



Sara Fernandes Garcia

# **As Práticas Comerciais Desleais: Uma Visita Guiada pelo Regime Português**

Dissertação com vista à obtenção do grau de Mestre

Orientador: Professor Doutor Jorge Morais Carvalho

Setembro de 2014

Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa

# As Práticas Comerciais Desleais: Uma Visita Guiada pelo Regime Português

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa para cumprimento dos requisitos necessários à obtenção do grau de Mestre em direito público, realizada sob a orientação científica do Professor Doutor Jorge Morais Carvalho.

Sara Fernandes Garcia

2014

# **Declaração de compromisso anti-plágio**

Declaro por minha honra que o trabalho que apresento é original e que todas as citações estão corretamente identificadas. Tenho consciência de que a utilização de elementos alheios constitui grave falta ética e disciplinar.

# Agradecimentos

Antes de mais, dirijo os meus agradecimentos ao Professor Doutor Jorge Morais Carvalho pela disponibilidade imediata na orientação do presente trabalho. Estou certa de que o seu apoio e as suas preciosas indicações e sugestões se revelaram indispensáveis, durante este percurso, para alcançar o fim a que me propus.

Naturalmente, quero deixar uma palavra de apreço e gratidão aos meus pais e amigos por me permitirem partilhar experiências, ansiedades e preocupações ao longo desta etapa.

# Modo de citar

Nesta dissertação optámos por identificar as monografias de forma simplificada, com referência a autor, título abreviado (volume, quando a obra esteja dividida), ano (da edição consultada) e página(s). Nos artigos ou partes de livros citados, refere-se o autor, o título do artigo, o ano e a página(s) consultada(s).

As referências bibliográficas completas constam de uma lista final. As monografias são identificadas com referência ao autor (a primeira referência é o último nome do autor), título, edição (caso não seja a primeira), editora, local de edição e ano. Os artigos ou partes de livros são identificados com referência a autor, título do artigo ou livro, revista ou livro, número, ano e limites de páginas. As obras estão ordenadas por autor e, dentro de cada autor, pela data, da mais recente para a mais antiga.

A jurisprudência é citada com referência a tribunal, data, processo e relator. Ao longo do texto as referências estão ordenadas por data. Na lista final faz-se uma divisão por tribunal e uma ordenação por data.

Esta dissertação não se encontra redigida de acordo com as regras do novo acordo ortográfico.

O corpo da presente dissertação, incluindo espaços e notas de rodapé, ocupa um total de 197. 540 caracteres.

# Abreviaturas

A – Autor / Autora

AA – Autores

Ac. – Acórdão

al. – Alínea

art. – artigo

arts. – artigos

BGB – Bürgerliches Gesetzbuch

BEUC – Bureau Européen des Consommateurs

B2B – Business to business

B2C – Business to consumer

CC – Código Civil

CCG – Cláusulas Contratuais Gerais

CE – Comunidade Europeia

CEE – Comunidade Económica Europeia

CESE – Comité Económico e Social Europeu

Cód. – Código

coord. – coordenação

CP – Código da Publicidade

CPI – Código de Propriedade Industrial

CRP – Constituição da República Portuguesa

CJTE – Colectânea da jurisprudência do Tribunal Europeu

DEC – Direito Europeu do Consumo

DL – Decreto-Lei

*EDC – Estudos de Direito do Consumidor*

*EIDC – Estudos do Instituto de Direito do Consumo*

EM – Estado-membro

*ERCL – European Review of Contract Law*

FDUC – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

*GREDE Galileu – Revista de Economia e Direito*

JOCE – Jornal Oficial das Comunidades Europeias

LDC – Lei de Defesa do Consumidor

LTL – Litas (unidade monetária da Lituânia)

LV – Livro Verde

n.º – número

p. – página

PCD – Práticas Comerciais Desleais

pp. – páginas

Proc. – Processo

*ROA – Revista da Ordem dos Advogados*

*RPDC – Revista Portuguesa de Direito do Consumo*

STA – Supremo Tribunal Administrativo

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TFUE – Tratado de funcionamento da União Europeia

TUE – Tratado da União Europeia

TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia

Trat. – Tratado

TRC – Tribunal da Relação de Coimbra

TRL – Tribunal da Relação de Lisboa

UMAC – Unidade de Mediação e Acompanhamento de Conflitos de Consumo

Vol. – Volume

VV – Vários



# Resumo

O presente estudo visa analisar uma matéria controversa e relativamente inexplorada no nosso sistema: o quadro legal relativo às práticas comerciais desleais, no âmbito de uma relação de consumo.

Dado que o regime se baseia na Directiva nº 2005/29/CE, considerámos apropriado analisar, primeiramente, o contexto e origem desse instrumento normativo. Não obstante, centrámos a nossa análise na interpretação das regras estabelecidas pelo ordenamento jurídico português (DL nº 57/2008, de 26 de Março).

Para esta dissertação, propusemos um modelo de abordagem tripartido. O Capítulo V procura deslindar a cláusula geral, através da análise de um conjunto de conceitos abertos, como diligência profissional, prática de mercado honesta, boa-fé ou a distorção material do comportamento económico do consumidor. No capítulo VI, forcar-nos-emos em duas modalidades comuns de práticas: as práticas enganosas e as agressivas. Finalmente, dado que o capítulo VII diz respeito à lista negra, ilustrámos as práticas listadas, através de casos da vida real.

Tendo em conta os conceitos indeterminados empregados tanto na proibição geral como nas práticas enganosas e agressivas, torna-se particularmente difícil demonstrar a deslealdade do comportamento do profissional. Com isto em mente, concluímos que o regime falha na prossecução do seu objectivo primordial: não protege adequada e eficazmente os interesses dos consumidores.

# Abstract

The following study aims to examine a controversial and relatively unexplored subject within our system: the legal framework on unfair business-to-consumer commercial practices.

Given the fact that this subject is based on the Directive 2005/29/EC, we considered to be appropriate to explore, firstly, the background and origin of such normative instrument. Nevertheless, we have centered our analysis on the interpretation of the set rules established by the Portuguese legal system (Law nr 57/2008, March 26th).

For this dissertation, we have proposed a model of tripartite approach. Chapter V seeks to shed light on the general clause by analyzing a set of open concepts such as professional diligence, honest market practice, good faith or material distortion of the consumer's economic behavior. In chapter VI, we will focus on two common types of unfair commercial practices: misleading and aggressive practices. Finally, due to the fact that chapter VII deals with the black list, we have illustrated the listed practices by giving real life examples.

Taking into account the indefinite concepts used in the general prohibition and in the misleading and aggressive clauses, it is particularly difficult to demonstrate the unfairness of the professional's behavior. In the light of this information, we have concluded that the regime fails on achieving its main goal: it does not protect properly and effectively the consumer's interests.

# I. Considerações introdutórias

No admirável mundo da sociedade de consumo, a oferta de bens e serviços excede quase sempre a procura. A concorrência, hoje à escala planetária, é cada vez mais feroz. As empresas vêem-se na contingência de criar novos mecanismos de atracção de clientes, desembocando em estratégias de *marketing* mais ousadas e arriscadas. Hoje, é o comerciante que vai atrás do cliente. É preciso detectar necessidades de consumo, entender padrões de conduta, oferecer vantagens suficientemente competitivas. Também o uso massivo da internet e o advento da revolução tecnológica tem propiciado o surgimento de novos espaços e modelos de promoção comercial.

O consumidor da era actual enfrenta uma realidade paradigmática: nunca antes teve acesso a tanta informação sobre produtos e empresas, porém, também nunca antes esteve sujeito a estratégias de *marketing* tão aguerridas.

Traçar a fronteira entre um mero acto de persuasão comercial e uma actuação susceptível de manipular o consumidor e moldar a sua decisão é um dos principais desafios do Direito do Consumo da actualidade.

É precisamente sobre os contornos do regime das PCD no nosso ordenamento jurídico que incidirão as linhas que se seguem.

Numa abordagem de conjunto, procuraremos fornecer pistas para a concretização dos três níveis de protecção consagrados. Analisaremos a cláusula geral e as cláusulas relativas às práticas enganosas e agressivas de olhos postos na dissecação de uma série de conceitos-chave. No que concerne ao elenco de práticas do último nível e, sem prejuízo de uma abordagem conceptual, procuraremos sobretudo uma perspectiva prática da matéria, através da ilustração de casos enquadráveis nos preceitos.

Num regime onde abundam conceitos indeterminados, exigindo da nossa parte um esforço de densificação, recorreremos, sempre que útil, às pistas interpretativas lançadas pelo TJUE.

## II. A génese do regime das PCD

### 1. A necessidade de uniformização normativa: um imperativo do mercado único

A instituição de um quadro regulatório comum relativo à concorrência desleal é uma exigência inerente à integração económica europeia. A edificação de um mercado interno<sup>1</sup> passa, invariavelmente, pela proibição de práticas concorrenciais desvirtuadoras do livre jogo da oferta e da procura<sup>2</sup>. Estas regras proibitivas, previstas no TFUE, estavam pensadas para minorar os desequilíbrios concorrenciais, numa lógica estritamente empresarial. Os consumidores não gozavam, à época, de uma protecção directa - as práticas comerciais distorcivas do seu comportamento económico não eram objecto de um tratamento autonomizado, a nível europeu. A matéria era regulada, no âmbito de cada EM, com alcances e intensidade distintas, espelhando o mosaico de tradições jurídicas que compõe a UE<sup>3</sup>.

Nas ordens jurídicas da Suécia, Bélgica, Alemanha, Grécia e Áustria, encontrávamos já um quadro legal específico, contendo regras de concorrência desleal, destinadas a proteger tanto os consumidores como empresas. Nestes casos, o sistema de protecção da concorrência era unitário, operando, na maioria das vezes, através de uma cláusula geral<sup>4</sup>, complementada por normas sobre categorias específicas de deslealdade ou relativas a certas modalidades de venda.

---

<sup>1</sup> O mercado único é uma das traves-mestras da própria UE, consagrada no art. 26º do TFUE.

<sup>2</sup> J. MOTA DE CAMPOS e J. L. MOTA DE CAMPOS, *Manual de Direito Europeu*, 2010, p. 609, "(...) a concorrência no meio do mercado comum não pode ser uma competição selvagem em que impere a lei do mais forte (...) o mercado comum europeu obedece, certamente, ao princípio *laissez passer*, mas não consente o *laissez faire* socialmente irresponsável".

<sup>3</sup> Espelhando esta diversidade, H. SCHULTE-NÖLKE e R. SCHULZE, "Analysis of National Fairness Laws...", 2003, pp. 11-12; HOWELLS, MICKLITZ e WILHELMSSON, *European Fair Trading Law...*, 2005, pp. 3-4.

<sup>4</sup> Ressalvando o ordenamento jurídico belga, que consagrava duas cláusulas gerais: uma protegendo consumidores e a outra, os vendedores.

Numa abordagem distinta, Holanda e Itália remetiam o tratamento da matéria para os respectivos CC's. No caso italiano, recorria-se a uma cláusula civilista que impunha um dever de negociar honestamente. Já na Holanda, remetia-se para o instituto da responsabilidade civil. Também em França, embora o *Code de la Consommation* contivesse regras sobre lealdade e transparência visando proteger os consumidores, os tribunais desenvolveram o conceito baseado-se igualmente na responsabilidade civil.

Na Irlanda e no Reino Unido, não existiam regras concretas destinadas a vedar actos de concorrência desleal. As normas usadas eram de natureza fragmentária e enquadravam-se nas regulações contratuais e na responsabilidade civil.

Esta fase pré-directiva pauta-se pela coexistência, num espaço económico que se pretendia unificado, de regimes profundamente heterogéneos. Mesmo nos EM com cláusulas gerais, há discrepâncias entre as bases jurídicas que as sustentam, oscilando entre os princípios da *boa fé* e da *moral pública* e os conceitos de *práticas honestas* ou *boas práticas de marketing*<sup>5</sup>.

Esta heterogeneidade normativa introduzia desequilíbrios nos níveis de protecção dos consumidores, gerando incerteza e desconfiança quanto às transacções transfronteiriças<sup>6</sup>.

Em 2001, a União preparava-se para sofrer mutações radicais: acolher a entrada de dez novos EM, o maior alargamento de sempre<sup>7</sup>, e dar um

---

<sup>5</sup> H. M. MICKLITZ, *The Feasibility...*, 2000, p. 14, "Five different legal instruments are on the table: *bonos mores* (Austria, Germany, Greece and Portugal); *fair commercial practices* (Belgium, Italy, Luxembourg and Spain), *good marketing practices* (Denmark, Finland and Sweden), *unlawfulness* (Netherlands) and *fault* (France). (...) The idea of *bonos mores* in Austria, Greece and Portugal is derived from the German civil law tradition, *fair commercial practices* in Belgium, Italy, Luxembourg and Spain seems to unite the countries with a tradition of civil codes – this might even be true for France, at least in the way Article 1382 CC is applied by the courts –, *good marketing practices* demonstrate the 'compact' approach of the scandinavian countries. Only the Netherlands seem to pursue an individual approach".

<sup>6</sup> Neste sentido, um estudo Eurobarómetro ("Consumer Study", Janeiro, 2002) para a Comissão demonstrava que os consumidores na UE possuíam consideravelmente menos confiança em adquirir produtos no mercado transfronteiriço do que no seu mercado nacional. O relatório revelava que 32% dos consumidores europeus se sentiam bem protegidos em caso de litígio com uma empresa baseada noutro EM, contra 56% em caso de litígio com uma empresa nacional.

<sup>7</sup> Também os dez novos EM consagravam regimes distintos no tocantes às PCD, HOWELLS, MICKLITZ e WILHELMSSON, *European Fair Trading Law...*, 2005, p. 4, "Of the new

gigantesco passo rumo à União Monetária. Em simultâneo, a proliferação de novas técnicas de *marketing* tornou a concorrência mais aguerrida.

Dado que as normas nacionais sobre PCD se revelavam inadequadas face aos novos desafios do mercado globalizado e aproveitando o recém-alargamento do seu espaço mercantil, a UE acusou a necessidade de reforma legislativa. O reforço do mercado passaria por estabelecer um quadro normativo comum de regras mínimas capaz de assegurar um patamar equivalente de protecção a todos os consumidores no espaço da União<sup>8</sup>.

## **2. A Directiva 2005/29/CE: traços identitários**

A Directiva só veria a luz do dia em 2005, quatro anos depois do início do debate<sup>9</sup>. O Parlamento Europeu e o Conselho aprovaram o diploma que corresponde *grossa modo* a uma adesão ao modelo proposto pela Comissão.

A Directiva é produto de um esforço de simplificação e uniformização, procurando condensar toda a matéria relativa às PCD. Tarefa quase hercúlea, como teremos oportunidade de verificar adiante.

O objectivo era criar um diploma abrangente mas suficientemente detalhado, maleável e à prova do tempo. Tenta-se, por isso, com recurso a uma mão cheia de conceitos indeterminados, atingir um frágil equilíbrio entre segurança jurídica e adaptabilidade às circunstâncias do mercado.

---

accession states, the Czech Republic, Hungary, Poland and Slovakia have general clauses covering both consumers and business. Estonia and Slovenia have two general clauses with a specific one for consumers. (...) Malta and Cyprus only have specific legislation.”

<sup>8</sup> A. CRISTAS, “Concorrência Desleal e Protecção do Consumidor...”, 2007, p. 2, “O objectivo declarado da Directiva é criar um nível de regulação das práticas comerciais desleais que seja uniforme e compreensível, numa óptica de protecção e de desenvolvimento do mercado interno”.

<sup>9</sup> Sobre o processo legislativo que conduziu à aprovação da Directiva: anexo 1.

## **i. Harmonização máxima**

Em regra, uma directiva vincula o EM destinatário quanto ao resultado a alcançar, mas não quanto à forma e aos meios usados, sendo, por isso, um instrumento de natureza mais flexível. Tradicionalmente, no DEC a tendência era a adopção de directivas de harmonização mínima, estabelecendo um tecto mínimo aos EM e dando-lhe a possibilidade de introduzirem ou manterem disposições mais protectoras nos respectivos ordenamentos<sup>10</sup>.

Neste caso, e tendo em conta a fragmentação da matéria e o espírito uniformizador da reforma, a escolha recaiu sobre a adopção de uma directiva de harmonização máxima. Tal significa que, na transposição, os Estados têm escassa margem de liberdade e não podem criar legislação mais exigente e protectora face ao regime imposto por este instrumento normativo, na medida em que isso restrinja a livre prestação de serviços ou a livre circulação de mercadorias no mercado interno<sup>11</sup>.

Marcando um ponto de viragem em matéria de Consumo<sup>12</sup>, a Directiva cristaliza o regime das PCD, vedando aos EM alterações subsequentes. Em rigor, este instrumento traduz-se numa transferência efectiva de competência dos EM para a UE em matéria de Direito Contratual<sup>13</sup>, opção controversa do ponto de vista democrático<sup>14</sup>.

A Directiva tem a virtualidade de fixar um patamar máximo de protecção, o que corresponde a elevar a fasquia em alguns EM. Porém, nos ordenamentos

---

<sup>10</sup> São disso exemplo a Directiva 93/13/CEE, a Directiva 1999/44/CE e a Directiva 97/7/CE.

<sup>11</sup> Esta opção encontra-se expressa no art. 4º. J. PEGADO LIZ, “A «Lealdade»...”, 2005, p. 61, considera questionável que, pelo disposto no art. 153º/5 CE, os EM não possam introduzir medidas de protecção mais estritas, embora este art. se refira às “medida de apoio, complemento e acompanhamento da política seguida pelos EM.”

<sup>12</sup> Dando conta desta nova tendência para a harmonização máxima, G. HOWELLS, “The Scope of European Consumer Law”, 2005, p. 364.

<sup>13</sup> S. WEATHERILL, “The Constitutional Competence of the EU...”, 2006, p. 137, defende que “harmonizar o direito dos contratos não é simplesmente um processo de realização do mercado”, gerando, inevitavelmente, o nascimento de um Direito europeu dos contratos.

<sup>14</sup> Esta opção foi debatida logo na fase da proposta de Directiva. Nessa ocasião, Suécia e Dinamarca manifestaram-se contra. T. WILHELMSSON, “European Consumer Law...”, 2005, p. 41, aponta o problema do défice democrático inerente à harmonização máxima, contrastando com a harmonização mínima.



jurídicos com um nível de protecção superior, os EM vêem-se obrigados a reduzi-lo até ao patamar imposto pela União<sup>15</sup>. Ao nivelar por baixo, a Directiva redundava num decréscimo de protecção do consumidor, em geral<sup>16</sup>.

Num universo de aplicação tão heterogéneo como é o da UE, uma amálgama de culturas jurídicas, o estabelecimento de regras similares para todos, sem margem de adaptação, reveste, naturalmente, um carácter artificial<sup>17</sup>. A Directiva, quando transposta para as ordens jurídicas internas, deve ser enquadrada nos sistemas de normas pré-existentes. Tendo em conta que os sistemas são efectivamente distintos, a harmonização máxima não garante, por si só, uma interpretação uniforme da matéria das PCD nos tribunais dos EM<sup>18</sup>.

## ii. Directiva-quadro

Movida por um espírito uniformizar e de completude, a Directiva pretende funcionar como um diploma nuclear, contemplando, num só instrumento normativo, toda a matéria relativa às práticas comerciais desleais<sup>19</sup>. A hipótese de emitir vários regulamentos sectoriais chegou a ser colocada na fase de

---

<sup>15</sup> Esta controvérsia está bem patente em vários pedidos de decisão prejudicial, suscitados pelos tribunais dos EM. Atente-se no exemplo do Ac. do TJUE de 23 de Abril de 2009, proc. apensos C-261/07 e C-299/07. Estava em causa saber se a legislação belga que proibia ofertas conjuntas era contrária à Directiva. O TJUE considerou que esta regra colidia “com o conteúdo do art. 4º da Directiva que proibia expressamente aos EM manter ou adoptar medidas nacionais mais restritivas, mesmo quando tais medidas vissem alcançar um nível de protecção mais elevados dos consumidores”. No Ac. TJUE de 15.1.2010, Proc. C-540/08 e Ac. TJUE de 14.1.10, Proc. C-304/08, o TJUE considerou que a legislação alemã era mais restritiva e como tal, era contrária à Directiva. Pronunciou-se, depois, no mesmo sentido relativamente a legislação belga proibitiva de vendas com prejuízo, no Ac. TJUE de 7.3.13, Proc. C-343/12.

<sup>16</sup> Sobre este efeito perverso, J. MORAIS CARVALHO, *Os Contratos de Consumo...*, 2012, p. 277, “No que respeita às directivas de harmonização máxima, o resultado da transposição leva a diferenças menos significativas entre os regimes nos diversos EM, mas a possibilidade de melhorar a posição do consumidor diminuem”.

<sup>17</sup> HOWELLS, MICKLITZ e WILHELMSSON, *European Fair Trading Law...*, 2005, p. 36, “National legal systems, however, still differ in their tradition and culture. These differences cannot be «harmonised» by European regulatory measures”.

<sup>18</sup> Alertando para o perigo de divergências interpretativas: A. DE VRIES, *Maximum harmonisation...*, 2011, p. 7, “Since the legal traditions of the Member States in the area of private law deviate considerably, differences between national interpretations might be significant and persistent and do indeed occur in practice”.

<sup>19</sup> G. HOWELLS, TWIGG-FLESNER, D. PARRY e A. NORDHAUSEN, *An Analysis...*, 2005, p.1, “The Directive is designed to fill in the gaps left by the various sector-specific harmonization measures and forms a major contribution to the internal market”.

discussão, no LV. No entanto, viria a ser rejeitada por se considerar que agravaria o problema que a Directiva procurava resolver: a regulação fragmentada desta matéria.

Esta amplitude é, no entanto, temperada pela exclusão<sup>20</sup> de algumas áreas, culminando, por isso numa “abordagem horizontal mais integrada”<sup>21</sup>.

O próprio conceito de *prática comercial* é muito extensivo<sup>22</sup>, englobando actos que ocorram antes, durante ou depois de uma transacção comercial. Hipoteticamente, o regime das PCD contempla praticamente tudo o que ocorre no âmbito de uma relação de consumo. Ora, as relações de consumo são múltiplas e variadas, condicionadas muitas vezes pelo seu objecto.

A opção por uma directiva-quadro afigura-se, desde logo, muito arriscada. Exige-se do intérprete um elevado grau de abstracção e há também um risco latente de se ignorarem as necessidades específicas e as particularidades dos diversos sectores de actividade<sup>23</sup>.

---

<sup>20</sup> Ficam excluídas do âmbito de aplicação da directiva: situações que são reguladas pelo Direito contratual nacional, normas nacionais mais exigentes relativos à protecção da saúde e da segurança dos bens ou serviços, aos serviços financeiros ou a bens imóveis, Estão ainda excluídas as disposições nacionais decorrentes de regras comunitárias que regulem aspectos específicos das práticas comerciais desleais, tais como requisitos de informação e regras relativas ao modo como as informações são apresentadas ao consumidor bem como as comunicações comerciais dirigidas a investidores, salvo nos casos em que sejam simultaneamente consumidores.

<sup>21</sup> LV sobre a revisão do acervo relativo à defesa do consumidor, Documento COM (2006) 744 final, de 8.2.2007, p. 9.

<sup>22</sup> Neste sentido, H. COLLINS, “The Alchemy...”, 2006, pp. 214-215.

<sup>23</sup> Neste sentido, J. PEGADO LIZ, “A «Lealdade»...”, 2005, p. 75.

### **iii. O escopo do regime: entre a protecção dos consumidores e a protecção do mercado**

Cabe questionar se o regime contemplado na Directiva visará a defesa dos consumidores, *per si*, ou se é antes uma ferramenta ao serviço do mercado comum, através do reforço de regras de concorrência<sup>24</sup>.

A protecção dos consumidores assumiu-se como uma das bandeiras da UE, com o Trat. de Amesterdão, em 1997<sup>25</sup>. Foi graças a esse impulso que surgiram as primeiras directivas com vista à protecção dos direitos dos consumidores. Mas terá sido esse o escopo primordial do legislador?

O aprofundamento do DEC serve a necessidade de assegurar um elevado nível de defesa dos consumidores, mas ocorre sempre com os olhos postos na construção do mercado único.

Em boa verdade, na génese da UE está a criação de um mercado sem barreiras<sup>26</sup>. Como observámos, a diferença de regimes em matéria de Direito do Consumo convive mal com esse objectivo ao introduzir divergências nas condições de funcionamento dos mercados. Edificar um mercado único no espaço europeu passaria inevitavelmente por atenuar essas disparidades. A UE cedo percebeu isso.

O DEC tem caminhado no sentido de garantir que os consumidores residentes num EM possam adquirir bens no território de outro EM com base num conjunto mínimo de regras equitativas. Tal é assumido como um meio para aumentar a confiança dos consumidores e conseqüentemente, as transacções comerciais. Nesse sentido, encontramos nos considerandos das principais directivas de Direito do Consumo a referência ao objectivo do mercado único.

---

<sup>24</sup> F. GÓMEZ POMAR, “The Unfair Commercial Practices...”, 2006, questiona a existência de outros potenciais fins do regime, designadamente: a melhoria na eficiência nas transacções comerciais, a redistribuição do bem-estar social, a prevenção da manipulação do mercado pelas empresas e a abolição das barreiras comerciais entre EM.

<sup>25</sup> A protecção dos consumidores está consagrada no art. 153º do TFUE.

<sup>26</sup> K. JUDIT CSERES, *Competition Law...*, 2005, p. 246, “The european competition rules complemented the process of achieving the internal market as such they serve the same aims as the free movement of goods”.

No caso da Directiva das PCD sucede o mesmo – o legislador assumiu a protecção do mercado e dos consumidores como dois objectivos que norteiam este regime<sup>27</sup>.

Se por um lado o objectivo da protecção dos consumidores está sempre presente nos considerandos, por outro, é inegável que na génese deste regime está uma necessidade prática do mercado<sup>28</sup>: a de uniformizar o regime e evitar distorções, com base nas divergências das legislações nacionais. A homogeneização do regime permitiria o reforço da concorrência, criando preços mais competitivos e aumentando a confiança dos consumidores nas transacções transfronteiriças.

Alguns autores<sup>29</sup> consideram que o regime consagrado não visa, em primeiro lugar, proteger os interesses dos consumidores, que não é esse o seu real fim. Preconizam que a Directiva pretende, antes de mais, proteger a concorrência e o mercado e esta foi a via encontrada para esse efeito. Fala-se por isso de instrumentalização ou secundarização do regime a favor da lógica de mercado<sup>30</sup>.

O regime das PCD assegura, por um lado, a concorrência entre os profissionais e, por outro, protege os interesses dos consumidores. As PCD não são por isso exclusivamente matéria de Direito do Consumo. Em boa verdade, o regime estabelece uma ponte entre duas áreas, aparentemente antagónicas: o Direito

---

<sup>27</sup> Essa ideia encontra-se plasmada nos considerandos 3, 4, 5 e 12 da Directiva. No art. 1º do diploma refere-se mesmo que “a presente Directiva tem por objectivo contribuir para o funcionamento correcto do mercado interno e alcançar um elevado nível de defesa dos consumidores”.

<sup>28</sup> Segundo G. HOWELLS e T. WILHELMSSON, *EC Consumer Law*, 1997, pp. 6 e ss., a legislação europeia de protecção do consumidor nasceu e desenvolveu-se alicerçada na necessidade de fortalecer o mercado interno.

<sup>29</sup> A. CRISTAS, “Concorrência Desleal e Protecção do Consumidor”, 2007, p. 143, considera que “a protecção do consumidor não é nesta Directiva uma finalidade em si, mas uma finalidade convergente com o fortalecimento do mercado único”. J. PEGADO LIZ, “A «Lealdade»...”, 2005, p. 86, vai mais longe referindo-se a uma “cedência manifesta à concepção que pretende reduzir a protecção dos consumidores à realização do mercado único”.

<sup>30</sup> Cremos que é neste sentido que A. MENEZES LEITÃO, “Práticas Comerciais Desleais...”, 2011, p. 554, se refere ao DEC como “Direito politizado”.

Comercial, na vertente de protecção do mercado, e o Direito do Consumo, no que concerne à protecção dos próprios consumidores<sup>31</sup>.

Se o legislador pretendesse subalternizar a preocupação com os consumidores ao mercado, não teria excluído do seu âmbito de aplicação as relações entre profissionais (B2B)<sup>32</sup>. Pelo contrário, pretendeu-se restringir o âmbito de aplicação às relações jurídicas de consumo (B2C), de acordo com os conceitos do art. 2º.

Além disso, o requisito-chave da susceptibilidade de distorcer o comportamento do consumidor indica-nos esse sentido. Com efeito, é possível que existam práticas comerciais que, embora possam desafiar as regras da concorrência, pelo facto de não prejudicarem os interesses económicos dos consumidores não cabem na categoria e, como tal, não beneficiam da protecção deste regime.

Atendendo ao exposto, a protecção do consumidor e a protecção da concorrência emergem como duas faces da mesma moeda<sup>33</sup>. São duas forças numa tensão dialéctica constante<sup>34</sup>, funcionando como vias para atingir o mesmo resultado: a consolidação da União Económica<sup>35</sup>.

---

<sup>31</sup> Neste sentido, A. CRISTAS, “Concorrência Desleal e Protecção do Consumidor”, 2007, p. 141.

<sup>32</sup> Tal resulta explicitamente do considerando 6 da Directiva ao instituir que o regime das PCD “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;”

<sup>33</sup> T. ALMEIDA, “Os caminhos...”, 2003, p. 304, “Não podemos, pois, ignorar essa íntima relação entre uma política de defesa do consumidor e o funcionamento do mercado em democracia”.

<sup>34</sup> N. DE LUCCA, “O Direito dos Consumidores...”, 1999, p. 186, refere que: existe “um inevitável conflito de interesses que se instala entre o desejo de livre circulação de mercadorias, de um lado, e a protecção dos consumidores, de outro”.

<sup>35</sup> Também nesta linha, A. CRISTAS, “Concorrência Desleal e Protecção do Consumidor”, 2007, p. 143, preconiza que o escopo da Directiva é “Proteger-se o consumidor, porquanto se está a proteger o mercado e ao proteger-se o mercado percebe-se que é uma boa maneira de proteger o consumidor”. L. MENEZES LEITÃO, “As Práticas Comerciais Desleais...”, 2011, p. 424, “a concorrência desleal (...) ao tutelar o concorrente médio, acaba por realizar os interesses dos consumidores num funcionamento racional do mercado”.

