

Universidades Lusíada

Costa, Daniela Natália Campos

As práticas comerciais desleais pela perspectiva do Direito do Consumidor

<http://hdl.handle.net/11067/6434>

Metadados

Data de Publicação

2021

Resumo

Com a evolução dos tempos, foram deixadas para trás as técnicas de venda do mercado tradicional dando-se lugar a novos métodos de venda, sejam estas nas relações de comércio nacionais ou transfronteiriças. Os profissionais recorrem, agora, a práticas comerciais violadoras dos princípios de lealdade e boa-fé como forma de cativar e convencer o consumidor a adquirir determinado bem ou serviço. Desta forma, analisa-se o regime implementado para a proteção dos consumidores bem como dos seus intere...

With the evolution of times, the sales techniques of the traditional market were left behind, giving way to new sales methods, whether in national or cross-border trade relations. Professionals now resort to commercial practices that violate the principles of loyalty and good faith as a way to charm and convince consumers to purchase a certain good or service. So, it is important to analyze the regime implemented for the protection of consumers as well as their economic interests. To this end,...

Palavras Chave

Direito, Direito comercial, Direitos do Consumidor - Práticas comerciais desleais

Tipo

masterThesis

Revisão de Pares

Não

Coleções

[ULP-FD] Dissertações

Esta página foi gerada automaticamente em 2024-04-19T14:14:04Z com informação proveniente do Repositório



UNIVERSIDADE LUSÍADA DO PORTO

**As Práticas Comerciais Desleais pela Perspetiva do Direito do
Consumidor**

**Dissertação com orientação do Exmo. Prof. Doutor Alberto
Ribeiro de Almeida**

Daniela Campos Costa

Porto, 30 de Setembro de 2021

*À minha mãe,
Pela mulher que me ensinou a ser.*

Agradecimentos

Com a concretização deste momento especial da minha vida académica, muitas são as palavras de agradecimento para todos os que me acompanharam nesta jornada.

Desde logo à Universidade Lusíada do Porto por todos os ensinamentos que levo para a vida, profissionais e pessoais.

Ao meu orientador de dissertação, o ilustre Professor Doutor Alberto Ribeiro de Almeida por me ter acompanhado nesta caminhada.

Um agradecimento especial à minha Mãe, por ser o meu porto seguro, pelo apoio incondicional e pelos valores que sempre me transmitiu, entre os quais a força para nunca desistir de lutar. A ti, dedico todo o meu trabalho.

Ao meu Pai, por me ensinar o verdadeiro significado de resiliência.

Por fim, deixo uma palavra de agradecimento a todos os meus amigos e família por todo o companheirismo, partilha e apoio, em todos os momentos da minha vida.

Índice

Agradecimentos	III
Índice	IV
Resumo	VI
Abstract.....	VII
Palavras-Chave	VIII
Lista de Abreviaturas	IX
1. Introdução.....	1
2. As Práticas Comerciais Desleais	4
2.1. As Práticas Comerciais Enganosas.....	7
2.1.1. Ações Enganosas	8
2.1.2. Omissões Enganosas.....	9
2.2. As Práticas Comerciais Agressivas	10
2.3. Práticas Comerciais Desleais em Qualquer Circunstância.....	12
2.3.1. Práticas Comerciais Enganosas em Qualquer Circunstância.....	12
2.3.2. Práticas Comerciais Agressivas em Qualquer Circunstância	22
3. A Diretiva 2005/29/CE, de 11 de Maio de 2005	24
3.1. Adoção do Dever Geral de Lealdade: Princípio de Boa-Fé	24
3.2. O conceito de Diretiva de Mercado.....	25
3.3. A Diretiva como Instrumento de Harmonização Total	27
4. A figura do Consumidor.....	30
4.2. O <i>Consumidor Médio</i> e o Paradigma da Informação	30
4.3. Os Consumidores Especialmente Vulneráveis	35
4.4. Indicadores Suscetíveis de Condicionar o Comportamento dos Consumidores	38
4.5. Direitos dos Consumidores.....	40
4.5.1. Direito à Qualidade dos Bens e Serviços.....	41
4.5.2. Direito à Informação	42
4.5.3. Direito à Proteção dos Interesses Económicos	44
5. O Decreto-Lei 57/2008, de 26 de Março.....	46
5.1. A Transposição da Diretiva 2005/29/CE.....	46
5.2. A Necessidade do Decreto-lei 57/2008 de 26 de Março no Ordenamento	
Jurídico Nacional.....	47

5.3. O Regime das Práticas Comerciais Desleais Pós-Transposição da Diretiva 2005/29/CE	48
6. Os Interesses Económicos dos Consumidores	50
6.1. Serão as práticas comerciais desleais suscetíveis de afetar interesses económicos?	50
6.2. Instrumentos Legais de Proteção do Consumidor	53
6.2.1. Os Regimes da Invalidez Contratual	53
6.2.2. Responsabilidade Civil pelos Prejuízos Causados.....	56
6.2.3. A Ação Inibitória	57
7. A Proteção da Concorrência	60
7.1. Uma breve análise à Concorrência Desleal	60
7.2. Concorrência Desleal e a sua relação com o Direito do Consumo.....	62
8. Regime das Práticas Comerciais Desleais: Proteção do Consumidor vs Proteção do Mercado	63
9. O Surgimento do Digital Services Act Package	65
9.1. <i>Digital Services Act</i>	66
9.2. <i>Digital Markets Act</i>	67
Conclusão	69
Bibliografia	73

Resumo

Com a evolução dos tempos, foram deixadas para trás as técnicas de venda do mercado tradicional dando-se lugar a novos métodos de venda, sejam estas nas relações de comércio nacionais ou transfronteiriças.

Os profissionais recorrem, agora, a práticas comerciais violadoras dos princípios de lealdade e boa-fé como forma de cativar e convencer o consumidor a adquirir determinado bem ou serviço.

Desta forma, analisa-se o regime implementado para a proteção dos consumidores bem como dos seus interesses económicos. Para tal, segue-se um estudo que revolve em torno da Diretiva 2005/29/CE e do respetivo Decreto-Lei 57/2008, bem como em torno da figura principal das relações de consumo que é o consumidor.

Serão analisados todos os aspetos relevantes da figura de consumidor, tendo em conta a noção comunitária de *consumidor médio* e a preocupação com os consumidores especialmente vulneráveis.

Irá discutir-se a eventual distorção de comportamento dos consumidores perante as práticas comerciais desleais e de que forma estas afetam os seus interesses económicos, bem como os interesses económicos da concorrência.

Neste seguimento, serão examinados os meios de reação dos consumidores em relação a estas práticas e de que forma os concorrentes legítimos serão também suscetíveis de recorrer ao direito de ação.

Sumariamente, será analisado o regime da repressão das práticas comerciais desleais em relação ao Direito do Consumidor e ao Direito da Concorrência Desleal, explorando ainda as novas propostas legislativas que se encontram em discussão em matéria dos novos mercados digitais.

Abstract

With the evolution of times, the sales techniques of the traditional market were left behind, giving way to new sales methods, whether in national or cross-border trade relations.

Professionals now resort to commercial practices that violate the principles of loyalty and good faith as a way to charm and convince consumers to purchase a certain good or service.

So, it is important to analyze the regime implemented for the protection of consumers as well as their economic interests. To this end, this is a study that revolves around the Directive 2005/29/EC and the respective Law 57/2008, as well as around the main figure in consumer relations, which is the consumer.

All relevant aspects of the consumer figure will be analyzed, taking into account the community notion of the *average consumer* and the concern for particularly vulnerable consumers.

It will discuss the possible distortion of consumer behavior in the face of unfair commercial practices and how these affect their economic interests, as well as the economic interests of the competition.

In this follow-up, the ways in which consumers react to these practices will also be examined, and how legitimate competitors will be susceptible to resort to the right of action as well.

Lastly, the regime for the repression of unfair commercial practices in relation to Consumer Law and Unfair Competition Law will be briefly observed, also exploring the new legislative proposals that are under discussion in terms of the new digital markets.

Palavras-Chave

Práticas comerciais desleais, Direito do Consumidor, *consumidor médio*, interesses económicos dos consumidores e harmonização legislativa.

Lista de Abreviaturas

Por ordem alfabética, as seguintes siglas e abreviaturas:

B2B Business to Business

B2C Business to Consumer

CE Comissão Europeia

CPI Código da Propriedade Industrial

DMA *Digital Markets Act*

DSA *Digital Services Act*

nº número

p. Página

TJUE Tribunal de Justiça da União Europeia

UE União Europeia

1. Introdução

No mundo atual, falar de consumo é referir um aspecto banal e automatizado da vida social. Enquanto seres sociais, os indivíduos encarnam todos os dias, muitas vezes inconscientemente, a postura de consumidores. Ser consumidor consome o dia-a-dia do cidadão comum. Seja no trabalho computadorizado, onde frequentemente se depara com um anúncio de vendas; na rua em que circula, em placards ou no carro enquanto ouve rádio. Existe assim, um número infinito de *pontos de dados* possíveis de serem apontados durante o decorrer de um dia comum.

Desta forma, o consumidor é sujeito de múltiplas influências que advêm de inúmeros meios de comunicação e campanhas publicitárias, que *fazem de tudo o que se lhe ocorre como milagroso*. (Cardoso, p. 27) O consumidor é consumidor antes mesmo de ter a consciência de que o é. E até mesmo antes de realizar a derradeira compra.

Na atualidade, os cidadãos integram uma *sociedade de consumo* onde o indivíduo é o único responsável por si próprio. Levantando-se aqui a questão de saber se o indivíduo possui realmente escolha ou se tem de facto a faculdade de se opôr à posição de consumidor.

Para Zygmunt Bauman, sociólogo e *pai da sociedade de consumo*, *a liberdade de escolha é garantida na teoria, mas inatingível na prática*. Bauman entende que a sociedade contemporânea admite, primeiramente, os seus membros como consumidores antes mesmo de os considerar cidadãos.

O surgimento da *sociedade de consumo* remete para o desenvolvimento industrial que veio dificultar a venda dos produtos e serviços. O fabrico mantinha-se no mesmo ritmo, mas as vendas tornaram-se mais exigentes. Assim, o excesso de oferta levou ao desenvolvimento de estratégias agressivas e abusivas.

