

Universidade do Minho
Escola de Direito

Práticas Comerciais Desleais – Interesses Protegidos

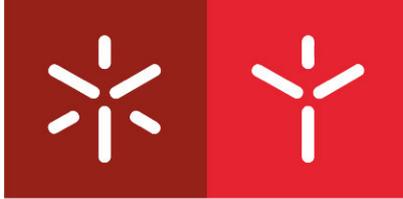
Daniela dos Santos Ribeiro

Práticas Comerciais
Desleais – Interesses Protegidos

Daniela dos Santos Ribeiro

Uminho | 2016

Outubro de 2016



Universidade do Minho
Escola de Direito

Daniela dos Santos Ribeiro

Práticas Comerciais
Desleais – Interesses Protegidos

Dissertação de Mestrado
Mestrado em Direito dos Contratos e da Empresa

Trabalho efetuado sob a orientação do
Professor Doutor Luís Couto Gonçalves

DECLARAÇÃO

Nome: Daniela dos Santos Ribeiro

Título da dissertação: Práticas Comerciais Desleais – Interesses Protegidos

Orientador: Professor Doutor Luís Couto Gonçalves

Ano de conclusão: 2016

Designação do Mestrado: Mestrado em Direito dos Contratos e da Empresa

É AUTORIZADA A REPRODUÇÃO PARCIAL DESTA DISSERTAÇÃO APENAS PARA EFEITOS DE INVESTIGAÇÃO, MEDIANTE DECLARAÇÃO ESCRITA DO INTERESSADO, QUE A TAL SE COMPROMETE.

Universidade do Minho, ____/____/____

Assinatura: _____

Agradecimentos

A realização deste importante momento da minha vida académica apenas seria possível com o apoio incondicional de várias pessoas. A todas elas agradeço por me acompanharem nesta viagem.

Em especial, quero agradecer ao meu orientador da dissertação, Professor Doutor Luís Couto Gonçalves, por me dar a conhecer este tema, pela disponibilidade, pelos conselhos e também pelas críticas, correções e sugestões relevantes. Acima de tudo, obrigada por me auxiliar nesta caminhada.

Deixo ainda uma palavra de agradecimento a todos os meus amigos, que, estando longe ou perto, permitem que tudo se torne mais fácil. Obrigado por todo o apoio, companheirismo, partilha, amizade e força em todos os momentos da minha vida.

Por fim, mas não menos importante, quero agradecer aos meus pais e à minha irmã, por serem o meu grande pilar. Obrigada pelo apoio demonstrado, pelo carinho, pela paciência nas horas difíceis e por acreditarem em mim. Sem eles, nada disto seria possível. A eles, dedico todo o meu trabalho.

Resumo

Práticas Comerciais Desleais – Interesses Protegidos

Nos dias de hoje, os profissionais, com vista ao poder económico, utilizam práticas comerciais para cativar o consumidor que são enganosas ou agressivas, ou seja, impedem o consumidor de obter informação verdadeira ou utilizam técnicas agressivas, para que o consumidor fique convencido a adquirir determinado produto. Nestes termos, o consumidor, uma vez que configura, em regra, a parte mais fraca, toma determinadas decisões que não teria tomado de outro modo.

Para proteger o consumidor deste tipo de situações, surgiu, integrado no Direito do Consumidor, o regime da proibição das práticas comerciais desleais. Este regime visa defender o consumidor, quando é alvo de práticas que envolvam métodos comerciais enganosos ou agressivos.

Porém, com a proibição destas práticas defende-se, ainda, a concorrência, pelo que é inegável a produção de efeitos no instituto da Concorrência Desleal.

Assim, o objecto de estudo da presente dissertação consistirá em tentar perceber os interesses protegidos pelo regime da proibição das práticas comerciais desleais.

Para tal, o estudo iniciar-se-á com uma análise do Direito do Consumidor, seguindo-se um estudo sobre o regime das práticas comerciais desleais, nomeadamente sobre a Directiva 2005/29/CE de 11 de Maio e o Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de Março.

Por último, irá analisar-se sumariamente o instituto da Concorrência Desleal, de modo a determinar se o regime das práticas comerciais desleais protege, para além dos consumidores, os concorrentes, procurando entender qual a verdadeira motivação da Directiva 2005/29/CE, de 11 de Maio emanada pela União Europeia.

Palavras-chave: práticas comerciais desleais, direito do consumidor, direito da concorrência desleal.

Abstract

Unfair Commercial Practices - Protected Interests

Today, professionals, in order to promote economic power, use misleading or aggressive commercial practices to captivate consumers, in other words, they prevent the consumer from obtaining true information or use aggressive techniques, so that the consumer is convinced to purchase that particular product. Accordingly, the consumer, since this rule gets settled and he becomes the weaker party, take certain decisions that would not have taken otherwise.

To protect consumers of such situations, has been created the regime of prohibition of unfair commercial practices, integrated in the Consumer Law. This scheme aims to protect the consumer when he is the target of practices involving misleading or aggressive commercial methods.

However, with the ban on these practices is defended also the competition, and it is undeniable the production effects of unfair competition.

Thus, the study object of this thesis will concentrate on trying to understand the interests protected by the regime of prohibition of unfair commercial practices.

To this end, the study will begin with the Consumer Law analysis, followed by a study of the rules on unfair commercial practices, particularly on Directive 2005/29/EC of 11 May and Decreto-Lei n.º 57/2008 of 26 March.

Finally, will also be briefly analyzed the institute of Unfair Competition, so it can be determined if the regime of unfair commercial practices protects, in addition to consumers, competitors, trying to understand what's the true motivation of Directive 2005/29/EC of 11 May issued by the European Union.

Keywords: unfair commercial practices, consumer law, unfair competition law.

Índice

	página
Introdução e enunciação do tema	1
1. Direito do Consumidor	5
1.1. Origem do Direito do Consumidor	5
1.2. Definição de consumidor	10
1.2.1. Consumidor em sentido lato	10
1.2.2. Consumidor em sentido estrito	11
1.2.3. Profissional como consumidor	13
1.2.4. Pessoa colectiva como consumidor	14
1.2.5. Novas propostas de noção de consumidor	18
1.3. Protecção do consumidor	19
1.3.1. A nível interno	19
1.3.2. A nível europeu	21
1.4. Direitos dos Consumidores	24
1.4.1. Direito à qualidade dos bens e serviços	24
1.4.2. Direito à informação	25
1.4.3. Direito à protecção dos interesses económicos	28
2. Práticas comerciais desleais e a sua evolução	30
3. A Directiva 2005/29/CE, de 11 de Maio de 2005	35
3.1. Âmbito de aplicação da Directiva 2005/29/CE, de 11 de Maio	37
3.2. Definição de determinados conceitos presentes na Directiva 2005/29/CE, de 11 de Maio	39
3.2.1. Profissional	39

3.2.2. Consumidor médio	40
3.2.3. Distorção substancial do comportamento económico dos consumidores	46
3.2.4. Prática Comercial	46
3.2.5. Diligência profissional	47
3.3. Caracterização do regime da Directiva 2005/29/CE, de 11 de Maio	50
3.4. A cláusula geral e as respectivas subespécies de práticas comerciais desleais na Directiva 2005/29/CE, de 11 de Maio	52
3.5. A uniformização do regime	59
3.6. Comentário crítico à Directiva 2005/29/CE, de 11 de Maio	63
4. O Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de Março	67
4.1. O novo regime legal das práticas comerciais desleais	68
4.1.1. O consumidor médio	71
4.1.2. As práticas comerciais desleais em específico	73
4.1.2.1. As acções enganosas	73
4.1.2.2. As omissões enganosas	77
4.1.2.3. As práticas comerciais agressivas	80
4.2. As principais diferenças entre o regime previsto na Directiva 2005/29/CE e o regime previsto no Decreto-Lei n.º 57/2008	83
4.3. A necessidade do Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de Março no ordenamento jurídico português	85
5. Meios de reacção	88
5.1. Invalidade dos contratos celebrados	90
5.1.1. A anulabilidade dos contratos celebrados	91
5.1.2. A modificação dos contratos celebrados	92
5.1.3. A redução do contrato celebrado	94

5.2. A responsabilidade civil pelos prejuízos causados ao consumidor	96
5.2.1. Os pressupostos gerais da responsabilidade civil aplicáveis	97
5.2.2. O ressarcimento do consumidor lesado	98
5.3. A acção inibitória	99
5.3.1. A legitimidade nas acções colectivas	100
5.3.2. As acções inibitórias no âmbito da protecção dos consumidores	102
5.3.3. O interesse legítimo no regime das práticas comerciais desleais	103
6. As repercussões do regime das práticas comerciais desleais nos concorrentes	106
6.1. A Concorrência Desleal	106
6.2. A ligação entre a Concorrência Desleal e o Direito do Consumidor	110
6.3. O regime das práticas comerciais desleais como protecção apenas dos consumidores ou também dos concorrentes	112
7. Considerações finais	119
8. Lista bibliográfica	123
8.1. Monografias e artigos	123
8.2. Jurisprudência	132

Introdução e enunciação do tema

A investigação em causa debruça-se sobre o regime das práticas comerciais desleais, que tem como objectivo expresso proteger o consumidor de possíveis abusos por parte dos profissionais no mercado interno.

Num tempo em que predomina o “consumismo” e onde o poder económico é invejado por muitos, o Homem tende a tentar angariar todo o valor monetário que tem ao seu alcance, sem olhar a meios. Deste modo, cada vez mais os profissionais utilizam práticas enganosas e agressivas, falseando ou omitindo informações relevantes ao consumidor, atraindo a atenção de potenciais clientes, de forma a conseguir um negócio que lhe seja favorável. De facto, como bem afirma LUÍS MENEZES LEITÃO¹, o modelo do comércio tradicional foi “*substituído por um modelo de comerciante activo e dinâmico, que vai em busca dos seus clientes, procurando através das mais variadas técnicas convencê-los a adquirir o seu produto, técnicas essas que muitas vezes estabelecem um autêntico cerco ao consumidor, quando não mesmo o manipulam psiquicamente*”.

Assim, o consumidor fica excessivamente desprotegido, configurando, em regra, a parte mais fraca quando celebra contratos, uma vez que a este é imposto a aceitação do negócio nos moldes definidos pela contraparte. Tais práticas tornaram urgente a existência de um ramo do Direito que protegesse a parte mais fraca, actualmente tutelado de modo constitucional, nos termos dos artigos 60º, 81º e 99º da Constituição da República Portuguesa². Assim, o Direito do Consumidor³ cria um regime excepcional aos princípios gerais do Direito aplicáveis, tendo como fundamento essencial o princípio da parte mais fraca, atribuindo ao consumidor, entre outros, o direito à qualidade de bens e serviços e o direito à informação. Deste modo, o Direito do Consumidor altera, principalmente, o regime da formação dos contratos, impedindo os profissionais de adoptarem certas condutas consideradas reprováveis.

¹ LUÍS MENEZES LEITÃO, “As Práticas Comerciais Desleais nas Relações de Consumo”, in: *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 71, Abril-Junho 2011, p. 423-445 (disponível em <http://www.oa.pt/upl/%7B29c2d451-b398-486b-9842-a5cad254e869%7D.pdf>), p. 423.

² Para além da referência constitucional, o consumidor encontra-se ainda protegido, entre muitas outras, pela Lei n.º 24/96, de 31 de Julho, também denominada de Lei de Defesa do Consumidor.

³ Também denominado Direito do Consumo. Neste último sentido, *vd.* LUÍS MENEZES LEITÃO, “O Direito do Consumo: autonomização e configuração dogmática”, in: *Estudos do Instituto de Direito do Consumo*, 2002, Vol. I, p. 11 – 30.

No âmbito da protecção do consumidor de determinadas práticas comerciais que são usuais e recorrentes surgiu o regime da proibição das práticas comerciais desleais, uma vez que estas práticas distorcem o mercado, afectando negativamente a capacidade do consumidor de efectuar escolhas eficientes e informadas. Este regime consubstancia um conjunto de normas que tende a defender o consumidor da sua vulnerabilidade, quando se encontra perante tentações promovidas por métodos comerciais enganosos ou agressivos, empregados por profissionais que pretendem expandir o seu negócio⁴.

Porém, dada a divergência de protecção das práticas comerciais desleais concedida pelos Estados-Membros, que originava o desconhecimento do grau de protecção pelos consumidores, a União Europeia uniformizou esta mesma temática através da Directiva 2005/29/CE de 11 de Maio, que define um conjunto de regras destinadas a determinar se uma prática comercial é desleal e a estabelecer quais as práticas proibidas, preconizando uma cláusula geral⁵. Na verdade, o processo de integração económica prosseguido pela União Europeia, que visa um mercado europeu sem fronteiras, não seria possível sem este processo de uniformização e harmonização legislativa. Doutra forma, o mercado actuaria de modo muito díspar, o que levaria a que os consumidores considerassem a protecção jurídica insuficiente, impedindo-os de efectuar aquisições de serviços ou bens transfronteiriços⁶.

A obrigatoriedade de transposição da Directiva deu origem ao Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de Março, que, para além de prever uma cláusula geral, distingue as acções enganosas, omissões enganosas e práticas comerciais agressivas. Assim, torna-se fundamental identificar as práticas proibidas, analisando as diferentes subespécies. Contudo, será que este regime em análise terá assim tanta relevância jurídica? Ainda que de modo mais difuso e não criado a pensar especificamente no consumidor, o Código Civil Português dispõe de várias disposições que regulam os negócios jurídicos, proibindo certas práticas, pelo que questiona-se se o legislador não poderia ter ido mais longe na protecção dos consumidores, realizando verdadeiramente o objectivo de construir um mercado mais atractivo para os consumidores.

⁴ Neste sentido, *vd.* LUIS MENEZES LEITÃO, "As Práticas Comerciais Desleais nas Relações de Consumo", *op. cit.*, p. 424.

⁵ Esta cláusula geral, que tem como objetivo eliminar a distorção do comportamento económico dos consumidores, obriga a aplicação de um único regime de proibição de práticas comerciais desleais, dando uma noção dos requisitos das práticas comerciais desleais no seu artigo 5º. Neste sentido, *vd.* JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, "Concorrência Desleal: as grandes opções", in: AA.VV., *Direito Industrial*, Coimbra, Almedina, 2009, Vol. VI, p. 83-102, p. 95.

⁶ Neste sentido, *vd.* ADELAIDE MENEZES LEITÃO, "Direito da Publicidade e Concorrência Desleal – Um Estudo sobre as Práticas Comerciais Desleais", in: AA.VV., *Direito Industrial*, Coimbra, Almedina, 2005, Vol. IV, p. 265-283, p. 272 e s..

Por outro lado, o regime jurídico das práticas comerciais desleais parece tutelar a vertente dinâmica do acto de consumo em sentido amplo e não apenas a figura dogmática do negócio jurídico de consumo, enquanto transacção comercial destinada à satisfação de necessidades pessoais do consumidor. Ou seja, hoje parece não existir apenas um direito à lealdade na contratação, de carácter individual, mas também um direito à lealdade nas relações de mercado, de carácter colectivo e independente da existência de uma relação de consumo, actual ou potencial, o que suscita uma eventual autonomia das práticas comerciais desleais em relação ao Direito do Consumidor (em sentido estrito).

Seguindo outra problemática, exigido pelos artigos 11º e seguintes da Directiva 2005/29/CE, as práticas comerciais desleais originam diversas formas de reacção na ordem jurídica, podendo assim desencadear o emprego de diversas sanções. Pelo que urge analisar os artigos 14º e seguintes do Decreto-Lei n.º 57/2008, para que se possa conhecer, em concreto, os meios de reacção que o consumidor dispõe. Mas existirá algum meio que previna a existência de consumidores lesados? Por outro lado, estes meios também estarão disponíveis para os concorrentes que se sintam lesados, como indica o artigo 11º da Directiva?

Chegados a esta fase é tempo de assinalar os efeitos que a disciplina das práticas comerciais desleais produz. De facto, ainda que as práticas comerciais desleais sejam ligadas ao Direito do Consumidor, têm efeitos directos e imediatos noutros ramos do direito⁷, como é o caso da Concorrência Desleal. Assim, para além da protecção dos consumidores, facilmente se contempla, pelo menos indirectamente, a protecção dos concorrentes⁸, uma vez que, sendo proibidas determinadas práticas comerciais, ocorre uma igualdade forçada entre os diversos profissionais. Em sentido contrário, se estas práticas não fossem proibidas o profissional afastaria os consumidores dos seus concorrentes legítimos, prejudicando, conseqüentemente, os interesses económicos dos últimos.

⁷ Nas palavras de ADELAIDE MENEZES LEITÃO, "Práticas Comerciais Desleais como Impedimento à Outorga de Direitos Industriais?", in: AA.VV., *Direito Industrial*, Coimbra, Almedina, 2010, Vol. VII, p. 282, "a disciplina das práticas comerciais desleais [...] não se trata de um puro direito do consumidor, dada a sua dimensão abrangente de ordenação do mercado, na qual se coloca quer a defesa da liberdade quer da lealdade de concorrência."

⁸ *Vd.* ADELAIDE MENEZES LEITÃO, "Práticas Comerciais Desleais como Impedimento à Outorga de Direitos Industriais?", *op. cit.*, p. 272.

Esta afirmação leva a questionar qual a verdadeira motivação da uniformização levada a cabo pela União Europeia, dado o lapso temporal em que a mesma foi levada a cabo⁹ e os efeitos que a disciplina produz na concorrência, ainda que no primeiro considerando da Directiva seja mencionado o artigo 153º do Tratado (actual artigo 169.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia), relativo à eficaz protecção dos consumidores e que o sexto considerando exclua as práticas comerciais desleais que somente prejudiquem os interesses económicos dos concorrentes. Esta inquietação é ainda fundamentada pelo facto de que ao proteger-se o consumidor, protege-se, invariavelmente, o mercado e protegendo o mercado, protege-se também a concorrência.

⁹ De notar que, na década de noventa, um dos objectivos prosseguidos pela União Europeia era conseguir a uniformização das legislações quanto à disciplina da Concorrência Desleal. Contudo, este objectivo não foi atingido dada a divergência entre os diferentes regimes. *Vd. ADELAIDE MENEZES LEITÃO, "Práticas Comerciais Desleais como Impedimento à Outorga de Direitos Industriais?", op. cit., p. 266.*

1. Direito do Consumidor

1.1. Origem do Direito do Consumidor

Com a revolução industrial e o progresso dos meios de transporte, no século XIX, existiu uma mudança de paradigma e, conseqüentemente, uma necessidade maior de proteger o consumidor. Nesta época ocorreu um desenvolvimento económico e uma maior disponibilidade de bens junto de toda a sociedade. Porém, para além de uma maior proximidade com os bens, ocorreu um “*desequilíbrio crescente entre as partes contratuais*”¹⁰, visto que quem fornece os produtos tem, habitualmente, maiores conhecimentos técnicos e possui um maior leque de informação sobre o produto em causa¹¹. De facto, o equilíbrio natural entre as partes passou a ser falso ou efémero, deixando ao descoberto os desvios, distorções e injustiças que o mercado criava¹².

Por outro lado, ocorreu um alongamento do circuito económico¹³, de modo a que o adquirente deixasse de ter qualquer contacto com o produtor dos bens¹⁴.

Assim, a evolução do mercado foi marcada pela livre concorrência e técnicas de *marketing* que originou nos consumidores o impulso de adquirir os mais variados produtos.

Neste sentido, foi exigida uma protecção dos consumidores, vista como a parte frágil na defesa dos seus interesses económicos, para que fosse reposto um mínimo de igualdade material nas relações estabelecidas entre o consumidor e a contraparte, uma vez que o direito civil puro se tornou insuficiente para responder a esta questão¹⁵.

E foi com esta mudança de paradigma que surgiu o Direito do Consumidor, pelo que é relativamente recente, tendo a sua origem na década de 60 do século XX¹⁶. Neste âmbito, é

¹⁰ Nas palavras de SANDRINA LAURENTINO, “Os destinatários da legislação do consumidor”, in: *Estudos do Direito do Consumidor*, n.º2, Coimbra, 2000, p. 415-434, p. 416.

¹¹ *Vd.* CRISTINA NITU, *L’Autonomie du Droit de la Consommation*, Québec, Canadá, Université du Québec à Montréal, 2009 (disponível em <http://www.archipel.uqam.ca/2276/1/M11001.pdf>), p. 16 a 18.

¹² *Vd.* CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Os Direitos dos Consumidores*, Coimbra, Almedina, 1982, p. 205 e LUIS MENEZES LEITÃO, “O Direito do Consumo: autonomização e configuração dogmática”, *op. cit.*, p. 11 e s..

¹³ Nas palavras de ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “Da natureza civil do Direito do Consumo”, in: *O Direito*, ano 136, 2004, p. 605-640, p. 607.

¹⁴ Esta cisão entre o produtor e o consumidor permite uma racionalização e fraccionação de riscos. *Vd.* FERNANDO BAPTISTA DE OLIVEIRA, *O Conceito de Consumidor, Perspectivas Nacional e Comunitária*, Coimbra, Almedina, 2009, p. 21.

¹⁵ *Vd.* CRISTINA NITU, *L’Autonomie du Droit de la Consommation*, *op. cit.*, p. 17.

¹⁶ Porém, ainda nos anos 20, nos EUA, eram visíveis os primeiros sinais de uma “*tomada de consciência colectiva*” quanto à desigualdade existente nos contratos de consumo. *Vd.* JORGE PEGADO LIZ, “A “lealdade” no comércio ou as desventuras de uma iniciativa

considerado como marco histórico a mensagem dirigida pelo presidente J.F. Kennedy ao Congresso dos Estados Unidos (“*consumer bill of rights message*”), em 15 de Março de 1962¹⁷, onde proferiu que “*consumidores, por definição, somos todos nós*”, salientando que os consumidores configuram o maior grupo económico, mas que “*quase nunca são ouvidos*”¹⁸.

Porém, na Europa, apenas nos anos 70, é que ocorre um verdadeiro crescimento no Direito do Consumidor, através do Direito Comunitário. Em 1973, na Carta de Protecção do Consumidor do Conselho da Europa¹⁹ foi prevista a protecção contra danos provocados à saúde por produtos defeituosos, a protecção contra os danos feitos aos interesses económicos, o direito ao ressarcimento dos danos, o direito à assistência, à educação, à informação e à representação²⁰.

Em 1975, foi aprovado, pela Comissão Europeia, o primeiro programa de acção para protecção dos consumidores²¹. No âmbito deste programa²², onde são enunciados os direitos fundamentais que deverão ser salvaguardados a todos os consumidores²³, surgem as primeiras Directivas relativas à protecção dos consumidores²⁴.

comunitária (análise crítica da Directiva 2005/29/CE)”, in: *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n.º44, Dezembro de 2005, p. 17-93, p. 17.

¹⁷ Cfr. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito do Consumo*, Coimbra, Almedina, 2005, p. 16, JORGE MORAIS CARVALHO, *Os Contratos de Consumo – Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito do Consumo*, Dissertação de doutoramento, Lisboa, Março de 2011, p. 11, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “Direito Civil e Direito do Consumidor”, in: *Revista Portuguesa do Direito do Consumo*, n.º53, Março de 2008, p. 9-27, p. 9 e 10, LUÍS MENEZES LEITÃO, “O Direito do Consumo: autonomização e configuração dogmática”, *op. cit.*, p. 17 e JORGE PEGADO LIZ, “A “Lealdade” no Comércio ou as Desaventuras de uma Iniciativa Comunitária (análise crítica da Directiva 2005/29/CE)”, *op. cit.*, p. 17 e 18.

¹⁸ JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO considera à primeira vista “*surpreendente: é no país capitalista de vanguarda que se desenvolve e a partir do qual se expande um ramo que se apresenta uma tonalidade social.*” Porém, acrescenta ainda que a protecção tem um objectivo nítido: “*dar confiança ao consumidor para que não se retraia e acorra ao mercado – com isso dar fluidez ao mercado*”. *Vd.* JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “Direito Civil e Direito do Consumidor”, *op. cit.*, p. 10.

¹⁹ Resolução n.º 543 da Assembleia Consultiva de 17 de Março de 1973.

²⁰ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA indica que “*a primeira definição de consumidor no direito positivo será provavelmente a Carta do consumidor do Conselho da Europa (1973)*”. *Vd.* CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Os Direitos dos Consumidores*, *op. cit.*, p. 203.

²¹ Diário Oficial n.º C-92, de 25 de Abril de 1975.

²² Cujo fundamento obteve do artigo 2º do Tratado de Roma que indica que a Comunidade tem como objectivo melhorar as condições de vida, o que “*implica a protecção da saúde, da segurança e dos interesses económicos dos consumidores*”. *Vd.* JORGE PEGADO LIZ, “A “Lealdade” no comércio ou as desventuras de uma iniciativa comunitária (análise crítica da Directiva 2005/29/CE)”, *op. cit.*, p. 22.

²³ Nomeadamente, a protecção da saúde e segurança, a protecção dos interesses económicos, a indemnização dos danos, a informação e educação e a representação.

²⁴ Como exemplo, menciona-se a Directiva de 1979 relativa à protecção dos consumidores em matéria de indicação dos preços dos produtos alimentares.

Em 1981, nomeadamente, a 19 de Maio desse ano, surge o segundo programa de acção, onde, ao contrário do primeiro programa, é dada importância à questão dos preços e à qualidade dos bens e serviços, bem como é reconhecida a possibilidade de existir o consumidor como “*parceiro social*”, sem a tutela do Estado²⁵.

Contudo, só a partir 1986 é que se estabelece uma verdadeira protecção dos consumidores. Assim, com o Acto Único Europeu²⁶ complementado pelos Tratados de Maastricht²⁷ e de Amesterdão²⁸, conjuntamente com grande número de Directivas aprovadas neste âmbito, o Direito Comunitário tornou-se uma fonte inspiradora dos direitos dos diversos Estados-Membros²⁹.

Já em Portugal, a legislação referente ao direito de consumo surge nos anos 70, início dos anos 80 do século passado³⁰.

Ainda antes da mudança de regime ocorrida em 1974, a Proposta de Lei sobre a promoção e a defesa do consumidor foi o primeiro acto que manifestou a preocupação dos consumidores³¹. Porém, esta proposta não teve seguimento.

Contudo, tal não significa que Portugal tenha ignorado a protecção dos consumidores. Na Constituição da República Portuguesa de 1976 já se indicava a protecção do consumidor

²⁵ *Vd. JORGE PEGADO LIZ, “A “lealdade” no comércio ou as desventuras de uma iniciativa comunitária (análise crítica da Directiva 2005/29/CE)”, op. cit., p. 23.*

²⁶ Este Acto, assinado no Luxemburgo a 17 de Fevereiro de 1986 e em Haia a 28 de Fevereiro de 1986, abriu portas para proceder-se a uma harmonização das legislações a um nível de protecção elevado. Contudo, este Acto não conferiu à Comunidade competência para legislar em matéria da protecção de consumidores, que continuava a pertencer aos Estados-Membros, excepto quando respeitasse a medidas referentes ao mercado interno. *Vd. JORGE PEGADO LIZ, “A “lealdade” no comércio ou as desventuras de uma iniciativa comunitária (análise crítica da Directiva 2005/29/CE)”, op. cit., p. 26.*

²⁷ É no Tratado de Maastricht de 7 de Fevereiro de 1992 que é atribuída à União Europeia competência própria no que se refere à protecção dos consumidores.

²⁸ O Tratado de Amesterdão conduziu ao actual artigo 169º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, onde se indica que a Comunidade contribuirá para a defesa dos direitos enunciados no primeiro plano de acção para protecção dos consumidores de 1975, nomeadamente, da “*protecção da saúde, da segurança e dos interesses económicos dos consumidores, bem como para a promoção do seu direito à informação, à educação e à organização para a defesa dos seus interesses*”.

²⁹ *Vd. JORGE MORAIS CARVALHO, Os Contratos de Consumo – Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito do Consumo, op. cit., p. 13.*

³⁰ *Vd. FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, “A Evolução do Direito do Consumo”, in: Revista Portuguesa de Direito do Consumo, n.º 55, Setembro de 2008, p. 9-26, p. 12.*

³¹ Também ainda antes da mudança de regime, surge, a 12 de Fevereiro de 1974, a DECO enunciando o movimento consumerista. *Vd. JORGE PEGADO LIZ, “A “lealdade” no comércio ou as desventuras de uma iniciativa comunitária (análise crítica da Directiva 2005/29/CE)”, op. cit., p. 21.*

(designadamente através do apoio à criação de cooperativas e de associações de consumidores) como uma das “*Incumbências prioritárias do Estado*”, no seu artigo 81.º, alínea m)³².

A nível legislativo, a primeira lei-quadro aprovada de defesa do consumidor surgiu com a Lei n.º 29/81, de 22 de Agosto³³, que consagra os princípios gerais aplicáveis, bem como os diversos direitos dos consumidores e associações de consumidores³⁴. Uma vez que se trata de uma lei-quadro, esta lei foi complementada por diversa legislação, oriunda, na maior parte das vezes, da transposição de Directivas³⁵.

Em 1982, com a primeira revisão da Constituição da República Portuguesa, ocorre uma maior protecção constitucional do consumidor, com a adição do artigo 110º à Constituição, onde foram enunciados direitos dos consumidores e das suas associações, bem como prescreveu-se uma reserva de lei quanto à publicidade³⁶. Este artigo era, assim, idêntico ao actual artigo 60º, mas inserido na parte da Constituição que regulava a organização económica³⁷.

Por sua vez, a Lei Constitucional n.º 1/89 inseriu o artigo relativo à protecção dos consumidores na parte que regula os direitos fundamentais. Ainda que esta alteração na sistematização do artigo em causa não tenha grande efeito prático³⁸, permitiu a conclusão do

³² *Vd.* JOSÉ CABALTA NABAIS, “O Estatuto Constitucional dos Consumidores”, in: AA.VV., *Estudos em Homenagem ao Prof. Dr. Sérvulo Correia*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, Vol. I, p. 479-508, p.481.

³³ Apesar de esta ter sido a primeira lei que dá um quadro-base para a defesa do consumidor, a verdade é que já antes tinham sido emanadas leis neste domínio. Uma das primeiras leis que protegem o consumidor em Portugal surgiu em 1977, com o Decreto-Lei n.º 165/77, de 21 de Abril, que tipifica como crime a entrega ou o envio de produtos ou publicações não solicitados. Neste sentido, *vd.* JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “Direito Civil e Direito do Consumidor”, *op. cit.*, p. 10.

³⁴ Antes da publicação desta Lei os meios de tutela do consumidor eram muito frágeis, visto que apenas existiam leis dispersas com um grau de protecção muito aquém do ideal. *Vd.* FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, “A Evolução do Direito do Consumo”, *op. cit.*, p. 15.

³⁵ *Vd.* ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “Da natureza civil do Direito do Consumo”, *op. cit.*, p. 611 e 612.

³⁶ *Vd.* JORGE MIRANDA, “Anotação ao artigo 60.º da Constituição”, in: *Estudos do Instituto de Direito do Consumo*, Coimbra, Almedina, vol. IV, 2013, disponível em <http://ww2.fd.ulisboa.pt/LinkClick.aspx?fileticket=NMgU-YEhrc8%3D&tabid=417>, p. 21 a 32, p. 24.

³⁷ Ainda que não estivesse inserido da parte dos direitos fundamentais, a protecção do consumidor passou a estar formulada em termos de direitos subjectivos, pelo que facilmente se poderia considerar que estávamos perante direitos fundamentais análogos (através da aplicação do artigo 16º, n.º1 da Constituição da República Portuguesa), ainda que estivesse inserido “*fora do catálogo jusfundamental*”. *Vd.* JOSÉ CABALTA NABAIS, “O Estatuto Constitucional dos Consumidores”, *op. cit.*, p.482.

³⁸ Uma vez que o artigo em causa é meramente programático, porque ao localizarem-se nos “*Direitos e deveres económicos, sociais e culturais*” e não nos “*Direitos, liberdades e garantias*”, a protecção do consumidor tem um regime jurídico que não é directamente aplicável pelos operadores jurídicos concretos. Por outro lado, não tem um alcance tão grande como à primeira vista parece, pois, ainda que inseridos na parte que regulava a organização económica, podiam já ser considerados direitos subjectivos fundamentais. Neste sentido, *vd.* JOSÉ CASALTA

caminho que tinha sido iniciado em 1982, que surge como “*reflexo do crescimento da importância dos consumidores, no contexto dos «direitos de terceira geração»*”³⁹.

Em 1996, com a Lei n.º 24/96, de 31 de Julho, que ainda hoje se encontra em vigor, foi substituída a Lei de Defesa do Consumidor de 1981. Trata-se aqui de uma lei-quadro, pelo que é concretizada através de vários diplomas legislativos, maioritariamente resultantes de Directivas⁴⁰.

Desde do ano 2000, ocorreu uma evolução do Direito do Consumidor a todos os níveis⁴¹. Assim, tanto a nível doutrinal como jurisprudencial foram realizados estudos e tomadas decisões importantes e significativas. Já a nível legislativo, surgiram diversos textos relevantes.

Em Março de 2006 foi apresentado o Anteprojecto do Código do Consumidor, que absorve os vários institutos que se afiguram dispersos por legislação avulsa. Se este Anteprojecto for aprovado, permitirá um estudo mais facilitado nesta matéria, unitário e completo, permitindo a elaboração de princípios gerais, através da ordenação das diversas leis⁴²⁻⁴³⁻⁴⁴. Porém, este Anteprojecto não está isento de críticas, uma vez que, para além de excluir certas disciplinas⁴⁵, concentra num único diploma todas as normas relativas à protecção do consumidor, sendo abrangidos institutos díspares no mesmo Código⁴⁶.

NABAIS, “O Estatuto Constitucional dos Consumidores”, *op. cit.*, p. 482 e 483 e ADELAIDE MENEZES LEITÃO, *Estudo de Direito Privado sobre a Cláusula Geral de Concorrência Desleal*, Coimbra, Almedina, 2000, p. 89 e 90.

³⁹ Conforme é indicado por J. J. GOMES CANOTILHO E VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 780.

⁴⁰ *Vd.* SANDRINA LAURENTINO, “Os destinatários da legislação do consumidor”, *op. cit.*, p. 418 e 419 e ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “Da natureza civil do Direito do Consumo”, *op. cit.*, p. 612 e 613.

⁴¹ *Vd.* FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, “A Evolução do Direito do Consumo”, *op. cit.*, p. 16.

⁴² *Vd.* JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “Direito Civil e Direito do Consumidor”, *op. cit.*, p. 178 e JORGE MORAIS CARVALHO, *Os Contratos de Consumo – Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito do Consumo*, *op. cit.*, p. 16 e 17.

⁴³ A codificação da legislação relativa aos consumidores, apesar de ser uma questão ainda em aberto em Portugal, foi colocada mais cedo noutros países, como é o caso da França, onde em 1993 foi aprovado o “*Code de la Consommation*” (Lei n.º 93-949, de 26 de Julho de 1993). *Vd.* SANDRINA LAURENTINO, “Os destinatários da legislação do consumidor”, *op. cit.*, p. 417 e 418.

⁴⁴ A questão do ordenamento das leis apenas se coloca a nível interno e não comunitário, uma vez que as intervenções comunitárias são, por natureza, fragmentárias. *Vd.* JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “Direito Civil e Direito do Consumidor”, *op. cit.*, p. 10.

⁴⁵ *Vd.* JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “Direito Civil e Direito do Consumidor”, *op. cit.*, p. 15.

⁴⁶ No mesmo sentido, *vd.* JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “Direito Civil e Direito do Consumidor”, *op. cit.*, p. 15, que considera que “[o] Código do Consumidor passaria assim a ser um repositório de institutos variados, unificados apenas por incluírem também regras de protecção do consumidor”; e ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “Da Reforma do Direito Civil Português”, in: *O Direito*, Anos 134º - 135º, 2002/2003, p. 31-44, p. 42, que defende que o Código ao ser aprovado reduz “*a pouco a eficácia diária do Código Civil*”. Em sentido diverso, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO,

Assim e porque o Código do Consumidor não chegou a ser aprovado até ao momento, a Lei de Defesa do Consumidor de 1996 continua a ser a trave-mestra no que respeita aos direitos do consumidor, ainda que apoiada em inúmeros textos específicos de protecção do consumidor.

1.2. Definição de consumidor

Torna-se agora fundamental saber quais os destinatários das normas de Direito do Consumidor, ou seja, saber o que é um consumidor. A doutrina tem defendido que consumidor poderá ser entendido em sentido amplo e em sentido lato⁴⁷.

1.2.1. Consumidor em sentido lato

Neste sentido, o consumidor consiste naquele que adquire, possui ou utiliza uma coisa, com a finalidade de a consumir, independentemente de o consumo ser para necessidades pessoais ou para uso profissional. Noutras palavras, consumidor em sentido lato “*é aquele que adquire, possui ou utiliza um bem ou serviço, quer para uso pessoal ou privado, quer para uso profissional. O que importa é que alguém seja o “consumador” do bem, isto é, que consuma, complete, termine o processo económico, dando satisfação a necessidades pessoais, familiares e/ou profissionais*”⁴⁸.

Tal como CALVÃO DA SILVA aponta, trata-se aqui de uma noção económica e não jurídica, uma vez que o relevante é que se termine o processo económico do consumo, ou seja, que alguém efectivamente consuma o bem⁴⁹.

Esta definição de consumidor abrange a maior parte das situações, excluindo somente os casos que a revenda é a finalidade da aquisição⁵⁰.

“Harmonização Legislativa e Protecção do Consumidor (A Propósito do Anteprojecto do Código do Consumidor Português)”, in: AA.VV., *Estudos em honra do Professor Doutor José de Oliveira de Ascensão*, Coimbra, Almedina, 2008, Vol. I, p.1447-1472, p. 1451, considera que este, para além de reunir o direito existente, inova no necessário, procurando as adequadas ligações sistemáticas.

⁴⁷ *Vd.* CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Os Direitos dos Consumidores*, *op. cit.*, p. 208.

⁴⁸ *Vd.* JOÃO CALVÃO DA SILVA, *A responsabilidade civil do produtor*, Coimbra, Almedina, 1990, p. 58. No mesmo sentido *vd.* ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “Da natureza civil do Direito do Consumo”, *op. cit.*, p. 606.

⁴⁹ No mesmo sentido, *vd.* CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Os Direitos dos Consumidores*, *op. cit.*, p. 204, SANDRINA LAURENTINO, “Os destinatários da legislação do consumidor”, *op. cit.*, p. 422.

⁵⁰ *Vd.* SANDRINA LAURENTINO, “Os destinatários da legislação do consumidor”, *op. cit.*, p. 422.

Neste âmbito, JEAN-PIERRE PIZZIO defende que não é sustentável adoptar uma concepção unitária do direito do consumidor, pelo que será de considerar a noção ampla de consumidor. Assim, segundo este autor existe, por um lado a concepção objectivista (que corresponde ao sentido lato) e uma concepção subjectivista (que corresponde a uma “*protecção social dos consumidores não profissionais*” – sentido estrito da noção de consumidor).⁵¹

1.2.2. Consumidor em sentido estrito

Nesta perspectiva, ao contrário da noção em sentido amplo, o consumidor não é todo aquele que termine o processo económico, mas aquele que o consome com uma finalidade privada, ou seja, segundo CALVÃO DA SILVA, “*é apenas aquele que adquire, possui ou utiliza um bem ou um serviço, para uso privado (pessoal, familiar ou doméstico), de modo a satisfazer as necessidades pessoais e familiares, mas não já o que obtém ou utiliza bens e serviços para a satisfação das necessidades da sua profissão ou da sua empresa*”⁵².

Concluindo, nestes termos, consumidor é todo aquele que efectivamente consome um bem, para fins não profissionais. Assim, para ser considerado consumidor é necessário que a actuação provenha de finalidades estranhas à sua actividade profissional ou comercial⁵³.

Importa agora verificar qual a noção de consumidor acolhida na nossa legislação. Para tal, convém recorrer, num primeiro plano, à lei-quadro nesta matéria, ou seja, à Lei de Defesa do Consumidor.

O artigo 2.º, n.º1 da Lei de Defesa do Consumidor considera consumidor “*todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com carácter profissional uma actividade económica que vise a obtenção de benefícios*”.

Esta definição integra os elementos comuns de definição: o elemento subjectivo (“*todo aquele*”), o elemento objectivo (“*bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos*”), o

⁵¹ Nas palavras de PIZZIO, “*Il n’est pas souhaitable [...] d’adopter une conception unitaire du consommateur, celle du consommateur non professionnel.*” Vd. JEAN-PIERRE PIZZIO, “L’introduction de la notion de consommateur en droit français”, *apud* SANDRINA LAURENTINO, “Os destinatários da legislação do consumidor”, *op. cit.*, p. 422.

⁵² Vd. JOÃO CALVÃO DA SILVA, *A responsabilidade civil do produtor*, *op. cit.*, p. 59.

⁵³ Vd. FERNANDO DIAS SIMÕES, “O conceito de consumir no Direito Português (II)” in: *JusNet 35/2012*, (disponível em <http://jusjornal.wolterskluwer.pt/Content/Document>).

elemento teleológico (“*destinados a uso não profissional*”) e o elemento relacional, que impõe que o co-contratante seja uma “*pessoa que exerça com carácter profissional uma actividade económica que vise a obtenção de benefícios*”⁵⁴.

Com a entrada em vigor desta lei, foi possível observar algumas diferenças entre esta e a definição de consumidor apresentada na Lei n.º 29/81, de 22 de Agosto⁵⁵. Para além de reflectir uma maior abrangência, uma vez que indica que podem ser transferidos “*quaisquer direitos*”, veio esclarecer que a actividade económica tem de visar “*a obtenção de benefícios*”. Assim, o consumidor só o é quando a outra parte exerça uma actividade profissional de onde retira lucro, visto que considera-se que não haverá fundamento suficiente para “*desfavorecer o profissional desinteressado*”⁵⁶.

Porém, o ponto fundamental nesta noção é que o consumidor consuma os produtos para “*uso não profissional*”, pelo que conclui-se que em Portugal é acolhida a noção de consumidor em sentido estrito⁵⁷.

Esta concepção adoptada pela legislação portuguesa traz alguns problemas. É o caso do “*uso misto*” do bem, ou seja, quando o bem é simultaneamente adquirido para uso pessoal e profissional. LUÍS MENEZES LEITÃO⁵⁸ e PAULO MOTA PINTO⁵⁹ consideram que, uma vez que o uso não será exclusivamente privado, será de se afastar a aplicação do regime protector. Por outro lado, há quem considere que só será consumidor quando o bem foi predominantemente destinado a fins privados⁶⁰.

⁵⁴ Quanto aos elementos de definição, *vd.* CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Os Direitos dos Consumidores*, *op. cit.*, p. 208-210, LUÍS MENEZES LEITÃO, “O Direito do Consumo: autonomização e configuração dogmática”, *op. cit.*, p. 20 e JORGE MORAIS CARVALHO, *Os contratos de Consumo – Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito do Consumo*, *op. cit.*, p. 23-25.

⁵⁵ A primeira Lei de Defesa do Consumidor, nos termos do artigo 2.º, definia consumidor como “*todo aquele a quem sejam fornecidos bens ou serviços destinados ao seu uso privado por pessoa singular ou colectiva que exerça, com carácter profissional, uma actividade económica*”.

⁵⁶ *Vd.* SANDRINA LAURENTINO, “Os destinatários da legislação do consumidor”, *op. cit.*, p. 423.

⁵⁷ Apesar da substituição da expressão “*uso privado*” por “*uso não profissional*”, já a primeira Lei de Defesa do Consumidor adoptava esta concepção.

⁵⁸ *Vd.* LUÍS MENEZES LEITÃO, “O novo regime da venda de bens de consumo”, in: *Estudos do Instituto de Direito do Consumo*, 2005, vol. II, p. 37-73, p.42.

⁵⁹ *Vd.* PAULO MOTA PINTO, “Conformidade e garantias na venda de bens de consumo. A Directiva 1999/44/CE e o direito português”, in: *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 2, 2000, p. 197-331, p. 215 e s.

⁶⁰ Neste sentido, *vd.* SANDRINA LAURENTINO, “Os destinatários da legislação do consumidor”, *op. cit.*, p. 424, CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito do consumo*, *op. cit.*, p. 35, PAULO DUARTE, “O Conceito jurídico de consumidor segundo o art. 2.º/1 da Lei de Defesa do Consumidor”, in: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 1999, vol. LXXV, pp. 649-703, p. 678 e s.. *Vd.* ainda JORGE

Ora, deverá ter-se sempre em vista a finalidade da protecção do consumidor, ou seja, protecção da parte mais fraca. Assim, considera-se, neste caso, que o uso misto ditará a não protecção do sujeito, uma vez que quem adquire um produto com intenção de o usar na vida privada e profissional, não deixa de agir com a qualificação técnica e aptidão negocial⁶¹⁻⁶². De facto, apenas esta solução evita um conceito abusivo de consumidor⁶³.

1.2.3. Profissional como consumidor

Conforme já analisado, um profissional que adquire um bem para uso pessoal é considerado um consumidor e, por sua vez, se adquirir um bem para uso profissional não poderá ser considerado consumidor. Porém, a solução apresentada não se afigura tão simples quando parece.

Em primeiro lugar, poderá dar-se o caso de um profissional, que adquire um bem para uso pessoal, ser especialista no bem em causa⁶⁴⁻⁶⁵. Nos termos exactos do artigo 2.º, n.º1 da Lei da Defesa do Consumidor, será considerado um consumidor, uma vez que o bem não se destina a uso profissional. Mas, neste caso, não existe uma desigualdade de partes, que a legislação pretende proteger e não deverá a legislação proteger especialmente alguém que não se encontre numa posição de inferioridade em relação ao outro contraente⁶⁶.

MORAIS CARVALHO, *Os contratos de Consumo – Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito do Consumo*, op. cit., p. 25, que considera que o momento da celebração do contrato o momento em que deve ser analisado o destino a dar aos bens.

⁶¹ Só assim não será quando o sujeito adquire um produto da qual não tem nenhum conhecimento em específico. Neste caso, conforme será analisado em momento posterior, o profissional poderá ser considerado consumidor, pelo que também no caso de uso misto poderá ser considerado consumidor.

⁶² O Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 20 de Janeiro de 2005 (Processo C-464/01) parece ir neste mesmo sentido ao concluir que *“uma pessoa que celebrou um contrato relativo a um bem destinado a uma utilização parcialmente profissional e parcialmente estranha à sua actividade profissional não se pode prevaler do benefício das regras de competência específicas previstas nos artigos 13.º a 15.º da referida Convenção, salvo se a utilização profissional for marginal, a ponto de apenas ter um papel despidendo no contexto global da operação em causa, sendo irrelevante, a este respeito, o facto de o aspecto extraprofissional ser dominante”*, acrescentando que *“o Tribunal inferiu que essas disposições apenas se aplicam ao consumidor final privado, não envolvido em actividades comerciais ou profissionais, não devendo o benefício da aplicação dessas disposições ser alargado a pessoas para as quais essa protecção não se justifica”*.

