incitado: resposta contrária redundaria numa proscrição do trabalhador daquele ramo de actividade, para o que se não encontra justificação⁽¹⁶²⁾.

IV. De seguida, analisámos os casos em que há incitamento à ruptura por parte do concorrente: aí, a resposta dependia de a desvinculação ter sido regular ou irregular. No primeiro caso, não haveria, em princípio, concorrência desleal⁽¹⁶³⁾; poderia, porém, chegar-se a conclusão diferente em presença de “circunstâncias qualificativas particulares”. No segundo caso — isto é, aquele em que o concorrente incita o trabalhador do competidor a romper a relação contratual de forma irregular — haveria acto desleal, independentemente do fim do agente⁽¹⁶⁴⁾.

V. Prosseguindo o estudo da matéria, assentámos em que, no caso de não haver incentivo à violação do contrato, poderia ainda assim haver deslealdade se o concorrente fosse movido, ao

⁽¹⁶⁰⁾ Cf., *supra*, Capítulo II, Secção I, ponto 5.

⁽¹⁶¹⁾ Cf., *supra*, Capítulo II, Secção I, ponto 6, § *i*.

⁽¹⁶²⁾ Cf., *supra*, Capítulo II, Secção I, ponto 6, § *ii*.

⁽¹⁶³⁾ Cf., *supra*, Capítulo II, Secção I, ponto 6, § *i*, com a ressalva do ponto 7, § *i*.

⁽¹⁶⁴⁾ Cf., *supra*, Capítulo II, Secção I, ponto 6, § *ii*.

contratar o ex-trabalhador de um competidor, de uma particular intenção de prejudicar: tal verificar-se-ia quando pretendesse, com a contratação, desorganizar a empresa concorrente; obter segredos comerciais alheios; dar a falsa aparência de continuador da empresa alheia; ou ainda se houvesse contratação sistemática de trabalhadores do concorrente, no caso de tal reiteração não ter uma justificação aceitável⁽¹⁶⁵⁾.

OLIVEIRA ASCENSÃO, ao afirmar que, quando há incitamento a uma ruptura irregular, há sempre concorrência desleal, independentemente da intenção do agente, por isso que “a irregularidade do meio indicia a reprovação por parte da ordem jurídica”, situa-se claramente numa postura objectivista: prescinde do *animus nocendi*, afirmando a deslealdade da conduta com base em dados meramente objectivos. Não se deve esquecer que toda a figura, porque integrada nos actos de desorganização, parece pressupor um elemento subjectivo particular. Porém, também se pode interpretar as palavras do Autor à luz do que afirma quanto aos remédios para a concorrência desleal: quando não haja o elemento subjectivo qualificador, não pode haver responsabilidade civil; mas pode ainda assim recorrer-se ao meio inibitório.

PEDRO SOUSA E SILVA, ao eleger como único critério revelador de deslealdade o da sistematicidade ou intensidade do recurso aos trabalhadores alheios⁽¹⁶⁶⁾, parece igualmente pender para uma postura objectivista, porventura ainda identificável numa “tese intermédia”, dado o recurso ao indício.

COUTO GONÇALVES inscreve-se claramente na corrente intermédia, ao afirmar que é essencial “a intenção de desorganizar ou desagregar a empresa do concorrente”, conclusão a que se poderá chegar através de “indícios”, citando a esse propósito aqueles que são tradicionalmente referidos (número, qualificação, função dos trabalhadores em causa, etc.)⁽¹⁶⁷⁾. Salvo melhor opinião, FERRER CORREIA e LOBO XAVIER pareciam adoptar a tese objectiva, ao rele-

⁽¹⁶⁵⁾ Cf., *supra*, Capítulo II, Secção I, ponto 7, §§ *i*, *ii* e *iii*.

⁽¹⁶⁶⁾ Cf., *supra*, Capítulo II, Secção I, ponto 8, § *i*.