# III. A inserção do regime na ordem jurídica portuguesa

## 3. O quadro legal das PCD na fase anterior à Directiva

Em Portugal, antes da transposição da Directiva, a matéria das PCD era tratada de forma fragmentada e dispersa. Por um lado, os consumidores gozavam de uma protecção reflexa, por via do regime da concorrência desleal, e, por outro, de protecção directa, mas pulverizada por várias normas de Direito do Consumo.

O regime da concorrência desleal<sup>36</sup> tem um escopo definido: assegurar o funcionamento transparente do mercado, do ponto de vista das empresas<sup>37</sup>. Tendo em conta este desiderato, os consumidores afectados por actos de concorrência desleal não podiam, nem individual nem colectivamente, desencadear os meios de reacção previstos no CPI. Eventualmente, podiam suscitar um pedido de indemnização, em sede de responsabilidade civil, demonstrando que a violação das regras de concorrência desleal atingira, ainda que indirectamente, os seus interesses - tutela reflexa dos interesses dos consumidores.

No âmbito do Direito do Consumo, encontrávamos já algumas normas dispersas com o propósito de vedar certas práticas cuja deslealdade era gritante.

---

<sup>36</sup> Plasmado nos artigos 317º, 318º e 331º do CPI, aprovado pelo DL n.º 36/2003, de 5 de Março.

<sup>37</sup> Neste sentido, J. PATRÍCIO PAÚL, “Concorrência Desleal...”, 2005, p. 105, “na proibição dos actos de concorrência desleal de indução do público em erro não é o engano do consumidor que constitui o interesse jurídico protegido, mas sim a defesa dos concorrentes, impedindo que o agente que pratica tais actos possa obter, através desse engano, vantagens na concorrência”.

O antigo regime dos contratos celebrados à distância<sup>38</sup>, nos seus arts. 27º a 29º, proibia já três categorias de práticas desleais: as vendas em pirâmide, as vendas forçadas e o fornecimento de bens ou prestação de serviços não encomendados ou solicitados.

As vendas em pirâmide consistiam em oferecer ao consumidor vantagens na compra de um produto caso este conseguisse angariar mais clientes ou aumentar o volume de vendas. Nestes casos, o consumidor funcionaria como um promotor do produto ou um angariador de clientela<sup>39</sup>.

Nas vendas forçadas, a falta de resposta do consumidor relativamente a uma oferta ou proposta era interpretada como aceitação. O regime dos contratos celebrados à distância vedava ainda o aproveitamento de uma situação de especial debilidade do consumidor para o levar a celebrar um contrato. De acordo com este regime, o consumidor não ficava vinculado ao cumprimento de qualquer obrigação decorrente de uma venda forçada.

O diploma proibia ainda o envio e cobrança de produtos não solicitados pelo consumidor. Nessa situação, o destinatário podia conservar os objectos a título gratuito, não ficando obrigado à devolução ou pagamento. Caso optasse pela devolução, o consumidor teria direito a ser reembolsado das despesas decorrentes desta, no prazo de 30 a contar da data em que a tivesse efectuado. Também nestes casos, a ausência de resposta não correspondia à aceitação da encomenda.

Para além disto, o art. 8º da LDC<sup>40</sup> já impunha ao profissional um dever de informar de forma clara, objectiva e adequada o consumidor, tanto nas negociações como na celebração de um contrato, sobre um conjunto mínimo de elementos, nomeadamente, sobre as características, composição e preço do bem ou serviço, bem como, sobre o período de vigência do contrato, garantias, prazos de entrega e assistência após o negócio jurídico.

---

<sup>38</sup> O regime estava plasmado no DL n.º 143/2001. Este diploma foi revogado pelo DL n.º 24/2014, de 14 de Fevereiro.

<sup>39</sup> Esta prática viria a ser uma das contempladas na lista negra de práticas enganosas justamente pela sua ocorrência comum. Para uma análise mais detalhada: cap. VII.

<sup>40</sup> Lei n.º 24/96, de 31 de Julho, alterada pela Lei n.º 47/2014, de 28 de Julho.

Perante a violação deste dever, o consumidor podia intentar uma acção inibitória para prevenir, corrigir ou fazer cessar a prática lesiva desse direito, acompanhada de uma sanção pecuniária compulsória. Para além disso, teria direito à reparação dos danos decorrentes da falta de informação, em sede de responsabilidade pré-contratual ou responsabilidade contratual, conforme o momento da ocorrência do ilícito civil. Podia ainda recorrer a um meio de defesa mais expedito: a resolução do contrato, no prazo de sete dias úteis a contar da data de recepção do bem ou da data de celebração do contrato de prestação de serviços.

Posto isto, concluímos que, em Portugal, a matéria das PCD não era objecto de uma tutela autónoma e eficiente, como sucedia já em alguns EM, com maior tradição de protecção do consumidor. Foi necessário aguardar pelo impulso da UE para a edificação, no espaço jurídico nacional, de um regime unificado e concretamente direccionado para a protecção dos consumidores contra um feixe diversificado de actuações desleais.

#### **4. Do anteprojecto de Código do Consumidor ao Decreto-Lei nº 57/2008**

A Directiva fixava 2007 como data limite para a transposição do regime (art. 19º). À época, no nosso país, preparava-se um Cód. do Consumidor<sup>41</sup>, com o propósito de reunir num só corpo normativo regras dispersas em legislação avulsa e regular um conjunto de matérias novas<sup>42</sup>. Inicialmente, procurou-se aproveitar a oportunidade oferecida pela codificação para aí inserir a matéria das PCD<sup>43</sup>.

---

<sup>41</sup> O anteprojecto de Cód. do Consumidor foi apresentado no dia 15 de Março de 2006. O texto integral do anteprojecto pode ser lido em [http://www.acra.pt/\\_pdf/ApCC2006.pdf](http://www.acra.pt/_pdf/ApCC2006.pdf).

<sup>42</sup> A. PINTO MONTEIRO, “Sobre o Direito do Consumidor...”, 2006, p. 45: o objectivo desta empreitada era combater a “proliferação legislativa” responsável pela “dispersão e falta de unidade” deste ramo jurídico.

<sup>43</sup> Veja-se que no anteprojecto, p. 11, se alertava já para a dificuldade da tarefa. Por se tratar de uma “directiva de harmonização plena”, o trabalho de transposição ficava fortemente



Tratando-se de uma directiva de harmonização plena, o legislador nacional não teve grande margem para adaptação<sup>44</sup>. Assim, o regime plasmado no anteprojecto correspondia em larga medida ao que consta da Directiva, com ligeiras diferenças no tocante à técnica legislativa<sup>45</sup>.

Porém, o projecto do Cód. do Consumidor, alvo de algumas críticas<sup>46</sup>, acabou por não vingar. As matérias já tratadas permaneceram em diplomas dispersos e os novos regimes, como é o caso dos das PCD, foram transpostos através de instrumento normativo avulso.

Assim, viria a ser o DL n° 57/2008, de 26 de Março<sup>47</sup>, aprovado pelo Conselho de Ministros do XVII Governo Constitucional, a 31 de Janeiro de 2008, a transpor o regime para a ordem jurídica interna. Operando uma transposição tardia, o DL acolhe, em termos genéricos, as mesmas soluções jurídicas já previstas no anteprojecto. O regime entrou em vigor a 27 de Março de 2008<sup>48</sup>. Contrastando com alguns EM<sup>49</sup>, em Portugal, optou-se pela manutenção dos

---

condicionado, o que “podia deixar algo perplexo quem mais se preocupa com o rigor jurídico e a precisão que um texto normativo deve sempre ter”.

<sup>44</sup> O regime das PCD vinha tratado na subsecção II do capítulo IV do anteprojecto, relativo aos interesses económicos. A matéria surgia logo a seguir à da publicidade e antes das práticas comerciais condicionadas.

<sup>45</sup> A título exemplificativo, no anteprojecto, optou-se por explicitar os conceitos depois da cláusula geral de proibição das PCD enquanto na Directiva encontramos as definições logo no início. Já a lista negra de práticas enganosas e agressivas estavam num anexo à Directiva e no anteprojecto, cada uma das práticas descritas surge identificada em artigos separados com as epígrafes correspondentes.

<sup>46</sup> Entre os mais críticos: OLIVEIRA ASCENSÃO, “O Anteprojecto do Código do Consumidor e a Publicidade”, 2006, p. 34-35, A. MENEZES CORDEIRO, “Da Reforma do Direito Civil Português”, 2002/2003, p. 42 e J. PEGADO LIZ, “Um Código do Consumidor...”, 2007, p. 27.

<sup>47</sup> Daqui em diante, sempre que nos referirmos a um artigo sem indicação do diploma, referimo-nos a uma norma do DL.

<sup>48</sup> Ao instituir um quadro normativo genérico, a Directiva acaba por ter um forte impacto em vários diplomas: revogou as normas constantes do regime das vendas à distância supramencionadas precisamente porque já consagra as mesmas práticas desleais e alterou o CP, passando a publicidade enganosa a remeter para os critérios de definição das práticas enganosas.

<sup>49</sup> Os ordenamentos jurídicos da Espanha e Alemanha acolheram uma visão integrada da matéria, abrangendo a protecção conjunta dos interesses dos concorrentes e dos consumidores.

regimes das PCD e da concorrência desleal em sedes distintas, pelo facto de prosseguirem desideratos diversos<sup>50</sup>.

---

<sup>50</sup> OLIVEIRA ASCENSÃO, “Concorrência Desleal...”, 2009, p. 101, considera que “a consequência mais grave da duplicação de previsões seria porém a duplicação de sanções pelo mesmo acto, com a justificativa de os interesses protegidos pela concorrência desleal não serem os mesmos que os que são protegidos pelo Direito do consumidor”.

## IV. O regime das PCD: sinopse

### 5. O padrão de deslealdade

O regime das PCD entronca no conceito-chave de *deslealdade*, apostando-se numa abordagem patológica da matéria. Para os profissionais, traduz-se numa proibição genérica da prática de actos desleais. Daqui resulta, a *contrario sensu*, que as práticas não subsumíveis ao conceito serão, na óptica do sistema, consideradas leis<sup>51</sup>.

A opção pelo recorte negativo da matéria gerou controvérsia logo na fase de discussão da Directiva. A maioria das associações de consumidores manifestou-se a favor de uma directiva baseada no conceito de práticas comerciais leais. Do lado das associações empresariais, as posições dividiram-se: 18 associações seguiam a abordagem positiva, 16 preferia as "práticas enganosas" como conceito-chave e 54 não manifestaram qualquer preferência clara<sup>52</sup>.

Apesar disto, a Comissão inclinou-se para a posição que tinha menos apoio por parte das associações de consumidores, adoptando uma perspectiva negativa da matéria. Apesar das críticas por parte do CESE<sup>53</sup>, no seu relatório sobre a proposta, esta opção legislativa acabou por vingar<sup>54</sup>.

As práticas comerciais leais devem ser encaradas como um padrão de normalidade. Nessa medida, a deslealdade corresponde a um desvio da conduta

---

<sup>51</sup> Embora o regime nunca nos forneça uma noção de *lealdade*, o conceito é aferido através de um raciocínio *a contrario* relativamente ao conceito de referência do regime, a *deslealdade*.

<sup>52</sup> De acordo com o Documento COM (2002) 289 final, de 11.6.2002, Comunicado da Comissão, no seguimento do LV, ponto 12, p. 6.

<sup>53</sup> Documento COM (2003) 356 final – 2003/0134, ponto 3.7.2., p. 4, “Todavia, o CESE considera preferível adoptar uma abordagem «positiva» de prática comercial desleal, mais de acordo com as legislações modernas sobre a matéria”.

<sup>54</sup> Contra a *deslealdade*, J. PEGADO LIZ, “A «Lealdade»...”, 2005, p. 75, critica esta opção, considerando preferível “formular a cláusula pela positiva, ou seja, definindo o que se deve entender por uma prática leal do comércio”.

do profissional. Tendo presente que o escopo do regime é justamente proteger os consumidores contra tais práticas, cremos que esse intuito é eficazmente alcançado através da descrição dos comportamentos desviantes e não daqueles que seriam desejáveis e regulares<sup>55</sup>. Neste sentido, ter como ponto de partida o conceito mais restritivo de deslealdade permite, na nossa perspectiva, alcançar maior segurança jurídica.

Além disso, numa óptica de conjunto, a definição de práticas leais coexistiria com grandes dificuldades com as demais normas do regime. A arquitectura global do diploma é fundamentalmente proibitiva. A lei descreve várias modalidades de práticas desleais com o intuito de vedar a sua execução ao profissional. Ora, esta técnica dificilmente se coaduna com uma formulação positiva. A coerência interna determinaria a reconstrução de todo o regime, numa lógica de lealdade, acarretando riscos de incerteza e eventual redução da protecção dos consumidores.

## 6. Âmbito objectivo de aplicação do regime

O regime contempla um conceito de *prática comercial* muitíssimo lato<sup>56</sup>, abrangendo praticamente todo o tipo de actividades que ocorram no âmbito de uma relação de consumo<sup>57</sup>. Procurou abranger-se todo o tipo de acções ou

---

<sup>55</sup> Em termos gerais, o Direito está pensado numa lógica de proibição de condutas desviantes. Assim, a maioria das regras é desenhada com referência à conduta ilícita que se pretende vedar e não com referência ao modelo de licitude expectável. J. BAPTISTA MACHADO, *Introdução...*, 2008, p. 11, “Mas é sobretudo quando a vida jurídica apresenta aspectos patológicos – violação de normas jurídicas, litígios entre particulares ou entre estes e as autoridades públicas – que tomamos mais aguda consciência da realidade jurídica (...)”.

<sup>56</sup> De acordo com o art. 3º/d), uma prática comercial é “qualquer acção, omissão, conduta ou afirmação de um profissional, incluindo a publicidade e a promoção comercial (*marketing*), em relação directa com a promoção, a venda ou o fornecimento de um bem ou serviço ao consumidor”.

<sup>57</sup> Neste sentido, L. MENEZES LEITÃO, “As Práticas Comerciais Desleais...”, 2011, p. 425, “Tratou-se de uma definição manifestamente abrangente, que permite incluir toda e qualquer conduta do profissional praticada nos preliminares ou na formação de negócios de consumo e com estes relacionados.”

omissões<sup>58</sup> que ocorrem antes, durante ou até depois de uma transacção comercial. Para este efeito, uma decisão de transacção corresponde a uma decisão tomada por um consumidor sobre, como e em que condições adquirir, pagar integral ou parcialmente, conservar ou alienar um produto ou exercer outro direito contratual em relação ao produto, podendo traduzir-se numa decisão de agir ou de abstenção<sup>59</sup>.

A *ratio* do regime é a protecção dos consumidores relativamente a actos que distorçam o seu comportamento económico e moldem a sua decisão de transacção. De um ponto de vista teleológico, as práticas comerciais serão todas as actividades susceptíveis de distorcer essas decisões económicas dos consumidores. Nesse sentido, o conceito abarca todos os meios com a virtualidade de persuadir o consumidor<sup>60</sup>.

É questionável que os actos praticados após a transacção estejam ainda abrangidos pelo conceito dado que, em rigor, se a decisão já foi tomada não é possível distorcê-la. Isto obriga a um juízo de prognose póstuma por parte do intérprete para aferir se o consumidor, perante aquela prática, ocorrida na fase pós-contratual, teria ou não tomado aquela decisão de transacção. O art.3º da directiva referia-se expressamente aos actos praticados antes, durante e após uma transacção comercial. Porém, na transposição, o legislador nacional não utilizou a mesma fórmula, gerando dúvidas.

Creemos que a interpretação mais consonante com o imperativo da harmonização máxima será considerar que os actos comerciais pós-contrato se inserem no âmbito de aplicação do regime, embora se reconheçam dificuldades acrescidas de prova do nexos de causalidade entre o acto e a distorção do comportamento.

---

<sup>58</sup> J. MORAIS CARVALHO, *Os Contratos de Consumo*, 2012, p. 284, “Trata-se de uma noção bastante ampla no que respeita à materialização do comportamento do profissional, podendo estar em causa qualquer acção ou omissão”.

<sup>59</sup> Art. 3º/1).

<sup>60</sup> Na formulação de F. GOMÉZ POMAR, “The Unfair Commercial Practices...”, 2006, p. 8, “commercial practices are primarily (and intended to be) means of persuasion, not means of informing the consumer public (...)”.

À primeira vista, dir-se-ia que o regime das PCD parece aplicar-se a um feixe quase ilimitado de situações jurídicas. No entanto, só existirá prática comercial, neste sentido, verificando-se uma relação directa entre a acção e o produto<sup>61</sup>. Caso estejamos perante um anúncio a uma empresa, sem referência aos serviços que presta ou bens que comercializa, não há verdadeira prática comercial<sup>62</sup>.

Para além disso, o âmbito de aplicação do diploma foi ainda restringido graças à exclusão de uma série de áreas, esvaziando consideravelmente a noção<sup>63</sup>.

Com a pretensão de ser um regime-quadro, potencialmente aplicável a todas as áreas, o regime das PCD acaba por ser complementar ou residual relativamente aos sectores de actividade excluídos do seu âmbito de aplicação. Como já mencionámos, uma noção tão ampla afigura-se arriscada por descuar as especificidades das diversas áreas de actividade<sup>64</sup>.

## **7. Âmbito subjectivo de aplicação do regime**

O regime aplica-se somente a actos praticados no âmbito de uma relação jurídica de consumo, isto é, numa relação entre profissional e consumidor.

Para este efeito, é consumidor qualquer pessoa singular que, no âmbito de uma prática comercial, actue com fins que não se incluam na sua actividade comercial, industrial, artesanal ou profissional<sup>65</sup>.

---

<sup>61</sup> De acordo com o art. 3º/c), o produto, neste sentido, abrange tanto bens como serviços, incluindo bens imóveis, direitos e obrigações.

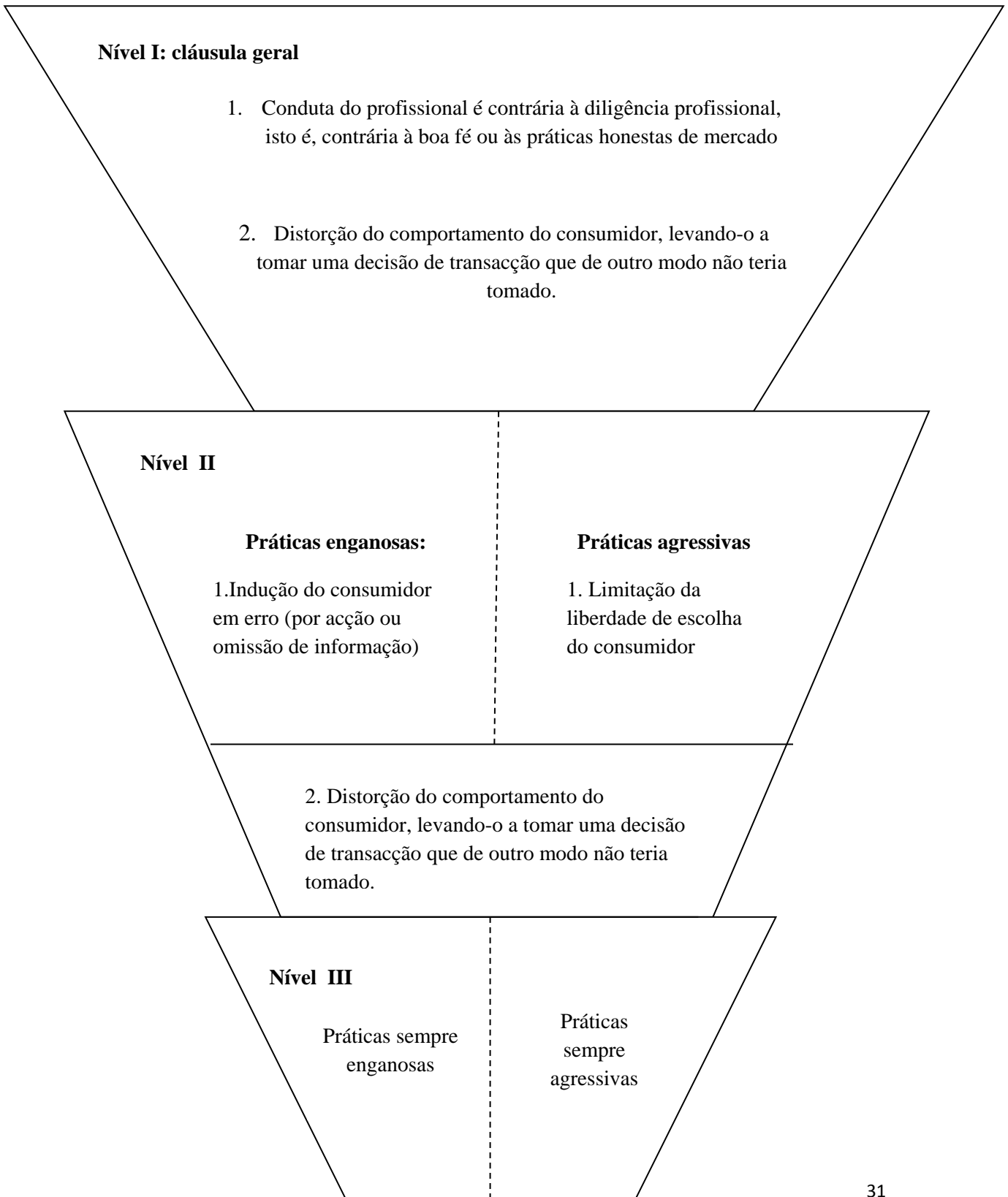
<sup>62</sup> No mesmo sentido J. MORAIS CARVALHO, “Práticas Comerciais Desleais...”, 2011, p. 191.

<sup>63</sup> Art. 2º acaba por fazer um recorte pela negativa do âmbito de aplicação do regime das PCD. Já nos referimos a estas exclusões no Cap. II.

<sup>64</sup> F. GOMÉZ POMAR, “The Unfair Commercial Practices...”, 2006, p. 13, “(...) is notoriously ambitious in its pretension to cover all commercial practices and all markets for goods and services. (...) it has been conceived as a rule of universal reach for commercial activity”.

<sup>65</sup> De acordo com o art. 3º/a).

## 8. A pirâmide invertida: três níveis de protecção



Movido por um espírito de padronização e completude, o sistema assenta na consagração de três níveis de protecção, num traçado do geral para o particular<sup>66</sup>. O regime tripartido assenta numa necessidade de contemplar todas as actividades potencialmente desleais e instituir, em simultâneo, válvulas de escape que permitam a sua adaptação às mutações do mercado<sup>67</sup>.

O primeiro nível corresponde a uma proibição geral das práticas comerciais desleais, através de uma cláusula geral, rica em conceitos indeterminados<sup>68</sup>.

O segundo contempla também duas cláusulas gerais, mas que têm carácter especial face à primeira, proibindo as duas modalidades de práticas mais comuns: as enganosas e agressivas. Neste nível assistimos a uma flexibilização do regime - introduzem-se alguns conceitos indeterminados para construir as noções de prática enganosa e de prática agressiva, mas sem um carácter tão aberto e flexível comparativamente com a geral<sup>69</sup>.

O terceiro patamar fixa uma lista negra, um elenco fechado de práticas que serão proibidas em qualquer circunstância, abrangendo as mais recorrentes no mercado. Os conceitos fechados usados na enunciação da lista introduzem segurança no sistema, mas não permitem interpretação extensiva ou por analogia nem fornecem ao intérprete margem de adaptação.

Na actividade subsuntiva, o intérprete, deve, no entanto, fazer o percurso inverso ao descrito no regime. Numa primeira fase, verifica se a prática em causa é observável na lista negra. Em caso negativo, afere se se enquadra no

---

<sup>66</sup> F. GÓMEZ POMAR, “The Unfair Commercial Practices...”, 2006, p. 17, “There are several different levels of analyses, giving rise to a three-step procedure to establish unfairness”. De acordo com o autor, esta técnica não é nova e podemos já encontrá-la na Directiva 93/13/CEE, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores.

<sup>67</sup> A. DE VRIES, *Maximum Harmonisation...*, 2011, p. 5, “Courts should be left a certain margin to interpret a rule, in order to react effectively on new unfair practices”.

<sup>68</sup> Fornecendo uma noção de conceitos indeterminados, A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, 2012, p. 772, “Os conceitos (...) dizem-se indeterminados por não permitirem comunicações claras quanto ao seu conteúdo. Tal eventualidade ocorre por polissemia, vaguidade, ambiguidade, porosidade ou esvaziamento”.

<sup>69</sup> Neste patamar, não se exige a demonstração da contrariedade à diligência profissional. O TJUE já se pronunciou nesse sentido, a propósito das práticas enganosas, no Ac. TJUE de 19.9.2013, Proc. C-435/11.



conceito de práticas enganosas ou no de práticas agressivas. Por fim, se falharem os dois níveis mais elevados de protecção, só restará a cláusula geral. A cláusula funciona, assim, como a rede de salvação do sistema, uma área onde cairão os casos não contemplados em concreto nos dois níveis de protecção superiores<sup>70</sup>.

Decorre do exposto que a arquitectura do regime radica numa pirâmide invertida. A base será constituída pelas práticas sempre proibidas; no nível intermédio, encontramos as práticas enganosas e agressivas; e, no topo, ocupando a maior área, a cláusula geral. À medida que o intérprete vai escalando verifica que o âmbito de aplicação se estende, mas as dificuldades hermenêuticas vão-se acentuando, graças ao maior nível de indeterminação dos conceitos usados.

O *design* da cláusula geral é criticável por propiciar divergências interpretativas e colocar em causa um dos objectivos do regime: estabelecer critérios idênticos de regulação das PCD, no âmbito do mercado único. O emprego de conceitos imprecisos e subjectivos<sup>71</sup>, alguns deles totalmente desconhecidos em alguns EM<sup>72</sup>, deixa grande margem ao “prudente arbítrio do julgador<sup>73</sup>.” Ganha-se em flexibilidade, mas perde-se em segurança jurídica.

Num universo de aplicação tão extenso e diverso, do ponto de vista jurídico, económico e cultural, será particularmente custoso garantir a aplicação uniforme de uma cláusula tão aberta e vaga.<sup>74</sup> Note-se que houve um esforço

---

<sup>70</sup> G. HOWELLS, TWIGG-FLESNER, D. PARRY e A. NORDHAUSEN, *An Analysis...*, 2005, p. 39, “This is a general clause which will effectively operate as a «sweep-up» provision”.

<sup>71</sup> Criticando o recurso a conceitos indeterminados, J. PEGADO LIZ, “A «Lealdade»...”, 2005, p. 76. “Todas as noções têm uma característica comum – são totalmente subjectivas e insusceptíveis de uma verificação objectiva por padrões científicos ou comprováveis”.

<sup>72</sup> Portugal é um exemplo disso. Os conceitos de *práticas honestas* ou de *diligência profissional* não estão enraizados no nosso ordenamento jurídico, exigindo um esforço acrescido de determinação.

<sup>73</sup> Para usar a expressão de J. BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito...*, 2008, p. 120.

<sup>74</sup> A. DE VRIES, *Maximum Harmonisation...* 2011, p.7, “Between the Member States, the interpretation of a general clause can differ much more radically. Most likely, each Member State will interpret EU legislation according to its own national legal traditions”.

no sentido de temperar esta indeterminação através de um elenco de definições logo no início do diploma, prática muito comum na legislação da UE<sup>75</sup>.

Não obstante, a formulação genérica apresenta vantagens: graças à sua maleabilidade permite a adaptação do regime às novas necessidades e circunstâncias<sup>76</sup>, o que é particularmente relevante numa área em constante mutação, como é a das práticas comerciais<sup>77</sup>. Assim, quem defende o uso desta cláusula geral fixa-se, sobretudo, na capacidade de antecipação que ela propicia, contrastando com as listas negras, onde a margem de inovação ou adaptação é reduzidíssima<sup>78</sup>.

Do outro lado da barricada, preconiza-se que, ao construir uma cláusula tão ampla e vaga se acabou por escolher um instrumento normativo esvaziado de conteúdo efectivo<sup>79</sup>.

---

<sup>75</sup> Criticando a opção do legislador português pela manutenção do elenco de definições: A. CRISTAS, “Concorrência Desleal e Protecção do Consumidor”, 2007, p. 146, “Esta técnica é perfeitamente justificada ao nível da legislação comunitária e porventura dificilmente dispensável, porquanto fundamental para a uniformização terminológica e conceptual. Já ao nível do direito interno, não há razão para não se seguir a tradição portuguesa de legística formal, pouco favorável a estes catálogos de definições”.

<sup>76</sup>J. BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito...*, 2008, p. 113, “Conceitos indeterminados e cláusulas gerais constituem por assim dizer a parte movediça e absorvente do mesmo ordenamento, enquanto servem para ajustar e fazer evoluir a lei no sentido de a levar ao encontro das mudanças e das particularidades das situações da vida”.

<sup>77</sup> Basta pensar nas novas técnicas de *marketing* e comercialização de produtos que surgiram nos últimos anos, graças às novas tecnologias de informação e comunicação.

<sup>78</sup> Neste sentido, A. CRISTAS, “Concorrência Desleal e Protecção do Consumidor”, 2007, p. 146, considerando que: “a Directiva procura traçar uma noção bastante ampla e suficientemente flexível para permitir uma constante adaptação às necessidades do tráfego jurídico”. Também J. MASSAUGER FUENTES, *El Nuevo Derecho Contra la Competência Desleal*, 2006, p. 57, considera que “a proibição geral das práticas comerciais contidas na Directiva não é um princípio programático, mas sim uma verdadeira norma substantiva susceptível de ser declarada autónoma e directamente. Este aspecto será de extrema importância, porque a evolução dos mercados e as inovações técnicas que a acompanham provocam uma constante mutação das formas assumidas pela concorrência desleal”. Também T. RIGOR RODRIGUES, *A Cláusula Geral...*, 2008, p. 6, preconiza que: “A grande vantagem da cláusula geral resulta de aspectos funcionais, na medida em que ela concede aos tribunais a possibilidade de se socorrerem da sua previsão para regular e impedir novas práticas desleais que não existiam no mercado na altura (...)”.