⁶³ No mesmo sentido, *vd.* JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Compra e venda de coisas defeituosas. Conformidade e segurança*, Coimbra, Almedina, 2008, p 125.

⁶⁴ Será o caso, por exemplo, de um construtor civil comprar uma casa para ele e para sua família.

⁶⁵ Esta problemática é também sinalizada por SANDRINA LAURENTINO, “Os destinatários da legislação do consumidor”, op. cit., p. 426 e FERNANDO DIAS SIMÕES, “O conceito de consumir no Direito Português (II)” op. cit.

⁶⁶ Neste sentido, JOÃO CALVÃO DA SILVA entende que *“seria injustificada e até abusiva a aplicação do direito especial de protecção do consumidor, na medida em que a qualificação técnica e profissional e a própria aptidão para a negociação contratual do comerciante (a actuar*

Por outro lado, poderá dar-se o caso oposto, ou seja quando um profissional, no exercício da profissão adquire um bem da qual não tem nenhum conhecimento⁶⁷. Seguindo a letra do supramencionado artigo, uma vez que a finalidade é profissional, não se poderá considerar que estamos perante um consumidor⁶⁸. Porém, o profissional, neste caso, está numa posição de inferioridade comparativamente ao outro contraente.

Por um lado, deveria de ocorrer uma extensão da protecção do consumidor ao profissional de outro ramo, mesmo quando o uso seja profissional, em nome da equidade⁶⁹, por outro, há que ter em conta o circunstancialismo concreto, que não será de fácil análise.

A concepção adoptada pelo legislador nem sempre se afigura a mais justa, em prol da certeza e segurança jurídica. Porém, considera-se que deverá ter-se em conta a finalidade do Direito do Consumidor, que consiste na protecção da parte mais fraca. Pelo que, acompanhando a doutrina portuguesa, defende-se que deverão ser protegidas as situações em que uma das partes se encontra numa posição de desigualdade (independentemente de o adquirente se tratar de um profissional ou não), bem como não deverá ser aplicado o regime de protecção do consumidor quando não existe um contraente débil⁷⁰.

1.2.4. Pessoa colectiva como consumidor

Já na Carta do Conselho da Europa de 1973 era admitido de forma expressa a possibilidade de as pessoas colectivas serem consideradas consumidoras, ao considerar consumidor "*a physical or legal person*".

na veste formal de consumidor) lhe permitem, só por si e sem qualquer ajuda, evitar, de facto, os riscos e os abusos a que, nas mesmas circunstâncias, o consumidor normal, débil, leigo, profano, está exposto." Vd. JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Compra e venda de coisas defeituosas. Conformidade e segurança*, op. cit., p. 124. Em sentido diverso, vd. SARA LARCHER, "Contratos celebrados através da Internet: garantias dos consumidores contra vícios na compra e venda de bens de consumo", in: *Estudos do Instituto de Direito do Consumo*, 2005, vol. II, p. 141-253, p. 157.

⁶⁷ Como exemplo, é o caso de um contabilista que adquire um computador para o seu escritório.

⁶⁸ Neste sentido, em França, a Cour de Cassation, em 1987, considerou que uma sociedade beneficiava da protecção, uma vez que o bem era estranho à sua especialidade. Porém, actualmente, considera-se consumidores as pessoas cuja actuação não tenha uma relação directa com a sua actividade profissional, independentemente de ser estranho ou não à sua actividade. Vd. SANDRINA LAURENTINO, "Os destinatários da legislação do consumidor", op. cit., p. 427 a 429 e JORGE MORAIS CARVALHO, *Os contratos de Consumo – Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito do Consumo*, op. cit., p. 28.

⁶⁹ Neste sentido, vd. SANDRINA LAURENTINO, "Os destinatários da legislação do consumidor", op. cit., p. 429 e JORGE MIRANDA, "Anotação ao artigo 60.º da Constituição", op. cit., p. 25.

⁷⁰ Com base na figura do abuso de direito.

A opinião dominante na doutrina francesa defende que as pessoas jurídicas que desenvolvem uma actividade comercial ou profissional não devem ser consideradas consumidoras⁷¹. Porém, existe uma parte da doutrina que considera que uma pessoa colectiva pode efectivamente ser consumidora, desde que actue fora do seu âmbito profissional⁷²; por sua vez, o §13 do BGB alemão parece limitar a protecção às pessoas singulares⁷³.

Por outro lado, nas Directivas Comunitárias existe uma tendência bastante frequente em excluir as pessoas colectivas do conceito de consumidor⁷⁴.

Em Portugal, a Lei de Defesa do Consumidor, ao indicar como elemento subjectivo “*todo aquele*”, parece deixar a possibilidade de as pessoas colectivas serem consideradas consumidoras, uma vez que não restringe expressamente a sua aplicação às pessoas singulares⁷⁵. Na verdade, esta restrição encontra-se apenas em alguns diplomas que surgiram da transposição de Directivas Comunitárias.

Contudo, o Supremo Tribunal de Justiça, no Acórdão de 6 de Novembro de 2007 (Processo n.º 07A3015), sustentou a inadmissibilidade de uma pessoa jurídica ser considerada consumidora, fazendo uma aplicação restritiva do conceito de consumidor.

Grande parte da Doutrina portuguesa tende a não reconhecer as pessoas colectivas como consumidoras⁷⁶. Esta posição é fundamentada no princípio da especialidade do fim⁷⁷, uma

⁷¹ Vd. JORGE MORAIS CARVALHO, *Os contratos de Consumo – Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito do Consumo*, op. cit., p. 27.

⁷² Vd. CALAIS-AULOY/STEINMITZ, *Droit de la consommation*, apud ANTÔNIO MENEZES CORDEIRO, “Da natureza civil do Direito do Consumo”, op. cit., p. 638.

⁷³ No mesmo sentido, também o Québec, o Chipre, a Estónia, a Lituânia e a Eslovénia limitam a noção de consumidor às pessoas singulares. Em sentido contrário, a Letónia define consumidor como “*a natural or legal person*”. Vd. CRISTINA NITU, *L’Autonomie du Droit de la Consommation*, op. cit., p. 58 e AA.VV., *Unfair Commercial Practices – An analysis of the existing national laws on unfair commercial practices between business and consumers in the new Member States*, London, British Institute of International and Comparative Law (disponível em http://www.biiicl.org/files/882_general_report_unfair_commercial_practices_new_member_states%5Bwith_dir_table_and_new_logo%5D.pdf), p. 33 a 36.

⁷⁴ Vd. Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 22 de Novembro de 2001 (Processo n.º C-541/99 e C-542/99), onde se decidiu que apenas as pessoas físicas são abrangidas pela noção de consumidor na Directiva sobre as cláusulas contratuais abusivas. De facto, conforme refere LUÍS MENEZES LEITÃO, “*a legislação comunitária tem-se manifestado fortemente restritiva à possibilidade de qualificar as pessoas colectivas como consumidores, uma vez que as sucessivas Directivas que têm sido emitidas neste domínio têm restringido o conceito de consumidor às pessoas singulares.*” Vd. LUÍS MENEZES LEITÃO, “O Direito do Consumo: autonomização e configuração dogmática”, op. cit., p. 22

⁷⁵ Com opinião diversa, vd. JORGE MORAIS CARVALHO, *Os contratos de Consumo – Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito do Consumo*, op. cit., p. 26.

⁷⁶ Vd. SANDRINA LAURENTINO, “Os destinatários da legislação do consumidor”, op. cit., p. 429, JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Compra e venda de coisas defeituosas. Conformidade e segurança*, op. cit., p. 112.

vez que as pessoas colectivas dificilmente podem adquirir bens, serviços ou direitos que não seja no âmbito da sua actividade profissional⁷⁸, bem como no facto de que têm uma maior capacidade de resposta face às eventualidades do contrato⁷⁹.

Porém, não se encontra nenhuma razão para que seja justificada tal restrição⁸⁰.

A Lei de Defesa de Consumidor parece não restringir as pessoas colectivas da noção de consumidor. De facto, se o legislador pretendesse fazê-lo, deveria alterar a noção de consumidor, de modo a se referir ao consumidor como “*a pessoa singular*”⁸¹. De facto, a limitação da protecção do consumidor a pessoas singulares nem sequer é tradicional, mas apenas responde a um “*mero refluxo conceitual*”⁸².

É lógico que não serão considerados consumidoras as pessoas colectivas que adquiram produtos com a finalidade de as fornecer, uma vez que nestes casos apenas existe um consumo intermédio, e não um verdadeiro consumo em sentido jurídico⁸³.

Mas, por outro lado, existem certos casos em que pessoas colectivas não deverão ser excluídas da noção de consumidor, uma vez que se adequam ao fim privado dos produtos, existindo um destino final dos bens e serviços, sem contrariar qualquer outro dos pressupostos da noção de consumidor⁸⁴.

Por fim, terá que se ter em vista a finalidade do Direito do Consumidor, ou seja, a protecção do contraente débil. Neste sentido, não é verdade que apenas as pessoas singulares poderão ser consideradas a parte mais fraca, pelo que nos casos em que a pessoa colectiva constitui a parte contratual mais débil (não tendo um conhecimento específico em relação ao

⁷⁷ De acordo com este princípio, previsto no artigo 160º do Código Civil e no artigo 6º do Código das Sociedades Comerciais, as pessoas colectivas apenas poderão adquirir bens, serviços ou direitos convenientes à prossecução exclusiva das suas finalidades.

⁷⁸ *Vd.* FERNANDO DIAS SIMÕES, “O conceito de consumidor no Direito Português (II)”, *op. cit.*

⁷⁹ *Vd.* JORGE MORAIS CARVALHO, *Os contratos de Consumo – Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito do Consumo*, *op. cit.*, p. 29.

⁸⁰ No mesmo sentido, *vd.* JORGE MORAIS CARVALHO, *Os contratos de Consumo – Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito do Consumo*, *op. cit.*, p. 30.

⁸¹ No mesmo sentido, *vd.* SARA LARCHER, “Contratos celebrados através da Internet: garantias dos consumidores contra vícios na compra e venda de bens de consumo”, *op. cit.*, p.155.

⁸² Nas palavras de ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO em “Da natureza civil do Direito do Consumo”, *op. cit.*, p. 639.

⁸³ No mesmo sentido, *vd.* CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Os direitos dos consumidores*, *op. cit.*, p. 216 e LUÍS MENEZES LEITÃO, “O Direito do Consumo: autonomização e configuração dogmática”, *op. cit.*, p. 22.

⁸⁴ No mesmo sentido, *vd.* CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Os direitos dos consumidores*, *op. cit.*, p.216 e LUÍS MENEZES LEITÃO, “O direito do consumo: autonomização e configuração dogmática”, *op. cit.*, p. 22.

produto, apresentando-se num patamar inferior a nível técnico, informativo e económico) deverá ser protegida⁸⁵.

Porém, considera-se que tal só será possível quando a pessoa colectiva em causa efectivamente termine o processo económico e quando o produto não entra na competência profissional desta⁸⁶. Isto porque a protecção só existe quando a pessoa (quer seja singular ou colectiva) “*opere como elo final do circuito económico*”⁸⁷ e que a pessoa colectiva seja efectivamente uma parte débil.

Em síntese, apesar de a definição de consumidor, nos termos do artigo 2.º, n.º1 da Lei de Defesa do Consumidor, adoptar a concepção restrita, a Doutrina, tal como alguma Jurisprudência, tem vindo a considerar a existência de consumidores equiparados. Consumidores equiparados consideram-se aqueles que são considerados consumidores pela Doutrina e alguma Jurisprudência portuguesa, mas que não integram o conceito pela letra do artigo 2.º, n.º 1 da Lei de Defesa do Consumidor⁸⁸.

Todavia, apesar de ser a noção de consumidor ser “*moderadamente restrita*”⁸⁹, a legislação de defesa dos consumidores não protege unicamente estes, visto que vários diplomas integrados no Direito do Consumidor, destinam-se também a profissionais equiparados a consumidores⁹⁰.

Por conseguinte, é difícil falar de um direito do consumidor, uma vez que tem ocorrido uma evolução para um direito que tem como destinatário principal o consumidor, mas que também abrange outras categorias de pessoas⁹¹.

⁸⁵ No mesmo sentido, *vd.* FERNANDO BAPTISTA DE OLIVEIRA, *O conceito de consumidor. Perspectivas nacional e comunitária*, *op. cit.*, p. 79.

⁸⁶ Considerando que os profissionais poderão beneficiar da protecção em causa quando não se encontra numa posição de paridade com o outro contraente, ou seja, quando o bem é estranho à sua especialidade, como defendido na presente dissertação.

⁸⁷ Neste sentido, *vd.* ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “Da natureza civil do Direito do Consumo”, *op. cit.*, p. 638 e 639.

⁸⁸ *Vd.* SANDRINA LAURENTINO, “Os destinatários da legislação do consumidor”, *op. cit.*, p. 430.

⁸⁹ Nas palavras SANDRINA LAURENTINO, “Os destinatários da legislação do consumidor”, *op. cit.*, p. 432.

⁹⁰ Trata-se do caso do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro (*vd.* artigo 17º), Decreto-Lei n.º 383/89, de 6 de Novembro e Lei n.º 23/96, de 26 de Julho.

⁹¹ No mesmo sentido, SANDRINA LAURENTINO, “Os destinatários da legislação do consumidor”, *op. cit.*, p. 434.

1.2.5. Novas propostas de noção de consumidor

Uma vez que a doutrina portuguesa defende a existência de consumidores equiparados, surgem novas definições de consumidor. Neste âmbito, PAULO MOTA PINTO⁹² defende que o que deve autonomizar a legislação que protege o consumidor será o facto do consumo não se destinar a fazer parte de um processo de comercialização, produção ou transformação do produto, ao invés da sua utilização privada e não profissional.

Porém, considera-se que esta definição é demasiado abrangente, uma vez que considera consumidor aquele que, por exemplo, adquire e vende um bem em segunda mão, desde que não faça disso uma actividade organizada e habitual⁹³.

Por sua vez, a legislação espanhola, nos termos do artigo 3.º do Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de Novembro, alterado pela Ley 3/2014, de 27 de Março, considera-se consumidor *“las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial.”*

Esta legislação, apesar de considerar expressamente que as pessoas colectivas possam ser consideradas consumidores, desde que actuem para fins exteriores à sua actividade comercial ou empresarial, não resolve o problema no caso de um profissional adquirir um bem de uma determinada área, para o exercício da sua profissão, de que não possua qualquer conhecimento específico.

Já o Código de Protecção e Defesa do Consumidor Brasileiro, nos termos do seu artigo 2.º, *“[c]onsumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.”*

Porém, esta definição tem vindo a suscitar discussões doutrinárias. Segundo CLÁUDIA LIMA MARQUES⁹⁴, ainda que o Código se refira a *“destinatário final”*, para uma parte da doutrina brasileira, só poderá ser considerado consumidor aquele que adquire o produto para uso não profissional, considerando que só esta interpretação respeita a finalidade da norma que consiste em proteger a parte vulnerável. Por sua vez, outra parte da doutrina considera que a noção

⁹² *Vd.* PAULO MOTA PINTO, *Direito da publicidade*, aulas ao curso de pós-graduação de Direito do Consumo, 1999, p. 113.

⁹³ Neste sentido, SANDRINA LAURENTINO, “Os destinatários da legislação do consumidor”, *op. cit.*, p. 430.

⁹⁴ *Vd.* CLÁUDIA LIMA MARQUES, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor – O Novo Regime das Relações contratuais*, apud SANDRINA LAURENTINO, “Os destinatários da legislação do consumidor”, *op. cit.*, p. 431.

deverá ser interpretada de forma extensiva, ou seja, considera consumidor como “*destinatário final*”, pelo que, caso seja um destinatário final, um profissional pode também sempre ser considerado consumidor.

Independentemente da discussão doutrinária, segundo a letra da lei, a noção brasileira é mais abrangente que a portuguesa, uma vez que não faz qualquer distinção entre profissionais ou não profissionais, evitando, contudo, considerar como consumidores os que não sejam destinatários finais.

1.3. Protecção do consumidor

1.3.1. A nível interno

O Direito do Consumidor apresenta-se, grande parte das vezes, como fonte inspiradora de soluções, sendo por isso associado a princípios de tipo militante⁹⁵, assumindo o objectivo expresso de tutelar o consumidor.

A nível constitucional, conforme já referido, o princípio básico de tutela do consumidor, encontra-se plasmado no artigo 60º da Constituição da República Portuguesa⁹⁶.

Na verdade, a Constituição da República Portuguesa protege fortemente os consumidores, ao apresentá-los como titulares de direitos fundamentais em sede do estatuto económico da pessoa, bem como tornando-os destinatários das incumbências prioritárias do Estado⁹⁷. O caso de Portugal constitui uma excepção.

Enquanto a Constituição da República Portuguesa consagra os direitos dos consumidores como direitos fundamentais, no plano internacional⁹⁸ esta protecção não é formulada em termos de direitos subjectivos das pessoas, mas como tarefa estadual, uma vez que não constituem direitos naturais (ou seja, como direitos primários de qualquer pessoa existente, anteriores e superiores ao Estado), bem como porque estes não se encontram determinados, nem são determináveis ao nível da Constituição⁹⁹.

⁹⁵ *Vd.* ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “Da natureza civil do Direito de Consumo”, *op. cit.*, p. 614.

⁹⁶ Porém, conforme também já foi assinalado, deverá ser ainda destacado, no âmbito da defesa dos consumidores, o artigo 81.º, alínea i) e o artigo 99.º, alínea e) da Constituição da República Portuguesa.

⁹⁷ No mesmo sentido, *vd.* JOSÉ CABALTA NABAIS, “O Estatuto Constitucional dos Consumidores”, *op. cit.*, p.479.

⁹⁸ Tanto a nível internacional, como a nível interno na maioria dos Estados.

⁹⁹ *Vd.* JOSÉ CABALTA NABAIS, “O Estatuto Constitucional dos Consumidores”, *op. cit.*, p.484 e 490.

No artigo 60.º da Constituição da República Portuguesa são enumerados diversos direitos dos consumidores¹⁰⁰, que são de *titularidade individual*¹⁰¹, ou seja, num primeiro plano, titulam os indivíduos¹⁰², enquanto consumidor final, que adquire a alguém profissional produtos para uso não profissional.

Os direitos mencionados no supra indicado artigo destinam-se, na sua generalidade, ao Estado, impondo-lhe a obrigação de legislar neste âmbito¹⁰³. Assim, necessitam, em regra¹⁰⁴, da mão do legislador para que possam adquirir aplicabilidade plena¹⁰⁵.

Por outro lado, o artigo 81.º, alínea i) da Constituição da República Portuguesa, referente às tarefas económicas e sociais do Estado, indica como uma incumbência prioritária do Estado a garantia de defesa dos interesses e os direitos dos consumidores, para garantir a realização do artigo 60.º já referido, defendendo os cidadãos e, ao mesmo tempo, constitui uma forma de controlar o poder económico¹⁰⁶.

Uma última nota ao artigo 99.º, alínea e) da Constituição da República Portuguesa que considera ainda a protecção dos consumidores um dos objectivos da política comercial, evidenciando um modelo de economia de mercado regulado, aplicável a todos os operadores comerciais.

¹⁰⁰ Nomeadamente, o “*direito à qualidade dos bens e serviços consumidos, à formação e à informação, à protecção da saúde, da segurança e dos seus interesses económicos, bem como à reparação dos danos*”.

¹⁰¹ Expressão utilizada por JOSÉ CABALTA NABAIS, “O Estatuto Constitucional dos Consumidores”, *op. cit.*, p.487.

¹⁰² As pessoas colectivas também poderão titulares destes direitos, por aplicação do artigo 12.º, n.º2 da Constituição da República Portuguesa.

¹⁰³ *Vd.* JOSÉ CABALTA NABAIS, “O Estatuto Constitucional dos Consumidores”, *op. cit.*, p.488, indica, neste sentido, que “*os direitos dos consumidores se dirigem principalmente ao Estado, que deve assegurar a protecção dos consumidores*”.

¹⁰⁴ Diz-se em regra, uma vez que existem direitos que se podem considerar análogos aos direitos, liberdades e garantias, como é o caso do direito à reparação dos danos sofridos por utentes, que foi objecto de jurisprudência constitucional (*Vd.* Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 153/1990, de 3 de Maio de 1990 e Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 650/2004, de 23 de Fevereiro de 2005). *Vd.* JOSÉ CABALTA NABAIS, “O Estatuto Constitucional dos Consumidores”, *op. cit.*, p. 490 e 491 e J. J. GOMES CANOTILHO E VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, *op. cit.*, p. 780 e 781.

¹⁰⁵ Os direitos aqui em causa integram os direitos económicos, sociais e culturais, que têm como “*conteúdo principal prestações materiais ou jurídicas a realizar por parte do Estado através da sua concretização simultaneamente jurídica e política pelo legislador*”, conforme indica JOSÉ CABALTA NABAIS, “O Estatuto Constitucional dos Consumidores”, *op. cit.*, p. 489.

¹⁰⁶ *Vd.* J. J. GOMES CANOTILHO E VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, *op. cit.*, p. 966 e 971.

O princípio básico de tutela do consumidor foi/é concretizado, em grande parte pela primeira Lei de Defesa do Consumidor (Lei n.º 29/81, de 22 de Agosto), que posteriormente foi substituída pela Lei n.º 24/96, de 31 de Julho. Esta última lei encontra-se dividida em cinco capítulos distintos (Princípios gerais, Direitos do consumidor, Carácter injuntivo, Instituições de promoção e tutela dos direitos do consumidor, Disposições finais).

1.3.2. A nível europeu

Habitualmente, os mecanismos legais de protecção do consumidor são limitados às leis nacionais. Porém, a União Europeia também cria mecanismos de protecção do consumidor para facilitar a implementação da protecção no mercado globalizado¹⁰⁷.

Conforme indiciado por ANA GUERRA MARTINS¹⁰⁸, o direito do consumidor tem sido visto na Europa sob duas perspectivas contemporâneas: a primeira como forma de melhorar a protecção do consumidor, uma segunda como mero instrumento da política de consumo. Assim, existem dois tópicos essenciais que estão por base do Direito do Consumidor – o consumidor em si mesmo e a concretização do mercado único. Nestes termos, o Direito do Consumidor funciona não apenas em prol dos consumidores, mas também como instrumento ao serviço da economia de mercado, protegendo ainda produtores e comerciantes¹⁰⁹.

Assim, actualmente, a defesa dos consumidores para além de configurar um princípio dos tratados, constitui também uma das políticas da União Europeia¹¹⁰. Porém, nem sempre assim foi encarado.

Em 1957, no Tratado de Roma, uma vez que este tratado tinha em vista a realização do mercado comum, a tutela dos consumidores resumiu-se a meras referências indirectas, relacionadas com a livre concorrência. Assim, a noção de consumidor ainda não era reconhecida, ainda que o princípio prosseguido de melhoria constante das condições de vida e o

¹⁰⁷ *Vd.* NORBERT REICH, “Transnational Consumer Law – Reality or Fiction?”, in: *Penn State International Law Review*, n.º 3,4, 2009, Vol. 27, p. 859-868, p. 859.

¹⁰⁸ *Vd.* ANA GUERRA MARTINS, “O Direito Comunitário do consumo”, in: *Estudo do direito do consumidor*, Coimbra, Centro direito consumo, n.º 5, 2003, p. 63-91.

¹⁰⁹ *Vd.* ADELAIDE MENEZES LEITÃO, em “Práticas Comerciais Desleais como Impedimento à Outorga de Direitos Industriais?”, *op. cit.*, p. 271 e MAN SOK WA, *Tutela Institucional da Concorrência em Concorrência Desleal, Publicidade Comparativa e Práticas Comerciais Desleais*, Dissertação de Mestrado, Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2012, p. 152.

¹¹⁰ Visto que a regulamentação jurídica da relação do consumo influencia as relações dos restantes agentes económicos. *Vd.* MAN SOK WA, *Tutela Institucional da Concorrência em Concorrência Desleal, Publicidade Comparativa e Práticas Comerciais Desleais*, *op. cit.*, p. 152 e 153.

estabelecimento do mercado comum fossem um “*claro prenúncio de uma política em favor dos consumidores*”¹¹¹.

Contudo, já em 1992, com o Tratado de Maastricht, surgiram referências expressas à protecção do consumidor, sendo mesmo um dos objectivos gerais do Tratado¹¹². Assim, tornou-se clara a existência de uma política própria de defesa dos consumidores na União Europeia, reforçada com o Tratado de Amesterdão em 1997¹¹³, distinta da instituição do mercado único.

No ano de 2000, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia¹¹⁴, proclamada a 7 de Dezembro, que prevê um catálogo de direitos reconhecidos a todos os cidadãos europeus, surge da necessidade de instituir determinados direitos fundamentais como princípio fundador da própria União Europeia.

Esta Carta reconheceu a importância do acesso a serviços de interesse económico geral, bem como definiu a necessidade de defesa dos consumidores no seu artigo 38.º, onde indica que “[a]s políticas da União devem assegurar um elevado nível de defesa dos consumidores”¹¹⁵.

Em 2001, surge o Livro Verde sobre a defesa do consumidor¹¹⁶⁻¹¹⁷, que contém um conjunto de propostas que visam a protecção dos consumidores na União Europeia, para que se pudesse analisar as opções futuras na matéria que concerne à protecção dos consumidores¹¹⁸.

Com o objectivo de uniformização em matéria de defesa dos consumidores, o livro debruçou-se sobre a possibilidade de adopção de uma série de novas Directivas ou, por outro lado, a possibilidade de emanação uma Directiva-quadro completada por Directivas específicas¹¹⁹.

¹¹¹ *Vd.* JORGE PEGADO LIZ, “A “lealdade” no comércio ou as desaventuras de uma iniciativa comunitária (análise crítica da Directiva 2005/29/CE)”, *op. cit.*, p. 22.

¹¹² *Vd.* JORGE PEGADO LIZ, “A “lealdade” no comércio ou as desaventuras de uma iniciativa comunitária (análise crítica da Directiva 2005/29/CE)”, *op. cit.*, p. 27 a 29.

¹¹³ Quanto às inovações trazidas pelo Tratado de Amesterdão, *vd.* JORGE PEGADO LIZ, “A “lealdade” no comércio ou as desaventuras de uma iniciativa comunitária (análise crítica da Directiva 2005/29/CE)”, *op. cit.*, p. 35 a 38

¹¹⁴ Publicada no JO C n.º 364, de 18 de Dezembro de 2000.

¹¹⁵ O mencionado artigo foi baseado no artigo 169.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. *Vd.* FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, “Artigo 28.º - Defesa dos consumidores”, in: AA.VV., *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia – Comentada*, Coimbra, Almedina, 2013, p. 459.

¹¹⁶ COM (2001) 531, 02 de Outubro de 2001.

¹¹⁷ Onde são reconhecidos os inconvenientes da falta de protecção dos consumidores para a realização do mercado único. *Vd.* MAN SOK WA, *Tutela Institucional da Concorrência em Concorrência Desleal, Publicidade Comparativa e Práticas Comerciais Desleais*, *op. cit.*, p. 154.

¹¹⁸ Para um melhor estudo sobre o Livro Verde, *vd.* ÓSCAR LÓPEZ SANTOS, “La Directiva sobre prácticas comerciales desleales: antecedentes, descripción y comentario crítico”, in: *Estudios sobre Consumo*, n.º75, 2005, p. 9-23, p. 10 a 13 e JORGE PEGADO LIZ, “Práticas Comerciais Proibidas”, in: *Estudos do Instituto de Direito do Consumo*, Coimbra, Almedina, 2013, vol. IV, p. 81 a 163 (disponível em <http://ww2.fd.ulisboa.pt/LinkClick.aspx?fileticket=NMGU-YEhrc8%3D&tabid=417>), p. 82 a 85.

Em nova Comunicação de 2002¹²⁰, de modo a completar o Livro Verde emanado a 2001, a Comissão refere a intenção de proceder a uma total harmonização em matéria das práticas comerciais desleais¹²¹.

Com o Tratado de Lisboa, em 2007, foram reconhecidos direitos, liberdades e princípios já enunciados na Carta dos Direitos Fundamentais, passando a Carta a ter força vinculativa. Apesar de o Tratado não configurar uma Constituição em sentido estrito, faz parte do constitucionalismo multinível, uma vez que os Tratados constituem a ordem jurídica superior, alicerçada no princípio da primado sobre o direito interno que não seja compatível, bem como porque as Constituições internas dos Estados-Membros constituem um conjunto normativo que se relaciona com os Tratados, nos termos do artigo 6.º do Tratado da União Europeia.

Já em 2011, da necessidade de uma Directiva-quadro¹²² surge a Directiva 2011/83/CE, de 25 de Outubro, relativa aos direitos dos consumidores. Grande parte desta Directiva refere-se aos direitos dos consumidores na celebração dos contratos à distância e fora dos estabelecimentos comerciais, referindo-se, numa pequena parte, aos outros direitos que os consumidores em geral detêm.

São ainda de apontar duas críticas essenciais a esta Directiva. Uma primeira relativa ao conceito de consumidor por esta utilizada, visto que apenas considera consumidores as pessoas singulares (artigo 2.º, n.º1). Por sua vez, a segunda prende-se com a utilização de termos dispares entre si, sem que exista qualquer critério na sua utilização¹²³.

Assim, a Directiva esteve longe de alcançar as expectativas previstas, uma vez que para além de não se versar apenas sobre os direitos dos consumidores em geral, são-lhe apontadas outras críticas.

¹¹⁹ *Vd.* JORGE PEGADO LIZ, “A “lealdade” no comércio ou as desaventuras de uma iniciativa comunitária (análise crítica da Directiva 2005/29/CE)”, *op. cit.*, p. 42, ÓSCAR LÓPEZ SANTOS, “La Directiva sobre prácticas comerciales desleales: antecedentes, descripción y comentario crítico”, *op. cit.*, p. 13 e 14 e JORGE PEGADO LIZ, “Práticas Comerciais Proibidas”, *op. cit.*, p. 82.

¹²⁰ COM (2002) 289, 11 de Junho de 2002.

¹²¹ *Vd.* JORGE PEGADO LIZ, “A “lealdade” no comércio ou as desaventuras de uma iniciativa comunitária (análise crítica da Directiva 2005/29/CE)”, *op. cit.*, p. 44 e 45 e JORGE PEGADO LIZ, “Práticas Comerciais Proibidas”, *op. cit.*, p. 85 e 86.

¹²² Uma vez que já existiam diversas Directivas aplicáveis aos consumidores em situações específicas (como é o caso da Directiva relativa às práticas comerciais desleais ou a Directiva relativa aos contratos negociados fora de estabelecimentos comerciais) era essencial uma Directiva que prevê-se os aspectos comuns dos contratos celebrados com os consumidores.

¹²³ É o caso da utilização dos termos de resolução, retractação, rescisão e revogação aleatoriamente. *Vd.* ELIONORA CARDOSO, *As práticas comerciais desleais: Uma proteção nas relações com os consumidores ou uma limitação à livre concorrência e à liberdade contratual?*, Tese de Doutoramento, Lisboa, Universidade Autónoma de Lisboa, 2014, p. 121 e ANA PRATA, *Dicionário Jurídico*, Coimbra, Almedina, 2012, p. 856, 862, 863, 872, 873 e 876.

1.4. Direitos dos Consumidores

Dada a multiplicidade de direitos que protegem o consumidor, reporta-se apenas aos direitos dos consumidores que se encontram relacionados com as práticas comerciais objecto da presente dissertação.

1.4.1. Direito à qualidade dos bens e serviços

Este direito encontra-se previsto no artigo 4.º da Lei de Defesa do Consumidor, onde se estipula que “*[o]s bens e serviços destinados ao consumo devem ser aptos a satisfazer os fins a que se destinam e a produzir os efeitos que se lhes atribuem, segundo as normas legalmente estabelecidas, ou, na falta delas, de modo adequado às legítimas expectativas do consumidor.*”¹²⁴

Assim, a lei portuguesa estabelece que, se por um lado, os bens e serviços devem satisfazer as finalidades a que se destinam e a produzir os efeitos que lhe são imputados segundo o que a própria lei estabelece¹²⁵, por outro, na falta de “*normas legalmente estabelecidas*”, é dada relevância às expectativas legítimas que o consumidor detém.

No âmbito deste direito, a Directiva 1999/44/CE, de 25 de Maio, relativa a certos aspectos da venda de bens de consumo e das garantias a ela relativas, veio garantir a protecção dos consumidores na aquisição de bens de serviços em qualquer Estado-Membro.

Esta protecção comum nos diferentes Estados-Membros é essencial para que o consumidor tenha confiança no mercado europeu, como mercado único¹²⁶, ao ter as mesmas garantias nos diferentes Estados, caso o bem ou serviço se apresente defeituoso.

Esta Directiva, que teve como objectivo proteger exclusivamente as relações de consumo, excluindo outro tipo de relações entre as partes, reforça a necessidade de existência de conformidade dos bens e dos serviços¹²⁷. Ainda que existam diversas modalidades de conformidade, esta deverá ser entendida como a equiparação do é com o que deve ser, sendo

¹²⁴ Este artigo tem vindo a ser alterado no sentido de dar uma maior importância às expectativas dos consumidores, regulando em lei especial as regras especiais para a determinação do direito à qualidade dos bens e serviços, nomeadamente no que respeita à garantia dos mesmos.

¹²⁵ Ou seja, a satisfação é apurada através da lei.

¹²⁶ *Vd.* Considerando 5) da Directiva 1999/44/CE, de 25 de Maio.

¹²⁷ *Vd.* artigo 3.º da Directiva 1999/44/CE.

certo que a Directiva 1999/44/CE faz depender a conformidade do contrato¹²⁸. Assim, conforme indica ELIONORA CARDOSO¹²⁹, “o referente é o objecto no acto de execução, e a referência é o contrato em si, e incluindo em si várias remissões. Considerando-se que o objecto em si está como deve ser, teremos de reconhecer que está em conformidade; se o objecto na execução não estiver como deve ser, há falta de conformidade, ou desconformidade”.

Deste modo, o profissional terá sempre de garantir aos consumidores a qualidade dos bens e serviços prestados, independentemente do Estado-Membro em que é realizado o contrato, sob pena de o consumidor poder accionar a garantia dentro dos prazos estipulados¹³⁰.

O prazo de garantia constitui assim uma protecção quanto à qualidade dos bens e serviços, durante o qual este deverá se encontrar isento de defeitos.

Porém, como critica a esta Directiva, cumpre apontar que, nos termos do artigo 1.º, n.º2, alínea a), apenas se aplica a consumidores enquanto pessoas singulares que adquiram os bens para fins não profissionais. Assim, não tem âmbito de aplicação a pessoas colectivas que poderiam, dentro de certos pressupostos, ser consideradas consumidoras e nem mesmo às pessoas singulares que actuem no âmbito da sua actividade profissional, mas fora da sua comum actividade.

1.4.2. Direito à informação

Sob as epígrafes “*Direito à informação em geral*” e “*Direito à informação em particular*”, os artigos 7.º e 8.º da Lei de Defesa do Consumidor expressam o direito e necessidade dos consumidores estarem bem informados, de modo que o consumidor possa edificar a sua convicção sobre a aquisição e conheça os termos sobre os quais contrata, permitindo uma verdadeira liberdade e decisão do consumidor e uma menor assimetria entre as partes¹³¹⁻¹³².

¹²⁸ Neste sentido, ELIONORA CARDOSO, *As práticas comerciais desleais: Uma protecção nas relações com os consumidores ou uma limitação à livre concorrência e à liberdade contratual?*, op. cit., p. 126 e 127.

¹²⁹ *Vd.* ELIONORA CARDOSO, “O direito à qualidade dos bens e serviços e à efectiva reparação dos danos: uma utopia?”, *apud* ELIONORA CARDOSO, *As práticas comerciais desleais: Uma protecção nas relações com os consumidores ou uma limitação à livre concorrência e à liberdade contratual?*, op. cit., p. 127.

¹³⁰ De modo a que a não conformidade seja colmatada, através dos meios legalmente previstos.

¹³¹ *Vd.* FERNANDA NEVES REBELO, “O Direito à Informação do Consumidor na Contratação à Distância”, in: AA.VV., *Liber Amicorum Mário Frota, A causa dos direitos dos consumidores*, Coimbra, Almedina, 2012, p. 103-153, p. 113 e JORGE MIRANDA, “Anotação ao artigo 60.º da Constituição”, op. cit., p. 27.

¹³² *Vd.*, quanto ao direito à informação na sua generalidade, CRISTINA NITU, *L’Autonomie du Droit de la Consommation*, op. cit., p. 28.

Este direito à informação, que assenta nos deveres de boa-fé e de lealdade dos profissionais, não poderá ser afastado por vontade das partes, sob pena de nulidade (artigo 294.º do Código Civil)¹³³.

Apesar de constituir um direito positivo e negativo dos consumidores¹³⁴, oponível aos profissionais¹³⁵, considera-se que também estes últimos deverão estar devidamente advertidos no que respeita às informações que deverão ser prestadas aos consumidores¹³⁶. De facto, ao todos saberem as informações que terão de ser prestadas, terão de reflectir o cumprimento de tais obrigações nos contratos celebrados.

Neste âmbito de defesa da totalidade das partes envolvidas nas relações de consumo, os artigos 7.º e 8.º da Lei de Defesa do Consumidor determinam e densificam este direito de informação, constituindo um verdadeiro pilar nas relações de consumo¹³⁷.

A Lei de Defesa do Consumidor, no que concerne ao direito à informação, através de obrigações mais particulares e específicas, divide-o em dois pontos específicos. Um no que respeita à informação em geral, outro no que diz respeito à informação em particular¹³⁸.

O artigo 7.º da Lei impõe ao Estado diversas actuações no domínio da informação ao consumidor, fixando ainda três regras específicas, com repercussões no direito privado, nomeadamente que a informação deverá ser prestada em língua portuguesa, que deverá ser lícita e verdadeira, bem como que a informação concreta existente em mensagens publicitárias considera-se parte do conteúdo dos contratos.

Nos termos do artigo 8.º da Lei de Defesa do Consumidor, as entidades fornecedoras de bens ou prestadoras de serviços¹³⁹ têm a obrigação de prestar informações detalhadas, de forma

¹³³ *Vd.* FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, "A Evolução do Direito do Consumo", *op. cit.*, p. 17.

¹³⁴ O consumidor tem direito a receber informação, o direito a que ninguém impeça esse acesso, bem como o direito de recusar certo tipo de informação como a publicidade domiciliária. *Vd.* JORGE MIRANDA, "Anotação ao artigo 60.º da Constituição", *op. cit.*, p. 27 e 28.

¹³⁵ *Vd.* FERNANDA NEVES REBELO, "O Direito à Informação do Consumidor na Contratação à Distância", *op. cit.*, p. 104.

¹³⁶ *Vd.* ELIONORA CARDOSO, *As práticas comerciais desleais: Uma proteção nas relações com os consumidores ou uma limitação à livre concorrência e à liberdade contratual?*, *op. cit.*, p. 129.

¹³⁷ *Vd.* PAULO LUIZ NETTO LOBO, "A informação como direito fundamental do consumidor", in: *Estudos do Direito do Consumidor*, Coimbra, Centro de Direito do Consumo, n.º 3, 2001, p. 23-45, p. 23 e s..

¹³⁸ Com a actual Lei de Defesa do Consumidor, o legislador deixou de parte uma menção generalista do direito, passando-o a densificar na própria lei, através de artigos mais precisos a aplicar nas relações de consumo concretas. Porém, este direito é também objecto de regulamentação própria no quadro de especiais relações jurídicas de consumo, como é o caso, por exemplo do artigo 4º do Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de Fevereiro, relativo a contratos celebrados à distância e fora do estabelecimento comercial.

clara, objectiva e adequada, sobre todos os dados relativos ao produto, “tanto na fase de negociações como na fase de celebração de um contrato”¹⁴⁰.

Por sua vez, a violação deste direito, através da falta de prestação de informação ou quando esta é insuficiente, ambígua ou ilegível, permite ao consumidor retractar o contrato celebrado no prazo de sete dias úteis a contar da data da recepção do bem ou da data de celebração do contrato de prestação de serviços, ou chamar a entidade a responder pelos danos que advierem¹⁴¹.

Porém, nem sempre estas sanções são suficientes para evitar a sua violação, visto que na maior parte das vezes não chegam sequer a ser accionados os meios legais adequados.

Por sua vez, a nível comunitário, no artigo 129-A.º do Tratado de Maastricht, bem como no artigo 169.º do Tratado de Lisboa existe uma menção expressa da necessidade de informação nas diversas relações de consumo, em prol dos consumidores.

A importância do direito à informação dada em termos europeus advém da necessidade deste direito ser reconhecido mesmo com força obrigatória geral ou, no mínimo, como direito fundamental da ordem jurídica europeia através da aplicação conjunta dos artigos 11.º, 38.º e 53.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia¹⁴².

Porém, apesar destas menções genéricas ao direito à informação, encontra-se ainda muito por fazer a nível comunitário, uma vez que o conteúdo, o acesso e os contornos do direito ainda não se encontram definidos¹⁴³. Assim, se em Portugal foi dada uma grande importância a este direito e se o mesmo foi tratado de forma precisa, o mesmo não aconteceu na União Europeia.

¹³⁹ Sendo que nos termos do n.º 2 do supra mencionado artigo, esta obrigação é também impende sobre “*produtor, o fabricante, o importador, o distribuidor, o embalador e o armazenista*”, de modo a que o destinatário final da informação – o consumidor – possa ter acesso a toda a informação sobre o bem.

¹⁴⁰ O direito à informação existe, assim, em todas as fases do contrato, ou seja, antes, durante e depois da celebração do contrato. *Vd. FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, “A Evolução do Direito do Consumo”, op. cit., p. 19 a 22.*

¹⁴¹ O direito à reparação dos danos constitui outro dos direitos autónomos dos consumidores, nos termos do artigo 12.º da Lei da Defesa dos Consumidores. Contudo, existe aqui uma especial atenção para o caso de os danos advirem da falta de informação, seja porque não foram bem informados das características do bem ou serviço ou por não terem sido alertados para os riscos da sua utilização.

¹⁴² *Vd. ELIONORA CARDOSO, As práticas comerciais desleais: Uma proteção nas relações com os consumidores ou uma limitação à livre concorrência e à liberdade contratual?, op. cit., p. 133.*

¹⁴³ Tal como considerou o COMITÉ ECONÓMICO E SOCIAL EUROPEU, “Que informação para os consumidores”, in: *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, n.º 960C 1, 2010, 14 de Julho.

Uma vez que a nível comunitário o direito não se encontra devidamente definido, acabam por existir diversas formas de tratamento do direito nos diversos Estados-Membros, que leva à não uniformização nesta área no âmbito europeu.

Cumprido, assim, tratar da uniformização do direito da informação no espaço da União Europeia, bem como dar-lhe uma maior eficácia na aplicação deste direito.

1.4.3. Direito à protecção dos interesses económicos

Resulta do artigo 9.º da Lei de Defesa do Consumidor que *“[o] consumidor tem direito à protecção dos seus interesses económicos, impondo-se nas relações jurídicas de consumo a igualdade material dos intervenientes, a lealdade e a boa fé, nos preliminares, na formação e ainda na vigência dos contratos.”*

Esta protecção, que representa um direito importante e que reflecte-se na formação e vigência dos contratos, visa a defesa do consumidor contra eventuais abusos que os profissionais possam cometer¹⁴⁴, como por exemplo, obrigar o consumidor a pagar determinados bens que não tenha solicitado de forma expressa (previsto no n.º4 do supra mencionado artigo).

O n.º 2 do artigo em causa ocupa-se, em especial, dos contratos pré-elaborados, obrigando os fornecedores de bens ou prestadores de serviços a respeitar determinadas regras, sob pena de o contrato ficar sujeito ao regime das cláusulas contratuais gerais.

O artigo em questão, no seu n.º 8 e 9, impõe ainda sobre o Governo o dever de adoptar medidas que assegurem o equilíbrio da relação de consumo no que concerne aos bens e serviços essenciais (como é o caso da água, energia eléctrica, entre outros), bem como a adoptar medidas que previnam o desrespeito dos interesses dos consumidores *“no domínio dos métodos de venda que prejudiquem a avaliação consciente das cláusulas apostas em contratos singulares e a formação livre, esclarecida e ponderada da decisão de se vincularem”*.

No que respeita ao âmbito comunitário, o artigo 169.º do Tratado de Lisboa indica expressamente o dever da União Europeia proteger os *“interesses económicos dos consumidores”*, mas não concretiza e especifica este direito.

Como realização da defesa dos interesses económicos dos consumidores existem diversas Directivas centralizadas num tipo específico de contratos. Como exemplo, é o caso da Directiva 2000/31/CE (relativa ao comércio electrónico), Directiva 89/552/CEE (relativa à

¹⁴⁴ Vd. CRISTINA NITU, *L'Autonomie du Droit de la Consommation*, op. cit., p. 29.

circulação de serviços de radiodifusão), bem como da Directiva 2005/29/CE (relativa às práticas comerciais desleais, objecto da presente dissertação).

2. Práticas comerciais desleais e a sua evolução

Numa sociedade moderna, com o desenvolvimento económico e a circulação transfronteiriça de bens e serviços, existe uma oferta mais eficaz ao consumidor (com produtos inovadores e preços mais competitivos)¹⁴⁵, bem como uma evidência fanática do consumo e abundância¹⁴⁶. Aqui, fica a fragilidade dos consumidores mais exposta, denotando um forte desequilíbrio das partes contratantes¹⁴⁷.

Na verdade, ao contrário do que seria desejável, grande parte do consumo acontece devido às campanhas publicitárias e outro tipo de práticas comerciais, que alteram a visão do consumidor, uma vez que cada vez mais o comerciante recorre a variadíssimas técnicas para “conquistar” o consumidor, manipulando as informações em seu benefício¹⁴⁸⁻¹⁴⁹. O consumidor é, assim, sujeito de múltiplas influências, que advêm de inúmeros meios de comunicação e campanhas publicitárias, que «faz de tudo o que se lhe ocorre como “miraculoso”»¹⁵⁰.

Neste âmbito, urge uma protecção especial do consumidor, para além da já existente, quando é confrontado com determinadas práticas comerciais¹⁵¹.

Apesar do desenvolvimento económico e da existência do mercado interno ter inúmeras vantagens e benefícios, existem ainda diversos obstáculos ao seu funcionamento

¹⁴⁵ Vd. Proposta da Comissão [DOC. COM (2003) 356 final de 18.06.2003], *apud* JORGE PEGADO LIZ, “A “lealdade” no comércio ou as desventuras de uma iniciativa comunitária (análise crítica da Directiva 2005/29/CE)”, *op. cit.*, p. 46.