⁽¹⁶⁷⁾ Cf., *supra*, Capítulo II, Secção I, ponto 8, § *ii*.

var sobretudo a circunstância de o concorrente incitar a uma ruptura ilícita⁽¹⁶⁸⁾.

VI. Depois de analisarmos brevemente as respostas que surgiram noutros ordenamentos, sobretudo em obras de pendor generalista⁽¹⁶⁹⁾, tomámos conhecimento de uma série de escritos específicos que surgem na doutrina italiana sobre esta problemática, e nomeadamente de uma das primeiras controvérsias que nessa sede se levantam: a de saber se só há desvio quando a iniciativa é do concorrente, ou se também pode afirmar-se a presença daquele quando o primeiro impulso parte do dependente. Vimos, na altura, que a corrente dominante entende que não preclui a possibilidade de um desvio relevante a circunstância de ter sido o trabalhador a tomar a iniciativa, posto que, sobre esta, se venha a verificar uma actuação do concorrente idónea a justificar a saída do prestador de trabalho da sua antiga empresa⁽¹⁷⁰⁾.

VII. Quanto à questão de saber se pode haver desvio mesmo por parte de uma sociedade comercial ainda não constituída, vimos que a resposta é genericamente afirmativa⁽¹⁷¹⁾. Mais controversa é a possibilidade de uma empresa em liquidação ser sujeito passivo de concorrência desleal, e nomeadamente por desvio de trabalhadores: apesar de algumas hesitações, também se tende a concluir que sim⁽¹⁷²⁾.

VIII. Na secção seguinte, descrevemos pormenorizada-mente as três teorias mais comuns na doutrina italiana, em tema de desvio de dependentes: a objectiva⁽¹⁷³⁾, a subjectiva⁽¹⁷⁴⁾ e a intermédia⁽¹⁷⁵⁾.

⁽¹⁶⁸⁾ Cf., *supra*, Capítulo II, Secção I, ponto 8, § *iii*.

⁽¹⁶⁹⁾ Cf., *supra*, Capítulo II, Secção I, pontos 9 e 10 (§§ *i* a *v*).

⁽¹⁷⁰⁾ Cf., *supra*, Capítulo II, Secção I, ponto 10, § *vi*.

⁽¹⁷¹⁾ Cf., *supra*, Capítulo II, Secção II, ponto 11, §§ *i* e *ii*.

⁽¹⁷²⁾ Cf., *supra*, Capítulo II, Secção II, ponto 12, §§ *i* e *ii*.

⁽¹⁷³⁾ Cf., *supra*, Capítulo II, Secção III, ponto 13.

⁽¹⁷⁴⁾ Cf., *supra*, Capítulo II, Secção III, ponto 14.

⁽¹⁷⁵⁾ Cf., *supra*, Capítulo II, Secção III, ponto 15.

Numa outra secção, verificámos que nem sempre o *animus nocendi* é definido da mesma forma: assim, há uma acepção tradicional, que o refere como a intenção de desorganizar ou desagregar a empresa do concorrente; porém, surgiram já outras, que o identificam como a intenção de desfrutar do investimento alheio ou de criar um efeito confusório ou parasitário⁽¹⁷⁶⁾, ou, segundo algumas versões mais indefinidas, com uma menos nítida “intenção de prejudicar”⁽¹⁷⁷⁾. Seguimos, a esse propósito, a construção de MARCO BELLIA, para quem se deveria abandonar estas novas acepções e retomar a clássica referência à intenção de desagregar ou de desorganizar o concorrente, entendida, à luz dos dados actuais, como se reportando a uma actuação dirigida a prejudicar a capacidade de competir do concorrente (isto é: de, perante o desvio, gizar, em tempo útil, uma resposta adequada, de modo a não sair perturbado o normal desenvolvimento do jogo concorrencial)⁽¹⁷⁸⁾.