<sup>79</sup> J. MORAIS CARVALHO, “Práticas Comerciais Desleais...”, 2011, p. 189: “A complexidade destes preceitos, associada ao grande número de requisitos exigidos e à necessidade de se ter em conta, para aplicação do art. 5º/3, as definições constantes do art. 3º do diploma (...) igualmente complexas e exigentes, torna praticamente inaplicável a cláusula geral do diploma”. F. GOMEZ POMAR, “The Unfair Commercial Practices...”, 2006, p. 14. afirma que “the drafter and promoters (...) are confident, perhaps too confident, in the use of

Dito isto, o regime das PCD, com o seu intuito de abarcar tudo, vive uma existência esquizofrénica, numa busca constante pelo equilíbrio entre duas necessidades aparentemente inconciliáveis: construir um sistema de normas maleáveis e adaptáveis à mudança e alcançar a tão desejada segurança jurídica.

## **9. A pedra de toque do regime: a distorção do comportamento económico dos consumidores**

Antes de mais, para efeitos do regime, distorcer substancialmente o comportamento económico dos consumidores significa realizar 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<sup>80</sup>. Como vimos, essa distorção pode ser consequência da criação de uma situação de engano, de uma situação agressiva ou ainda de uma actuação contrária à diligência profissional.

O regime das PCD apresenta-nos as várias modalidades de práticas susceptíveis de gerar tal distorção comportamental. Neste sentido, surge como um requisito transversal, presente tanto na cláusula geral, como nas práticas agressivas e enganosas<sup>81</sup>. Somente no caso das práticas proibidas em qualquer circunstância se dispensou a sua demonstração.

O princípio da autonomia privada e a racionalidade económica postulam que a decisão de transacção do agente deve ser fundada numa expressão de vontade livre, ponderada e esclarecida<sup>82</sup>. Esta adesão do consumidor a uma proposta contratual deve corresponder à exteriorização de uma vontade, livre de

---

general clauses (...) capable of being adapted to the case-specific circumstances by the interpreter”.

<sup>80</sup> Art. 2º/e).

<sup>81</sup> Este requisito será analisado detalhadamente no Cap. V.

<sup>82</sup> De resto, esta ideia está patentes nos considerandos 6, 7, 14 e 16 da Directiva. P. PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral...*, 2010, p. 416, “O negócio jurídico é uma acção não vinculada, é uma manifestação do livre arbítrio da pessoa que se decide, que se determina, a interromper a inércia e a vincular-se de certo modo”.

quaisquer constrangimentos externos e formada com base na informação recolhida<sup>83</sup>.

Assim, a decisão de transacção resulta da cumulação de dois elementos: o *elemento intelectual*, respeitante à apreensão de informação sobre os elementos da proposta, e o *elemento volitivo*, que se traduz na formação, no espírito do consumidor, de uma vontade livre.

Nas PCD, o processo que leva à tomada de decisão de contratar é enviesado, mediante a afectação do conhecimento do agente ou da sua liberdade para decidir<sup>84</sup>. Para relevar, essa afectação deve ser substancial, isto é, deve mudar o sentido inicial da decisão. O mesmo é dizer que o consumidor tomaria uma decisão distinta se não tivesse sido submetido àquela prática<sup>85</sup>.

No caso das práticas enganosas, a actuação do profissional perturba o *elemento intelectual* da decisão: afecta-se o nível de informação que o consumidor usa para decidir. Nestes casos, a decisão de transacção resulta de uma visão errónea ou incompleta que o consumidor tem da realidade.

No tocante às práticas agressivas, o profissional interfere, sobretudo, com o *elemento volitivo*, reduzindo a liberdade de decisão do consumidor.

Em qualquer dos casos o que importa é que tenha sido a prática comercial a gerar essa distorção na conduta do consumidor. Neste contexto, exige-se a verificação de um requisito implícito: a existência de umnexo de causalidade entre a prática comercial e a distorção da decisão.

---

<sup>83</sup> As decisões nunca são absolutamente livres e esclarecidas na medida em que há sempre constrangimentos temporais. Assim, um consumidor não consegue comparar todos os preços e as características de todos os produtos antes da compra. Nesse sentido, é uma decisão sempre condicionada pelas necessidades de consumo, pelo tempo que dispõe e por outros factores externos.

<sup>84</sup> G. HOWELLS, TWIGG-FLESNER, D. PARRY e A. NORDHAUSEN, *An Analysis...*, 2005, p. 11, “It seems to be based on the notion that consumers behave rationally and an unfair practice may affect the decision a rational person would have made, but for that practice”. E. DIAS OLIVEIRA, “Práticas Comerciais Proibidas”, 2006, p. 154, “subjacente a este requisito está a ideia de garantir a verdadeira autonomia privada, ou seja, que o consumidor possa decidir livre e esclarecidamente se, e em que condições, quer contratar”.

<sup>85</sup> A. CRISTAS, “Concorrência Desleal e Protecção do Consumidor”, 2007, p. 147, refere-se a este como o requisito da essencialidade.

De um modo geral, qualquer contraente está potencialmente sujeito a influências externas que afectam a sua decisão negocial. Para responder a essa problemática, o CC português prevê um elenco de vícios na formação da vontade, cuja verificação tem como efeito a anulabilidade do negócio<sup>86</sup>. Ora, o regime das PCD é parente próximo dos vícios da vontade. Ambos assentam na mesma ideia base: proteger os contraentes contra ingerências no seu processo de formação da vontade<sup>87</sup>.

Porém, uma relação de consumo é uma relação contratual com uma característica especial: as partes não estão em pé de igualdade<sup>88</sup>. Tendencialmente, o consumidor dispõe de menos meios e informação que o profissional e, como tal, o risco de tomar uma decisão de consumo enviesada é mais elevado. Nas PCD, está em causa a distorção do comportamento do contraente mais frágil. Nesse sentido, o regime das PCD deve funcionar como um esquema de protecção reforçado, um passo em frente face ao quadro dos vícios, plasmado no CC.

---

<sup>86</sup> C. A. DA MOTA PINTO, *Teoria Geral...*, 1996, pp. 500 e 501, define os vícios civis como “perturbações do processo formativo da vontade, operando de tal modo que esta, embora concorde com a declaração, é determinada por motivos anómalos e valorados, pelo Direito, como ilegítimos”. Nestes casos, acrescenta: “a vontade não se formou de um «modo julgado normal e são»”.

<sup>87</sup> Como melhor veremos adiante, as práticas enganosas têm a mesma génese dos erros enquanto vícios da vontade: geram uma decisão contratual baseada numa falsa ou incompleta percepção da realidade.

<sup>88</sup> O Direito do Consumo autonomizou-se face ao Direito Civil precisamente por assentar num pressuposto distinto: numa relação de consumo há um desequilíbrio de forças entre o profissional e o consumidor. Nesse sentido, J. MORAIS CARVALHO, *Os Contratos de Consumo*, 2012, p. 41, “(...) vários autores defendem a autonomia do Direito do consumo, justificando-a com base na circunstância de as suas normas terem a finalidade de protecção da parte mais fraca (o consumidor)”. De acordo com o autor, aqui reside a intencionalidade própria deste ramo.

## V. A Cláusula Geral

### 10. A ratio da cláusula geral

O primeiro nível de protecção contra PCD opera através de uma cláusula geral. Este instrumento normativo encerra um duplo objectivo: uniformizar o regime, substituindo as cláusulas gerais divergentes nos vários EM<sup>89</sup>, e servir de rede de segurança ao sistema, graças ao seu cariz subsidiário.

### 11. Estrutura da cláusula geral

A prática comercial será proibida com a verificação de dois pressupostos simultâneos<sup>90</sup>:

- a) Contrariedade às exigências relativas à diligência profissional;
- b) Distorção ou susceptibilidade de distorção de maneira substancial o comportamento económico, em relação a um produto, do consumidor médio a que se destina ou afecta, ou do membro médio de um grupo quando a prática comercial for destinada a um determinado grupo de consumidores<sup>91</sup>.

A norma é constituída por conceitos que carecem de preenchimento valorativo. Apesar das pistas lançadas através de um elenco de definições<sup>92</sup>, exige-se da parte do intérprete-aplicador um esforço acrescido na extracção do seu sentido, no estabelecimento da ponte entre a sua *ratio* e as particularidades do caso

---

<sup>89</sup> Veja-se o considerando 13: “A fim de realizar os objectivos comunitários através da supressão dos entraves ao mercado interno, é necessário substituir as cláusulas gerais e princípios jurídicos divergentes em vigor nos Estados-Membros”.

<sup>90</sup> Esta ideia está patente na proposta apresentada pela Comissão, Documento COM (2003) 356 final, de 18.6.2003, ponto 53, “Importante será recordar que as condições são cumulativas. Consequentemente, ainda que uma prática seja contrária à diligência profissional, será apenas considerada como desleal se as outras condições da proibição geral forem respeitadas”.

<sup>91</sup> Art. 5º/1.

<sup>92</sup> A lista do art. 3º é ainda assim incompleta pois não define todos os conceitos presentes na cláusula.

concreto. Trilhando um percurso hermenêutico que se afigura já sinuoso<sup>93</sup>, procuraremos agora desconstruir e dissecar cada um dos seus elementos constitutivos.

## 12. Desconformidade à diligência profissional

A noção de *diligência profissional* é obra da UE<sup>94</sup>. Por não ser comumente usado em todos os EM<sup>95</sup>, a sua transposição foi particularmente custosa, originando, inclusivamente, diferenças terminológicas<sup>96</sup>.

Procurando atenuar esta incerteza, a Directiva precisava o conceito de *diligência profissional*<sup>97</sup>. Interpretando *a contrario*, a conduta desconforme à diligência profissional será aquela que não respeite 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.

A cláusula é uma súmula dos critérios já usados pelos vários EM no período anterior à Directiva<sup>98</sup>, numa lógica de conciliação de regimes. Na busca por uma solução de compromisso entre as diversas tradições jurídicas, a fórmula

---

<sup>93</sup> T. RIGOR RODRIGUES, *A Cláusula Geral...*, 2008, p. 8, “(...) este duplo pressuposto (...) no que se refere aos requisitos poderá originar (...) um mecanismo demasiado marcado pela sua complexidade. O que poderá conceder às empresas mais hipóteses de defesa e consequentemente menos protecção efectiva aos consumidores”.

<sup>94</sup> Encontramos a noção referida em jurisprudência do TJUE relativa a vários outros temas: *Hans Sommer GmbH & Co. KG v Hauptzollamt Bremen*, (Processo C-15/99); *Covita AVE v Elliniko Dimosio* (Processo C-370/96); *Girish Ojha v Commission*, (Processo C-294/95); *Hewlett Packard France v Directeur General des Douanes*, (Processo C-250/91).

<sup>95</sup> Segundo L. ALEXANDRIDOU, “The Harmonization of the Greek Law...”, 2008, p. 179, a expressão *diligência profissional* não era recorrente no Direito Grego.

<sup>96</sup> T. RIGOR RODRIGUES, *A Cláusula Geral...*, 2008, pp. 10-12, explicita estas diferenças terminológicas, confrontando a versão espanhola com a francesa.

<sup>97</sup> Art. 3º/h) da Directiva.

<sup>98</sup> Recorde-se que a maioria das cláusulas gerais dos EM recorria aos critérios da moral pública, boa fé ou práticas honestas de mercado.

culmina numa amálgama de critérios e conceitos indeterminados de difícil aplicação<sup>99</sup>.

### **i. Padrão de competência especializada e de cuidado que se pode esperar de um profissional**

A diligência profissional impõe ao agente que, no desenvolvimento da sua actividade, actue de acordo com um padrão mínimo de correcção ou integridade<sup>100</sup>. Não é um padrão genérico de conduta, mas antes de competência especializada. Explicitando: o profissional que exerce determinada actividade adquire conhecimentos específicos nesse âmbito, logo, o padrão de conduta a observar terá que atender aos seus especiais conhecimentos na área<sup>101</sup>.

Naturalmente, a concretização desse *standard minimum* de honestidade passa por deslindar, casuisticamente, as regras de conduta exigíveis em cada sector de actividade.

Não se trata de uma remissão para as regras normais ou habitualmente observadas no sector. Com efeito, não é a habitualidade da prática que a torna lícita. Seguindo essa interpretação, uma prática, mesmo inicialmente desleal, uma vez enraizada no mercado, converter-se-ia numa prática aceite, logo, leal.

---

<sup>99</sup> De acordo com R. GARCIA PÉREZ, “La Diligencia Profesional...”, 2010, p. 28, trata-se de um monstro jurídico de várias cabeças: quando se pretende concretizar um conceito (diligência profissional), a Directiva logo introduz outros igualmente indeterminados (nível de competência especializado, práticas honestas, boa fé). Também muito crítico, OLIVEIRA ASCENSÃO, “O Anteprojecto do Código do Consumidor...”, 2006, p. 28, considera que esta definição “mistura tudo, imperícia, contrariedade aos usos honestos, boa fé, relacionamento com o consumidor, criando uma noção que só confunde e nada tem que ver com a diligência profissional como nós a entendemos”.

<sup>100</sup> F. GÓMEZ POMAR, “The Unfair Commercial Practices...”, 2006, p. 17, estabelece uma ponte entre este conceito e a negligência na responsabilidade civil, dado que ambos impõem um dever de cuidado ao agente.

<sup>101</sup> G. HOWELLS, TWIGG-FLESNER, D. PARRY e A. NORDHAUSEN, *An Analysis...*, 2005, pp. 4-5, “Does the reference to «special» add anything to the ordinary duty of skill and care? Probably not a lot, it merely emphasises that it is the skills of a trader, rather than an average person that are to be considered”.



Isto desvirtuaria o escopo do regime, deixando aos profissionais a possibilidade de manterem práticas desleais pelo facto de serem habituais. Esta ideia chegou a figurar da proposta de Directiva, por parte da Comissão, mas foi abandonada, e bem, na nossa perspectiva, pelas razões mencionadas.

O regime não se basta com a ocorrência frequente da prática. Exige-se que esta passe num crivo de lealdade<sup>102</sup>, aferido de acordo com critérios marcadamente éticos - as práticas honestas de mercado e a boa fé - temperados com os usos sociais e regras do mercado e de cada actividade em concreto<sup>103</sup>.

Além disso, o nível exigível deve ainda ser aferido no sentido puramente objectivo<sup>104</sup>. Não relevam, por isso, nem as intenções do profissional<sup>105</sup> nem o grau de confiança ou a experiência do consumidor com este<sup>106</sup>. A ideia-chave é que o *standard* exigível deve ser o mesmo nas relações com todos os consumidores, independentemente da sua posição concreta<sup>107</sup>.

Do lado das empresas, e dentro de cada ramo de actividade, o padrão de conduta exigível pelo consumidor é de aplicação universal. O nível de exigência não varia consoante a dimensão ou as características da empresa que actua<sup>108</sup>, sob pena de subversão do sistema.

---

<sup>102</sup> E. DIAS OLIVEIRA, “Práticas Comerciais Proibidas”, 2006, p. 152, “A expressão «usos honestos» ou «prática de mercado honesta» faz-nos atender às práticas habitualmente desenvolvidas pelos fornecedores, dentro do seu âmbito de actividade, e que são aceites entre os seus pares e na ordem jurídica, social e económica”.

<sup>103</sup> A. CRISTAS, “Concorrência Desleal e Protecção do Consumidor...”, 2005, p. 148, preconiza que os conceitos usados “não dispensam uma observação cuidadosa dos usos sociais e uma construção jurisprudencial e doutrinária assente em casos concretos”.

<sup>104</sup> T. RIGOR RODRIGUES, *A Cláusula Geral...*, 2008, p. 15, defende que “se a diligência profissional partisse de um pressuposto subjectivo seria de prova difícil e retiraria qualquer efeito útil à cláusula geral”.

<sup>105</sup> Neste sentido, C. GOMES ABRUNHOSA, “Práticas Comerciais Desleais...”, 2011, p. 145, defende que o padrão é aferido “independentemente da intenção do comerciante ou do conhecimento ou previsibilidade das consequências do seu comportamento”.

<sup>106</sup> Não é por se cliente de longa data ou cliente recente que o consumidor poderá exigir menos cuidado ou integridade no tratamento.

<sup>107</sup> Tal decorre também da aplicação do princípio da igualdade às relações de consumo - art. 13º da CRP.

<sup>108</sup> Alertando para esta dificuldade: F. GÓMEZ POMAR, “The Unfair Commercial Practices...”, 2006, p. 18, “Firms engaging in commercial practices are extremely diverse. Some are huge, some are small, some are solvent, some have no assets, some are established market leaders, some are fly-by-night operators. To determine the professional diligence standards for all of them on the basis of a general formulation seems almost chimerical”.

## ii. Os critérios de avaliação da conduta

Como assinalámos, a fasquia mínima para avaliar a conduta do profissional é fixada de acordo com dois critérios objectivos e de aplicação autónoma<sup>109</sup>: as práticas honestas de mercado e a boa fé.

Note-se que a Directiva não concretizou estes critérios, remetendo, indirectamente, para o Direito interno dos EM<sup>110</sup>.

A noção de prática honesta não é conhecida no nosso ordenamento jurídico. Já a boa fé é um princípio basilar da nossa ordem jurídica, devendo ser encarado como o instrumento primordial para avaliar o padrão de conduta do profissional.

### a) *As práticas honestas de mercado*

Como salientámos, este não foi o conceito proposto na fase de discussão da Directiva. No LV, discutiu-se o uso de um critério distinto: a *boa conduta comercial*. Na proposta da Comissão optou-se pelos padrões genericamente aceites no sector de actividade em concreto, de acordo com os usos e costumes.

Na versão final, porém, vingou o critério da honestidade<sup>111</sup>, possibilitando uma valoração ética da prática e não apenas da sua frequência<sup>112</sup>.

---

<sup>109</sup> T. RIGOR RODRIGUES, *A Cláusula Geral...*, 2008, p. 17, “estas duas realidades estabelecem-se na lei como fontes distintas de avaliação, que poderão, ou não, funcionar cumulativamente na tarefa de determinar se determinada conduta do profissional é conforme à diligência profissional”.

<sup>110</sup> Esta remissão deixa a porta aberta para divergências interpretativas entre os tribunais dos vários EM. A cláusula, pensada para homogeneizar regime, pode ter o efeito perverso de acentuar as disparidades.

<sup>111</sup> Numa formulação muito semelhante à do art. 10º/2 da Convenção da União de Paris de 1883 sobre os usos honestos em matéria industrial ou comercial. Refira-se que este conceito era também o utilizado no Direito belga.

<sup>112</sup> G. HOWELLS, TWIGG-FLESNER, D. PARRY e A. NORDHAUSEN, *An Analysis...*, 2005, p. 6, “This might leave open the possibility that a trader would have only to show he was

A honestidade corresponde a uma ideia de correcção profissional, de honradez, de probidade. A sua tradução em regras de conduta assume contornos distintos consoante a actividade em causa. Nesse sentido, os códigos de conduta de cada sector poderão constituir uma ferramenta útil na difícil tarefa de concretização da honestidade da prática.

Numa lógica de auto-regulação, os códigos de conduta<sup>113</sup> encerram um conjunto de regras, criadas pelos profissionais de um sector, com vista a regular a actividade aí exercida.

Estas regras correspondem às práticas recorrentes e genericamente aceites pelos agentes económicos num determinado sector. Porém, a sedimentação da prática num ramo de actividade não é necessariamente sinónimo da sua honestidade. Não há, por isso, uma correlação directa entre este conceito e o cumprimento das regras constantes de um código. Assim, nem a violação das normas do código gera uma presunção de desonestidade da prática, nem o seu cumprimento afasta a aplicação do conceito<sup>114</sup>. As regras constantes de um cód. de conduta podem fornecer pistas para aferição da honestidade da prática mas não mais que isso.

---

following common practice to escape sanction. In some sectors it may be possible that bad practices are fairly common. However, it could be read less generously from the trader's perspective and certainly the reference to honest market practices and good faith would seem to prevent any argument that a sharp practice could be justified by the fact it was common to a sector of traders”.

<sup>113</sup> Definido no art. 3º/f) 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. No considerando 20 refere-se mesmo que uma das vantagens deste instrumento é “permitir que os profissionais apliquem de maneira efectiva os princípios da presente Directiva em domínios económicos específicos.”

<sup>114</sup> Neste sentido: C. PAVILLÓN, “The Interplay...”, 2012, pp. 269-270, “Under the Directive, compliance with a code of conduct does not entail (virtual) immunity against the charge of unfair commercial practice. It does not even lead to a ‘presumption of conformity’ with the legal standard”. (...) “Compliance with a code of conduct may well not exonerate the trader, but non-compliance does inversely not automatically incriminate him. A trader failing to comply with a code of conduct *he has not adhered to* will not necessarily breach the requirements of professional diligence”.

Para os profissionais, são vistas como mecanismos de controlo concorrencial *inter pares*, funcionando como elementos dissuasores<sup>115</sup>, mas sem carácter vinculativo<sup>116</sup>. Se os seus destinatários não estão adstritos a cumpri-los, seria ilógico transformar um cod. de conduta num instrumento vinculativo de interpretação. Além disso, os códigos são obra das empresas de um sector, espelham a sua visão de mercado. Se pudessem ser os profissionais a fixar os padrões de honestidade das práticas comerciais, por via dos códigos de conduta, tal redundaria na conversão do conceito aos interesses do mercado e não aos dos consumidores, como é suposto<sup>117</sup>.

A proposta de redacção de códigos de conduta à escala europeia e com carácter vinculativo chegou a estar em cima da mesa na fase do debate sobre a Directiva. A ideia era instituir, através de um código, as mesmas regras para todos os EM, possibilitando um controlo uniforme da *desconformidade à diligência profissional* das práticas<sup>118</sup>. As dificuldades de aplicação associadas às disparidades entre os EM quanto ao uso deste mecanismo<sup>119</sup> vetaram a ideia ao fracasso. Afinal, tratava-se de elaborar um padrão de honestidade para servir

---

<sup>115</sup> A. MARQUES DOS SANTOS, *Direito Internacional Privado*, 2001, p. 40, refere que, apesar dos códigos de conduta serem “instrumentos destituídos em si mesmos de força vinculante (...)” são “(...) dotados de grande poder de persuasão em relação aos respectivos destinatários, que são os agentes ou os operadores do comércio internacional”.

<sup>116</sup> C. GOMES ABRUNHOSA, “Práticas Comerciais Desleais...”, 2010, p. 82, considera que ainda que os profissionais se vinculem a compromissos “*voluntariamente obrigatórios* (...)” as obrigações daí decorrentes são desprovidas de coercibilidade, pelo que o seu não cumprimento não poderá importar a sua exigibilidade judicial (...).

<sup>117</sup> Recorde-se que foi precisamente por este motivo que se rejeitou a fórmula inicial das *práticas habituais do mercado* e se optou por um conceito de cariz ético. O objectivo não é avaliar as práticas pela sua ocorrência no mercado ou aceitação pelos profissionais, mas sim segundo um padrão qualitativo.

<sup>118</sup> No LV, Documento COM (2001) 531 final, de 2.10.2001, ponto 4.4., p. 15, defendia-se que “no momento presente, não existe nenhum meio de garantir a eficácia de uma auto-regulação à escala da UE em matéria de defesa do consumidor. Uma outra opção consiste em a directiva-quadro permitir que tal seja possível, possibilitando desta forma às empresas a adesão a um único código de conduta comum, em vez de quinze”.

<sup>119</sup> O recurso à auto-regulação e aos códigos de conduta variava significativamente entre os EM. Na Dinamarca, Suécia e Finlândia, a utilização de códigos era prática comum, contando com a forte participação de organismos responsáveis em matéria de consumo. No Reino Unido, na Irlanda e nos Países Baixos, a participação das entidades responsáveis era mais informal.

de bitola aos tribunais nacionais dos 28 EM, com todos os riscos de perversão do sistema já assinalados<sup>120</sup>.

Atendendo ao exposto, os códigos de conduta devem ser usados como meros indicadores, partindo do pressuposto que as regras aí contempladas correspondem a práticas honestas de mercado. Porém, não prejudicam a aplicação de outras obrigações gerais no sector e têm sempre como limite os direitos e interesses dos consumidores, não podendo servir para atenuar as exigências do regime<sup>121</sup>.

### ***b) O princípio geral da boa fé***

O CC consagra a boa fé objectiva na fase pré-contratual, no art. 227º/1, e no cumprimento das obrigações, no art. 762º/2. Graças à sua sedimentação doutrinária, estas normas constituem bons pontos de partida para concretizar os deveres dos profissionais e, conseqüentemente, aferir a contrariedade à diligência profissional.

Cumprido, no entanto, lembrar que não se poderá fazer uma importação cega destas regras para as PCD. A legislação civilista está pensada para relações equitativas. Numa relação de consumo, há uma parte fragilizada pelo seu défice de informação e de experiência e pela sua menor capacidade

---

<sup>120</sup> De acordo com o Comunicado da Comissão, no seguimento do LV, Documento COM (2002) 289 final, de 11.6.2002, p. 5, logo na fase da discussão, a grande parte das associações empresariais e empresas participantes manifestou-se, em princípio, a favor do desenvolvimento de códigos de conduta à escala europeia (55 a favor, 11 contra, 22 sem opinião clara). Contrastando com os consumidores, as associações de empresas e empresas, manifestaram-se contra a atribuição de carácter vinculativo a estes códigos.

<sup>121</sup> Sob pena de se tornarem, nas palavras de T. RIGOR RODRIGUES, *A Cláusula Geral...*, 2008, p. 20, “num modo de contornar a lei, adaptando-a aos interesses dos profissionais”. Os códigos devem ser vistos não como um imperativo para o intérprete, mas um mero auxiliar, devendo ser confrontados com o espírito do regime das PCD e com o próprio princípio da boa fé.

financeira<sup>122</sup>. Posto isto, o regime das PCD não se poderá reger pela mesma bitola do CC. É imperioso elevar a fasquia da boa fé, neste âmbito<sup>123</sup>.

O princípio pode ser visto segundo duas ópticas distintas<sup>124</sup>. Numa perspectiva objectiva, como um critério normativo de valoração de condutas. É um *standard* usado para verificar se a conduta do agente é razoável e equilibrada. Numa perspectiva subjectiva respeita ao estado de desconhecimento do agente quanto a certos factos<sup>125</sup>.

A lógica do regime das PCD aponta para o emprego da boa fé no seu sentido objectivo para avaliação do padrão de conduta do profissional.

O princípio da boa fé concretiza-se através de dois subprincípios: o princípio da tutela da confiança e o princípio da primazia da materialidade subjacente<sup>126</sup>.

O princípio da confiança postula que perante uma situação de confiança, objectivamente justificada, o agente age em conformidade, graças à crença que formou sobre essa situação fáctica<sup>127</sup>.

O consumidor actua de acordo com as expectativas que criou perante uma situação de confiança gerada no decurso do processo comunicacional entre

---

<sup>122</sup> J. MORAIS CARVALHO, *Os Contratos de Consumo...*, 2012, p. 21, considera que “a relação desequilibrada entre o consumidor e o profissional” decorrer do facto de este último dispor de “mais e melhor informação no que respeita ao negócio em causa” e de “uma capacidade financeira superior”.

<sup>123</sup> Neste sentido: J. MORAIS CARVALHO, “Práticas Comerciais Desleais...”, 2011, p. 192, defendendo que, numa relação de consumo, “a vinculação a este princípio” é “especialmente acentuada”. Para o autor, tal decorre da aplicação do art. 9º/1 da LDC. G. HOWELLS, TWIGG-FLESNER, D. PARRY e A. NORDHAUSEN, *An Analysis...*, 2005, pp. 9-10, “Although good faith will have a different scope in fair trading law from that in contract law, something can be learned from our experience of introducing the concept in contract”.

<sup>124</sup> Para uma evolução histórica desta dicotomia, A. MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé...*, 2001, pp. 407-648.

<sup>125</sup> P. PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral...*, 2010, pp. 22-23, “Na perspectiva subjectiva da boa fé tem grande importância o conhecimento ou o desconhecimento subjectivo por parte do agente de uma vicissitude ou de um vício da situação jurídica em questão. (...) Numa perspectiva objectiva, a boa fé surge como portadora de critérios de actuação honesta e honrada, como padrão ou *standard* jurídico”.

<sup>126</sup> Desenvolvendo este dois vectores, A. MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé...*, 2001, pp. 1234-1258.

<sup>127</sup> Na fórmula de A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil...*, 2005, p. 415, tal ocorre quando há uma situação de confiança, uma justificação para essa confiança, um investimento de confiança e a imputação da situação de confiança criada à pessoa que vai ser atingida pela protecção dada ao confiante.

consumidor e profissional<sup>128</sup>. Daqui se retira que ao longo de todo o processo negocial, o profissional deve ter em conta as legítimas expectativas do consumidor, fundadas numa situação observável de confiança. Traduz-se na imposição ao profissional de deveres de cuidado, de informação e de lealdade para com o consumidor, tanto na fase pré-contratual<sup>129</sup> como no cumprimento do contrato.

Em síntese, o profissional deve responder às questões colocadas pelo consumidor, deve fornecer-lhe a informação essencial sobre a proposta, deve respeitar as suas opções e evitar atitudes agressivas que viciem a sua vontade negocial<sup>130</sup>.

A primazia da materialidade subjacente assenta numa concepção segundo a qual o conteúdo axiológico deve prevalecer sobre o aspecto formal, no exercício de uma situação jurídica<sup>131</sup>. Adaptando às PCD, significa que o profissional não pode exercer práticas que no seu aspecto exterior são permitidas pela ordem jurídica mas que visam um fim violador do sistema no seu conjunto<sup>132</sup>. Neste sentido, o profissional está adstrito, para além do dever

---

<sup>128</sup> O princípio da confiança não protege ideias preconcebidas do consumidor, geradas sem interferência do profissional.

<sup>129</sup> Essa é a lógica subjacente ao instituto da *culpa in contrahendo*, plasmado no art. 227º do CC. M. ALMEIDA COSTA, “A responsabilidade pré-contratual...”, 1983-1984, p. 89, entende que este instituto visa proteger as legítimas expectativas que se vão gerando ao longo do desenvolvimento das negociações.

<sup>130</sup> T. RIGOR RODRIGUES, *A Cláusula Geral...*, 2008, p. 23, “(...) o profissional está, em primeiro lugar obrigado a actuar em relação aos consumidores, com total transparência, desenvolvendo a sua actividade de modo eticamente irrepreensível. Em segundo lugar, implica que o profissional não procure criar nos consumidores a ilusão que possui méritos e competência profissionais de que afinal não dispõe”.