¹⁴⁶ Tal com aponta ELIONORA CARDOSO, *As práticas comerciais desleais: Uma protecção nas relações com os consumidores ou uma limitação à livre concorrência e à liberdade contratual?*, *op. cit.*, p. 26.

¹⁴⁷ Vd. CRISTINA NITU, *L’Autonomie du Droit de la Consommation*, *op. cit.*, p. 20 e 21.

¹⁴⁸ A título de exemplo, omitindo algumas características principais do bem ou a fórmula de cálculo de preço.

¹⁴⁹ Vd. LUÍS MENEZES LEITÃO, “A protecção do consumidor contra as práticas comerciais desleais e agressivas”, in: *O Direito*, anos 134-135, 2002-2003, p.69-95, p. 69 e 70, LEONARDO CERVERA NAVAS, “The New Directive on Unfair Commercial Practices in the Internal Market of Binding Corporate Rules”, in: *International Review of Law Computers*, n.º 3, 2006, Vol. 20, p.343-359, p. 354 e FERNANDO GÓMEZ POMAR, “The Unfair Commercial Practices Directive: A Law and Economics Perspective”, in: *Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, Janeiro de 2006 (disponível em <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/79109/103250>), p. 7.

¹⁵⁰ Nas palavras de ELIONORA CARDOSO, *As práticas comerciais desleais: Uma protecção nas relações com os consumidores ou uma limitação à livre concorrência e à liberdade contratual?*, *op. cit.*, p. 27.

¹⁵¹ Porém, conforme refere FERNANDO GÓMEZ POMAR, “*the result of a marketplace with no advertising and no marketing strategies seems, at least to me, bleaker than a marketplace with some preference manipulation and distortion*”, de modo que esta protecção não deverá impedir toda a qualquer prática que tente influenciar o consumidor na escolha de determinado bem ou produto. Vd. FERNANDO GÓMEZ POMAR, “The Unfair Commercial Practices Directive: A Law and Economics Perspective”, *op. cit.*, p. 8.

perfeito¹⁵². E mesmo que esses obstáculos fossem eliminados, a existência de determinadas práticas comerciais levadas a cabo por diversos agentes criariam entraves à realização plena do mercado interno.

Estas práticas comerciais consideradas enganosas e agressivas¹⁵³ são contrárias à diligência profissional e alteram (ou são susceptíveis de alterar) o comportamento económico do consumidor¹⁵⁴, provocando uma distorção do mercado económico, visto que afectam a capacidade do consumidor de optar por determinados produtos. Assim, sem uma defesa eficaz, estas práticas são aptas a deteriorar a confiança dos consumidores.

Acresce que a ocorrência destas práticas comerciais afecta ainda interesses colectivos, uma vez que é apta a provocar alterações na concorrência. Ao existirem determinados concorrentes que actuam de forma desleal com os consumidores, estes consumidores poderão se afastar de outros concorrentes que operem de forma correcta, respeitando as regras.¹⁵⁵

Dadas as repercussões da existência destas práticas comerciais, tornou-se fundamental existir uma verdadeira defesa dos consumidores, de modo a que estes continuem a confiar no mercado, sendo-lhes concedida uma efectiva protecção dos seus interesses económicos, bem como que os demais comerciantes não sejam prejudicados com este tipo de práticas.

A nível europeu, com o desenvolvimento de um espaço interno sem fronteiras, onde ocorre a circulação livre de pessoas e bens, existiu uma maior oferta de bens e serviços com novas técnicas e preços mais competitivos. Isto levou a que ocorresse uma evolução na

¹⁵² Como referido da Proposta da Comissão [DOC. COM (2003) 356 final de 18.06.2003], *apud* JORGE PEGADO LIZ, "A "lealdade" no comércio ou as desventuras de uma iniciativa comunitária (análise crítica da Directiva 2005/29/CE)", *op. cit.*, p. 46, os obstáculos incluem obstáculos fiscais, espaço-temporais ou linguísticos.

¹⁵³ Tal como são caracterizadas pela Directiva 2005/29/CE, de 11 de Maio e pelo Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de Março.

¹⁵⁴ *Vd.* ELIONORA CARDOSO, *As práticas comerciais desleais: Uma protecção nas relações com os consumidores ou uma limitação à livre concorrência e à liberdade contratual?*, *op. cit.*, p. 28.

¹⁵⁵ *Vd.* ELIONORA CARDOSO, *As práticas comerciais desleais: Uma protecção nas relações com os consumidores ou uma limitação à livre concorrência e à liberdade contratual?*, *op. cit.*, p. 28.

regulação das práticas comerciais adoptadas, uma vez que cada vez mais ocorriam práticas que distorciam o normal funcionamento do mercado¹⁵⁶.

Na verdade, esta protecção dos consumidores europeus muito dificilmente se bastaria pela regulação nacional de cada Estado-Membro, pelo que se justifica esta preocupação europeia¹⁵⁷.

Inicialmente era considerado que a proibição de determinadas práticas comerciais desleais e agressivas apenas seria viável através da legislação comercial, ou seja, através do instituto da concorrência desleal¹⁵⁸. Neste âmbito, ainda que considerasse-se que os consumidores encontravam-se, de certa forma, tutelados pelo instituto da concorrência desleal¹⁵⁹, não eram o destinatário principal das normas que proibiam as práticas comerciais desleais¹⁶⁰.

Contudo, com a evolução do paradigma económico, nas últimas décadas, até à Directiva 2005/29/CE, de 11 de Maio, apesar de não estar regulado o regime das práticas comerciais desleais, existiu um grande número de Directivas com o objectivo de proteger o consumidor, procurando estabelecer um nível de segurança e protecção equivalente em toda a União Europeia¹⁶¹.

Entre elas, será de considerar, pela sua proximidade, a Directiva 7/97/CE, de 20 de Maio de 1997, que regula as vendas à distância e equiparadas. Contudo, esta Directiva não chegou a delimitar e proibir as práticas comerciais desleais.

Por outro lado, antes da criação da Directiva 2005/29/CE, verificava-se que os diversos Estados regulavam de diferentes formas este tema. Assim, alguns Estados tinham uma estrutura que regulava as práticas comerciais em conjunto com o consumo, diferindo apenas na

¹⁵⁶ Assim, o bom funcionamento do mercado era o ponto mais importante, mesmo em relação aos consumidores. *Vd.* JORGE ANDRÉ CARITA SIMÃO, “A Repressão das Práticas Comerciais Desleais das Empresas face aos Consumidores no Mercado Interno Europeu”, in: *Revista de Direito das Sociedades*, n.º 4, 2012, p. 1009-1045, p. 1031.

¹⁵⁷ *Vd.* CLÁUDIA SOFIA GOMES ABRUNHOSA, “Práticas Comerciais Desleais – Um estudo da Directiva 2005/29/CE”, in: *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n.º 61, Março de 2010, p. 45-129, p. 57.

¹⁵⁸ *Vd.* LUÍS MENEZES LEITÃO, “As Práticas Comerciais Desleais nas Relações de Consumo”, *op. cit.*, p. 423 e s..

¹⁵⁹ Visto que, no funcionamento do mercado, ao realizar os interesses dos concorrentes, tutela-se os consumidores.

¹⁶⁰ *Vd.* LUÍS MENEZES LEITÃO, “A protecção do consumidor contra as práticas comerciais desleais e agressivas”, *op. cit.*, p. 70.

¹⁶¹ *Vd.* ADELAIDE MENEZES LEITÃO, “Práticas comerciais desleais como impedimento à outorga de direitos industriais?”, *op. cit.*, p. 271.

forma como as normas se aplicavam aos profissionais e aos consumidores¹⁶², outros desenvolviam no Código Civil as regras que regulavam a concorrência desleal¹⁶³.

Acresce que, ainda antes de 2005, enquanto alguns Estados-Membros já proibiam certas práticas contrárias às exigências de boa-fé e a moral pública¹⁶⁴, outros, como a Itália e a França, não tinham nenhuma cláusula que regulava esta matéria¹⁶⁵.

Assim, nesta altura, emergia a necessidade de desenvolver regras uniformes de protecção dos consumidores de determinadas práticas, defendendo os seus interesses económicos, uma vez que os regimes existentes nos Estados-Membros eram muito divergentes entre si e adaptados à realidade de cada país.

Dada a necessidade de regular num único diploma as práticas comerciais desleais, surge a Directiva 2005/29/CE, a 11 de Maio de 2005¹⁶⁶⁻¹⁶⁷, que teve como principal objectivo uniformizar a legislação dos diferentes Estados-Membros no que respeita às práticas comerciais desleais e agressivas¹⁶⁸.

A Directiva 2005/29/CE, ao ser criada para proteger os consumidores, tem um impacto, ainda que indirecto, nas empresas concorrentes, bem como no público em geral, abrangendo as três áreas de interesse que deveriam ser protegidas no âmbito desta matéria anunciada por EUGEN ULMER em 1965¹⁶⁹.

¹⁶² Era o caso do *Danish Marketing Practices Act* e do *Swedish Marketing Act*.

¹⁶³ *Vd.* ELIONORA CARDOSO, *As práticas comerciais desleais: Uma protecção nas relações com os consumidores ou uma limitação à livre concorrência e à liberdade contratual?*, *op. cit.*, p. 28.

¹⁶⁴ O que acontecia, a título de exemplo, na Espanha (*vd.* artigo 5º da Ley n.º 3/1991, de 10 de Janeiro), na Alemanha (*vd.* artigo 3º do UWG), na Dinamarca e na Suécia.

¹⁶⁵ No caso da Itália, ainda que não existisse nenhuma cláusula geral relativa à concorrência desleal, que se aplicasse directamente às relações de consumo, o artigo 2598º, n.º3 do Codice Civile proibia actuações desleais ou contra a correcção profissional. Por sua vez, no caso francês, apenas existia, nos termos do Code de la Consommation, a cláusula geral que obrigava as empresas a informarem os consumidores das características essenciais dos bens e/ou serviços.

¹⁶⁶ Baseada no Livro Verde sobre a Defesa do Consumidor na União Europeia, de 2 de Outubro de 2001.

¹⁶⁷ Sobre a proposta da Directiva e das diversas opiniões subjacentes, *vd.* JORGE PEGADO LIZ, "Práticas Comerciais Proibidas", *op. cit.*, p. 87 a 99.

¹⁶⁸ *Vd.* considerando 4 da Directiva 2005/29/CE, de 11 de Maio. A proposta da Comissão já previa a total harmonização do nível adequado de defesa dos consumidores e das obrigações em matéria das práticas comerciais desleais, de modo a que fosse possível eliminar os obstáculos ao mercado interno, dadas as diferenças das legislações nacionais. *Vd.* JORGE PEGADO LIZ, "A "lealdade" no comércio ou as desventuras de uma iniciativa comunitária (análise crítica da Directiva 2005/29/CE)", *op. cit.*, p. 50.

¹⁶⁹ *Vd.* EUGEN ULMER, *Das Recht des anlauteeren Wettbewerb in den Mitgliedstaaten der Euroipäischen Wirtschaftsgemeinschaft apud* ELIONORA CARDOSO, *As práticas comerciais desleais: Uma protecção nas relações com os consumidores ou uma limitação à livre concorrência e à liberdade contratual?*, *op. cit.*, p. 36.

Assim, esta Directiva não só protege os consumidores, como também, oferece uma protecção aos demais concorrentes económicos que actuam segundo as regras, pelo que será de questionar se a Directiva teve como objectivo único e primordial proteger os consumidores, ou se, por sua vez, pretendeu educar os agentes económicos, de modo a regular os mercados.

Já em Portugal, antes da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 57/2008, as práticas comerciais desleais enganosas reconduziam-se à proibição de publicidade enganosa¹⁷⁰, enquanto as práticas comerciais agressivas se encontravam dispersas em distinta legislação, sendo o mais relevante o Decreto-Lei n.º 253/86, de 25 de Agosto^{171, 172}

Havia assim, um conjunto de normativos que se aplicavam no âmbito das práticas comerciais desleais, pelo que era urgente a criação de um diploma único que englobasse as diversas soluções jurídicas.

O Decreto-Lei n.º 161/77, de 21 de Abril, relativo às vendas, tipificava como crime a entrega e/ou envio de produtos ou publicações que não fossem solicitados ou encomendados, que em 1984 foi revogado.

Por outro lado, o Decreto-Lei n.º 143/01, de 26 de Abril, relativa à protecção dos consumidores em matéria de contratos celebrados à distância, proíbe de forma expressa as vendas progressivas em cadeia, que restringem a capacidade de decisão do consumidor.

A Lei de Defesa do Consumidor, nos termos do seu artigo 3.º, alínea e), protege ainda os interesses económicos do consumidor, que é concretizado pelo artigo 9.º do mesmo diploma, onde se refere à matéria das cláusulas contratuais gerais e quaisquer outras que criem situações de desigualdade material do consumidor.

Assim, é visível uma dispersão da matéria em diversos diplomas normativos, pelo que era urgente uma simplificação da matéria, de modo a proteger a segurança jurídica¹⁷³.

¹⁷⁰ Cfr. artigo 11.º do Código da Publicidade em vigor antes do Decreto-Lei n.º 57/2008.

¹⁷¹ Que incidia sobre "*práticas restritivas de leal concorrência, o que à partida parece englobar situações entre o direito da concorrência desleal e o direito da concorrência.*" Vd. ADELAIDE MENEZES LEITÃO, "Direito da Publicidade e Concorrência Desleal – Um estudo sobre as Práticas Comerciais Desleais", *op. cit.*, p. 279.

¹⁷² Vd. ADELAIDE MENEZES LEITÃO, "Direito da Publicidade e Concorrência Desleal – Um estudo sobre as Práticas Comerciais Desleais", *op. cit.*, p. 278 e 279 e JORGE PEGADO LIZ, "Práticas Comerciais Proibidas", *op. cit.*, p. 144 e 145.

¹⁷³ Vd. ADELAIDE MENEZES LEITÃO, "Direito da Publicidade e Concorrência Desleal – Um estudo sobre as Práticas Comerciais Desleais", *op. cit.*, p. 280.

3. A Directiva 2005/29/CE, de 11 de Maio de 2005

No dia 11 de Maio de 2005, foi adoptada a Directiva 2005/29/CE, definida como um “*processo importante para os consumidores e para a competitividade da União Europeia*”¹⁷⁴, que proíbe as práticas comerciais desleais¹⁷⁵.

O desenvolvimento da União Europeia permitiu com que o mercado ficasse cada vez maior, através da quebra de muitas barreiras que impediam o comércio transfronteiriço. Com esta transformação, foi permitido aos cidadãos europeus celebrar contratos com um profissional de outro Estado-Membro.

Porém, grande parte dos cidadãos continuava com receio em celebrar negócios transfronteiriços, uma vez que hesitam quanto ao nível de protecção que lhes é garantido, visto que o regime das práticas comerciais desleais variava consoante o Estado-Membro em causa. Foi neste sentido que surgiu a Directiva em estudo, para garantir a protecção dos consumidores no espaço económico europeu.

Ao harmonizar as normas aplicáveis nos diversos Estados-Membros, formando um único regime aplicável, a Directiva simplifica o regime das práticas comerciais desleais. Assim, os consumidores poderão conhecer mais facilmente os seus direitos, de modo a que possam realizar negócios transfronteiriços sem o receio que lhe estava inerente, eliminando obstáculos ao bom funcionamento do mercado interno.

A criação de um regime único, por outro lado, também beneficia os profissionais, visto que as diferenças entre os regimes nos diversos Estados-Membros levavam a que os profissionais não soubessem que legislação deveriam cumprir, o que também retirava confiança aos profissionais na realização de negócios transfronteiriços¹⁷⁶.

¹⁷⁴ Tal MARKOS KYPRIANOU (Comissário encarregado da saúde e da protecção dos consumidores) caracterizou. *Vd.* JORGE PEGADO LIZ, “A “lealdade” no comércio ou as desaventuras de uma iniciativa comunitária (análise crítica da Directiva 2005/29/CE)”, *op. cit.*, p. 58.

¹⁷⁵ Para efeitos da presente Directiva, práticas comerciais desleais são aquelas que são contrárias às exigências relativas à diligência profissional e que distorçam ou seja susceptíveis de distorcer de maneira substancial o comportamento económico do consumidor médio.

¹⁷⁶ *Vd.* PANAYOTA BOUSSIS, “La protección de los consumidores ante las prácticas comerciales desleales: la Directiva 2005/29/CE”, *apud* HÉLIO T. RIGOR RODRIGUES, “A protecção dos consumidores vulneráveis nas práticas comerciais desleais: análise da directiva 2005/29/CE e do decreto-lei 57/2008”, in: *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n.º 56, 2008, p. 83-120, p. 87.

Nesta senda, este instrumento tem um duplo objectivo: aumentar a confiança dos consumidores no mercado transfronteiriço e eliminar as diferenças nas legislações nacionais que possam desencorajar a exploração de todo o potencial oferecido pelo mercado único¹⁷⁷.

Deste modo, verifica-se que, para além da protecção directa dos consumidores, a Directiva procurou também aumentar a confiança no mercado transfronteiriço. Assim, o legislador, ainda que tenha como objectivo o tratamento das práticas comerciais desleais como modo de protecção do consumidor, teve em vista também o objectivo empresarial e concorrencial da Directiva¹⁷⁸.

De facto, as práticas comerciais desleais acarretam grandes óbices ao bom funcionamento do mercado interno, nomeadamente ao que concerne na comercialização e uniformização de produtos¹⁷⁹.

O considerando 13 da Directiva dispõe que “*a fim de estimular a confiança dos consumidores, a proibição geral deverá aplicar-se da mesma forma a práticas comerciais desleais que ocorram fora de qualquer relação contratual entre um profissional e um consumidor, ou na sequência da celebração de um contrato e durante a sua execução.*” Aqui verifica-se um dos principais propósitos da Directiva - estimular a confiança dos próprios consumidores, em nome do bom funcionamento do mercado interno¹⁸⁰, através da aproximação do regime das práticas comerciais desleais aplicável nos distintos Estados-Membros.

Neste sentido, a Directiva enuncia diversos princípios, de modo a que sejam eliminados os obstáculos ao bom funcionamento do mercado interno, bem como seja atribuído um nível elevado de protecção aos consumidores, quando ocorram práticas comerciais que lesem os seus interesses económicos.

¹⁷⁷ *Vd.* artigo 1.º da Directiva 2005/29/CE e HUGH COLLINS, “The Unfair Commercial Practices Directive”, in: *European Review of Contract Law*, n.º 4, 2005, Vol. 1, p. 417-441, p. 418.

¹⁷⁸ Em sentido diverso, JOSÉ DE OLIVEIRA DE ASCENSÃO considera que a Directiva integra-se somente no Direito do Consumidor. *Vd.* JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “Concorrência desleal: as grandes opções”, *op. cit.*, p. 91.

¹⁷⁹ *Vd.* MAN SOK WA, *Tutela Institucional da Concorrência em Concorrência Desleal, Publicidade Comparativa e Práticas Comerciais Desleais*, *op. cit.*, p. 157 e 158.

¹⁸⁰ *Vd.* Considerando 4 da Directiva 2005/29/CE, de 11 de Maio, JORGE PEGADO LIZ, “A “lealdade” no comércio ou as desventuras de uma iniciativa comunitária (análise crítica da Directiva 2005/29/CE)”, *op. cit.*, p. 58 e ELIONORA CARDOSO, *As práticas comerciais desleais: Uma protecção nas relações com os consumidores ou uma limitação à livre concorrência e à liberdade contratual?*, *op. cit.*, p. 46.

3.1. Âmbito de aplicação da Directiva 2005/29/CE, de 11 de Maio

A principal limitação da Directiva é que este regime só se aplica aos negócios em que existam práticas comerciais de consumo, conforme o disposto no artigo 3.º, n.º1 da Directiva 2005/29/CE¹⁸¹.

Indica ainda o artigo 3.º, que a Directiva não prejudica o direito contratual (nomeadamente, no que se refere às normas relativas à validade, à formação e aos efeitos de um contrato), as disposições comunitárias ou nacionais relativas aos aspectos de saúde e segurança dos produtos, as disposições que estabelecem a competência das instâncias judiciais, nem as condições de estabelecimento ou regimes de autorização ou os códigos de conduta deontológicos ou outras normas específicas que regem as profissões regulamentadas destinadas a preservar elevados padrões de integridade por parte do profissional.

Por sua vez, o artigo 3.º, n.º4 da Directiva dispõe, porém, que *“[e]m caso de conflito entre as disposições da presente directiva e outras normas comunitárias que regulem aspectos específicos das práticas comerciais desleais, estas últimas prevalecem, aplicando-se a esses aspectos específicos”*. Assim, caso exista um conflito entre o regime previsto na Directiva e outras normas comunitárias reguladas noutros instrumentos jurídicos, prevalecem estas últimas, por serem aplicáveis a determinados aspectos específicos, afastando-se a aplicação da Directiva 2005/29/CE.

Acresce ainda, que nos termos do artigo 3.º, n.º 10, a Directiva 2005/29/CE é ainda afastada quando estejam em causa disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros relacionadas com a certificação e indicação do padrão de pureza dos artefactos de metais preciosos.

Contudo, apesar destas limitações, ao contrário de instrumentos legislativos anteriores, a Directiva não é limitada a sectores de mercado específicos ou a modos específicos de comunicação utilizados pelas empresas¹⁸². Este regime deverá, assim, ser aplicado, independentemente do meio tecnológico utilizado para a prática comercial, tendo, assim, aplicação o princípio da neutralidade tecnológica, segundo o qual, há que ser neutral perante a

¹⁸¹ De facto, a Directiva só se aplica quando estão em causa relações com os consumidores, não se aplicando quando apenas existe uma relação entre profissionais.

¹⁸² *Vd.* HUGH COLLINS, “The Unfair Commercial Practices Directive”, *op. cit.*, p. 418.

tecnologia¹⁸³. De facto, não é por um profissional utilizar um meio tecnológico específico que deixará de recorrer a práticas comerciais desleais.

Por outro lado, o artigo 3.º, n.º1 da Directiva refere que a “*directiva é aplicável às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores, tal como estabelecidas no artigo 5.º, antes, durante e após uma transacção comercial relacionada com um produto.*”¹⁸⁴

No mesmo sentido, o artigo 2.º, alínea k) da Directiva 2005/29/CE adota uma noção de transacção abrangente ao considerar que é toda “*a decisão tomada por um consumidor sobre a questão de saber se, como e em que condições adquirir, pagar integral ou parcialmente, conservar ou alienar um produto ou exercer outro direito contratual em relação ao produto, independentemente de o consumidor decidir agir ou abster-se de agir*”.

Nestes termos, são abrangidos, para efeitos do presente regime, todos os momentos da transacção comercial entre o profissional e o consumidor, incluindo, nomeadamente, as fases pré-contratual, contratual e pós-contratual¹⁸⁵. Pelo que é, assim, tutelado o acto de consumo em sentido amplo e não apenas os casos em que ocorre um efectivo negócio jurídico de consumo, através da efectiva transacção comercial¹⁸⁶.

Deste modo, encontram-se também no âmbito de aplicação da presente Directiva as práticas tomadas em momento ulterior à transacção comercial, desde que influenciem determinantemente a transacção. Em relação a estas, questiona-se se poderão considerar-se efectivamente práticas comerciais desleais, visto que a decisão de transacção já foi tomada, ou seja, já não poderão influir na decisão do consumidor e, conseqüentemente, não existirão repercussões directas no seu comportamento económico¹⁸⁷.

¹⁸³ *Vd. ELIONORA CARDOSO, As práticas comerciais desleais: Uma protecção nas relações com os consumidores ou uma limitação à livre concorrência e liberdade contratual?, op. cit., p. 58.*

¹⁸⁴ *Cfr., no mesmo sentido, Considerando 13.º da Directiva 2005/29/CE.*

¹⁸⁵ *Pelo que se prescinde da área do contrato. Cfr. ADELAIDE MENEZES LEITÃO, em “Práticas Comerciais Desleais como Impedimento à Outorga de Direitos Industriais?”, op. cit., p.275.*

¹⁸⁶ *Esta visão generalista abrange, em princípio, todos os mercados e as circunstâncias em que uma actividade comercial pode ocorrer. Vd. FERNANDO GÓMEZ POMAR, “The Unfair Commercial Practices Directive: A Law and Economics Perspective”, op. cit., p. 14 e HÉLIO T. RIGOR RODRIGUES, “A protecção dos consumidores vulneráveis nas práticas comerciais desleais: análise da directiva 2005/29/CE e do decreto-lei 57/2008”, op. cit., p. 101.*

¹⁸⁷ *Vd. CLÁUDIA SOFIA GOMES ABRUNHOSA, “Práticas Comerciais Desleais – Um estudo da Directiva 2005/29/CE”, op. cit., p. 92.*

Considera-se, tal como CLÁUDIA SOFIA GOMES ABRUNHOSA¹⁸⁸, que ainda que a prática se tenha verificado em momento ulterior ao da transacção comercial, esta poderá ter uma repercussão no comportamento económico do consumidor e, nessa medida, ser considerada desleal¹⁸⁹.

A Directiva aplica-se, deste modo, a inúmeros casos distintos, abrangendo grande variedade de operações, o que dificulta a tentativa de contornar este regime.¹⁹⁰

3.2. Definição de determinados conceitos presentes na Directiva 2005/29/CE, de 11 de Maio

Para um melhor entendimento do regime previsto na Directiva 2005/29/CE é necessário definir e esclarecer alguns conceitos fundamentais, para além do disposto no artigo 2.º da Directiva 2005/29/CE.

3.2.1. Profissional

Nos termos do artigo 2.º, alínea b) da Directiva 2005/29/CE, considera-se “*profissional*” “*qualquer pessoa singular ou colectiva que, no que respeita às práticas comerciais abrangidas pela presente directiva, actue no âmbito da sua actividade comercial, industrial, artesanal ou profissional e quem actue em nome ou por conta desse profissional*”.

O profissional, tal como se encontra definido na Directiva, visa abranger todos os que desenvolvam no mercado uma actividade económica, negócio, ofício ou profissão em todas as áreas em que é colocado à disposição um determinado bem ou serviço¹⁹¹.

A Directiva não é, contudo, apenas aplicável ao profissional em si, mas também a todos os que actuem em nome ou por conta desse profissional¹⁹².

¹⁸⁸ Vd. CLÁUDIA SOFIA GOMES ABRUNHOSA, “Práticas Comerciais Desleais – Um estudo da Directiva 2005/29/CE”, *op. cit.*, p. 92.

¹⁸⁹ No mesmo sentido, FERNANDO GÓMEZ POMAR considera que “[i]t makes sense also not to leave post-contract behaviour outside the picture, because it can be anticipated by consumers and thus influence their consumption decisions.” Vd. FERNANDO GÓMEZ POMAR, “The Unfair Commercial Practices Directive: A Law and Economics Perspective”, *op. cit.*, p. 15.

¹⁹⁰ Vd. CHRIS WILLET, “Fairness and Consumer Decision Making under the Unfair Commercial Practices Directive”, in: *Journal of Consumer Policy*, n.º 3, Setembro de 2010, Vol. 33, p. 247-273, p. 249 e 250.

¹⁹¹ Vd. JORGE ANDRÉ CARITA SIMÃO, “A Repressão das Práticas Comerciais Desleais das Empresas face aos Consumidores no Mercado Interno Europeu”, *op. cit.*, p. 1015 e ALEXANDRE LIBÓRIO DIAS PEREIRA, “Publicidade Comparativa e Práticas Comerciais Desleais”, in: *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 7, 2005, p. 341-378 (disponível em <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/28796/1/PUBLICIDADE%20COMPARATIVA%20E%20PR%3%81TICAS%20COMERCIAIS%20DESLEAIS.pdf>)

3.2.2. Consumidor médio

Por sua vez, o consumidor, para efeitos da presente Directiva¹⁹³, é qualquer pessoa singular que actue com fins estranhos à sua actividade comercial, industrial, artesanal ou profissional. A Directiva, ainda que apenas considere consumidores apenas as pessoas singulares, não parece impedir que seja considerado consumidor um profissional, desde que adquira o produto para uso pessoal ou familiar¹⁹⁴.

Como consumidor médio deverá entender-se o membro médio do grupo para o qual é dirigida a prática comercial, o consumidor normal, com um nível de informação médio e que utiliza uma diligência regular nas relações de consumo¹⁹⁵.

Neste âmbito, JORGE PEGADO LIZ¹⁹⁶ entende que esta referência trata-se de uma utopia, uma vez que ninguém é médio, o que leva a que a política de protecção de consumidores seja uma ficção¹⁹⁷.

A análise da prática comercial como leal ou desleal tem por base a ideia do consumidor médio do grupo de consumidores a quem se dirige determinada prática, de modo a que se possa analisar os efeitos produzidos pela prática num consumidor ideal típico¹⁹⁸. Assim, o consumidor médio pode também depender do grupo a quem é dirigida a prática¹⁹⁹.

¹⁹² *Vd.* HÉLIO T. RIGOR RODRIGUES, “A protecção dos consumidores vulneráveis nas práticas comerciais desleais: análise da directiva 2005/29/CE e do decreto-lei 57/2008”, *op. cit.*, p. 94.

¹⁹³ *Cfr.* artigo 2.º, alínea a) da Directiva 2005/29/CE.

¹⁹⁴ Em sentido contrário, LUÍS GONZÁLEZ VAQUÉ considera que consumidor, para efeitos da Directiva 2005/29/CE, “*comprende toda persona física, no profesional, que adquiere bienes o servicios para su uso o consumo final, con objeto de satisfacer necesidades personales o familiares*”. *Vd.* LUÍS GONZÁLEZ VAQUÉ, “La Directiva 2005/29/CE relativa a las practicas comerciales desleales: entre el objetivo de una armonización total y el enfoque de plena armonización en materia de protección de los consumidores”, in: *Derecho de los Negocios*, n.º 181, 2005, p. 5-18, p. 10 e 11.

¹⁹⁵ *Vd.* JORGE MORAIS CARVALHO, “Práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores”, in: *Revista de Direito das Sociedades*, n.º 1, ano III, 2011, p. 187-219, p. 195.

¹⁹⁶ *Vd.* JORGE PEGADO LIZ, “A “lealdade” no comércio ou as desaventuras de uma iniciativa comunitária (análise crítica da directiva 2005/29/CE)”, *op. cit.*, p. 77.

¹⁹⁷ *Vd.*, no mesmo sentido, LUÍS SILVEIRA RODRIGUES, “Práticas comerciais desleais na perspectiva da defesa do consumidor”, in: AA.VV., *Direito do Consumo*, Centro de Estudos Judiciários, E-Book, 2014, p. 131-140 (disponível em http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/ebook_Direito_Consumo.pdf), p. 137 e FERNANDO GÓMEZ POMAR, “The Unfair Commercial Practices Directive: A Law and Economics Perspective”, *op. cit.*, p. 19.

¹⁹⁸ *Vd.* JORGE ANDRÉ CARITA SIMÃO, “A Repressão das Práticas Comerciais Desleais das Empresas face aos Consumidores no Mercado Interno Europeu”, *op. cit.*, p. 1026.

¹⁹⁹ *Vd.* BRAM BENJAMIN DUIVENVOORDE, *The Consumer Benchmarks in the Unfair Commercial Practices Directive*, PhD thesis, Amsterdam, Ipskamp Drukkers, 2014 (disponível em <http://dare.uva.nl/document/2/142773>), p. 24.

O Guia de Implementação/Aplicação da Directiva 2005/29/CE²⁰⁰ enfatiza que este conceito de consumidor médio deve ter em consideração vários factores casuísticos (por exemplo, o produto ou serviço em questão e as condições de mercado), bem como deverá ter em conta as mais recentes descobertas de economia comportamental. No entanto, uma vez que o Guia não é um documento legal formal, a concreta noção de consumidor médio dependerá, no entanto, do sentido dado pela Directiva e pela interpretação dada pelo Tribunal de Justiça da União Europeia²⁰¹.

O Considerando 18 da Directiva 2005/29/CE dispõe que “[d]e acordo com o princípio da proporcionalidade, e a fim de possibilitar a aplicação efectiva das protecções previstas na mesma, a presente directiva utiliza como marco de referência o critério do consumidor médio, normalmente informado e razoavelmente atento e advertido, tendo em conta factores de ordem social, cultural e linguística, tal como interpretado pelo Tribunal de Justiça, mas prevê também disposições que têm por fim evitar a exploração de consumidores que pelas suas características são particularmente vulneráveis a práticas comerciais desleais.”

A noção de consumidor médio tal como é entendida pelo Tribunal de Justiça da União Europeia leva que os profissionais analisem as suas práticas tendo por base um consumidor bem informado e razoavelmente atento e advertido, com capacidade crítica²⁰²⁻²⁰³, abstraindo-se de outros elementos que lhe sirvam de base para além das motivações económicas²⁰⁴.

Contudo, o consumidor médio nem sempre se encontra devidamente informado e acautelado de todos os efeitos das propostas que lhe são dirigidas, ao contrário do que, regra geral, se pensa.

²⁰⁰ *Vd.* SEC (2009) 1666 (disponível em <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/2/2009/EN/2-2009-1666-EN-F-0.Pdf>), p. 26 e 31.

²⁰¹ *Vd.* BRAM BENJAMIN DUIVENVOORDE, *The Consumer Benchmarks in the Unfair Commercial Practices Directive*, *op. cit.*, p. 23.

²⁰² *Vd.* Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 16 de Julho de 1998 (Processo C-210/96), Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 4 de Abril de 2000 (Processo C-465/98) e Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 24 de Outubro de 2002 (Processo C-99/01).

²⁰³ Nestes termos, não será protegido, para efeitos do presente regime, o consumidor pouco informado, desatento ou inadvertido. Contudo, também não é exigido que o consumidor seja conhecedor e especialista na matéria. *Vd.* CLÁUDIA SOFIA GOMES ABRUNHOSA, “Práticas Comerciais Desleais – Um estudo da Directiva 2005/29/CE”, *op. cit.*, p. 86 e 87 e ROSSELLA INCARDONA E CRISTINA PONCIBÒ, “The average consumer, the unfair commercial practices directive, and the cognitive revolution”, in: *Journal of Consumer Policy Issue*, N.º 1, 2007, Vol. 30, p. 21-38, p. 27.

²⁰⁴ *Vd.* ROSSELLA INCARDONA E CRISTINA PONCIBÒ, “The average consumer, the unfair commercial practices directive, and the cognitive revolution”, *op. cit.*, p. 22 a 26.

Por outro lado, a informação que lhe é transmitida nem sempre é suficiente para garantir a sua protecção e agir de modo racional e consciente²⁰⁵. Assim, esta noção de consumidor médio parece ser irrealista, numa perspectiva de como os consumidores deveriam ser e não como efectivamente o são²⁰⁶.

De facto, ao ser considerado o consumidor médio do grupo a quem é dirigida a prática comercial, ocorre uma total desconsideração das circunstâncias concretas de cada caso, que poderão revelar determinadas debilidades do consumidor, conhecidas pelo profissional²⁰⁷. O profissional poderá, então, aproveitar-se da utilização do conceito de consumidor médio, ao influenciar um consumidor que sabe ser vulnerável e não ser punido ao provar que o consumidor médio não seria influenciado²⁰⁸.

O alto padrão de atenção exigido ao consumidor poderá, ainda, impedir o comércio justo e a confiança do consumidor, em vez de fomentar o desenvolvimento comercial.²⁰⁹

Acresce que a definição dada pela Directiva que indica ser a existente nos Estados-Membros, não corresponde com a que efectivamente se verifica nos Estados. De facto, ao se entender que deverá ter-se em vista a forma como o consumidor médio é entendido pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, não se tem em vista todos os factores de ordem social, cultural e linguística existentes nos diferentes Estados-Membros²¹⁰.

Assim, como a noção de consumidor médio poderá não equivaler em todos os países, uma vez que cada Estado-Membro tem uma realidade distinta, a aplicação do regime no que

²⁰⁵ Vd. LUÍS SILVEIRA RODRIGUES, "Práticas comerciais desleais na perspectiva da defesa do consumidor", *op. cit.*, p. 137 e 138.

²⁰⁶ Neste âmbito, BRAM BENJAMIN DUIVENVOORDE considera que "[t]hese sometimes unrealistic expectations seem to be the result of the balancing of interests of consumer protection and the free movement of goods, the result of which emphasises that the consumer is generally expected to take care of him or herself, and that extensive state intervention is not easy to justify." Vd. BRAM BENJAMIN DUIVENVOORDE, *The Consumer Benchmarks in the Unfair Commercial Practices Directive*, *op. cit.*, p. 64.

²⁰⁷ Vd. JORGE MORAIS DE CARVALHO, "Práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores", *op. cit.*, p. 197.

²⁰⁸ Vd. ELIONORA CARDOSO, *As práticas comerciais desleais: Uma protecção nas relações com os consumidores ou uma limitação à livre concorrência e liberdade contratual?*, *op. cit.*, p. 76, CLÁUDIA SOFIA GOMES ABRUNHOSA, "Práticas Comerciais Desleais – Um estudo da Directiva 2005/29/CE", *op. cit.*, p. 87, JAN TRZASKOWSKI, "Behavioural Economics, Neuroscience, and the Unfair Commercial Practices Directive" in: *Journal of Consumer Policy*, n.º 34, 2011, p. 377-392, (disponível em <http://link.springer.com/article/10.1007/s10603-011-9169-2>), p. 384 e JORGE MORAIS DE CARVALHO, "Práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores", *op. cit.*, p. 196.

²⁰⁹ Vd. ROSSELLA INCARDONA E CRISTINA PONCIBÒ, "The average consumer, the unfair commercial practices directive, and the cognitive revolution", *op. cit.*, p. 28.

²¹⁰ Vd. LUÍS GONZÁLEZ VAQUÉ, "La noción de consumidor medio según la jurisprudencia del tribunal de justicia de las comunidades europeas", in: *Revista de Derecho Comunitario Europeu*, Madrid, Centro de estudos constitucionales, n.º 17, 2004, p. 47-82, p. 57 e s. e CHRIS WILLET, "Fairness and Consumer Decision Making under the Unfair Commercial Practices Directive", *op. cit.*, p. 269.

respeita ao tratamento judicial dos conflitos torna-se muito mais complexo do que à primeira vista parece²¹¹.

Por outro lado, sempre se terá de ter em consideração que, apesar dos meios de reacção serem exercidos exclusivamente pelos Estados-Membros, estes não poderão afastar-se da interpretação de consumidor médio que vem sido exercida no Tribunal de Justiça Europeu.

Neste sentido, a jurisprudência portuguesa tem considerado como consumidor médio, o “*consumidor medianamente atento*”, distinguindo-se dos completamente descuidados e dos consumidores atentos²¹².

Assim, a concretização da noção de consumidor médio acarreta alguns problemas, ainda que justificados pela necessidade de se ter de criar um padrão referencial, que surgiu do princípio da proporcionalidade. Deste modo, a utilização do conceito de consumidor médio encontra-se justificada, uma vez que a Directiva procurou assim um ponto comum de afirmação e de defesa²¹³.

Concorda-se com ELIONORA CARDOSO²¹⁴ quando afirma que, apesar de a definição não ter em conta os diversos factores existentes nos diferentes Estados-Membros, “*comprendemos que tenha de se criar mecanismos de protecção que tendem a criar noções uniformes para a aplicação deste regime em todos os Estados*”²¹⁵.

A Directiva 2005/29/CE dá, porém, uma protecção especial aos consumidores mais vulneráveis, no seu artigo 5.º, n.º3, ao dispor que “*[a]s práticas comerciais que são susceptíveis de distorcer substancialmente o comportamento económico de um único grupo, claramente identificável, de consumidores particularmente vulneráveis à prática ou ao produto subjacente,*

²¹¹ O conceito de consumidor médio não é, deste modo estático, pelo que dificulta a sua aplicação pelos tribunais e autoridades nacionais, ainda que possam e devam analisar este conceito tendo em conta a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia. Vd. ALEXANDRE LIBÓRIO DIAS PEREIRA, “Publicidade comparativa e práticas comerciais desleais”, *op. cit.*

²¹² Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 24 de Junho de 2003 (Processo n.º 03A1914) e Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 22 de Abril de 2004 (Processo n.º 07B974).

²¹³ Vd. ELIONORA CARDOSO, *As práticas comerciais desleais: Uma protecção nas relações com os consumidores ou uma limitação à livre concorrência e liberdade contratual?*, *op. cit.*, p. 79.

²¹⁴ Vd. ELIONORA CARDOSO, *As práticas comerciais desleais: Uma protecção nas relações com os consumidores ou uma limitação à livre concorrência e liberdade contratual?*, *op. cit.*, p. 53.

²¹⁵ Em sentido contrário, JORGE MORAIS CARVALHO considera que “[n]o domínio do direito dos consumo, a noção não se revela adequada para uma protecção eficaz dos consumidores, uma vez que tem como efeito negar a protecção daqueles que mais a necessitam”. Vd. JORGE MORAIS CARVALHO, “Práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores”, *op. cit.*, p. 198.

em razão da sua doença mental ou física, idade ou credulidade, de uma forma que se considere que o profissional poderia razoavelmente ter previsto, devem ser avaliadas do ponto de vista do membro médio desse grupo. Esta disposição não prejudica a prática publicitária comum e legítima que consiste em fazer afirmações exageradas ou afirmações que não são destinadas a ser interpretadas literalmente”.

Esta cláusula de salvaguarda dos consumidores vulneráveis é compreensível, uma vez que os profissionais não podem faltar, de forma alguma, aos critérios de lealdade exigidos no âmbito do presente regime, actuando com recurso a práticas comerciais que, apesar de não serem consideradas desleais para o consumidor médio, consideram-se desleais para o consumidor médio do grupo de consumidores particularmente vulneráveis.

O grupo de consumidores vulneráveis tem, no entanto, de ser claramente identificável e particularmente vulnerável, através das características comuns dos seus membros que os tornam vulneráveis, nomeadamente, no caso de doença mental ou física, idade, credulidade²¹⁶.

Neste âmbito, conforme exige o legislador, o profissional tem de poder prever razoavelmente o motivo da vulnerabilidade do consumidor em causa, antes de efectivar qualquer prática comercial.

Porém a conjugação do artigo 5.º, n.º3 com o n.º2 do mesmo preceito, permite que os profissionais afastem a aplicação desta protecção específica, ao afirmar que a prática em causa não se destinava aquele grupo de consumidores vulneráveis. Assim, dada a fragilidade da protecção concedida aos consumidores especialmente vulneráveis, concorda-se com a solução apresentada por HÉLIO T. RIGOR RODRIGUES²¹⁷, segundo a qual deve existir uma interpretação correctiva e considerar que não é exigido que a prática se destine ao grupo de consumidores especialmente vulneráveis. Nestes termos, para que ocorra uma verdadeira protecção dos

²¹⁶ Neste sentido, JORGE MORAIS CARVALHO considera que estamos perante uma menção exaustiva, com exclusão a qualquer outra causa de vulnerabilidade. Porém, concorda-se com ELSA DIAS OLIVEIRA, no sentido que a vulnerabilidade pode ser devida a qualquer razão, desde que preencha os requisitos mencionados. No mesmo sentido, o Guia de Implementação/Aplicação da Directiva 2005/29/CE afirma que *“the reasons mentioned by Article 5 as the basis to establish the vulnerability of a specific category of consumers are listed indicatively and cover a wide range of situations”*. *Vd.* JORGE MORAIS CARVALHO, “Práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores”, *op. cit.*, p. 200 e ELSA DIAS OLIVEIRA, “Práticas comerciais proibidas”, in: *Estudos do Direito do Consumidor*, Coimbra, Centro do Direito do Consumo, n.º 8, 2006/2007, p. 147-173, p. 157 e Guia de Implementação/Aplicação da Directiva 2005/29/CE, SEC (2009) 1666 (disponível em <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/2/2009/EN/2-2009-1666-EN-F-0.Pdf>), p. 28.

²¹⁷ *Vd.* HÉLIO T. RIGOR RODRIGUES, “A protecção dos consumidores vulneráveis nas práticas comerciais desleais: análise da directiva 2005/29/CE e do decreto-lei 57/2008”, *op. cit.*, p. 109.

consumidores mais vulneráveis é necessário considerar que o artigo 5.º, n.º3 é independente dos requisitos do n.º2 do mesmo artigo da Directiva²¹⁸.

Acresce que, aqui não interessa qual a verdadeira intenção do profissional, sendo, portanto, irrelevante saber se o profissional queria ou não dirigir-se a consumidores especialmente vulneráveis e/ou saber se existiu intenção em distorcer o comportamento económico dos consumidores vulneráveis²¹⁹.

Por outro lado, considera-se que ao n.º 3 falta mencionar que são práticas proibidas aquelas em que o profissional pudesse ter razoavelmente previsto que eram potencialmente essenciais para a tomada de decisão.

Assim, considera-se que o legislador europeu poderia ter criado um verdadeiro sistema de protecção dos consumidores vulneráveis, ao invés de prever um artigo confuso que estipula uma protecção vaga e abstracta, que necessita de um grande esforço de interpretação, para que se considere que ao profissional é exigido um grau de diligência acrescida nestes casos²²⁰.

Dada a maior protecção concedida aos consumidores vulneráveis, o artigo 5.º, n.º3, *in fini*, aligeira a posição do profissional, através do *dolus bonus*, ao indicar que tal protecção “*não prejudica a prática publicitária comum e legítima que consiste em fazer afirmações exageradas ou afirmações que não são destinadas a ser interpretadas literalmente*”. Este equilíbrio na posição do profissional deverá, porém, aplicar-se aos demais casos, visto que “*quem pode o mais pode o menos*”, ou seja, o *dolus bonus*, previsto no n.º3 do artigo 5.º, *in fine*, deverá estender-se a todos os casos e não só aos que envolvam consumidores particularmente vulneráveis²²¹⁻²²².

²¹⁸ No mesmo sentido, *vd.* MARGARIDA ALMADA BETTECOURT, “Publicidade Infanto-Juvenil: Restrição ou proibição?”, in: *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n.º 50, Junho de 2007, p. 160-176, p. 162.

²¹⁹ *Vd.* HÉLIO T. RIGOR RODRIGUES, “A protecção dos consumidores vulneráveis nas práticas comerciais desleais: análise da directiva 2005/29/CE e do decreto-lei 57/2008”, *op. cit.*, p. 116.

²²⁰ *Vd.* ASSUNÇÃO CRISTAS, “Concorrência desleal e protecção do consumidor: a propósito da Directiva 2005/29/CE”, *op. cit.*, p. 147 e JAN TRZASKOWSKI, “Behavioural Economics, Neuroscience, and the Unfair Commercial Practises Directive” *op. cit.*, p. 385e 386.

²²¹ *Vd.* ASSUNÇÃO CRISTAS, “Concorrência desleal e protecção do consumidor: a propósito da Directiva 2005/29/CE”, *op. cit.*, p. 149.