IX. Na última secção do capítulo anterior, analisámos os possíveis remédios para as situações de desvio. Após uma breve referência à possibilidade de recorrer à responsabilidade civil⁽¹⁷⁹⁾, tema não aprofundado por comum a outros tipos de actos concorrenciais desleais, demos particular relevo à questão da acção inibitória, por isso que, em tema de desvio de dependentes, pode levar a alguns resultados peculiares⁽¹⁸⁰⁾. Assim, demos conta de propostas no sentido de a acção inibitória ser usada como forma de execução específica de um pacto de não concorrência violado (proibir-se-ia a execução do contrato de trabalho celebrado entre o ex-trabalhador e um concorrente em violação de um tal pacto)⁽¹⁸¹⁾; no sentido de uma inibição limitada no tempo, restringindo-se ao período considerado necessário para o desenvolvimento de um *know-how* autónomo por parte do concorrente⁽¹⁸²⁾; ou no sentido de uma inibição

⁽¹⁷⁶⁾ Cf., *supra*, Capítulo II, Secção IV, ponto 17, § i.

⁽¹⁷⁷⁾ Cf., *supra*, Capítulo II, Secção IV, ponto 17, § ii.

⁽¹⁷⁸⁾ Cf., *supra*, Capítulo II, Secção IV, ponto 17, §§ iii a v.

⁽¹⁷⁹⁾ Cf., *supra*, Capítulo II, Secção V, ponto 18, § i.

⁽¹⁸⁰⁾ Cf., *supra*, Capítulo II, Secção V, ponto 18, §§ ii e ss.

⁽¹⁸¹⁾ Cf., *supra*, Capítulo II, Secção V, ponto 18, § ii.

⁽¹⁸²⁾ Cf., *supra*, Capítulo II, Secção V, ponto 18, § iii.

que, apesar de definitiva, se dirigisse apenas às actividades que o trabalhador desviado desempenhava na empresa atingida, e perante a mesma clientela⁽¹⁸³⁾.

X. Ainda a este propósito, houve ocasião de analisar mais detalhadamente a construção de ALBERTO RUSSO⁽¹⁸⁴⁾. Este Autor começa por sugerir a nulidade do novo contrato de trabalho como forma de abordar a questão, mas apenas nos casos, de difícil verificação, em que tanto o trabalhador desviado como o concorrente tenham tido um “motivo ilícito comum”, nos termos do art. 1345.º do Código civil italiano, a que corresponde o art. 281.º do nosso⁽¹⁸⁵⁾.

RUSSO dá depois nota da maior dificuldade que há em justificar a adequação do meio inibitório nos casos em que o desvio não está já em curso, tendo-se antes verificado totalmente: em tais hipóteses, há que contar com o direito do trabalhador a cumprir a sua prestação laboral. Porém, sublinha, o interesse do empregador atingido prevalece sobre o do trabalhador quando este tenha concorrido na actuação desleal⁽¹⁸⁶⁾. O Autor cita ainda uma sentença em que se diz que, se o concorrente se não conformar com a circunstância de, por força da sua acção, o trabalhador que contratou não poder desenvolver a sua actividade, só a si próprio deve pedir explicações — numa lógica de *sibi imputet*⁽¹⁸⁷⁾. RUSSO acaba por se mostrar reticente quanto à idoneidade da acção inibitória nos casos em que a transferência já se deu, por isso que dificilmente se poderia admitir, ao lado da providência inibitória, uma ordem de reintegração do dependente na empresa que deixara⁽¹⁸⁸⁾. Por último, o Autor refere uma corrente jurisprudencial segundo a qual só seria admissível a acção inibitória nos casos em que, para além

⁽¹⁸³⁾ Cf., *supra*, Capítulo II, Secção V, ponto 18, §§ *iv* e *v*.

⁽¹⁸⁴⁾ Cf., *supra*, Capítulo II, Secção V, ponto 19.

⁽¹⁸⁵⁾ Cf., *supra*, Capítulo II, Secção V, ponto 19, § *i*.