Todavia, nem só de dificuldades se vivia e surgiram facilidades no que respeita à obtenção de crédito, quer por parte das empresas, quer do sistema financeiro.

Desta forma, criou-se aquela que parece ser a nova filosofia de vida da atualidade: *compre agora pague depois*. Este lema vem contrariar a mentalidade tradicional de poupança.

Por esta perspetiva de vida *agorista* da Era dos consumidores, o prazer não é ter mais para o futuro. O uso é imediato. Compra-se e usa-se no mesmo instante. De seguida

descarta-se e adquire-se algo melhor mais tarde. Esta é assim uma evidência fanática do consumo e abundância. (Cardoso, p.26)

A evolução tecnológica, sentida a nível mundial, suscita nos consumidores impulsos de aquisição de bens e serviços que, por serem momentâneos, parecem se esgotar em si próprios. Este progresso contribuiu ainda mais para o aumento desta *sociedade de consumo*.

A esta noção de *sociedade de consumo* estão associados vários perigos, riscos e abusos no que respeita à proteção do consumidor, que, pela sua posição contratual mais débil, se encontra desprotegido e sujeito a ser *engolido* pela concorrência desleal.

O recurso a práticas comerciais desleais face aos consumidores pode afetar, entre outros fatores, a sua vontade negocial. Quer porque o levam a uma decisão de transação que não queria, quer porque o induzem a uma vinculação negocial mais desfavorável do que a que pretendia inicialmente.

Na verdade, em muitas situações, o consumidor criou a expectativa de uma determinada vantagem ou posição negocial, tendo confiado no que foi dito pela contraparte negocial¹, e, acaba por ver essas expectativas goradas (Passinhas, 2017, p.110).

Por este motivo, verifica-se que a metodologia *Business to Business*² (B2B) começa a ser aos poucos abandonada dando lugar a uma nova metodologia *Business to Consumer*³ (B2C), visto que as preocupações se centram no consumidor e na sua proteção.

Tendencialmente, o regime jurídico da concorrência não tinha como principal alvo a tutela dos consumidores, mas sim a garantia do bom funcionamento do mercado. Todavia, grande parte dos Estados-Membros têm vindo a sentir a necessidade de conceder uma proteção aos interesses económicos dos consumidores em relação às práticas comerciais dos profissionais.

A grande maioria dos Estados-Membros apresenta disparidades entre os seus sistemas jurídicos no que respeita a concorrência desleal e práticas comerciais desleais.

¹ Ou por quem se apresentou publicamente como atuando por conta dessa contraparte.

² Business to Business é uma metodologia que diz respeito apenas a relações das empresas entre si.

³ Business to Consumer é uma metodologia que diz respeito a uma relação de comércio efetuado diretamente entre a empresa produtora, vendedora ou prestadora de serviços e o consumidor final.

Estas diferenças de relevo poderiam provocar distorções sensíveis ao nível da concorrência e gerar dificuldades ao bom funcionamento do mercado interno.

Surgiu, desta forma, uma necessidade de se implementar um sistema de harmonização legislativa em relação a estas matérias com o objetivo de atingir um funcionamento equilibrado do mercado interno. Esta, deveria visar diretamente a proteção dos interesses económicos dos consumidores e, indiretamente, os interesses económicos dos concorrentes legítimos.

Com efeito, surgiu a Diretiva 2005/29/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Março de 2005, relativa às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno, tendo sido transposta para o ordenamento jurídico nacional pelo Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de Março.

Esta Diretiva instituiu uma regulamentação bastante mais precisa da concorrência desleal do que os textos internacionais anteriores, reduzindo as disparidades entre os sistemas jurídicos dos Estados-Membros e afirmando-se como a principal realização comunitária nesta matéria (Vicente, 2008, p. 198).

2. As Práticas Comerciais Desleais

Tradicionalmente, era com base na legislação comercial e nos deveres deontológicos dos comerciantes que se reprimiam as práticas comerciais desleais. Todavia, a preocupação com a harmonização e bom funcionamento do mercado levou à necessidade de uma regulamentação inovadora com vista à proteção do consumidor.

Já não se viviam tempos em que os profissionais tinham uma mentalidade passiva e simplesmente aguardavam pelos clientes. Este modelo de comércio foi rapidamente substituído por um comércio dinâmico e ativo, que se adequasse a esta nova fase das relações comerciais. Por isso, também uma atitude semelhante era esperada dos comerciantes que se moldaram de acordo com as mesmas características, recorrendo a técnicas de venda e esquemas persuasivos para incitar no consumidor a necessidade de adquirir o seu produto.

Desta forma, a Diretiva 2005/29/CE, de 11 de Maio, espelhava a clara necessidade de dar cumprimento às normas do Direito Comunitário. Este, que teve na sua génese o princípio da harmonização, pretende alcançar este objetivo uniformizando as legislações nacionais através da transposição de legislação comunitária. Esta uniformização de legislações mostrava-se de extrema relevância dadas as recorrentes e íntimas relações comerciais que os membros da União Europeia mantinham e mantêm entre si.

Para além da relação que os comerciantes e empresas de diferentes Estados-Membros mantêm entre si, importa também uma outra relação, que é, neste ponto, chamada à colação: a relação com os diversos consumidores.

Estabelece-se, assim, numa primeira abordagem ao tema, a necessidade de entender o conceito de práticas comerciais das empresas face aos consumidores, presente nos termos do artigo 2º, alínea d) da Diretiva 2005/29/CE. Desta forma, entende-se por práticas comerciais das empresas face aos consumidores *qualquer ação, omissão, conduta ou afirmação e as comunicações comerciais, incluindo a publicidade e o marketing, por parte de um profissional, em relação direta com a promoção, a venda ou o fornecimento de um produto aos consumidores.*

A noção de práticas comerciais é essencial no estudo das relações entre profissionais e consumidores, os quais vêm as suas respetivas noções fixadas nas alíneas a) e b) do artigo 2º da Diretiva, sendo o critério da lealdade o principal ponto a considerar nestas relações. Este critério constitui a linha condutora do regime que irá proteger as

relações entre empresas/profissionais e consumidores, bem como, permitir a eficácia do princípio da concorrência.

Para isso, a Diretiva estabelece, no seu artigo 5º nº 2 alínea a) e b), práticas comerciais desleais como *práticas contrárias às exigências relativas à diligência profissional que sejam suscetíveis de distorcer, de forma substancial, o comportamento económico dos consumidores.*

Importa analisar as duas partes que, cumulativamente, constituem o conceito de práticas comerciais desleais:

Ora, primeiramente, é necessário que exista uma contrariedade às exigências de diligência profissional. Este conceito encontra definição no artigo 2º alínea h) da Diretiva 2005/29/CE, referindo-se à competência e cuidado que se espera de um comerciante, de acordo com o senso comum de mercado honesto e princípio geral de boa-fé, no âmbito da sua atividade. Aqui não está em causa a posição concreta do profissional não sendo relevantes os seus conhecimentos específicos e a sua experiência no mercado. Exige-se sim que tenha um conhecimento aprofundado sobre o bem ou serviço, sendo capaz de informar o consumidor sobre os aspetos mais relevantes e decisivos para a decisão de contratar.

Em segundo lugar, e para preencher os dois requisitos que a norma que o artigo 5º estabelece, é necessário que se verifique uma distorção substancial do comportamento económico do *consumidor médio*⁴ em relação ao produto que iria adquirir. Portanto, a prática comercial só é desleal se for suscetível de levar o consumidor a tomar uma decisão diferente daquela que tomaria se não tivesse sido realizada a prática.

Assim, se o consumidor contratar quando sem a prática desleal não o faria, se não contratar quando sem a prática desleal o faria ou se contratar em termos diferentes daqueles em que o faria, a prática pode ser considerada desleal. Contudo, reforça-se aqui que a prática comercial desleal deve prejudicar *sensivelmente* a aptidão deste para tomar a decisão, pelo que não basta o mero prejuízo da aptidão para tomar a decisão.

⁴ A figura do *consumidor médio* mencionado na norma servirá de referência para aferir a lealdade ou deslealdade da prática comercial no caso concreto.

Ora, a Diretiva 2005/29/CE vem ainda distinguir vários tipos de práticas comerciais desleais. A norma do artigo 5º nº 1 deixa, desde logo, claro que as práticas comerciais desleais são proibidas. Já o nº 2 do mesmo artigo pode ser considerado a cláusula geral expondo em que termos se pode considerar uma prática comercial como desleal, como analisado anteriormente. Deste modo a elaboração de uma cláusula geral pressupõe o trazer-se uma interdição geral para todos os Estados Membros.

Acrescenta-se o Considerando 13 da mesma Diretiva, que distingue os dois tipos de práticas comerciais desleais mais comuns: as práticas comerciais enganosas, estabelecidas nos termos do artigo 5º nº 4 alínea a) com referência aos artigos 6º e 7º da Diretiva; e as práticas comerciais agressivas, previstas no artigo 5º nº 4 alínea b) com referência aos artigos 8º e 9º da Diretiva.

Para além do que já se encontra previsto, a Diretiva elenca ainda no seu Anexo I um conjunto de 31 práticas comerciais que são consideradas desleais em qualquer circunstância e que podem ser entendidas como a *lista negra* das práticas comerciais.

Nesta análise geral do regime instituído pela Diretiva, com respeito à proibição das práticas comerciais desleais, é possível verificar-se uma divisão tripartida e subdividida da mesma: a cláusula geral, que encabeça o principal na determinação da deslealdade das práticas, que depois se dividem em enganosas⁵ ou agressivas.

É possível, assim, com base nesta breve análise da Diretiva considerar que existem vários níveis de proibição: uma cláusula geral⁶, duas cláusulas concretizadoras⁷ e ainda a *lista negra* elencada no Anexo I do Considerando 13. (Passinhas, 2017, p. 133)

Desta forma, seria de esperar que ao aferir a lealdade de uma prática comercial se recorresse em primeiro lugar à cláusula geral, uma vez que as cláusulas concretizadores e *lista negra* seguem o sentido da cláusula geral.

Todavia, ao fazer uma análise mais atenta da Diretiva é possível verificar-se que muitas das práticas constantes da *lista negra* não seriam necessariamente consideradas desleais à luz do critério geral (Stuyck, Terryn, & Dyck, 2006, p. 132), porquanto elas são

⁵ Estas podem ocorrer por ação ou omissão.