²²² A redacção dada à parte final do artigo 5.º, n.º3 da Directiva 2005/29/CE permite, contudo, que os consumidores adoptem práticas publicitárias pouco rigorosas e não transparentes, graças ao carácter exagerado e persuasivo das afirmações. *Vd.* ANDREIA RODRIGUES COSTA, *O Regime jurídico da Publicidade Enganosa: a (des)protecção dos consumidores?*, Dissertação de Mestrado, Porto, Universidade Católica Portuguesa (disponível em <http://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/17263/1/tese%20de%20mestrado%20doc.%20final.pdf>), p. 20.

3.2.3. Distorção substancial do comportamento económico dos consumidores

Nos termos da alínea e), do artigo 2.º da Directiva 2005/29/CE, existe uma distorção substancial do comportamento económico do consumidor quando exista uma “*utilização de uma prática comercial que prejudique sensivelmente a aptidão do consumidor para tomar uma decisão esclarecida, conduzindo-o, por conseguinte, a tomar uma decisão de transacção que não teria tomado de outro modo*”.

A análise da distorção substancial do comportamento económico terá, no entanto, de ser aferida tendo por base as opções de um consumidor médio.

Se a prática tomada pelo profissional não for susceptível²²³ de alterar o comportamento do consumidor médio, ela simplesmente não tem qualquer relevância para efeitos deste regime.

A distorção substancial exigida resulta de um decréscimo sensível da aptidão do consumidor para tomar uma decisão livre, ponderada e esclarecida. Assim, o impacto da prática ensombra o discernimento do consumidor, levando-o a tomar uma decisão que não tomaria de outro modo²²⁴.

A análise da substancialidade da alteração do comportamento caberá aos tribunais²²⁵, uma vez que terá de ser aferida casuisticamente²²⁶, visto que cada caso terá características distintas. Porém, os tribunais são auxiliados pelos elementos tipificados na Directiva.

Neste âmbito, determinada prática não será desleal se, atendendo ao consumidor médio do grupo, o tribunal considerar que a mesma não é suficiente para distorcer o comportamento económico do consumidor médio²²⁷.

3.2.4. Prática Comercial

A Directiva define “*práticas comerciais das empresas face aos consumidores*” como “*toda a acção, omissão, conduta, ou afirmação e a comunicação comercial, incluindo a*

²²³ Assim, a afectação da conduta económica tanto pode ser efectiva como só potencial, pelo que não se requer que o consumidor tome efectivamente uma decisão que não teria tomado de outro modo. *Vd.* JOSÉ MASSAGUER FUENTES, “Las Prácticas Agressivas como Acto de Competencia Desleal”, in: *Actualidad Jurídica Uribe Menéndez*, n.º 27, 2010, p. 17-32 (disponível em <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/2755/documento/art01.pdf?id=2542>), p. 30.

²²⁴ *Vd.* CLÁUDIA SOFIA GOMES ABRUNHOSA, “Práticas Comerciais Desleais – Um estudo da Directiva 2005/29/CE”, *op. cit.*, p. 91.

²²⁵ Conforme o disposto no Considerando 18 da Directiva em estudo.

²²⁶ *Vd.* JOSÉ MASSAGUER FUENTES, “Las Prácticas Agressivas como Acto de Competencia Desleal”, *op. cit.*, p. 30.

²²⁷ *Vd.* ELIONORA CARDOSO, *As práticas comerciais desleais: Uma protecção nas relações com os consumidores ou uma limitação à livre concorrência e liberdade contratual?*, *op. cit.*, p. 80.

*publicidade e o marketing, por parte de um profissional, em relação directa com a promoção, a venda, ou o fornecimento de um produto aos consumidores*²²⁸.

Em primeiro lugar, dir-se-á que, apesar de o legislador admitir a comunicação comercial como uma prática comercial, é necessário aferir o “*seu público-alvo através do meio utilização para a sua promoção, bem como o fim último do produto que se promove, descortinando-se, assim, se aquele se destina a consumo ou a uso profissional*”²²⁹.

Verifica-se, por outro lado, que o legislador comunitário opta por uma noção ampla de práticas comerciais, ao incluir todas as formas possíveis que pode assumir uma prática comercial, nomeadamente a acção, conduta, afirmação e comunicação que são calculados para melhorar as perspectivas de venda de bens e serviços a um consumidor.

Porém, com a exigência de ligação directa, parece, excluir os comerciantes que estão apenas periféricamente envolvidos na prática comercial desleal, pelo que é necessário atender à função ou aspecto funcional da prática comercial. Assim, são deixados de fora os terceiros que apenas auxiliam na realização de uma prática comercial de outro profissional²³⁰.

3.2.5. Diligência profissional

Para que se possa analisar a existência de uma prática comercial desleal é essencial compreender o papel da diligência profissional nas relações entre o profissional e o consumidor.

Como é bem sabido, o profissional deverá actuar no mercado interno através de práticas honestas, que obedeçam ao princípio da boa-fé.

Nos termos do artigo 2.º, alínea h) da Directiva 2005/29/CE, o conceito de diligência profissional atende ao “*padrão de competência especializada e de cuidado que se pode razoavelmente esperar de um profissional em relação aos consumidores, avaliado de acordo com a prática de mercado honesta e/ou o princípio geral da boa fé no âmbito da actividade do profissional*”. Pelo que, a prática será considerada leal ou desleal mediante a averiguação do

²²⁸ Cfr. artigo 2.º, alínea d) da Directiva 2005/29/CE.

²²⁹ *Vd. JORGE ANDRÉ CARITA SIMÃO, “A Repressão das Práticas Comerciais Desleais das Empresas face aos Consumidores no Mercado Interno Europeu”, op. cit., p. 1017.*

²³⁰ *Vd., neste sentido, JORGE ANDRÉ CARITA SIMÃO, “A Repressão das Práticas Comerciais Desleais das Empresas face aos Consumidores no Mercado Interno Europeu”, op. cit., p. 1017, HUGH COLLINS, “The Unfair Commercial Practices Directive”, op.cit., p. 420, HÉLIO T. RIGOR RODRIGUES, “A protecção dos consumidores vulneráveis nas práticas comerciais desleais: análise da directiva 2005/29/CE e do decreto-lei 57/2008”, op. cit., p. 99 e 100, JORGE MORAIS CARVALHO, “Práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores”, op. cit., p. 190 e LUÍS MENEZES LEITÃO, “As Práticas Comerciais Desleais nas Relações de Consumo”, op. cit., p. 425.*

cuidado e diligência que devem-se esperar do profissional, segundo os padrões da comunidade em geral²³¹.

Assim, o profissional deverá ser diligente no âmbito da sua actividade, agindo de boa-fé e segundo práticas de mercado honestas ou com as regras específicas da sua profissão²³², de forma a proteger as expectativas e interesses do consumidor.

A menção das práticas de mercado honestas²³³ decorre também, em matéria de concorrência desleal, do artigo 10.º-bis, n.º2 da Convenção de Paris para a Protecção da Propriedade Industrial, onde se indica que “[c]onstitui acto de concorrência desleal qualquer acto de concorrência contrário aos usos honestos em matéria industrial ou comercial”.

Estes critérios exigidos na actuação do profissional não foram delimitados ao pormenor pelo legislador europeu, pelo que resulta uma difícil tarefa de aplicação para os tribunais dos Estados-Membros.

Porém, no que diz respeito ao princípio da boa-fé enunciado, dir-se-á que não se afigura um princípio desconhecido para a maioria dos Estados-Membros²³⁴, pelo que a falta da sua definição ao pormenor não afecta em demasia grande parte dos Estados.

Por outro lado, há quem considere, contudo, excessiva esta ponderação de uma competência especializada do profissional, sendo preferível que a Directiva 2005/29/CE indicasse apenas uma diligência que se deverá esperar de um profissional nas relações de consumo²³⁵. No entanto, para qualquer actividade económica é exigido que o profissional actue com diligência profissional, não sendo, portanto, uma exigência exclusiva nesta matéria.

Considera-se que ainda que o legislador tenha feito um esforço no sentido de concretizar a diligência profissional, esta concretização foi feita através de conceitos

²³¹ *Vd.* ELSA DIAS OLIVEIRA, “Práticas comerciais proibidas”, *op. cit.*, p. 151 e CHRIS WILLETT, “Fairness and Consumer Decision Making under the Unfair Commercial Practices Directive”, *op. cit.*, p. 268.

²³² De facto, as práticas admissíveis poderão variar consoante a actividade profissional em causa, de modo a que o que é admissível numa profissão, poderá não sê-lo noutra.

²³³ Afastando a proposta inicial da Directiva, onde se ponderava mencionar “práticas normais de mercado”. É de louvar esta opção, uma vez que, no caso de se optar por “práticas normais de mercado”, seriam os profissionais a serem determinantes para o que seria “normal”. *Vd.* ELIONORA CARDOSO, *As práticas comerciais desleais: Uma protecção nas relações com os consumidores ou uma limitação à livre concorrência e liberdade contratual?*, *op. cit.*, p. 84.

²³⁴ *Vd.*, quanto ao sistema jurídico português, artigos 227.º e 762.º, n.º do Código Civil, onde a boa-fé actua como critério objectivo no que toca à diligência profissional.

²³⁵ *Vd.* CARLOS FERNANDEZ NÓVOA, “La Directiva comunitária sobre prácticas comerciales desleales”, in: *Revista Autocontrol*, Madrid, Asociación de Autocontrol de la Publicidad, n.º 108, 2006, p. 16-22.

indeterminados, que “*não dispensam uma observação cuidadosa dos usos sociais e uma construção jurisprudencial e doutrinária assente em casos concretos*”²³⁶.

Esta utilização de definições não poderá, no entanto, ser vista como um obstáculo para a aplicação dos conceitos, pois, mesmo que os conceitos sejam indeterminados o legislador europeu, ainda assim, considerou que deveria interligar determinados conceitos para melhor poder explicar-se²³⁷.

Por outro lado, louva-se a opção do legislador em exigir que o profissional actue com diligência profissional, não optando por ter em conta o “*profissional médio*” (como fez com o consumidor). Na verdade, se optasse por ter em conta o “*profissional médio*”, a definição de uma prática comercial desleal dependeria do nível dos profissionais em causa. Assim, esta opção permite assim que os consumidores sejam salvaguardados, ao exigir uma determinada competência especializada dos profissionais.

Acresce que, nos termos do Considerando 20 da Directiva 2005/29/CE, os Códigos de Conduta, poderão ter ainda neste âmbito, um importante papel na concretização efectiva do que se deverá considerar a diligência profissional, ao apresentar requisitos obrigatórios específicos de determinados sectores, que deverão contemplar também as obrigações em matéria de diligência profissional. Os Códigos de Conduta, a existirem, terão, assim, em consideração as práticas comerciais que deverão ser consideradas desleais, tornando mais fácil perceber as exigências que o profissional de cada actividade terá de cumprir, de modo a avaliar mais facilmente a actuação do profissional.

CLÁUDIA SOFIA GOMES ABRUNHOSA²³⁸ indica, relativamente aos Códigos de Conduta, que estes são desprovidos de coercibilidade, pelo que o incumprimento de determinada norma prevista no Código de Conduta não pode, por si só, importar a qualificação desta como desonesta e, conseqüentemente, contrária à diligência profissional²³⁹.

²³⁶ *Vd.* ASSUNÇÃO CRISTAS, “Concorrência desleal e protecção do consumidor: a propósito da Directiva 2005/29/CE”, *op. cit.*, p. 147.

²³⁷ De facto, a utilização de elementos subjectivos na definição de determinados conceitos auxiliam a interpretação e a aplicação prática dos mesmos.

²³⁸ *Vd.* CLÁUDIA SOFIA GOMES ABRUNHOSA, “Práticas Comerciais Desleais – Um estudo da Directiva 2005/29/CE”, *op. cit.*, p. 82 e 84.

²³⁹ Visto que as entidades representativas de determinado sector de actividade poderão criar padrões diferentes de protecção, sejam eles mais elevados ou mais baixos, do nível de protecção previsto na Directiva 2005/29/CE.

3.3. Caracterização do regime da Directiva 2005/29/CE, de 11 de Maio

Após apresentar o objectivo da Directiva 2005/29/CE e de definir alguns conceitos fundamentais para a análise do regime das práticas comerciais desleais²⁴⁰, esta enuncia o seu âmbito de aplicação²⁴¹.

O artigo 4.º da Directiva estabelece que o regime em análise não poderá restringir a livre circulação de mercadorias e a livre circulação de serviços, em nome do bom funcionamento do mercado interno.

No seu artigo 5º, n.º 1, a Directiva indica, desde logo, que são proibidas as práticas comerciais desleais.

No seu n.º 2, de modo a regular o regime em estudo, define a prática comercial desleal, como aquela que é contrária à diligência profissional exigida e que, simultaneamente, distorça ou seja susceptível de distorcer de forma substancial o comportamento económico de um consumidor médio.

Nos artigos seguintes são reguladas, em concreto, as práticas comerciais desleais, ao estipular a sua proibição e dividindo-as em práticas enganosas e agressivas. Sendo definidas práticas comerciais desleais em específico, a aplicação da cláusula geral prevista no artigo 5.º será rara, só aplicando-se nos casos que não se integrem nas práticas comerciais enganosas ou agressivas²⁴².

No seu artigo 10.º a Directiva inova ainda ao estipular a possibilidade de controlo (que poderá ser incentivado pelos Estados-Membros) das práticas comerciais desleais por titulares de Códigos de Conduta.

Por sua vez, o artigo 11.º da Directiva 2005/29/CE dá uma total liberdade aos Estados-Membros para escolherem os meios que deverão efectivar a aplicação do regime, podendo, deste modo, escolher os meios adequados e eficazes para garantir o cumprimento do regime presente na Directiva.

No mesmo sentido, no seu artigo 13.º, a Directiva concede, uma vez mais, total liberdade aos Estados-Membros para estipular as sanções que deverão ser aplicadas no caso de

²⁴⁰ Cfr. Artigo 1.º e 2.º da Directiva 2005/29/CE.

²⁴¹ Cfr. Artigo 3.º da Directiva 2005/29/CE.

²⁴² Uma vez que "*lex specialis derogat legi generali*". *Vd.* JANE WILLIAMS E CAROLINE HARE, "Early Experiences of the Enforcement of the Unfair Commercial Practices Directive in Scotland", in: *Journal of Consumer Policy*, n.º 4, Dezembro de 2010, Vol. 33, p.377-401, p. 381.

violação do regime previsto, mencionando apenas que tais sanções deverão assegurar a efectiva aplicação do regime da proibição das práticas comerciais desleais.

Deste modo, o legislador europeu não previu qualquer forma de aplicação, nem mesmo de qualquer sanção que devesse ser aplicada uniformemente em todos os Estados-Membros, para que fosse assegurado um mínimo de meios eficazes. A Directiva permite, assim, que o regime das práticas comerciais desleais tenha uma distinta aplicação nos diferentes Estados-Membros, visto que a sua aplicação dependerá do que os Estados considerarem o que consideram-se “*meios adequados e eficazes*” e sanções “*efectivas, proporcionadas e dissuasivas*”.

Nos termos do artigo 17.º da Directiva 2005/29/CE, o legislador europeu instituiu que deverão ser tomadas pelos Estados-Membros as medidas necessárias para informar os consumidores do regime aplicável, bem como estabelecer medidas de incentivo para que os profissionais informem os consumidores dos Códigos de Conduta aplicáveis.

No seu artigo 18.º, a Directiva em estudo ressalva a necessidade de revisão da mesma, para que se identifiquem as medidas que seja necessário tomar para assegurar que sejam mantidos níveis adequados de defesa do consumidor, reforçando a harmonização e simplificação dos normativos relativos à protecção do consumidor.

Por fim, cumpre apontar o Anexo I, publicado conjuntamente com a Directiva, que indica uma panóplia de práticas comerciais desleais em quaisquer circunstâncias. Nestes casos, não é necessário uma avaliação casuística dos diversos pressupostos dos artigos 5.º a 9.º, sendo apenas necessário comprovar que se verificou uma das práticas previstas no Anexo I²⁴³.

Esta lista visa a criação de uma garantia a todos os profissionais que poderão identificar de forma directa algumas das práticas que não poderão efectivar em qualquer circunstância. Porém, para além de funcionar como uma garantia para os profissionais, também os consumidores são beneficiados com a divulgação das listas de práticas proibidas, uma vez que ficam informados de determinadas práticas que são, independentemente de qualquer circunstância, proibidas²⁴⁴.

²⁴³ Vd. MONIKA NAMYSLOWSKA, “To B2C or Not to B2C. Some Reflections on the Regulation of Unfair Commercial Practices from a Polish Perspective”, in: *Journal of Consumer Policy*, 2013, Vol. 36, p. 329-342 (disponível em <http://link.springer.com/article/10.1007/s10603-013-9229-x>), p. 330.

²⁴⁴ Vd. ANDREIA RODRIGUES COSTA, *O Regime jurídico da Publicidade Enganosa: a (des)protecção dos consumidores?*, op. cit., p. 17 e 18.

Por outro lado, esta “*black list*” proporciona ainda um guia valioso para os tribunais e para as autoridades administrativas na aplicação da Directiva²⁴⁵.

Com o Anexo I é evitada a realização de uma avaliação prévia destas práticas para que possam ser consideradas desleais, visto que serão sempre avaliadas dessa forma, não podendo os diferentes Estados-Membros, rever a lista apresentada²⁴⁶⁻²⁴⁷.

3.4. A cláusula geral e as respectivas subespécies de práticas comerciais desleais na Directiva 2005/29/CE, de 11 de Maio

O legislador europeu ao optar pela existência de uma cláusula geral proibitiva das práticas comerciais desleais²⁴⁸⁻²⁴⁹ assegura que o regime perdurará no tempo, independentemente das modificações no mercado e das práticas que poderão advir dessas alterações, visto que uma determinada prática que eventualmente poderá emergir poderá não se enquadrar na definição de prática enganosa ou agressiva. Deste modo, fica salvaguardada a protecção dos consumidores, bem como do mercado europeu.

A proibição de práticas que preencham os requisitos previstos no artigo 5.º, n.º 2 da Directiva constitui assim uma cláusula geral que substitui todos os normativos nacionais distintos entre si existentes nos diversos Estados-Membros sobre a matéria em causa, criando um regime único de proibição em toda a União Europeia.

Neste sentido, ÓSCAR LÓPEZ SANTOS²⁵⁰ afirma que a Directiva parece tratar-se de “*un caso claro de voluntarismo político alejado de la realidad y, lo que es más criticable, provocador de riesgos imprevisible en sus consecuencias pero ciertos en su existencia*”.

²⁴⁵ *Vd.* HUGH COLLINS, “The Unfair Commercial Practices Directive”, *op. cit.*, p. 421.

²⁴⁶ A alteração da lista constante do Anexo I só poderá, assim, ser alterada no âmbito de uma alteração à Directiva 2005/29/CE.

²⁴⁷ Neste sentido, se uma prática não consta da lista, terão, necessariamente, de ser aferidos os pressupostos, não podendo os Estados-Membros regular de forma distinta. *Vd.* MONIKA NAMYSLOWSKA, “To B2C or Not to B2C. Some Reflections on the Regulation of Unfair Commercial Practices from a Polish Perspective”, *op. cit.*, p. 333 e LUIS A. MARCO ARCALÁ, “Las Prácticas Comerciales Desleales con los Consumidores en la Propuesta de Código Mercantil”, in: AA.VV., *Estudios sobre el Futuro Código Mercantil – Libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Madrid, 2015, p. 1087-1109 (disponível em <http://hdl.handle.net/10016/21040>), p. 1107.

²⁴⁸ *Cfr.* artigo 5.º da Directiva 2005/29/CE.

²⁴⁹ Esta cláusula geral é feita pela negativa, afastando-se do regime já existente nos países nórdicos, o que leva, na opinião de JORGE PEGADO LIZ, a uma protecção reduzida e limitada dos consumidores. *Vd.* JORGE PEGADO LIZ, “A “lealdade” no comércio ou as desaventuras de uma iniciativa comunitária (análise crítica da Directiva 2005/29/CE)”, *op. cit.*, p. 75.

²⁵⁰ *Vd.* ÓSCAR LÓPEZ SANTOS, “La Directiva sobre prácticas comerciales desleales: antecedentes, descripción y comentario crítico”, *op. cit.*, p. 21.

Nos termos da Directiva 2005/29/CE considerar-se-ão práticas comerciais desleais todas as práticas que preencham os requisitos enumerados no artigo 5.º, n.º 2 da Directiva 2005/29/CE, nomeadamente:

a) A prática for contrária às exigências relativas à diligência profissional;

Conforme referido, a diligência profissional deverá entender-se “*o padrão de competência especializada e de cuidado que se pode razoavelmente esperar de um profissional em relação aos consumidores, avaliado de acordo com a prática de mercado honesta e/ou o princípio geral da boa fé no âmbito da actividade do profissional*”, nos termos do artigo 2.º, alínea h) da Directiva 2005/29/CE.

Assim, é contrária às exigências relativas à diligência profissional quando não seja razoável esperar essa prática de um profissional que intervenha no mercado de forma honesta²⁵¹.

Verifica-se, desde logo, que esta noção conta com a presença de conceitos indeterminados que serão concretizados mediante a herança jurídica dos distintos Estados-Membros²⁵².

Este padrão de diligência profissional tenta orientar um caminho entre dois objectivos distintos. Por um lado, visa proteger o consumidor das práticas de *marketing* actuais e, por outro, impõe uma norma subjectiva, no sentido de que sempre que um consumidor se sente enganado ou pressionado por um profissional, a conduta pode ser considerada abusiva²⁵³.

O elemento crucial depende, contudo, da expectativa razoável que o consumidor tem da actuação do profissional²⁵⁴. Esta expectativa razoável baseada na prática de mercado honesta evita que o padrão de competência não se cinja a qualquer prática de mercado existente, uma vez que deve estar em conformidade com as normas profissionais e deve de obedecer aos princípios de boa-fé²⁵⁵ e honestidade.

²⁵¹ *Vd.* JORGE MORAIS CARVALHO, “Práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores”, *op. cit.*, p. 192 e FERNANDO GÓMEZ POMAR, “The Unfair Commercial Practices Directive: A Law and Economics Perspective”, *op. cit.*, p. 19.

²⁵² *Vd.* CLÁUDIA SOFIA GOMES ABRUNHOSA, “Práticas Comerciais Desleais – Um estudo da Directiva 2005/29/CE”, *op. cit.*, p. 79.

²⁵³ *Vd.* HUGH COLLINS, “The Unfair Commercial Practices Directive”, *op. cit.*, p. 419.

²⁵⁴ Que varia mediante o sector de actividade. *Vd.* CLÁUDIA SOFIA GOMES ABRUNHOSA, “Práticas Comerciais Desleais – Um estudo da Directiva 2005/29/CE”, *op. cit.*, p. 80.

²⁵⁵ *Vd.*, em respeito ao princípio da boa-fé, artigo 9.º, n.º1 da Lei de Defesa do Consumidor e artigos 227.º, n.º1 e 762.º, n.º2 do Código Civil.

Nesta senda, não são relevantes os conhecimentos específicos quer do profissional, quer do consumidor, uma vez que não se encontra em causa a concreta posição destes²⁵⁶.

Esta exigência, que permite uma maior protecção dos interesses económicos dos consumidores, “*não poderá importar a aceitação de qualquer prática reveladora de falta de cuidado e competência por parte dum profissional, ainda que consentânea com os usos e costumes de determinado sector de actividade – onde tais práticas são comuns*”²⁵⁷.

Deste modo, os profissionais deverão agir num determinado nível de qualidade, atendendo às expectativas do consumidor médio, brotando deste atrito de interesses a razoabilidade das expectativas do consumidor médio.

Esta definição, que reflecte as práticas de mercado honestas e de boa-fé, coincide com o conceito de boa conduta profissional que se encontra em variados sistemas jurídicos dos Estados-Membros.

b) A prática distorcer ou for susceptível de distorcer de maneira substancial o comportamento económico do consumidor médio;

Torna-se assim necessário que o profissional utilize uma prática que prejudique notavelmente a aptidão do consumidor em tomar uma decisão esclarecida, levando-o a tomar a decisão negocial²⁵⁸ que não teria tomado de outro modo²⁵⁹.

Assim, se a prática comercial não for, no mínimo, potencialmente essencial na tomada de decisão do consumidor, esta não tem relevância para efeitos da Directiva 2005/29/CE²⁶⁰.

Nestes termos é necessário um nexo de causalidade entre a prática e a distorção no comportamento económico do consumidor, pelo que erros pré-existentes ou deturpações por

²⁵⁶ *Vd.* JORGE MORAIS CARVALHO, “Práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores”, *op. cit.*, p. 191.

²⁵⁷ *Vd.* CLÁUDIA SOFIA GOMES ABRUNHOSA, “Práticas Comerciais Desleais – Um estudo da Directiva 2005/29/CE”, *op. cit.*, p. 80.

²⁵⁸ Independentemente de o consumidor ter decidido agir ou abster-se de agir. “*Assim, se o consumidor contratar quando sem a prática desleal não o faria, se não contratar quando sem a prática desleal o faria ou se a contratar em termos diferentes daqueles em que o faria, a prática pode ser considerada desleal*”. *Vd.* JORGE MORAIS CARVALHO, “Práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores”, *op. cit.*, p. 193 e 194.

²⁵⁹ *Cfr.* Artigo 2.º, alínea e) da Directiva 2005/29/CE.

²⁶⁰ *Vd.* ASSUNÇÃO CRISTAS, “Concorrência desleal e protecção do consumidor: a propósito da Directiva 2005/29/CE”, *op. cit.*, p. 146.

parte dos consumidores afastam a consideração da prática comercial como desleal, a não ser que possam ser ligados a uma declaração anterior ou omissão do profissional em causa²⁶¹.

Porém, tal como é indicado por JORGE PEGADO LIZ²⁶², há que assinalar que a adopção do advérbio “*substancialmente*” não é “*objectivamente mensurável*”.

Ainda nos termos da cláusula geral, a Directiva 2005/29/CE, dividiu as práticas comerciais desleais em dois tipos distintos: as práticas comerciais enganosas e as práticas comerciais agressivas.

No que respeita ao conceito de práticas enganosas, o artigo 6.º, n.º1 da Directiva indica que “*[é] considerada enganosa uma prática comercial se contiver informações falsas, sendo inverídicas ou que por qualquer forma, incluindo a sua apresentação geral, induza ou seja susceptível de induzir em erro o consumidor médio, mesmo que a informação seja factualmente correcta, em relação a um ou mais dos elementos a seguir enumerados e que, em ambos os casos, conduza ou seja susceptível de conduzir o consumidor médio a tomar uma decisão de transacção que este não teria tomado de outro modo*”.

Verifica-se que o legislador europeu optou por critérios objectivos, não sendo essencial que o consumidor tenha sido induzido em erro, mas tão só a possibilidade de ter sido induzido em erro, bem como não sendo necessário que exista um prejuízo económico na esfera jurídica do consumidor.

Por outro lado, nos termos do artigo 6.º, n.º 2 da Directiva 2005/29/CE, existe ainda uma prática comercial enganosa quando a prática conduza ou seja susceptível de conduzir a uma decisão de transacção que não teria tomado de outro modo e envolve uma actividade de *marketing* (“*incluindo a publicidade comparativa, que crie confusão com quaisquer produtos, marcas, designações comerciais e outros sinais distintivos de um concorrente*”)²⁶³ ou quando envolva um incumprimento dos Códigos de Conduta a que o profissional se encontra vinculado e este tenha indicado tal vinculação.

É de apontar ainda que quando se esteja perante um contrato, a aplicação do artigo em causa dependerá do direito nacional dos contratos aplicável. Na verdade, a fim de aplicar o

²⁶¹ *Vd.* FERNANDO GÓMEZ POMAR, “The Unfair Commercial Practices Directive: A Law and Economics Perspective”, *op. cit.*, p. 16.

²⁶² *Vd.* JORGE PEGADO LIZ, “A “lealdade” no comércio ou as desaventuras de uma iniciativa comunitária (análise crítica da directiva 2005/29/CE)”, *op. cit.*, p. 76.

²⁶³ Sobre os actos de comparação e imitação como prática desleal, *vd.* BEATRIZ PATIÑO ALVES, “Actos de comparación e imitación como práctica engañosa”, in: AA.VV., *Las Prácticas Comerciales Desleales*, n.º 7, CEACCU, 2010, p. 27-62.

teste para saber se o comerciante está a fornecer informação falsa ou enganosa, terá de ser feita uma avaliação sobre o conjunto de direitos e obrigações aplicáveis ao abrigo da legislação nacional aplicável ao contrato²⁶⁴.

Neste âmbito, o legislador faz ainda uma indicação às omissões enganosas, no seu artigo 7.º, definindo-as como:

- Omissões de informação substancial que atendendo ao contexto seja essencial para que o consumidor possa tomar a decisão de negociar de forma esclarecida (cfr. n.º1);

- Apresentação de modo pouco claro, ininteligível, ambíguo ou tardo da informação substancial ao consumidor (cfr. n.º2);

- A não referência à intenção comercial da prática em causa, quando esta não se depreende do contexto (cfr. n.º3).

Assim, o legislador impõe uma obrigação positiva de comunicação de informações substanciais por parte do profissional, para que o consumidor não seja falseado com informações não transparentes²⁶⁵.

No que respeita às omissões enganosas, dir-se-á que a informação substancial, para além de ter de ser apresentada ao consumidor, terá de ser apresentada de modo claro, inteligível e em tempo, sob pena de considerar-se que se está presente uma omissão enganosa, nos termos do artigo 7.º da Directiva 2005/29/CE.

Porém, nem todas as omissões serão consideradas desleais para efeitos da Directiva em estudo, será essencial que a informação omitida seja substancial.

Como se afigura compreensível, a Directiva não fornece uma lista das informações que deverão ser consideradas substanciais para o consumidor, uma vez que tal dependerá do negócio celebrado e dos seus termos. Assim, caberá às autoridades destinadas à fiscalização do regime, bem como aos tribunais a apreciação casuística do que se considerará informação substancial, tendo em consideração o seu contexto.

Por outro lado, a Directiva não esclarece se é necessário demonstrar, para efeitos da aplicação do artigo 7.º, que o próprio profissional sabia da informação relevante omitida e da sua

²⁶⁴ *Vd. SALVATORE ORLANDO, "The Use of Unfair contractual Terms as an Unfair Commercial Practice", in: European Review of Contract Law, n.º 7, Janeiro de 2011, p. 25-56 (disponível em https://personaedanno.it/attachments/allegati_articoli/AA_020596_resource1_orig.pdf), p. 28.*

²⁶⁵ *Vd. SALVATORE ORLANDO, "The Use of Unfair contractual Terms as an Unfair Commercial Practice", op. cit., p. 34.*

importância para a decisão de transacção do consumidor. Embora a Directiva não responda a essa pergunta directamente, concorda-se com HUGH COLLINS²⁶⁶ que considera que tal questão deverá ser aferida a partir do conceito de diligência profissional.

Neste âmbito, não se poderá deixar de concordar com JORGE PEGADO LIZ²⁶⁷ quando afirma que existem diversas dificuldades para os consumidores demonstrarem que a sua decisão de transacção *“foi determinada pela omissão de certa informação, relativa a um dos elementos considerados essenciais, e que tal elemento não era susceptível de se depreender do contexto de apresentação do produto tomado em conta, como motivo de exclusão da responsabilidade do profissional, as limitações do meio de comunicação utilizado. Se a isto se acrescentarem ainda as dificuldades inerentes ao engano por omissão, como sejam a questão da causalidade determinante do consumidor médio, teremos bem a noção da prática impossibilidade de, a não ser em casos de grosseira infracção, ser alguma vez feita prova de qualquer omissão enganosa juridicamente relevante.”*

Por sua vez, práticas comerciais agressivas, nos termos do artigo 8.º da Directiva, consideram-se aquelas que *“no caso concreto, tendo em conta todas as suas características e circunstâncias, prejudicar ou for susceptível de prejudicar significativamente, devido a assédio, coacção — incluindo o recurso à força física — ou influência indevida, a liberdade de escolha ou o comportamento do consumidor médio em relação a um produto, e, por conseguinte, o conduza ou seja susceptível de o conduzir a tomar uma decisão de transacção que este não teria tomado de outro modo”*.

O artigo em causa refere-se, para além de assédio²⁶⁸ e coacção²⁶⁹, à influência indevida. Neste âmbito, deverá considerar-se influência indevida toda aquela em que o profissional utiliza a sua posição de poder para pressionar o consumidor, de modo que o consumidor fique limitado na sua capacidade de tomar uma decisão esclarecida mesmo que não recorra à coacção (seja ela física ou moral)^{270, 271}

²⁶⁶ *Vd.* HUGH COLLINS, “The Unfair Commercial Practices Directive”, *op. cit.*, p. 434.

²⁶⁷ *Vd.* JORGE PEGADO LIZ, “Práticas Comerciais Proibidas”, *op. cit.*, p. 126.

²⁶⁸ *Vd.* JOSÉ MASSAGUER FUENTES, “Las Prácticas Agressivas como Acto de Competencia Desleal”, *op. cit.*, p. 27 e 28.

²⁶⁹ *Vd.* JOSÉ MASSAGUER FUENTES, “Las Prácticas Agressivas como Acto de Competencia Desleal”, *op. cit.*, p. 28 e 29.

²⁷⁰ Por exemplo, é o caso de abuso de autoridade. *Vd.* ELIONORA CARDOSO, *As práticas comerciais desleais: Uma protecção nas relações com os consumidores ou uma limitação à livre concorrência e liberdade contratual?*, *op. cit.*, p. 56, JOSÉ MASSAGUER FUENTES, “Las

Nestes termos, nas práticas comerciais agressivas não existe o requisito do esclarecimento – através da influência indevida -, ou não se encontra preenchido o requisito da liberdade – através do recurso ao assédio e à coacção -, no processo de criação da vontade do consumidor²⁷².

Este regime trouxe problemas de aplicação em alguns Estados-Membros, que não se reviam nos conceitos jurídicos introduzidos na Directiva, como é o caso de “*diligência profissional*” ou de “*práticas enganosas*”. Na verdade, em alguns Estados estes termos utilizados na Directiva não encontravam qualquer referência próxima no direito interno, que levasse a justificar a regulação ou a rever-se na mesma.

A utilização da cláusula geral foi assim atendida para alguns Estados-Membros como um recurso totalmente descaracterizador do seu regime interno, em prol de uma unidade jurídica europeia, que beneficia os consumidores²⁷³. De facto, a utilização de uma cláusula geral, facilita o comércio e os negócios transfronteiriços, visto que permite um conhecimento antecipado das regras aplicáveis à relação de consumo, independentemente dos Estados-Membros envolvidos.

Porém, a exigência de uma cláusula geral aplicável em todos os Estados-Membros, independentemente do seu regime anterior em matéria de regulação de direito económico e de defesa dos consumidores não foi tarefa fácil, sendo até muito estranha em alguns ordenamentos jurídicos. Daqui depreende-se a dificuldade de realização prática da Directiva 2005/29/CE, que, por um lado, exige a aplicação de uma cláusula geral em todos os Estados-Membros e, por outro, dá total liberdade aos Estados para escolherem o regime dos meios de reacção e de sanção aplicável.

Conclui-se, então, que a cláusula geral deixou de parte a forma como os diferentes Estados-Membros lidavam com estas práticas, não atendendo à realidade nacional.

Prácticas Agressivas como Acto de Competencia Desleal”, *op. cit.*, p. 29 e 30 e CHRIS WILLETT, “Fairness and Consumer Decision Making under the Unfair Commercial Practices Directive”, *op. cit.*, p. 260.

²⁷¹ Neste âmbito, JOSÉ MASSAGUER FUENTES considera que “*Esta relación de medios debe considerarse exhaustiva. Dicho en otros términos, no existen otros medios «agresivos», esto es, no existen otros medios (distintos del acoso, coacción e influencia indebida) cuyo empleo determine la «agresividad» de una práctica*”. *Vd.* JOSÉ MASSAGUER FUENTES, “Las Prácticas Agressivas como Acto de Competencia Desleal”, *op. cit.*, p. 26.

²⁷² *Vd.* CLÁUDIA SOFIA GOMES ABRUNHOSA, “Práticas Comerciais Desleais – Um estudo da Directiva 2005/29/CE”, *op. cit.*, p. 107.

²⁷³ *Vd.* ELIONORA CARDOSO, *As práticas comerciais desleais: Uma proteção nas relações com os consumidores ou uma limitação à livre concorrência e liberdade contratual?*, *op. cit.*, p. 66.

3.5. A uniformização do regime

Na Directiva apresentada, a principal característica é a previsão da harmonização total do regime de proibição das práticas comerciais desleais nas relações entre profissionais e consumidores²⁷⁴, de forma a aumentar a confiança dos consumidores, o que leva a um melhor funcionamento do mercado interno, através da eliminação de obstáculos à livre circulação de serviços e de produtos.

Assim, é adoptada a técnica de harmonização total *“que MATTERA ha definido del siguiente tenor: «se produce una armonización total cuando una Directiva impone reglas que sustituyen en su totalidad a las normas nacionales existentes en la materia de modo que sólo pueda comercialzarse en todo el territorio de la Comunidad el producto que cumpla las exigencias fijadas por la Directiva comunitaria»”*²⁷⁵.

Com a harmonização são evitados conflitos entre os diferentes direitos e obrigações reconhecidos em cada Estado-Membro, permitindo, ainda assim, um nível elevado de protecção dos consumidores²⁷⁶.

Isto resulta da leitura do Considerando 5 da Directiva 2005/29/CE, segundo o qual *“ausência de regras uniformes à escala comunitária, os obstáculos à livre circulação de serviços e de produtos para lá das fronteiras ou à liberdade de estabelecimento podem justificar-se à luz da jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, desde que pretendam proteger objectivos de reconhecido interesse público e sejam proporcionais aos mesmos. Tendo em conta os objectivos comunitários, nos termos das disposições do Tratado e do direito comunitário derivado relativas à livre circulação e em conformidade com a política da Comissão em matéria de comunicações comerciais tal como indicado na comunicação da Comissão «Seguimento do Livro Verde sobre a comunicação comercial no mercado interno», esses obstáculos devem ser eliminados. Tais obstáculos só podem ser eliminados através da introdução de regras uniformes ao nível comunitário que estabeleçam um nível elevado de protecção dos consumidores e da clarificação de determinados conceitos legais, também ao*

²⁷⁴ A Directiva não disciplina e, por conseguinte, não harmoniza o regime aplicável às práticas desleais que apenas prejudiquem os interesses económicos dos concorrentes e/ou que diga respeito a relações entre profissionais. *Vd. DÁRIO MOURA VICENTE, “Concorrência Desleal: Diversidade de Leis e Direito Internacional Privado”, in: Direito Industrial, Coimbra, Almedina, 2012, Vol. VIII, p. 181-212, p. 203.*

²⁷⁵ *Vd. LUIS GONZÁLEZ VAQUÉ, “El Derecho del Consumo en la Unión Europea: la problemática planteada por la armonización mínima en las normativas comunitarias relativas a la protección de los consumidores”, apud CLÁUDIA SOFIA GOMES ABRUNHOSA, “Práticas Comerciais Desleais – Um estudo da Directiva 2005/29/CE”, op. cit., p. 58.*

²⁷⁶ *Vd. HUGH COLLINS, “The Unfair Commercial Practices Directive”, op. cit., p. 429.*

nível comunitário, na medida em que tal seja necessário para o bom funcionamento do mercado interno e para satisfazer a necessidade de segurança jurídica.”

O objectivo desta opção, provavelmente considerada a mais controversa²⁷⁷, é evitar que leis nacionais de regulação das práticas comerciais entrem em desacordo com o padrão de boa-fé adoptado pela Directiva. Nestes termos, os Estados-Membros não deverão promulgar normas opostas aos princípios da Directiva²⁷⁸, pelo que não estão autorizados a criar medidas mais rigorosas de protecção do consumidor²⁷⁹.

A harmonização pretendida levou, contudo, a que ocorresse uma diminuição de protecção verificada em alguns Estados-Membros, ao obrigar os Estados a praticarem determinado nível de protecção (inferior ao por estes estipulado), não podendo criar uma legislação nem mais, nem menos exigente do que a do regime apresentado. Neste sentido, é possível que em determinado Estado a opção pela harmonização máxima signifique um retrocesso no regime de protecção dos consumidores²⁸⁰.

Ainda que existam derrogações e excepções no âmbito da aplicação da Directiva²⁸¹, a harmonização máxima pode levar a uma redução das normas de protecção em alguns países com um grau de protecção do consumidor superior ao previsto na Directiva²⁸² e pode

²⁷⁷ Cfr. BRAM BENJAMIN DUIVENVOORDE, *The Consumer Benchmarks in the Unfair Commercial Practices Directive*, *op. cit.*, p. 13.

²⁷⁸ Neste âmbito, JORGE MORAIS CARVALHO indica que tratando-se de uma Directiva de harmonização máxima, “*a margem de liberdade dos Estados-Membros se encontrava consideravelmente limitada aquando da sua transposição*”. *Vd.* JORGE MORAIS CARVALHO, “Práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores”, *op. cit.*, p. 187 e 189.

²⁷⁹ *Vd.* HUGH COLLINS, “The Unfair Commercial Practices Directive”, *op. cit.*, p. 430, JAN TRZASKOWSKI, “Behavioural Economics, Neuroscience, and the Unfair Commercial Practices Directive”, *op. cit.*, p. 379 e V. BALOGH E K. J. CSERES, “Institutional Design in Hungary: A Case Study of the Unfair Commercial Practices Directive”, in: *Journal of Consumer Policy*, n.º 36, 2013, p. 343-365 (disponível em <http://link.springer.com/article/10.1007/s10603-013-9236-y>), p. 349.

²⁸⁰ *Vd.* HUGH COLLINS, “The Unfair Commercial Practices Directive”, *op. cit.*, p. 430, ASSUNÇÃO CRISTAS, “Concorrência desleal e protecção do consumidor: a propósito da Directiva 2005/29/CE”, *op. cit.*, p. 144, CLÁUDIA SOFIA GOMES ABRUNHOSA, “Práticas Comerciais Desleais – Um estudo da Directiva 2005/29/CE”, *op. cit.*, p. 60 e JORGE PEGADO LIZ, “A “lealdade” no comércio ou as desaventuras de uma iniciativa comunitária (análise crítica da Directiva 2005/29/CE)”, *op. cit.*, p. 74.

²⁸¹ Cfr., a título de exemplo, artigo 3.º, n.º 8 e 9 da Directiva 2005/29/CE. *Vd.* HUGH COLLINS, “The Unfair Commercial Practices Directive”, *op. cit.*, p. 431 e ASSUNÇÃO CRISTAS, “Concorrência desleal e protecção do consumidor: a propósito da Directiva 2005/29/CE”, *op. cit.*, p. 144.

²⁸² O que se veio a comprovar através de alguns Acórdãos do Tribunal de Justiça da União Europeia. *Vd.*, a título de exemplo, Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 23 de Abril de 2009 (Processos n.º C-261/07 e C-229/07).

desencorajar a experimentação de novos tipos de medidas de protecção para os consumidores contra práticas comerciais desleais²⁸³.

A uniformização total do regime das práticas comerciais desleais visa, assim, a criação do mercado único, em detrimento dos níveis mais elevados de protecção que já estavam definidos nos diferentes Estados-Membros.

No que concerne ao alcance da harmonização máxima optada pelo legislador europeu, o Tribunal de Justiça da União Europeia já teve oportunidade de pronunciar-se²⁸⁴, concluindo que a Directiva visa instituir regras uniformes relativas à matéria das práticas comerciais desleais, de modo a existir um elevado nível de protecção dos consumidores, bem como um bom funcionamento de mercado interno, pelo que “*os Estados-membros não podem adoptar medidas mais restritivas que as definidas pela directiva, mesmo para alcançarem um grau mais elevado de protecção dos consumidores*”.

Deste modo, o sentido da Directiva terá de predominar perante as normas internas nacionais, por força da cláusula geral de proibição.

Por outro lado, como ASSUNÇÃO CRISTAS²⁸⁵ bem aponta, ao optar pela harmonização máxima, é exigido aos Estados-Membros uma grande esforço na transposição da Directiva, uma vez que terão de identificar todos os normativos que possam introduzir limitações à livre prestação de serviços ou à livre circulação de mercadorias.

Esta solução não é contudo a mais praticada na União Europeia no âmbito da defesa dos consumidores, uma vez que habitualmente é optado o recurso à cláusula mínima, ou seja, é exigido um nível mínimo, sendo que os Estados-Membros poderão adoptar um regime que vá para além do definido no instrumento comunitário²⁸⁶.

²⁸³ Dada a amplitude do padrão geral de boa-fé e a considerável flexibilidade concedida aos Estados-Membros sobre os modos de aplicação e execução, esta última crítica pode ser ultrapassada. Assim, poderão existir novas medidas de protecção do consumidor através da exploração dos possíveis significados de boa-fé ou através da elaboração de novos métodos para garantir o cumprimento pelos profissionais. *Vd.* HUGH COLLINS, “The Unfair Commercial Practices Directive”, *op. cit.*, p. 432.

²⁸⁴ Cfr. Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 23 de Abril de 2009 (processos n.º C-261/07 e C-229/07).

²⁸⁵ *Vd.* ASSUNÇÃO CRISTAS, “Concorrência desleal e protecção do consumidor: a propósito da Directiva 2005/29/CE”, *op. cit.*, p. 145.

²⁸⁶ Como exemplo, veja-se o Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de Abril, onde o legislador nacional adoptou um regime mais protector do que o definido na Directiva 1999/44/CE, de 25 de Maio. Caso tivesse-se optado pelo regime da harmonização máxima, no caso do presente exemplo, os consumidores portugueses seriam prejudicados, uma vez que o nível de protecção concedido pela União Europeia era inferior ao concedido pelo legislador português.

No entanto, já aquando os trabalhos de preparação de Directiva, pelas discussões que foram existindo, foi, desde logo, afastada a opção do recurso à cláusula mínima.

O Parlamento Europeu²⁸⁷, neste âmbito, afirmou que a harmonização não visa a redução de protecção dos consumidores em certos Estados-Membros, mas tão só visa alcançar um nível elevado de protecção uno. Assim, o legislador europeu visou criar uma harmonização máxima como forma de criação de uma cláusula geral de proibição de práticas comerciais desleais.

Isto porque, ainda que já existissem diversas cláusulas gerais nos diferentes Estados²⁸⁸ neste âmbito e que, no fundo, estas não eram incompatíveis, impunha-se uma verdadeira uniformização nesta área, para que o nível de protecção dos consumidores atingidos fosse visivelmente superior, ao permitir que o consumidor, bem como os profissionais²⁸⁹, saibam quais as práticas consideradas desleais no seu país de origem e noutros Estados-Membros.