⁽¹⁸⁶⁾ Cf., *supra*, Capítulo II, Secção V, ponto 19, § *ii*.

⁽¹⁸⁷⁾ Cf., *supra*, Capítulo II, Secção V, ponto 19, § *iii*. Nesse mesmo parágrafo houve ocasião de estabelecer um paralelo entre a lógica subjacente à sentença referida e aquela que preside ao instituto do *tu quoque*, decorrência da boa fê (abuso do direito).

⁽¹⁸⁸⁾ Cf., *supra*, Capítulo II, Secção V, ponto 19, § *iv*.

do desvio, houvesse outras hipóteses de concorrência desleal, e nomeadamente a de concorrência parasitária⁽¹⁸⁹⁾.

21. Conclusão

I. O desvio de trabalhadores é um tema por explorar, particularmente entre nós. A investigação que aqui se deixa pretende chamar a atenção dos especialistas e, em geral, dos interessados, para a oportunidade de uma nova reflexão sobre este instituto, em termos aturados.

II. Pela minha parte, relevaria, como mais importantes, alguns dos elementos sublinhados na precedente exposição. Assim, creio poder dar-se por assente que o desvio de trabalhadores se reveste das características necessárias para ser antolhado como acto de concorrência. Em segundo lugar, deve-se ter em conta que, no caso específico do desvio de trabalhadores, e ao contrário do que sucede com outras hipóteses de concorrência desleal, há uma ligação bem marcada com a questão da intenção de desagregar o estabelecimento concorrente, dada a inserção da figura no domínio dos actos de agressão e, em particular, dos actos de desorganização.

III. Aí onde só objectivamente se possa falar num acto desleal de desvio de trabalhadores — não acompanhado, pois, da específica intenção de lesar —, é admissível uma acção inibitória, e em particular com o propósito de impedir o desenvolvimento da relação contratual constituída entre dependente desviado e agente, durante o período de tempo considerado necessário para se desenvolver, através de investimentos feitos por este último, o *know-how* que se procurava no trabalhador assediado — solução que me parece mais consentânea com os princípios juslaborais do que uma

(189) Cf., *supra*, Capítulo II, Secção V, ponto 19, § v.

outra, de cariz definitivo, que vedasse a execução das tarefas que o dependente realizava no anterior estabelecimento, e perante a mesma clientela.

Não obstante, nos casos em que haja um específico *animus nocendi* — interpretado, consoante a mais actualizada doutrina, como significando uma intenção de desagregar o estabelecimento concorrente, por via de um acto dirigido a afectar a capacidade de competir do antagonista, materializado numa conduta que não consinta, a um empresário ordenado e eficiente, uma resposta atempada e adequada —, devem actuar outros meios mais gravosos, como a responsabilidade civil (face ao concorrente desleal), e, nos casos-limite em que se consiga provar uma comunidade de propósitos (nocivos) entre trabalhador desviado e concorrente-actuante, mesmo a nulidade do novo contrato de trabalho (nos termos do art. 281.º do Código Civil).