⁶ Fixada pelo artigo 5º nº 2 da Diretiva 2005/29/CE.

⁷ Consagradas no artigo 5º nº 4 a) e b).

consideradas desleais em qualquer circunstância, independentemente do teste de lealdade. O mesmo significa que, certas práticas que compõe a *lista negra* do referido Anexo I deverão ser sempre consideradas desleais, mesmo que não o sejam à luz dos critérios de lealdade preceituados na cláusula geral do artigo 5º nº 2, por não respeitarem todos os requisitos neste artigo mencionados.

Para além disso, também as cláusulas concretizadores alargam o âmbito e incidência da cláusula geral ao não requererem que a prática concreta seja contrária às exigências da diligência profissional, como a cláusula geral faz.

Desta forma, uma prática comercial poderá ser considerada desleal mesmo não se provando que o profissional violou as diligências profissionais que lhe são imputadas.

Ora, neste sentido, e tendo em conta a cláusula geral, a mesma prática não seria considerada desleal á luz do critério geral de lealdade. Contudo, ao cair numa das cláusulas concretizadores já será considerada prática comercial desleal por não ter que respeitar a prova da violação de diligência profissional.

Assim sendo, na prática, espera-se que se consulte primeiramente a *lista negra* uma vez que todas as práticas aí subsumidas serão consideradas desleais sem necessidade de análise posterior. No caso de a prática em questão não constar da lista promovida pelo Anexo I, cabe verificar-se se poderá ser tida como prática comercial enganosa ou agressiva de acordo com as cláusulas concretizadoras, nos termos dos artigos 6º, 7º, 8º e 9º da Diretiva. Se após análise das normas suprarreferidas a prática não se inserir em nenhuma resta ao intérprete socorrer-se da cláusula geral constante do artigo 5º nº 2.

Esta será, assim, mais uma prova de que *para toda a regra há uma exceção*.

2.1. As Práticas Comerciais Enganosas

Os artigos 6º e 7º da Diretiva 2005/29/CE dão a conhecer as práticas comerciais enganosas podendo estas ser distinguidas por: ações enganosas e omissões enganosas. Para além destas, também a *lista negra* suprarreferida se encontra neste âmbito, denominando-se de práticas comerciais enganosas em qualquer circunstância, presente no Anexo I da Diretiva.

2.1.1. Ações Enganosas

Por ações enganosas entendem-se as práticas *que contenham informações falsas, ou que, mesmo que sejam factualmente corretas, induzam ou sejam suscetíveis de induzir em erro o consumidor em relação a determinados elementos essenciais previstos na lei*, como é o caso da natureza do bem ou serviço, o seu preço ou o conteúdo ou extensão dos compromissos assumido, entre outros que se encontram fixados nas alíneas do artigo 6º da Diretiva 2005/29/CE.

Assim, uma ação é considerada enganosa se for suscetível de induzir o consumidor em erro em relação a aspetos relevantes do contrato e conduzi-lo a tomar uma decisão de transação que não teria tomado de outro modo.

A indução do consumidor em erro pode resultar do fornecimento quer de informações falsas quer de informações verdadeiras, mas suscetíveis de serem interpretadas de forma incorreta pelo consumidor.

Assim, não basta que a informação seja verdadeira, sendo ainda necessário o seu fornecimento de forma correta pelo profissional, para que não possa induzir o consumidor em erro. (Morais Carvalho , 2011, p. 201)

Ora, o objetivo da norma passa pela proteção contra qualquer indução em erro que seja suscetível de afetar a decisão do consumidor e, como tal, deve entender-se que se pode tratar de qualquer elemento essencial ao contrato, ainda que não se encontre expressamente previsto no artigo. (Pegado Liz, 2005) Este conceito mais amplo de elemento essencial vem, conseqüentemente, alargar a amplitude da própria norma.

Em especial, a lei destaca como enganosas as práticas de concorrência desleal que tenham como base uma atividade de promoção comercial relativa a um bem ou serviço, incluindo publicidade comparativa⁸. (Simão, 2012, p. 1035)

Será ainda enganoso o incumprimento, pelo profissional, de normas constantes em códigos de conduta a que se encontra vinculado. Todavia, esta vinculação ao código de conduta não depende da determinação do carácter enganoso da prática comercial. Isto

⁸ Por exemplo, no caso de um profissional alegar que está a cessar a sua atividade, quando tal não corresponder à verdade.

significa que mesmo a prática comercial não sendo enganosa, ainda assim estará, o profissional, vinculado às obrigações assumidas nesse código de conduta.

Realça-se ainda que o profissional não pode afirmar ser signatário de um código de conduta quando na realidade não o seja.

2.1.2. Omissões Enganosas

O artigo 7º da Diretiva 2005/29/CE vem esclarecer que o carácter enganoso de uma prática comercial pode advir não apenas dos factos que o profissional afirma, mas também de todos aqueles a que deixou de fazer referência. (Oliveira Ascensão, 2007, p. 129)

A omissão enganosa será, assim, toda a omissão de informação substancial que o consumidor médio necessitava para tomar uma decisão negocial esclarecida e que o conduziu a tomar a decisão de transação – a qual não teria tomado caso tivesse tido acesso à informação omitida.

Além disso, são ainda consideradas omissões enganosas os casos em que o profissional oculte a informação substancial ou a apresente de forma pouco clara, ininteligível ou em momento posterior, bem como a prática comercial em que o profissional não refira a intenção comercial da mesma.

É possível verificar que o conceito de *informação substancial* encontra grande destaque nesta definição e como tal, a Diretiva espelhou esta relevância nos números 4 e 5 do seu artigo 7º.

Desta forma, no primeiro⁹ encontram-se expressamente preceituadas as informações essenciais a ter em conta quando exista um convite a contratar, sendo elas: as características principais do produto em causa, na medida adequada ao meio e ao produto; o endereço geográfico e a identidade do profissional; o preço e custos inerentes, as modalidades de pagamento, entre outras.

⁹ Refere-se ao ponto número 4 do artigo 7º da Diretiva 2005/29/CE.

Já na eventualidade de não existir um convite a contratar¹⁰, há que ter em consideração os requisitos de informação estabelecidos pela legislação comunitária relativa a marketing e publicidade, cuja lista consta do anexo II da já referida Diretiva.

Note-se que, havendo interesse em contratar, este contrato será sempre alvo de acordo entre as partes, não se admitindo a validade do mesmo se este acordo conjetural não se verificar.

Ora, um contrato que preveja a fruição de um bem ou serviço pressupõe um acordo bilateral e não uma decisão unilateral. Assim, entende-se que apenas poderão constar do contrato cláusulas sobre as quais tenha havido pré-discussão e acordo¹¹.

Evidentemente, existe um dever intrínseco de informação por parte do profissional. Neste caso, é possível mesmo admitir que o profissional tem um ónus de comunicar. Sem consenso não há contrato e o consenso apenas é possível se se debruçar sobre algo que efetivamente se conheça ou possa conhecer.

2.2. As Práticas Comerciais Agressivas

O artigo 8º da Diretiva 2005/29/CE consagra o conceito de práticas comerciais agressivas estabelecendo que *uma prática comercial é considerada agressiva se prejudicar ou for suscetível de prejudicar significativamente, devido a assédio, coação ou influência indevida, a liberdade de escolha ou o comportamento do consumidor médio em relação a um produto, e, por conseguinte, o conduza ou seja suscetível de o conduzir a tomar uma decisão de transação que este não teria tomado de outro modo.*¹²

¹⁰ Segundo os termos do disposto no número 5 do artigo 7º da Diretiva 2005/29/CE.

¹¹ Ou, se assim não se verificar, que as mesmas sejam comunicadas no momento da ratificação do contrato uma vez que não podem ser objeto do acordo cláusulas que não sejam informadas.

¹² Esta norma seria mais tarde transposta para o ordenamento jurídico nacional pelo Decreto-lei 57/2008 de 26 de Março tendo representação no artigo 11º nº 1 do mesmo. Curiosamente, esta disposição sofreu uma pequena, mas significativa alteração há sua composição. Viu-se eliminada a referência a consumidor médio ficando apenas especificado consumidor. No entanto, e como está em causa um diploma

A prática agressiva comporta, desde logo, dois pressupostos essenciais: a existência de assédio, coação ou influência indevida por parte do profissional e a consequente limitação da liberdade do consumidor.

O assédio deverá ser entendido, neste contexto, como *insistência impertinente e inoportuna junto de alguém*. O consumidor não deverá ser colocado numa situação em que sente pressionado por contactos constantes¹³ a ponto de tomar uma decisão por não querer continuar a ser incomodado.

A coação encontra-se prevista no direito português como causa de invalidade de um negócio jurídico, podendo ser física¹⁴ ou moral¹⁵.

A influência indevida é definida na alínea j) do artigo 3º do Decreto-Lei 57/2008 como *a utilização pelo profissional de uma posição de poder para pressionar o consumidor, mesmo sem recurso ou ameaça de recurso à força física, de forma que limita significativamente a capacidade de o consumidor tomar uma decisão esclarecida*.

O artigo 9º da Diretiva explicita alguns critérios para aferir se existe realmente assédio, coação ou influência indevida. Estes servem como *tábua de salvação* para o aplicador do direito mas deve ter-se em conta outros que podem não neste artigo não constar.

Para se aferir a *agressividade* de determinada prática comercial, devem ter-se em consideração uma série de aspetos, tais como: o momento, o local, a natureza e a persistência da prática comercial que se encontram intimamente ligados à noção de assédio, com quem mantêm uma relação privilegiada. Mas também a figura de coação e influência indevida encontram elos de ligação a estes elementos e a outros: como é o caso do aproveitamento pelo profissional de qualquer infortúnio do consumidor ou qualquer ameaça de ação judicial que não seja legalmente possível.

de harmonização máxima, a interpretação a fazer deverá ser a mesma conforme os seus termos, admitindo-se mesmo assim o comportamento do consumidor médio.

¹³ Sejam estes presenciais ou à distância.

¹⁴ Segundo o preceituado no artigo 246º do Código Civil.