Neste âmbito, ainda que alguns Estados-Membros não possuíssem qualquer cláusula geral, todos os Estados tiveram de introduzir esta cláusula no seu ordenamento jurídico interno, nos moldes em que se encontra definida na Directiva.

A harmonização máxima tem a vantagem de eliminar qualquer diferença entre os regimes aplicados nos diferentes Estados-Membros, assegurando a certeza e segurança jurídica procurada no âmbito deste regime²⁹⁰ e garantindo-se uma protecção mais proveitosa²⁹¹.

Ainda assim, ressalvam-se os vários problemas que o recurso à harmonização máxima levanta, nomeadamente no que toca às diferenças de cultura, desenvolvimento económico e instrução entre os distintos Estados-Membros²⁹².

²⁸⁷ Vd. Resolução do Parlamento Europeu sobre a procura de protecção legal do consumidor à luz do Livro Verde da Comissão sobre a protecção do consumidor na União Europeia, COM (2001) 531 – C5-0294/2002 – 2002/2150 (COS), p. 55.

²⁸⁸ Grande parte dos Estados-Membros já tinham introduzido no seu ordenamento jurídico, cláusulas gerais neste sentido, ainda que concretizadas de forma distinta (ou seja, utilizando conceitos indeterminados diferentes) e fundadas em princípios jurídicos diferentes.

²⁸⁹ Vd. SALVATORE ORLANDO, "The Use of Unfair contractual Terms as an Unfair Commercial Practice", *op. cit.*, p. 37 e 38.

²⁹⁰ Vd. ELIONORA CARDOSO, *As práticas comerciais desleais: Uma protecção nas relações com os consumidores ou uma limitação à livre concorrência e liberdade contratual?*, *op. cit.*, p. 69 e s..

²⁹¹ Vd. HÉLIO T. RIGOR RODRIGUES, "A protecção dos consumidores vulneráveis nas práticas comerciais desleais: análise da directiva 2005/29/CE e do decreto-lei 57/2008", *op. cit.*, p. 89 e 90.

²⁹² Este problema é ainda agravado para os novos Estados-Membros, como é o caso do Chipre, que tem menos experiência em aplicar uma cláusula geral. Vd. AA.VV., *Unfair Commercial Practices – An analysis of the existing national laws on unfair commercial practices between business and consumers in the new Member States*, *op. cit.*, p. 73.

Dir-se-á ainda que os níveis de conhecimento de acesso à informação por parte dos consumidores europeus é verdadeiramente dispar nos Estados-Membros. Pelo que, o nível de consumidor médio num dos Estados-Membros poderá ser diferente de outro Estado-Membro, o que levará a problemas de aplicação do regime em negócios transfronteiriços.

Conclui-se ainda que a harmonização não é de fácil realização prática, uma vez que é complicado conciliar os diferentes ordenamentos jurídicos²⁹³.

Porém, concorda-se que a opção adoptada concede uma maior certeza e segurança jurídica ao consumidor, sendo, portanto, benéfica tendo em vista os interesses económicos dos consumidores²⁹⁴.

Contudo, a harmonização máxima seguida no âmbito da presente Directiva é afastada, nos termos do artigo 14.º, n.º5, ao permitir que exista manutenção ou adopção, pelos Estados-Membros, de disposições que assegurem uma protecção mais ampla dos profissionais e dos concorrentes em matéria de publicidade enganosa²⁹⁵.

3.6. Comentário crítico à Directiva 2005/29/CE, de 11 de Maio

A Directiva 2005/29/CE, após a sua publicação, acolheu algumas críticas de variadas origens.

Neste âmbito, ÓSCAR LÓPEZ SANTOS²⁹⁶ refere que a Directiva tem “*sérios problemas de interpretación para calibrar su alcance real y sus efectos sobre el entramado normativo que los Estados miembros mantienen en vigor*”. Assim, este autor considera que a Directiva é de difícil interpretação, o que dificulta a transposição da mesma nos diferentes Estados-Membros, podendo levar a uma eficácia praticamente inexistente²⁹⁷. Ainda assim, este mesmo autor não

²⁹³ O que irá levar, certamente, a que a aplicação da Lei varie entre os diferentes Estados-Membros. *Vd.* FERNANDO GÓMEZ POMAR, “The Unfair Commercial Practices Directive: A Law and Economics Perspective”, *op. cit.*, p. 11.

²⁹⁴ De facto, sem ser estipulada a harmonização máxima, os interesses dos consumidores não se encontrariam garantidos, visto que permitiria aos Estados-Membros estabelecerem autonomamente uma cláusula dispar nesta matéria.

²⁹⁵ Sendo neste caso, adoptada uma harmonização mínima e não máxima entre os diferentes Estados-Membros.

²⁹⁶ *Vd.* ÓSCAR LÓPEZ SANTOS, “La Directiva sobre prácticas comerciales desleales: antecedentes, descripción y comentario crítico”, *op. cit.*, p. 9.

²⁹⁷ No mesmo sentido, *vd.* MONIKA NAMYSLOWSKA, “To B2C or Not to B2C. Some Reflections on the Regulation of Unfair Commercial Practices from a Polish Perspective”, *op. cit.*, p. 340.

deixa de considerar, tal como o defendido na presente dissertação, que a Directiva pode, porém, vingar, exactamente devido a sua natureza problemática.

No mesmo sentido, JORGE PEGADO LIZ²⁹⁸ considera que a Directiva adoptou conceitos fundamentais que são subjectivos e “*insusceptíveis de verificação objectiva por padrões científicos ou comprováveis*”, nomeadamente as noções de *distorção substancial, diligência profissional, influência indevida e consumidor médio*²⁹⁹.

De facto, será de considerar que a Directiva não é de fácil interpretação, sendo mesmo obscura em alguns aspectos³⁰⁰, o que dificulta a transposição devida pelos Estados-Membros. Assim, esta dificuldade de interpretar a Directiva e de alguns dos seus conceitos faz com que os Estados-Membros facilmente façam uma interpretação indevida, que se reflete na discrepância entre os diplomas existentes nos diferentes Estados.

Outra crítica formulada é a opção pela inclusão de uma cláusula de proibição geral, através da harmonização máxima, que na presente dissertação foi analisada. Recordar-se que ao estabelecer uma cláusula proibitiva geral, deixa-se de considerar a realidade de cada Estado-Membro, o que faz com que em alguns Estados tivesse-se de encontrar uma solução para não ocorrer um confronto de opções. Porém, considera-se que esta opção legislativa foi a mais acertada, visto que permite atingir de forma mais proveitosa os objectivos presentes na Directiva³⁰¹.

Por outro lado, dir-se-á que a Directiva atribuiu aos tribunais competências que os habilitam a efectivar o regime em causa³⁰², sem lograr criar um verdadeiro mecanismo de informação e protecção quanto ao regime das práticas comerciais desleais³⁰³. De facto, sem existir um mecanismo que divulgue este regime, os consumidores não sabem da existência dele

²⁹⁸ *Vd.* JORGE PEGADO LIZ, “A “lealdade” no comércio ou as desaventuras de uma iniciativa comunitária (análise crítica da directiva 2005/29/CE)”, *op. cit.*, p. 75 a 78 e JORGE PEGADO LIZ, “Práticas Comerciais Proibidas”, *op. cit.*, p. 119.

²⁹⁹ Neste sentido, JAN TRZASKOWSKI considera que “*[d]espite full harmonization, the state of the law has not become much clearer (see Trzaskowski 2011). When commercial practises are to be considered unfair remains an open question, and in particular to what extent it will be left to the Member States to apply their own standards for professional diligence and assessment of when consumers’ economic behaviour is distorted*”. *Vd.* JAN TRZASKOWSKI, “Behavioural Economics, Neuroscience, and the Unfair Commercial Practises Directive” *op. cit.*, p. 379.

³⁰⁰ A título de exemplo, *vd.* artigo 5.º, n.º3 da Directiva 2005/29/CE.

³⁰¹ No mesmo sentido, *vd.* HÉLIO T. RIGOR RODRIGUES, “A protecção dos consumidores vulneráveis nas práticas comerciais desleais: análise da directiva 2005/29/CE e do decreto-lei 57/2008”, *op. cit.*, p. 90.

³⁰² *Vd.* artigo 11.º, n.º 2 da Directiva 2005/29/CE.

³⁰³ *Vd.* ELIONORA CARDOSO, *As práticas comerciais desleais: Uma protecção nas relações com os consumidores ou uma limitação à livre concorrência e liberdade contratual?*, *op. cit.*, p. 67.

ou, se sabem, não tem a verdadeira noção do que é considerado uma prática desleal, bem como não sabem como poderão reagir.

Assim, deveria ter sido prevista uma forma eficaz de dar a conhecer, aos consumidores, o regime em causa, para evitar o seu desconhecimento e, por conseguinte, a falta de aplicação prática do mesmo.

Acresce que, a apreciação da distorção do comportamento económico do consumidor por um consumidor médio é outra das críticas apontadas a este regime. De facto, como já foi possível de verificar, esta noção de “*consumidor médio*” não é de fácil aplicação prática, o que se aferiu pela jurisprudência existente. Ainda assim, considera-se que a aplicação deste conceito foi correcta, visto que foi uma forma de protecção, ao criar noções uniformes para a aplicação do regime, que dificilmente seriam possíveis de outra forma.

Considera-se, porém, que a noção de consumidor³⁰⁴, deverá ser alargada, de modo a que a Directiva possa chegar a um maior número de entidades que também são prejudicadas pelo recurso a práticas comerciais desleais.

Por outro lado, tal como ELIONORA CARDOSO³⁰⁵, considera-se que a Directiva poderá ainda ir mais longe, incluindo uma protecção de todos os intervenientes nas relações de consumo, nomeadamente, que defenda os interesses das empresas contra os seus concorrentes, quando a actuação com recurso a determinadas práticas afecte não só os consumidores, mas também os concorrentes.

Acresce ainda que a Directiva se deveria ter debruçado com mais rigor e especificidade no que toca ao direito à informação, de modo a que os requisitos de informação enumerados, bem como os elementos que deverão ser informados ao consumidor, deveriam ser ampliados e acautelados. Assim, a ocorrer uma revisão da Directiva, deverá o direito à informação ser reforçado³⁰⁶, passando a ser um dos pontos essenciais para a determinação de

³⁰⁴ Prevista no artigo 2.º, alínea a) da Directiva 2005/29/CE.

³⁰⁵ *Vd. ELIONORA CARDOSO, As práticas comerciais desleais: Uma protecção nas relações com os consumidores ou uma limitação à livre concorrência e liberdade contratual?, op. cit., p. 89.*

³⁰⁶ *Através da criação de patamares mínimos de protecção, especificamente nas relações contratuais. Vd. ELIONORA CARDOSO, As práticas comerciais desleais: Uma protecção nas relações com os consumidores ou uma limitação à livre concorrência e liberdade contratual?, op. cit., p. 88.*

uma prática comercial como leal ou desleal, para além da diligência profissional e o comportamento económico do consumidor³⁰⁷.

Conclui-se, então, que o regime das práticas comerciais desleais poderá alargar o seu âmbito, para que realmente ocorra uma verdadeira protecção de todos os prejudicados por essas práticas³⁰⁸, para além de alargar a protecção concedida aos consumidores, através da densificação do direito à informação.

Deve ainda o regime ter uma maior eficácia, dada a situação económica da União Europeia, para que se salvguarde o objectivo do mercado único europeu.

³⁰⁷ Sobre o direito à informação, JORGE PEGADO LIZ considera, no entanto, que “[a] nova Directiva espelha, e leva às últimas consequências, a nova orientação da Comissão em termos de política de protecção e defesa dos consumidores, e segundo a qual o essencial é fornecer informação para que, devidamente informados, os consumidores livremente façam as suas opções em face da oferta dos profissionais. Para esta filosofia, os consumidores, desde que devida e correctamente informados, nada mais tem a reivindicar ou a exigir para a sua protecção ou a sua defesa.” *Vd.* JORGE PEGADO LIZ, “Práticas Comerciais Proibidas”, *op. cit.*, p. 116. *Vd.* ainda no mesmo sentido, ROSSELLA INCARDONA E CRISTINA PONCIBÒ, “The average consumer, the unfair commercial practices directive, and the cognitive revolution”, *op. cit.*, p. 31.

³⁰⁸ Neste âmbito, SIOBHAN MCCONNELL afirma que os tribunais do Reino Unido estão a ter uma abordagem ampla da Directiva, de forma a se aplicar a mais casos. *Vd.* SIOBHAN MCCONNELL, “Consumer Protection from Unfair Trading Regulations 2008 – What Constitutes a Commercial Practice?”, in: *The Journal of Criminal Law*, n.º 77, 2013, p. 365-370, p. 369.

4. O Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de Março

O Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de Março transpôs para a ordem jurídica interna portuguesa a Directiva 2005/29/CE, tratando, deste modo, o regime das práticas comerciais desleais.

Num primeiro plano, verifica-se que o legislador nacional não aproveitou a oportunidade de aprovar o Código do Consumidor, que até aos dias de hoje se encontra parado³⁰⁹.

No âmbito da transposição portuguesa, constata-se ainda que o legislador português, ainda que pudesse efectivar algumas alterações aquando a transposição, seguiu de perto a Directiva sobre o regime das práticas comerciais desleais, sem grandes inovações³¹⁰, sendo que optou, contudo, alterar alguns pontos que não seriam necessários alterar³¹¹.

Por outro lado, ao invés de integrar sistematicamente o regime no direito existente, o legislador optou, erradamente, pela publicação autónoma em Decreto-Lei³¹².

A demora da transposição da Directiva, para além do prazo concedido no artigo 19.º da Directiva 2005/29/CE, foi justificada nos termos do artigo 3.º, n.º5 da Directiva³¹³, ao permitir que “*[p]or um período de seis anos após 12 de Junho de 2007, os Estados-Membros podem continuar a aplicar disposições nacionais, no domínio sujeito a uma aproximação por força da presente directiva, que sejam mais restritivas ou prescritivas do que a presente directiva e que apliquem directivas que contenham cláusulas de harmonização mínima.*”³¹⁴

³⁰⁹ *Vd.* ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, “A transposição da Directiva sobre Práticas Comerciais Desleais (Directiva 2005/29/CE) em Portugal pelo Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de Março”, in: AA.VV., *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Coimbra, Almedina, Vol. I, 2011, p. 569-585, p. 572.

³¹⁰ Neste âmbito, afirma JORGE PEGADO LIZ que “*na medida em que, não sendo a transposição pura e simplesmente a cópia do texto comunitário, haveria de ter sido feita adequada análise dos novos preceitos comunitários à luz do sistema do direito interno vigente para sua integração e compatibilização. Este trabalho, pura e simplesmente, não foi feito.*” *Vd.* JORGE PEGADO LIZ, “A “transposição” da Directiva relativa às práticas comerciais desleais no Ante-Projecto do Código do Consumidor”, in: *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n.º 49, 2007, p. 20-25, p. 21.

³¹¹ *Vd.* JORGE PEGADO LIZ, “A “transposição” da Directiva relativa às práticas comerciais desleais no Ante-Projecto do Código do Consumidor”, *op. cit.*, p. 24.

³¹² *Vd.* JORGE PEGADO LIZ, “Práticas Comerciais Proibidas”, *op. cit.*, p. 146.

³¹³ Para além de razões de ordem política e económica.

³¹⁴ JOÃO ALVES considera, no entanto, que este período de transição de 6 anos “*afigura-se longo*”. Contudo será de considerar que este período permitiu aos Estados-Membros a gestão da transição para uma harmonização total. *Vd.* JOÃO ALVES, “A Publicidade e a Directiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Maio de 2005, relativa às Práticas Comerciais Desleais das Empresas face aos

Desta forma, a própria Directiva autorizava que os Estados-Membros ultrapassassem o período inicialmente previsto para a transposição, desde que tal visasse uma melhor protecção dos consumidores. De facto, ainda que tal protelasse a efectiva aplicação do regime criado com a Directiva, que inicialmente se queria urgente para que ocorresse uma verdadeira harmonização no mercado, considerou-se que era um “*mal necessário*”, dada a dificuldade da sua aplicabilidade prática³¹⁵.

Ainda que tal significasse que por um período de tempo existisse uma co-existência de diferentes regimes nos diversos Estados, o momento da transposição da Directiva ficou, assim, ao critério de cada Estado-Membro.

Neste âmbito, ELIONORA CARDOSO³¹⁶ considera que esta permissão concedida aos Estados-Membros permitiu que se comprometesse o objectivo e finalidade da Directiva, ou seja, dificultou a aproximação legislativa dos diversos Estados, bem como dificultou o funcionamento mais efectivo do mercado interno³¹⁷.

4.1. O novo regime legal das práticas comerciais desleais

O legislador português, no âmbito do Decreto-Lei n.º 57/2008, no seguimento da Directiva 2005/29/CE, considerou que o regime de proibição das práticas comerciais desleais era essencial para que os consumidores adquirissem mais confiança na realização de negócios, o que inclui as transacções comerciais transfronteiriças, garantindo, simultaneamente, a concorrência.

Antes da criação deste regime que resultou da transposição da Directiva, a tutela das práticas comerciais desleais encontrava-se, em regra, a cargo do Direito Comercial. Desta forma, os profissionais que actuassem segundo determinadas práticas que violavam as obrigações ético-profissionais eram punidos através do instituto da Concorrência Desleal.

Consumidores no Mercado Interno”, in: *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n.º 48, Dezembro de 2006, p. 65-76, p. 76 e CLÁUDIA SOFIA GOMES ABRUNHOSA, “Práticas Comerciais Desleais – Um estudo da Directiva 2005/29/CE”, *op. cit.*, p. 77.

³¹⁵ Vd. ELIONORA CARDOSO, *As práticas comerciais desleais: Uma protecção nas relações com os consumidores ou uma limitação à livre concorrência e liberdade contratual?*, *op. cit.*, p. 136.

³¹⁶ Vd. ELIONORA CARDOSO, *As práticas comerciais desleais: Uma protecção nas relações com os consumidores ou uma limitação à livre concorrência e liberdade contratual?*, *op. cit.*, p. 137.

³¹⁷ Ainda que no nosso ordenamento jurídico não tenham existido grandes prejuízos, uma vez que a ordem jurídica interna portuguesa já utilizava grande parte dos termos constantes da Directiva 2005/29/CE.

A grande diferença entre o regime aplicado antes do Decreto-Lei n.º 57/2008 e o actual é, assim, a legitimidade de reacção contra estas práticas. No regime anterior só os comerciantes lesados poderiam reagir, uma vez que o regime da Concorrência Desleal é direccionado (directamente) para eles³¹⁸.

Ainda que o regime em causa fosse proibido através do instituto da Concorrência Desleal e não através do Direito do Consumidor, considera-se, como se verá adiante, que estes dois institutos estão intimamente relacionados, podendo-se afirmar, neste âmbito, que “*a concorrência é o melhor amigo do consumidor*”³¹⁹. Deste modo, o consumidor encontra-se sempre protegido, de forma indirecta, pelo regime da concorrência desleal, visto que é tutelado o interesse dos consumidores num funcionamento racional de mercado³²⁰, ainda que não seja este o objectivo directo da concorrência desleal³²¹.

Neste novo regime, foram previstas diversas definições, no artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 57/2008, que até ao momento o legislador não as tinha desenvolvido.

Dada a definição de “*prática comercial*” no artigo 3.º, alínea d) do Decreto-Lei n.º 57/2008, o âmbito de aplicação do Decreto-Lei é, tal como o da Directiva, muito amplo, o que leva a ter em consideração quase todas as situações em que existe uma relação de consumo, ou seja, quando existe uma relação directa entre o profissional e o consumidor, permitindo “*incluir toda e qualquer conduta do profissional praticada nos preliminares ou na formação de negócios de consumo e com estes relacionados.*”³²²

Nos termos do artigo 5.º, n.º1 do Decreto-Lei 57/2008, “[*é desleal qualquer prática comercial desconforme à diligência profissional, que distorça ou seja susceptível de distorcer de maneira substancial o comportamento económico do consumidor seu destinatário ou que afecte este relativamente a certo bem ou serviço.*”

³¹⁸ Assim, os consumidores, antes da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 57/2008, não eram directamente tutelados, ainda que figurassem como “*principais objectos de toda a disputa*”. *Vd. ELIONORA CARDOSO, As práticas comerciais desleais: Uma protecção nas relações com os consumidores ou uma limitação à livre concorrência e liberdade contratual?, op. cit., p. 138.*

³¹⁹ *Vd. EIKE VON HIPPEL, “Verbraucherschutz”, apud ELIONORA CARDOSO, As práticas comerciais desleais: Uma protecção nas relações com os consumidores ou uma limitação à livre concorrência e liberdade contratual?, op. cit., p. 138.*

³²⁰ Ao se proteger os concorrentes, uma vez que existe uma interligação de interesses, protege-se os consumidores.

³²¹ O objectivo da concorrência desleal sempre será a tutela dos interesses dos concorrentes.

³²² *Vd. LUIS MENEZES LEITÃO, “As práticas comerciais desleais nas relações de consumo”, op. cit., p. 425.*

Assim, estando perante uma prática comercial, tal como previsto na Directiva 2005/29/CE, é necessário aferir a sua lealdade ou deslealdade através de dois requisitos: a desconformidade da prática face à diligência profissional e o efeito ou susceptibilidade de distorção de forma substancial o comportamento do consumidor³²³.

A diligência profissional, nos termos do artigo 3.º, alínea h) do Decreto-Lei n.º 57/2008, corresponde ao “*padrão de competência especializada e de cuidado que se pode razoavelmente esperar de um profissional nas suas relações com os consumidores, avaliado de acordo com a prática honesta de mercado e ou com o princípio geral de boa fé no âmbito da actividade profissional*”. Assim, existe uma correspondência com a definição dada na Directiva, ao considerar que a diligência profissional é aquela que é exigida de cada profissional, de acordo com a prática honesta de mercado e o princípio da boa-fé.

Nestes termos, considera-se que a utilização da expressão “*diligência profissional*”, também utilizada na Directiva, é bastante vaga, ao exigir que as actuações do profissional sejam segundo os usos honestos praticados no âmbito de uma actividade comercial³²⁴, o que pode dificultar a sua aplicação nos ordenamentos jurídicos internos.

Assim, há quem considere³²⁵, posição com a qual se concorda, que deverá ser feita uma outra interpretação da diligência profissional, no sentido de que os usos honestos deverão ser aferidos no âmbito da actividade específica do profissional, uma vez que os usos poderão ser muito distintos, consoante a actividade profissional que se exerce.

Deste modo, torna-se possível e mais eficaz a aplicação do requisito da diligência profissional, através de uma apreciação concreta da actividade em causa. Assim, a diligência profissional dependerá da determinação da competência especializada aferida subjectivamente e através do Código de Conduta³²⁶ aplicável à actividade em causa.

³²³ Vd. LUÍS MENEZES LEITÃO, “As práticas comerciais desleais nas relações de consumo”, *op. cit.*, p. 426 e s.

³²⁴ Vd. ELIONORA CARDOSO, *As práticas comerciais desleais: Uma protecção nas relações com os consumidores ou uma limitação à livre concorrência e liberdade contratual?*, *op. cit.*, p. 142.

³²⁵ Vd. ELSA DIAS OLIVEIRA, “Práticas Comerciais Proibidas”, *op. cit.*, p. 152 e ELIONORA CARDOSO, *As práticas comerciais desleais: Uma protecção nas relações com os consumidores ou uma limitação à livre concorrência e liberdade contratual?*, *op. cit.*, p. 143.

³²⁶ Definido, nos termos do artigo 3.º, alínea f) do Decreto-Lei n.º 57/2008, como “*o acordo ou conjunto de normas, não impostas por disposições legislativas, regulamentares ou administrativas, que define o comportamento de profissionais que se comprometem a ficar vinculados por este código no que diz respeito a uma ou várias práticas comerciais ou sectores de actividade específicos*”.

Acresce que, a actuação do profissional deverá prejudicar (ou ser susceptível de prejudicar) sensivelmente as decisões dos consumidores, ao levá-los a tomar uma decisão que não tomariam se tivessem devidamente instruídos. Neste âmbito, a prática comercial será desleal quando a mesma for a causa da alteração (ou da susceptibilidade de alteração) do comportamento económico do consumidor médio³²⁷.

O legislador exige, desta forma, a existência de liberdade dos consumidores em contratarem com os profissionais que entenderem, sem ser influenciados ou enganados de qualquer forma.

4.1.1. O consumidor médio

Nos termos do artigo 5.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 57/2008, “[o] carácter leal ou desleal da prática comercial é aferido utilizando-se como referência o consumidor médio, ou o membro médio de um grupo, quando a prática comercial for destinada a um determinado grupo de consumidores.”

O diploma nacional introduz, assim, a mesma referência para o apuramento da lealdade ou deslealdade de uma prática comercial utilizada na Directiva 2005/29/CE, visto que o legislador não se poderia apenas cingir à distorção substancial do comportamento económico do consumidor para aferir as situações onde haja práticas comerciais desleais praticadas pelo profissional.

Neste âmbito, questiona-se se o ordenamento jurídico português logrou atingir uma concretização da noção que permitisse uma aplicação una do mesmo.

O Decreto-Lei n.º 57/2008 acaba por não especificar o que se deverá entender por consumidor médio. Assim, parece-nos que será de aplicar a mesma definição já apresentada aquando do estudo da Directiva 2005/29/CE, aplicável pelo Tribunal de Justiça da União Europeia³²⁸.

A utilização da referência de consumidor médio leva a que se considere mais do que o caso em concreto, tendo de se avaliar o modo de actuação da média dos consumidores. No entanto, um consumidor, ao actuar no âmbito de uma relação de consumo, não faz uma análise

³²⁷ *Vd.* JORGE PEGADO LIZ, “A “lealdade” no comércio ou as desaventuras de uma iniciativa comunitária (análise crítica da Directiva 2005/29/CE”, *op. cit.*, p. 76.

³²⁸ Ou seja, deverá considerar-se consumidor médio aquele que, em circunstâncias normais, se encontra informado e razoavelmente advertido e atento. Deste modo, o nível de informação e de atenção do consumidor servirão de base para aferir se a acção do profissional teve recurso de uma prática comercial desleal ou não.

exaustiva de como é que o consumidor médio agiria, pelo que esta referência não se apresenta como uma solução que permita ao consumidor obter uma base de referência no momento de actuação.

Por outro lado, discute-se se os consumidores em Portugal são, em regra, informados, visto que o Estado Português parece não cumprir com a obrigação que lhe é adstrita pelo artigo 1.º da Lei de Defesa do Consumidor³²⁹.

No entanto, tal como considerou-se no estudo da Directiva 2005/29/CE, a referência ao consumidor médio não deixa de ser essencial para, conjuntamente com outras referências, aferir os recursos a práticas comerciais desleais por parte dos profissionais.

Tal como previsto na Directiva 2005/29/CE, o artigo 6.º, alínea a) do Decreto-Lei n.º 57/2008 prevê uma protecção especial quando o público-alvo das práticas comerciais desleais seja um grupo vulnerável, em função da sua doença mental ou física, idade ou credulidade.

Esta protecção deve-se ao facto de que com a condição intelectual e emocional deste tipo de consumidores, estes não compreendem da mesma forma as condições que a generalidade dos consumidores³³⁰.

Assim, quanto à generalidade dos consumidores aplica-se o regime do consumidor médio, porém, quando se esteja perante um consumidor que necessita de cuidados especiais, o ponto de referência também será necessariamente distinto, ou seja, nestes casos, a referência aplicável é através do elemento médio do grupo vulnerável de consumidores.

A aplicação da proibição nestes casos especiais dependerá, tal como previsto na Directiva 2005/29/CE, da possibilidade de o profissional poder prever que a sua conduta seria susceptível de alterar o comportamento económico do consumidor vulnerável.

No entanto, considera-se que o legislador poderia ter ido mais longe do que o regime estipulado na Directiva 2005/29/CE³³¹, ao criar um regime mais claro e abrangente na

³²⁹ Segundo a qual "*[i]ncumbe ao Estado, às regiões autónomas e às autarquias locais proteger o consumidor, designadamente através do apoio à constituição e funcionamento das associações de consumidores e de cooperativas de consumo, bem como à execução do disposto na presente lei*" e "*[a] incumbência geral do Estado na protecção dos consumidores pressupõe a intervenção legislativa e regulamentar adequada em todos os domínios envolvidos.*"

³³⁰ Veja-se, por exemplo, o caso das pessoas mais crédulas. Neste caso, com a modernização do mercado, basta um "clique" para que o negócio seja celebrado sem mais, pelo que uma pessoa bastante influenciável facilmente celebra o contrato, sem se aperceber da distorção do seu comportamento económico.

³³¹ Na verdade, em ambos os diplomas, o legislador previu um artigo que concede uma protecção vaga e abstracta dos consumidores que são especialmente mais vulneráveis.

protecção dos consumidores vulneráveis, visto que estes não conseguem ter o mesmo discernimento para entender as causas que levaram a distorcer o seu próprio comportamento económico³³². De facto, o Decreto-Lei n.º 57/2008 poderia ter evidenciado um regime único na protecção destes consumidores especiais, através de um regime mais concretizável e dissuasor, sem ter violado a harmonização máxima exigida do regime previsto na Directiva.

4.1.2. As práticas comerciais desleais em específico

Ao analisar o Decreto-Lei n.º 57/2008, verifica-se que o mesmo especifica três tipos diferentes de práticas comerciais desleais em especial³³³, tal como ocorre na Directiva 2005/29/CE: as acções enganosas, as omissões enganosas e as práticas comerciais agressivas.

4.1.2.1. As acções enganosas

Nos termos do artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 57/2008, “[é] enganosa a prática comercial que contenha informações falsas ou que, mesmo sendo factualmente correctas, por qualquer razão, nomeadamente a sua apresentação geral, induza ou seja susceptível de induzir em erro o consumidor em relação a um ou mais dos elementos a seguir enumerados e que, em ambos os casos, conduz ou é susceptível de conduzir o consumidor a tomar uma decisão de transacção que este não teria tomado de outro modo [...]”.

Assim, para que uma determinada prática seja considerada uma acção enganosa é necessário que tenham sido transmitidas ao consumidor informações falsas ou que, apesar de factualmente correctas, induzam ou possam induzir em erro o consumidor quanto a alguns dos elementos que sejam enumerados nas diversas alíneas do n.º 1 do artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 57/2008³³⁴. Por outro lado, é ainda necessário que esta prática leve o consumidor a tomar uma decisão negocial que não tomaria de outro modo.

³³² *Vd. ELIONORA CARDOSO, As práticas comerciais desleais: Uma protecção nas relações com os consumidores ou uma limitação à livre concorrência e liberdade contratual?, op. cit., p. 150.*

³³³ Deste modo, a cláusula geral prevista no artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 57/2008 só é aplicada quando não se verifica nenhuma das práticas comerciais em especial. *Vd. CECILE DEFORGE, “Les pratiques commerciales déloyales des entreprises à l’égard des consommateurs”, p. 7-52 (disponível em <https://orbi.ulg.ac.be/bitstream/2268/101263/1/Cup.%20pdf.pdf>), p. 34.*

³³⁴ A celebração de um negócio válido com recurso a práticas comerciais leais depende, entre outros elementos, da informação verdadeira que tenha sido transmitida de forma clara ao consumidor, de forma a que o consumidor possua um verdadeiro conhecimento do objecto alvo da prática comercial. *Vd. ELIONORA CARDOSO, As práticas comerciais desleais: Uma protecção nas relações com os consumidores ou uma limitação à livre concorrência e liberdade contratual?, op. cit., p. 155.*

Aquando a prática de uma acção enganosa, a decisão do consumidor em contratar com o profissional fica, deste modo, viciada por informações incorrectas relativas ao objecto que é alvo da prática, no que respeita, nomeadamente, à existência ou a natureza do bem ou serviço [alínea a), do n.º 1, do artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 57/2008], às características principais do bem ou serviço [alínea b)]³³⁵, ao conteúdo e à extensão dos compromissos assumidos pelo profissional, à motivação da prática comercial e a natureza do processo de venda, bem como à utilização de qualquer afirmação ou símbolo indicativos de que o profissional, o bem ou o serviço beneficiam, directa ou indirectamente, de patrocínio ou de apoio [alínea c)], ao preço, à forma de cálculo do preço ou a existência de uma vantagem específica relativamente ao preço [alínea d)], à necessidade de prestação de um serviço, de uma peça, da substituição ou da reparação do bem [alínea e)], à natureza, aos atributos e aos direitos do profissional ou do seu agente [alínea f)]³³⁶ ou aos direitos do consumidor [alínea g)]³³⁷.

Assim, verifica-se que a proibição das práticas comerciais desleais, especialmente no que toca às acções enganosas, vai muito além da obrigatoriedade informar de forma correcta as características essenciais do contrato celebrado com o consumidor. Pelo que o profissional é obrigado a prestar informações claras e verdadeiras nos mais variados âmbitos.

A enunciação dos exemplos das informações que terão de ser transmitidas ao consumidor de forma clara e correcta prevista no artigo 7.º, n.º1 do Decreto-Lei 57/2008 não é exhaustiva, pelo que poderão existir outras informações relevantes para este efeito³³⁸.

³³⁵ Por características principais deverá se entender, nos termos da mesma alínea, “[...] a sua disponibilidade, as suas vantagens, os riscos que apresenta, a sua execução, a sua composição, os seus acessórios, a prestação de assistência pós-venda e o tratamento das reclamações, o modo e a data de fabrico ou de fornecimento, a entrega, a adequação ao fim a que se destina e as garantias de conformidade, as utilizações, a quantidade, as especificações, a origem geográfica ou comercial ou os resultados que podem ser esperados da sua utilização, ou os resultados e as características substanciais dos testes ou controlos efectuados ao bem ou serviço”.

³³⁶ Tais “[...] como a sua identidade e o seu património, as suas qualificações, o preenchimento dos requisitos de acesso ao exercício da actividade, o seu estatuto, ou as suas relações, e os seus direitos de propriedade industrial, comercial ou intelectual, ou os prémios e distinções que tenha recebido”. Assim, o profissional deverá dar a conhecer os verdadeiros moldes em que exerce a sua actividade, não inventando qualificações, prémios ou características que o definem.

³³⁷ “[...] em particular os direitos de substituição, de reparação, de redução do preço ou de resolução do contrato nos termos do disposto no regime aplicável à conformidade dos bens de consumo, e os riscos a que o consumidor pode estar sujeito”. Apesar de a alínea em causa não referir expressamente, o legislador exige que o profissional indique correcta e esclarecidamente todas as regras referentes à garantia dos bens ou serviços prestados. Neste sentido, é de atender ao Decreto-Lei n.º 84/2008, referente a alguns aspectos da venda de bens de consumo e das garantias que lhe são inerentes.

³³⁸ *Vd.*, no mesmo sentido, ELIONORA CARDOSO, *As práticas comerciais desleais: Uma protecção nas relações com os consumidores ou uma limitação à livre concorrência e liberdade contratual?*, *op. cit.*, p. 155.

Uma vez que o artigo em causa não é exaustivo, deverão ainda ser tidas em conta as características e especificidades de cada caso³³⁹. Desta forma, o legislador português obriga a uma análise casuística, para que se possa aferir a totalidade dos elementos essenciais³⁴⁰.

Daqui resulta que para o consumidor se encontrar devida e adequadamente informado é necessário que o profissional não o engane e o esclareça devidamente quanto a todos os elementos essenciais³⁴¹. Só desta forma é possível a realização de um negócio esclarecido e sem enganar, ou seja, sem recurso a acções enganosas proibidas pelo Decreto-Lei n.º 57/2008.

Acresce que, tendo em conta as circunstâncias do caso em concreto, serão ainda consideradas acções enganosas aquelas que envolvam “[q]ualquer actividade de promoção comercial relativa a um bem ou serviço, incluindo a publicidade comparativa, que crie confusão com quaisquer bens ou serviços, marcas, designações comerciais e outros sinais distintivos de um concorrente” [cfr. artigo 7.º, n.º 2, alínea a) do Decreto-Lei n.º 57/2008] ou que envolva “[o] incumprimento pelo profissional de compromisso efectivo decorrente do código de conduta a que está vinculado no caso de ter informado, na prática comercial, de que se encontrava vinculado àquele código” [cfr. artigo 7.º, n.º 2, alínea b) do Decreto-Lei n.º 57/2008].

Conforme refere CARLOS LEMA DEVESA, referindo-se ao sistema aplicável em Espanha, “la norma citada desincentiva la participación en los sistemas de autodisciplina, puesto que – obviamente- los empresarios que no forman parte de los mismos, nunca podrán incurrir en tal acto desleal”³⁴².

Por outro lado, salienta-se o facto de apenas se estar perante uma acção enganosa nos termos do artigo 7.º, n.º 2, alínea b) do Decreto-Lei n.º 57/2008 quando a entidade fornecedora do bem ou prestadora do serviço se encontrar vinculado a um Código de Conduta e

³³⁹ No mesmo sentido, *vd.* JORGE MORAIS CARVALHO, “Práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores”, *op. cit.*, p. 202. Em sentido contrário, *vd.* JORGE PEGADO LIZ, “A “lealdade” no comércio ou as desventuras de uma iniciativa comunitária (análise crítica da Directiva 2005/29/CE)”, *op. cit.*, p. 65 e 80.

³⁴⁰ Cfr. artigo 7.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 57/2008.

³⁴¹ Este direito do consumidor em ser informado e esclarecido também se encontra previsto no artigo 8.º da Lei de Defesa do Consumidor, onde se encontram plasmados os pontos mais relevantes que terão, obrigatoriamente, de ser transmitidos ao consumidor.

³⁴² *Vd.* CARLOS LEMA DEVESA, “El engaño publicitario al consumidor”, in: AA.VV., *Las Prácticas Comerciales Desleales*, n.º 7, CEACCU, 2010, p. 13-25, p. 20.

tiver informado o consumidor que se encontrava vinculado a esse código³⁴³. Deste modo, a aplicação desta alínea fica praticamente esvaziada de conteúdo, visto que o profissional não tem qualquer interesse em informar o consumidor da sua vinculação a um Código de Conduta, podendo assim controlar a aplicação do regime em causa.

Considera-se, tal como ELIONORA CARDOSO³⁴⁴, que o legislador português deveria obrigar a totalidade dos profissionais que estejam vinculados a Códigos de Conduta a informar os consumidores desta mesma vinculação. Só assim, quando efectivamente existissem Códigos de Conduta aplicáveis à actividade profissional em causa, estas entidades não poderiam contornar o regime, ao não informar o consumidor da sua vinculação a um Código de Conduta.

Porém, ao contrário do que deveria ocorrer, não existem, tanto no ordenamento jurídico português, como no europeu, Códigos de Conduta aplicáveis a todos os profissionais de forma obrigatória³⁴⁵.

O direito à informação assume, neste âmbito, um importante pilar no que respeita aos direitos dos consumidores, não podendo o profissional actuar enganosamente, levando o consumidor a ser induzido em erro e a tomar uma decisão que não tomaria se não tivesse sido enganado pelo profissional.

Ainda no âmbito das acções enganosas, o legislador vem, no artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 57/2008, distinguir inúmeras acções que serão sempre enganosas, independentemente das circunstâncias do caso em concreto³⁴⁶. As situações descritas neste artigo são claramente casos em que o profissional está a enganar o consumidor ao transmitir informações erradas que são

³⁴³ Não é, portanto, suficiente que exista um Código de Conduta que vincule o profissional, sendo ainda necessário que seja feita uma comunicação à outra parte, para que se efective um incumprimento do estipulado. *Vd. ELIONORA CARDOSO, As práticas comerciais desleais: Uma proteção nas relações com os consumidores ou uma limitação à livre concorrência e liberdade contratual?, op. cit., p. 159.*

³⁴⁴ *Vd. ELIONORA CARDOSO, As práticas comerciais desleais: Uma proteção nas relações com os consumidores ou uma limitação à livre concorrência e liberdade contratual?, op. cit., p. 159.*

³⁴⁵ Nos dias de hoje, são praticamente inexistentes os Códigos de Conduta no âmbito do comércio, de modo que o artigo 7.º, n.º2, alínea b) do Decreto-Lei n.º 57/2008 fica vazio de qualquer sentido prático. *Vd. ELIONORA CARDOSO, As práticas comerciais desleais: Uma proteção nas relações com os consumidores ou uma limitação à livre concorrência e liberdade contratual?, op. cit., p. 158.*

³⁴⁶ Assim, para averiguar de uma determinada conduta constitui uma prática desleal enganosa, o operador jurídico terá de seguir um processo lógico, ou seja, em primeiro lugar, terá de analisar se essa conduta se insere na lista prevista no artigo 8.º e, caso não se insira em nenhum dos casos apresentados, terá, então, que analisar se se encontram preenchidos os pressupostos do artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 57/2008. No mesmo sentido, *vd. MANUEL JESÚS MARÍN LÓPEZ, "Otras prácticas engañosas. La "lista negra" de prácticas comerciales engañosas con consumidores", in: AA.VV., Las Prácticas Comerciales Desleales, n.º 7, CEACCU, 2010, p. 63-80, p. 66.*

facilmente susceptíveis de afectar a capacidade deste em tomar decisões sobre o produto, levando-o a tomar uma decisão que não tomaria de outro modo.

Coloca-se a dúvida se estas situações serão enganosas ainda que não preencham os requisitos plasmados no artigo 7.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 57/2008 ou se apenas serão proibidas quando preencham esses pressupostos. Se por um lado se pode considerar que estas práticas são desleais independentemente do preenchimento dos pressupostos contidos na cláusula geral; por outro, poderá considerar-se que apenas serão proibidas se forem preenchidos os requisitos enunciados no artigo 7.º, n.º1 do Decreto-Lei n.º 57/2008, nomeadamente, quando a prática seja susceptível de alterar o comportamento económico do consumidor. Ora, conforme consta na epígrafe do artigo, estas práticas serão consideradas sempre desleais, ou seja, prescinde-se da necessidade de comprovar que a prática altera o comportamento do consumidor³⁴⁷. Ainda assim dir-se-á, que o requisito está contido implicitamente nas práticas enunciadas na lista, visto que considera-se, “*com facilidade, que tal prática é susceptível de afectar a decisão negocial do consumidor*”³⁴⁸.

A lista de situações consideradas, independentemente do caso em concreto, desleais configura-se taxativa. Assim, considera-se que apesar das acções enganosas não se limitarem às situações apresentadas no artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 57/2008, apenas estas poderão ser consideradas acções enganosas em qualquer circunstância, de modo que, noutros casos, tenha-se de aferir as circunstâncias do caso em concreto e a aplicabilidade dos requisitos apresentados no artigo 7.º, n.º1 do mesmo diploma.

4.1.2.2. As omissões enganosas

O Decreto-Lei, no seu artigo 9.º, indica que é considerado uma prática comercial enganosa (e portanto proibida nos termos do artigo 4.º do mesmo diploma) as omissões enganosas, uma vez que “*conduz ou é susceptível de conduzir o consumidor a tomar uma decisão de transacção que não teria tomado de outro modo*”.

³⁴⁷ No mesmo sentido, *vd.* MANUEL JESÚS MARÍN LÓPEZ, “Otras prácticas engañosas. La “lista negra” de prácticas comerciales engañosas con consumidores”, *op. cit.*, p. 67 e CÉCILE DEFORGE, “Les pratiques commerciales déloyales des entreprises à l’égard des consommateurs”, *op. cit.*, p. 11.

³⁴⁸ Contemplando, deste modo, uma presunção inilidível da verificação da essencialidade susceptibilidade de determinar o comportamento do consumidor. *Vd.* ASSUNÇÃO CRISTAS, “Concorrência desleal e protecção do consumidor: a propósito da Directiva 2005/29/CE”, *op. cit.*, p. 147.

Nestes termos, é proibida a omissão de informações com requisitos substanciais³⁴⁹ para uma decisão negocial esclarecida por parte do consumidor [artigo 9.º, n.º1, alínea a)]; a ocultação ou apresentação de modo pouco claro, ininteligível ou tardio a informação referida na alínea anterior [artigo 9.º, n.º1, alínea b)] e a falta de transmissão da intenção comercial da prática, se tal não se puder depreender do contexto [artigo 9.º, n.º1, alínea c)].

Verifica-se que, no âmbito das omissões enganosas, também a verdadeira intenção da prática comercial não poderá ser esquecida, uma vez que para além de o profissional ter a obrigatoriedade de transmitir as informações essenciais sobre o produto, também terá de transmitir ao consumidor a intenção comercial, quando este último não a poder depreender do contexto. Assim, caso a omissão da intenção comercial seja susceptível de enganar o consumidor, esta será proibida nos termos do diploma em estudo.

Dir-se-á, assim, que o legislador dá uma grande importância ao direito à informação que o consumidor tem, indicando que deverão ser comunicados a este todos os requisitos substanciais para tome uma decisão livre e esclarecida. Deste modo, o consumidor é protegido de eventuais situações abusivas que decorram da violação deste direito.

Nos dias que correm, com a evolução da sociedade e dos meios de comunicação, o profissional não tem quaisquer razões não transmitir e/ou ter dificuldades para transmitir a informação essencial ao consumidor.

Contudo, não se poderá deixar de concordar com FERNANDO GÓMEZ POMAR³⁵⁰ quando afirma que *“[t]he idea of a misleading omission determining a finding of unfairness is more disturbing, in economic terms, than what happens with positive misleading actions. First, because it transpires some distrust on the appropriateness of the level of consumer information prevailing in consumer markets. In fact, we should not think that consumer markets are entirely dominated by imperfect information”*.

Nos termos do n.º 3 do supracitado artigo 9.º, *“[s]ão considerados substanciais os requisitos de informação exigidos para as comunicações comerciais na legislação nacional decorrentes de regras comunitárias”*, indicando no n.º4 os diplomas que deverão ser tidos em conta para efeitos de requisitos substanciais. Neste âmbito, o legislador exige o cumprimento da obrigação de informação quanto à necessidade de exibição dos preços dos bens ou serviços

³⁴⁹ CECILE DEFORGE refere-se, neste âmbito a uma *“dissimulation d'informations substantielles”*. Vd. CECILE DEFORGE, “Les pratiques commerciales déloyales des entreprises à l'égard des consommateurs”, *op. cit.*, p. 32.

³⁵⁰ Vd. FERNANDO GÓMEZ POMAR, “The Unfair Commercial Practices Directive: A Law and Economics Perspective”, *op. cit.*, p. 22 e 23.