<sup>131</sup> E. MOREIRA DA SILVA, *Da responsabilidade pré-contratual...*, 2003, p. 52, “Segundo este princípio, não basta a adopção de condutas que apenas formalmente respeitem a ordem jurídica normativa e os objectivos que esta propõe alcançar. A boa fé exige mais: que as actuações jurídicas sejam consideradas de um ponto de vista material, ou seja, que efectivamente venham a produzir as consequências jurídicas pretendidas pela ordem jurídica”.

<sup>132</sup> A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, 2005, p. 416, considera que este princípio se realiza através de três vias: a conformidade material das condutas com os valores pretendidos pela ordem jurídica, a idoneidade valorativa da conduta, atendendo à harmonia do sistema e o equilíbrio no exercício da posição jurídica, vedando actos emulativos e danosos para a contraparte.

principal, a um conjunto de deveres acessórios, impostos pela boa fé, no âmbito do cumprimento de uma obrigação contratual<sup>133</sup>.

Embora presente na formação e no decorrer da relação contratual, o princípio da boa fé assume um papel de extrema relevância na fase pré-contratual, sobretudo na sua vertente de protecção da confiança. De facto, nesse período incipiente, não há, em regra, uma relação prévia entre as partes. O profissional tem uma necessidade acrescida de captar o interesse do consumidor, recorrendo, por isso a técnicas promocionais mais ousadas. Logo, o consumidor está mais sujeito a perturbações no processo de formação da sua decisão negocial<sup>134</sup>. Nesta fase, exigem-se deveres de protecção reforçados ao profissional, designadamente na consideração das expectativas da outra parte, tendo em conta a informação veiculada<sup>135</sup>.

Graças ao seu carácter maleável e marcadamente ético, o princípio da boa fé é normalmente encarado como uma válvula de escape do sistema jurídico, uma via para temperar a rigidez normativa<sup>136</sup>. No contexto das PCD, a sua concretização passa invariavelmente pela consideração dos deveres do profissional, no âmbito do seu sector de actividade, tornando-se inviável a construção de um modelo abstracto de actuação<sup>137</sup>.

---

<sup>133</sup> A título de exemplo, o profissional não poderá oferecer ao consumidor um produto na compra de outro e impor que o levantamento dessa oferta seja feito num local completamente inacessível, com avultados custos. Esta prática viola claramente o princípio da materialidade subjacente na medida em que o seu conteúdo é contrário ao ordenamento jurídico.

<sup>134</sup> A esmagadora maioria das práticas da lista negra ocorrem precisamente na fase pré-contratual.

<sup>135</sup> Neste sentido, este critério da cláusula geral deve ser encarado como uma remissão para os deveres inerentes à figura da *culpa in contrahendo*, do art. 227º do CC, mas com um nível superior de exigência, tendo em conta as particularidades de uma relação de consumo.

<sup>136</sup> OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil...*, 2002, pp. 181-182, “Na impossibilidade de tudo prever, a lei recorrer ao critério geral da boa fé. (...) A boa fé é hoje em dia o grande ventilador da ordem jurídica.

<sup>137</sup> G. HOWELLS, TWIGG-FLESNER, D. PARRY e A. NORDHAUSEN, *An Analysis...*, 2005, pp. 9-10, “Good faith is related to the trader’s field of activity. (...) vary in character from sector to sector. In some sectors good faith might have been extended by practice to include more positive obligations towards the consumer; these would most likely be sector specific.”



### **13. A distorção de maneira substancial do comportamento económico do consumidor**

O regime das PCD, na sua organização tripartida, visa abarcar as várias modalidades potencialmente distorcivas do comportamento do consumidor. Nesse sentido, encontramos este requisito transversalmente plasmado nos três níveis de protecção: está presente na cláusula geral, nas definições de práticas agressivas e enganosas e, embora não esteja expresso na lista negra, podemos considerar que a sua ocorrência está implícita nesses casos<sup>138</sup>.

Estas distorções têm como objecto o comportamento económico do consumidor, culminando numa inversão do sentido da decisão de transacção deste<sup>139</sup>. A decisão de transacção é 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<sup>140</sup>.

Corresponde, na maioria das vezes, a uma decisão de agir, de adquirir um bem ou aderir a um serviço<sup>141</sup>, abrangendo praticamente todas as decisões possíveis, no âmbito de uma relação de consumo<sup>142</sup>.

Porém, não basta que a prática exerça uma mera influência na tomada de decisão. Exige-se antes que a distorça substancialmente<sup>143</sup>, isto é, que

---

<sup>138</sup> A. CRISTAS, “Concorrência Desleal e Protecção do Consumidor...”, 2005, p. 174, vai mais longe ao considerar que “implicitamente, a Directiva contempla, nestes casos, uma presunção inilidível da existência da potencial essencialidade da prática na tomada de decisão do consumidor”.

<sup>139</sup> F. GÓMEZ POMAR, “The Unfair Commercial Practices...”, 2006, p. 19, “the material distortion notion corresponds, broadly speaking, to the idea of effective and relevant harm to the consumer”.

<sup>140</sup> Art. 3º/l).

<sup>141</sup> A decisão de transacção é naturalmente relativa a um produto e não uma decisão em abstracto. Para tal apontam o art. 2º/k) e o considerando 7 da Directiva.

<sup>142</sup> G. HOWELLS, TWIGG-FLESNER, D. PARRY e A. NORDHAUSEN, *An Analysis...*, 2005, p. 13, “The definition of transactional decision is quite broad, covering pre-contractual practices, which might affect the decision to contract, through to post-contractual situations such as debt enforcement. It covers the decision whether to purchase”.

<sup>143</sup> Segundo J. PEGADO LIZ, “A «Lealdade»...”, 2005, p. 76, “(...) o advérbio «substancialmente» aplicado como adjectivo da noção de «distorção de comportamento» não é objectivamente mensurável”.

prejudique sensivelmente a aptidão decisiva do consumidor. A prática deve moldar a opção do consumidor, conduzindo-o a tomar uma decisão de transacção que de outro modo não tomaria. Em suma, se não tivesse ocorrido essa deturpação no processo formativo da vontade, o consumidor não teria aderido à proposta do profissional<sup>144</sup>.

O requisito refere-se à distorção da conduta dos consumidores destinatários da prática. Cremos, no entanto, que esta disposição deve ser interpretada no sentido de abranger também as distorções das condutas de todos os consumidores, mesmo que não sejam os alvos da prática comercial<sup>145</sup>.

Este requisito assenta numa concepção do consumidor, enquanto agente económico, que toma decisões livres, esclarecidas e ponderadas, num espírito de racionalidade e autonomia<sup>146</sup>.

As distorções são aqui vistas como interferências no processo de formação da decisão do consumidor, prejudicando sensivelmente a sua capacidade decisiva. Sucedem que a formação da decisão é um processo interno: tudo ocorre na mente do consumidor, exteriorizando-se através da decisão de transacção. O requisito da substancialidade obriga o intérprete a comparar a situação actual com a situação hipotética em que o consumidor estaria se não tivesse ocorrido a distorção. Caberá questionar: na ausência da prática comercial, o consumidor teria tomado a mesma decisão<sup>147</sup>?

Na maioria das vezes, a decisão do consumidor forma-se pela conjugação de vários factores e circunstâncias. A PCD não é a única ocorrência que determina o sentido da decisão<sup>148</sup>. Aferir a substancialidade da distorção passa por

---

<sup>144</sup> Numa versão simplificada do conceito. A decisão de transacção traduz-se normalmente numa decisão do consumidor de compra ou adesão, mas pode consubstanciar outras situações.

<sup>145</sup> Neste sentido: J. MORAIS CARVALHO, “Práticas Comerciais Desleais...”, 2011, p. 193.

<sup>146</sup> Criticando: J. PEGADO LIZ, “A «Lealdade»...”, 2005, p. 76, “É sabido (...) que os consumidores não actuam no mercado como «agentes económicos» segundo as regras de racionalidade económica mas antes as suas motivações são de natureza bem diversa”.

<sup>147</sup> Isto implica proceder a um juízo de prognose póstuma na medida em que a situação hipotética, sem a prática, nunca se materializou e, como tal, é insusceptível de prova.

<sup>148</sup> Pense-se na seguinte situação: havendo um corte de energia, um consumidor dirige-se a uma loja para comprar velas com a maior urgência. O profissional fornece-lhe informação falsa, alegando que as velas foram abençoadas e por isso têm poderes curativos. O consumidor

determinar o peso concreto da prática na formação da decisão de transacção, numa situação em apreço<sup>149</sup>. O impacto da prática na tomada de decisão do consumidor terá que ser avaliado do modo mais objectivo possível, tendo como referência o consumidor médio e atendendo às circunstâncias do caso concreto.

O conceito refere-se à distorção ou susceptibilidade de distorção da conduta do consumidor, o que nos leva a questionar se é necessário que a distorção ocorra de facto ou se basta que seja potencial. Cremos que a interpretação mais consonante com a lógica do sistema é admitir que este requisito se encontra preenchido quando ocorre uma distorção efectiva e actual<sup>150</sup>.

## 14. À procura do consumidor médio

A susceptibilidade de distorção do comportamento económico deve ser aferida tendo como referência o consumidor médio ou, tratando-se de uma prática destinada a um grupo definido, o consumidor médio desse grupo<sup>151</sup>.

Na presença de uma prática potencialmente desleal, numa situação concreta, deve-se verificar se essa prática é capaz de distorcer não o comportamento do consumidor, destinatário individual, mas de um consumidor médio colocado

---

pode ter sido induzido em erro sobre as qualidades do produto, mas este iria adquiri-lo de qualquer modo. O que pesou na sua decisão foi a urgência em adquirir o bem e não o engano. Nesse sentido, o erro era incidental, não condicionou a decisão de contratar. O consumidor iria adquirir o bem, mesmo não existindo indução em erro. Se não tivesse ocorrido o corte de energia, a resposta seria distinta.

<sup>149</sup> Em alguns estabelecimentos, é comum oferecer um chá ou café ao cliente, no decurso do processo negocial. Trata-se de uma prática enraizada e que, embora possa criar um ambiente agradável e atractivo para o consumidor, não tem a virtualidade de mudar o sentido da sua decisão.

<sup>150</sup> T. RIGOR RODRIGUES, *A Cláusula Geral...*, 2008, p. 24, “Não temos dúvidas que a redacção da lei aponta para uma distorção actual, contudo, as legítimas expectativas dos consumidores não deverão ser desprezadas, cabendo aos julgadores nacionais uma abordagem atenta e sensível”. Esta é também a lógica de prever, entre os meios de reacção possíveis para o consumidor, a acção inibitória, no art. 16º.

<sup>151</sup> Note-se que, segundo o art. 5º/2 do DL, o critério do consumidor médio é usado não para aferir a susceptibilidade de distorção mas antes para averiguar o carácter leal ou desleal da prática comercial. Trata-se claramente de uma transposição infeliz e adulterada do art. 5º/2/b) da Directiva. A interpretação conforme à Directiva indica que o critério deve ser usado para avaliar a susceptibilidade da prática de distorcer o comportamento do consumidor.

nessa posição. O recurso a um modelo de consumidor, com características comuns ou medianas, visa introduzir objectividade nessa avaliação<sup>152</sup>.

Note-se que o conceito chegou a constar do elenco das definições da proposta apresentada pela Comissão, numa formulação idêntica à já firmada pela jurisprudência do TJUE<sup>153</sup>. Após intensa discussão, acabou por ser suprimida da versão final. Temia-se sobretudo que a cristalização normativa do conceito impedisse a sua evolução subsequente<sup>154</sup>.

Em consonância com a Directiva, também o DL não fornece nenhuma noção de consumidor médio<sup>155</sup>. Porém, a Directiva impõe<sup>156</sup> que os tribunais nacionais, no exercício da sua faculdade de julgamento, apliquem o conceito tendo em conta a jurisprudência do TJUE<sup>157</sup>.

A primeira referência a este critério remonta a 1995, no Ac. *Mars*<sup>158</sup>. À época, as embalagens dos gelados Mars tinham a indicação de “+10%” dando conta que o produto tinha sido aumentado. Porém, essa indicação ocupava mais de 10% do total da embalagem. Pretendia saber-se se tal representação inexacta da quantidade adicionada podia ser enganosa para os consumidores. O TJUE usou pela primeira vez a noção de “consumidor normalmente informado” para

---

<sup>152</sup> Nesse sentido, o critério tem uma utilidade semelhante ao do *homem médio* ou *bom pai de família*, usados no Direito Civil.

<sup>153</sup> Documento COM (2003) 356 final, de 18.6.2003, pp. 10, ponto 35, “O artigo inclui ainda uma noção de «consumidor médio», que remete para um consumidor normalmente informado e razoavelmente atento e advertido, estabelecida como referência pelo TJUE”.

<sup>154</sup> Apesar disso, manteve-se a menção ao consumidor médio no considerando 18 da Directiva, recuperando a mesma fórmula do TJUE, já ensaiada na proposta.

<sup>155</sup> No universo dos EM, o ordenamento jurídico francês foi o único a incluir o conceito de “consumidor normalmente informado e razoavelmente atento e advertido” no seu articulado (art. 39º da Lei 2008-3 de 3 de Janeiro).

<sup>156</sup> Considerando 18.

<sup>157</sup> Para uma análise do desenvolvimento jurisprudencial do conceito, M. GÁLVEZ KRÜGER, “O consumidor de referência...”, 2011, pp. 521-547. A generalidade dos casos tratados pelo TJUE respeita a publicidade comparativa, geradora de conflitos concorrenciais. A importação *tout court* do conceito para o Direito do Consumidor acarreta o risco de desadequação, se pensarmos que a lógica concorrencial é consideravelmente distinta da que subjaz às relações consumidor-profissional. Na nossa breve viagem pela evolução jurisprudencial do conceito procuraremos, sem pretensões de exaustividade, assinalar os casos mais relevantes na sua construção.

<sup>158</sup> Ac. TJUE, de 6.7.95, Proc. C-470/93.

averiguar se a prática era enganosa<sup>159</sup>. Concluiu que qualquer consumidor tem conhecimentos essenciais sobre os produtos a adquirir. Não é, naturalmente, um conhecimento profundo e exaustivo. Assim, o consumidor de referência é aquele que tem um nível de informação normal sobre o produto ou o profissional.

Seguiu-se o Ac. *Gut Springenheide*<sup>160</sup>, em 1998. Estava em causa saber se a indicação nas embalagens de ovos informando que as galinhas eram alimentadas com 6 cereais podia induzir os consumidores em erro, sugerindo que o produto tinha qualidades especiais. O tribunal alemão perguntava se se devia atender ao consumidor médio esclarecido ou ao consumidor casual. O TJUE considerou que para avaliar o carácter enganoso da prática devia atender-se “à presumível expectativa de um consumidor médio, normalmente informado e razoavelmente atento e advertido” (ponto 31). Reconheceu ainda que “o direito comunitário não obsta a que, se tiver especiais dificuldades para avaliar o carácter enganoso da indicação em questão, (...) o órgão jurisdicional possa recorrer, nas condições previstas pelo direito nacional, a uma sondagem de opinião ou a um exame pericial destinados a esclarecer a sua apreciação” (ponto 37).

Ao modelo de informação consagrado em *Mars* acrescentam-se ideias de advertência e atenção do consumidor. Assim, não bastará ao consumidor aceder à informação. Este deve procurá-la e proceder a uma análise crítica dos dados recolhidos sobre o produto. É-lhe exigida uma atitude proactiva. O consumidor sabe que o objectivo do profissional é a venda, logo, espera dele uma certa ousadia nas práticas comerciais. Deve adoptar uma postura perspicaz e cautelosa face à informação que lhe é transmitida. Parte-se do pressuposto de que o consumidor, por saber que actua no mercado numa posição fragilizada, tem um nível de desconfiança natural face às práticas comerciais.

---

<sup>159</sup> O TJUE usou o critério para concluir que os consumidores normalmente informados sabem que não existe necessariamente uma relação entre a dimensão das menções publicitárias relativas ao aumento da quantidade de produto e a importância desse aumento.

<sup>160</sup> Ac. TJUE, de 16.7.98, Proc. C-210/96.

Em *Lloyd Schuhfabrik Meyer*<sup>161</sup>, o TJUE determinou que o nível de atenção do consumidor deve também ser apreciado de acordo com o tipo de compra em causa. A lógica subjacente é a de que os consumidores não têm o mesmo nível de cuidado na compra de todos os produtos.

Mais tarde, o Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias<sup>162</sup> viria acrescentar que “relativamente aos produtos de consumo quotidiano, que se vendem a um preço relativamente baixo, o nível de atenção do consumidor médio relativamente ao seu aspecto exterior é, por conseguinte, pouco elevado” (ponto 22). Na compra de bens da vida corrente, de valor reduzido e grande consumo, os consumidores tendem a ser mais precipitados e apressados, prestando menos atenção à informação disponível<sup>163</sup>. Basta pensar que o nível de atenção e de precaução de quem compra um automóvel não é equiparável ao de quem compra um mero café e o intérprete não poderá deixar de ter este aspecto em conta.

Em 2000, o Ac. *Estée Lauder*<sup>164</sup> trouxe alguma flexibilidade ao conceito. O conflito opunha duas empresas de cosméticos. A *Lancaster* comercializava um creme, usando o termo *lifting* na sua denominação. A *Estée Lauder* alegava que essa expressão dava ao consumidor a ideia de que o produto teria efeitos semelhantes a uma cirurgia de *lifting* da pele, sobretudo quanto à sua duração. O tribunal alemão não conseguia precisar a percentagem necessária de pessoas induzidas em erro para se considerar a prática enganosa. O TJUE acrescentou que na definição de consumidor médio se devia atender também aos factores sociais, culturais e linguísticos do consumidor<sup>165</sup>. Considerou ainda que devia ser o tribunal nacional a determinar qual a percentagem “suficientemente

---

<sup>161</sup> Ac. TJUE, de 22.6.99, Proc. C-342/97.

<sup>162</sup> Ac. do Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias, de 5.5.09, Proc. T-449/07.

<sup>163</sup> No mesmo sentido aponta a jurisprudência portuguesa. Vejam-se o Ac. do STJ, de 26.9.95, Proc. Nº 087043 (Torres Paulo), o Ac. TRL, de 19.09.2010, Proc. Nº 25/07.5TYLSB.L.1-1 (João Aveiro Pereira) e o Acórdão do STJ, de 13.7.2010, Proc. Nº 3/05.9TYLSB.P1.S1 (Fonseca Ramos).

<sup>164</sup> Ac. TJUE, de 13.1.00, Proc. C-220/98.

<sup>165</sup> “Há nomeadamente que verificar se factores sociais, culturais ou linguísticos podem justificar que o termo *lifting* empregado a propósito de um creme restaurador seja entendido pelos consumidores alemães de modo diferente do que é entendido pelos consumidores de outros EM (...).” (ponto 29).

significativa” de consumidores induzidos em erro para identificar a prática como enganosa.

Como é notório, os consumidores não são todos iguais. O grau de informação e atenção de um consumidor está umbilicalmente ligado ao contexto sociocultural em que se move<sup>166</sup>.

Em *Darbo*<sup>167</sup>, o TJUE considerou que existem certos dados básicos que, por serem de senso comum, devem ser conhecidos de todos os consumidores. A *Darbo* produzia e vendia um doce de morango que continha alguns vestígios de substâncias químicas. Procurava saber-se se, tendo em conta esta composição, a expressão “natural” no nome do doce podia induzir os consumidores em erro. O TJUE respondeu que “os consumidores, cuja decisão de comprar é determinada pela composição dos produtos que têm a intenção de adquirir, lêem em primeiro lugar a lista dos ingredientes”<sup>168</sup>. Ora, é de conhecimento geral que um produto, mesmo sendo natural, pode conter resíduos de substâncias químicas. Trata-se de um assunto relativamente pacífico e apreensível pelo senso comum.

Chegados aqui, na senda da jurisprudência do TJUE, diremos que o modelo de consumidor conjuga essencialmente dois vectores: um nível mediano de informação e uma postura atenta e advertida. Mais do que o mero conhecimento básico sobre o produto ou o profissional, o consumidor deve ter uma atitude de precaução, uma capacidade de filtrar dados e olhar para as comunicações do profissional com espírito crítico e até algum grau de desconfiança<sup>169</sup>.

---

<sup>166</sup> O nível de informação normal de um consumidor varia no tempo e espaço e depende, invariavelmente, do seu nível de instrução. Assim, o intérprete não poderá guiar-se pela mesma bitola para analisar a reacção de um consumidor residente em Berlim e a de um consumidor residente numa aldeia remota da Roménia. É necessário entender o consumidor inserido no seu ambiente negocial.

<sup>167</sup> Ac. TJUE, de 4.4. 00, Proc. C-465/98.

<sup>168</sup> Ac. TJUE, de 26.10. 95, Proc. C-51/94 (citado em *Darbo*).

<sup>169</sup> T. RIGOR RODRIGUES, “O Conceito de Consumidor Médio...”, 2009, p. 26, considera que se transfere “para o consumidor uma parte substancial da responsabilidade pelo seu acto de consumir, obrigando-os a um nível mínimo de «instrução» de forma a obterem as competências que lhes permitam compreender as mensagens publicitárias”. O autor preconiza

O conceito é ainda afinado pelas circunstâncias do caso. O TJUE manda que o consumidor médio seja apreciado tendo em conta o tipo de compra e de produto, o contexto sociocultural do consumidor e a informação de senso comum<sup>170</sup>.

Apesar desta tentativa de flexibilizar o conceito, o modelo desenhado assenta numa ideia utópica de consumidor ideal, naturalmente preocupado e atento, que actua invariavelmente de forma sagaz e diligente<sup>171</sup>. Parte-se do pressuposto irrealista de que os consumidores se movem no mercado como seres racionais e ponderados. Nem sempre assim sucede. Frequentemente, a decisão de transacção é o resultado de um impulso consumista e irreflectido. Há muito de emocional e pouco de racional em grande parte das decisões dos consumidores<sup>172</sup>.

Além disso, a aplicação do conceito implica um certo nível de abstracção: avalia-se o impacto da distorção de comportamento não do consumidor alvo da prática mas de acordo com um modelo de consumidor típico, colocado na posição daquele. Porém não existem dois consumidores iguais. O consumidor é sempre o consumidor e as suas circunstâncias. Por muito que se tente objectivar a aplicação da cláusula geral com o recurso a este modelo de avaliação, cremos que tal redundará numa ficção. O que se avalia é, em rigor, uma situação hipotética: a susceptibilidade daquela prática distorcer a conduta do consumidor médio. O problema é que quem está sujeito à prática é o consumidor real e não um modelo de consumidor, idealizado pelo legislador, com níveis de informação e atenção artificiais.

---

inclusivamente que o consumidor está onerado com uma verdadeira obrigação de inteligência, ainda que mediana.

<sup>170</sup> Defendendo a necessidade de adaptação do conceito ao caso concreto: G.HOWELLS, TWIGG-FLESNER, D. PARRY e A. NORDHAUSEN, *An Analysis...*, 2005, p. 24.

<sup>171</sup> J. PEGADO LIZ, “A «Lealdade»...”, 2005, p. 77, considera o conceito de consumidor médio uma utopia e alerta para o risco de basear a política de protecção dos consumidores numa ficção.

<sup>172</sup> D. ARIALY, *Predictably Irrational...*, 2008, p. 239, “Standard economics assumes that we are rational... But, (...) we are far less rational in our decision making... Our irrational behaviors are neither random nor senseless - they are systematic and predictable. We all make the same types of mistakes over and over, because of the basic wiring of our brains”.



Logo à partida, o conceito enfrenta dificuldades na delimitação do universo relevante para aferição do nível médio. Se a prática se dirigir a um grupo específico, o consumidor médio será aquele que tem as características medianas, no âmbito desse grupo. Tratando-se de uma prática genérica, não dirigida a um grupo concreto, o universo a considerar será composto, em teoria, por todos os consumidores existentes. Antes de mais, torna-se custoso balizar o universo de consumidores a que a prática se dirige<sup>173</sup>. Mesmo definido o grupo, o intérprete teria que, em abstracto, analisar todos os elementos do grupo para encontrar o nível médio de informação e atenção. Para já, estamos ainda longe de um acervo estatístico que nos permita trabalhar com estes dados<sup>174</sup>.

Nesta perspectiva, o consumidor médio não poderá deixar de ser tido como uma construção irrealista. O regime eleva a fasquia: protege os mais atentos e diligentes, mas deixa de fora os consumidores mais precipitados e distraídos. Ora, são precisamente estes últimos que são mais susceptíveis de ver o seu processo de formação de decisão comprometido por uma prática comercial desleal<sup>175</sup>. O regime descarta as singularidades do consumidor, numa total desconsideração das suas crenças e preferências.

---

<sup>173</sup> A jurisprudência do TJUE tem oscilado. Em *Nichols* (Processo C-404/02), decidiu que o público relevante a considerar seria uma categoria específica de consumidores. Em *Mag Instrument Inc* (Processo T-88/00) o público-alvo abrangia todos os consumidores, por estarem em causa bens e serviços de consumo generalizado. Em *Libertel* (Processo 104/01) estabeleceu-se mesmo que, na ausência de indicação em contrário, se deve presumir que os bens e serviços se destinam a ser consumidos por qualquer consumidor. Também neste sentido, *Henkel KGaA* (Processo C-456/01 e C-457/01) em se refere que, na comercialização de detergentes, se entende que o grupo relevante é composto por todos os consumidores.

<sup>174</sup> No considerando 18 refere-se claramente que não estamos perante um conceito estatístico. Todavia, o Ac. *Gut Springenheide* admite que um tribunal nacional possa recorrer a “uma sondagem de opinião ou a um exame pericial” para esclarecer o sentido do conceito. (ponto 37), o que não deixa de soar a contradição. Criticando a posição da Directiva: F. GÓMEZ POMAR, “The Unfair Commercial Practices...”, 2006, p.20, “But if it is not a statistical composite of how real individual consumers are and react, what is the average consumer? A normative aspiration? A moral claim? A social construct?”.

<sup>175</sup> A. M. GUERRA MARTINS, “O Direito Comunitário do Consumo...”, 2002, p. 78, o TJUE “não entendeu como justificadas as medidas que se destinavam a proteger o consumidor cuja inteligência e prudência são inferiores à média, tendo antes raciocinado com base num consumidor razoavelmente prudente e informado”. L. SILVEIRA RODRIGUES, “Tendências recentes...”, 2003, p. 315, entende que vale “a lei do mais forte e mais hábil a enganar”.

Atendendo ao exposto, cremos que se teria a ganhar abandonando o critério do consumidor médio e optando antes pela avaliação da susceptibilidade de distorção através do princípio da proporcionalidade. Deveria antes averiguar-se se, de acordo com critérios de razoabilidade e bom senso, era expectável que a prática fosse suficiente para distorcer o comportamento económico daquele consumidor, analisado em concreto<sup>176</sup>.

## **15. A protecção dos consumidores particularmente vulneráveis**

O paradigma do consumidor médio não protege devidamente os consumidores que, pelas suas circunstâncias concretas, se encontram numa situação de debilidade e não possuem níveis medianos de informação e atenção. Com o intuito de mitigar a rigidez do conceito, o regime prevê um tratamento especial para os consumidores tidos como particularmente vulneráveis.

A interpretação deste regime particular gera dúvidas desde logo pela sua arrumação sistemática. Na Directiva, enquadrava-se ainda na cláusula geral, funcionando como um critério para a sua aplicação<sup>177</sup>. Na versão portuguesa, encontramos a matéria regulada, sob a epígrafe *práticas comerciais desleais especiais*, num patamar autónomo face à cláusula geral<sup>178</sup>. Graças a esta inserção sistemática, o regime para consumidores particularmente vulneráveis parece situar-se num limbo: foi excluído da cláusula geral, mas também não

---

<sup>176</sup> Embora muito crítico face ao conceito de consumidor médio, J. MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, 2013, p. 73, considerando que “coloca o nível de exigência de lealdade num patamar baixo, negando a protecção daqueles que mais a necessitam”, o autor defende ainda que “o consumidor não fica totalmente desprotegido, uma vez que se pode aplicar o regime geral do CC, nomeadamente as figuras do dolo (art. 253.º) e da usura (art. 282.º)”. Esta solução não nos parece a mais adequada porque, à semelhança do consumidor médio, consiste na importação de um instituto de outro ramo jurídico, sem qualquer adaptação à realidade do Direito do Consumo.

<sup>177</sup> Art. 5º/3 da Directiva. A matéria surge num dos números do art. 5º, o que indica que se insere, do ponto de vista sistemático, no primeiro nível de protecção do regime das PCD.

<sup>178</sup> Referimo-nos ao 6º/a) do DL. Na transposição, o legislador nacional optou pela inserção deste regime especial no mesmo artigo das práticas enganosas e agressivas e das listas negras, como se se trata-se de um nível extra de protecção, para além da pirâmide tripartida.

corresponde a uma prática desleal em especial porque não corresponde a uma modalidade distinta de actuação desleal<sup>179</sup>. Em homenagem ao espírito de harmonização máxima que norteou a Directiva, cremos que a norma portuguesa deverá ser interpretada no sentido de se considerar que este regime fornece um critério especial de aplicação, mas ainda no âmbito da cláusula geral<sup>180</sup>.

A *ratio* do regime é o seu âmbito subjectivo delimitado e a inerente necessidade de protecção reforçada. A especial fragilidade dos consumidores quanto à prática ou ao produto subjacente é resultado de doença mental ou física, da idade ou credulidade do indivíduo. A lista de características geradoras dessa condição é taxativa<sup>181</sup>.

O regime parece deixar de fora outras situações, como a complexidade ou os conhecimentos técnicos exigíveis para a compra ou ainda a doença ou morte de um familiar<sup>182</sup>. A única possibilidade é enquadrar estas situações no conceito de credulidade, considerando que um consumidor cujo familiar se encontra doente tem mais confiança naquilo que o profissional lhe comunica. Parece-nos, apesar de tudo, um salto lógico muito arriscado: não há uma conexão directa entre a vulnerabilidade emocional decorrente de uma doença de um familiar e a credulidade numa prática comercial<sup>183</sup>. Ainda assim, não basta a

---

<sup>179</sup> Desvirtuando a arquitectura sistemática da Directiva, o legislador português optou por juntar tudo nas práticas desleais em especial: a especialidade pelo modo de execução das práticas, como sucede na versão original e a especialidade quanto aos consumidores afectados. Optou erradamente, dando azo a divergências interpretativas.