¹⁵ Nos termos do disposto nos artigos 255º e 256º.

Ressalva-se que a prática agressiva pode ainda ser referenciada numa fase posterior à celebração do contrato e do cumprimento das suas obrigações como refere a alínea d) do artigo 9º da Diretiva estabelecendo que *qualquer entrave extracontratual oneroso ou desproporcionado imposto pelo profissional, quando o consumidor pretenda exercer os seus direitos contratuais, incluindo o de resolver um contrato, ou o de trocar de produto ou de profissional*. Esta disposição garante que se mantenha o dever de lealdade por parte do profissional numa fase pós-contratual.

Tendo em conta todos os elementos *supra* referenciados, é ainda necessário que esta prática comercial seja suscetível de limitar significativamente a liberdade de decisão de consumidor, levando-o a tomar uma decisão que não teria tomado de outro modo.

A proibição destas práticas visa, assim, afastar as situações em que o consumidor contrata ou adquire qualquer bem ou serviço por se sentir, de alguma forma, pressionado ou ameaçado, ou sujeito a qualquer forma de influência psicológica.

2.3. Práticas Comerciais Desleais em Qualquer Circunstância

O diploma comunitário prevê ainda uma lista de práticas comerciais consideradas desleais em quaisquer circunstâncias dispostas no seu Anexo I, com semelhante previsão no artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 57/2008 que dispõe não apenas de uma, mas sim duas listas. Distinguem-se essas em práticas enganosas em qualquer circunstância e práticas agressivas em qualquer circunstância.

2.3.1. Práticas Comerciais Enganosas em Qualquer Circunstância

Embora não exista uma ordem pré-definida, é possível agrupar algumas das práticas enganosas constantes da *lista negra*, seguindo a doutrina do Prof. Doutor Luís Manuel Teles de Menezes Leitão.

O primeiro grupo é o relativo a falsas declarações em relação à existência de uma regulação ou de certificação.

Entre as práticas que integram este grupo está o afirmar ser signatário de um código de conduta, quando não realidade não o seja¹⁶. Esta é considerada enganosa e, portanto, desleal. Contudo, aos profissionais assiste o direito de se vincularem a um código de conduta.¹⁷

Outra prática comercial enganosa, em qualquer circunstância, é a que consiste em ostentar uma marca de certificação, uma marca de qualidade ou equivalente sem ter obtido a autorização necessária¹⁸ ou afirmar que um código de conduta foi aprovado por um organismo público ou outra entidade quando tal não corresponda à verdade¹⁹.

Neste mesmo seguimento afirmar que um profissional, incluindo as suas práticas comerciais, ou um bem ou serviço foram aprovados, reconhecidos ou autorizados por um organismo público ou privado quando tal não corresponde à verdade também constitui prática comercial enganosa²⁰.

O segundo grupo de práticas enganosas em qualquer circunstância consiste naquelas em que são feitas falsas declarações relativas à disponibilidade de produtos ou serviços.

A primeira norma que se afigura merecedora de um lugar neste segundo grupo é relativa à proposta de aquisição de um produto ou serviço fixando um determinado *preço*

¹⁶ Esta prática, encontra-se disposta no ponto 1 do Anexo I da Diretiva 2005/29/CE e respetivamente no artigo 8º a) do Decreto-Lei 57/2008.

¹⁷ Aliás, se este vínculo se mostrar benéfico para o consumidor, sendo suscetível de lhe atribuir algum direito ou garantia de qualidade, então esses elementos deverão integrar o conteúdo do contrato celebrado, tornando-se cláusulas deste.

¹⁸ Norma que consta do ponto 2 do Anexo I da Diretiva 2005/29/CE e do artigo 8.º b) do Decreto-Lei 57/2008.

¹⁹ Norma disposta no ponto 3 do Anexo I da Diretiva 2005/29/CE e respetivamente no artigo 8º c) do Decreto-Lei 57/2008).

²⁰ Nos termos ponto 4 do Anexo I da Diretiva 2005/29/CE e respetivamente no artigo 8º d) do Decreto-Lei 57/2008.

injustificável dando impressão ao consumidor de que se encontra numa posição de incapacidade para cumprir outros contratos²¹.

Entende-se a fixação do preço como *injustificável* uma vez que a própria norma refere que não são revelados os motivos por detrás de tal valor deixando o consumidor com a ideia de que não poderá recorrer, mais tarde, a este mesmo profissional ou a outro que forneça os produtos em questão ou equivalentes. Este produto ou serviço será proposto ao consumidor com o intuito de *fazer parecer* que este não conseguirá negócio melhor, nem mesmo outro que contenha condições semelhantes²².

Esta rebuscada técnica comercial designa-se na norma disposta pela Diretiva como *publicidade-isco*. Tratando-se esta proposta de uma proposta contratual, o profissional encontra-se vinculado ao cumprimento do contrato. Tratando-se de uma proposta ao público, a prestação é exigível enquanto não se extinguirem todos os bens acordados. (Morais Carvalho, 2011, p. 205)

Referem-se ainda três práticas comerciais enganosas que se designam como *isco e troca*, transpostas²³ para o Decreto-Lei 57/2008 em três alíneas do artigo 8º, sendo elas: a alínea f) onde se destaca *a recusa de fornecimento aos consumidores do bem ou do serviço publicitado anteriormente com a intenção de promover um bem ou serviço diferente*; a alínea g) onde o profissional recusa as encomendas relativas a este bem ou serviço ou a sua entrega ou o fornecimento num prazo razoável; e a alínea h)²⁴ em situações em que o profissional *apresente uma amostra defeituosa ou demonstração insuficiente do produto ou serviço*.

Ora, é necessário neste ponto chamar à atenção da conjunção *ou* a que esta norma faz referência. Pela leitura da alínea f), que diz respeito à recusa de comercialização de um bem ou serviço objeto de uma promoção entende-se que esta prática só será enganosa se

²¹ Fixada no ponto 5 do Anexo I da Diretiva 2005/29/CE e respetivamente no artigo 8º e) do Decreto-Lei 57/2008.

²² Sejam elas de preço, relativas a um período e em quantidades que se afigurem razoáveis.

²³ Pelo ponto 6 do Anexo I da Diretiva.

²⁴ Ressalva-se que a alínea h) do ponto 6 do Anexo I da Diretiva 2005/29/CE não integra este grupo relativo a práticas comerciais enganosas onde se destacam as falsas declarações relativas à disponibilidade de produtos ou serviços, mas sim ao que de seguida se apresenta.

tiver como objetivo a promoção de um produto diferente. O mesmo não resulta da leitura das duas alíneas seguintes, que se referem à recusa de encomendas ou de entrega ou prestação do serviço num prazo razoável, e apresentação de amostra defeituosa ou demonstração insuficiente.²⁵

As duas últimas práticas referidas poderiam, por si só, independentemente da intenção de promover um produto diferente, ser consideradas desleais. Contudo, não foi essa a solução consagrada no diploma comunitário.

Este diploma constitui uma Diretiva de harmonização máxima e como tal o regime nacional deve ser interpretado em conformidade com esta Diretiva.

Ainda faz parte deste segundo grupo de práticas comerciais enganosas em qualquer circunstância uma prática relativamente comum, com efeito significativo na liberdade de decisão do consumidor. A indicação pelo profissional de que o bem ou serviço só está disponível durante um período limitado ou disponível com condições especiais durante esse mesmo período²⁶, com o objetivo de *obter uma decisão imediata e privar os consumidores da oportunidade ou do tempo suficientes para tomarem uma decisão esclarecida*. Esta prática é claramente enganosa, mas é essencialmente agressiva, porque se utiliza uma posição de poder para pressionar o consumidor, limitando de forma significativa a sua liberdade de decisão.

Integra ainda este grupo relativo a norma²⁷ que proíbe a *declaração por parte do profissional que estará prestes a cessar a sua atividade ou a mudar de instalações quando o mesmo não corresponda à verdade*. Os profissionais recorrem muitas vezes a este tipo de declarações para tentar *agarrar* o cliente e levar este a agir impulsivamente com receio de já não conseguir fazê-lo mais tarde por indisponibilidade do profissional.

Para além do elemento de engano implícito nesta prática, trata-se ainda de um meio agressivo de comercialização, na medida em que se procura obter uma resposta imediata do consumidor, evitando que este tenha tempo para refletir adequadamente acerca da

²⁵ Refere-se às alíneas g) e h) do artigo 8º do Decreto-Lei 57/2008, respetivamente.

²⁶ Ponto 7 da Diretiva 2005/29/CE a que corresponde respetivamente a alínea i) do artigo 8º do Decreto-Lei 57/2008.

²⁷ Ponto 15 da Diretiva 2005/29/CE.

celebração do contrato e das suas condições. Por tais motivos esta prática considera-se enganosa em qualquer circunstância.

O terceiro grupo possível de identificar refere-se a situações em que se verificam comparações falsas ou enganosas com outros produtos. Como é o caso da apresentação de amostra defeituosa do produto, o que poderá conduzir o consumidor em erro²⁸ e a *promoção de um bem ou serviço análogo ao produzido ou oferecido por um fabricante específico de maneira a levar deliberadamente o consumidor a pensar que o bem ou serviço provêm desse mesmo fabricante*²⁹.

Sendo assim, o profissional usa da imagem e reputação que um determinado produto, serviço ou marca adquiriu no mercado para tentar, de forma persuasiva, indicar para venda o seu próprio produto/serviço. Com a utilização por parte do profissional de uma imagem que não é a sua, o mesmo pretende beneficiar da *boa fama* e estatuto que este produto/serviço/marca conseguiu atingir no mercado.

Assim, o profissional irá vender ao consumidor um produto como se de uma mera réplica de outro³⁰ se tratasse ou suscitar no pensamento do consumidor a ideia de que, independentemente do produto ou serviço que esteja a adquirir, a sua origem é a de renome e como tal desencadeando um sentimento de confiança no consumidor³¹.

O quarto grupo consiste em práticas que declarem falsamente ou de forma enganosa os serviços de assistência pós-venda. É o caso de uma prática que consista em assegurar um serviço de assistência pós-venda num idioma e posteriormente não o fazer³². Assim, se o contrato for negociado nos Pirenéus franceses em catalão e for garantido ao consumidor que pode beneficiar do serviço de assistência pós-venda em catalão, o incumprimento deste

²⁸ Ponto 6 alínea c) do Anexo I da Diretiva 2005/29/CE e respetivamente no artigo 8º h) do Decreto-Lei 57/2008.