Índice bibliográfico

- ASCARELLI, TULLIO, *Saggi di Diritto Commerciale*, Milão, 1955.
- ASCENSÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA, *Concorrência Desleal*, Coimbra, 2002, p. 120.
- BELLIA, MARCO, “Concorrenza sleale da storno di dipendenti e sua interpretazione nella giurisprudenza piú recente”, em *Rivista di Diritto Industriale*, Anno LXII (2013), I, n. 4-5.
- BRUN, ANDRÉ, “L’évolution du regime de la concurrence irreguliere dans les rapports de travail”, em *Mélanges em l’honneur de Paul Roubier*, II, Paris, 1961.
- CAPRA, DOMENICO, “Concorrenza dell’”ex” e storno di dipendenti”, em *Rivista di Diritto Industriale*, Anno XLVII (1998), n. 1, parte II.
- CARTELA, MASSIMO, “Note riassuntive su: imitazione servile, parassitismo, storno di dipendenti ed altri profili di illecito concorrenziale”, em *Rivista di Diritto Industriale*, Anno XXXVI (1987), parte II.
- CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Da Boa Fé no Direito Civil*, Coimbra, 1997 (reimpressão).
- _____, *Tratado de Direito Civil*, Parte Geral, V, Coimbra, 2011.
- CORREIA, ANTÓNIO FERRER; XAVIER, VASCO DA GAMA LOBO, “Efeito externo das obrigações; abuso do direito; concorrência desleal”, em *Revista de Direito e Economia*, Ano V, n.º 1 (Janeiro/Junho de 2009).
- CORREIA, MIGUEL J. A. PUPO, *Direito Comercial*, 7.ª ed., Coimbra, 2001.
- DEKEUWER-DÉFOSSÉZ, FRANÇOISE, *Droit Commercial*, Paris, 1990.
- DIDIER, PAUL, *Droit Commercial*, I, Paris, 1970.
- FEDERICQ, LOUIS, *La Concurrence Déloyale*, Gand, 1935.
- GIANNINI, TORQUATO CARLO GIANNINI, “Concorrenza sleale ed illecita”, em *Dizionario Pratico del Diritto Privato*, Vol. II, Milão, 1950.
- GONÇALVES, LUÍS M. COUTO, *Manual de Direito Industrial*, 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2013.
- GUELI, ENZO, “Concorrenza illecita”, em *Nuovo Digesto Italiano*, XVI, Turim, 1938.
- HEINSHEIMER, KARL, *Derecho Mercantil* (trad. para castelhano da 3.ª edição), Madrid, 1933.
- KIRKPATRICK, ROBERT E., *Initiation au Droit Anglais*, Bruxelas, 1959.

- LUONI, SERGIO, “Note in tema di cessioni di quota di partecipazione”, em *Giurisprudenza Italiana*, Agosto-Setembro de 2008.
- MESSINEO, FRANCESCO, *Manuale di Diritto Civile e Commerciale*, 9.^a ed., Milão, 1972.
- MONTARULI, VALERIA, “Storno di dipendenti: tra elemento soggettivo e danno (ingiusto?)”, em *Il Foro Italiano*, Ano 1997, Vol. CXX, I.
- OLAVO, CARLOS, *Propriedade Industrial*, Vol. I, 2.^a ed., Coimbra, 2005.
- PAÚL, JORGE PATRÍCIO, “Concorrência Desleal e Segredos de Negócio”, em *Direito Industrial*, Vol. II, Coimbra, 2002.
- RAFFAELLI, ENRICO ADRIANO, “La contraffazione del software: profili di diritto d’autore e di concorrenza sleale”, em *Rivista di Diritto Industriale*, Ano XLIV (1995), parte I.
- RAMELLA, AGUSTÍN, *Tratado de la Propiedad Industrial*, tomo II, Madrid, 1913.
- RAVÀ, TITO, *Diritto Industriale*, Vol. I, Turim, 1986.
- ROVELLI, ROBERTO, *La Concorrenza Sleale ed i Beni Immateriali di Diritto Industriale*, Turim, 1967.
- RUSSO, ALBERTO, “Storno dei dipendenti”, em *Digesto delle Discipline Privatistiche — Sezione Commerciale, Aggiornamento IV*, Turim, 2008.
- SARACENO, ANNA, “Brevi note in tema di storno di dipendenti e concorrenza sleale”, em *Giurisprudenza Italiana*, Dezembro 2005.
- SERENS, M. NOGUEIRA, “A jurisprudência norte-americana (mais antiga) sobre o incitamento à ruptura contratual: aspectos jus-concorrenciais”, em *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, Vol. I, Coimbra, 2012.
- SILVA, PEDRO SOUSA E, *Direito Industrial*, Coimbra, 2011.
- SPIAZZI, GIANFRANCO, “Storno di dipendenti e perduranti ambiguità definitive”, em *Rivista di Diritto Industriale*, Ano XLVII (1998), parte II.
- STEFANI, FABIA, “Note in tema di liquidazioni; concorrenza e storno di dipendenti”, em *Giurisprudenza Italiana*, Julho 2005.
- TASSONI, GIORGIA, “Lo storno di dipendenti tra illecito concorrenziale e libertà di lavoro”, em *Rivista di Diritto Industriale*, Ano XLVI (1997), n. 2., parte II.
- TRIMARCHI, PIETRO, *Instituzioni di Diritto Privato*, 7.^a ed., Milão, 1986.
- TROLLER, KAMEN, *Précis du Droit Suisse des Biens Immatériels*, 2.^a ed., Genebra, 2006.