<sup>180</sup> Neste sentido: J. MORAIS CARVALHO, *Os Contratos de Consumo...*, 2012, p. 284, “parece-nos que estas práticas ainda se integram no primeiro nível, o das práticas comerciais desleais em geral, uma vez que não se especifica uma categoria de práticas mas apenas se determina uma atenuação dos requisitos em função dos seus destinatários”. Em sentido oposto, defendendo a autonomização desta matéria face à cláusula geral: A. CRISTAS, “Concorrência Desleal e Protecção do Consumidor...”, 2005, p. 146.

<sup>181</sup> Seguindo esta orientação: J. MORAIS CARVALHO, “Práticas Comerciais Desleais...”, 2011, 200.

<sup>182</sup> Referindo ao último caso: T. RIGOR RODRIGUES, “A Protecção dos Consumidores Vulneráveis...”, 2008, p. 111, “(...) a situação traumática que vivem essas pessoas pode produzir, pela sua gravidade, uma acentuada diminuição da sua capacidade de discernimento”.

<sup>183</sup> O mesmo se diga em relação ao consumidor que visa adquirir um produto que exige conhecimentos técnicos. Por não dominar o assunto, o consumidor tenderia a acreditar com mais facilidade naquilo que o profissional diz sobre o bem. Mas também é possível o contrário: precisamente por não ter grandes conhecimentos na matéria, o consumidor poderá tornar-se mais desconfiado por saber que corre maior risco de ser enganado.

simples situação de debilidade. Exige-se antes que os consumidores se encontrem numa posição particularmente vulnerável.

Tendo presente o escopo de protecção entrincheirada, os requisitos de aplicação deste patamar não são cumulativos com os da cláusula geral. Assim, em vez da demonstração da desconformidade face à diligência profissional, o consumidor deverá provar que o profissional poderia ter previsto que, tendo em conta a particular vulnerabilidade do consumidor, a sua conduta era susceptível de distorcer a decisão do consumidor. Em bom rigor, o regime dispensa que ocorra de facto uma distorção do comportamento. Exige-se, contudo, que essa conjectura fosse previsível para o profissional. Num prisma objectivo, a previsibilidade é apreciada casuisticamente, atendendo ao produto, à linguagem usada, aos meios, lugares e horário de difusão da prática, tendo presente a especial vulnerabilidade dos seus destinatários.

Temos algumas reservas em considerar que o requisito da previsibilidade seja mais fácil de demonstrar comparativamente com o da desconformidade à diligência profissional. Dado que este é um regime reforçado, dirigido a consumidores que necessitam de especial protecção, cremos que a sua aplicação deveria ser mais acessível do que a cláusula geral, o que não ocorre.

Em última análise, estas práticas poderiam ser reconduzidas ainda à cláusula geral, sendo que, para além da desconformidade à diligência profissional, se poderia demonstrar a susceptibilidade de distorção, embora aferida de acordo com o membro médio dentro do grupo de consumidores especialmente vulneráveis.

Face ao exposto, cremos que pela sua formulação, este regime acaba por ter condições de aplicação mais exigentes e que, por esse motivo, nada acrescenta ao nível de protecção já assegurado pela cláusula geral.

## 16. Articulação do regime com o *dolus bonus*

Na formulação sobre as práticas dirigidas a consumidores particularmente vulneráveis, a Directiva ressaltava os casos de publicidade comum e legítima que consiste em fazer afirmações exageradas ou informações que não se destinam a ser interpretadas literalmente<sup>184</sup>. Trata-se de uma menção expressa à figura do *dolus bonus*, num aproveitamento do instituto contratual civil como causa de exclusão da ilicitude.

O *dolus bonus* traduz-se na licitude do uso de sugestões ou artifícios usuais, considerados legítimos segundo as concepções dominantes no comércio jurídico<sup>185</sup>.

Uma vez mais, o legislador nacional optou por excluir essa disposição aquando da transposição. Porém, no preâmbulo do DL encontramos uma disposição que parece indicar a inclusão da figura no regime das PCD, em geral, e não só na parte referente aos consumidores vulneráveis<sup>186</sup>. Cremos que esta seria a interpretação mais consonante com a versão da Directiva e com os ditames da harmonização máxima.

No entanto, este mecanismo deve ser encarado com as maiores cautelas na medida em que pode constituir uma via para atenuar os deveres do profissional<sup>187</sup>, uma válvula de escape do sistema<sup>188</sup>. De facto, as estratégias de *marketing* concretizam-se, muitas vezes, pelo recurso a uma linguagem hiperbólica. É comumente aceite a criação, por parte do profissional, de uma imagem exagerada do produto, através de expressões subjectivas e de

<sup>184</sup> Art. 5º/3 da Directiva.

<sup>185</sup> Art. 253º/3 do CC. Segundo A. PRATA, *Dicionário Jurídico*, 2008, p. 556, “Expressão que a doutrina utiliza para referir as condutas, omissivas ou positivas, que, visando induzir ou manter em erro o autor da declaração, não são, porém, consideradas ilegítimas pelas concepções que vigoram num certo sector do comércio jurídico”.

<sup>186</sup> No preâmbulo pode ler-se “o presente DL não visa proibir práticas publicitárias que consistam no uso de afirmações claramente exageradas ou afirmações não destinadas a ser interpretadas literalmente”.

<sup>187</sup> Neste sentido: A. CRISTAS, “Concorrência Desleal e Protecção do Consumidor...”, 2005, p. 150, “Essa disposição serve para aligeirar, para equilibrar, a posição do profissional”.

<sup>188</sup> Defendendo uma interpretação restritiva desta figura: P. NETTO LÔBO, “A Informação...”, 2001, p. 39 e A. PRATA, *Contratos de Adesão ...*, 2010, p. 163.

descrições desajustadas face à realidade. O intuito primordial do profissional é a obtenção de lucro e o consumidor sabe disso, pelo que tem consciência que há uma parte de exagero na mensagem que lhe é transmitida.

Neste prisma, o *dolus bonus* não pode ser um subterfúgio usado pelo profissional, sob pena de se esvaziar de conteúdo o requisito da contrariedade à diligência profissional. Na nossa perspectiva, importar cegamente a figura civilista para a realidade das PCD é desadequado face ao imperativo de protecção acrescida do consumidor. Por outro lado, negar a utilização de linguagem hiperbólica na promoção de produtos, parece-nos uma concepção artificial face à realidade do mercado.

Na nossa óptica, a ideia do *dolus bonus* é assimilada pelo requisito da susceptibilidade de distorção da conduta do consumidor, aferido de acordo com um critério de razoabilidade. A filtragem do *dolus bonus* ocorre aprioristicamente, quando o intérprete verifica se o uso de linguagem exagerada, no âmbito da prática, é capaz de distorcer a decisão do consumidor<sup>189</sup>.

Um consumidor razoável sabe que nem toda a informação que lhe é facultada pelo profissional deve ser interpretada no sentido literal. Assim, quando lhe dizem que um detergente “lava tudo”, o consumidor sabe que a expressão “tudo” é um exagero próprio daquele mercado, não deve ser levado à letra. Do mesmo modo, se o profissional mencionar que o seu bolo de chocolate é o “melhor do mundo”, o consumidor que aja com bom senso, percebe que se trata de uma técnica para tornar o produto mais apelativo aos seus olhos, mas que essa característica nem sequer é verificável, do ponto de vista objectivo. Se

---

<sup>189</sup> J. MORAIS CARVALHO, *Os Contratos de Consumo...*, 2012, p. 288 defende que o preceito “pode ser interpretado no sentido de, pelo menos nas relações jurídicas de consumo, o nosso ordenamento jurídico não aceitar a existência de um *dolus bonus*, devendo considerar-se qualquer *dolus* como *malus*, ficando o profissional vinculado nos termos da sua declaração”. Também E. DIAS OLIVEIRA, “Práticas Comerciais Proibidas”, 2006, pp. 158-159, considera que do art. 253º/2 do CC não se retira “o sentido de que ao consumidor possam ser transmitidas informações erradas, susceptíveis de o induzir em erro, nem tão pouco que lhe possam ser omitidas informações que, nos termos da lei, o fornecedor deva disponibilizar ao consumidor”. A. CRISTAS, “Concorrência Desleal e Protecção do Consumidor...”, 2005, p. 150, defende que o *dolus bonus* está ressalvado nos termos previstos na Directiva.

o profissional alegar que o bolo que comercializa tem propriedades curativas face a uma doença oncológica, a resposta terá que ser distinta.

Posto isto, cremos que seria dispensável a menção ao *dolus bonus* neste regime na medida em que este critério nada acrescenta à verificação da susceptibilidade de distorção da conduta do consumidor, tendo em conta o princípio da proporcionalidade.

## VI. Práticas enganosas e práticas agressivas

### 17. Desvios na formação da decisão do consumidor

O nível intermédio do regime traduz-se em duas modalidades de desconformidade à diligência profissional que, pela sua frequência, merecem autonomização face à cláusula geral<sup>190</sup>.

A deslealdade especial radica na perturbação do processo de formação da decisão do consumidor, culminando numa erosão da sua autonomia negocial<sup>191</sup>.

Nas práticas enganosas ocorre uma deformação da realidade: afecta-se a consciência do consumidor, através da representação errónea do contexto negocial<sup>192</sup>. A distorção é fruto da actuação do profissional, seja através da transmissão de informação errada (*acção enganosa*) ou da ocultação de elementos essenciais da proposta (*omissão enganosa*)<sup>193</sup>.

Nas práticas agressivas, o consentimento do consumidor não é inteiramente livre e espontâneo. O profissional exerce pressão psicológica sobre o

---

<sup>190</sup> O legislador optou por concretizar estas modalidades por se tratarem das formas de deslealdade mais comuns. Para o efeito, recorreu a cláusulas gerais, ainda que com um grau de generalidade inferior ao do nível I.

<sup>191</sup> A propósito do regime da tutela da vontade no regime dos vícios do CC: A. PINTO MONTEIRO, “Erro...”, 2004, pp. 319-320, “(...) se a vontade se formar de modo viciada, se intervier no processo de formação da vontade uma qualquer circunstância que perturbe tal vontade (...) o contrato *deixará de servir* – ou só muito *deficientemente* servirá – de meio de *realização* da autonomia privada”.

<sup>192</sup> Numa lógica semelhante à do regime do erro-vício civilista, visa-se proteger o contraente que tomou uma decisão baseada numa representação inexacta das condições do negócio. Para usar a fórmula de I. GALVÃO TELLES, *Manual dos Contratos...*, 2002, p. 84, a propósito do erro-vício, também aqui se verifica uma “ilusória representação da realidade que se interpõe no processo volitivo e o transvia do seu rumo normal”.

<sup>193</sup> J. ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito dos Contratos Comerciais*, 2009, p. 218, refere-se a “limitações positivas e negativas ao conteúdo do contrato”.



consumidor, conduzindo-o a aderir à sua proposta. Há uma efectiva restrição da liberdade na medida em que é a pressão criada no espírito do agente que molda a sua decisão de transacção.

Em ambos os casos, estamos na presença de uma vontade correctamente exteriorizada. Porém, a vontade actual, efectivamente declarada, é distinta da vontade eventual, isto é, a vontade do consumidor caso não tivesse ocorrido a situação enganosa ou de agressividade.

À semelhança do regime dos vícios civis, também aqui a decisão do consumidor é determinada por motivos anómalos e juridicamente ilegítimos, graças à perturbação do *elemento intelectual* ou do *elemento volitivo* da decisão<sup>194</sup>.

Não basta a mera criação de uma situação agressiva ou de engano. Exige-se a sua substancialidade: a prática deve ser capaz ou determinante para provocar a distorção do comportamento do consumidor<sup>195</sup>. Dito de outro modo, é necessário demonstrar que, caso não tivesse ocorrido a prática enganosa ou agressiva, o consumidor teria decidido noutro sentido<sup>196</sup>.

Como tínhamos observado na análise da cláusula geral, a distorção deve ser aferida tomando como referência o consumidor médio. O legislador nacional optou por suprimir essa referência, nas cláusulas relativas às práticas enganosas

---

<sup>194</sup> Já nos tínhamos referido a esta dicotomia cap. IV. I. GALVÃO TELLES, *Manual dos Contratos...*, 2002, p. 82, “O consentimento, em vez de *esclarecido* e *espontâneo*, apresenta-se defeituosamente conformado; não é genuíno produto do espírito humano; para a sua determinação concorreu ou um motivo falso (*erro*) ou um motivo anómalo (*medo*)”. Estabelecendo a ponto com o regime das PCD, o motivo falso corresponderá às práticas enganosas e o motivo anómalo às agressivas. M. FROTA, “Das Práticas Comerciais Agressivas...”, 2010, p. 55, refere que os negócios jurídicos de consumo assentam no consentimento, podendo este ser desdobrados em vários elementos: perfeição, liberdade, esclarecimento, ponderação e reflexão.

<sup>195</sup> Para M. MORAIS DE CARVALHO, “O Conceito de Publicidade Enganosa”, 2007, p. 688, no que concerne à publicidade enganosa, regime próximo deste, não se exige que o destinatário seja “*efectivamente* enganado, bastando que o possa ser”, embora refira que a jurisprudência do TJUE vai no sentido de exigir “um risco suficientemente grave e sério de engano do destinatário”.

<sup>196</sup> O mesmo é dizer que a vontade actual e a vontade hipotética são efectivamente distintas. Na formulação do regime dos vícios, equivale a exigir que o erro seja *essencial* e não meramente *incidental* face à declaração.

e agressivas. A interpretação mais consonante com escopo de harmonização máxima orienta-nos para o uso deste critério também neste nível do regime<sup>197</sup>.

Tendo presente que já nos debruçámos devidamente sobre a susceptibilidade de distorção das decisões, na presente exposição focar-nos-emos somente na análise fáctica das práticas enganosas e agressivas.

## 18. Práticas Enganosas

### i. Um corolário do direito à informação

O direito à informação é uma das bandeiras do Direito do Consumo<sup>198</sup>. Surge como um dos direitos fundamentais dos consumidores, constitucionalmente consagrado<sup>199</sup> e encontra-se presente em praticamente todos os diplomas deste ramo.

A LDC consagra um direito à informação em geral (art. 7º) e um direito à informação em particular (art. 8º). Subjacente a esta tutela está a necessidade de atenuar as assimetrias informativas entre consumidores e profissionais<sup>200</sup>. Tendencialmente, os profissionais são agentes económicos com mais experiência e conhecimentos sobre os produtos e até sobre a concorrência,

---

<sup>197</sup> Seguindo também esta linha interpretativa, embora critique o critério: J. MORAIS CARVALHO, “Práticas Comerciais Desleais...”, 2011, p. 212.

<sup>198</sup> C. FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito do Consumo*, 2005, pp. 116-117, “A informação tem sido uma palavra-chave e quase mágica em toda a evolução do Direito do consumo”. Historicamente, o direito à informação constava dos cinco direitos fundamentais consagrados no Programa de acção relativo à protecção dos consumidores, aprovado pela Comissão Europeia, em 1975, na sequência da Carta do Conselho da Europa de 1973. O direito à informação está umbilicalmente ligado à génese do Direito do Consumo, na senda de protecção da parte mais débil da relação contratual e de correcções das desigualdades de acesso à informação.

<sup>199</sup> Referimo-nos ao art. 60º/1 da CRP. A consagração constitucional ocorreu na sequência da revisão de 1982.

<sup>200</sup> E. CARDOSO, *Lei de Defesa do Consumidor...*, 2012, p. 93, “O direito à informação em particular preconiza uma ideia de prevenção de conflitos e de diferendos”. P. MOTA PINTO, “Princípios Relativos aos Deveres de Informação no Comércio à Distância...”, 2003, p. 188, considera que estes deveres podem ser “verdadeiros «deveres de protecção» do interesse na integridade da outra parte e dos seus bens, ou resultar antes de uma exigência de lealdade ou cooperação para a consecução do fim das negociações”.

contrastando com os consumidores, em regra, menos informados sobre as condições de mercado. Visando minorar os efeitos deste desequilíbrio informativo, o art. 8º da LDC prevê que os profissionais têm o dever de prestar, aos consumidores, informação sobre um feixe de elementos essenciais<sup>201</sup>. Perante uma violação do dever de informar, os consumidores poderão resolver o contrato, no prazo de sete dias úteis e ainda ser indemnizados pelos danos que daí decorram<sup>202</sup>.

Tendo em conta que apenas aquilo que é devidamente comunicado e objecto de consenso é parte integrante do contrato, por força do art 232º do CC, o dever de informar, constitui um autêntico ónus para o profissional<sup>203</sup>.

As práticas enganosas consistem precisamente na manutenção e aproveitamento da desigualdade informacional com o intuito de moldar a decisão do consumidor, de acordo com os interesses empresariais. Nestes casos, perpetua-se o estado de desinformação do consumidor: ou o profissional lhe fornece informação falsa, ou oculta certos dados ou ainda lhe transmite a informação de um modo desadequado, tornando impossível a sua efectiva apreensão<sup>204</sup>. A deslealdade aqui plasmada traduz-se no incumprimento, pelo

---

<sup>201</sup> Vem previsto nos art. 3º/d) e art. 7º e 8º da LDC e em diversos diplomas avulsos. C. FERREIRA DE ALMEIDA, “Serviços Públicos, Contratos Privados”, 2002, p. 125, referindo-se ao dever de informar constante do art. 8º da LDC, “esta consagração legal do «dever de informar» parece ser (e de certo modo é) uma conquista de consumidores e utentes em relação ao comportamento tradicional dos fornecedores, pautado pelo mutismo e pela decisão unilateral e discricionária. Mas disfarça mal os resquícios da natureza autoritária e regulamentar dos actos de fornecedores, na medida em que confunde o plano da informação, que é por natureza unilateral, com o plano da relevância contratual, que pressupõe uma interactividade que desemboca em acordo (bilateral)”.

<sup>202</sup> Um dever genérico de informação podia também ser extraído do art. 227º do CC, graças ao mecanismo da *culpa in contrahendo*. No entanto, trata-se de um instituto pensado para as relações civis, não possibilitando um meio de reacção tão expedito.

<sup>203</sup> Seguindo esta linha de pensamento, C. FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito do Consumo*, 2005, p. 119 “Por menor que seja o poder negocial de uma das partes, ela não se vincula sem conhecimento prévio ou cognoscibilidade de todo o conteúdo contratual (...) Tendo isto presente, conclui o autor “a comunicação constitui antes um ónus para quem pretenda a inclusão de um certo elemento no conteúdo contratual”.

<sup>204</sup> Informação é sinónimo de poder, permitindo a quem a controla, manipular a parte mais débil na relação contratual. Dando conta dos efeitos nefastos das assimetrias de informação, P. NOGUEIRA DA COSTA, “O Direito do Consumidor à Informação...”, 2002, p. 126, “da falta de informação do consumidor resulta a distorção da ponderação custo – benefício feita pelo consumidor, deixando a escolha de ser racional, pelo que falhará o funcionamento eficiente do mercado (...)”

profissional, do dever de informação, enquanto imperativo da transparência e autonomia negocial.

A concretização casuística do dever de informação reveste grande complexidade, assumindo contornos distintos consoante o contrato, produto, sector de actividade e até a fase da relação contratual<sup>205</sup>. À falta de uma teoria geral dos deveres de informação no DEC, deslindar este dever passa pela articulação com os regimes dos contratos de consumo, individualmente. O nível de informação substancial só poderá ser balizado atendendo às exigências específicas do tipo de contrato em causa<sup>206</sup>.

Como verificámos, o cumprimento deste dever não se coaduna com a mera transmissão de dados ao consumidor. A mensagem deve ser veiculada de um modo adequado, tornando possível a sua compreensão pelo destinatário. Neste contexto, o diploma das CCG<sup>207</sup> poderá fornecer algumas pistas úteis. Adaptando o art. 5º das CCG, a informação deve ser veiculada de modo adequado e com a antecedência necessária para que, tendo em conta a importância da transacção, se torne possível o seu conhecimento completo e efectivo por um consumidor médio. Assim, quanto mais complexa for a informação, maior cuidado é exigível.

No exercício do dever de informação, o profissional deve assegurar que a mensagem contém os elementos essenciais exigíveis pelo contrato e que foi difundida atempadamente e de um modo compreensível e acessível para o consumidor<sup>208</sup>.

---

<sup>205</sup> C. FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito do Consumo*, 2005, p. 117, “Alguma doutrina distingue, a propósito, entre deveres de informação pré-contratuais, contratuais e pós-contratuais”.

<sup>206</sup> Dai a remissão do art. 9º do DL, relativo às omissões enganosas para vários diplomas que regulam contratos de consumos específicos.

<sup>207</sup> DL n.º 446/85, de 25 de Outubro.

<sup>208</sup> São estes os vectores apontados por P. MOTA PINTO, “Princípios Relativos aos Deveres de Informação...”, 2003, pp. 195-201, na concretização do dever de informação nos contratos celebrados à distância. Cremos que esta teorização será um bom ponto de apoio para a concretização deste dever nas práticas enganosas.

Naturalmente, tornar a informação acessível implica filtrar os dados essenciais dos acessórios. A prática de bombardear o consumidor com informação inútil e complexa sobre o produto corresponde a desvirtuar o desiderato deste dever<sup>209</sup>.

Questiona-se se, além desta posição activa, não penderá sobre o consumidor também um dever de se informar. Numa posição extrema, é possível defender que o consumidor, enquanto agente racional, deve ter uma posição proactiva, desenvolvendo esforços para procurar informação sobre os produtos que pretende adquirir<sup>210</sup>. O modelo de consumidor atento e esclarecido, defendido pelo TJUE, parece apontar para este rumo<sup>211</sup>. No extremo oposto, há quem defenda que, em nome da justiça e da lealdade contratuais, a parte que detiver domínio sobre os dados num contexto negocial, deve, espontaneamente, partilhar essa informação com a outra<sup>212</sup>.

O dever de informação é terreno fértil, mas movediço. A primeira posição, vista numa perspectiva extrema, possibilita ao profissional recorrer a um subterfúgio para validar o incumprimento, alegando que não informou porque o consumidor não perguntou<sup>213</sup>. O segundo modelo, dito socializante, assenta numa visão de mercado excessivamente *naïf* e irreal, segundo a qual os agentes económicos, movidos pelos seus sentimentos altruístas, informariam voluntariamente a outra parte sobre todos os aspectos revelantes num contrato.

---

<sup>209</sup> O excesso de informação pode efectivamente ter o efeito perverso de matar a própria informação. Nesse sentido, I. RAMSAY, *Consumer Law and Policy...*, 2007, p. 75.

<sup>210</sup> Tradicionalmente, essa era a posição da doutrina francesa, assentando numa lógica de auto-informação, segundo a qual o comprador deve ser curioso e, como tal, deve informar-se por si próprio. E. MOREIRA DA SILVA, *Da Responsabilidade Pré-contratual...*, 2003, p. 76, “A doutrina francesa entende que, numa sociedade onde predominam a independência e a responsabilidade, parece natural defender que cada um tome conta dos seus interesses sem esperar auxílio de outrem, muito menos da contraparte”.

<sup>211</sup> Criticando esta posição, J. PEGADO LIZ, “Que Informação para os Consumidores?”, 2008, pp. 136-137, por considerar há uma verdadeira transferência de responsabilidade para o consumidor, “(...) o consumidor passou a ser obrigado a informar-se, a procurar a informação (...). Cabe ao consumidor (...) colher a informação disponibilizada, mesmo a de carácter eminentemente publicitário e interpretá-la devidamente”.

<sup>212</sup> E. MOREIRA DA SILVA, *Da Responsabilidade Pré-contratual...*, 2003, p. 77, refere que, de acordo com este “modelo socializante”, “a cada uma das partes seria de exigir uma ampla consideração dos interesses da contraparte pois o contrato é concebido como uma relação jurídica fundada na cooperação e na solidariedade”.

<sup>213</sup> Já aqui tecemos críticas ao conceito de consumidor no capítulo V. Um dos principais aspectos apontados é que eleva a fasquia do padrão de normalidade, exigindo um grau de advertência e até precaução do consumidor, o que pode constituir uma escapatória para o profissional para não cumprir o dever de informação.

Posto isto, caberá encontrar um ponto de equilíbrio entre as duas facções. Nem o consumidor se pode demitir do seu papel de agente activo no mercado<sup>214</sup>, nem o profissional pode usar a ingenuidade ou impreparação deste para se furtar aos seus compromissos de informação e esclarecimento.

## ii. Acções Enganosas: modalidades

As acções enganosas são produto de uma actuação positiva do profissional. O art. 7º/1 contempla as acções enganosas *stricto sensu*<sup>215</sup>, como deformações da realidade potencialmente distorcivas da conduta dos consumidores<sup>216</sup>.

O art. 7º/2 acrescenta-lhes duas modalidades de acções enganosas, mas condiciona a sua aplicação à apreciação de “todas as características e circunstâncias do caso concreto”, sugerindo que a sua verificação é mais exigente comparativamente com as situações do nº1. Aqui se enquadram as situações de confusão ou os casos de incumprimento de compromissos decorrentes de um código de conduta. O art. 7º/2 não refere a distorção do comportamento do consumidor, deixando subentendido esse requisito de aplicação.

Este desenho das normas gera dúvidas interpretativas: dificilmente se entende a ressalva do nº 2 ao mandar atender às características e circunstâncias do caso

---

<sup>214</sup> AAVV, *Conflitos de Consumo*, 2006, pp. 215-216, na resolução de um conflito de consumo, considerou-se que, estando a data de validade impressa com um tamanho de letra razoável num vale de desconto, o consumidor não poderia invocar que tal não lhe foi comunicado. Entende-se que a tutela do direito à informação “não pode ser sinónimo de desresponsabilização do consumidor, a quem devem ser exigidos atenção e diligência enquanto actor no tráfego e comércio jurídicos”.

<sup>215</sup> Para usar a expressão de J. MASSAUGER FUENTES, “Las Prácticas Comerciales Engañosas...”, 2006, p. 16.

<sup>216</sup> Ac. TJUE, de 19.12.13, Proc. C-281/12, a propósito de dúvidas na interpretação da versão italiana da norma, o TJUE veio esclarecer que os dois requisitos exigidos são cumulativos: a criação de engano e a susceptibilidade de distorção da decisão do consumidor.

concreto dado que essa avaliação casuística deve presidir à interpretação de qualquer prática comercial<sup>217</sup>.

### ***a) Criação de uma situação de engano***

A situação enganosa pode ocorrer por duas vias: o profissional transmite informação falsa ou incompleta ao consumidor ou transmite-lhe informação que, apesar de ser factualmente correcta, é susceptível de o induzir em erro, graças ao modo como é apresentada.

O art. 7º/1 elenca os elementos<sup>218</sup> sobre os quais pode incidir o engano, correspondendo *grosso modo* aos aspectos basilares da proposta contratual e cujo conhecimento é essencial para a tomada de uma decisão esclarecida e ponderada. A formulação da norma sugere que esta lista de elementos informativos só se aplicará para a segunda modalidade de situações enganosas, isto é, quando o profissional transmite informação verdadeira. Daqui se retira que a difusão de qualquer informação falsa, mesmo sobre outros aspectos não listados, configurará uma prática enganosa, *per si*<sup>219</sup>.

---

<sup>217</sup> O facto de não se mencionar o efeito distorcivo da prática na conduta do consumidor poderia levar o intérprete a dispensar a verificação desse requisito para os casos do art. 7º/2. Essa interpretação frustraria a lógica que preside às modalidades do nº 2: estabelecer um regime mais exigente face às situações enganosas em sentido estrito, previstas no nº 1. Criticando: F. GÓMEZ POMAR, “The Unfair Commercial Practices...”, 2006, p. 22, “The justification for this special provision seems obscure, and the grounds for a somewhat separate test do not appear to be transparent and compelling enough”.

<sup>218</sup> De acordo com o elenco do art. 7º/1, os aspectos essenciais sobre os quais pode recair o engano são os seguintes: a existência ou a natureza do bem ou serviço; as características principais do bem ou serviço, o conteúdo e a extensão dos compromissos assumidos pelo profissional, a motivação da prática comercial e a natureza do processo de venda, bem como a 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, o preço, a forma de cálculo do preço ou a existência de uma vantagem específica relativamente ao preço, a necessidade de prestação de um serviço, de uma peça, da substituição ou da reparação do bem, a natureza, os atributos e os direitos do profissional ou do seu agente e os direitos do consumidor e os riscos a que o consumidor pode estar sujeito.

<sup>219</sup> G. HOWELLS, TWIGG-FLESNER, D. PARRY e A. NORDHAUSEN, *An Analysis...*, 2005, p. 43, consideram que esta é a interpretação correcta do preceito e que a transposição alemã da directiva expressa também este entendimento. No caso português não ficou claro se a última parte do art. 7º/1 se aplicaria apenas às informações verdadeiras ou também às falsas. Cremos, no entanto, que esta é a interpretação mais próxima da versão original.

Questão mais duvidosa reside em saber se a lista apresentada dos elementos essenciais é exaustiva<sup>220</sup>. Apesar de amplamente criticada<sup>221</sup>, somos levados a concluir que não há nenhum elemento literal que indique tratar-se de um elenco aberto. Além disso, se a situação de engano incidir sobre outro aspecto não contemplado no elenco, o intérprete poderá ainda recorrer à cláusula geral, demonstrando que tal prática é contrária à diligência profissional<sup>222</sup>.

A essência do engano não se traduz na veracidade ou falsidade da informação facultada. A informação pode até ser verdadeira, mas, graças ao contexto concreto em que é difundida, pode, ainda assim, originar uma interpretação errónea. O que releva é que a informação gere uma situação de engano para o consumidor, levando-o a ter infundadas expectativas e a agir em conformidade com elas.

No caso das informações falsas, a produção de uma situação de engano é mais evidente<sup>223</sup>. Tratando-se de informação objectivamente correcta, deverá incidir sobre algum dos aspectos elencados e caberá ter em conta as circunstâncias em que é transmitida.