²⁹ Ponto 13 do Anexo I da Diretiva 2005/29/CE e respetivamente no artigo 8º p) do Decreto-Lei 57/2008.

³⁰ Já reconhecido no mercado.

³¹ Esta consagração de prática comercial desleal não obsta à aplicação das regras de propriedade industrial, que podem sancionar o profissional nos termos do previsto no Decreto-Lei 57/2008.

³² Ponto 8 alínea do Anexo I da Diretiva 2005/29/CE e respetivamente no artigo 8º j) do Decreto-Lei 57/2008.

dever determina que a prática comercial seja enganosa. A lei ressalva ainda que é necessário que essa língua seja *a usada para comunicar antes da decisão negocial*.

Em qualquer caso, esta última referência da norma tem um valor meramente instrutório pois se constar no contrato cláusula que fixe a obrigação de prestação, por parte do profissional, de assistência pós-venda num determinado idioma, o incumprimento desta cláusula conduzirá à responsabilidade do profissional perante o consumidor nos termos gerais do direito. Tendo este idioma sido usado no momento das negociações ou não.

A proibição que o profissional informe o consumidor *de que o serviço pós-venda relativo ao bem ou serviço está disponível em Estado-membro distinto daquele em que o bem ou serviço é vendido*³³ quando tal não corresponda à verdade, constitui igualmente uma prática enganosa. Esta norma visa essencialmente proteger o consumidor em relação aos contratos celebrados no estrangeiro, impondo ao profissional que não dê informações erradas no que respeita aos países onde o serviço de assistência pós-venda está disponível.

Assim, a título de exemplo, constitui prática proibida a situação de um consumidor português que celebra um contrato na Suécia e é erradamente informado de que o serviço pós-venda se encontra disponível em Portugal. Aplicando-se a lei portuguesa, o consumidor poderá neste caso requerer a anulação do contrato e pedir uma indemnização pelo incumprimento da cláusula por parte do profissional (artigos 14º e 15º).

Reúnem-se ainda, num quinto grupo, algumas práticas comerciais enganosas que tendem a induzir o consumidor em erro em relação às condições jurídicas do negócio. Como é o caso de *declarar ou transmitir a impressão de que a comercialização de um bem ou serviço é lícita quando tal não corresponda à verdade*³⁴. Neste caso, para além de o contrato ser, em princípio, nulo, nos termos do artigo 280º do Código Civil, por ter objeto contrário à lei, aplicam-se ainda as sanções previstas no Decreto-Lei 57/2008.

³³ Ponto 23 alínea do Anexo I da Diretiva 2005/29/CE e respetivamente no artigo 8º ac) do Decreto-Lei 57/2008.

³⁴ Alínea 1) do artigo 8º do Decreto-Lei 57/2008 correspondendo respetivamente ao ponto 9 do Anexo I da Diretiva 2005/29/CE.

É considerada enganosa a prática comercial que *apresentar como característica distintiva da oferta do profissional direitos do consumidor previstos na lei*³⁵.

Desta forma, ao profissional não cabe o direito de promover a venda de um bem indicando que oferece uma especial e alargada garantia de dois anos, uma vez que os prazos de garantia decorrem do que se encontra pré-estabelecido no Decreto-Lei 67/2003. Esta prática é considerada nociva para os consumidores, como todas as referenciadas até ao momento, mas, também, nociva para os concorrentes.

Esta benesse dada pelo vendedor afeta a concorrência na medida em que o consumidor pode tomar a sua decisão contratual com base nesta informação errada de que um profissional lhe reconhece direitos acrescidos em comparação com os outros.

Proíbe-se a *inclusão no material de promoção comercial fatura ou documento equiparado solicitando o pagamento, dando ao consumidor a impressão de já ter encomendado o bem ou serviço comercializado*³⁶, quando tal não se verifique. Esta constitui uma prática agressiva uma vez que se pretende obter o pagamento de um bem ou serviço sem que tenha sido celebrado um contrato entre as partes.

Considera-se enganosa a prática que consiste na propositada intenção do profissional, de se assumir falsamente como consumidor e não como profissional³⁷. A falsa impressão criada no consumidor de que não se trata de um profissional a propôr a celebração do contrato pode distorcer o seu comportamento, incentivando-o a contratar por esse motivo.

Existem ainda práticas enganosas suscetíveis de induzir o consumidor em erro quanto à independência de conteúdos editoriais relativos ao produto³⁸. Contudo, ressalva-se a sua importância visto tratar-se de uma prática designada por *publi-reportagem*, que

³⁵ Alínea m) do artigo 8º do Decreto-Lei 57/2008 correspondendo respetivamente ao ponto 10 do Anexo I da Diretiva 2005/29/CE.

³⁶ A alínea aa) do artigo 8º do Decreto-Lei 57/2008 correspondendo respetivamente ao ponto 21 do Anexo I da Diretiva 2005/29/CE.

³⁷ A alínea ab) do artigo 8º do Decreto-Lei 57/2008 correspondendo respetivamente ao ponto 22 do Anexo I da Diretiva 2005/29/CE.

³⁸ O ponto 11 do Anexo I da Diretiva 2005/29/CE e respetivamente o artigo 8º n) do Decreto-Lei 57/2008.

consiste em utilizar os meios de comunicação social para transmitir uma mensagem publicitária, sob a aparência de se estar perante uma reportagem, *id est*, um conteúdo jornalístico.

A prática só se considera enganosa no caso de o profissional ter financiado a promoção e tal não resultar claramente da mensagem transmitida, através de texto, imagem ou som. Caso o financiamento não tenha sido realizado pelo profissional ou, no caso de ter sido, se tal se mostre claro na mensagem a prática não será considerada enganosa.

Consegue-se ainda aglomerar num sexto grupo uma série de práticas comerciais enganosas que induzem o consumidor em erro em relação ao custo dos produtos ou quanto à existência de vantagens económicas na sua aquisição. Neste âmbito, inclui-se o arredondamento em alta do preço do bem ou serviço, com base em fatores que não tenham correspondência com o gasto e utilização efetiva realizados pelo consumidor³⁹.

Ora, para melhor compreender esta norma, torna-se adequado a dissecação da norma em pressupostos. O primeiro pressuposto para se considerar esta prática enganosa é primeiramente que seja feito o arredondamento em alta de qualquer elemento direta ou indiretamente relacionado com o fornecimento do bem ou com a prestação do serviço, referindo-se especificamente o preço, a duração temporal ou qualquer outro fator. Os elementos suscetíveis de cálculo são inúmeros e como tal não existe uma enumeração fixa destes. Para além disso, a unidade de referência utilizada para fazer o cálculo destes elementos pode variar em função do contrato em causa. Por exemplo, num contrato que tenha como elemento de cálculo do preço o tempo consumido, pode numa situação ser relevante o segundo e noutra apenas a hora ou o dia.

O segundo pressuposto a considerar é que não tenha uma correspondência exata e direta no gasto ou utilização efetivos realizados pelo consumidor. Este parece uma consagração do princípio de que apenas são devidos pelo consumidor os bens ou serviços que utilizou, devendo o arredondamento ser sempre feito à unidade de referência anterior ou inferior. A título de exemplo, se a unidade de referência utilizada pelo fornecedor for o minuto e o consumidor utilizar 1 minuto e 45 segundos, apenas poderá ser cobrado 1 minuto.

³⁹ Segundo o disposto na alínea q) do artigo 8º do Decreto-Lei 57/2008.

O último pressuposto estabelecido é que conduza ao aumento do preço a pagar pelo consumidor. Esta última referência é, no entanto, desnecessária, uma vez que o espírito da norma é claro no sentido de se aplicar apenas quando o arredondamento leve a um aumento do preço.

Outra norma que integra este sexto grupo e que se fixa como prática comercial enganosa aquela que *criar, explorar ou promover um sistema de promoção em pirâmide em que o consumidor dá a sua própria contribuição em troca da possibilidade de receber uma contrapartida que decorra essencialmente da entrada de outros consumidores no sistema*⁴⁰ – os considerados contratos em cadeia. Nestes termos, o profissional parece transformar o consumidor num angariador de clientes próprio.

Também se considera enganosa, e integrante deste sexto grupo, a prática comercial em que o profissional *transmita informações incorretas sobre as condições de mercado ou a possibilidade de encontrar o bem ou serviço, com o objetivo de levar o consumidor a celebrar o contrato em termos menos favoráveis do que os de mercado*⁴¹. Desta forma, esta norma preceitua que o profissional não pode comunicar ao consumidor que o preço proposto é o melhor do mercado, igual ao de mercado ou inferior ao de um concorrente quando essa informação não se afira verdadeira.

O profissional também não poderá *organizar um concurso ou sorteio com prémios e não entregar os prémios ou equivalente razoável*⁴² *nem descrever o bem ou serviço como grátis, gratuito, sem encargos ou equivalente se o consumidor tiver de pagar mais do que o custo indispensável para responder à prática comercial e para ir buscar o bem ou pagar pela sua entrega*⁴³ uma vez que se consideram práticas enganosas. Neste caso, está em causa a indução do consumidor em erro quanto à gratuidade de um bem ou serviço.

⁴⁰ Ponto 14 do Anexo I da Diretiva 2005/29/CE e respetivamente o artigo 8º r) do Decreto-Lei 57/2008.

⁴¹ Ponto 18 do Anexo I da Diretiva 2005/29/CE e respetivamente o artigo 8º v) do Decreto-Lei 57/2008.

⁴² Segundo os termos do ponto 19 do Anexo I da Diretiva 2005/29/CE e respetivamente o artigo 8º x) do Decreto-Lei 57/2008.

⁴³ A alínea z) do artigo 8º do Decreto-Lei 57/2008 e referente ao ponto 20 Anexo I da Diretiva 2005/29/CE.