[artigo 9.º, n.º4, alínea a)]; ao regime jurídico do crédito ao consumo [artigo 9.º, n.º4, alínea b)]; ao regime jurídico relativo ao direito real de habitação periódica sobre as unidades de alojamento integradas em hotéis-apartamentos, aldeamentos turísticos e apartamentos turísticos [artigo 9.º, n.º4, alínea c)]; ao regime jurídico das condições de acesso e de exercício da actividade seguradora e resseguradora no território da Comunidade Europeia [artigo 9.º, n.º4, alínea d)]; ao regime jurídico do acesso e o exercício da actividade das agências de viagens e turismo [artigo 9.º, n.º4, alínea e)]; nos termos previstos no Código dos Valores Mobiliários [artigo 9.º, n.º4, alínea f)]; ao regime jurídico das vendas à distância [artigo 9.º, n.º4, alínea g)]; ao regime jurídico das sociedades de gestão e prospectos simplificados no âmbito de investimento colectivo em valores mobiliários [artigo 9.º, n.º4, alínea h)]; ao regime jurídico do comércio electrónico [artigo 9.º, n.º4, alínea i)]; ao regime jurídico relativa ao abuso de informação privilegiada e à manipulação de mercado da publicação e admissão à negociação do prospecto de oferta pública de valores mobiliários [artigo 9.º, n.º4, alínea j)]; ao regime jurídico da comercialização à distância dos serviços financeiros prestados ao consumidor [artigo 9.º, n.º4, alínea l)]; ao regime jurídico da mediação de seguros [artigo 9.º, n.º4, alínea m)]; ao regime jurídico relativo aos medicamentos para uso humano [artigo 9.º, n.º4, alínea n)] e ao regime jurídico dos mercados de instrumentos financeiros [artigo 9.º, n.º4, alínea o)].

Ao apresentar um elenco exaustivo de diplomas que deverão ter-se em consideração para a averiguação dos requisitos substanciais de informação, o legislador nacional foi muito além do previsto na Directiva 2007/29/CE. Ainda que a listagem de diplomas apresentado não se afigure taxativa³⁵¹, esta posição do legislador terá de ser louvada, uma vez que permite um maior facilitismo na verificação das informações que terão de ser obrigatoriamente transmitidas ao consumidor.

Porém, ainda dir-se-á que a verificação da ocorrência de uma omissão enganosa não se afigura fácil. Neste sentido, deverá atender-se às medidas tomadas, no caso em concreto, pelo profissional com o objectivo de transmitir ao consumidor todas as informações necessárias, de modo a perceber se a informação foi devidamente transmitida ou não e, no caso de não o

³⁵¹ De facto, verifica-se que a listagem não corresponde a todas as situações possíveis de acontecer. Por exemplo, o legislador não faz menção ao regime das garantias dos bens móveis e imóveis (Decreto-Lei n.º 70/2007). *Vd.*, neste sentido, ELIONORA CARDOSO, *As práticas comerciais desleais: Uma proteção nas relações com os consumidores ou uma limitação à livre concorrência e liberdade contratual?*, *op. cit.*, p. 165.

ser, se essa omissão alterou ou era susceptível de alterar o comportamento económico do consumidor³⁵².

Ainda relacionado com as omissões enganosas, o artigo 10.º do Decreto-Lei n.º 57/2008 refere-se ao caso especial das propostas contratuais ou convites a contratar, clarificando o estudo das omissões enganosas no que toca a estes casos. Assim, quando se está perante um convite a contratar, terá de ter-se em consideração a lista de informações substanciais que têm de ser transmitidas ao consumidor³⁵³⁻³⁵⁴, apresentada pelo legislador³⁵⁵.

No mencionado artigo 10.º são, assim, apresentadas informações que sendo essenciais para a formação da correcta vontade negocial do consumidor, não podem ser postas de parte, não podendo ficar omissas, sob pena de violar o direito à informação do consumidor.

4.1.2.3. As práticas comerciais agressivas

Nos termos do artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 57/2008, “[é] *agressiva a prática comercial que, devido a assédio, coacção ou influência indevida, limite ou seja susceptível de limitar significativamente a liberdade de escolha ou o comportamento do consumidor*³⁵⁶ em

³⁵² No mesmo sentido, *vd.* CARLOS LEMA DEVESA, “El engaño publicitario al consumidor”, *op. cit.*, p. 21 e 22.

³⁵³ Nomeadamente, as características principais do bem ou serviço, na medida adequada ao meio e ao bem ou serviço [alínea a)]; o endereço geográfico, a identidade do profissional e a sua designação comercial e, se for caso disso, o endereço geográfico, a identidade e a designação comercial do profissional por conta de quem actua [alínea b)]; o preço, incluindo impostos e taxas, ou quando, devido à natureza do bem ou serviço, o preço não puder ser razoavelmente calculado de forma antecipada, o modo como o preço é calculado, bem como, se for caso disso, todos os custos suplementares [alínea c)]; as modalidades de pagamento, de expedição ou de execução e o mecanismo de tratamento das reclamações, na medida em que se afastem das obrigações de diligência profissional [alínea d)]; a existência dos direitos de resolução ou de anulação, qualquer que seja a denominação utilizada, sempre que resultem da lei ou de contrato [alínea e)].

³⁵⁴ As informações explanadas no supra mencionado artigo só terão, porém, de ser obrigatoriamente constar da proposta se não poderem ser depreendidas de outro modo.

³⁵⁵ Nestes termos, consiste omissão enganosa, a título de exemplo, a situação de obscuridade de identificação da entidade anunciante e abrangida pela injunção judicial, através da imprecisão, da irregularidade e do carácter visualmente reduzido do nome e impreciso do acrónimo da sociedade. *Cfr.* Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 11 de Novembro de 2010 (Processo n.º 3893/1988.L18).

³⁵⁶ O Decreto-Lei n.º 57/2008 alude simplesmente ao *consumidor*, enquanto a Directiva 2005/29/CE refere-se ao *consumidor médio*. Ainda que a diferença seja pequena, o legislador nacional parece querer remeter para o efectivo consumidor destinatário da prática e não para o consumidor médio, de modo a ter-se em conta a posição concreta do consumidor. Porém, visto que a Directiva 2005/29/CE impõe uma harmonização máxima, considera-se que apesar da diferença na letra da lei, a interpretação dos dois diplomas deve ser feita nos mesmos termos. Porém, conforme indica JORGE MORAIS CARVALHO, “[é] *mais um caso em que a justiça do caso concreto é posta em causa, por um diploma essencialmente protector das empresas*”. *Vd.* JORGE MORAIS CARVALHO, “Práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores”, *op. cit.*, p. 212 e 213.

relação a um bem ou serviço e, por conseguinte, conduz ou é susceptível de conduzir o consumidor a tomar uma decisão de transacção que não teria tomado de outro modo.”

Neste âmbito, o legislador protege o consumidor de situações graves, em que exista assédio, coacção ou outro tipo de influência indevida, seja ela física ou não, que conduza ou seja susceptível de conduzir à alteração do comportamento económico do consumidor.

Assim, sempre que o profissional agir por via de assédio³⁵⁷, coacção³⁵⁸⁻³⁵⁹, ou utilizar qualquer influência indevida³⁶⁰ que seja susceptível de limitar a liberdade negocial do consumidor, de modo a obter o consentimento³⁶¹, a prática é agressiva e por isso proibida nos termos do Decreto-Lei n.º 57/2008.

Tal como refere ELIONORA CARDOSO³⁶², uma vez mais o legislador utiliza termos vagos para caracterizar as práticas agressivas, como é o caso de “*influência indevida*” ou “*limitar significativamente a liberdade de escolha ou o comportamento*”.

Quanto ao conceito de “*influência indevida*”, parece que a susceptibilidade de alterar o comportamento económico do consumidor advém da falta de esclarecimento, visto que ocorre uma má representação da realidade que irá levar o consumidor em erro.³⁶³

³⁵⁷ Ao levar o consumidor a agir de um modo que efectivamente não queria, através de uma insistência impertinente ou perseguição. Porém, conforme refere ELENA LEIÑENA MENDIZÁBAL, “*cualquier contacto personal entre el empresario o profesional y el consumidor o usuario que responda a las técnicas de marketing directo no puede calificarse de acoso.*”. Vd. MÁRIO FROTA, “Das Práticas Comerciais Agressivas no espaço económico europeu”, in: *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n.º 62, Junho de 2010, p. 53-61, p. 56, JORGE MORAIS CARVALHO, “Práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores”, *op. cit.*, p. 213 e ELENA LEIÑENA MENDIZÁBAL, “El acoso: práctica comercial agresiva”, in: AA.VV., *Las Prácticas Comerciales Desleales*, n.º 7, CEACCU, 2010, p. 143-163, p. 149.

³⁵⁸ Nestes casos o profissional leva o consumidor a actuar de determinada forma que não pretendia através da utilização da violência, seja ela física (através do emprego de força bruta) ou verbal (a que radica no receio de um mal). Vd. MÁRIO FROTA, “Das Práticas Comerciais Agressivas no espaço económico europeu”, *op. cit.*, p. 56 e 57 e JORGE MORAIS CARVALHO, “Práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores”, *op. cit.*, p. 213.

³⁵⁹ Neste âmbito, CLÁUDIA SOFIA GOMES ABRUNHOSA considera, referindo-se ao regime da Directiva, que ainda que se inclua o recurso à força física, “*não parece que seja pretendida a inclusão da coacção física, uma vez que a DPCD visa a protecção dos interesses económicos do consumidor, assentes numa decisão de transacção livre, ponderada e esclarecida, apontando para o processo de formação da vontade negocial do consumidor*”. Vd. CLÁUDIA SOFIA GOMES ABRUNHOSA, “Práticas Comerciais Desleais – Um estudo da Directiva 2005/29/CE”, *op. cit.*, p. 110 e 111.

³⁶⁰ Definida no artigo 3.º, alínea j) do Decreto-Lei n.º 57/2008 como “*a utilização pelo profissional de uma posição de poder para pressionar o consumidor, mesmo sem recurso ou ameaça de recurso à força física, de forma que limita significativamente a capacidade de o consumidor tomar uma decisão esclarecida*”.

³⁶¹ Por sua vez, o consentimento é um dos “*pilares dos requisitos de fundo, como tradicionalmente se concebe na arrumação conceitual dos requisitos em que assentam os negócios jurídicos*”. Vd. MÁRIO FROTA, “Das Práticas Comerciais Agressivas no espaço económico europeu”, *op. cit.*, p. 55.

³⁶² Vd. ELIONORA CARDOSO, *As práticas comerciais desleais: Uma protecção nas relações com os consumidores ou uma limitação à livre concorrência e liberdade contratual?*, *op. cit.*, p. 169.

No caso de influência indevida, existe, assim, um comportamento abusivo por parte do profissional, que explora e/ou aproveita-se de uma relação particular, no qual as partes encontram-se em situação de desequilíbrio.

Nestes casos, tal como acontece com os outros tipos de práticas comerciais em especial, terão de ser aferidas as circunstâncias do caso em concreto para que se possa averiguar a presença de práticas proibidas por lei³⁶⁴.

Para ajudar a caracterização da prática, o n.º2 do artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 57/2008 indica alguns aspectos que deverão de ser considerados, nomeadamente o momento, local, natureza e persistência da prática comercial [alínea a)]; o recurso a linguagem ou comportamento ameaçadores ou injuriosos [alínea b)]; o aproveitamento consciente pelo profissional de qualquer infortúnio ou circunstância específica que pela sua gravidade prejudique a capacidade de decisão do consumidor, com o objectivo de influenciar a decisão deste em relação ao bem ou serviço [alínea c)]; os entraves não contratuais onerosos ou desproporcionados impostos pelo profissional, quando o consumidor pretenda exercer os seus direitos contratuais, incluindo a resolução do contrato, a troca do bem ou serviço ou a mudança de profissional [alínea d)] e as ameaças de exercício de uma acção judicial que não seja legalmente possível [alínea e)].

Uma vez mais, o legislador, ao mencionar um leque de aspectos que deverão ser considerados, auxilia a caracterização destas práticas no caso em concreto, ainda que por vezes não resultem de uma influência indevida e/ou não tenham, por si só, capacidade de alterar o comportamento económico do consumidor³⁶⁵.

No artigo 12.º do Decreto-Lei n.º 57/2008, o legislador menciona oito exemplos de práticas comerciais agressivas em qualquer circunstância, ou seja, situações graves que poderão acontecer e que se visa proibir.

Tal como referenciado aquando da análise do artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 57/2008, a listagem apresentada no artigo 12.º configura-se taxativa. Assim, ainda que existam muitos mais casos de práticas comerciais agressivas do que as aqui mencionadas, considera-se que apenas

³⁶³ *Vd.* CLÁUDIA SOFIA GOMES ABRUNHOSA, “Práticas Comerciais Desleais – Um estudo da Directiva 2005/29/CE”, *op. cit.*, p. 112.

³⁶⁴ *Cfr.* artigo 11.º, n.º2 do Decreto-Lei n.º 57/2008.

³⁶⁵ *Vd.* ELIONORA CARDOSO, *As práticas comerciais desleais: Uma proteção nas relações com os consumidores ou uma limitação à livre concorrência e liberdade contratual?*, *op. cit.*, p. 170.

estas poderão ser consideradas agressivas em qualquer circunstância e sem averiguação dos pressupostos previstos no artigo 11.º.

4.2. As principais diferenças entre o regime previsto na Directiva 2005/29/CE e o regime previsto no Decreto-Lei n.º 57/2008

Conforme já foi referido, o Decreto-Lei n.º 57/2008 configura uma cópia quase literal da Directiva 2005/29/CE, pelo que considera-se uma mera republicação do que foi emanado pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho. Ainda assim são visíveis algumas diferenças entre os diplomas.

A primeira distinção que se aponta deriva do facto de o legislador nacional não utilizar o termo “*produto*” como a Directiva o faz. A Directiva 2005/29/CE, ao utilizar o termo *produto*, inclui “*qualquer bem ou serviço, incluindo bens móveis, direitos e obrigações*”³⁶⁶. Por sua vez, o Decreto-Lei n.º 57/2008 opta por utilizar o conceito de “*bem ou serviço*”, que é claramente mais restrito que o conceito de *produto*, visto que não inclui *direitos e obrigações*³⁶⁷. Neste âmbito acompanha-se a solução apresentada por HÉLIO T. RIGOR RODRIGUES, ou seja, deverá considerar-se que o legislador nacional disse menos do que efectivamente queria dizer, pelo que deverá considerar-se também os direitos e obrigações³⁶⁸.

Também a nível conceitual, verifica-se que o Decreto-Lei n.º 57/2008 opta por se referir às “*empresas*” enquanto a Directiva 2005/29/CE refere-se aos “*profissionais*”. Neste âmbito, será de considerar que trata-se apenas de uma mera diferença terminológica, devendo-se considerar que os conceitos são equivalentes³⁶⁹. Assim deverá considerar-se que o regime previsto pelo Decreto-Lei n.º 57/2008 pretende abranger todas as pessoas colectivas ou singulares que desenvolvem uma actividade económica ou negócio no mercado, de modo a serem abrangidas todas as áreas económicas em que existe uma disponibilização de determinado bem ao serviço dirigido aos consumidores.

³⁶⁶ Cfr. Artigo 2.º, alínea c) da Directiva 2005/29/CE.

³⁶⁷ *Vd.* JORGE ANDRÉ CARITA SIMÃO, “A Repressão das Práticas Comerciais Desleais das Empresas face aos Consumidores no Mercado Interno Europeu”, *op. cit.*, p. 1017 e 1018.

³⁶⁸ *Vd.* HÉLIO T. RIGOR RODRIGUES, “A protecção dos consumidores vulneráveis nas práticas comerciais desleais: análise da directiva 2005/29/CE e do decreto-lei 57/2008”, *op. cit.*, p. 99.

³⁶⁹ No mesmo sentido, *vd.* HÉLIO T. RIGOR RODRIGUES, “A protecção dos consumidores vulneráveis nas práticas comerciais desleais: análise da directiva 2005/29/CE e do decreto-lei 57/2008”, *op. cit.*, p. 92 e 93.

Por sua vez, o Decreto-Lei n.º 57/2008 afasta-se da Directiva 2005/29/CE ao considerar as práticas contra consumidores especialmente vulneráveis, práticas comerciais desleais em especial³⁷⁰, enquanto a Directiva enquadra esta protecção no âmbito da cláusula geral³⁷¹. Assim, parece que o legislador português considera três tipos de práticas comerciais desleais em especial.

Considera-se, a este nível, que o legislador nacional agiu mal, visto que não estamos perante uma “*específica forma autónoma de manifestação de uma prática comercial*”³⁷², que permita uma diferenciação dos elementos substanciais e/ou dos modos de operar³⁷³. Por outro lado, verifica-se que as práticas comerciais contra consumidores especialmente vulneráveis poderão consubstanciar em práticas gerais, agressivas³⁷⁴ ou enganosas, pelo que não poderá configurar uma prática comercial desleal especial³⁷⁵.

Outra das diferenças visíveis resulta do facto de o Decreto-Lei não optar pela publicação de um anexo com uma lista de práticas comerciais desleais em quaisquer situações, tal como a Directiva 2005/29/CE contém. Porém, esta lista não foi esquecida pelo legislador português que acrescentou nos artigos correspondentes os exemplos de acções que o legislador nacional considera enganosas ou agressivas em qualquer circunstância. Assim, no artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 57/2008 constam 26 exemplos de práticas comerciais enganosas, enquanto o artigo 12.º enumera 8 situações que se considerarão desleais em qualquer caso.

Por fim, dir-se-á ainda que o legislador nacional pretendeu facilitar a interpretação do regime ao mencionar, no seu artigo 9.º, n.º 4, um elenco exaustivo de diplomas que deverão ter-se em consideração para a averiguação dos requisitos substanciais de informação.

³⁷⁰ Cfr. artigo 6.º, alínea a) do Decreto-Lei n.º 57/2008.

³⁷¹ Cfr. artigo 5.º, n.º 2 da Directiva 2005/29/CE.

³⁷² Cfr. JORGE ANDRÉ CARITA SIMÃO, “A Repressão das Práticas Comerciais Desleais das Empresas face aos Consumidores no Mercado Interno Europeu”, *op. cit.*, p. 1029.

³⁷³ *Vd.* HÉLIO T. RIGOR RODRIGUES, “A protecção dos consumidores vulneráveis nas práticas comerciais desleais: análise da directiva 2005/29/CE e do decreto-lei 57/2008”, *op. cit.*, p. 107 e 108 e JORGE MORAIS CARVALHO, “Práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores”, *op. cit.*, p. 189.

³⁷⁴ Cfr. artigo 12.º, alínea e) do Decreto-Lei n.º 57/2008.

³⁷⁵ *Vd.*, no mesmo sentido, JORGE ANDRÉ CARITA SIMÃO, “A Repressão das Práticas Comerciais Desleais das Empresas face aos Consumidores no Mercado Interno Europeu”, *op. cit.*, p. 1029.

4.3. A necessidade do Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de Março no ordenamento jurídico português

Depois de uma análise detalhada do regime apresentado pelo legislador nacional, cumpre averiguar a necessidade deste regime no ordenamento jurídico português.

A emanação deste diploma, ainda que obrigatória por imposição da Directiva 2005/29/CE, visa proteger o consumidor de práticas comerciais desleais praticadas pelo profissional. Porém, tal protecção, como se foi aferindo ao longo do estudo do Decreto-Lei n.º 57/2008, está muito longe da desejada, uma vez que possui diversas dificuldades de aplicação, de forma a que a protecção dos consumidores seja prejudicada.

De facto, concorda-se com ELIONORA CARDOSO³⁷⁶, quando refere que apesar da intenção de proteger o consumidor e da necessidade de determinação deste regime, verifica-se que esta protecção já era (e continua a ser) prevista nos termos do Código Civil Português. Apesar de reger as relações jurídicas em geral – e não apenas as relações estabelecidas com consumidores -, o Título II do Primeiro Livro do Código Civil aplica-se também às relações de consumo em análise na presente dissertação.

No que respeita às soluções previstas no Código Civil, verifica-se que o artigo 227.º já previa uma defesa dos consumidores, ainda que não se aplique apenas a estes, ao prever que “[q]uem negocea com outrem para conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte”. Assim, na formação dos contratos, as partes deverão, em todos os momentos, agir de boa-fé, sob pena de responder pelos danos causados.

A aplicação deste artigo não fica, contudo, prejudicada com a celebração do contrato ou a sua anulação, sendo o mesmo aplicável da mesma forma no caso de as negociações serem interrompidas ou caso o contrato tenha sido efectivamente celebrado³⁷⁷.

Assim, através do artigo 227.º do Código Civil³⁷⁸, o consumidor já encontrava-se protegido das actuações do profissional, visto que este último é obrigado a agir segundo o

³⁷⁶ Vd. ELIONORA CARDOSO, *As práticas comerciais desleais: Uma protecção nas relações com os consumidores ou uma limitação à livre concorrência e liberdade contratual?*, op. cit., p. 172.

³⁷⁷ Vd. PIRES DE LIMA E ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Coimbra, Coimbra Editora, 1987, 4ª Edição, Vol. I, p. 216.

³⁷⁸ Que visa punir quem se encontra numa posição privilegiada em relação à contraparte, dando “à expressão boa-fé um sentido vincadamente ético”. Vd. PIRES DE LIMA E ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, op. cit., p. 216.

princípio da boa-fé. Caso não o faça, o profissional incorre em responsabilidade civil, sendo obrigado a indemnizar o consumidor.

Ainda neste capítulo, existem outros artigos que indirectamente³⁷⁹ são aplicáveis às práticas comerciais desleais, nomeadamente os artigos 240.^{o380}, 243.^{o381}, 245.^{o382}, e 247.^{o383} do Código Civil.

Por outro lado, o artigo 280.^o, n.^o1 do Código Civil protege, também, os consumidores de eventuais práticas desleais dos profissionais ao prever que “[é] nulo o negócio jurídico cujo objecto seja física ou legalmente impossível, contrário à lei ou indeterminável”. Nestes termos, uma vez que se afigura nulo qualquer negócio reprovável pelo ordenamento jurídico, são nulos também os negócios celebrados com recurso às práticas comerciais desleais.

O abuso de direito, previsto no artigo 334.^o do Código Civil, será também um mecanismo que protege o consumidor neste âmbito, visto que considera “*ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito*”. Este regime poderá ser aplicado às práticas comerciais desleais, visto que a boa-fé também é um ponto de medida para a caracterização de uma prática como desleal, na medida em que o profissional deverá agir com boa-fé³⁸⁴.

Nestes termos, quando ocorrem práticas comerciais onde exista abuso de direito, o profissional poderá ser chamado a responder civilmente e o negócio celebrado ser considerado nulo.

Acresce que o artigo 405.^o do Código Civil é também aplicável neste âmbito, ao dispor que “[d]entro dos limites da lei, as partes têm a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos

³⁷⁹ Uma vez que não tem como objecto exclusivo as relações de consumo.

³⁸⁰ Referente aos negócios simulados.

³⁸¹ Que trata da inoponibilidade da simulação a terceiros de boa-fé.

³⁸² Que considera que as declarações não sérias não produzem qualquer efeito jurídico.

³⁸³ Segundo o qual o negócio celebrado com erro na declaração é anulável, desde que o declaratório conhecesse ou não devesse ignorar a essencialidade, para o declarante, do elemento sobre que incidiu o erro.

³⁸⁴ *Vd. ELIONORA CARDOSO, As práticas comerciais desleais: Uma proteção nas relações com os consumidores ou uma limitação à livre concorrência e liberdade contratual?, op. cit., p. 175.*

contratos, celebrar contratos diferentes dos previstos neste código ou incluir nestes as cláusulas que lhes aprover". Nos termos do supracitado artigo, a liberdade contratual é limitada pela lei, que deverá ser observada e, neste sentido, existe uma limitação directa à liberdade de contratar, impondo a verificação de determinados requisitos para que a prática seja considerada leal.

Por outro lado, poderá ainda ser aplicável o artigo 762.º do Código Civil, quando encontra-se em causa o cumprimento ou não de determinada obrigação decorrente do contrato celebrado entre o profissional e o consumidor. Assim, o devedor (que nestes casos é o profissional) deve cumprir a obrigação a que está adstrito e deve fazê-lo de boa-fé (nos termos do n.º2 do mesmo artigo).

Conclui-se, deste modo, que tendo por base o princípio da boa-fé, que incide também sobre o profissional nas relações de consumo, poderá ser aplicado o regime geral previsto no Código Civil, que, ainda que de forma indirecta, protege o consumidor.

No entanto, ainda que indirectamente se proteja o consumidor, dir-se-á, que o Código Civil, por si só, não chegaria para resolver de um modo adequado o problema das práticas comerciais desleais, sendo essencial o regime previsto no Decreto-Lei n.º 57/2008.

Verifica-se, assim, dada a sua essencialidade, que o legislador poderia ter ido muito além do que o que se verificou, atingindo uma maior relevância jurídica do regime em estudo, apesar de estar obrigado a uma harmonização máxima por parte da Directiva 2005/29/CE. Assim, considera-se que o legislador nacional poderia ter remetido, no Decreto-Lei n.º 57/2008, para outros regimes já existentes no direito, para garantir uma maior eficácia do regime³⁸⁵.

Por outro lado, o regime geral do Código Civil leva a que o Decreto-Lei em estudo, apesar de importante, continue a ser pouco aplicado na prática. De facto, dada a protecção concedida nos termos gerais pelo Código Civil e o desconhecimento do regime em análise, o Decreto-Lei continua a ter pouca aplicação prática³⁸⁶.

³⁸⁵ Na verdade, a eficácia do regime da proibição das práticas comerciais desleais encontra-se prejudicada pelos problemas que decorrem da sua concreta aplicação.

³⁸⁶ O que é visível pela escassa jurisprudência existente com referência ao Decreto-Lei n.º 57/2008.

5. Meios de reacção

Nos termos do artigo 13.º da Directiva 2005/29/CE, os Estados-Membros devem determinar as sanções aplicáveis aos casos de incumprimento do regime e tomar todas as medidas necessárias para assegurar a aplicação das sanções. Assim, a Directiva deixa nas mãos dos Estados-Membros a opção pelas sanções a aplicar nestes casos³⁸⁷⁻³⁸⁸, determinando, porém, que estas devem ser efectivas, proporcionadas e dissuasivas³⁸⁹.

Por conseguinte, não existe aqui uma harmonização propriamente dita, uma vez que cabe a cada Estado-Membro seleccionar os meios de reacção³⁹⁰. Esta falta de harmonização e até mesmo de um mínimo de estipulação coloca em causa o objectivo da harmonização máxima da Directiva 2005/29/CE no seu todo, ao poder gerar indefinição e insegurança jurídica entre os diversos regimes existentes nos distintos Estados-Membros³⁹¹.

A prática de determinadas práticas comerciais consideradas desleais acarreta variados tipos de reacção da ordem jurídica portuguesa, levando, por conseguinte, a distintas sanções.

Em primeiro lugar, o Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de Março considera inválidos os contratos celebrados fundados nalguma prática comercial desleal (cfr. artigo 14.º), sendo que com fundamento no prejuízo causado ao consumidor, poderá este ser indemnizado (cfr. artigo 15.º).

³⁸⁷ Conforme também considera JORGE MORAIS CARVALHO, em *Os Contratos de Consumo – Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito do Consumo*, *op. cit.*, p. 829.

³⁸⁸ Os Estados-Membros puderam, deste modo, optar por um sistema administrativo, judicial ou por um sistema misto, bem como combinar diversas sanções. Sobre a aplicação da Directiva quanto à forma de controlo e aplicação das sanções distintas em diferentes países, *vd.* V. BALOGH E K. J. CSERES, “Institutional Design in Hungary: A Case Study of the Unfair Commercial Practices Directive”, *op. cit.*, p. 350 a 353, EUGENIO RIBÓN SESDEDOS, “Acción civil frente a las prácticas comerciales desleales”, in: AA.VV., *Las Prácticas Comerciales Desleales*, n.º 7, CEACCU, 2010, p. 81-128 e ELENA LEIÑENA MENDIZÁBEL, “El Avance en la Protección de la Persona Consumidora y Usaria ante las Nuevas Prácticas Comerciales Desleales”, in: *Cuadernos de Derecho y Comercio*, n.º 59, 2013, p. 85-146.

³⁸⁹ Apesar dos Estados-Membros terem autonomia processual, deverão respeitar alguns princípios básicos de Direito Comunitário, como a efectividade e equivalência dos remédios. *Vd.* NORBERT REICH, “Geraint Howells, Hans-W. Micklitz, & Thomas Wilhelmsson: European Fair Trading Law – The Unfair Commercial Practices Directive”, in: *Journal of Consumer Policy*, 2007, Vol. 30, p. 39-43 (disponível em <http://link.springer.com/article/10.1007/s10603-006-9022-1>), p.42.

³⁹⁰ *Vd.* LUÍS GONZÁLEZ VAQUÉ, “La Directiva 2005/29/CE relativa a las practicas comerciales desleales: entre el objetivo de una armonización total y el enfoque de plena armonización en materia de protección de los consumidores”, *op. cit.*, p. 18.

³⁹¹ *Vd.* JORGE PEGADO LIZ, “Práticas Comerciais Proibidas”, *op. cit.*, p. 129, 130 e 147.

Por outro lado, as práticas comerciais desleais, nos termos do artigo 16.º, podem ainda acarretar o recurso à acção inibitória.

Nos termos do artigo 20.º do Decreto-Lei em análise, “*qualquer pessoa, incluindo os profissionais concorrentes, que detenha um interesse legítimo em opor-se às práticas comerciais desleais proibidas nos termos do presente decreto-lei pode submeter a questão, por qualquer meio ao seu dispor, à autoridade administrativa competente.*” A medida cautelar ordenada poderá, no entanto, ser ordenada independentemente da culpa ou da prova de ocorrência de um prejuízo real, desde que exista um “*juízo prévio de previsibilidade da existência dos pressupostos da ocorrência de uma prática comercial desleal*”³⁹².

Por fim, o artigo 21.º do Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de Março considera a existência destas práticas como contra-ordenações, sendo deste modo sancionadas através da aplicação de coimas³⁹³. Assim, a violação do disposto nos artigos 4.º a 12.º do mencionado Decreto-Lei constitui contra-ordenação punível com coima de 250,00€ a 3.740,98€ ou 3.000,00€ a 44.891,81€, consoante o infractor se trate de pessoa singular ou colectiva, respectivamente³⁹⁴.

A aplicação desta sanção não depende da vontade do consumidor, mas das autoridades competentes³⁹⁵. Porém, estas entidades só poderão actuar se tiverem conhecimento do facto ilícito, pelo que o consumidor poderá dar conhecimento deste facto.

Porém, nos termos do n.º 2 e 3 do artigo 21.º do Decreto-Lei n.º 57/2008, a sanção poderá ainda ser acrescida de outras acessórias em função da gravidade da infracção e da culpa do agente, sendo o prazo máximo de vigência das sanções acessórias descritas nas alíneas a) a c) de dois anos.

³⁹² Cfr. artigo 20.º, n.º 2 e 3 do Decreto-Lei n.º 57/2008.

³⁹³ De facto, como refere JORGE MORAIS CARVALHO, no âmbito das relações económicas, a violação de disposições imperativas leva à previsão de sanções contra-ordenacionais, aplicáveis por entidades reguladoras ou fiscalizadoras. *Vd. JORGE MORAIS CARVALHO, Os Contratos de Consumo – Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito do Consumo, op. cit., p. 829.*

³⁹⁴ Estes limites máximos e mínimos das penas serão, contudo, reduzidos a metade caso o agente actue com negligência, nos termos do n.º 4 do artigo 21.º do supra mencionado Decreto-Lei.

³⁹⁵ Nos termos do artigo 21.º, n.º 5 do Decreto-Lei n.º 57/2008, “[a] fiscalização do cumprimento do disposto no presente decreto-lei, bem como a instrução dos respectivos processos de contra-ordenação, compete à ASAE ou à autoridade administrativa competente em razão da matéria”.

5.1. Invalidade dos contratos celebrados

Como referido, de forma a sancionar os profissionais, os contratos celebrados sob influência de práticas comerciais desleais são inválidos.

Assim o uso de determinadas práticas comerciais desleais leva a uma dupla sanção: uma de natureza civil e outra de natureza contra-ordenacional. Na verdade, esta opção do legislador português compreende-se, uma vez que as sanções contra-ordenacionais (artigo 21.º) podem, por si só, não dissuadir os profissionais de recorrer a determinadas práticas, bem como não dissolve o problema da vítima nestes casos, ou seja, o consumidor e, com a aplicação isolada da sanção civil, o profissional poderá ser beneficiado, se apenas uma parte dos consumidores reclamarem³⁹⁶.

A razão para um regime especial para a proibição de determinadas práticas comerciais decorre da formação deficiente do contrato sob influência das práticas comerciais desleais, onde uma das partes é considerada mais fraca.

Conforme já referido, com o desenvolvimento económico nos últimos anos, os profissionais adoptaram as mais variadas técnicas comerciais para compelir os consumidores a adquirirem os bens, ficando a qualidade dos bens e serviços para segundo plano³⁹⁷.

Assim, o legislador decidiu proteger o consumidor através do regime das práticas comerciais desleais, considerando o contrato celebrado nestes termos inválido, por não cumprir determinados requisitos, ou seja, por não atender ao interesse económico do consumidor.

Deste modo, a validade do negócio depende do cumprimento dos requisitos de lealdade das práticas comerciais, em todas as fases do perímetro contratual, pré-contratual ou pós-contratual³⁹⁸.

Contudo, uma vez que, nestes casos, o legislador protege os interesses dos consumidores, a invalidade do contrato está dependente da actuação do consumidor, ou seja, este terá, nos termos gerais do Código Civil, de tomar as rédeas de pedir a sua anulação³⁹⁹.

³⁹⁶ *Vd. JORGE MORAIS CARVALHO, Os Contratos de Consumo – Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito do Consumo, op. cit., p. 829.*

³⁹⁷ *Vd. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, Tratado de Direito Civil Português, Tomo I, Coimbra, Almedina, 2007, Vol. I, p. 201 e s..*

³⁹⁸ *Vd. ADELAIDE MENEZES LEITÃO, em “Práticas comerciais desleais como impedimento à outorga de direitos industriais?”, op. cit., p. 275.*

³⁹⁹ *Nas palavras de ELIONORA CARDOSO, As práticas comerciais desleais: Uma proteção nas relações com os consumidores ou uma limitação à livre concorrência e à liberdade contratual?, op. cit., p. 181.*

Assim, a validade ou invalidade do contrato celebrado sob influência de alguma prática comercial desleal dependerá da solicitação da anulação por parte do consumidor.

5.1.1. A anulabilidade dos contratos celebrados

O artigo 14.º, n.º1 do Decreto-Lei n.º 57/2008 dispõe que “[o]s contratos celebrados sob a influência de alguma prática comercial desleal são anuláveis a pedido do consumidor, nos termos do artigo 287.º do Código Civil⁴⁰⁰”⁴⁰¹⁻⁴⁰².

Visto estarem em causa, primordialmente, interesses privados, o regime da anulabilidade afigura-se o mais adequado, ao invés do regime da nulidade que se tornaria demasiado oneroso⁴⁰³.

Assim, quando o consumidor celebra um contrato com recurso a práticas comerciais desleais poderá invalidar o mesmo, destruindo todos os efeitos negociais, ou seja, com a verificação da correspondente restituição de tudo o que foi prestado ou do seu valor correspondente. A legitimidade para invocar a anulabilidade cabe assim ao consumidor, que deverá analisar o contrato e concluir se o mesmo foi celebrado sob algum tipo de recurso a práticas indevidas.

A anulabilidade apresenta-se, neste regime, na óptica de defesa dos interesses dos consumidores, tendo este a obrigatoriedade de verificar e invocar a existência da invalidade no contrato.

Porém, em variadíssimas situações poderá suceder que o profissional faça uma proposta que não seja reduzida a escrito e não exista qualquer contrato formal que possa ser devidamente analisado⁴⁰⁴. Nestes casos, ocorre uma dificuldade prática em sancionar os

⁴⁰⁰ Da remissão apresentada resulta que o consumidor (único com legitimidade para requerer a anulação do contrato) tem o prazo de um ano a contar da cessação do vício para requerer a anulação. Por sua vez, caso o contrato ainda não tenha sido cumprido, a anulabilidade porque ser requerida sem dependência de prazo.

⁴⁰¹ A opção legislativa pelo regime da anulabilidade segue de perto a opção seguida no caso de erro, prevista nos artigos 247.º e seguintes do Código Civil.

⁴⁰² Sobre as consequências da invalidade do negócio jurídico, nomeadamente da anulabilidade, *vd.* HEINRICH EWALD HÖRSTER, *A parte geral do Código Civil Português – Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, Almedina, 1992, p. 588 e s.

⁴⁰³ *Vd.* ASSUNÇÃO CRISTAS, “Concorrência desleal e protecção do consumidor: a propósito da Directiva 2005/29/CE”, *op. cit.*, p. 154.

⁴⁰⁴ Veja-se, a título de exemplo, o caso de um consumidor que aceita participar num concurso sem ter celebrado qualquer contrato, na mera expectativa de vir a ganhar o prémio final. *Vd.* ELIONORA CARDOSO, *As práticas comerciais desleais: Uma protecção nas relações com os consumidores ou uma limitação à livre concorrência e à liberdade contratual?*, *op. cit.*, p. 188.

profissionais, uma vez que o artigo em questão exige a celebração de um contrato. Aqui como pretende o legislador português sancionar os profissionais?

Tal como JORGE MORAIS DE CARVALHO⁴⁰⁵, considera-se que, visto que o Decreto-Lei n.º 57/2008 não resolve esta questão, a solução terá de ser encontrada a partir da articulação deste regime com as regras do Código Civil. Assim, ainda que a prática comercial não se encontre efectivada num contrato com determinado consumidor de modo escrito, deverá ser cumprido o que decorre da mesma, sob pena de estes negócios serem anuláveis nos termos gerais do Código Civil.

Uma vez que o legislador pretende com esta opção defender os interesses dos consumidores, procurou ainda minimizar os danos para este, podendo o consumidor⁴⁰⁶ afectado optar por outras soluções com efeitos menos radicais. Neste sentido, o artigo 14.º, n.º 2 e 3 permite a modificação do contrato segundo juízos de equidades ou a sua redução ao conteúdo válido.

5.1.2. A modificação dos contratos celebrados

Conforme mencionado, o consumidor poderá optar, ao invés de requerer a anulação do contrato celebrado sob influência de práticas comerciais desleais, pela modificação do mesmo segundo juízos de equidade.

Tendo em conta o verdadeiro interesse do consumidor na celebração do contrato, considera-se mais benéfica a modificação do mesmo, de modo a que este se torne válido, do que a anulabilidade de todo o negócio.

Contudo, esta opção apresenta alguns problemas que de seguida se expõem.

Equidade significa igual ou justo, ou seja, visa a justiça, na procura do que há de igual e desigual. Assim, a equidade, superando o que se encontra previsto estritamente na lei e justificando-se no espírito da lei e na justiça material, possibilita uma solução mais correcta do justo⁴⁰⁷.

Deste modo, o legislador permite ao consumidor a substituição da sanção da anulabilidade, por uma solução que, alterando o sentido do que foi pactuado, atinja a justiça.

⁴⁰⁵ *Vd. JORGE MORAIS DE CARVALHO, Os contratos de consumo – Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito do Consumo, op. cit., p. 816.*

⁴⁰⁶ Tido como o interessado, uma vez que se afigura “a pessoa prejudicada pelo vício”. *Vd. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, Da conformação no Direito Civil, Coimbra, Almedina, 2008, p.13*

⁴⁰⁷ *Vd. MARIO BIGOTTE CHORÃO, Introdução ao Direito. O Conceito de Direito, Coimbra, Almedina, 1989, Vol. I, p. 96 e s..*

Ora, o contrato fica assim dependente do sentido de justiça que o consumidor detém naquela situação.

Isto poderá levar a situações extremas, onde deixará de existir o bom senso necessário para estas situações, o que leva a duvidar da aplicabilidade prática e eficaz desta solução, visto que o consumidor, por ser o interessado, poderá anular o contrato, ou, por sua vez, modificá-lo consoante o juízo de equidade. Sendo que, o juízo de equidade dependerá sempre do consumidor que poderá não saber como deverá fazer para que se atinja uma solução adequada ao caso⁴⁰⁸.

Acresce, que a opção dada ao consumidor para modificar o contrato, trata-se de uma grande responsabilidade para este, que, em grande parte dos casos, não tem as competências necessárias para poder saber quais as modificações necessárias para que o contrato se torne válido⁴⁰⁹.

Parece assim que o legislador deu ao consumidor opções que este não conseguirá, em regra, concretizar, exactamente por ser a parte mais fraca na relação de consumo estabelecida.

Por outro lado, esta consequência parece ser pouco conforme com o regime das práticas comerciais desleais, uma vez que com a ocorrência destas práticas existe a celebração de um contrato com base em acções ou omissões proibidas. Assim, dificilmente a modificação do contrato se afigurará uma solução adequada perante esta violação dos direitos dos consumidores⁴¹⁰.

Para além de toda a problemática apresentada, considera-se que esta solução legislativa, apesar de ser benéfica para o consumidor⁴¹¹, não se afigura uma verdadeira penalização do profissional.

⁴⁰⁸ Cfr. ELIONORA CARDOSO, *As práticas comerciais desleais: Uma protecção nas relações com os consumidores ou uma limitação à livre concorrência e à liberdade contratual?*, op. cit., p. 193 e 194.

⁴⁰⁹ Estas modificações não se poderão reduzir à mera eliminação de cláusulas inválidas, visto que esta solução configura uma outra alternativa, mencionada no n.º3 do artigo 14; nem se poderão confundir com a confirmação prevista no artigo 288.º do Código Civil. *Vd.* ELIONORA CARDOSO, *As práticas comerciais desleais: Uma protecção nas relações com os consumidores ou uma limitação à livre concorrência e à liberdade contratual?*, op. cit., p. 194.

⁴¹⁰ *Vd.* LUÍS MENEZES LEITÃO, “As práticas comerciais desleais nas relações de consumo”, op. cit., p. 444.

⁴¹¹ Desde que este tenha o discernimento necessário para compreender as modificações necessárias no contrato.

Neste sentido, defende-se que o profissional deveria ser penalizado por recorrer a determinadas práticas que são enganosas ou agressivas, o que não ocorre se o consumidor socorrer-se do artigo 14.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 57/2008.

Na verdade, ao modificar o contrato segundo os juízos de equidade, o consumidor está, de certa forma, a celebrar um novo contrato com a contraparte que celebrou o primeiro contrato com recurso a práticas proibidas, deixando de parte todos os outros profissionais que, porventura, se socorreram de práticas adequadas e legais para tentar contratar com o consumidor.

Assim, ao invés de ser penalizado pela adopção de certas práticas, o profissional será beneficiado com a celebração de um contrato válido com o consumidor.

Deste modo, esta opção legislativa, apesar de obter a satisfação dos interesses dos consumidores, parece tratar-se de uma opção impraticável, bem como não sancionatória para o profissional.

5.1.3. A redução do contrato celebrado

No n.º 3 do artigo 14.º do Decreto-Lei n.º 57/2008, o legislador cria ainda outra opção para o consumidor quando verifica que o contrato foi celebrado com recurso a práticas comerciais desleais, para sanar a anulabilidade: a redução do contrato.

Quando a invalidade apenas afecta algumas cláusulas do contrato, pode o consumidor optar por manter o contrato, mantendo o conteúdo válido do mesmo. A redução traduz-se, deste modo, na divisão do contrato em duas partes distintas: uma que se mantém inválida e outra que, por ser válida, se aproveita, nos termos do artigo 292.º do Código Civil. Assim, será sempre essencial que a invalidade seja meramente parcial.

Nos termos gerais da redução do contrato, a anulação parcial do negócio não pode determinar a invalidade de todo o seu conjunto, pelo que o contrato, para que possa ser reduzido, terá que ser divisível⁴¹².

Por outro lado, sempre será necessário que a redução obedeça às regras de boa-fé no sentido de que a redução não poderá afectar a confiança das partes.

⁴¹² Neste âmbito, HEINRICH EWALD HÖRSTER refere que é pressuposto da aplicação do artigo 292.º do Código Civil, referente à redução dos contratos, a viabilidade parcial do negócio na sua parte sã. Assim, a parte válida deverá ser capaz de “desenvolver uma vida jurídica e económica própria e autónoma, mesmo sem a parte inválida”. *Vd. HEINRICH EWALD HÖRSTER, A parte geral do Código Civil Português – Teoria Geral do Direito Civil, op. cit., p. 598.*

A questão que aqui se coloca refere-se à forma que a circunscrição da invalidade deverá ser feita. Neste sentido, tem-se vindo a defender o critério da vontade conjectural das partes⁴¹³, ou seja, a redução verifica-se segundo a vontade hipotética que, face aos elementos apresentados e à luz dos ditames da boa-fé, as partes teriam⁴¹⁴.

Desta forma, para que ocorra a redução é essencial perceber o que ambas as partes teriam provavelmente querido, se soubessem que o contrato celebrado violava alguma disposição legal e que, por isso, não poderia ser realizado naqueles termos.

Ora, assim, se concluir-se que as partes sabendo da invalidade de determinadas cláusulas, teriam, na mesma, realizado o negócio, deverá o contrato ser reduzido nos termos do n.º 3 do artigo 14.º do Decreto-Lei n.º 57/2008.

Por outro lado, se concluir-se que as partes não queriam realizar o negócio sem a parte que o invalida, deverá então ser o contrato celebrado inválido na sua totalidade – aplicando-se, nestes termos, o artigo 14.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 57/2008.

Nos termos do Código Civil, nomeadamente do seu artigo 292.º, caso subsistam dúvidas quanto à vontade hipotética ou conjectural das partes, deverá o contrato ser reduzido, uma vez que se afigura apenas parcialmente inválido⁴¹⁵⁻⁴¹⁶.

Assim, em termos gerais, a invalidade total verifica-se quando se prove que o contrato não teria sido celebrado se as partes sem a parte inválida. Contudo, no que concerne ao regime das práticas comerciais desleais, esta não parece ser a opção do legislador, visto que o n.º 3 do artigo 14º apenas indica que no caso de invalidade parcial do contrato, pode o consumidor optar pela redução do mesmo. Pelo que, em todos os casos de invalidade parcial, e ainda que a vontade de conclusão do contrato no momento da sua celebração fosse diferente, pode o consumidor optar por reduzir o negócio⁴¹⁷. Mas, neste âmbito, se concluir-se que o contrato não

⁴¹³ *Vd.* CARLOS A. MOTA PINTO, *Teoria geral do direito civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, 3ª edição, p. 625 e s..

⁴¹⁴ Não se considera, neste âmbito, a vontade real, visto que seria impossível averiguar a verdadeira vontade das partes, no momento da celebração do negócio.

⁴¹⁵ INOCÊNCIO GALVÃO TELLES indica, neste âmbito, que “o código Português segue, a nosso ver, a melhor via, estabelecendo a presunção da nulidade parcial do negócio”. *Vd.* INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Manual dos Contratos em Geral*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, p. 371.