---

<sup>220</sup> J. MORAIS CARVALHO, *Os Contratos de Consumo*, 2012, p. 202, considera que “apesar de a letra da lei não indicar neste sentido, deve entender-se que se pode tratar de qualquer elemento essencial ao contrato a celebrar entre profissional e consumidor, ainda que não se encontre expressamente previsto no artigo”.

<sup>221</sup> Entre os críticos, J. MASSAUGER FUENTES, “Las Prácticas Comerciales Engañosas...”, 2006, p. 17, “(...) no parece dudoso que el carácter cerrado de la relación de extremos sobre los que puede recaer la falsedad o el error desleal no es lo más favorable para la intensa protección de los intereses de los consumidores (...)” e J. PEGADO LIZ, “A «Lealdade» ...”, 2005, p. 80, “(...) a falsidade ou inveracidade ou o erro só serão relevante se disserem respeito a um qualquer dos elementos taxativamente enunciados (...) não deixa de ser limitativo do alcance do preceito, podendo-se facilmente imaginar outras áreas essenciais e determinantes da decisão (...) que não estejam necessariamente abrangidas pelos casos previstos”.

<sup>222</sup> F. GÓMEZ POMAR, “The Unfair Commercial Practices...”, 2006, p. 21, critica o método utilizado e considera que teria sido preferível apresentar uma lista mais reduzida de elementos, mas com carácter aberto, permitindo a inclusão de outros elementos, conforme as necessidades de cada caso concreto.

<sup>223</sup> Recorde-se a este propósito que a falsidade da informação não se confunde com os exageros próprios os usos comerciais e comumente aceite. Já nos referimos à questão do *dolus bonus* no cap. V.



O intérprete deve aferir se, tendo em conta o modo como foi apresentada e difundida<sup>224</sup>, a informação verídica, era susceptível de criar uma situação de engano e condicionar o comportamento económico de um consumidor médio.

Note-se que encontramos alguns pontos de contacto entre esta formulação e a prevista, até à época, para a publicidade enganosa, reflexo da proximidade entre os dois regimes<sup>225</sup>.

### ***b) Criação de uma situação de confusão***

A acção enganosa pode ainda consistir numa actividade de promoção comercial que crie uma situação de confusão entre bens ou serviços, marcas, designações comerciais e outros sinais distintivos. Aqui se inclui, entre outros, a publicidade comparativa<sup>226</sup>.

De acordo com o CP, a publicidade comparativa só é admissível caso respeito um conjunto de condições<sup>227</sup>, cabendo, nestes casos, a prova da veracidade da publicidade ao anunciante.

---

<sup>224</sup> J. MASSAUGER FUENTES, “Las Prácticas Comerciales Engañosas...”, 2006, p. 16, o autor refere-se às circunstâncias internas e externas à informação, incluindo a sua apresentação e difusão. Em última análise, o art. 7º/1 apenas indica a “apresentação geral” da informação como um dos factores que pode contribuir para a criação da situação de engano, que deixa espaço para a contribuição de “qualquer outra razão” para esse fenómeno.

<sup>225</sup> Referimo-nos à versão anterior do art. 11.º do CP, que definia a publicidade enganosa como “toda a publicidade que, por qualquer forma, incluindo a sua apresentação, e devido ao seu carácter enganador, induz[isse] ou[fosse] susceptível de induzir em erro os seus destinatários, independentemente de lhes causar qualquer prejuízo económico, ou que [pudesse] prejudicar um concorrente”. Com a entrada do DL das PCD, o art. 11º passou a remeter para este regime. Actualmente, a publicidade enganosa é aferida com recurso aos critérios do art. 7º/1 do regime das PCD.

<sup>226</sup> De acordo com o art.16º/1 do CP, a publicidade comparativa é definida como a publicidade que identifica, explícita ou implicitamente, um concorrente ou os bens ou serviços oferecidos por um concorrente. Não se trata de uma mera importação deste regime para o das PCD. Afinal, só constitui uma prática comercial desleal a publicidade comparativa susceptível de distorcer a conduta dos consumidores.

<sup>227</sup> Segundo o art. 16º do CP, a publicidade comparativa só é admissível quando não seja enganosa; quando compare bens ou serviços que respondam às mesmas necessidades ou que tenham os mesmos objectivos; quando compare objectivamente uma ou mais características essenciais, pertinentes, comprováveis e representativas desses bens ou serviços, incluindo o preço; não gere confusão no mercado entre os profissionais, entre o anunciante e um concorrente ou entre marcas, designações comerciais, outros sinais distintivos, bens ou

Nestes casos, o profissional induz o consumidor em erro acerca da origem dos seus produtos, pela utilização indevida de símbolos semelhantes a um concorrente. O consumidor é levado a adquirir um produto, julgando que está a adquirir de outro profissional, graças às verosimilhanças entre eles.

Em última análise, as situações de confusão, em geral, poderiam ser reconduzidas a enganos sobre as características do bem ou sobre os atributos do próprio profissional, enquadráveis nas situações descritas no ponto anterior<sup>228</sup>.

Também na lista negra de práticas enganosas encontramos já a proibição de promover um produto análogo ao produzido por um fabricante específico, de forma a levar deliberadamente o consumidor a pensar que provém desse mesmo fabricante<sup>229</sup>.

Estes casos de confusão são fruto de uma informação errada ou que, mesmo correcta, pelo modo como é comunicada, pode induzir em erro. Teria sido preferível incluir essas situações apenas na lista negra, na medida em que não estão sujeitas às exclusões previstas no CP, desembocando numa protecção fortalecida do consumidor. Neste sentido, o preceito nada acrescenta à norma da lista negra, redundando numa sobreposição ineficiente.

### ***c) O incumprimento de um código de conduta***

É também enganosa a prática que consiste no incumprimento pelo profissional de um compromisso efectivo decorrente do código de conduta.

---

serviços do anunciante e os de um concorrente; não desacredite ou deprecie marcas, designações comerciais, outros sinais distintivos, bens, serviços, actividades ou situação de um concorrente; se refira, em todos os casos de produtos com denominação de origem, a produtos com a mesma denominação; não retire partido indevido do renome de uma marca, designação comercial ou outro sinal distintivo de um concorrente ou da denominação de origem de produtos concorrentes; não apresente um bem ou serviço como sendo imitação ou reprodução de um bem ou serviço cuja marca ou designação comercial seja protegida.

<sup>228</sup> Seguindo este raciocínio, J. MASSAUGER FUENTES, “Las Prácticas Comerciales Engañosas...”, 2006, p. 18.

<sup>229</sup> Art. 8º/p).

Para este efeito, é necessário que o profissional indique ao consumidor que está vinculado pelo código e que o compromisso assumido é efectivo. Na formulação da directiva, tal significava que o compromisso devia ser firme e verificável, não bastando uma mera aspiração<sup>230</sup>. Porém, a lei portuguesa optou pela exigência do compromisso efectivo.

O profissional assume perante o consumidor que está vinculado a uma regra decorrente de um cód. de conduta, criando expectativas e levando-o a actuar em consonância. Contudo, acaba por não cumprir essa regra, frustrando as legítimas expectativas do consumidor.

A fórmula empregada parece-nos particularmente infeliz. Nas modalidades já analisadas, há sempre menção à criação de engano ou de confusão no espírito do consumidor. Nestes casos, o engano consistiria no mero incumprimento de um compromisso assumido e comunicado ao consumidor. A norma devia ter sido devidamente concretizada, exigindo que o incumprimento gerasse uma deformação da realidade e a consequente indução em erro do consumidor, o que não sucedeu.

### **iii. Omissões Enganosas**

Nas omissões enganosas, o profissional abstém-se de cumprir o seu dever de informar os consumidores sobre o conjunto de aspectos básicos para a tomada de uma decisão esclarecida. A prática enganosa radica na omissão desses requisitos ou na sua apresentação de modo pouco claro, ininteligível, ambíguo ou tardio.

---

<sup>230</sup> Art 6º/2/b)/ii) da Directiva. Criticando a fórmula empregada, J. PEGADO LIZ, “A «Lealdade»...”, 2005, p. 81, “Noções, em si mesmas fluídas e subjectivas – não se entende o que seja «uma mera aspiração» por contrapartida de um «compromisso firme», quando, do que se trata será da adesão, ou não, a um código de conduta voluntário, cujas normas serão incumpridas por quem aceite voluntariamente cumpri-las”.

Configura ainda omissão enganosa a ocultação, por parte do profissional, do seu propósito comercial, quando este não se puder depreender do contexto<sup>231</sup>. Repare-se que o art. 8º/ab) já prevê, nas práticas sempre enganosas, as situações em que o profissional alega falsamente ou dá a impressão que não está a agir para fins relacionados com a sua actividade comercial, industrial, artesanal ou profissional ou ainda os casos em que se apresenta falsamente como consumidor. A linha que separa as duas situações é muito ténue. Num caso, o profissional, na abordagem ao consumidor, oculta o seu fim comercial. No outro, vai mais longe, desenvolve esforços no sentido de o fazer acreditar que não está a actuar no âmbito da sua actividade profissional. Em ambos os casos, o consumidor é ludibriado. Ao encobrir o seu fim comercial, o profissional acaba por criar uma situação enganosa, embora de um modo mais subtil.

Os casos de omissão de informação ou de transmissão de informação de modo desadequado, previstos no art. 9º/1/a) e b), são tipicamente os mais comuns no âmbito das omissões enganosas.

O consumidor pode adquirir informação sobre o produto através de publicidade, de rótulos, etiquetas ou até na sequência de uma conversa com outro consumidor. O considerando 14 da Directiva indica que o dever de informação deve ser cumprido quando o profissional efectue um convite a contratar<sup>232</sup> e não em todas as comunicações. A opção é compreensível. Exigir ao profissional a prestação de informação sobre todos os elementos em qualquer comunicação ou acto de *marketing* seria financeiramente inoportável<sup>233</sup>.

Em bom rigor, a definição constante do art. 3º/i) assemelha-se mais a uma proposta contratual que a um mero convite a contratar. No nosso ordenamento

---

<sup>231</sup> Aqui se enquadram a publicidade encoberta ou publicidade subliminar.

<sup>232</sup> De acordo com o art. 3º/i), o convite a contratar trata-se de uma comunicação comercial que indica as características e o preço do produto de uma forma adequada aos meios utilizados pela comunicação comercial, permitindo assim que o consumidor efectue uma aquisição.

<sup>233</sup> F. GÓMEZ POMAR, “The Unfair Commercial Practices...”, 2006, p. 23, recorda que o intuito da publicidade não é informar, mas sim persuadir, fim que seria inviabilizado se se exigisse o cumprimento de deveres de informação tão excessivos.

jurídico, uma proposta é uma declaração negocial completa e firme, revelando uma inequívoca intenção de contratar. A sua apresentação gera na esfera do declaratório um direito potestativo de, ao aceitar a proposta, celebrar o contrato<sup>234</sup>. Já o convite a contratar é uma mera disposição para iniciar o processo negocial, sem a virtualidade de criar uma situação de direito potestativo-sujeição para as partes<sup>235</sup>. O convite a contratar, definido no art. 3º/i), ao permitir ao consumidor efectuar a aquisição, sugere que se cria um verdadeiro direito potestativo na sua esfera, pelo que deverá ser visto antes como uma proposta contratual<sup>236</sup>.

O nível mínimo de informação exigível é fixado de acordo com o contrato em causa. Dado que a informação tem que ser compreensível e acessível para o seu destinatário, caberá ainda avaliar em que moldes ocorreu a comunicação. Caso o meio de comunicação empregue esteja sujeito a limitações temporais e espaciais, deverá atender-se aos meios de comunicação e às medidas usadas pelo profissional para disponibilizar a informação.

### ***b) A informação substancial***

Como adiantámos, os níveis de informação exigíveis variam consideravelmente consoante o âmbito e o tipo de contrato em causa. Nesse sentido, a lei indica os elementos a constar de uma proposta contratual<sup>237</sup>, de um modo geral<sup>238</sup>.

---

<sup>234</sup> A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, 2005, p. 552.

<sup>235</sup> Sobre as características da proposta e as do convite a contratar: C. FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos I*, 2013, pp. 101-105.

<sup>236</sup> Neste sentido, E. DIAS OLIVEIRA, “Práticas Comerciais Proibidas”, 2006, p. 166.

<sup>237</sup> De acordo com o art. 10º, são considerados substanciais os seguintes elementos: as características principais do produto, na medida adequada ao meio e ao produto; o endereço geográfico e a identidade do profissional, tal como a sua designação comercial e, se for caso disso, o endereço geográfico e a identidade do profissional por conta de quem actua; o preço, incluindo impostos e taxas, ou, quando, devido à natureza do produto, o preço não puder ser razoavelmente calculado de forma antecipada, a maneira como o preço é calculado, bem como, se for caso disso, todos os custos suplementares de transporte, de expedição e entrega e postais ou, quando estas despesas não puderem ser razoavelmente calculadas de forma antecipada, a indicação de que esses custos suplementares ficarão a cargo do consumidor; as modalidades de

No entanto, a maioria dos contratos de consumo tem exigências especiais de informação que se prendem com as suas características e natureza. Neste contexto, o art. 9º/4 apresenta uma lista, não exaustiva, de diplomas a consultar para cada contrato de consumo, visando balizar, casuisticamente, a informação substancial<sup>239</sup>.

#### *a) Dificuldades de aplicação*

Por força do art. 14º, os contratos celebrados ao abrigo de uma omissão enganosa são anuláveis, no prazo de 1 ano, a contar da data do conhecimento do vício pelo consumidor. Sucede, porém, que existem outros regimes que oferecem mecanismos de reacção mais expeditos ou até mais favoráveis face à mesma problemática.

O art. 8º/4 da LDC prevê que, existindo falta de informação, informação insuficiente, ilegível ou ambígua que comprometa a utilização adequada do bem ou do serviço, o consumidor goza do direito de resolução do contrato no prazo de sete dias úteis. Embora exista a limitação temporal, este poderá ser um meio mais rápido para o consumidor resolver um contrato celebrado devido a falhas de informação.

Para além do exposto, também os regimes dos diversos contratos de consumo prevêem sanções para a violação do dever de informação. Veja-se o contrato de crédito ao consumo. Faltando algum dos elementos de informação essenciais, o contrato é nulo ou anulável, consoante o elemento omitido<sup>240</sup>. A grande diferença face ao regime das PCD é que aqui há uma inversão do ónus da prova: é o profissional que tem que provar que comunicou devidamente a

---

pagamento, expedição ou execução e o mecanismo de tratamento das reclamações, se se afastarem das obrigações de diligência profissional; para os produtos e transacções que impliquem um direito de retractação ou de anulação, a existência de tal direito

<sup>238</sup> Estes requisitos de informação correspondem, *grosso modo*, aos elementos já listados sobre os quais pode incidir uma acção enganosa.

<sup>239</sup> O considerando 15 indicava que os EM poderiam manter ou acrescentar a esta lista requisitos de informação relacionados com o Direito contratual.

<sup>240</sup> Art. 13º do DL nº 133/2009, de 2 de Junho

informação. Nas omissões enganosas, o consumidor terá que demonstrar que não foi observado o dever de informação, através da omissão desses elementos e, adicionalmente, provar que tal foi determinante na sua decisão de contratar. Do ponto de vista probatório, o regime dos contratos de crédito ao consumo é menos exigente para o consumidor. O regime das PCD surge, assim, como último reduto.

O que resta então para o regime das omissões enganosas? O regime revela-se útil sobretudo para os casos em que o próprio regime do contrato de consumo em causa não preveja nenhuma solução alternativa. Nos demais casos, como aqui ilustrámos, as omissões enganosas não acrescentam muito ao sistema. Mesmo quando são a única via de reacção<sup>241</sup>, o consumidor terá que demonstrar que ocorreu omissão de informação ou que esta foi comunicada de modo inadequado, tendo em conta o meio de comunicação usado, e que essa actuação distorceu o seu comportamento económico. Ora, a demonstração de requisitos tão complexos e do nexo de causalidade é tarefa custosa e até inglória para quem ocupa o lugar de parte mais débil na relação contratual<sup>242</sup>.

## 19. Práticas Agressivas

### i. A afectação da liberdade de decisão do consumidor

Numa relação de consumo, o princípio da autonomia privada nunca é plenamente realizável: a liberdade contratual do agente é corrompida, em virtude do desequilíbrio de poderes que pauta esta ligação. Na maioria das

---

<sup>241</sup> Recorda-se que, perante a violação de deveres de informação na fase pré-contratual, ao consumidor resta ainda a via civilista da *culpa in contrahendo*, prevista no art. 227º do CC, embora também nesses casos persistam problemas de prova semelhantes.

<sup>242</sup> Também neste sentido, J. PEGADO LIZ, “A «Lealdade»...”, 2005, p. 82 “(...) teremos bem a noção da prática impossibilidade de, a não ser em casos de grosseira infracção, se alguma vez feita prova de qualquer omissão enganosa judicialmente relevante”.

vezes, o consumidor, sem efectiva força negocial, limita-se a aceitar as condições contratuais pré-definições pelo profissional<sup>243</sup>.

Nas práticas agressivas, a ingerência do profissional na esfera de liberdade negocial do consumidor vai ainda mais longe, acentuando as assimetrias.

O profissional cria situações fácticas de perigo, incómodo ou embaraço, susceptíveis de exercer forte pressão psicológica junto do consumidor, tolhendo a sua liberdade de escolha e conduzindo-o a tomar uma decisão que de outro modo não tomaria. A decisão do consumidor acaba por ser motivada não pelo seu real interesse no bem ou serviço mas pelo desejo de evitar continuar a ser perturbado. A *ratio* do regime é precisamente vedar estas intromissões ilegítimas no espaço de liberdade do agente, caras ao postulado da racionalidade económica<sup>244</sup>.

O sistema prevê três instrumentos de concretização de uma prática agressiva: o assédio, a coacção ou a influência indevida<sup>245</sup>.

Para aferir se estamos perante uma verdadeira prática agressiva, o art. 11º/2 manda atender às circunstâncias do caso em apreço e a vários aspectos, designadamente: o momento, local, natureza e persistência da prática comercial, o recurso a linguagem ou comportamento ameaçadores ou injuriosos, 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

---

<sup>243</sup> C. FERREIRA DE ALMEIDA, *Os Direitos dos Consumidores*, 1982, p. 13, “A autonomia da vontade significa a possibilidade duma tripla escolha na vida negocial: contratar ou não contratar, escolher a outra parte e determinar o conteúdo das obrigações assumidas”. O autor considera que essa autonomia é mais reduzida quanto mais débil for o agente económico, reflectindo o que sucede numa relação de consumo, habitualmente.

<sup>244</sup> E. DIAS OLIVEIRA, “Práticas Comerciais Proibidas”, 2006, p. 169, refere que “o que se pretende é que o consumidor tome decisões de contratar esclarecidas, que contrate, querendo, em consciência do que faz e como faz”.

<sup>245</sup> Assumimos que se trata de um elenco fechado: os meios contemplados para criar a situação de agressividade são somente estes três. Também neste sentido, J. MASSAGUER FUENTES, “Las Prácticas Agresivas...”, 2010, p. 26, “Esta relación de medios debe considerarse exhaustiva. (...) no existen outros medios «agresivos», esto es, no existen outros medios (distintos del acoso, coacción e influencia indebida) cuyo empleo determine la «agresividad» de una práctica”. Caso a situação não se enquadre numa destas modalidades, o intérprete poderá recorrer à cláusula geral.



deste em relação ao bem ou serviço, qualquer entrave não contratual oneroso ou desproporcionado imposto 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<sup>246</sup> e qualquer ameaça de exercício de uma acção judicial que não seja legalmente possível<sup>247</sup>.

## ii. Os meios para a concretização das práticas agressivas

### a) *O assédio*

O regime não fornece nenhuma definição de assédio. Tratando-se de uma novidade no Direito do Consumo<sup>248</sup>, a concretização do conceito exige um esforço acrescido de interpretação.

Em termos genéricos, o assédio consiste no “comportamento desagradável ou incómodo a que alguém é sujeito repetidamente”<sup>249</sup>. Importando para o nosso regime, traduz-se na insistência inoportuna do profissional junto do consumidor com o intuito de captar a sua atenção e obter uma decisão de transacção favorável. O consumidor é de tal modo pressionado que acaba por decidir aderir à proposta do profissional com o exclusivo propósito de escapar da situação incómoda.

---

<sup>246</sup> Daqui se extrai que o regime é também aplicado às práticas comerciais que ocorrem na execução do contrato ou na fase pós-contratual. Essa ideia já estava patente no próprio conceito de prática comercial.

<sup>247</sup> Note-se que a importância relativa de cada um destes aspectos varia consoante o instrumento empregado para a criação da situação de agressividade. Neste sentido, J. MORAIS CARVALHO, “Práticas Comerciais Desleais...”, 2011, pp. 213-214. Segundo o autor, estes não devem ser os únicos aspectos a ter em consideração na avaliação casuística da actuação do profissional, embora sejam um auxílio na interpretação defendendo o carácter aberto da lista: G. HOWELLS, TWIGG-FLESNER, D. PARRY e A. NORDHAUSEN, *An Analysis...*, 2005, p. 46.

<sup>248</sup> Não obstante, é possível encontrá-lo noutras áreas jurídicas. A título de exemplo, o conceito figura do regime que trata da discriminação em função do sexo no acesso a bens e serviços e seu fornecimento (art. 3º/c) da Lei 14/2008, de 12 de Março) e no Cód. do Trabalho (art. 29º).

<sup>249</sup> Dicionário Priberam da Língua Portuguesa [em linha], 2008-2013, <http://www.priberam.pt/DLPO/ass%C3%A9dio> [consultado em 21-06-2014].

Tradicionalmente, o contacto comercial inconveniente e insistente ocorria presencialmente. Hoje, com proliferação das técnicas de *marketing* à distância emergiram novas formas de abordagem. Na maioria das vezes, o assédio consiste na manutenção das visitas ou contactos à distância ao consumidor, mesmo quando este já solicitou que cessassem<sup>250</sup>.

Configura ainda assédio o aproveitamento, por parte do profissional de uma situação de infortúnio do consumidor<sup>251</sup>, o apelo a sentimentos como o medo, a curiosidade ou até a xenofobia ou ainda ao espírito altruísta do consumidor, levando-o a contratar por solidariedade<sup>252</sup>. Há também assédio quando o profissional se aproveita da relação laboral, de amizade, parentesco ou cortesia que tem com o consumidor para levar a cabo uma abordagem comercial mais próxima ou familiar<sup>253</sup> ou ainda nos casos em que exorta as crianças a convencerem os pais a adquirirem determinado produto.

---

<sup>250</sup> Por serem os casos mais frequentes de assédio, estas práticas surgem contempladas na lista negra do art. 12º.

<sup>251</sup> É o que sucede quando, por exemplo, um agente funerário apresenta os seus serviços no local em que ocorreu um acidente de automóvel mortal, aproveitando-se da situação de sofrimento e da fraca capacidade de ponderação dos familiares das vítimas.

<sup>252</sup> Nestes casos, o profissional tende a informar o consumidor que, caso este não venda, poderá ser despedido ou a empresa entrará em insolvência, suscitando no consumidor um sentimento de compaixão que o leva a aceitar a proposta.

<sup>253</sup> J. MASSAGUER FUENTES, “Las Prácticas Agresivas...”, 2010, p. 27, considera que nestes casos se incluem certas modalidades de vendas directas, como as reuniões organizadas por particulares, no seu domicílio, para a promoção de produtos. Cremos que o autor se refere às chamadas reuniões *tupperware*. Nestes encontros, a hospedeira, reunia em sua casa, um conjunto de amigas para um profissional lhes apresentar os produtos da marca. Nesse sentido, a promoção de produtos na sua residência, pode efectivamente constituir uma prática comercial agressiva. Aqui a situação de assédio decorre do facto do profissional se aproveitar das relações de amizade que a hospedeira tem com os consumidores, para num ambiente familiar e descontraído, lhes apresentar os produtos.

## ***b) A coacção***

Tratando-se de uma figura sobejamente explorada na teoria geral do Direito Civil, importaremos o conceito do CC, com as devidas adaptações ao regime das PCD<sup>254</sup>.

O regime do CC distingue a coacção física da coacção moral<sup>255</sup>. A coacção física corresponde a uma ausência total de vontade e gera a nulidade do contrato ao abrigo do qual foi empregada<sup>256</sup>. Na versão da Directiva, o conceito de coacção englobava tanto a coacção física como a moral<sup>257</sup>. Na transposição foi abolida a referência à *força física*, opção compreensível do ponto de vista sistemático. Tendo em conta que a sanção do regime das PCD é a anulabilidade, se se incluísse aqui os casos de coacção física, acabaria por se consagrar uma protecção inferior face à do CC para os contratos em geral, desvirtuando toda a lógica de protecção reforçada do sistema<sup>258</sup>.

Posto isto, vamos ater-nos somente à coacção moral. Adaptando o conceito civilista ao nosso regime, a coacção consiste em ameaçar o consumidor de um mal que pode afectar o seu património, honra ou a de terceiros, levando-o a tomar uma decisão de transacção, para evitar a consumação da ameaça<sup>259</sup>. Nestes casos, a liberdade de escolha do consumidor é condicionada pelo medo criado no seu espírito, que molda a sua decisão de transacção<sup>260</sup>.

---

<sup>254</sup> Sobre a coacção enquanto causa de invalidade de um negócio jurídico, I. GALVÃO TELLES, *Manual dos Contratos...*, 2002, pp. 116-121.

<sup>255</sup> A coacção física é regulada no art. 246º e a coacção moral nos art. 255º e 256º do CC.

<sup>256</sup> É o caso típico de alguém que pega na mão de outra pessoa forçando-a assim a assinar um contrato ou aderir a uma proposta. Nestes casos, o declarante não tem sequer escolha, a vontade não foi distorcida, mas sim suprimida.

<sup>257</sup> O art. 8º da Directiva referia-se à coacção – *incluindo o recurso à força física*, daí a nossa interpretação.

<sup>258</sup> O legislador civilista resolveu sancionar a coacção física com a nulidade do negócio porque se considera que a ausência de vontade é mais grave que a distorção da vontade que ocorre no caso da coacção moral.

<sup>259</sup> Recorde-se que, segundo o art. 256/3 do CC, o conceito de coacção não engloba a ameaça do exercício normal de um direito nem o simples temor reverencial.

<sup>260</sup> A liberdade de decidir não é eliminada, mas somente reduzida: o coagido pode ainda assim escolher entre praticar o acto e ter que suportar o risco de sofrer um mal. I. GALVÃO TELLES, *Manual dos Contratos...*, 2002, p. 119, suscita questões de aplicação do conceito: “Mas há pessoas de ânimo varonil e outras muito impressionáveis: nestas uma ligeira ameaça, a ameaça de um mal insignificante, até inverosímil, pode causar medo insuperável, em

### *c) A influência indevida*

A influência indevida, conceito de génese anglo-saxónica<sup>261</sup>, é uma novidade na generalidade dos EM, daí a necessidade de fornecer uma definição para orientar o intérprete.

De acordo com o art. 3º/j), corresponde à “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”<sup>262</sup>.

Está em causa o aproveitamento pelo profissional de um ascendente que tem sobre o consumidor, a exploração de uma posição de poder. Essa posição pode ser fruto de uma relação social de autoridade, de uma supremacia económica ou por ainda advir do poder institucional ou argumentativo do profissional. O traço comum é a existência de uma ligação de dependência entre consumidor e profissional que torna possível e eficaz a influência psicológica<sup>263</sup>.

A título exemplificativo, enquadraram-se, nesta modalidade, o aproveitamento do patrão ou chefe da dependência funcional do funcionário no sentido de lhe

---

manifesta desproporção com o perigo. Ora, o julgador deverá servir-se de puros critérios subjectivos? Bastar-lhe-á a prova de que o ameaçado se deixou invadir por forte receio? Ou, feita essa prova compete-lhe ainda ver se uma pessoa de condições psíquicas médias se teria do mesmo modo impressionado?” Na nossa óptica, o conceito de coacção deve ser aferido tendo em conta as características do consumidor médio, pesem embora as dificuldades de aplicação já enunciadas.

<sup>261</sup> De acordo com M. FROTA, “Das Práticas Comerciais Agressivas...”, 2010, p. 57, o conceito é de origem anglo-saxónica, “Tendo os tribunais da *Common Law* adoptado uma concepção demasiado restrita da noção de *duress*, foi aos *tribunais d’equity* que se deve a existência dessa forma de vício do *consentiment* – a *undue influence* –, cujo objectivo é o de restabelecer uma sorte de equilíbrios económicos entre as partes”.

<sup>262</sup> J. ALMEIDA GARRETT, “O conceito de «influência indevida»...”, 2007, p. 16, analisa conceito através dos seus quatro elementos constitutivos. J. PEGADO LIZ, “A «Lealdade»...”, 2005, pp. 77 e 83, dirige fortes críticas a esta definição, considerando que estamos no domínio da pura subjectividade.

<sup>263</sup> A *undue influence* britânica, na qual esta figura se inspira, centra-se basicamente na exploração de uma relação de confiança. Já a influência indevida aqui descrita coloca o acento tónico no aproveitamento de uma situação de domínio, intensificando o desequilíbrio de poderes, até porque numa relação de consumo, em princípio, as partes não partilham uma situação de confiança acrescida. Para uma análise comparativa das duas figuras, G. HOWELLS, TWIGG-FLESNER, D. PARRY e A. NORDHAUSEN, *An Analysis...*, 2005, p. 60.

propondo a aquisição de um produto da empresa. Naturalmente, o consumidor/funcionário poderá recusar a proposta. Sabe, no entanto, que, ao fazê-lo, poderá criar uma situação de inimizade que o prejudicará no seu contexto laboral. A situação não chega a ser de coacção porque não há verdadeira ameaça. Nestes casos, as consequências negativas são apenas uma hipótese implícita, devido ao nexo de dependência que une consumidor e profissional<sup>264</sup>. Em rigor, a influência só é possível porque, realisticamente, as partes não se conseguem desligar dos seus elos de ligação e demais papéis que desenvolvem na sua vida<sup>265</sup>. Consumidor e profissional têm uma relação prévia distinta da relação de consumo e é devido a esse cruzamento de planos que se exerce uma influência mútua<sup>266</sup>.

---

<sup>264</sup> Esta situação poderia também ser aplicada a outras vivências sociais em que há um vínculo de autoridade e dependência, como o caso de uma relação entre professor e aluno.