Finalmente, o último e sétimo grupo de práticas comerciais enganosas em qualquer circunstância diz respeito aquelas que são suscetíveis de levar o consumidor à aquisição dos produtos com base no medo, ignorância ou superstição. Neste âmbito, integra a prática de *fazer afirmações substancialmente inexatas relativas à natureza e à amplitude do risco para a segurança pessoal do consumidor ou da sua família se o consumidor não adquirir o bem ou assentir na prestação do serviço*⁴⁴. Esta prática poderia ser integrada no âmbito das práticas comerciais agressivas, uma vez que nesta o elemento agressividade é mais relevante do que o elemento engano. Está em causa a liberdade do consumidor na tomada de decisão, sendo esta manipulada pela apreensão do consumidor em relação a eventuais riscos para a sua segurança ou a da sua família.

O profissional também não pode alegar que o bem ou serviço é suscetível de aumentar as possibilidades de ganhar nos jogos de fortuna ou azar⁴⁵. Aqui, não se exige que a informação seja falsa, bastando a alegação para que a prática seja considerada desleal. Esta conclusão resulta da ideia de que não é concebível um sistema que permita ganhar nos jogos de fortuna ou azar.

Por último, faz-se referência à única norma que falta analisar nesta lista exaustiva de práticas comerciais enganosas em qualquer circunstância que é a norma referente a práticas que *alegam falsamente que o bem ou serviço é capaz de curar doenças, disfunções e malformações*⁴⁶. Ora, apenas se admite que o profissional promova o bem ou serviço com essa indicação, sempre que a consiga provar cientificamente⁴⁷.

⁴⁴ Ponto 12 do Anexo I da Diretiva 2005/29/CE e respetivamente o artigo 8º o) do Decreto-Lei 57/2008.

⁴⁵ Ponto 16 do Anexo I da Diretiva 2005/29/CE e respetivamente o artigo 8º t) do Decreto-Lei 57/2008.

⁴⁶ Ponto 17 do Anexo I da Diretiva 2005/29/CE e respetivamente o artigo 8º u) do Decreto-Lei 57/2008.

⁴⁷ Para além de definir esta prática comercial como enganosa, o Decreto-Lei 57/2008 revogou o artigo 22ºB do Código da Publicidade, que proibia a publicidade a bens ou serviços milagrosos. (Morais de Carvalho, p. 699)

2.3.2. Práticas Comerciais Agressivas em Qualquer Circunstância

Para além das já referidas práticas agressivas que integram a previsão da cláusula geral, o artigo 12º do Decreto-Lei 57/2008 elenca uma série de práticas que são consideradas agressivas em qualquer circunstância. Esta *lista negra* de práticas agressivas consta também do Anexo I da Diretiva 2005/29/CE.

Assim, na sua alínea a) faz-se alusão a situações em que é transmitida ao consumidor a ideia de que não poderá abandonar o local sem celebrar o contrato. Seja esta de forma direta, através de coação moral, ou através de técnicas de venda persistentes e incisivas que deixam o consumidor com a sensação de que não terá outra saída senão a de tomar aquela decisão de transação. Esta prática, muito utilizada no âmbito da venda de *time-sharing* é considerada agressiva.

A alínea b) do referido artigo diz respeito à prática que consiste em *contactar o consumidor através de visitas ao seu domicílio, ignorando o pedido [... deste] para que o profissional parta ou não volte, exceto em circunstâncias e na medida em que tal se justifique para o cumprimento de obrigação contratual*. Esta prática reporta claramente ao assédio constante ao consumidor com intenção de levar o mesmo a acreditar que necessita de adquirir determinado bem ou serviço. Note-se a exceção consagrada na própria norma que admite a realização de visitas ao domicílio do consumidor quando estas se justificarem por necessidade de cumprimento de obrigações contratuais. Como é o caso, a título de exemplo, das leituras de fornecimento de água e gás.

A alínea c) faz alusão à matéria das comunicações não solicitadas. Esta matéria já se encontra fixada em vários diplomas legais sendo um dos mais relevantes a Lei 6/99 que disciplina a publicidade não solicitada e permite ao consumidor a faculdade de proibir a colocação de publicidade não endereçada na sua caixa de correio, nos termos do seu artigo 3º. Todavia, esta norma inscrita na alínea c) do artigo 12º do Decreto-Lei é de extrema relevância pois vem conceder ao consumidor a possibilidade de anular um contrato celebrado sobre influência dessa prática, que é considerada agressiva.

No que respeita à prática consagrada na alínea d), esta refere-se à tendência que se verifica em certas companhias de seguros em dificultar o acesso dos seus clientes em aceder aos seus direitos de acionar os contratos de seguro. Os profissionais tendem a deixar sem resposta os clientes ou a fazer exigências de documentação desproporcionadas no sentido de levar o consumidor a desistir dos seus direitos. Como tentativa de travar esta

tendência, o legislador decidiu tipificar esta prática como agressiva nos termos desta alínea.

A alínea e) do anteriormente referido artigo considera agressiva a prática que *inclua em anúncio publicitário uma exortação direta às crianças no sentido de comprarem ou convencerem os pais ou outros adultos a comprar-lhes os bens ou serviços anunciados*. Ora, em causa está o aproveitamento da vulnerabilidade de um grupo específico de consumidores, as crianças. (Morais Carvalho , 2011, p. 217) As crianças são consideradas um grupo extremamente influenciável e com extremo poder de influência sobre os adultos que, em último momento, serão levados a tomar a decisão de transação. Esta prática é por isso considerada agressiva pela sua forma desleal de promoção de venda de produtos e serviços. Importa acrescentar que a utilização de crianças em matéria de publicidade já se encontra expressamente proibida pelo artigo 14º nº 1 do Código da Publicidade.

A alínea f) fixa como agressiva uma prática muito comum de um certo nicho de comerciantes que envia, sem qualquer solicitação, livros, revistas, entre outros, e mais tarde vem reclamar o preço ou a sua devolução. Ora, este constitui um tipo de assédio para com o consumidor em relação à aquisição do produto. O artigo 13º nº1 do Decreto-Lei 57/2008 vem ainda acrescentar que no caso de tal prática se verificar, o consumidor não fica obrigado à sua devolução ou pagamento, podendo conservá-los a título gratuito.

A alínea g) relata uma prática em que o profissional informa explicitamente o consumidor de que a sua recusa na aquisição de determinada bem ou serviço terá influência direta na subsistência do seu posto de trabalho. O profissional invoca que o seu emprego depende diretamente do comportamento económico do consumidor em causa. (Morais Carvalho , 2011, p. 218) Não é, nesta prática, relevante se a informação relativa à pendência do posto de trabalho do profissional é verdadeira ou falsa. Esta será considerada agressiva de qualquer forma uma vez que se entende que este elemento não pode ser utilizado como objetivo de influenciar a decisão do consumidor.

Por último, a alínea h) procura sancionar a prática a que alguns profissionais recorrem ao enviar documentação ao consumidor dando uma falsa impressão de que o mesmo ganhou um prémio, nomeadamente de valor pecuniário, quando na realidade nada ganhou. Esta é considerada uma prática agressiva e conseqüentemente desleal, da qual o consumidor poderá exigir do profissional o cumprimento das promessas constantes das suas declarações.

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

3.1. Adoção do Dever Geral de Lealdade: Princípio de Boa-Fé

O instituto da concorrência desleal surgiu no final do século XIX, princípios do século XX, estando intimamente ligado à industrialização e proteção dos concorrentes. A ideia base desse instituto seria a de que apenas os comerciantes lesados pelos atos de concorrência poderiam reagir contra a situação. Por outro lado, o consumidor, principal objeto da disputa concorrencial, não aparecia tutelado pela disciplina da concorrência. (Simão, 2012) Só mais tarde é que o direito da concorrência veio incorporar o tópico da defesa do consumidor.⁴⁸

Desta forma, na ordem jurídica portuguesa, foi com o Decreto-Lei 57/2008, de 26 de março, que, ao efetivar a transposição da Diretiva 2005/29/CE, de 11 de maio, contemplou as práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores, tendo como princípio a sua proibição.

Proíbe-se, assim, qualquer ação, omissão, conduta ou afirmação de uma empresa que distorça ou seja suscetível de distorcer, de maneira substancial, o comportamento económico do consumidor, segundo o consagrado no artigo 5º nº1 do Decreto-Lei 57/2008.

A Diretiva visou eliminar as vendas agressivas e enganosas, harmonizando as regras dos Estados-Membros no que às práticas comerciais desleais diz respeito.

Em 2001, a Comissão emitiu uma proposta legislativa para a harmonização do Direito da Concorrência: o Livro Verde sobre a Protecção do Consumidor na União Europeia.

O Livro Verde foi o primeiro documento a anunciar a necessidade de uma reforma da legislação referente à defesa do consumidor com o objectivo de ultrapassar os obstáculos relativos ao fornecimento transfronteiriço de bens e serviços aos consumidores. (Passinhas, Estudos do Direito do Consumidor, 2017, p. 111)

⁴⁸ Surge, novamente, a ideia de que passámos de Business to Business para Business to Consumer, numa clara preocupação com o consumidor.

Desta forma, o Livro Verde veio propôr uma Diretiva-quadro que deveria ser entendida como o alicerce de aplicação no que respeita às práticas comerciais desleais. Esta proposta, que viria a dar origem à Directiva 2005/29/CE, recuperou a ideia antiga de dever de lealdade em todas as práticas comerciais.

O Seguimento do Livro Verde de 2002, viria a propôr a estrutura ideal para uma Diretiva-quadro em matéria de práticas comerciais. Concluiu-se, através de avaliações de impacto conduzidas pela Comissão, que uma Diretiva que harmonizasse as regras dos vários Estados-Membros e que colocasse o consumidor no centro do mercado interno concorrencial seria a melhor opção. (Passinhas, 2017, p. 112)

A Comissão aprovou a proposta legislativa em Junho de 2003 conduzindo, conseqüentemente, à adoção da Diretiva em 2005. Esta incide sobre as práticas comerciais desleais e, ao contrário de outras diretivas na área do Direito do Consumidor, aplica-se a todas as práticas comerciais entre consumidor e profissional.