⁴¹⁶ Em contraposição ao Código Civil Alemão e ao Código Civil Italiano que consideram que a validade parcial depende, em todo o caso, da vontade das partes, ainda que tal vontade seja meramente hipotética, presumindo-se a nulidade total do negócio. *Vd.* INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Manual dos Contratos em Geral*, *op. cit.*, p. 371 e s..

⁴¹⁷ Nestes termos, o legislador coloca nas mãos do consumidor toda a liberdade de escolha entre a invalidade total ou a redução do negócio jurídico.

se realizaria se o profissional não tivesse adoptado práticas comerciais desleais, em que termos ocorre a redução do negócio?

Nestes casos, de forma a constituir uma verdadeira penalização do profissional, entende-se que a decisão encontra-se na vontade do consumidor, configurando, sendo este regime uma excepção ao previsto no artigo 292.º do Código Civil. Assim, será este que optará por manter ou não o contrato, podendo escolher entre a invalidade total ou a redução do contrato, ainda que se prove que o contrato não teria sido realizado sem a parte viciada.⁴¹⁸

5.2. A responsabilidade civil pelos prejuízos causados ao consumidor

Nos termos do artigo 15.º do Decreto-Lei n.º 57/2008, “[o] consumidor lesado por efeito de alguma prática comercial desleal proibida nos termos do presente decreto-lei é ressarcido nos termos gerais”.

O legislador português institui, assim, como sanção dos profissionais, o ressarcimento dos consumidores pelos danos provocados pelo recurso a práticas comerciais desleais, ainda que com uma mera remissão para o Código Civil.

Nos termos gerais, sempre que ocorra a prática de um facto ilícito, o seu autor incorre em responsabilidade, desde que se encontrem reunidos determinados pressupostos, acartando com o prejuízo que advier do facto.

No âmbito das práticas comerciais desleais, os danos ocorrem na esfera jurídica do consumidor, pelo que a entidade profissional deverá reconstituir a situação que existiria se o ilícito não tivesse sido praticado⁴¹⁹, de modo que o consumidor possa atingir as vantagens e utilidades que o ilícito lhe fez desaproveitar.

Esta consequência prevista no artigo 15.º do Decreto-Lei n.º 57/2008, ao responsabilizar as entidades que recorrem a práticas comerciais desleais se o consumidor sentir-se lesado com estas práticas, configura uma verdadeira sanção para os profissionais. Fazer com que as entidades prevaricadoras, sempre que o consumidor sintá-se lesado, sejam chamadas a

⁴¹⁸ Vd. ELIONORA CARDOSO, *As práticas comerciais desleais: Uma proteção nas relações com os consumidores ou uma limitação à livre concorrência e à liberdade contratual?*, op. cit., p. 201 e s..

⁴¹⁹ Cfr. artigo 562.º do Código Civil.

pagar uma indemnização constitui, de facto, um grande reforço das sanções que advêm das práticas desleais executadas pelos profissionais⁴²⁰.

5.2.1. Os pressupostos gerais da responsabilidade civil aplicáveis

A responsabilidade que se encontra em causa nos casos de violação do regime de proibição de práticas comerciais desleais é, ao contrário do que numa primeira vista possa parecer, a responsabilidade civil extracontratual por factos ilícitos⁴²¹. Assim é uma vez que a responsabilidade decorre de uma violação de um direito absoluto do consumidor e não da violação de um dever contratual das partes⁴²².

Nos termos do artigo 483.º do Código Civil, “[a]quele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação”. Daqui se retira os diversos pressupostos de que dependem o dever de indemnizar imposto ao profissional⁴²³.

Em primeiro lugar, é necessário que exista um facto voluntário do agente e não um mero acontecimento natural que produziu determinados danos. Deste modo, é necessário que o facto (quer se trate de uma acção ou omissão⁴²⁴) seja um comportamento humano dominável ou controlável pela vontade.

Num segundo plano, é necessário que o facto seja ilícito, ou seja, que haja violação de um direito de outrem. No âmbito do objecto de estudo da presente dissertação, a ilicitude decorre da aplicação do Decreto-Lei n.º 57/2008 que reprova determinadas práticas desleais.

Por outro lado, é essencial que se encontre preenchido o requisito da culpa, ou seja, para que o consumidor seja indemnizado é necessário que a conduta do profissional mereça a reprovação ou censura do direito, podendo e devendo ter agido de outro modo.

⁴²⁰ No mesmo sentido, *vd.* ELIONORA CARDOSO, *As práticas comerciais desleais: Uma proteção nas relações com os consumidores ou uma limitação à livre concorrência e à liberdade contratual?*, *op. cit.*, p. 214.

⁴²¹ Sendo, nesta medida, aplicável os artigos 483.º e seguintes do Código Civil.

⁴²² No mesmo sentido, *vd.* ELIONORA CARDOSO, *As práticas comerciais desleais: Uma proteção nas relações com os consumidores ou uma limitação à livre concorrência e à liberdade contratual?*, *op. cit.*, p. 208. Em sentido contrário, *vd.* ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, “A transposição da Directiva sobre Práticas Comerciais Desleais (Directiva 2005/29/CE) em Portugal pelo Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de Março”, *op. cit.*, p. 579 e 580.

⁴²³ *Vd.* PIRES DE LIMA E ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, *op. cit.*, p. 471 e s..

⁴²⁴ *Cfr.* artigo 486.º do Código Civil.

O quarto requisito necessário para que subsista a obrigação de indemnizar por parte do profissional é que exista um dano/prejuízo, podendo este ser patrimonial (quer seja um dano emergente ou um lucro cessante) ou não patrimonial. A existência de dano calcula-se através da diferença entre a situação real do consumidor e a situação hipotética que se verificaria se o facto ilícito não tivesse ocorrido.

Por fim, é ainda necessário que exista nexo de causalidade, ou seja, que o dano resulte do facto ilícito culposo praticado pelo profissional. Nestes termos, será essencial provar que a violação do regime das práticas comerciais desleais foi a causa dos danos produzidos na esfera jurídica do consumidor.

5.2.2. O ressarcimento do consumidor lesado

Visto que a violação do regime das práticas comerciais desleais acarreta danos para o consumidor, o legislador instituiu como consequência destas práticas, para além das sanções contra-ordenacionais e da invalidade do contrato, o ressarcimento dos danos provocados ao consumidor por parte do profissional pela sua actuação ilícita, calculados nos termos do artigo 564.º do Código Civil.

Assim, o consumidor deverá ser compensado pelo comportamento do profissional, tendo em conta o dano apurado⁴²⁵, o que inclui a ponderação das possibilidades perdidas pelo consumidor, bem como as expectativas logradas.

Conforme o disposto no artigo 566.º do Código Civil, se possível, a indemnização deverá ser com carácter natural, sendo em espécie quando não seja possível a primeira⁴²⁶. Porém, apesar da prioridade da reconstituição natural, habitualmente o ressarcimento dos lesados pelos danos é dado em espécie, através de uma indemnização em dinheiro, visto que em grande parte dos casos a reconstituição natural não é possível ou não se afigura razoavelmente adequada pelos custos que implica.

Acresce que, uma vez que o regime das práticas comerciais desleais remete para o Código Civil no que respeita à responsabilidade civil sem mais, considera-se que poderão ser ressarcidos qualquer tipo de danos, sejam eles patrimoniais ou morais, danos emergentes ou

⁴²⁵ Resultante da diferença entre a situação real em que o consumidor se encontra e a situação hipotética, ou seja, a que existiria se o profissional não tivesse recorrido a práticas comerciais desleais.

⁴²⁶ Sobre o artigo 566.º do Código Civil, *vd.* NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Princípio de Direito dos Contratos*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 673 e s.

lucros cessantes⁴²⁷. Assim, o consumidor deverá ser indemnizado por todos os benefícios que deixou de ganhar, acrescido do pagamento devido pelos prejuízos efectivos, desde que comprovados.

A indemnização será contudo variável consoante a anulação ou não do contrato nos termos do artigo 14.º, visto que em caso de anulação a indemnização será limitada ao interesse contratual negativo, enquanto se o contrato não for anulado, a indemnização será calculada mediante o interesse contratual positivo⁴²⁸.

5.3. A acção inibitória

O último meio de reacção contra as práticas comerciais desleais apresentado no Decreto-Lei n.º 57/2008, no seu artigo 16.º, é a acção inibitória.

Esta sanção, porém, já resultava também do artigo 10.º da Lei de Defesa do Consumidor⁴²⁹, que assegura aos consumidores o direito de recorrer à acção inibitória, de modo a “prevenir, corrigir ou fazer cessar práticas lesivas dos direitos do consumidor” que “consistam em práticas comerciais expressamente proibidas por lei”.

A acção inibitória tem uma finalidade impeditiva, ou seja, visa a protecção do direito ou interesse que foi violado. Por outro lado, esta acção poderá ter ainda uma função preventiva (onde se previne a violação de um interesse difuso, procurando uma abstenção dessa violação) ou uma função repressiva (onde se pretende cessar a violação de um direito ou interesse, procurando a abstenção dessa mesma violação⁴³⁰).

A acção inibitória incide sobre a violação de interesses difusos, pelo que se torna fundamental compreender a sua essência.

A evolução da sociedade desde da revolução industrial levou a que tenha surgido algumas transformações na sociedade, nomeadamente no que respeita à atenuação da autonomia privada e da liberdade contratual, a distorção da livre concorrência, o

⁴²⁷ No mesmo sentido, *vd.* ELIONORA CARDOSO, *As práticas comerciais desleais: Uma protecção nas relações com os consumidores ou uma limitação à livre concorrência e à liberdade contratual?*, *op. cit.*, p. 204.

⁴²⁸ *Vd.* LUÍS MENEZES LEITÃO, “As Práticas Comerciais Desleais nas Relações de Consumo”, *op. cit.*, p. 444 e s..

⁴²⁹ Este artigo foi, no entanto, melhor definido pela Lei n.º 25/2004, de 8 de Julho, que transpôs a Directiva 98/27/CE, de 19 de Maio.

⁴³⁰ Evitando, ainda, uma multiplicidade de processos, bem como a existência de processos contraditórios. *Vd.* EUGENIO RIBÓN SEDEDES, “Acción civil frente a las prácticas comerciales desleales”, *op. cit.*, p. 111.

condicionamento da opinião pública pela opinião publicada, bem como a importância acentuada dos variadíssimos direitos económicos, sociais e culturais⁴³¹.

Estes novos direitos, onde se incluem os direitos dos consumidores, asseguram uma liberdade positiva perante o Estado, ou seja, é essencial torná-los efectivos e acessíveis a todos.

Nesta medida, os interesses difusos resultam de uma afirmação de interesses da sociedade, conjugados com um fenómeno de retracção do Estado de certas áreas⁴³².

Os interesses difusos não são susceptíveis de apropriação por um determinado grupo ou indivíduo, uma vez que se destinam a uma pluralidade indeterminada de indivíduos, sendo, deste modo, “*direitos de todos contra todos*”⁴³³.

Os interesses difusos *latu sensu* são divididos em três categorias distintas, nomeadamente em interesses difusos *stricto sensu*⁴³⁴, interesses colectivos⁴³⁵ e interesses individuais homogéneos⁴³⁶⁻⁴³⁷.

5.3.1. A legitimidade nas acções colectivas

Nos termos do artigo 30.º do Código de Processo Civil, “[o] autor é parte legítima quando tem interesse directo em demandar; o réu é parte legítima quando tem interesse directo em contradizer”. Assim, para saber quem possui legitimidade para intentar uma determinada acção é necessário aferir a vantagem jurídica que resultará a procedência da acção para o autor.

Porém, o artigo 31.º do Código de Processo Civil constitui uma excepção ao artigo 30.º ao afirmar que “[t]êm legitimidade para propor e intervir nas acções e procedimentos cautelares destinados, designadamente, à defesa da saúde pública, do ambiente, da qualidade de vida, do património cultural e do domínio público, bem como à protecção do consumo de

⁴³¹ *Vd.* MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *A legitimidade popular na tutela dos interesses difusos*, Lisboa, LEX, 2003, p. 37.

⁴³² MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA afirma que, numa análise mais concreta, verifica-se que os interesses difusos estão relacionados com a emanção de fenómenos de massificação (massificação do produto, da distribuição, da informação e do consumo) característicos das sociedades industriais e pós-industriais, bem como a existência de sociedades de risco, seja ele económico, social e/ou tecnológico. *Vd.* MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *A legitimidade popular na tutela dos interesses difusos*, *op. cit.*, p. 39 e s..

⁴³³ *Vd.* MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *A legitimidade popular na tutela dos interesses difusos*, *op. cit.*, p. 43.

⁴³⁴ Incidem sobre bens públicos indivisíveis, que satisfazem as necessidades de um grupo, que todos podem gozar sem gerar conflitos com outros interessados. É o caso do interesse dos consumidores.

⁴³⁵ Constituem uma pluralidade de interesses individuais sobre bem exclusivos, onde os interesses paralelos de cada um dos titulares de bens privados são agrupados. É o caso do conjunto dos interesses de cada um dos consumidores sobre os bens privados.

⁴³⁶ Interesses de cada um dos titulares de um interesse difuso *stricto sensu* ou de um interesse colectivo.

⁴³⁷ *Vd.* MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *A legitimidade popular na tutela dos interesses difusos*, *op. cit.*, p. 46 e s..

bens e serviços, qualquer cidadão no gozo dos seus direitos civis e políticos, as associações e fundações defensoras dos interesses em causa, as autarquias locais e o Ministério Público, nos termos previstos na lei”.

Assim, no que toca à tutela de interesses colectivos e difusos, tem legitimidade para intentar a respectiva acção um grupo muito mais abrangente do que o definido na regra geral do artigo 30.º do Código de Processo Civil. Esta opção do legislador é justificada pelo facto de os interesses difusos terem uma dimensão individual e supra individual⁴³⁸.

Neste âmbito, os direitos dos consumidores pertencem aos próprios consumidores considerados individualmente, mas também a todos os consumidores no seu conjunto⁴³⁹.

Assim, num litígio entre um consumidor e um profissional, poderá o consumidor lesado instaurar a acção inibitória, com o objectivo de prevenir, corrigir ou fazer cessar a prática⁴⁴⁰. Mas poderão também existir outros legitimados a intentar a acção inibitória, quando a prática em si mesma interfere com os direitos dos consumidores em geral.

O artigo 16.º do Decreto-Lei n.º 57/2008 remete para a Lei de Defesa do Consumidor, que, nos termos do seu artigo 13.º, atribui legitimidade para intentar a acção inibitória aos consumidores directamente lesados, aos consumidores e as associações de consumidores ainda que não directamente lesados, ao Ministério Público e à Direcção-Geral do Consumidor.

Deste modo, poderão existir assim acções inibitórias individuais - quando são propostas pelo consumidor directamente lesado, nos termos do artigo 13.º, alínea a) da Lei de Defesa do Consumidor; acções inibitórias populares - quando instauradas por qualquer consumidor ou por associações de consumidores, nos termos do artigo 13.º, alínea b) da Lei de Defesa do Consumidor; e acções inibitórias públicas - quando são intentadas pelo Ministério Público e pela Direcção-Geral do Consumidor, nos termos do artigo 13.º, alínea c) da Lei de Defesa do Consumidor.⁴⁴¹

⁴³⁸ *Vd. MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, A legitimidade popular na tutela dos interesses difusos, op. cit., p. 42.*

⁴³⁹ *Vd. ELIONORA CARDOSO, As práticas comerciais desleais: Uma proteção nas relações com os consumidores ou uma limitação à livre concorrência e à liberdade contratual?, op. cit., p. 224.*

⁴⁴⁰ Para além de poder exigir uma indemnização por todos os danos provocados, sejam estes de carácter patrimonial ou não patrimonial.

⁴⁴¹ *Vd. MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, A legitimidade popular na tutela dos interesses difusos, op. cit., p. 144 e s..*

As acções inibitórias populares consideram-se correspondentes às acções populares⁴⁴² instauradas para tutelar as relações de consumo na protecção e defesa dos interesses difusos dos consumidores⁴⁴³, uma vez que a legitimidade para causar o impulso processual coincide nos dois casos e há necessidade de compatibilizar estes dois regimes⁴⁴⁴. Pelo que, a tutela dos interesses difusos relativos ao consumo poderá ser obtida através de uma acção popular (que corresponde às acções inibitórias populares) ou através de uma acção inibitória pública.

Desta forma, o Decreto-Lei n.º 57/2008 não faz qualquer inovação em relação à Lei de Defesa do Consumidor, sendo que esta última, no que diz respeito à legitimidade atribuída aos consumidores em geral e às associações de consumidores, também não faz qualquer inovação, uma vez que tal tutela já se encontrava coberta pelo regime das acções populares (Lei n.º 83/95, de 31 de agosto), apenas inovando ao legitimar o Ministério Público e a Direcção-Geral do Consumidor no que toca na tutela de interesses colectivos, difusos ou individuais homogéneos.

Considera-se, porém, ao contrário do que parece defender ELIONORA CARDOSO⁴⁴⁵, que o artigo 13.º, alínea c), ao dar legitimidade ao Ministério Público e à Direcção-Geral do Consumidor, não restringe o âmbito de aplicação da Lei da Acção Popular (Lei n.º 83/95) no que concerne à tutela de interesses colectivos ou individuais homogéneos.

5.3.2. As acções inibitórias no âmbito da protecção dos consumidores

Conforme já referido, no âmbito da protecção dos consumidores, o direito de recorrer à acção inibitória encontra-se enunciado no artigo 10.º da Lei de Defesa do Consumidor.

Esta acção visa tutelar interesses difusos, nomeadamente a protecção do consumo de produtos, sendo uma acção colectiva em que é concedido um direito de acção próprio a um determinado grupo.

A acção inibitória, no âmbito dos direitos dos consumidores, não deixa de configurar, de acordo com a sua finalidade, uma acção declarativa de condenação, condenando-se o

⁴⁴² Reguladas na Lei n.º 83/95, de 31 de Agosto.

⁴⁴³ Por sua vez, as acções inibitórias públicas não poderão ser consideradas acções populares, visto que a sua legitimidade não é popular.

⁴⁴⁴ *Vd. ELIONORA CARDOSO, As práticas comerciais desleais: Uma protecção nas relações com os consumidores ou uma limitação à livre concorrência e à liberdade contratual?, op. cit., p. 225 e s..*

⁴⁴⁵ *Vd. ELIONORA CARDOSO, As práticas comerciais desleais: Uma protecção nas relações com os consumidores ou uma limitação à livre concorrência e à liberdade contratual?, op. cit., p. 226.*

profissional na prestação de um facto pela violação de um direito através de uma acção ou omissão que corresponde a uma prática lesiva dos interesses dos consumidores.

Assim, não estamos perante uma acção de simples apreciação negativa, onde ocorre uma mera constatação do direito violado, mantendo o réu a sua esfera jurídica intacta perante os prejuízos causados. De facto, com a acção inibitória, é imposto ao profissional uma obrigação de comportamento que, no futuro, deverá atender⁴⁴⁶.

Apesar de configurar uma acção de relevância *ex ante*, este tipo de acção não deverá contudo ser confundido com as providências cautelares. Nas providências cautelares, há um perigo de dano, enquanto na acção inibitória há um perigo de ilicitude, ou seja, uma forte probabilidade de, partindo de factos que já ocorreram (violação de um direito na actuação com um determinado consumidor), ocorrer uma situação futura em tudo semelhante com a passada (violação desse mesmo direito na actuação do profissional com um consumidor distinto).

Neste sentido, parece lógica a utilização da acção inibitória no âmbito do direito do consumidor, uma vez que, em regra, o profissional comete recorrentemente o mesmo tipo de ilicitude perante consumidores distintos.

Por outro lado, nos termos do n.º 2 do artigo 10.º da Lei de Defesa do Consumidor, a sentença proferida no âmbito da acção inibitória poderá prever o estabelecimento de uma sanção pecuniária compulsória⁴⁴⁷, sem prejuízo de uma indemnização quando a esta haja lugar.

Esta sanção pecuniária visa punir o profissional pela prática recorrente sempre que não cumpra com as indicações ou por cada uma das infracções cometidas, tentando, ainda afastar todos os potenciais violadores do direito ou interesse difuso do cometimento de nova infracção⁴⁴⁸.

5.3.3. O interesse legítimo no regime das práticas comerciais desleais

O artigo 16.º do Decreto-Lei n.º 57/2008 indica que todos o que tenham um interesse legítimo podem intentar uma acção inibitória como forma de oposição às práticas comerciais

⁴⁴⁶ *Vd. ELIONORA CARDOSO, As práticas comerciais desleais: Uma proteção nas relações com os consumidores ou uma limitação à livre concorrência e à liberdade contratual?, op. cit., p. 231.*

⁴⁴⁷ Prevista, por sua vez, no artigo 829.º-A do Código Civil.

⁴⁴⁸ Neste sentido, *vd. ELIONORA CARDOSO, As práticas comerciais desleais: Uma proteção nas relações com os consumidores ou uma limitação à livre concorrência e à liberdade contratual?, op. cit., p. 233.*

desleais. Este artigo refere, deste modo, que “*qualquer pessoa*” pode instaurar uma acção inibitória desde que tenham interesse legítimo, “*incluindo os concorrentes*”⁴⁴⁹.

Ao incluir os concorrentes no grupo de potenciais interessados em se opor ao recurso de determinadas práticas, o Decreto-Lei n.º 57/2008 parece inserir, neste âmbito, mais do que a defesa dos consumidores lesados ou potencialmente lesados com este tipo de invalidade.

Assim, o Decreto-Lei n.º 57/2008 tem em atenção os interesses dos concorrentes que se inserem no mesmo mercado e que são afectados pelo recurso a práticas comerciais desleais por parte de profissionais que lhes são directamente concorrentes. Está aqui em causa a transparência e clareza do mercado e não só de uma mera relação de consumo.

Regra geral, a acção popular pode ser intentada por todos os cidadãos (cfr. artigo 52.º, n.º2 da Constituição da República Portuguesa). Porém, esta legitimidade não se afigura entregue literalmente a todos os cidadãos, mas àqueles que sejam titulares do interesse difuso, que mantenham uma relação pessoal ou estatutária com o interesse difuso⁴⁵⁰.

Assim, tem legitimidade quem, ao defender um interesse difuso, representando diversos titulares desse interesse supra individual, protege, de certo modo, um interesse próprio.

Por sua vez, o artigo 16.º do Decreto-Lei n.º 57/2008 indica que “*qualquer pessoa*” tem legitimidade, incluindo até os concorrentes, o que poderá levar a algumas dúvidas sobre quem, afinal, tem o interesse legítimo. Poderão ser pessoas colectivas? Será que as associações de consumidores poderão intentar um processo com vista à tutela de interesses difusos?

Considera-se que existindo um interesse legítimo tutelado, as pessoas (quer sejam singulares ou colectivas) tem legitimidade em intentar a acção inibitória. Isto mesmo que não exista qualquer menção directa de tutela dos interesses violados nos estatutos das associações ou fundações⁴⁵¹. Assim, poderão as associações ou fundações demandar o profissional como modo de tutelar os direitos dos consumidores e os seus interesses difusos, em função das finalidades estatutárias.

⁴⁴⁹ Ao incluir expressamente os concorrentes, foi dado cumprimento ao artigo 11.º, n.º 1 da Directiva 2005/29/CE. *Vd.* ASSUNÇÃO CRISTAS, “Concorrência desleal e protecção do consumidor: a propósito da Directiva 2005/29/CE”, *op. cit.*, p. 153.

⁴⁵⁰ *Vd.* ELIONORA CARDOSO, *As práticas comerciais desleais: Uma protecção nas relações com os consumidores ou uma limitação à livre concorrência e à liberdade contratual?*, *op. cit.*, p. 234.

⁴⁵¹ Porém, é necessário que a associação ou fundação prossiga finalidades compatíveis com a defesa do interesse difuso.

Este interesse das pessoas colectivas não respeita, contudo, à protecção dos interesses do próprio ente colectivo, nem dos seus associados, constituindo somente um carácter representativo dos titulares do interesse difuso em causa⁴⁵².

Ao mencionar “*qualquer pessoa*” e ao aludir expressamente o eventual interesse dos concorrentes, o regime em estudo tem em vista muito mais do que uma mera relação de consumo, mas toda a dinâmica que envolve o mercado único.

De facto, para além da adopção de determinadas práticas afectar os concorrentes que não conseguem captar a atenção do consumidor ao adoptar práticas legais, poderá também levar à desconfiança, por parte dos consumidores, de todo um sector económico, por considerarem que poderão ser novamente alvo destas práticas⁴⁵³. Assim, visto que os concorrentes são grande parte das vezes também sancionados com estas práticas, é de louvar a atribuição de legitimidade também aos concorrentes, que poderão configurar uma importante entidade que impede a propagação e realização deste tipo de práticas.

⁴⁵² *Vd. ELIONORA CARDOSO, As práticas comerciais desleais: Uma protecção nas relações com os consumidores ou uma limitação à livre concorrência e à liberdade contratual?, op. cit., p. 236.*

⁴⁵³ *Vd. ELIONORA CARDOSO, As práticas comerciais desleais: Uma protecção nas relações com os consumidores ou uma limitação à livre concorrência e à liberdade contratual?, op. cit., p. 238.*

6. As repercussões do regime das práticas comerciais desleais nos concorrentes

6.1. A Concorrência Desleal

Dada a necessidade de uma disciplina que reprimisse os actos de concorrência desleal, o instituto da Concorrência Desleal surgiu na 2ª metade do século XIX, em França. Nestes termos, a jurisprudência francesa, baseando-se no regime da responsabilidade civil extracontratual, começou a reprimir os actos de concorrência desleal ao entender que a ilicitude poderia advir também do exercício abusivo de direitos, tutelando interesses privados⁴⁵⁴.

Esta disciplina surgiu de modo muito ligado à propriedade industrial, por razões inerentes ao sistema político, económico e jurídico da época. Evidenciando-se na era do liberalismo os valores da liberdade e propriedade, este regime apenas poderia surgir se relacionado com a propriedade sobre sinais distintivos.

Apenas no fim do século XIX, início do século XX é que este regime foi-se tornando autónomo com a criação de diplomas que regulassem autonomamente a Concorrência Desleal⁴⁵⁵.

Em Portugal, a Lei Portuguesa da Propriedade Industrial de 21 de Maio de 1896 dispôs, no seu artigo 5.º, que “[o] Estado garante a propriedade industrial e comercial pela cominação de penas aos que a ofendam e prejudiquem por meio de concorrência desleal”. Nesta mesma Lei, o legislador logrou ainda enumerar um leque de actos desleais no seu artigo 201.º.

Apesar do instituto da Concorrência Desleal surgir em França, o sistema que se viria a tornar prevacente surgiu na Alemanha, com a *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb* alemã, de 7 de Junho de 1909, onde foi prevista, pela primeira vez, uma cláusula geral de acto desleal. Assim, nos termos do artigo 1.º da mencionada lei, quem realiza-se actos comerciais, com finalidade de concorrência, que atentassem contra os bons costumes, poderia ser responsabilizado nesses termos.

⁴⁵⁴ *Vd. LUIS COUTO GONÇALVES, Manual de Direito Industrial – Propriedade Industrial e Concorrência Desleal*, Coimbra, Almedina, 2015, p. 361.

⁴⁵⁵ *Vd. LUIS COUTO GONÇALVES, Manual de Direito Industrial – Propriedade Industrial e Concorrência Desleal, op. cit.*, p. 361.

Porém, ainda na Alemanha foi abandonada, em 2004, a referência aos bons costumes (afastando-se da concepção ética), sendo adoptado o modelo social⁴⁵⁶, passando a ser um regime de regulação e controlo das diversas condutas dos concorrentes no mercado, ao ter em vista o interesse público e os interesses colectivos dos consumidores⁴⁵⁷⁻⁴⁵⁸. Nestes termos, se, no início, a concorrência desleal encontrava-se íntima e exclusivamente ligada ao processo de industrialização e de protecção dos concorrentes, passou a incorporar o interesse geral, o que inclui os interesses dos consumidores. Foi, deste modo, adoptado um novo enquadramento, segundo o qual são atendidos vários interesses do mercado e onde o consumidor também é destinatário directo do instituto da concorrência desleal, sempre que puder demonstrar que através dele a concorrência desleal encontra-se a ser praticada⁴⁵⁹.

Já em 2008, com a transposição da Directiva 2005/29/CE, o legislador alemão ampliou ainda mais o âmbito de protecção legal, ao substituir o conceito de “concorrência desleal” para “*acto comercial desleal*”, onde se insere todos os comportamentos realizados antes, durante ou depois da realização de um negócio relacionado com a aquisição de bens ou serviços.

Na Espanha a conceito geral de concorrência ilícita surgiu em 1902, mas com pouca efectividade prática, uma vez que exigia que os lesados fossem titulares de um direito privativo. Porém, actualmente, esta problemática encontra-se ultrapassada, sendo adoptado o modelo social, ou seja, o regime em causa tornou-se um instrumento de regulação e controlo do mercado e não se limitando a resolver conflitos entre os diversos concorrentes⁴⁶⁰.

Por sua vez, nos Estados Unidos da América a concorrência desleal, inicialmente, não tinha autonomia legal, sendo considerada como um complemento à protecção da marca através

⁴⁵⁶ Por contraposição ao modelo profissional, segundo o qual a concorrência desleal visava resolver conflitos entre os distintos concorrentes.

⁴⁵⁷ *Vd.* § 3 da Lei alemã de 2004.

⁴⁵⁸ *Vd.* ADELAIDE MENEZES LEITÃO, “Práticas Comerciais Desleais como impedimento à outorga de direitos industriais?”, *op. cit.*, p. 279, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “Concorrência Desleal: as grandes opções”, *op. cit.*, p. 84, JORGE ANDRÉ CARITA SIMÃO, “A Repressão das Práticas Comerciais Desleais das Empresas face aos Consumidores no Mercado Interno Europeu”, *op. cit.*, p. 1012 e DÁRIO MOURA VICENTE, “Concorrência Desleal: Diversidade de Leis e Direito Internacional Privado”, *op. cit.*, p. 184.

⁴⁵⁹ *Vd.* SALMÃO FILHO CALIXTO, *Direito Concorrencial*, apud MAN SOK WA, *Tutela Institucional da Concorrência em Concorrência Desleal, Publicidade Comparativa e Práticas Comerciais Desleais*, *op. cit.*, p. 61 e 62.

⁴⁶⁰ Lei n.º 37/1991 de 10 de Janeiro. *Vd.* JUAN SÁNCHEZ-CALERO, “La Ampliación del Concepto de Competencia Desleal”, in: AA.VV., *El Derecho Mercantil en el Umbral del Siglo XXI – Libro Homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández-Nóvoa con motivo de su octogésimo cumpleaños*, 2010, p. 391-399, p. 392 e 393, LUIS A. MARCO ARCALÁ, “Las Prácticas Comerciales Desleales con los Consumidores en la Propuesta de Código Mercantil”, *op. cit.*, p. 1088 e s. e JOSÉ MASSAGUER FUENTES, “Las Prácticas Agressivas como Acto de Competencia Desleal”, *op. cit.*, p. 17 e 18.

do *passing off*⁴⁶¹. Apenas em 1918, o *Supreme Court* autonomizou a Concorrência Desleal, afastando os requisitos da acção *passing off*. A nível normativo, o sistema americano tipifica os actos de concorrência desleal como aqueles que produzam confusão dos elementos do bem ou da sua apresentação, não tendo nenhuma cláusula geral⁴⁶².

Também no Reino Unido não existe uma cláusula geral no âmbito da Concorrência Desleal. Neste Estado, este instituto é tratado através do regime da responsabilidade extracontratual⁴⁶³. De facto, o regime da Concorrência Desleal apenas surge em alguns diplomas, de modo episódico, não existindo uma verdadeira regulação da matéria.⁴⁶⁴

Em Portugal, foi seguido o sistema originário criado pela Alemanha, ou seja, a concretização da definição concorrência desleal é feita através de uma cláusula geral, seguindo-se uma lista exemplificativa de situações que configuram casos de concorrência desleal.

Porém, o regime em Portugal é fortemente influenciado pelo modelo profissional⁴⁶⁵, não sendo adoptada a concepção integrada de origem germânica⁴⁶⁶, ou seja, não se prescinde da necessidade de existir uma relação de concorrência entre os sujeitos.

Nos termos do artigo 317.º, n.º 1 do Código de Propriedade Industrial, “[c]onstitui concorrência desleal todo o acto de concorrência contrário às normas e usos honestos de qualquer ramo de actividade económica, nomeadamente:

a) *Os actos susceptíveis de criar confusão com a empresa, o estabelecimento, os produtos ou os serviços dos concorrentes, qualquer que seja o meio empregue;*

b) *As falsas afirmações feitas no exercício de uma actividade económica, com o fim de desacreditar os concorrentes;*

c) *As invocações ou referências não autorizadas feitas com o fim de beneficiar do crédito ou da reputação de um nome, estabelecimento ou marca alheios;*

⁴⁶¹ Que consiste numa acção com o objectivo de eliminar os actos de confusão de bens e produtos provocada pelo modo de apresentação dos mesmos.

⁴⁶² Vd. §1125 (Section 43) of the Lanham Act de 1946.

⁴⁶³ Nomeadamente através da acção *passing off* e de alguma legislação avulsa.

⁴⁶⁴ Sobre o desenvolvimento da concorrência desleal em diversos países, vd. LUIS COUTO GONÇALVES, *Manual de Direito Industrial – Propriedade Industrial e Concorrência Desleal*, op. cit., p. 363 e s.

⁴⁶⁵ Vd. DÁRIO MOURA VICENTE, “Concorrência Desleal: Diversidade de Leis e Direito Internacional Privado”, op. cit., p. 183.

⁴⁶⁶ Vd. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “Concorrência Desleal: as grandes opções”, op. cit., p. 84

d) As falsas indicações de crédito ou reputação próprios, respeitantes ao capital ou situação financeira da empresa ou estabelecimento, à natureza ou âmbito das suas actividades e negócios e à qualidade ou quantidade da clientela;

e) As falsas descrições ou indicações sobre a natureza, qualidade ou utilidade dos produtos ou serviços, bem como as falsas indicações de proveniência, de localidade, região ou território, de fábrica, oficina, propriedade ou estabelecimento, seja qual for o modo adoptado;

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

Verifica-se com o supramencionado artigo que um acto de concorrência desleal exige três pressupostos distintos, nomeadamente, (1) ser um acto de concorrência; (2) contrário às normas e usos honestos; (3) de qualquer ramo de actividade económica⁴⁶⁷. Assim, sem o preenchimento cumulativo destes requisitos o acto em causa não poderá ser qualificado como desleal, ainda que se encontre mencionado dos exemplos dados nas diversas alíneas do n.º 1 do artigo 317.º e no artigo 318.º do Código da Propriedade Industrial.

Existe um acto de concorrência quando dois concorrentes⁴⁶⁸ comercializam ou produzem um bem ou prestem um serviço idêntico, dirigido ao mesmo tipo de clientela, de forma actual e efectiva, no mesmo domínio territorial relevante⁴⁶⁹⁻⁴⁷⁰. Deste modo, o acto de concorrência caracteriza-se por ser aquele que atribui posições vantajosas no mercado⁴⁷¹.

É necessário, para que se esteja perante um acto de concorrência que ocorra um acto relacional no mercado com finalidade concorrencial⁴⁷², ou seja, é essencial que um concorrente

⁴⁶⁷ *Vd. LUÍS COUTO GONÇALVES, Manual de Direito Industrial – Propriedade Industrial e Concorrência Desleal, op. cit., p. 370 e s.*

⁴⁶⁸ Agente económico com capacidade de influenciar o mercado.

⁴⁶⁹ Visto que o mercado é cada vez mais complexo e dinâmico, é defensável que possa ocorrer um acto de concorrência, em alguns casos que terão de ser aferidos casuisticamente, quando não exista afinidade de produtos ou serviços.

⁴⁷⁰ *Vd. LUÍS COUTO GONÇALVES, Manual de Direito Industrial – Propriedade Industrial e Concorrência Desleal, op. cit., p. 371.*

⁴⁷¹ *Vd. JORGE PATRÍCIO PAÚL, “Concorrência desleal e direito do consumidor”, in: Revista da Ordem dos Advogados, ano 65, 2005 Vol. I, p. 89-108 (disponível em http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idsc=45650&ida=45680).*

⁴⁷² Ou seja, susceptível de afectar a posição concorrencial dos concorrentes e/ou consumidores, independentemente do objectivo do agente.

pratique um acto nessa qualidade com outros concorrentes e/ou consumidores que se encontre regulado por regras de mercado.

Por outro lado, para que se esteja perante um acto de concorrência desleal é necessário que o acto de concorrência seja contrário a normas⁴⁷³ e usos honestos⁴⁷⁴. Verifica-se, neste âmbito, que o legislador pretende que o concorrente acate as normas e usos habituais num determinado ramo ou sector de actividade económica que sejam honestas. Há, assim, para além de um controlo normativo, um controlo ético sobre os actos de concorrência efectuados.

Por fim, para que um acto de concorrência seja considerado desleal, o legislador acrescenta que este acto poderá ser de qualquer ramo de actividade económica, ou seja, abrange todo o leque de actividades económicas, de fornecimento de bens ou prestação de serviços, excluindo as actividades puramente culturais, políticas e religiosas⁴⁷⁵.

6.2. A ligação entre a Concorrência Desleal e o Direito do Consumidor

A Concorrência Desleal, nomeadamente com a tendência evolutiva da integração da função social no regime, ao ter em conta interesses gerais, tem implicações em diversas entidades que podem ser prejudicadas pelo funcionamento anómalo do mercado⁴⁷⁶.

Assim, alguns actos de concorrência desleal atingem, mais do que os interesses dos concorrentes, os interesses dos consumidores. De facto, as alíneas d), e) e f) do artigo 317.º, n.º

⁴⁷³ Sejam estas normas sociais ou normas decorrentes de Códigos de Conduta elaborados no âmbito da autonomia privada. *Vd.* ANA RITA NASCIMENTO, *Algumas notas sobre Concorrência Desleal* (disponível em http://www.apdi.pt/pdf/Ana_Rita_Nascimento_ALGUMAS_NOTAS_SOBRE_CONCORR%C3%8ANCIA_DESLEAL_Artigo.pdf/), p. 14.

⁴⁷⁴ Ou seja, contrário aos “*padrões sociais de conduta extra-jurídico*”. *Vd.* JORGE PATRÍCIO PAUL, “Concorrência desleal e direito do consumidor”, *op. cit.*

⁴⁷⁵ A qualificação da actividade como “*económica*”, apesar de ter sido suprimida em 1995, voltou a ser exigida pelo legislador em 2003, devido à questão das profissões liberais. Conforme LUIS COUTO GONÇALVES, considera-se que a qualificação como “*económica*” em nada resolve a questão das profissões liberais, porém concorda-se com JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO quando afirma que “*não cremos que hoje se possa pretender convincentemente que os profissionais liberais, pelo carácter nobre da sua actividade, não praticam concorrência desleal. Pelo contrário, justamente essa nobreza traz acréscimo de deveres. Os estatutos deontológicos, aliás, não diminuem as obrigações destes profissionais, acentuam-nas com relação aos operadores económicos comuns.*” Assim, considera-se que, exceptuando os casos em que as ordens profissionais regulem devidamente a matéria da concorrência desleal, os profissionais deverão ser abrangidos pelo regime geral da concorrência desleal. *Cfr.* LUIS COUTO GONÇALVES, *Manual de Direito Industrial – Propriedade Industrial e Concorrência Desleal*, *op. cit.*, p. 374, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “Concorrência Desleal: as grandes opções”, *op. cit.*, p. 86 e 87 e ANA RITA NASCIMENTO, *Algumas notas sobre Concorrência Desleal*, *op. cit.*, p. 16 e 17.

⁴⁷⁶ *Vd.* JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Concorrência Desleal*, Coimbra, Almedina, 2002, p. 84.

1 do Código da Propriedade Industrial (referentes à indução em erro) demonstram isto mesmo⁴⁷⁷. Porém, ainda que se protejam também os consumidores, conforme foi referenciado, este regime não tem como objectivo máximo a defesa dos consumidores, mas dos concorrentes⁴⁷⁸.

Assim, apesar de ser pretendida a concorrência, consideram-se práticas desleais aquelas que o profissional cria condições que lhe sejam favoráveis através de actos enganosos contra os consumidores. Pelo que “*induzir em erro o consumidor é uma maneira desleal de fazer concorrência*”⁴⁷⁹.

Apesar de existirem outros actos de concorrência desleal que não afectam de modo tão directo os consumidores, verifica-se, assim, que existe uma estreita ligação entre este regime e o Direito do Consumidor⁴⁸⁰.

Contudo, este regime, conforme já referido, não visa proteger o consumidor, ainda que os consumidores também sejam também afectados com os normativos respeitantes à Concorrência Desleal⁴⁸¹. Assim, ainda que os interesses dos consumidores sejam lesados através de um acto de concorrência desleal, não é aplicável o Direito da Concorrência Desleal, uma vez que os interesses dos consumidores não são tutelados directamente pelo regime da Concorrência Desleal⁴⁸².

Contudo, é defensável a integração da defesa do concorrente, do consumidor e do interesse geral do mercado num único regime, ainda que tal diluísse as fronteiras entre o Direito

⁴⁷⁷ Conforme refere JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “[n]o que respeita à indução em erro, a lei quer que exista concorrência, mas não quer que as posições favoráveis na concorrência se obtenham mediante actos enganosos contra os consumidores”. Vd. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Concorrência Desleal*, op. cit., p. 84.

⁴⁷⁸ De facto, conforme já estudado, a defesa do consumidor encontra-se consagrada na Constituição da República Portuguesa, bem como em diversas leis, especialmente a Lei 24/96, de 31 de Julho. A tutela do consumidor “*não precisa, assim, de ser obtida [...] pela via oblíqua e sinuosa da disciplina da concorrência desleal, que foi gizada para a protecção dos concorrentes*”. Vd. JORGE PATRÍCIO PAUL, “Concorrência desleal e direito do consumidor”, op. cit..

⁴⁷⁹ Vd. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Concorrência Desleal*, op. cit., p. 84.

⁴⁸⁰ Neste sentido, LUÍS MENEZES LEITÃO indica que “*a disciplina da concorrência desleal e da liberdade da concorrência, tem vindo a desempenhar uma importante função no âmbito da protecção dos consumidores, na medida em que ao tutelar o concorrente médio, acaba por realizar o interesse dos consumidores num funcionamento racional do mercado*”. Vd. LUÍS MENEZES LEITÃO, “As Práticas Comerciais Desleais nas Relações de Consumo”, op. cit., p. 424.

⁴⁸¹ Assim, concorda-se com JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Concorrência Desleal*, op. cit., p. 84, quando afirma que, neste regime português, “[a] finalidade de preservar os consumidores é finalidade abstrata.”

⁴⁸² Assim, na proibição dos actos de concorrência desleal de indução em erro (já referenciados na presente dissertação), o engano do consumidor não constitui o interesse jurídico protegido. Nestes casos, o que se protege são os concorrentes, ao impedir que o agente pratique actos enganosos dos quais obtenha vantagens na concorrência. Vd. MAN SOK WA, *Tutela Institucional da Concorrência em Concorrência Desleal, Publicidade Comparativa e Práticas Comerciais Desleais*, op. cit., p. 79.

da Concorrência Desleal e o Direito do Consumidor⁴⁸³. Este sistema único não seria, porém, homogêneo, ou seja, existiriam ramos integrados que defenderiam activamente determinado interesse.

6.3. O regime das práticas comerciais desleais como protecção apenas dos consumidores ou também dos concorrentes

Conforme já foi analisado na presente dissertação, o regime das práticas comerciais desleais (seja na Directiva 2005/29/CE, seja no Decreto-Lei n.º 57/2008) auto integra-se no Direito do Consumidor⁴⁸⁴.

Embora o artigo 1.º da Directiva 2005/29/CE indique que a “*directiva tem por objectivo contribuir para o funcionamento correcto do mercado interno e alcançar um elevado nível de defesa dos consumidores através da aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros relativas às práticas comerciais desleais*”⁴⁸⁵, acrescenta ainda que as práticas comerciais desleais serão aquelas “*que lesam os interesses económicos dos consumidores*”.

Neste sentido, o considerando 6 da Directiva 2005/29/CE esclarece que “*a presente directiva aproxima as legislações dos Estados-Membros relativas às práticas comerciais desleais, incluindo a publicidade desleal, que prejudicam directamente os interesses económicos dos consumidores e consequentemente prejudicam indirectamente os interesses económicos de concorrentes legítimos. De acordo com o princípio da proporcionalidade, a presente directiva protege os consumidores das consequências de tais práticas comerciais desleais se estas forem substanciais, reconhecendo embora que, em alguns casos, o impacto sobre os consumidores pode ser negligenciável. Não abrange nem afecta as legislações nacionais relativas às práticas comerciais desleais que apenas prejudiquem os interesses económicos dos concorrentes ou que digam respeito a uma transacção entre profissionais*”⁴⁸⁶.

⁴⁸³ Vd. MAN SOK WA, *Tutela Institucional da Concorrência em Concorrência Desleal, Publicidade Comparativa e Práticas Comerciais Desleais*, op. cit., p. 64.

⁴⁸⁴ Vd. ASSUNÇÃO CRISTAS, “Concorrência desleal e protecção do consumidor: a propósito da Directiva 2005/29/CE”, op. cit., p. 143.

⁴⁸⁵ No mesmo sentido, o preâmbulo do Decreto-Lei n.º 57/2008 indica que “[o] desenvolvimento de práticas comerciais leais é essencial para assegurar a confiança dos consumidores no mercado, para garantir a concorrência e para promover o desenvolvimento de transacções comerciais transfronteiriças.”

⁴⁸⁶ No mesmo sentido e com redacção idêntica, vd. preâmbulo do Decreto-Lei n.º 57/2008.

Deste modo, o próprio regime classifica-se, tal como já mencionado, como parte integrante do Direito do Consumidor, afastando expressamente a sua integração no domínio da Concorrência Desleal.

Porém, é altura de questionar se, apesar de se integrar no Direito do Consumidor, o regime das práticas comerciais desleais não foi criado como uma forma de controlo do mercado, permitindo uma maior realização do mercado interno⁴⁸⁷, uma vez que com a proibição de determinadas práticas comerciais, existe uma igualdade, ainda que forçada, entre os diversos profissionais⁴⁸⁸⁻⁴⁸⁹, apesar das diferenças entre os regimes⁴⁹⁰.

Por outro lado, a existência de práticas comerciais desleais poderá facilmente levar a que os consumidores excluam a possibilidade de contratar com outros fornecedores de bens ou prestadores de serviços do mesmo género, por considerarem que poderão ser novamente enganados ou alvo de práticas enganosas ou agressivas, o que leva à desconfiança de todo um sector económico. Ora, tudo isto leva a que os concorrentes sejam também penalizados com estas práticas.