<sup>265</sup> Aqui, em particular, o conceito de consumidor médio revela-se inadequado. De facto, a influência indevida resulta do elo que liga o profissional àquele consumidor, em especial e, como tal, a agressividade não poderá ser avaliada em termos medianos.

<sup>266</sup> Cremos que a influência é mútua porque também o consumidor pode beneficiar da existência de uma relação prévia com o profissional. No exemplo que analisámos, o consumidor pode sofrer a influência indevida pelo facto de ter uma relação laboral com o profissional mas pode também gozar de um desconto especial de funcionário, prática muito comum.

## VII. Listas Negras

O último patamar de protecção assenta num elenco fechado<sup>267</sup> de práticas que, pela sua gravidade e ocorrência frequente<sup>268</sup>, gozam de um sistema probatório facilitado: serão consideradas desleais, independentemente das circunstâncias do caso concreto, dispensando a verificação da susceptibilidade de distorção da decisão do consumidor. Explicitaremos algumas destas práticas através de exemplos práticos<sup>269</sup>.

### 20. Práticas Enganosas em qualquer circunstância

#### i. Difusão de informação falsa relativa à certificação ou regulação do produto

O profissional afirma falsamente que é signatário de um cód. de conduta<sup>270</sup>. Em virtude dessa declaração, as regras do código integram o contrato, ficando o profissional vinculado ao seu cumprimento<sup>271</sup>. É igualmente enganoso afirmar que um cód. de conduta foi aprovado por um organismo público ou outra entidade quando tal não seja inteiramente verdade<sup>272</sup>.

---

<sup>267</sup> Criticando o “imobilismo” inerente ao carácter taxativo da lista: J. PEGADO LIZ, “A «Lealdade» ...”, 2005, p. 84, preconiza que teria sido preferível estabelecer a par desta, uma lista cinzenta “(...) com a identificação de práticas típicas que, segundo as circunstâncias, as situações ou o tipo de transacções pudessem constituir práticas desleais, se o juiz assim o entendesse, na apreciação dos casos concretos e do contexto da transacção”.

<sup>268</sup> Ac. TJUE de 3.4.14, Proc. C-515/12, o TJUE considerou que “apenas as práticas comerciais mais prejudiciais aos consumidores são objecto de uma proibição absoluta” (ponto 32).

<sup>269</sup> Note-se que na versão nacional as práticas constam de uma lista, no articulado, e foi acrescentada uma modalidade não prevista na Directiva.

<sup>270</sup> Art. 8º/a).

<sup>271</sup> Neste sentido, J. MORAIS CARVALHO, “Práticas Comerciais Desleais...”, 2011, p. 204, “A obrigação deve ser cumprida pontualmente incluindo os pontos que resultarem do código de conduta”. Em regra, a indicação falsa surge acompanhada do incumprimento das regras do código.

<sup>272</sup> Art. 8º/c).

O engano pode ainda consistir em afirmar falsamente que os produtos foram aprovados, reconhecidos ou autorizados por um organismo público ou privado ou em exibir uma marca de certificação, marca de qualidade ou equivalente, sem a autorização necessária<sup>273</sup>.

A invocação de um falso argumento de autoridade é frequente na promoção de produtos dentífricos: indica-se que o produto é recomendado pela esmagadora maioria de profissionais da área ou por organizações internacionais, sem que o consumidor possa comprovar a autenticidade dessa recomendação ou certificação. Impera a necessidade de proteger o consumidor relativamente a falsos aconselhamentos, em homenagem ao princípio da protecção da confiança.

## **ii. Publicidade-isco: engano quanto à disponibilidade dos produtos**

O profissional apresenta uma proposta de venda de um produto por um preço inferior ao praticado pela concorrência, sabendo ou não podendo desconhecer antecipadamente que não tem condições para cumprir, dado que não dispõe do produto em quantidade suficiente, por um período de tempo compatível com a procura previsível<sup>274</sup>.

Tipicamente, a empresa anuncia uma promoção, como uma oportunidade única, num curto espaço temporal, com a indicação de que a oferta é “limitada ao stock existente”, para atrair o consumidor. A deslealdade reside no facto de o *stock* disponível ser já previamente muito delimitado. Chegado ao

---

<sup>273</sup> Art. 8º/d)

<sup>274</sup> Art. 8º/e)

estabelecimento comercial e vendo que o produto anunciado já esgotou, o consumidor acaba por adquirir outros produtos<sup>275</sup>.

Caso a proposta incida sobre uma coisa genérica<sup>276</sup>, o profissional permanece adstrito a cumprir a prestação até que se extingam todos os bens dentro daquele género, mesmo que não se encontrem disponíveis em *stock*. Estamos perante uma prática enganosa quando o profissional conhecia previamente que não seria possível cumprir a prestação, recorrendo a este engodo com o intuito de atrair clientes ao seu estabelecimento<sup>277</sup>. Ainda assim, o cumprimento da obrigação é exigível pelo consumidor.

Noutra variante, o profissional apresenta a proposta com intenção de promover um bem ou serviço diferente. Para tal, recusa o fornecimento do produto solicitado<sup>278</sup> ou recusa a entrega ou o fornecimento desse produto num prazo razoável<sup>279</sup>. Nestes casos, a real intenção do profissional é promover um produto distinto. O produto apresentado é apenas um chamariz para captar a atenção do consumidor<sup>280</sup>.

### **iii. Compelir o consumidor a tomar uma decisão-relâmpago**

O profissional declara falsamente que o produto está disponível apenas durante um período muito limitado ou que estará disponível em condições especiais durante um período muito limitado<sup>281</sup>. No mesmo espírito, pode ainda declarar

---

<sup>275</sup> Segundo M. MARTIN GARCIA, “La Protección del Consumidor...”, 2005, p. 93, estas ofertas vazias “não só causa um prejuízo ao decepcionado consumidor, mas também aos seus concorrentes”.

<sup>276</sup> O regime das obrigações genéricas vem previsto nos art. 539º a 542º do CC.

<sup>277</sup> Deve entender-se que constitui também PCD a invocação por parte do profissional do desconhecimento da existência de *stock* insuficiente para dar resposta à procura.

<sup>278</sup> Art. 8º/f)

<sup>279</sup> Art. 8º/g)

<sup>280</sup> O art. 6º do anexo à Directiva apresentava estas modalidades sob a mesma égide de práticas de “isco e troca”.

<sup>281</sup> Art. 8º/i)



que está prestes a cessar a actividade ou a mudar de instalações, quando tal não corresponde à verdade<sup>282</sup>.

Em ambos os casos, visa-se compelir o consumidor a tomar uma decisão precipitada e irreflectida. Cremos que seria apropriado enquadrar esta categoria nas práticas agressivas dado que, em rigor, há uma afectação da liberdade de decisão do consumidor<sup>283</sup>.

#### **iv. Criação de uma situação enganosa sobre as condições jurídicas do negócio**

Nesta modalidade encontramos as falsas declarações sobre a licitude da compra ou venda de um produto<sup>284</sup>. O profissional sabe que o produto foi “obtido por outrem mediante facto ilícito típico contra o património” mas oculta essa informação ao consumidor, levando-o a crer que se tratou de uma aquisição lícita. Para além de configurar uma PCD, a comercialização de produtos ilícitos seria sempre contrária à ordem jurídica, produzindo a nulidade do contrato, ao abrigo do art. 280º do CC.

Por vezes, o profissional apresenta como característica distintiva da sua oferta direitos do consumidor previstos na lei<sup>285</sup>. Uma conhecida loja de vestuário *online* apresenta o direito de arrependimento do consumidor como uma vantagem exclusiva, um privilégio oferecido pela marca. O consumidor é levado a crer que goza de um benefício extra quando, na realidade, se trata de um direito conferido pela lei e não de fonte contratual<sup>286</sup>.

---

<sup>282</sup> Art. 8º/s)

<sup>283</sup> Também neste sentido: J. MORAIS CARVALHO, “Práticas Comerciais Desleais...”, 2011, p. 206.

<sup>284</sup> Art. 8º/l). Prática frequente nos crimes de receptação - art. 231º do Cód. Penal.

<sup>285</sup> Art. 8º/m)

<sup>286</sup> J. MORAIS CARVALHO, “Práticas Comerciais Desleais...”, 2011, p. 207, “Esta prática é especialmente nociva para os concorrentes, na medida em que o consumidor pode tomar a sua decisão contratual com base na informação errada de que um profissional lhe reconhece direitos acrescidos em comparação com outros profissionais”.

Outra prática recorrente consiste em incluir no material de promoção comercial factura ou documento equiparado solicitando o pagamento, dando ao consumidor a impressão de já ter encomendado o produto, quando tal não aconteceu<sup>287</sup>. Ora, o contrato só se celebra com a aceitação do consumidor da proposta do profissional. Sem aceitação, não há qualquer vínculo contratual entre as partes e o consumidor não está adstrito ao pagamento do preço<sup>288</sup>.

## **v. Publi-reportagem**

A publi-reportagem traduz-se na utilização de um conteúdo editado nos meios de comunicação social, sob a forma de peça jornalística, para veicular uma mensagem publicitária<sup>289</sup>. O consumidor julga estar perante um conteúdo informativo quando, na realidade, esta a ser alvo de uma campanha publicitária. Para este efeito, a prática é enganosa quando o profissional financia a reportagem ou quando tal não for indicado claramente.

O verdadeiro intuito de um programa informativo é esclarecer o público e não promover produtos. Porém, em algumas ocasiões os produtos são notícias, merecendo destaque pela sua qualidade ou inovação. A dificuldade reside em aferir se estamos perante uma verdadeira notícia ou um acto publicitário e demonstrar que este foi de facto financiado pelo profissional<sup>290</sup>.

---

<sup>287</sup> Art. 8º/aa)

<sup>288</sup> Esta prática é semelhante à descrita no art. 12º/f), na qual se exige o pagamento ou devolução de produto não solicitado.

<sup>289</sup> Art. 8º/n)

<sup>290</sup> Note-se que no Ac. TJUE, de 17.10.13, Proc. C-391/12, o TJUE considerou que a proibição “impõe às empresas anunciantes a obrigação de indicarem de forma clara que financiaram um conteúdo editado nos meios de comunicação social quando esse conteúdo se destine a promover um produto ou um serviço desses profissionais”. Apesar disso, concluiu que a norma abrange somente os anunciantes, não podendo ser invocada contra editores de periódicos.

## vi. Esquemas de promoção em pirâmide

Nas vendas em pirâmide, o consumidor dá a sua própria contribuição em troca da possibilidade de receber uma contrapartida pela entrada de outros consumidores no sistema<sup>291</sup>. A conversão do consumidor num angariador de clientes é uma prática relativamente comum<sup>292</sup>.

No Ac. *4finance*<sup>293</sup>, o STA da Lituânia questionava o TJUE sobre o sentido do conceito *contribuição*, para efeitos deste regime. A *4finance* dedica-se a empréstimos, à distância, a curto prazo e de montante reduzido. Numa campanha publicitária, anunciava a oferta a qualquer novo cliente de um prémio de 20 LTL<sup>294</sup> pela inscrição de cada novo cliente que angariasse. O novo cliente era obrigado, no momento do registo, a pagar despesas no montante de 0,01 LTL. Tendo em conta que as versões alemã e lituana da norma não previam o critério do pagamento de uma contribuição pelo consumidor-angariador, o tribunal questionava se esse seria um dos requisitos para o preenchimento da prática descrita. O TJUE considerou que só existe sistema em pirâmide quando o consumidor-angariador contribui financeiramente, independentemente do montante, com o propósito de obter uma contrapartida pela entrada de novos aderentes. O sistema deve auto-financiar-se: as contrapartidas pagas ao angariador devem ser suportadas essencialmente pelas contribuições dos novos aderentes<sup>295</sup>.

---

<sup>291</sup> Art. 8º/r)

<sup>292</sup> Nesse sentido, vinha já prevista no art. 27º do DL 143/2001, com a designação de venda em *cadeia*, em *pirâmide* ou em *sistema de bola de neve*. Com o diploma das PCD, esta norma foi revogada justamente para evitar a sobreposição dos regimes.

<sup>293</sup> Ac. TJUE, de 3.4.14, Proc. C-515/12.

<sup>294</sup> Unidade monetária da Lituânia.

<sup>295</sup> Considerando que a medida da contribuição dos novos consumidores era muito reduzida, o TJUE conclui que não existia verdadeiro sistema em pirâmide, por não estar preenchido este requisito

Para além da notória instrumentalização do consumidor para fins publicitários, socialmente reprovável<sup>296</sup>, a prática tem uma margem de progressão delimitada, prejudicando quem se encontra na base da pirâmide. De facto, a manutenção do sistema exige um número cada vez maior de novos participantes para financiar as contrapartidas pagas aos membros ativos. Tal deixa de ser viável quando o aumento do número de aderentes, que teoricamente deveria tender para o infinito, não é suficiente para financiar as contrapartidas prometidas a todos os participantes<sup>297</sup>.

## **vii. Transmissão de informação falsa sobre o preço dos produtos ou sobre as condições de mercado**

O engano pode consistir em descrever o produto como “grátis”, “gratuito”, “sem encargos” ou equivalente, quando o consumidor tem que pagar mais do que o custo indispensável para responder à prática comercial, para ir buscar o bem ou para este lhe seja entregue<sup>298</sup>. Julgando beneficiar de uma oferta, o consumidor adere à proposta e só mais tarde se apercebe dos custos inerentes. Em regra, a informação sobre os custos não está disponível de imediato ou é difundida de um modo que torna impossível o seu conhecimento.

Por exemplo, o *site* de uma clínica dentária anuncia a “oferta de 24 serviços gratuitos”. Porém, no fim da página e a letras muito reduzidas, pode ler-se que “as ofertas estão sujeitas a prescrição médica”. O consumidor só poderia usufruir da oferta, após o pagamento da consulta e se o médico dentista assim o

---

<sup>296</sup> J. BADENAS CARPIO, “Le Vente...”, 2004, p. 45, defende que esta prática tem um “carácter indiscutivelmente pernicioso e imoral”.

<sup>297</sup> Nesse sentido, Ac. TJUE, de 3.4.14, Proc. C-515/12 (ponto 22). Para além da deslealdade, cremos que a prática suscita também questões ao nível do princípio da igualdade na medida em que há uma efectiva distinção no tratamento entre as pessoas que já estão inseridas na cadeia e as últimas a entrar.

<sup>298</sup> Art. 8º/z)

entendesse. Trata-se, claramente, de uma falsa oferta: o acesso às ofertas é condicionado pelo pagamento do preço da consulta.

Noutra modalidade, o profissional transmite informações inexatas sobre as condições de mercado ou sobre a possibilidade de encontrar o bem ou serviço com a intenção de induzir o consumidor a adquirir o produto em condições menos favoráveis do que as condições normais de mercado<sup>299</sup>. Frequentemente, as empresas anunciam que o consumidor “não encontra mais barato” ou que o seu preço é “o mais baixo do mercado”, quando nem sempre isso corresponde à verdade. Muitas vezes, o profissional não consegue assegurar a exactidão dessa informação dado que não conhece todos os preços praticados no mercado ou não procedeu a essa análise detalhada. O consumidor é levado a acreditar que está a adquirir o produto com o preço mais reduzido ou nas melhores condições possíveis. Nesse sentido, há uma efectiva indução do consumidor em erro e não um mero exagero, inerente às técnicas de *marketing*<sup>300</sup>.

Ainda dentro desta lógica, a versão portuguesa introduziu uma prática inovadora face às listadas na Directiva<sup>301</sup>. Consiste no arredondamento em alta do preço, da duração temporal ou de outro factor, directa ou indirectamente, relacionado com o fornecimento do bem ou com a prestação do serviço que não tenha uma correspondência exacta e directa no gasto ou utilização efectivos realizados pelo consumidor, resultando num aumento do preço. Visa-se assegurar que o consumidor só paga pela quantidade de produto ou tempo de serviço de que efectivamente usufruiu, arredondando-se à unidade de referência inferior. Na hipótese em que a unidade usada seja o minuto e o consumidor utilize o serviço durante um minuto e meio, só lhe deverá ser cobrado o preço relativo a um minuto. Se o tempo de uso for inferior a um

---

<sup>299</sup> Art. 8º/v)

<sup>300</sup> Numa variante desta prática, uma loja *online* de produtos com desconto inflaciona o preço original de um produto, aplicando-lhe uma redução na ordem dos 50%. Uma visita às lojas da concorrência permite verificar que os preços daquele produto nunca ascendem a valores tão elevados. O preço original é inflacionado para dar ao consumidor a impressão de que lhe é aplicado um desconto maior.

<sup>301</sup> Art. 8º/q)

minuto, naturalmente, que a unidade a usar terá que ser o segundo, como sucede nas telecomunicações<sup>302</sup>.

### **viii. Exploração do medo, ignorância ou superstição do consumidor**

Nestes casos, ocorre uma exploração da vertente emocional do consumidor pela atribuição ao produto de características ou qualidades especiais, que não são seu apanágio. Tal sucede quando o profissional alega falsamente que o bem ou serviço é capaz de curar doenças, disfunções, e malformações<sup>303</sup> ou que aumenta as possibilidades de ganhar em jogos de fortuna ou azar<sup>304</sup>.

A atribuição de propriedades curativas quase milagrosas é comum na promoção de produtos de cosmética ou de emagrecimento. Num anúncio de tele vendas, indica-se que o creme publicitado é adequado para tratar “qualquer condição que provoque dor” e que, enquanto “antibiótico antiviral 100% natural” é “cem vezes mais poderoso que a penicilina e oitenta vezes mais eficaz que a morfina”. Os consumidores que estão numa situação de enfermidade estão mais receptivos a produtos que propiciam curas indolores e instantâneas. São facilmente induzidos em erro quanto às falsas propriedades curativas dos produtos. Estas indicações só são admissíveis se o profissional conseguir comprovar cientificamente a capacidade curativa do produto<sup>305</sup>.

Quanto às afirmações sobre a capacidade de o produto aumentar a probabilidade de ganho nos jogos de fortuna ou azar, a falsidade está inerente à declaração na medida em que não existe, realisticamente, nenhum produto no mercado que tenha essa virtualidade.

---

<sup>302</sup> No mesmo sentido, J. MORAIS CARVALHO, “Práticas Comerciais Desleais...”, 2011, p. 209, “É uma interpretação que se retira das expressões «correspondência exacta e directa» e «gasto ou utilização efectivos»”.

<sup>303</sup> Art. 8º/u)

<sup>304</sup> Art. 8º/t)

<sup>305</sup> Esta era também a solução encontrada no art. 22º - B do CP, entretanto revogado. Cremos ser dispensável a prova testemunhal pela sua notória falibilidade neste género de situações.

O profissional pode ainda explorar o medo do consumidor, referindo-se, com substancial inexactidão, à natureza e amplitude do risco para a segurança pessoal do consumidor ou da sua família, caso o consumidor não adquira o produto<sup>306</sup>. Na nossa óptica, a prática configura uma situação de coacção, situando-se no âmbito das práticas agressivas. Exige-se que as afirmações sejam substancialmente inexactas, não bastando a mera falsidade, critério que nos parece exagerado e torna custosa a aplicação do preceito.

Nesta modalidade, podemos ainda incluir os casos em que o profissional declara que está a organizar um concurso ou uma promoção com prémio, levando os consumidores a participarem, culminando sem a entrega do prémio descrito ou de um equivalente razoável<sup>307</sup>. Para todos os efeitos, estas declarações na sequência de concursos correspondem a promessas públicas, cujo cumprimento é exigível, nos termos do art. 459º do CC.

## **21. Práticas Agressivas em qualquer circunstância**

### **i. Retenção indevida do consumidor no estabelecimento comercial ou noutra local**

Esta prática consiste em criar no consumidor a impressão de que não pode deixar o estabelecimento, sem que antes tenha sido celebrado um contrato<sup>308</sup>. Trata-se de uma situação relativamente comum no âmbito dos contratos de *time-sharing*. Nesses casos, os consumidores são convidados a deslocar-se a um determinado local, previamente definido pela empresa. Uma vez no local, durante a apresentação do produto, os consumidores são levados a crer que só

---

<sup>306</sup> Art. 8º/o)

<sup>307</sup> Art. 8º/x)

<sup>308</sup> Art. 12º/a)

poderão sair do local mediante aceitação da proposta. Nuns casos, há mero assédio, pressão psicológica. Noutros, os consumidores chegam mesmo a ser ameaçados com a ocorrência de alguma desvantagem, caso decidam abandonar o local.

Note-se que estas práticas são mais eficazes quando é o profissional a fixar previamente o local para a promoção do produto. Desconhecendo o espaço, o consumidor, tende a ter menos domínio sobre a situação e sobre os seus movimentos. Muitas vezes, o espaço é propositadamente fechado, sem janelas ou outros pontos de distração, justamente para dar ao consumidor a sensação de que está encurralado e a única escapatória é a compra do produto.

## **ii. Contactar ou visitar o consumidor de forma inoportuna e persistente**

Os contactos, persistentes e inoportunos, presenciais ou à distância, são uma das modalidades mais recorrentes de assédio.

Esta categoria engloba as visitas insistentes ao domicílio do consumidor, ignorando o pedido daquele para que o profissional parta ou não volte<sup>309</sup>. Nestas circunstâncias, o consumidor pode ser levado a acreditar que adquirir o produto proposto será a única via para deixar de ser incomodado na sua residência. O regime permite as visitas quando o consumidor já indicou que não pretende ser perturbado somente no caso em “tal se justifique para o cumprimento de obrigação contratual”, solução que nos parece compreensível<sup>310</sup>.

---

<sup>309</sup> Art. 12º/b)

<sup>310</sup> Nestes casos, o consumidor vinculou-se a receber as visitas do profissional no momento em que celebrou o contrato. Ficam ressalvadas neste âmbito as visitas ao domicílio para leituras dos fornecimentos de água ou do gás, decorrentes do próprio contrato de prestação de serviços.



Constituem também assédio as solicitações persistentes e não solicitadas, por telefone, fax, *e-mail* ou qualquer outro meio de comunicação à distância<sup>311</sup>. À semelhança do preceito anterior, também aqui ficam ressalvados os casos em que os contactos insistentes se revelem necessários para exigir o cumprimento de obrigação contratual.

Para evitar o assédio à distância, o consumidor tem, hoje, à sua disposição um conjunto de mecanismos. As soluções legais, dispersas por vários diplomas<sup>312</sup>, oscilam entre permitir as comunicações não solicitadas se o consumidor expressar a sua intenção de as receber (sistema de opção positiva) ou permitir as comunicações, salvo se o consumidor manifestar que não as quer receber, através da inscrição nas chamadas *Listas de Robinson* (sistema de opção negativa)<sup>313</sup>.

Porém, a prática demonstra que, apesar das indicações expressas, muitas vezes, as empresas insistem nos contactos indesejados, criando situação de verdadeiro incómodo para o consumidor.

### **iii. Exortação às crianças para comprarem ou convencerem os pais ou outros adultos a adquirir produtos**

Para este efeito, são agressivos os anúncios publicitários que incitam as crianças a comprarem ou convencerem os pais ou outros adultos a comprarem produtos<sup>314</sup>. Essa proibição encontrava-se já expressa no art. 14º do CP<sup>315</sup>.

---

<sup>311</sup> Art. 12º/c)

<sup>312</sup> ELSA DIAS OLIVEIRA, “Práticas Comerciais Proibidas”, 2006, p. 173, defende que “seria interessante, por uma questão de simplicidade e clareza, ponderar a inclusão de todas estas regras numa mesma norma ou, pelo menos, garantir a clareza das remissões e harmonia de regimes”.

<sup>313</sup> Sobre esta matéria: PAULO MOTA PINTO, “Notas sobre a Lei n.º 6/99...”, 1999, p. 160 e CARLA AMADO GOMES, “O direito à privacidade...”, 1999, pp. 11-24.

<sup>314</sup> Art. 12º/e)

<sup>315</sup> De acordo com o art. 14º do CP, na publicidade especialmente dirigida a menores, deve-se ter sempre em conta a sua vulnerabilidade psicológica. O anunciante deve abster-se de incitar directamente os menores, explorando a sua inexperiência ou credulidade, a adquirir um determinado bem ou serviço, incitar directamente os menores a persuadirem os seus pais ou

As crianças, por serem particularmente vulneráveis, são também mais permeáveis a este tipo de incitamento, exercendo forte pressão sobre os pais ou outros adultos com os quais mantêm uma relação de proximidade. Os adultos, apesar de, teoricamente, mais ponderados e racionais, tendem a ter grande dificuldade em resistir às exortações dos mais novos, ficando, com frequência, reféns dos seus pedidos.

Encontrámos alguns anúncios de brinquedos ou outros produtos, dirigidos a um público infantil, com a indicação “compra já” ou “pede já aos teus pais”. Embora pareçam referências inocentes, há um aproveitamento ilícito do ascendente das crianças sobre os pais, com o intuito de incentivar a compra.

#### **iv. Exigência do pagamento ou devolução de produtos não solicitados**

Neste caso, a agressividade consiste em exigir o pagamento imediato ou diferido de bens e serviços ou a devolução ou guarda de bens fornecidos pelo profissional que o consumidor não tenha solicitado<sup>316</sup>.

Por vezes, as empresas que comercializam livros ou revistas enviam itens a vários consumidores, sem qualquer solicitação nesse sentido, com o propósito de exigir posteriormente o pagamento. Os consumidores, julgando-se obrigados a tal, acabam por aceitar a encomenda e proceder ao pagamento.

Apesar de o regime das vendas à distância se ocupar desta matéria<sup>317</sup>, o regime das PCD, no art. 13º, repete as soluções já consagradas: o consumidor pode conservar o produto a título gratuito e, não fica obrigado à sua devolução ou pagamento. Optando por devolver, tem direito a ser reembolsado das despesas

---

terceiros a comprarem os produtos ou serviços em questão e de explorar a confiança especial que os menores depositam nos seus pais, tutores ou professores.

<sup>316</sup> Art. 12º/f). Este regime não prejudica o disposto no regime dos contratos celebrados à distância acerca da possibilidade de fornecer o bem ou o serviço de qualidade e preço equivalente

<sup>317</sup> Art. 28º do DL nº 24/2014.

desta no prazo de 30 dias a contar da devolução. Acrescenta ainda que a ausência de resposta do consumidor não vale como consentimento, solução que decorria já do art. 218º do CC<sup>318</sup>.

No caso dos serviços telefónicos de valor acrescentado, a jurisprudência nacional tem entendido que caso o consumidor não manifeste prévia e expressamente a sua adesão ao serviço, a empresa de telecomunicações não poderá cobrá-lo. De acordo com a jurisprudência firmada, a omissão de informação das condições do serviço e a posterior cobrança por parte do profissional configura abuso de direito, na vertente de *venire contra factum proprium*<sup>319</sup>.

**v. Difundir a impressão errónea de que o consumidor ganhou ou pode ganhar um prémio ou uma vantagem inexistentes ou geradores de custos**

A prática que encerra a lista consiste em transmitir a impressão falsa de que o consumidor já ganhou ou vai ganhar um prémio ou outra vantagem, condicionando o acesso ao prémio ao pagamento de um custo<sup>320</sup>. Frequentemente, o consumidor acaba por enviar documentação ou assinar, julgando que está a cumprir as formalidades necessárias para receber o prémio ou a vantagem, quando, na realidade, está a vincular-se a um contrato, a aderir a uma proposta encoberta. Precisamente por não ter noção efectiva da proposta que lhe foi dirigida, o consumidor é induzido em erro. Nesse sentido, a prática configura, na nossa perspectiva, uma situação enganosa e não de agressividade.

---

<sup>318</sup> P. PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral...*, 2010, p. 464, “É costume dizer-se que «quem cala consente». Em direito, não é assim. Quem cala, nem consente, nem discorda: nada diz. Para que o silêncio tenha alguma relevância jurídica, é necessário que exista preceito de lei, ou convenção negocial, ou um uso que lhe atribuam esse valor”.

<sup>319</sup> V. Ac. do TRC, de 25.11.2003, Proc. Nº 3282/03 (Garcia Calejo); Ac. do TRC, de 13.1.2004, Proc. Nº 3192/03 (Jorge Arcanjo); Ac. do TRL, de 27.9.2001, Proc. Nº 0038038 (Salazar Casanova); Ac. do TRL, de 15.11.2007, Proc. Nº 8503/2007-8 (Ilídio Sacarrão Martins).

<sup>320</sup> Art. 12º/h)

A propósito desta modalidade, o TJUE<sup>321</sup> considerou irrelevante o facto de o custo imposto ao consumidor para obtenção do prémio ser insignificante comparativamente com o valor do prémio ou não se traduzir em qualquer benefício para o operador comercial. A prática enquadra-se ainda nesta categoria mesmo que um dos vários meios propostos para reclamar o prémio seja gratuito.

---

<sup>321</sup> Ac. TJUE, de 18.10.12, Proc. C-428/11.

## VIII. Síntese Conclusiva

O regime das PCD insere-se num movimento jurídico-político de cariz uniformizador: a edificação de um quadro normativo comum sobre contratos de consumo é encarada como um passo obrigatório rumo ao mercado único. A ideia de base deixava antever as dificuldades que se avizinhariam. Tratava-se de fixar um regime único, com vista à harmonização plena das legislações dos EM, para todos os sectores de actividade económica, aplicável a praticamente todas as actuações do profissional, no âmbito de uma relação de consumo.

Para o efeito, o sistema apresenta uma arquitectura tripartida, numa tentativa epopeica de abranger todas as potenciais formas de actuação desleal. À primeira vista, tal poderia indiciar uma elevação no patamar de protecção do consumidor. Porém, a adopção de instrumentos normativos pouco adequados vetaram, na nossa óptica, o regime ao insucesso.

A cláusula geral é concretizada através da remissão para outras cláusulas gerais ou para uma amálgama de conceitos indeterminados, convidando o intérprete a trilhar um percurso hermenêutico infundável. As cláusulas das práticas enganosas e agressivas sofrem do mesmo mal, com a agravante que, em alguns casos, os regimes de alguns contratos de consumo ou mesmo o civilista oferecem soluções mais protectoras e acessíveis para o consumidor. Basta pensar que, perante a violação do dever de informação, o regime do contrato de crédito ao consumo prevê, em alguns casos, a nulidade do contrato e o das PCD apenas prevê a anulabilidade. A desconsideração do sistema normativo como unidade coerente retira claramente efeito prático às normas das PCD. A lista negra é, apesar de tudo, um aspecto positivo do regime, tipificando as condutas desleais mais comuns e gravosas. Ainda assim, cremos que o elenco é incompleto, deixando de fora algumas práticas igualmente dignas de destaque. À semelhança dos níveis anteriores de protecção, também aqui a prova dos

factos, quase sempre inviável ou incrivelmente custosa, fica a cargo do consumidor.