VALLE, VERONICA, “Brevi note a Trib. Monza, 13 febbraio 2001, in tema di storno di dipendenti”, em *Rivista di Diritto Industriale*, Ano LI (2002), parte II.

VICENTE, DÁRIO MOURA, *La Propriété Intellectuelle en Droit International Privé*, Leiden, 2009.

Índice de jurisprudência

Jurisprudência nacional

Supremo Tribunal de Justiça

STJ 16-Out.-1996 (LOUREIRO PIPA), Colectânea de Jurisprudência STJ, Ano IV (1996), parte II.

Relação de Évora

REv 25-Jun.-1991 (LOUREIRO PIPA), Colectânea de Jurisprudência, Ano XVI (1991), parte III.

Relação de Lisboa

RLx 28-Jun.-1983 (ELISEU FIGUEIRA), Colectânea de Jurisprudência, Ano VIII (1985), parte III.

RLx 9-Mar.-1994 (ÁLVARO VASCO), Colectânea de Jurisprudência, Ano XIX (1994), parte II.

Jurisprudência estrangeira

Cassação civil

Cassação Civil, Secção I, 23 de Maio de 2008 (RAGONESI), em *Giurisprudenza Italiana*, Novembro 2008.

Cassação civil, Secção I, 3 de Agosto de 1987 (VERCELLONE), em *Giurisprudenza Italiana*, Ano 140, 1988.

Cassação civil, Secção I, de 30 de Agosto de 1994 (GRAZIADEI), em *Giurisprudenza Italiana*, Ano 147, 1995.

Cassação civil, Secção I, de 20 de Junho de 1996 (BALDASSARRE) (em *Il Foro Italiano*, Ano 1997, vol. CXX, I.

Cassação de 6 de Maio de 1980 (GUALTIERI), em *Rivista di Diritto Industriale*, Ano XXXI (1982), parte II.

Cassação, Secção I, de 22 de Julho de 2004, em *Rivista di Diritto Industriale*, Ano LIV (2005), n. 4-5, parte II.

Outros

Tribunal de Apelação de Veneza de 31 de Janeiro de 1983, *Rivista di Diritto Industriale*, Anno XXXII (1983), II.

Tribunal de Verona de 15 de Outubro de 1996 (ZATTONI), em *Rivista di Diritto Industriale*, Ano XLVII (1998), parte II.

Tribunal de Milão de 3 de Novembro de 2004 (GUALDI), em *Giurisprudenza Italiana*, Julho 2005.

Tribunal de Turim de 29 de Dezembro de 2004 (CONTINI), em *Giurisprudenza Italiana*, Dezembro de 2005.

Tribunal de Turim de 2 de Maio de 2005 (GROSSO), *Giurisprudenza Italiana*, Abril de 2006.

Tribunal de Milão, 4 de Novembro 2005 (CRAVEIA), *Giurisprudenza Italiana*, Julho 2006.

Tribunal de Belluno, 28 de Fevereiro de 2007, *Giurisprudenza Italiana*, Agosto-Setembro 2008.