A nível histórico, na década de noventa foram feitos esforços para que fosse definida uma disciplina comunitária da Concorrência Desleal, para que existisse uma harmonização europeia das legislações sobre esta disciplina⁴⁹¹. De acordo com a Comissão Europeia e o Parlamento Europeu, esta harmonização é indispensável para o bom funcionamento do mercado interno, sendo necessário um regime adequado e prático aplicável em toda a União Europeia.

Porém, se por um lado, as questões relativas à extensão de competências da União Europeia nesta matéria não foram definidas, por outro lado, o Reino Unido e a Irlanda sempre

⁴⁸⁷ Nos termos do artigo 26.º, n.º2 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, “[o] mercado interno compreende um espaço sem fronteira internas no qual a livre circulação das mercadorias, das pessoas, dos serviços e dos capitais é assegurada de acordo com as disposições dos Tratados”.

⁴⁸⁸ *Vd.* MONIKA NAMYSLOWSKA, “To B2C or Not to B2C. Some Reflections on the Regulation of Unfair Commercial Practices from a Polish Perspective”, *op. cit.*, p. 334.

⁴⁸⁹ Se não existisse a proibição destas práticas, os profissionais que recorriam a práticas enganosas ou agressivas, afastariam os consumidores dos restantes concorrentes que agem de modo leal, prejudicando os interesses económicos destes últimos. Neste sentido HUGH COLLINS considera que as práticas de *marketing* ao enganar os consumidores, são susceptíveis de ter um efeito adverso sobre os concorrentes. *Vd.* HUGH COLLINS, “The Unfair Commercial Practices Directive”, *op. cit.*, p. 427.

⁴⁹⁰ *Vd.* MAN SOK WA, *Tutela Institucional da Concorrência em Concorrência Desleal, Publicidade Comparativa e Práticas Comerciais Desleais*, *op. cit.*, p. 86 e s.

⁴⁹¹ *Vd.* ADELAIDE MENEZES LEITÃO, “Práticas comerciais desleais como impedimento à outorga de direitos industriais?”, *op. cit.*, p.266.

resistiram a esse objectivo, uma vez que estes países aplicam um regime diferente de regulação da concorrência desleal⁴⁹²⁻⁴⁹³. Assim, o projecto de regulamentação comunitária relativa à concorrência desleal foi abandonado⁴⁹⁴.

Esta tentativa de harmonização do regime da Concorrência Desleal foi substituída pela harmonização do regime das práticas comerciais desleais (através da Directiva 2005/29/CE), que apesar de defender directamente o consumidor, protege, como já referido, também os concorrentes⁴⁹⁵.

Ora, dado o abandono da emanação de legislação comunitária em matéria da concorrência desleal, considera-se que o regime das práticas comerciais desleais surge como forma de ultrapassar a dificuldade vivida em regular a Concorrência Desleal⁴⁹⁶⁻⁴⁹⁷, visto que o regime em estudo alcança os mesmos efeitos práticos do eventual regime comunitário da Concorrência Desleal⁴⁹⁸.

De facto, a Directiva 2005/29/CE conseguiu reduzir as disparidades entre os sistemas jurídicos dos diversos Estados-Membros, afirmando-se, na opinião de DÁRIO MOURA VICENTE e JORGE ANDRÉ CARITA SIMÃO⁴⁹⁹, como a principal realização comunitária em matéria de Concorrência Desleal.

⁴⁹² Estes países regulam esta disciplina através do *passing off*, já referenciado no capítulo 6.1. *Vd.* JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “Concorrência Desleal: as grandes opções”, *op. cit.*, p. 92.

⁴⁹³ *Vd.* ADELAIDE MENEZES LEITÃO, “Práticas comerciais desleais como impedimento à outorga de direitos industriais?”, *op. cit.*, p.266.

⁴⁹⁴ *Vd.* MAN SOK WA, *Tutela Institucional da Concorrência em Concorrência Desleal, Publicidade Comparativa e Práticas Comerciais Desleais*, *op. cit.*, p. 82.

⁴⁹⁵ *Vd.*, no mesmo sentido, ADELAIDE MENEZES LEITÃO, “Práticas comerciais desleais como impedimento à outorga de direitos industriais?”, *op. cit.*, p.266.

⁴⁹⁶ *Vd.*, no mesmo sentido, *Vd.* ANA RITA NASCIMENTO, *Algumas notas sobre Concorrência Desleal*, *op. cit.*, p. 8. ANA RITA NASCIMENTO acrescenta ainda que «[s]ucedee que não foi mais longe do que tutelar a concorrência desleal ao nível dos consumidores, voltando a “deixar de fora” as relações entre concorrentes, que se mantêm por uniformizar entre os Estados Membros».

⁴⁹⁷ Resultado de uma evolução tática, que à primeira vista parece separar profundamente a Concorrência Desleal do Direito dos Consumidores.

⁴⁹⁸ De facto, a Directiva 2005/29/CE assume uma faceta de concorrência desleal. Ao regular as práticas comerciais que lesam os interesses económicos dos consumidores, regula indirectamente as práticas comerciais que afectam os outros concorrentes.

⁴⁹⁹ *Vd.* DÁRIO MOURA VICENTE, *A tutela Internacional da Propriedade Intelectual*, Coimbra, Almedina, 2008, p. 198 e JORGE ANDRÉ CARITA SIMÃO, “A Repressão das Práticas Comerciais Desleais das Empresas face aos Consumidores no Mercado Interno Europeu”, *op. cit.*, p. 1010.

Conforme analisado, o primordial objectivo da Directiva 2005/29/CE foi o de criar um nível de regulação uniforme para o mercado interno, através do fortalecimento da confiança dos consumidores na realização de transacções transfronteiriças e através da eliminação dos regimes nacionais distintos que desencorajassem o mercado único⁵⁰⁰.

Deste modo, ainda que o interesse privado dos consumidores esteja em vista no âmbito do presente regime, não se poderá considerar que esta foi a única perspectiva a ser tida em causa.

De facto, considera-se que a protecção do consumidor não consiste numa finalidade exclusiva, mas parece apenas algo que acaba por ser convergente com o objectivo de atingir de modo pleno o mercado interno⁵⁰¹. De facto, a protecção do mercado interno implica que proteja-se o consumidor.

Assim, considera-se que assiste-se a um prevalectimento de um interesse económico e financeiro, do qual a defesa dos consumidores configura um mero instrumento para atingir objectivos políticos e económicos, nomeadamente no que respeita à tutela geral da concorrência⁵⁰².

Assim, ainda que o regime seja assumido como parte integrante do Direito do Consumidor, verifica-se que o regime em estudo representa um passo seguro⁵⁰³ nesta ligação existente entre as supramencionadas disciplinas⁵⁰⁴, pelo que “*está num núcleo de fusão ou de sobreposição normativa entre a disciplina da concorrência desleal e a da defesa do consumidor,*

⁵⁰⁰ Vd. ASSUNÇÃO CRISTAS, “Concorrência desleal e protecção do consumidor: a propósito da Directiva 2005/29/CE”, *op. cit.*, p. 143 e s. e HUGH COLLINS, “The unfair commercial practices directive”, *op. cit.*, p. 418.

⁵⁰¹ Neste âmbito, ASSUNÇÃO CRISTAS refere que “*a protecção do consumidor não é nesta directiva uma finalidade em si, mas uma finalidade convergente com o fortalecimento do mercado único.*” No mesmo sentido, BRAM BENJAMIN DUIVENVOORDE considera que “*[t]o some extent consumer protection is instrumental to the internal market.*” Vd. ASSUNÇÃO CRISTAS, “Concorrência desleal e protecção do consumidor: a propósito da Directiva 2005/29/CE”, *op. cit.*, p. 143 e BRAM BENJAMIN DUIVENVOORDE, *The Consumer Benchmarks in the Unfair Commercial Practices Directive*, *op. cit.*, p. 16.

⁵⁰² Vd. MAN SOK WA, *Tutela Institucional da Concorrência em Concorrência Desleal, Publicidade Comparativa e Práticas Comerciais Desleais*, *op. cit.*, p. 153.

⁵⁰³ Nas palavras de ASSUNÇÃO CRISTAS, “Concorrência desleal e protecção do consumidor: a propósito da Directiva 2005/29/CE”, *op. cit.*, p. 143

⁵⁰⁴ Vd., ainda, neste sentido, MAN SOK WA, *Tutela Institucional da Concorrência em Concorrência Desleal, Publicidade Comparativa e Práticas Comerciais Desleais*, *op. cit.*, p. 85.

*apesar da concorrência desleal não ser completamente abrangida pelas práticas comerciais desleais, como também não o é o Direito do Consumidor*⁵⁰⁵.

Assim, citando MONIKA NAMYSLOWSKA⁵⁰⁶, “[t]he nature of unfair commercial practices lies in the fact that the exploitation of consumers is almost always only a side effect, as traders' real intention is to gain advantage over other traders. As a result, the UCP Directive may also justifiably be considered as part of unfair competition law”.

Concordando com ASSUNÇÃO CRISTAS, considera-se que o sistema germânico da Concorrência Desleal, ao visar a protecção dos interesses dos concorrentes, dos consumidores e dos demais participantes do mercado interessados numa concorrência não falseada, poderá ter influenciado o regime das práticas comerciais desleais ao expressar esta ligação entre a defesa dos consumidores e dos concorrentes⁵⁰⁷.

Deste modo, considera-se que o regime das práticas comerciais desleais é aplicado na óptica do tratamento dos consumidores, mas também na dos profissionais, de modo a que estes vejam garantidos os seus direitos⁵⁰⁸.

Em sentido contrário, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO⁵⁰⁹ considera, reportando-se à Directiva relativa às práticas comerciais, que “[a] directriz integra-se expressamente no Direito do Consumidor”, uma vez que visa disciplinar as práticas que prejudiquem somente os interesses económicos dos consumidores⁵¹⁰. Assim, na opinião deste autor, o regime em causa pretende «evitar a distorção do comportamento económico dos consumidores e não a infracção das

⁵⁰⁵ *Vd. MAN SOK WA, Tutela Institucional da Concorrência em Concorrência Desleal, Publicidade Comparativa e Práticas Comerciais Desleais, op. cit., p. 88.*

⁵⁰⁶ *Vd. MONIKA NAMYSLOWSKA, “To B2C or Not to B2C. Some Reflections on the Regulation of Unfair Commercial Practices from a Polish Perspective”, op. cit., p. 330.*

⁵⁰⁷ *Vd. ASSUNÇÃO CRISTAS, “Concorrência desleal e protecção do consumidor: a propósito da Directiva 2005/29/CE”, op. cit., p. 143. Vd., ainda neste sentido, ELIONORA CARDOSO, As práticas comerciais desleais: Uma protecção nas relações com os consumidores ou uma limitação à livre concorrência e à liberdade contratual?, op. cit., p. 51.*

⁵⁰⁸ *Vd. ELIONORA CARDOSO, As práticas comerciais desleais: Uma protecção nas relações com os consumidores ou uma limitação à livre concorrência e à liberdade contratual?, op. cit., p. 49.*

⁵⁰⁹ *Vd. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “Concorrência desleal: as grandes opções”, op. cit., p. 91.*

⁵¹⁰ *Pelo que, na opinião de JOSÉ DE OLIVEIRA DE ASCENSÃO, “[f]ica assim imediatamente excluído que a presente directriz constitua um ensaio de disciplina comunitária global no domínio da concorrência desleal”. Vd. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “Concorrência desleal: as grandes opções”, op. cit., p. 91. No mesmo sentido, vd. ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, “A transposição da Directiva sobre Práticas Comerciais Desleais (Directiva 2005/29/CE) em Portugal pelo Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de Março”, op. cit., p. 569 e 570.*

“normas e usos honestos” contra consumidores»⁵¹¹. Contudo, ainda que um dos objectivos do regime seja o tratamento das práticas comerciais praticadas nas relações de consumo, não se concorda que este é o único objectivo.

De facto, visto que o regime apresentado não incide apenas sobre a defesa dos consumidores, será de assumir uma posição muito mais abrangente. Pelo que considera-se que o regime das práticas comerciais desleais, para além de configurar uma protecção para os consumidores, contribui para um bom funcionamento do mercado interno e evita a distorção da concorrência⁵¹².

Assim, considera-se que para a Europa o bom funcionamento do mercado interno considera-se mais importante que a protecção dos consumidores em si mesmo, que apenas será sustentada enquanto permitir o fortalecimento do mercado interno⁵¹³⁻⁵¹⁴.

De facto, o regime jurídico das práticas comerciais desleais, mais do que tutelar os consumidores, através da protecção do acto de consumo em sentido estrito (negócio celebrado entre o profissional e o consumidor, para satisfação das necessidades pessoais do consumidor), o regime visa tutelar o acto de consumo em sentido amplo. Assim, mais do que um direito de lealdade de carácter individual do consumidor, o regime pressupõe um direito das relações de mercado como um todo, de carácter colectivo.

Pelo que considera-se que “*pelo menos em parte, estamos num núcleo de fusão ou de sobreposição normativa entre a disciplina da concorrência desleal e a defesa do consumidor, apesar da concorrência desleal não ser completamente abrangida pelas práticas comerciais desleais, como também não o é o Direito do Consumidor*”⁵¹⁵.

⁵¹¹ *Vd.* JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “Concorrência Desleal: as grandes opções”, *op. cit.*, p. 95.

⁵¹² *Vd.* MAN SOK WA, *Tutela Institucional da Concorrência em Concorrência Desleal, Publicidade Comparativa e Práticas Comerciais Desleais*, *op. cit.*, p. 159, ADELAIDE MENEZES LEITÃO, “Práticas comerciais desleais como Impedimento à outorga de direitos industriais?”, *op. cit.*, p.267 e CHRIS WILLETT, “Fairness and Consumer Decision Making under the Unfair Commercial Practices Directive”, *op. cit.*, p. 247 e 248.

⁵¹³ *Vd.* LUÍS SILVEIRA RODRIGUES, “Práticas comerciais desleais na perspectiva da defesa do consumidor”, *op. cit.*, p. 134.

⁵¹⁴ Nestes termos, ASSUNÇÃO CRISTAS afirma que “[h]averá, pois, neste momento, um paradoxo no acervo legislativo comunitário de protecção do consumidor: se necessário, desproteger o consumidor para proteger o mercado”. *Vd.* ASSUNÇÃO CRISTAS, “Concorrência desleal e protecção do consumidor: a propósito da Directiva 2005/29/CE”, *op. cit.*, p. 159.

⁵¹⁵ *Vd.* ADELAIDE MENEZES LEITÃO, em “Práticas comerciais desleais como impedimento à outorga de direitos industriais?”, *op. cit.*, p.275.

Fundamentando ainda esta orientação, veja-se o disposto no artigo 16.º do Decreto-Lei n.º 57/2008, já estudado na presente dissertação. O legislador português concedeu expressamente aos “*concorrentes que tenham interesse legítimo em opor-se a práticas comerciais desleais proibidas nos termos do presente decreto-lei*”, a possibilidade de intentarem uma acção inibitória. Nestes termos, no regime português é feita uma referência clara à protecção dos concorrentes no âmbito do regime da proibição das práticas comerciais desleais.

Para que se tenha legitimidade para intentar uma acção inibitória é necessário que o autor, ao defender um interesse difuso, esteja também a proteger um interesse próprio. Assim, para que exista legitimidade é necessário que seja titular de um interesse difuso, para que tenha um efectivo interesse em defende-lo em tribunal⁵¹⁶.

Por outro lado, o artigo 20.º do Decreto-Lei n.º 57/2008 permite que os concorrentes possam opor-se às práticas comerciais desleais perante uma autoridade administrativa.

Nestes termos, o legislador português ao conceder legitimidade aos concorrentes admite a protecção destes, ao conceder que estes possam actuar contra práticas comerciais desleais, quando estas os afectem, tutelando o seu interesse concorrencial. Pelo que o regime em estudo não se reporta apenas a interesses directos na relação de consumo, mas também a interesses dos concorrentes que se inserem no mercado.

Assim, de modo a defender os seus interesses, que se encontram também protegidos com o regime em estudo, os concorrentes podem actuar perante o conhecimento de uma determinada prática comercial desleal.

⁵¹⁶ *Vd. ELIONORA CARDOSO, As práticas comerciais desleais: Uma protecção nas relações com os consumidores ou uma limitação à livre concorrência e à liberdade contratual?, op. cit., p. 235.*

7. Considerações finais

- No século XIX, com a revolução industrial, ocorreu um desenvolvimento económico e uma maior disponibilidade dos bens. Nesta altura, começa a tornar-se visível a necessidade de proteger o consumidor, visto como parte mais frágil nas relações contratuais.

No entanto, apenas nos anos 60 do século XX, com o crescente aumento do desequilíbrio entre as partes contratuais e, conseqüentemente, da necessidade de protecção do consumidor, surge, de forma autónoma, o Direito do Consumidor.

Neste âmbito, ainda que o artigo 2.º, n.º 1 da Lei de Defesa do Consumidor considere consumidor “*todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com carácter profissional uma actividade económica que vise a obtenção de benefícios*”, deverá entender-se que os profissionais (sejam pessoas singulares, sejam colectivas) também poderão ser considerados consumidores, desde que estes configurem o contraente débil no que toca ao produto em causa e que ocorra um consumo efectivo do mesmo.

O Direito do Consumidor concede ao consumidor, dado o seu cariz mais débil, diversos direitos, entre eles, o direito à qualidade dos bens e serviços (no sentido que os produtos devem ser aptos a satisfazer as finalidades a que se destinam e a produzir os efeitos que lhe são importados pela lei ou pelas legítimas expectativas), o direito à informação (que comporta uma obrigação positiva do profissional prestar informação verdadeira e concreta sobre o produto em causa ao consumidor) e o direito à protecção dos interesses económicos (ou seja, o consumidor tem o direito de ver os seus interesses económicos protegidos contra eventuais abusos que os profissionais possam cometer).

- A necessidade de protecção do consumidor incidiu também sobre as práticas que desenvolvem estratégias de *marketing* agressivas e enganosas desenvolvidas pelos profissionais. Neste sentido, foram sendo proibidas práticas enganosas e agressivas.

Porém, apesar desta proibição ser desenvolvida, inicialmente, em regra, através do regime da Concorrência Desleal, surge, com a Directiva 2005/29/CE, de 11 de Maio (integrada no Direito do Consumidor), o regime das práticas comerciais desleais, que proíbe a utilização de determinadas técnicas que distorcem ou sejam susceptíveis de distorcer o comportamento económico do consumidor, levando-o a tomar decisões que não tomaria de outro modo. Assim,

a clássica metodologia *Business to Business* adoptada neste âmbito foi sendo desprezada à medida que as inquietações se centraram no *Business to Consumer*.

- A Directiva 2005/29/CE, que constitui o instrumento mais importante nesta matéria, só se aplica, no entanto, a relações comerciais de consumo, nos termos do seu artigo 3.º, não se aplicando quando estejam em causa apenas relações entre concorrentes.

No seu artigo 2.º, a Directiva define determinados conceitos jurídicos essenciais para o entendimento do regime das práticas comerciais desleais. Entre eles, está o conceito de consumidor médio, que deverá ser entendido conforme compreende o Tribunal de Justiça da União Europeia, ou seja, como o consumidor “*normalmente informado e razoavelmente atento e advertido*”.

Como forma de protecção dos consumidores, a Directiva 2005/29/CE adopta uma cláusula geral de proibição de práticas comerciais desleais. Assim, nos termos do artigo 5.º da Directiva, são proibidas as práticas contrárias às exigências relativas à diligência profissional e que distorçam ou sejam susceptíveis de distorcer de maneira substancial o comportamento económico do consumidor médio.

Contudo, para além da cláusula geral, a Directiva em análise prevê duas subespécies de práticas comerciais desleais, nomeadamente, as enganosas e agressivas.

No que diz respeito às práticas comerciais enganosas, estas visam defender o direito à informação do consumidor, pelo que são proibidas as práticas levadas a cabo pelo profissional, quando este mente ou omite informações relevantes para a tomada de decisão do consumidor.

Já as práticas comerciais agressivas visam proteger o consumidor da coacção, assédio ou influências indevidas que eventualmente poderão ser levadas a cabo pelo profissional, que prejudiquem a liberdade de escolha e o comportamento económico do consumidor em relação a um determinado produto.

O regime previsto na Directiva tem como característica principal a previsão da harmonização total do regime de proibição de práticas comerciais desleais. Assim, todos os Estados-Membros têm de ter o mesmo nível de protecção, para que se aumente a confiança dos consumidores, o que leva a um melhor funcionamento do mercado interno.

Contudo, esta característica, para além de impor um grande esforço na transposição da Directiva, levou que, em alguns Estados, ocorresse um retrocesso no regime de protecção dos

consumidores, uma vez que não poderiam adoptar uma legislação mais exigente que o regime previsto na Directiva.

Ainda que constitua um enorme passo para a protecção das práticas comerciais desleais, a Directiva não é imune a críticas. Para além dos problemas verificados no que concerne à harmonização máxima, critica-se a dificuldade de interpretação da Directiva, que adoptou diversos conceitos fundamentais subjectivos, o noção de consumidor adoptada na Directiva, a falta de um verdadeiro mecanismo de informação e protecção e a falta de uma especificação e reforço do direito à informação. Assim, será de considerar que o regime das práticas comerciais desleais, apesar de consubstanciar uma importante alteração no paradigma europeu, poderia ter ido mais longe, alargando o seu âmbito de protecção e ter uma maior eficácia.

- A transposição da Directiva no sistema jurídico português foi feita através do Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de Março, que seguiu de perto a Directiva, sem grandes inovações. Assim foi preconizada a cláusula geral e as subespécies de práticas comerciais desleais nos mesmos termos previstos na Directiva 2005/29/CE.

Contudo, são ainda visíveis algumas diferenças entre os diplomas supra mencionados. Uma das diferenças reflecte-se ao nível conceitual, visto que, erradamente, o legislador nacional refere-se a “*bem ou serviço*” e a “*empresas*” ao invés de “*produto*” e “*profissionais*”.

Por outro lado, o legislador nacional parece considerar, indevidamente, as práticas contra consumidores especialmente vulneráveis, práticas comerciais desleais em especial, enquanto deveria ter seguido a orientação da Directiva, enquadrando esta protecção no âmbito da cláusula geral.

A terceira diferença a apontar a este regime assenta na lista negra enunciada no Anexo I da Directiva. O legislador português, ao invés de criar um Anexo, acrescentou nos artigos correspondentes os exemplos de acções que o legislador nacional considera enganosas ou agressivas em qualquer circunstância.

Ainda que a transposição da Directiva fosse obrigatória e essencial, verifica-se a protecção concedida pelo Decreto-Lei n.º 57/2008 está muito longe da desejada, uma vez que apresenta diversas dificuldades de aplicação.

Por outro lado, a protecção concedida aos consumidores já era, de certa forma, concedida através da aplicação do Código Civil Português, nomeadamente, através dos seus

artigos 227.º, 240.º, 243.º, 245.º, 247.º, 280.º, 334.º, 405.º e 762.º. Contudo, admite-se que esta protecção indirecta, não chega, por si só, para resolver de um modo adequado o problema das práticas comerciais desleais.

- No que aos meios de reacção diz respeito, o artigo 13.º da Directiva dá total liberdade aos Estados-Membros para adoptarem as medidas necessárias para assegurar a aplicação de sanções.

O legislador nacional optou por diversos tipos de reacção, o que leva, conseqüentemente, a distintas sanções. Assim, o profissional poderá ser sancionado através da invalidade do contrato celebrado com o consumidor, através de uma indemnização pelos danos causados com a prática comercial efectiva e/ou através de uma coima. Por outro lado, a ocorrência de práticas comerciais desleais poderá acarretar o recurso à acção inibitória, que configura uma verdadeira acção declarativa de condenação do profissional.

Assim, são concedidas diversas sanções, aos mais variados níveis. De facto, para além de sancionar-se o profissional quando ocorram práticas comerciais desleais, poderão existir meios de reacção preventivos, visto que a acção inibitória tem também o objectivo de prevenir a existência de práticas comerciais desleais, prevenindo a existência de consumidores lesados.

Acresce que, quanto à acção inibitória, para além da legitimidade conferida aos consumidores lesados, têm legitimidade todas as pessoas que detenham interesse legítimo, incluindo os concorrentes, nos termos do artigo 16.º do Decreto-Lei n.º 57/2008.

- Ainda que o regime em análise seja expressamente integrado no Direito do Consumidor, são inegáveis os efeitos produzidos noutros ramos de direito, nomeadamente, na Concorrência Desleal, visto que *“induzir em erro o consumidor é uma maneira desleal de fazer concorrência”*. De facto, com a proibição de determinadas práticas comerciais, existe uma igualdade entre profissionais.

Assim, será de considerar que o legislador comunitário visa, com a emanação da Directiva 2005/29/CE, para além da protecção do consumidor, a protecção dos concorrentes, de modo a permitir o bom funcionamento do mercado interno. Assim, a protecção dos consumidores configura um mero instrumento para atingir uma verdadeira regulação do mercado, que não foi possível de outro modo. Esta posição é ainda fundamentada pelo momento em que surgiu a Directiva, ou seja, logo após o abandono da eventual regulamentação comunitária relativa à Concorrência Desleal.

8. Lista bibliográfica

8.1 Monografias e Artigos

AA.VV., *Unfair Commercial Practices – An analysis of the existing national laws on unfair commercial practices between business and consumers in the new Member States*, London, British Institute of International and Comparative Law (disponível em http://www.biicl.org/files/882_general_report_unfair_commercial_practices_new_member_states%5Bwith_dir_table_and_new_logo%5D.pdf)

ABRUNHOSA, CLÁUDIA SOFIA GOMES, “Práticas Comerciais Desleais – Um estudo da Directiva 2005/29/CE”, in: *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n.º61, Março de 2010, p. 45-129

ALMEIDA, CARLOS FERREIRA DE, *Direito do Consumo*, Coimbra, Almedina, 2005

ALMEIDA, CARLOS FERREIRA DE, *Os Direitos dos Consumidores*, Coimbra, Almedina, 1982

ALVES, BEATRIZ PATIÑO, “Actos de comparación e imitación como práctica engañosa”, in: AA.VV., *Las Prácticas Comerciales Desleales*, n.º 7, CEACCU, 2010, p. 27-62

ALVES, JOÃO, “A Publicidade e a Directiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Maio de 2005, relativa às Práticas Comerciais Desleais das Empresas face aos Consumidores no Mercado Interno”, in: *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n.º 48, Dezembro de 2006, p. 65-76

ASCENSÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA, *Concorrência Desleal*, Coimbra, Almedina, 2002

ASCENSÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA, “Concorrência Desleal: as grandes opções”, in: AA.VV., *Direito Industrial*, Coimbra, Almedina, 2009, Vol. VI p. 83-102

ASCENSÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA, “Direito Civil e Direito do Consumidor”, in: *Revista Portuguesa do Direito do Consumo*, n.º53, Março de 2008, p. 9-27

BETTENCOURT, MARGARIDA ALMADA, “Publicidade infanto-juvenil: restrição ou proibição?”, in: *Revista Portuguesa do Direito do Consumo*, n.º50, Junho de 2007, p. 160-176

BALOGH, V. E CSERES, K. J., “Institutional Design in Hungary: A Case Study of the Unfair Commercial Practices Directive”, in: *Journal of Consumer Policy*, n.º 36, 2013, p. 343-365 (disponível em <http://link.springer.com/article/10.1007/s10603-013-9236-y>)

CANOTILHO, J. J. GOMES E MOREIRA, VITAL, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007

CARDOSO, ELIONORA, *As práticas comerciais desleais: Uma proteção nas relações com os consumidores ou uma limitação à livre concorrência e à liberdade contratual?*, Tese de Doutoramento, Lisboa, Universidade Autónoma de Lisboa, 2014 (disponível em <http://repositorio.ual.pt/bitstream/11144/421/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20Doutoramento%20Elionora%20Santos%202014.pdf>)

CARVALHO, JORGE MORAIS, *Os Contratos de Consumo – Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito do Consumo*, Dissertação de doutoramento, Lisboa, Março de 2011

CARVALHO, JORGE MORAIS, “Práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores”, in: *Revista de Direito das Sociedades*, n.º 1, ano III, 2011, p. 187-219

CHORÃO, MÁRIO BIGOTTE, *Introdução ao Direito. O Conceito de Direito*, Coimbra, Almedina, 1989, Vol. I

COLLINS, HUGH, “The Unfair Commercial Practices Directive”, in: *European Review of Contract Law*, n.º 4, 2005, Vol. 1, p. 417-441

COMITÉ ECONÓMICO E SOCIAL EUROPEU, “Que informação para os consumidores”, in: *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, n.º 960C 1, 2010, 14 de Julho

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Da conformação no Direito Civil*, Coimbra, Almedina, 2008

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, “Da natureza civil do Direito do Consumo”, in: *O Direito*, ano 136, 2004, p. 605-640

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, “Da Reforma do Direito Civil Português”, in: *O Direito*, Anos 134º - 135º, 2002/2003, p. 31-44

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Tratado de Direito Civil Português*, Tomo I, Coimbra, Almedina, 2007, Vol. I

COSTA, ANDREIA RODRIGUES, *O Regime jurídico da Publicidade Enganosa: a (des)proteção dos consumidores?*, Dissertação de Mestrado, Porto, Universidade Católica Portuguesa, Novembro de 2014 (disponível em <http://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/17263/1/tese%20de%20>

mestrado%20doc.%20final.pdf)

CRISTAS, ASSUNÇÃO, “Concorrência desleal e protecção do consumidor: a propósito da Directiva 2005/29/CE”, in: AA.VV. *Homenagem da FDL ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles: 90 anos*, Coimbra, Almedina, 2007, p. 141-162

DEFORGE, CECILE, “Les pratiques commerciales déloyales des entreprises à l’égard des consommateurs”, p. 7-52 (disponível em <https://orbi.ulg.ac.be/bitstream/2268/101263/1/Cup.%20pdf.pdf>)

DEVESA, CARLOS LEMA, “El engaño publicitario al consumidor”, in: AA.VV., *Las Prácticas Comerciales Desleales*, n.º 7, CEACCU, 2010, p. 13-25

DUARTE, PAULO, “O Conceito jurídico de consumidor segundo o art. 2.º/1 da Lei de Defesa do Consumidor”, in: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 1999, vol. LXXV, p. 649-703

DUIVENVOORDE, BRAM BENJAMIN, *The Consumer Benchmarks in the Unfair Commercial Practices Directive*, PhD thesis, Amsterdam, Ipskamp Drukkers, 2014 (disponível em <http://dare.uva.nl/document/2/142773>)

FERNANDEZ NÓVOA, CARLOS, “La Directiva comunitária sobre prácticas comerciales desleales”, in: *Revista Autocontrol*, Madrid, Asociación de Autocontrol de la Publicidad, n.º 108, 2006, p. 16-22

FROTA, MÁRIO, “Das Práticas Comerciais Agressivas no espaço económico europeu”, in: *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n.º 62, Junho de 2010, p. 53-61

GONÇALVES, LUÍS COUTO, *Manual de Direito Industrial – Propriedade Industrial e Concorrência Desleal*, Coimbra, Almedina, 2015.

GONZÁLEZ VAQUÉ, LUÍS, “La Directiva 2005/29/CE relativa a las practicas comerciales desleales: entre el objetivo de uma armonización total y el enfoque de plena armonización en materia de protección de los consumidores”, in: *Derecho de los Negocios*, n.º 181, 2005, p. 5-18

GONZÁLEZ VAQUÉ, LUÍS, “La noción de consumidor medio según la jurisprudencia del tribunal de justicia de las comunidades europeas”, in: *Revista de Derecho Comunitario Europeu*, Madrid, Centro de estudos constitucionales, n.º 17, 2004, p. 47-82

HÖRSTER, HEINRICH EWALD, *A parte geral do Código Civil Português – Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, Almedina, 1992

INCARDONA, ROSSELLA E PONCIBÒ, CRISTINA, “The average consumer, the unfair commercial practices directive, and the cognitive revolution”, in: *Journal of Consumer Policy Issue*, N.º 1, 2007, Vol. 30, p. 21-38

LARCHER, SARA, “Contratos celebrados através da Internet: garantias dos consumidores contra vícios na compra e venda de bens de consumo”, in: *Estudos do Instituto de Direito do Consumo*, 2005, Vol. II, p. 141-253

LAURENTINO, SANDRINA, “Os destinatários da legislação do consumidor”, in: *Estudos do Direito do Consumidor*, n.º2, Coimbra, 2000, p. 415-434

LEIÑENA MENDIZÁBAL, ELENA, “El acoso: práctica comercial agresiva”, in: AA.VV., *Las Prácticas Comerciales Desleales*, n.º 7, CEACCU, 2010, p. 143-163

LEIÑENA MENDIZÁBAL, ELENA, “El Avance en la Protección de la Persona Consumidora y Usuaría ante las Nuevas Prácticas Comerciales Desleales”, in: *Cuadernos de Derecho y Comercio*, n.º 59, 2013, p. 85-146

LEITÃO, ADELAIDE MENEZES, “Direito da Publicidade e Concorrência Desleal – Um Estudo sobre as Práticas Comerciais Desleais”, in: AA.VV., *Direito Industrial*, Coimbra, Almedina, 2005, Vol. IV, p. 267-284

LEITÃO, ADELAIDE MENEZES, *Estudo de Direito Privado sobre a Cláusula Geral de Concorrência Desleal*, Coimbra, Almedina, 2000

LEITÃO, ADELAIDE MENEZES, “Práticas comerciais desleais como impedimento à outorga de direitos industriais?”, in: AA.VV., *Direito Industrial*, Coimbra, Almedina, 2010, Vol. VII, p. 265-283

LEITÃO, LUÍS MENEZES, “A protecção do consumidor contra as práticas comerciais desleais e agressivas”, in: *O Direito*, anos 134-135, 2002-2003, p.69-95

LEITÃO, LUÍS MENEZES, “As práticas comerciais desleais nas relações de consumo”, in: *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 71, Abril-Junho 2011, p. 423-445 (disponível em <http://www.oa.pt/upl/%7B29c2d451-b398-486b-9842-a5cad254e869%7D.pdf>)

LEITÃO, LUÍS MENEZES, “O Direito do Consumo: autonomização e configuração dogmática”, in: *Estudos do Instituto de Direito do Consumo*, 2002, Vol. I, p. 11–30.

LEITÃO, LUÍS MENEZES, “O novo regime da venda de bens de consumo”, in: *Estudos do Instituto de Direito do Consumo*, 2005, vol. II, p. 37-73

LIMA, PIRES DE E VARELA, ANTUNES, *Código Civil Anotado*, Coimbra, Coimbra Editora, 1987, 4ª Edição, Vol. I

LIZ, JORGE PEGADO, “A “lealdade” no comércio ou as desventuras de uma iniciativa comunitária (análise crítica da Directiva 2005/29/CE)”, in: *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n.º44, Dezembro de 2005, p. 17-93

LIZ, JORGE PEGADO, “A “transposição” da Directiva relativa às práticas comerciais desleais no Ante-Projecto do Código do Consumidor”, in: *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n.º 49, 2007, p. 20-25

LIZ, JORGE PEGADO, “Práticas Comerciais Proibidas”, in: *Estudos do Instituto de Direito do Consumo*, Coimbra, Almedina, 2013, vol. IV, p. 81-163 (disponível em <http://ww2.fd.ulisboa.pt/LinkClick.aspx?fileticket=NMgU-YEhrc8%3D&tabid=417>)

LOBO, PAULO LUIZ NETTO, “A informação como direito fundamental do consumidor”, in: *Estudos do Direito do Consumidor*, Coimbra, Centro de Direito do Consumo, n.º 3, 2001, p. 23-45

LÓPEZ SANTOS, ÓSCAR, “La Directiva sobre prácticas comerciales desleales: antecedentes, descripción y comentario crítico”, in: *Estudios sobre Consumo*, n.º75, 2005, p. 9-23

MARCO ARCALÁ, LUIS A., “Las Prácticas Comerciales Desleales con los Consumidores en la Propuesta de Código Mercantil”, in: AA.VV *Estudios sobre el Futuro Código Mercantil – Libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Madrid, 2015, p. 1087-1109 (disponível em <http://hdl.handle.net/10016/21040>)

MARÍN LÓPEZ, MANUEL JESÚS, “Otras prácticas engañosas. La “lista negra” de prácticas comerciales engañosas con consumidores”, in: AA.VV., *Las Prácticas Comerciales Desleales*, n.º 7, CEACCU, 2010, p. 63-80

MARTINEZ, PEDRO ROMANO, *Direito das Obrigações (Parte especial)*, Coimbra, Almedina, Maio de 2000

MARTINS, ALEXANDRE SOVERAL, “A transposição da Directiva sobre Práticas Comerciais Desleais (Directiva 2005/29/CE) em Portugal pelo Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de Março”, in: AA.VV., *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Coimbra, Almedina, 2011, Vol. I, p. 569-585

MARTINS, ANA GUERRA, “O Direito Comunitário do consumo”, in: *Estudo do direito do consumidor*, Coimbra, Centro direito consumo, n.º 5, 2003, p. 63-91

MASSAGUER FUENTES, JOSÉ, “Las Prácticas Agressivas como Acto de Competencia Desleal”, in: *Actualidad Jurídica Uriá Menéndez*, n.º 27, 2010, p. 17-32 (disponível em <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/2755/documento/art01.pdf?id=2542>)

MCCONNELL, SIOBHAN, “Consumer Protection from Unfair Trading Regulations 2008 – What Constitutes a Commercial Practice?”, in: *The Journal of Criminal Law*, n.º 77, 2013, p. 365-370

MIRANDA, JORGE, “Anotação ao artigo 60.º da Constituição”, in: *Estudos do Instituto de Direito do Consumo*, Coimbra, Almedina, 2013, vol. IV, p. 21-32 (disponível em <http://ww2.fd.ulisboa.pt/LinkClick.aspx?fileticket=NMgU-YEhrc8%3D&tabid=417>)

MONTEIRO, ANTÓNIO PINTO, “Harmonização Legislativa e Protecção do Consumidor (A Propósito do Anteprojecto do Código do Consumidor Português)”, in: AA.VV., *Estudos em honra do Professor Doutor José de Oliveira de Ascensão*, Coimbra, Almedina, 2008, Vol. I, p.1447-1472

MORAIS, FERNANDO DE GRAVATO, “A Evolução do Direito do Consumo”, in: *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n.º 55, Setembro de 2008, p. 9-26

MORAIS, FERNANDO DE GRAVATO, “Artigo 28.º - Defesa dos consumidores”, in: AA.VV., *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia – Comentada*, Coimbra, Almedina, 2013, p. 459-466

NABAIS, JOSÉ CABALTA, “O Estatuto Constitucional dos Consumidores”, in: AA.VV., *Estudos em Homenagem ao Prof. Dr. Sérvulo Correia*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, Vol. I, p. 479-508.

NAMYSLOWSKA, MONIKA, “To B2C or Not to B2C. Some Reflections on the Regulation of Unfair Commercial Practices from a Polish Perspective”, in: *Journal of Consumer Policy*, 2013, Vol. 36, p. 329-342 (disponível em <http://link.springer.com/article/10.1007/s10603-013-9229-x>)

NASCIMENTO, ANA RITA, *Algumas notas sobre Concorrência Desleal* (disponível em http://www.apdi.pt/pdf/Ana_Rita_Nascimento_ALGUMAS_NOTAS_SOBRE_CONCORR%C3%8ANCIA_DESLEAL_Artigo.pdf/)

NAVAS, LEONARDO CERVERA, “The New Directive on Unfair Commercial Practices in the Internal Market of Binding Corporate Rules”, in: *International Review of Law Computers*, n.º 3, 2006, Vol. 20, p. 343-359

NITU, CRISTINA, *L’Autonomie du Droit de la Consommation*, Québec, Canadá, Université du Québec à Montréal, 2009 (disponível em <http://www.archipel.uqam.ca/2276/1/M11001.pdf>)

OLIVEIRA, ELSA DIAS, “Práticas comerciais proibidas”, in: *Estudos do Direito do Consumidor*, Coimbra, Centro do Direito do Consumo, n.º 8, 2006/2007, p. 147–173

OLIVEIRA, FERNANDO BAPTISTA DE, *O conceito de consumidor. Perspectivas nacional e comunitária*, Coimbra, Almedina, 2009

OLIVEIRA, NUNO MANUEL PINTO, *Princípio de Direito dos Contratos*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011

ORLANDO, SALVATORE, “The Use of Unfair contractual Terms as an Unfair Commercial Practice”, in: *European Review of Contract Law*, n.º 7, Janeiro de 2011, p. 25-56 (disponível em https://personaedanno.it/attachments/allegati_articoli/AA_020596_resource1_orig.pdf)

PAÚL, JORGE PATRÍCIO, “Concorrência desleal e direito do consumidor”, in: *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 65, 2005, Vol. I, p. 89-108 (disponível em http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idsc=45650&ida=45680)

PINTO, PAULO MOTA, “Conformidade e garantias na venda de bens de consumo. A Directiva 1999/44/CE e o direito português”, in: *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 2, 2000, p. 197-331

PINTO, PAULO MOTA, *Direito da publicidade*, aulas ao curso de pós-graduação de Direito do Consumo, 1999

PEREIRA, ALEXANDRE LIBÓRIO DIAS, “Publicidade Comparativa e Práticas Comerciais Desleais”, in: *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º7, 2005, p. 341-378 (disponível em <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/28796/1/PUBLICIDADE%20COMPARATIVA%20E%20PR%C3%81TICAS%20COMERCIAIS%20DESLEAIS.pdf>)

PINTO, CARLOS A. MOTA, *Teoria geral do direito civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, 3ª edição

POMAR, FERNANDO GÓMEZ, “The Unfair Commercial Practices Directive: A Law and Economics Perspective”, in: *Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, Janeiro de 2006 (disponível em <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/79109/103250>)

PRATA, ANA, *Dicionário Jurídico*, Coimbra, Almedina, 2012

REBELO, FERNANDA NEVES, “O Direito à Informação do Consumidor na Contratação à Distância”, in: AA.VV. *Liber Amicorum Mário Frota, A causa dos direitos dos consumidores*, Coimbra, Almedina, 2012, p. 103-153

REICH, NORBERT, “Geraint Howells, Hans-W. Micklitz, & Thomas Wilhelmsson: European Fair Trading Law – The Unfair Commercial Practices Directive”, in: *Journal of Consumer Policy*, 2007, Vol. 30, p. 39-43 (disponível em <http://link.springer.com/article/10.1007/s10603-006-9022-1>)

REICH, NORBERT, “Transnational Consumer Law – Reality or Fiction?”, in: *Penn State International Law Review*, n.º 3,4, 2009, Vol. 27, p. 859-868 (disponível em <http://elibrary.law.psu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1272&context=psilr>)

RODRIGUES, HÉLIO T. RIGOR, “A protecção dos consumidores vulneráveis nas práticas comerciais desleais: análise da directiva 2005/29/CE e do decreto-lei 57/2008”, in: *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n.º 56, 2008, p. 83-120

RODRIGUES, LUÍS SILVEIRA, “Práticas comerciais desleais na perspectiva da defesa do consumidor”, in: AA.VV., *Direito do Consumo*, Centro de Estudos Judiciários, E-Book, 2014, p. 131-140 (disponível em http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/ebook_Direito_Consumo.pdf)

SÁNCHEZ-CALERO, JUAN “La Ampliación del Concepto de Competencia Desleal”, in: AA.VV., *El Derecho Mercantil en el Umbral del Siglo XXI – Libro Homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández-Nóvoa con motivo de su octogésimo cumpleaños*, 2010, p. 391-399.

SESEDEDOS, EUGENIO RIBÓN, “Acción civil frente a las prácticas comerciales desleales”, in: AA.VV., *Las Prácticas Comerciales Desleales*, n.º 7, CEACCU, 2010, p. 81-128

SILVA, JOÃO CALVÃO DA, *A responsabilidade civil do produtor*, Coimbra, Almedina, 1990

SILVA, JOÃO CALVÃO DA, *Compra e venda de coisas defeituosas. Conformidade e segurança*, Coimbra, Almedina, 2008

SIMÃO, JORGE ANDRÉ CARITA, “A Repressão das Práticas Comerciais Desleais das Empresas face aos Consumidores no Mercado Interno Europeu”, in: *Revista de Direito das Sociedades*, n.º 4, 2012, p. 1009-1045

SIMÕES, FERNANDO DIAS, “O conceito de consumir no Direito Português (II)”, in: *JusNet 35/2012*, (disponível em <http://jusjournal.wolterskluwer.pt/Content/Document>)

SOUSA, MIGUEL TEIXEIRA DE, *A legitimidade popular na tutela dos interesses difusos*, Lisboa, LEX, 2003

TELLES, INOCÊNCIO GALVÃO, *Manual dos Contratos em Geral*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002

TRZASKOWSKI, JAN, “Behavioural Economics, Neuroscience, and the Unfair Commercial Practises Directive”, in: *Journal of Consumer Policy*, n.º 34, 2011, p. 377-392, (disponível em <http://link.springer.com/article/10.1007/s10603-011-9169-2>)

VICENTE, DÁRIO MOURA, *A tutela Internacional da Propriedade Intelectual*, Coimbra, Almedina, 2008

VICENTE, DÁRIO MOURA, “Concorrência Desleal: Diversidade de Leis e Direito Internacional Privado”, in: AA.VV., *Direito Industrial*, Coimbra, Almedina, 2012, Vol. VIII, p. 181-212

WA, MAN SOK, *Tutela Institucional da Concorrência em Concorrência Desleal, Publicidade Comparativa e Práticas Comerciais Desleais*, Dissertação de Mestrado, Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2012

WILLETT, CHRIS, “Fairness and Consumer Decision Making under the Unfair Commercial Practices Directive”, in: *Journal of Consumer Policy*, n.º 3, Setembro de 2010, Vol. 33, p. 247-273

WILLIAMS, JANE E HARE, CAROLINE, “Early Experiences of the Enforcement of the Unfair Commercial Practices Directive in Scotland”, in: *Journal of Consumer Policy*, n.º 4, Dezembro de 2010, Vol. 33, p.377-401

8.2 Jurisprudência

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 16 de Julho de 1998 (Processo C-210/96)

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 4 de Abril de 2000 (Processo C-465/98)

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 22 de Novembro de 2001 (Processo n.º C-541/99 e C-542/99)

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 24 de Outubro de 2002 (Processo C-99/01)

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 20 de Janeiro de 2005 (Processo C-464/01)

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 23 de Abril de 2009 (Processos n.º C-261/07 e C-229/07).

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 153/1990, de 3 de Maio de 1990

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 650/2004, de 23 de Fevereiro de 2005

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 24 de Junho de 2003 (Processo n.º 03A1914)

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 22 de Abril de 2004 (Processo n.º 07B974)

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 6 de Novembro de 2007 (Processo n.º 07A3015)

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 11 de Novembro de 2010 (Processo n.º 3893/1988.L18)