A autonomização do Direito do Consumo face ao Direito Civil entronca na necessidade de conferir protecção reforçada a uma das partes, o consumidor, por se entender que, tendencialmente, não goza das mesmas armas que o profissional, no jogo do mercado. O Direito do Consumo é a assunção da ineficiência da mão invisível. Embora no regime das PCD se assuma claramente o intuito de salvaguarda dos interesses dos consumidores, o modo como as normas foram desenhadas indicam-nos que não houve, de facto, plena consideração dos desequilíbrios entre as partes. Tal é notório, desde logo, na utilização do critério do consumidor médio: exigem-se aos consumidores níveis de informação e cuidados que são, a nosso ver, desfasados da realidade económica em que vivemos.

Com formulações infelizes e baseado em postulados quase sempre artificiais, num país como o nosso, com fraca tradição de protecção dos consumidores, o regime das PCD tem tido pouca aplicação prática. Para o intérprete-aplicador afigura-se quase sempre mais fácil enveredar por outra via, ainda no âmbito do Direito do Consumo. O regime das PCD, com todas as dificuldades práticas assinaladas, surge, assim, como último reduto para o consumidor.

Atendendo ao exposto, preconizamos que o regime falha redondamente na prossecução do seu escopo primordial (a protecção dos consumidores), revelando-se subserviente à lógica de mercado, tendência, aliás, cada vez mais comum em épocas de crise económica, como a que experienciamos.

## Bibliografia

AA VV (coord. de Jorge Morais Carvalho e Mariana França Gouveia) – *Conflitos de Consumo*, UMAC – Unidade de Mediação e Acompanhamento de Conflitos de Consumo, Almedina, Coimbra, 2006, pp. 211-217

AA VV (coord. de Hans Schulte-Nölke e Reiner Schulze) – *Analysis of National Fairness Laws Aimed at Protecting Consumers in Relation to Commercial Practices*, 2003 estudo disponível em [http://ec.europa.eu/consumers/cons\\_int/safe\\_shop/fair\\_bus\\_pract/grgre\\_pap\\_comm/studies/unfair\\_practices\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/grgre_pap_comm/studies/unfair_practices_en.pdf)

ABRUNHOSA, Cláudia Gomes

– “Práticas Comerciais Desleais — um estudo da Directiva 2005/29/CE”, in *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, Volume I, n.º 1, 2011, pp. 121-196

– “Práticas Comerciais Desleais — um estudo da Directiva 2005/29/CE”, in *RPCD*, n.º 61, 2010, pp. 45-129

ALEXANDRIDOU, Lisa – “The Harmonization of the Greek Law with the Directive on Unfair Commercial Practices”, in *ERCL*, Vol. 4, n.º 2, 2008, pp. 175-192

ALMEIDA, Carlos Ferreira de

– *Contratos*, I, 5ª edição, Almedina, Coimbra, 2013

– *Direito do Consumo*, Almedina, Coimbra, 2005

– “Serviços Públicos, Contratos Privados”, in *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, Vol II, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 117-143

– *Os Direitos dos Consumidores*, Almedina, Coimbra, 1982

ALMEIDA, Teresa – “Os Caminhos Nacionais da Defesa do Consumidor: Europa, mas pouco”, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 5, 2003, pp. 303-309

ANTUNES, José A. Engrácia – *Direito dos Contratos Comerciais*, Almedina, Coimbra, 2009

ARIALY, Dan – *Predictably Irrational: The Hidden Forces That Shape Our Decisions*, HarperCollins Publishers, New York, 2008

ASCENSÃO, José de Oliveira

– “Concorrência Desleal: As Grandes Opções”, in *Direito Industrial*, Vol. VI, 2009, pp. 83-102

– “O Anteprojecto do Código do Consumidor e a Publicidade”, in *EIDC*, Vol. III, 2006, pp. 7-36

– *Direito Civil – Teoria Geral*, Vol. III, Coimbra, 2002

CAMPOS, João Mota de – *Manual de Direito Europeu*, 6.<sup>a</sup> edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2010 (com JOÃO LUIZ MOTA DE CAMPOS)

CAMPOS, João Luiz Mota de – *Manual de Direito Europeu*, 6.<sup>a</sup> edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2010 (com JOÃO MOTA DE CAMPOS)

CARDOSO, Eleonora – *Lei de Defesa do Consumidor Comentada e Anotada*, Coimbra Editora, Coimbra, 2012



CARPIO, Juan Manuel Badenas – “Le Vente selon le Procédé de la Boule de Neige en Droit Espagnol”, in *Études de Droit de la Consommation – Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz, Paris, 2004, pp. 45-53

CARVALHO, Jorge Morais

– *Manual de Direito do Consumo*, Almedina, Lisboa, 2013

– *Os Contratos de Consumo - Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito do Consumo*, Almedina, Lisboa, 2012

– “Práticas Comerciais Desleais das Empresas face aos Consumidores”, in *Revista de Direito das Sociedades*, nº 1, 2011, pp. 187-219

CARVALHO, Maria Miguel Morais de – “O Conceito de Publicidade Enganosa”, in *Nos 20 Anos do Código das Sociedades Comerciais – Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, Vol. III, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 675-706

COLLINS, Hugh

– “The Alchemy of Deriving General Principles of Contract Law from European Legislation: In Search of the Philosopher’s Stone”, in *ERCL*, Vol. 2, nº 2, 2006, pp. 213-226

CORDEIRO, António Menezes

– *Tratado de Direito Civil Português*, Tomo I, Almedina, Coimbra, 2005

– “Da Reforma do Direito Civil Português”, in *O Direito*, Anos 134.º - 135.º, 2002/2003, pp. 31-44

– *Da Boa Fé no Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 2001 (reimpressão da edição de 1985)

COSTA, Paulo Nogueira da – “O Direito do Consumidor à Informação na Teoria Geral do Negócio Jurídico”, in *GRED*, Vol. VII, nº 2, 2002, pp. 123-137

COSTA Mário Júlio Almeida – “A Responsabilidade Pré-contratual pela Ruptura das Negociações Preparatórias de um Contrato”, in *RLJ*, ano 116º, nº 3798, ano 1983-1984,

CRISTAS, Assunção – “Concorrência Desleal e Protecção do Consumidor: A Propósito da Directiva 2005/29/CE”, in *Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles: 90 Anos – Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa*, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 141-162

CSERES, Katalin Judit – *Competition Law and Consumer Protection*, Kluwer Law International, 2005

FROTA, Mário

– “Das Práticas Comerciais Agressivas no Espaço Económico Europeu”, in *RPDC*, n.º 62, 2010, pp. 53-61

FUENTES, José Massaguer

– “Las Prácticas Agresivas como Acto de Competencia Desleal”, in *Actualidad Juridica – Úria Menendez*, nº 27, Madrid, 2010

– “Las Prácticas Comerciales Engañosas en La Directiva 2005/29/CE sobre las Prácticas Comerciales Desleales”, in *Actualidad Juridica – Úria Menendez*, nº 13, Madrid, 2006.

– *El Nuevo Derecho Contra la Competência Desleal*, Civitas Madrid, 2006

GÁLVEZ KRÜGER, María Antonieta – “O Consumidor de referência para avaliar a Deslealdade da Publicidade e de outras Práticas Comerciais”, in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Vol. III, Coimbra, 2011, pp.521-547

GARCIA, Maria Del Lirio Martin – “La Protección del Consumidor frente a la Publicidad de las Actividades Dirigidas a Promocionar la Venta de Productos”, in *Revista de Derecho Privado*, 2005, pp. 75-96.

GARRETT, João Almeida – “O conceito de “Influência Indevida” e a Liberdade de Contratar”, in *RPDC*, n.º 51, 2007

GOMES, Carla Amado – “O Direito à Privacidade do Consumidor – a propósito da Lei n.º 6/99, de 27 de Janeiro, in *RPDC*, n.º 18, 1999, pp. 11-24

HOWELLS, Geraint

– “The Scope of European Consumer Law” in *ERCL*, Vol I, n.º 3, 2005, pp. 360-372

– *European Fair Trading Law: The Unfair Commercial Practices Directive*, Ashgate, 2005 (com MICKLITZ e WILHELMSSON)

– *An Analysis of the Application and Scope of the Unfair Commercial Practices Directive*, A Report for the Department of Trade and Industry, 2005 (com TWIGG-FLESNER, PARRY e NORDHAUSEN)

– *EC Consumer Law*, Dartmouth, Aldeshot, 1997 (com WILHELMSSON)

LEITÃO, Adelaide Menezes – “Práticas Comerciais Desleais como Impedimento à outorga de Direitos Industriais?”, in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Vol. III, Coimbra, 2011, pp.549-567

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes – “As Práticas Comerciais Desleais na Relação de Consumo”, in *ROA*, Abril / Junho 2011, Almedina

LIZ, Jorge Pegado

– “A «Lealdade» no Comércio ou as Desventuras de uma Iniciativa Comunitária (Análise Crítica da Directiva 2005/29/CE)”, in *RPDC*, n.º 44, 2005, pp. 17-93

– “A “Transposição” da Directiva relativa às Práticas Comerciais Desleais no Ante-Projecto do Código do Consumidor”, in *RPDC*, n.º 49, 2007, pp. 20-25

– “Um Código do Consumidor, Para os Consumidores ou Nem uma Coisa Nem Outra?”, in *RPDC*, n.º 49, 2007, pp. 26-32

– “Que Informação para os Consumidores?”, in *RPDC*, n.º 54, 2008, pp. 129-140

– “Aplicación de la Directiva 2005/29/CE en Portugal”, in *RPDC*, n.º 64, 2010, pp. 7-24

LÔBO Paulo Netto – “A Informação como Direito Fundamental do Consumidor”, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 3, 2001, pp. 23-45

LUCCA, Newton de – “O Direito dos Consumidores no Brasil e no Mercosul”, in *EDC*, n.º 1, 1999

MACHADO, João Baptista – *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Almedina, Coimbra, 2008 (reimpressão da edição de 1987)

MARTINS, Ana Maria Guerra – “O Direito Comunitário do Consumo – Guia de Estudo”, in *EIDC*, Vol. I, 2002, pp. 63 – 91

MICKLITZ, Hans-W

– *European Fair Trading Law: The Unfair Commercial Practices Directive*, Ashgate, 2005 (com HOWELLS e WILHELMSSON)

– *The Feasibility of a General Legislative Framework on Fair Trading*, 2000

MONTEIRO, António Pinto

– “Sobre o Direito do Consumidor em Portugal e o Anteprojecto do Código do Consumidor”, in *EIDC*, Vol. III, 2006, pp. 37-55

– *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.<sup>a</sup> edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2005 (com CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO e PAULO MOTA PINTO)

– “Erro e Teoria da Imprevisão”, in *EDC*, FDUC, n.º 6, 2004, pp. 319-339

MOTA PINTO, Carlos Alberto da

– *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.<sup>a</sup> edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2005  
(com PAULO MOTA PINTO e PINTO MONTEIRO)

MOTA PINTO, Paulo

– *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.<sup>a</sup> edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2005  
(com CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO e PINTO MONTEIRO)

– “Princípios Relativos aos Deveres de Informação no Comércio à Distância –  
Notas sobre o Direito Comunitário em Vigor”, in *EDC*, n.º 5, 2003, pp. 183-  
206

– “Notas sobre a Lei n.º 6/99, de 27 de Janeiro – Publicidade Domiciliária, por  
Telefone e por Telecópia”, in *EDC*, n.º 1, 1999, pp. 117-176.

NORDHAUSEN, Annette – *An Analysis of the Application and Scope of the  
Unfair Commercial Practices Directive*, A Report for the Department of Trade  
and Industry, 2005 (com HOWELLS, PARRY e TWIGG-FLESNER)

OLIVEIRA, Elsa Dias – “Práticas Comerciais Proibidas”, in *EIDC*, Vol. III,  
2006, pp. 147-173

PAÚL, Jorge Patrício – “Concorrência Desleal e Direito do Consumidor”, in  
*ROA*, Ano 65, 2005, pp. 89-108

PARRY, Deborah – *An Analysis of the Application and Scope of the Unfair  
Commercial Practices Directive*, A Report for the Department of Trade and  
Industry, 2005 (com HOWELLS, NORDHAUSEN e TWIGG-FLESNER)

PAVILLÓN, Charlotte – “The Interplay between the Unfair Commercial  
Practices Directive and Codes of Conduct” in *Erasmus Law Review*, Vol. 5, Nº  
4, 2012 Leiden Law School - Coherent Private Law

PÉREZ, Rafael Garcia – “La Diligencia Profesional: un Concepto Clave del Nuevo Derecho contra la Competencia Desleal”, in *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº 14, 2010, pp. 23-37

POMAR, Fernando Gómez – “The Unfair Commercial Practices Directive: A Law and Economics Perspective”, in *Revista para el Análisis del Derecho*, nº 330, Barcelona, 2006 e [www.indret.com](http://www.indret.com) (recolhido em Fevereiro de 2014)

PRATA, Ana

– *Contratos de Adesão e Cláusulas Contratuais Gerais*, Almedina, Coimbra, 2010

– *Dicionário Jurídico*, Vol. I, 5.<sup>a</sup> edição, Almedina, Coimbra, 2008

RAMSAY, Iain – *Consumer Law and Policy: Text and Materials on Regulation Consumer Markets*, Hart Publishing, 2007

RODRIGUES, Tiago Rigor

– “O Conceito Consumidor Médio no Panorama Comunitário: Subsídios para a sua Compreensão”, in *RPDC*, n.º 58, 2009, pp 15-42

– *A Cláusula Geral das Práticas Comerciais Desleais das Empresas face aos Consumidores*, White Papers - Wolters Kluwer Portugal, 2008

– “A Protecção dos Consumidores Vulneráveis nas Práticas Comerciais Desleais: análise da Directiva 2005/29/CE e do Decreto-Lei 57/2008”, in *RPDC*, n.º 56, 2008, pp. 83-118

RODRIGUES, Luís Silveira – “Tendências Recentes sobre a Protecção do Consumidor na União Europeia”, in *Estudos de Direito do Consumo*, n.º 5, 2003, pp. 311-319

SANTOS, António Marques dos – *Direito Internacional Privado*, AAFDL, Lisboa, 2001

SILVA, Eva Moreira da – *Da responsabilidade Pré-contratual por Violação dos Deveres de Informação*, Almedina, Lisboa, 2003

TELLES, Inocêncio Galvão – *Manual dos Contratos em Geral*, 4.<sup>a</sup> edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2002

TWIGG-FLESNER, Christian – *An Analysis of the Application and Scope of the Unfair Commercial Practices Directive*, A Report for the Department of Trade and Industry, 2005 (com HOWELLS, PARRY e NORDHAUSEN)

VASCONCELOS, Pedro Pais de – *Teoria Geral do Direito Civil*, 6.<sup>a</sup> edição, Almedina, Coimbra, 2010

VRIES, Anne de – *Maximum Harmonisation and General Clauses - Two Conflicting Concepts?*, Tilburg University, Janeiro de 2011

WEATHERILL, Stephen – “The Constitutional Competence of the EU to Deliver Social Justice”, in *ERCL*, Vol. 2, nº 2, 2006

WILHELMSSON, Thomas

– *European Fair Trading Law: The Unfair Commercial Practices Directive*, Ashgate, 2005 (com HOWELLS e MICKLITZ)

– “European Consumer Law: Theses on the Task of the Member States”, in *Verbraucherrecht in Deutschland – Stand und Perspektiven*, Nomos, Baden-Baden, 2005

– *EC Consumer Law*, Dartmouth, Aldeshot, 1997 (com HOWELLS)

# Jurisprudência

## TJUE

- Acórdão de 6 de Junho de 1995, Processo C-470/93 (Colectânea da Jurisprudência 1995, p I-01923) – Acórdão *Mars – Noção de consumidor médio*
- Acórdão de 26 de Outubro de 1995, Processo C-51/94 (Colectânea da jurisprudência 2002, p. I-08375) – *Noção de consumidor médio*
- Acórdão de 1 de Abril de 1996, Processo C-250/91 (Colectânea da jurisprudência 1993, p. I-01819) – Acórdão *Hewlett Packard France v Directeur General des Douanes – Diligência profissional*
- Acórdão de 12 de Novembro de 1996, Processo C-294/95 (Colectânea da jurisprudência 1996, p. I-05863) – Acórdão *Girish Ojha v Comissão – Diligência profissional*
- Acórdão de 16 de Julho de 1998, Processo C-210/96 (Colectânea da Jurisprudência 1998, p. I-04657) – Acórdão *Gut Springenheide – Noção de consumidor médio*
- Acórdão de 26 de Novembro de 1998, Processo C-370/96 (Colectânea da jurisprudência 1998, p. I-07711) – Acórdão *Covita AVE v Elliniko Dimosio – Diligência profissional*



- Acórdão de 22 de Junho de 1999, Processo C-342/97 (Colectânea da Jurisprudência 1999, p. I-03819) – Acórdão *Lloyd Schuhfabrik Meyer* – *Noção de consumidor médio*
- Acórdão de 13 de Janeiro de 2000, Processo C-220/98 (Colectânea da Jurisprudência 2000, p. I-00117) – Acórdão *Estée Lauder* – *Noção de consumidor médio*
- Acórdão de 4 de Abril de 2000, Processo C-465/98 (Colectânea da Jurisprudência 2000, p. I-02297) – Acórdão *Darbo* – *Noção de consumidor médio*
- Acórdão de 19 de Outubro de 2000, Processo C-15/99 (Colectânea da jurisprudência 2000, p. I-08989) – Acórdão *Hans Sommer GmbH & Co. KG v Hauptzollamt Bremen* – *Diligência profissional*
- Acórdão de 29 de Abril de 2004, Processos C-456/01 e C-457/01 (Colectânea da jurisprudência 2004, p. I-05089) – Acórdão *Henkel KGaA v. Instituto de Harmonização do Mercado Interno* – *Noção de consumidor médio*
- Acórdão de 6 de Maio de 2004, Processo C-104/01 (Colectânea da jurisprudência 2003, p. I-03793) – Acórdão *Libertel Groep BV v. Benelux-Merkenbureau* – *Noção de consumidor médio*
- Acórdão de 16 de Setembro de 2004, Processo C-404/02 (Colectânea da jurisprudência 2004, p. I-08499) – Acórdão *Nichols plc v. Registrar of Trade Marks* – *Noção de consumidor médio*
- Acórdão de 23 de Abril de 2009, Processos C-261/07 e C-299/07 (Colectânea da jurisprudência 2009, p. I-02949) – *Pedido de reenvio prejudicial do Rechtbank van koophandel te Antwerpen – Bélgica – Aproximação das legislações*
- Acórdão de 14 de Janeiro de 2010, Processo C-304/08 (Colectânea da jurisprudência 2010, p. I-00217) – *Plus Warenhandels-gesellschaft mbH* – *Aproximação das legislações*

- Acórdão de 15 de Janeiro de 2011, Processo C-540/08 (Colectânea da jurisprudência 2010, p. I-10909) – *Mediaprint Zeitungs – Aproximação das legislações*
- Acórdão de 18 de Outubro de 2012, Processo C-428/11 (ainda não publicado na colectânea da jurisprudência) – *Prática agressiva*
- Acórdão de 7 de Março de 2013, Processo C-343/12 (ainda não publicado na colectânea da jurisprudência) – *Euronics Belgium – Aproximação das legislações*
- Acórdão de 19 de Setembro de 2013, Processo C-435/11 (ainda não publicado na colectânea da jurisprudência) – *Prática enganosa*
- Acórdão de 3 de Outubro de 2013, Processo Proc. C-59/12. (ainda não publicado na colectânea da jurisprudência) – *Noção de profissional*
- Acórdão de 19 de Dezembro de 2013, Processo C-281/12 (ainda não publicado na colectânea da jurisprudência) – *Acórdão Trento Sviluppo srl – Prática enganosa*
- Acórdão de 17 de Outubro de 2013, Processo C-391/12 (ainda não publicado na colectânea da jurisprudência) – *Acórdão RLVs Verlagsgesellschaft mbH – Publireportagem*
- Acórdão de 3 de Abril de 2014, Processo C-515/12 (ainda não publicado na colectânea da jurisprudência) – *Acórdão 4finance UAB – Sistema de promoção em pirâmide*

## **Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias**

– Acórdão de 7 de Fevereiro de 2002, Processo T-88/00 (Colectânea da jurisprudência 2002, p. II-00467) – *Mag Instrument Inc. v. Instituto de Harmonização do Mercado Interno – Noção de consumidor médio*

– Acórdão de 5 de Maio de 2009, Processo T-449/07 (Colectânea da jurisprudência 2009 p. II-01071) – *Thomas Rotter contra Instituto de Harmonização do Mercado Interno – Noção de consumidor médio*

### **Supremo Tribunal de Justiça**

– Acórdão de 26 de Setembro de 1995, Processo N° 087043 (Torres Paulo) – *Concorrência desleal*

– Acórdão de 13 de Julho de 2010, Processo N° 3/05.9TYLSB.P1.S1 (Fonseca Ramos) – *Noção de consumidor médio*

### **Tribunal da Relação de Coimbra**

– Acórdão de 25 de Novembro de 2003, Processo N° 3283/03 (Garcia Calejo) – *Bens ou serviços não solicitados*

– Acórdão de 13 de Janeiro de 2004, Processo N° 3192/03 (Jorge Arcanjo) – *Bens ou serviços não solicitados*

### **Tribunal da Relação de Lisboa**

– Acórdão de 19 de Janeiro de 2010, Processo N° 25/07.5TYLSB.L.1-1 (João Aveiro Pereira) – *Concorrência desleal*

- Acórdão de 27 de Setembro de 2001, Processo N° 0038038 (Salazar Casanova) – *Bens ou serviços não solicitados*
  
- Acórdão de 15 de Novembro de 2007, Processo N° 8503/2007-8 (Ilídio Sacarrão Martins) – *Bens ou serviços não solicitados*

## **Anexo:** Processo legislativo conducente à aprovação da Directiva das PCD.

	<b>Data</b>	<b>Acto</b>	<b>Instituição</b>
<b>Actos</b>	2 de Outubro de 2001	Livro Verde sobre a defesa do consumidor na UE <sup>322</sup>	Comissão
<b>Preparatórios</b>	11 de Junho de 2002	Comunicado da Comissão – Seguimento do Livro Verde <sup>323</sup>	Comissão
<b>Iniciativa</b>	18 de Junho de 2003	Proposta da Directiva <sup>324</sup>	Comissão
<b>Consulta</b> <sup>325</sup>	25 de Junho de 2003	Parecer sobre a proposta da Directiva <sup>326</sup>	Comité Económico e Social
<b>Aprovação</b>	11 de Maio de 2005	Directiva 2005/29/CE	Parlamento Europeu e Conselho

<sup>322</sup> Livro Verde sobre a defesa do consumidor na União Europeia, Documento COM (2001) 531 final, de 2.10.2001, documento que visava iniciar uma discussão pública relativa à futura orientação da UE em matéria de defesa do consumidor, convidando os interessados à apresentação de propostas.

<sup>323</sup> Documento COM (2002) 289 final, de 11.6.2002, Comunicado da Comissão, no seguimento do Livro Verde.

<sup>324</sup> Documento COM (2003) 356 final, de 18.6.2003.

<sup>325</sup> Foram ainda consultados o Bureau Européen des Consommateurs (BEUC) e o Parlamento Europeu

<sup>326</sup> Parecer do CESE sobre a Proposta de directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno, Documento COM (2003) 356 final – 2003/0134.

# Índice

<b>AGRADECIMENTOS</b>	<b>4</b>
<b>MODO DE CITAR</b>	<b>5</b>
<b>ABREVIATURAS</b>	<b>6</b>
<b>RESUMO</b>	<b>9</b>
<b>ABSTRACT</b>	<b>10</b>
<b>I. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS</b>	<b>11</b>
<b>II. A GÉNESE DO REGIME DAS PCD</b>	<b>13</b>
<b>1. A NECESSIDADE DE UNIFORMIZAÇÃO NORMATIVA: UM IMPERATIVO DO MERCADO ÚNICO</b>	<b>13</b>
<b>2. A DIRECTIVA 2005/29/CE: TRAÇOS IDENTITÁRIOS</b>	<b>15</b>
I. HARMONIZAÇÃO MÁXIMA	16
II. DIRECTIVA-QUADRO	17
III. O ESCOPO DO REGIME: ENTRE A PROTECÇÃO DOS CONSUMIDORES E A PROTECÇÃO DO MERCADO	19
<b>III. A INSERÇÃO DO REGIME NA ORDEM JURÍDICA PORTUGUESA</b>	<b>22</b>
<b>3. O QUADRO LEGAL DAS PCD NA FASE ANTERIOR À DIRECTIVA</b>	<b>22</b>
<b>4. DO ANTEPROJECTO DE CÓDIGO DO CONSUMIDOR AO DECRETO-LEI Nº 57/2008</b>	<b>24</b>
<b>IV. O REGIME DAS PCD: SINOPSE</b>	<b>27</b>
5. O PADRÃO DE DESLEALDADE	27
6. ÂMBITO OBJECTIVO DE APLICAÇÃO DO REGIME	28
7. ÂMBITO SUBJECTIVO DE APLICAÇÃO DO REGIME	30
8. A PIRÂMIDE INVERTIDA: TRÊS NÍVEIS DE PROTECÇÃO	31
9. A PEDRA DE TOQUE DO REGIME: A DISTORÇÃO DO COMPORTAMENTO ECONÓMICO...	35
<b>V. A CLÁUSULA GERAL</b>	<b>38</b>

<b>10. A RATIO DA CLÁUSULA GERAL</b>	<b>38</b>
<b>11. ESTRUTURA DA CLÁUSULA GERAL</b>	<b>38</b>
<b>12. DESCONFORMIDADE À DILIGÊNCIA PROFISSIONAL</b>	<b>39</b>
I. PADRÃO DE COMPETÊNCIA ESPECIALIZADA E DE CUIDADO QUE SE PODE ESPERAR DE UM PROFISSIONAL	40
II. OS CRITÉRIOS DE AVALIAÇÃO DA CONDUTA	42
<b>13. A DISTORÇÃO DE MANEIRA SUBSTANCIAL DO COMPORTAMENTO ECONÓMICO DO CONSUMIDOR</b>	<b>49</b>
<b>14. À PROCURA DO CONSUMIDOR MÉDIO</b>	<b>51</b>
<b>15. A PROTECÇÃO DOS CONSUMIDORES PARTICULARMENTE VULNERÁVEIS</b>	<b>58</b>
<b>16. ARTICULAÇÃO DO REGIME COM O <i>DOLUS BONUS</i></b>	<b>61</b>
<b>VI. PRÁTICAS ENGANOSAS E PRÁTICAS AGRESSIVAS</b>	<b>64</b>
<b>17. DESVIOS NA FORMAÇÃO DA DECISÃO DO CONSUMIDOR</b>	<b>64</b>
<b>18. PRÁTICAS ENGANOSAS</b>	<b>66</b>
I. UM COROLÁRIO DO DIREITO À INFORMAÇÃO	66
II. ACÇÕES ENGANOSAS: MODALIDADES	70
III. OMISSÕES ENGANOSAS	75
<b>19. PRÁTICAS AGRESSIVAS</b>	<b>79</b>
I. A AFECTAÇÃO DA LIBERDADE DE DECISÃO DO CONSUMIDOR	79
II. OS MEIOS PARA A CONCRETIZAÇÃO DAS PRÁTICAS AGRESSIVAS	81
<b>VII. LISTAS NEGRAS</b>	<b>86</b>
<b>20. PRÁTICAS ENGANOSAS EM QUALQUER CIRCUNSTÂNCIA</b>	<b>86</b>
I. DIFUSÃO DE INFORMAÇÃO FALSA RELATIVA À CERTIFICAÇÃO OU REGULAÇÃO DO PRODUTO	86
II. PUBLICIDADE-ISCO: ENGANO QUANTO À DISPONIBILIDADE DOS PRODUTOS	87
III. COMPELIR O CONSUMIDOR A TOMAR UMA DECISÃO-RELÂMPAGO	88
IV. CRIAÇÃO DE UMA SITUAÇÃO ENGANOSA SOBRE AS CONDIÇÕES JURÍDICAS DO NEGÓCIO	89
V. PUBLI-REPORTAGEM	90
VI. ESQUEMAS DE PROMOÇÃO EM PIRÂMIDE	91
VII. TRANSMISSÃO DE INFORMAÇÃO FALSA SOBRE O PREÇO DOS PRODUTOS OU SOBRE AS CONDIÇÕES DE MERCADO	92
VIII. EXPLORAÇÃO DO MEDO, IGNORÂNCIA OU SUPERSTIÇÃO DO CONSUMIDOR	94
<b>21. PRÁTICAS AGRESSIVAS EM QUALQUER CIRCUNSTÂNCIA</b>	<b>95</b>
I. RETENÇÃO INDEVIDA DO CONSUMIDOR NO ESTABELECIMENTO COMERCIAL OU NOUTRO LOCAL	95
II. CONTACTAR OU VISITAR O CONSUMIDOR DE FORMA INOPORTUNA E PERSISTENTE	96
III. EXORTAÇÃO ÀS CRIANÇAS PARA COMPRAREM OU CONVENCEREM OS PAIS OU OUTROS ADULTOS A ADQUIRIR PRODUTOS	97
IV. EXIGÊNCIA DO PAGAMENTO OU DEVOLUÇÃO DE PRODUTOS NÃO SOLICITADOS	98
V. DIFUNDIR A IMPRESSÃO ERRÓNEA DE QUE O CONSUMIDOR GANHOU OU PODE GANHAR UM PRÉMIO OU UMA VANTAGEM INEXISTENTES OU GERADORES DE CUSTOS	99

<b>VIII. SÍNTESE CONCLUSIVA</b>	<b>101</b>
<b>BIBLIOGRAFIA</b>	<b>103</b>
<b>JURISPRUDÊNCIA</b>	<b>112</b>
<b>ANEXO</b>	<b>117</b>
<b>ÍNDICE</b>	<b>118</b>