No essencial, a Diretiva corresponde às ambições do Livro Verde, especialmente no que diz respeito à consagração de um *princípio geral de boa fé*⁴⁹. (Stuyck, Terryn, & Dyck, 2006, p. 107)

3.2. O conceito de Diretiva de Mercado

A Diretiva 2005/29/CE é uma *Diretiva de mercado*, com fundamento legal previsto no artigo 95º do Tratado. (Passinhas, 2017, p. 113) Esta Diretiva é apelidada de *Diretiva de mercado* uma vez que esta era vista como a única forma de ultrapassar os obstáculos ao movimento transfronteiriço de bens e serviços, *id est*, ao bom funcionamento do mercado interno. A Diretiva surgia, assim, como um instrumento uniformizador que viria a incitar os consumidores e empresas a praticar trocas transfronteiriças.

⁴⁹ A adopção desta directiva era considerado o acontecimento mais estimulante dos últimos anos. Para os autores, a Directiva era ambiciosa, o seu método inovador e o impacto jurídico adivinhava-se massivo.

Segundo o Livro Verde, o mercado interno e os consumidores apenas poderiam retirar benefícios destas trocas transfronteiriças se conseguissem aceder com facilidade aos bens e serviços que se apresentavam fora das respetivas fronteiras.

Esta procura transfronteiriça aumentava a pressão concorrencial dentro do mercado interno dada a oferta de bens e serviços com preços mais competitivos e com os quais os negócios nacionais teriam grande dificuldade em alcançar.

Desta forma, cria-se a possibilidade dos consumidores procurarem negócios mais vantajosos e adequados às suas necessidades garantindo que as suas decisões de consumo são tomadas de forma livre e informada.

Para além das vantagens já referidas, esta Diretiva também facilita a necessidade de lidar com diversos regimes fiscais, a resolução de litígios transfronteiriços e até o risco de fraude e de não cumprimento nas vendas além-fronteiras.⁵⁰ (Passinhas, 2017, p. 115)

A ideia da uniformização do regime das práticas comerciais surge reforçada nos Considerandos da Diretiva, em especial no Considerando 3, onde se refere que as legislações dos Estados-Membros, em matéria de práticas comerciais desleais, apresentavam diferenças de relevo susceptíveis de provocar distorções sensíveis de concorrência e criar obstáculo ao bom funcionamento do mercado interno. (Passinhas, 2017, p. 116)

As práticas comerciais desleais provocam distorções no mercado influenciando a capacidade do consumidor em agir com conhecimento de causa e tomar decisões de forma absolutamente livre e devidamente informada. Estas distorções podem ainda prejudicar os interesses coletivos dos consumidores, provocando deformações ao nível da concorrência.

Desta forma, verifica-se uma afetação dos interesses dos consumidores mas também um impacto concorrencial dado o recurso de determinados profissionais a técnicas de venda que não respeitam o princípio da boa fé nem o critério de lealdade, afastando os consumidores dos concorrentes que, de facto, atuam de acordo com o princípios impostos pela Lei.

⁵⁰ Ressalva-se ainda a necessidade de respeitar as diferentes legislações em matérias práticas comerciais, publicidade e vendas dentro da União Europeia.

3.3. A Diretiva como Instrumento de Harmonização Total

A harmonização mínima, existente até ao surgimento da Diretiva, não seria suficiente para assegurar a proteção dos consumidores. Existiam ainda demasiadas divergências entre os regimes dos diferentes Estados-Membros que não permitiam uma clara e segura posição do consumidor nas trocas comerciais.

Na verdade, a inexistência de regras uniformes à escala comunitária, os obstáculos à livre circulação de serviços e produtos além-fronteiras ou à liberdade de estabelecimento eram, quase sempre, suscetíveis de serem justificados à luz da jurisprudência do Tribunal de Justiça, desde que demonstrassem proteger objetivos de reconhecimento público e fossem proporcionais aos mesmos. (Passinhas, 2017, p. 117)

Desta forma, as incongruências sentidas de Estado para Estado eram, de certa forma, aceitáveis desde que devidamente explicadas à luz do direito comunitário, de acordo com as disposições do Tratado e em conformidade com a política da Comissão em matéria de comunicações comerciais.⁵¹

Entendeu-se que estas divergências apenas seriam passíveis de serem ultrapassadas com a introdução de regras uniformes alargadas ao nível comunitário. Estas iriam estabelecer um nível mais elevado de proteção dos consumidores, bem como clarificar conceitos legais, e assegurar o bom funcionamento do mercado interno satisfazendo, desta forma, a necessidade de segurança jurídica.⁵²

Sendo assim, a Diretiva 2005/29/CE além de ser uma *diretiva de mercado* é também um instrumento de harmonização total e veio ainda permitir uma proteção mais ampla dos consumidores.

A Diretiva tem, desta forma, um poder de uniformização no que diz respeito a trocas transfronteiriças de bens e serviços entre Estados-Membros e tudo o que essas trocas acarretam: desde a legalidade e facilidade das trocas até à proteção do consumidor. (Colins, 2005, p. 432)

⁵¹ Tudo isto tendo em consideração os objetivos comunitários.

⁵² De acordo com o Considerando 5 da Diretiva sobre a fragmentação jurídica.

O artigo 4º da Diretiva dispõe que *os Estados-Membros não podem restringir a livre prestação de serviços nem a livre circulação de mercadorias por razões ligadas ao domínio que é objeto de aproximação por força da presente diretiva*. Isto significa que aos Estados-Membros não é dada a possibilidade de restringir livremente as trocas comerciais suprarreferidas uma vez que o objetivo da existência da Diretiva é exatamente o de aproximar e facilitar.

A única exceção é a estabelecida no 3º nº 9 da referida Diretiva, em relação aos serviços financeiros e aos bens imóveis, áreas em que os Estados-Membros podem impor requisitos mais restritivos ou prescritivos do que os previstos.

A Diretiva possui vantagens e desvantagens ao efetivar este regime uniforme que permite a harmonização total dos Estados-Membros.

Para os empresários, este regime é vantajoso uma vez que não terão que se preocupar em respeitar as diferentes regulamentações nacionais. A Diretiva surge para os empresários com uma solução *one fits all*.

Para além desta facilidade, os empresários não terão ainda que lidar com os custos associados à publicidade e ao marketing, o que, resulta indiretamente como um benefício para os consumidores que obterão mais informação sobre uma variedade maior de produtos a vários preços.⁵³

Por outro lado, a Diretiva traz também algumas desvantagens evidentes sendo a principal e mais gritante a posição em que os Estados-Membros se colocam ao estarem impedidos de adaptar a legislação às predisposições particulares dos seus consumidores. Esta desvantagem suprime totalmente a possibilidade de *legislative experimenting* dos Estados-Membros. (Stuyck, Terry, & Dyck, 2006, 117)

Um dos objetivos da presente Diretiva foi o de criar um nível de regulação que fosse uniforme e compreensível para o mercado interno. A Diretiva conduziria assim ao fortalecimento da confiança dos consumidores na realização de transações transfronteiriças bem como eliminaria as diferenças existentes nas várias leis nacionais que desencorajassem o mercado único.

⁵³ Tendencialmente os consumidores estarão expostos a uma maior diversidade de produtos e mais baratos.

Desta forma, a proteção do consumidor seria, nesta Diretiva, algo que é convergente com o fortalecimento do próprio mercado. Pode assim, desde logo, concluir-se que não terá sido criada com um único propósito relativamente às relações de consumo.

A devida proteção do mercado tende a que se proteja adequadamente o consumidor, e nesse sentido são convergentes objetivos de proteção entre a concorrência e aquele. (Cardoso, 2014, p. 51)

Todavia, não é possível negar que a Diretiva veio em grande parte prestar proteção não só aos consumidores como às empresas, sobretudo pequenas e médias empresas. A Diretiva aproximou as legislações dos Estados-Membros relativamente às práticas comerciais desleais, que prejudicam diretamente os interesses económicos dos consumidores e consequentemente prejudicam indiretamente os interesses económicos de concorrentes legítimos.

A aplicação da Diretiva 2005/29/CE respeita o princípio da proporcionalidade no âmbito da sua aplicação à proteção do consumidor. Esta proteção existe quando as práticas comerciais desleais mostrem ser de carácter substancial e é necessário reconhecer o impacto sentido pelos consumidores. (Passinhas, 2017, p. 119)

4. A figura do Consumidor

A expressão *consumidor* encontra-se espelhada em inúmeros preceitos legais, não existindo um conceito jurídico único, geral e uniforme, tanto a nível comunitário como a nível nacional, mas sim diferentes noções desse conceito. (Simão, 2012, p. 1023)

Desde logo o artigo 99º alínea e) da Constituição da República Portuguesa faz referência à proteção dos consumidores fixando que deve este ser um dos objetivos da política comercial. Também o artigo 60º faz referência ao vocábulo *consumidor*.

A Lei de Defesa do Consumidor faz também referência à noção de consumidor oferecendo no artigo 2º nº1 o seu contributo, consagrando que *consumidor é todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com carácter profissional uma atividade económica que vise a obtenção de benefícios*.

A Diretiva 2005/29/CE e respetivo Decreto-Lei 57/2008 também possuem uma definição de consumidor que, neste caso, se torna uma definição extremamente concisa uma vez que o surgimento destes diplomas teve como principal objetivo a harmonização de conceitos. Neste seguimento, os diplomas suprarreferidos definem esta figura como sendo qualquer pessoa singular que atue com fins que não se incluam no âmbito da sua atividade profissional⁵⁴.

4.2. O Consumidor Médio e o Paradigma da Informação

Quando se pretende aferir se determinada prática comercial tem cariz desleal é assumida como referência a noção de *consumidor médio*. O artigo 5º nº 2 da Diretiva 2005/29/CE faz referência a um conceito de *consumidor médio*, todavia é apenas no Considerando 18 que se encontra a noção do termo, consagrando-o como um consumidor normalmente informado e razoavelmente atento e advertido.

⁵⁴ Segundo o estabelecido no artigo 3º alínea a) do Decreto Lei e artigo 2º alínea a) da Diretiva.

A figura do consumidor médio surgiu, inicialmente, na jurisprudência do TJUE em casos com respeito à livre circulação de mercadorias, etiquetagem e publicidade enganosa. Esta figura tornou-se uma forma de garantir que, no momento da avaliação do impacto de uma prática comercial que se destine a um determinado grupo de consumidores, as características da pessoa média deste grupo sejam tomadas em consideração. (Passinhas, 2017, p. 169)

A título de exemplo, num caso em que seja possível determinar o público-alvo (v.g. crianças, adolescentes, idosos, entre outros) de uma determinada mensagem circunscrita numa publicidade enganosa, deve o membro médio desse grupo passar a ser a referência, uma vez que estamos perante um grupo de consumidores especialmente vulneráveis. (Maia, 2015, p. 168)

Desta forma, a figura de *consumidor médio* determina se um tipo específico de consumidor é merecedor da proteção que os princípios de defesa do consumidor têm implantados.

A Diretiva 2005/29/CE enquanto diploma comunitário pretende reprimir as práticas comerciais desleais, salvaguardando a proteção dos consumidores enquanto parte consideravelmente mais fraca da relação contratual. Contudo, e tendo em conta as consequências e os efeitos práticos da sua aplicação, recorre-se ao princípio da proporcionalidade, que recorre à ideia de *consumidor médio*, como forma de averiguar os efeitos produzidos num consumidor ideal típico. (Simão, 2012, p. 1026)

Este conceito, de criação jurisprudencial, afirmou-se com a sentença *Gut Sprinenheid*⁵⁵, a qual constituiu um momento histórico na afirmação do conceito. Neste processo pretendia-se determinar se uma menção existente num rótulo, cujo único objetivo era promover as vendas de ovos, poderia induzir o comprador em erro⁵⁶. De forma a aferir se o consumidor se encontraria numa posição de possível erro, decidiu-se tomar como referência a expectativa que tal informação criaria num *consumidor médio*. Sendo que, o

⁵⁵ De 16 de julho de 1998, assunto C-210/96, RJTJ, I-4657.

⁵⁶ Consubstanciando ainda uma infração ao disposto no artigo 10.º, n.º 2, alínea e) do Regulamento nº 1907/9070, relativo à comercialização de ovos.

tribunal competente ordenado não recorreu a qualquer exame pericial ou sondagem de opinião.⁵⁷

Nessa sentença, definiu-se *consumidor médio* como *o consumidor avisado que percebe com atenção a informação sobre o produto comercializado e, por conseguinte, a totalidade das informações dos produtos*. Esta noção mostrou-se substancialmente diferente da noção de consumidor, já que este é aquele *que apenas adquire um conhecimento fugaz e crítico das informações sobre os produtos comercializados e as mensagens publicitárias, sem examinar mais detalhadamente o conteúdo da informação*.⁵⁸

Assim, é essencial a atitude do consumidor, o qual deve atuar com diligência, podendo e devendo aceder à informação que lhe é disponibilizada, contrariando uma conduta de passividade e de falta de interesse. (Simão, 2012, p. 1027)

Como já explicitado, a postura do consumidor é, desta forma, crucial para assegurar e acautelar os danos que o mesmo possa vir a sofrer no âmbito de práticas comerciais desleais. Com efeito, o consumidor deve manter-se bem informado e ter uma atitude de curiosidade perante os bens e serviços que lhe são disponibilizados, lendo todas as indicações e prospectos que lhe sejam oferecidos. (Baptista de Oliveira, 2009, p. 201)

Esta noção manifesta uma abordagem orientada para o mercado e para o paradigma da informação. Este paradigma sublinha a transparência como o principal modo de proteção do consumidor.

Sendo assim, as disposições presentes na Diretiva têm em conta esta noção e são baseadas na crença de que apenas escolhas informadas levarão a escolhas eficientes e que, apenas desta forma, se conseguirá atingir a maximização dos interesses coletivos dos consumidores (Passinhas, 2010, p. 261)

⁵⁷ Todavia, o tribunal reconheceu 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*.

⁵⁸ Cfr. o ponto 56 das conclusões do Advogado Geral Mischo apresentadas a 12 de março de 1998

O *consumidor médio* é, assim, o consumidor normal, com um nível de informação mediano e que utiliza uma diligência regular nos contratos que celebra. Recorre-se a esta figura como critério de avaliação da lealdade das práticas comerciais.

Todavia, e como todas as figuras com poder inclusivo, estas acarretam sempre uma política de *colocar tudo no mesmo saco* que importa alguns custos.

As consequências negativas passam desde logo pela total desconsideração de circunstâncias concretas, reveladoras de debilidade do consumidor que possam ser conhecidas pelo profissional e por este utilizadas, em desconformidade com a diligência profissional. Esta utilização indevida de uma informação concreta do consumidor, por parte do profissional, tem como único objetivo distorcer o comportamento económico do consumidor de forma a que a sua decisão seja mais favorável para o comerciante. Ou seja, o profissional pode aproveitar-se da vulnerabilidade de um consumidor para o influenciar indevidamente, devendo apenas garantir que o consumidor médio não seria influenciado pela prática. (Morais Carvalho, 2011, p. 196)

Poderá entender-se, assim, que a proteção do consumidor foi reduzida pela transposição da diretiva, embora o descarte de consideração de circunstâncias concretas não implique, necessariamente, a total desproteção do consumidor.

O consumidor poderá ainda socorrer-se do regime geral do Código Civil, nomeadamente das figuras do dolo⁵⁹ e da usura⁶⁰. No entanto, os requisitos são exigentes, o que dificulta a sua invocação.

Outra consequência negativa da noção generalizada de *consumidor médio* é o nível extremamente baixo da exigência de lealdade. Os consumidores mais distraídos e menos cuidadosos não são protegidos de forma adequada pela lei. Não é tido em conta o comportamento económico destes consumidores face à prática comercial, o que revela a insuficiência do conceito para proteção de uma parte significativa das pessoas. (Morais Carvalho, 2016, p. 129 e 130)

De qualquer forma, se no domínio do Direito do Consumo esta noção não se revela suficientemente eficaz na proteção dos consumidores, uma vez que nega proteção aos que

⁵⁹ Segundo os termos do artigo 253º do Código Civil.

⁶⁰ Nos termos do disposto no artigo 282º do Código Civil.

dela mais necessitam, em matéria de Direito da Concorrência ou de Propriedade Industrial o panorama é diferente.

Neste âmbito, a noção de *consumidor médio* pode ser utilizada com resultados positivos uma vez que, permite analisar se uma determinada prática é suscetível, ou não, de afetar outro profissional concorrente, no que respeita às relações entre empresas.

É, assim, possível concluir que os que se encontram mais protegidos pela Diretiva 2005/29/CE acabam por ser aqueles que menos necessitam dessa proteção. Os consumidores mais cuidadosos e informados, por terem mais competência ou simplesmente por serem mais atentos, são os que beneficiam de mais proteção por parte da Diretiva.

No fundo, entende-se que os princípios de defesa do consumidor protegem aqueles que, na realidade, podem ser considerados *consumidores acima da média*.

Esta perspetiva é, no entanto, completamente arrasada pelos que defendem que não deve existir figura de *consumidor médio* uma vez que ninguém é *médio*, refutando também a figura de *homem médio*. (Pegado Liz, 2005, p. 77)

Entende-se que a adoção do conceito de *consumidor médio* se trata de uma mera utopia, não fazendo sentido que se cimente toda a política de proteção dos consumidores num conceito completamente abstrato e desprovido de humanidade.

Entende-se assim, que existe uma construção comunitária do conceito de *consumidor* que tende a homogeneizá-lo e, como tal, a sua interpretação deve ser restrita⁶¹. (Abrunhosa, 2011, p. 47)

⁶¹ Como é de verificar, no Acórdão do TJUE de 3 de Julho de 1997, Processo nº C-269/95, relativamente ao conceito de consumidor (...) *com vista a assegurar a aplicação uniforme da Convenção em todos os Estados contratantes, os conceitos utilizados por esta, que podem ter um conteúdo diferente consoante o direito interno dos Estados contratantes, devem ser interpretados de forma autónoma, por referência principalmente ao sistema e aos objetivos da Convenção. Assim deve nomeadamente acontecer com o conceito de consumidor (...)*

4.3. Os Consumidores Especialmente Vulneráveis

Para que o regime adotado pela Diretiva 2005/29/CE, e transposto para o ordenamento jurídico nacional pelo Decreto-Lei 57/2008, seja uniformemente aplicado é necessário determinar a que grupo a prática comercial desleal se destina. Procurando-se, de seguida, dentro desse mesmo grupo, o *consumidor médio*.

O grupo determinado pode ser mais ou menos amplo e como tal, sempre que a prática seja dirigida a um grupo de consumidores específico, o seu impacto deve ser avaliado na perspetiva do membro médio desse grupo.

O artigo 5º nº 3 da Diretiva vem esclarecer que alguns consumidores podem ser considerados *particularmente vulneráveis à prática ou ao produto subjacente, em razão da sua doença mental ou física, idade ou credulidade (...)*

Desta forma, ao constituírem um grupo mais vulnerável, estes consumidores incorrem num risco mais elevado de sofrer resultados negativos no que respeita à sua posição no mercado. Tornam-se num alvo fácil nas mãos de profissionais abusivos, estando por isso numa situação ainda mais débil do que a já referida anteriormente onde estes fatores não integram parte relevante.

Assim, a Diretiva considera que deve ser conferido aos *consumidores particularmente vulneráveis* um nível mais elevado de proteção do que ao *consumidor médio* a que se refere o artigo 5º nº 2.

Para melhor esmiuçar o artigo 5º nº 3 recorre-se ao Considerando 19 que fornece uma lista de características que tornam os consumidores particularmente vulneráveis, acrescentando assim ao anteriormente referido artigo que parece apenas considerar relevantes os fatores relativos a *doença mental ou física, idade ou credulidade*.

O estudo da Comissão Europeia sobre *A Vulnerabilidade dos Consumidores nos Principais Mercados* classifica um *consumidor particularmente vulnerável* em consequência de características sociodemográficas, de características comportamentais, da situação pessoal ou do ambiente de mercado.

O mesmo estudo revela cinco dimensões da vulnerabilidade dos consumidores entendendo-se que estes consumidores *incorrem num risco mais elevado de sofrer resultados negativos no mercado; têm uma capacidade limitada de maximizar o seu bem-estar; têm dificuldade em obter ou assimilar informação; têm uma menor capacidade de comprar, escolher ou aceder a produtos adequados; ou são mais suscetíveis a determinadas práticas comerciais*. A maioria dos consumidores revela vulnerabilidade em

pelo menos uma dessas dimensões sendo a última a mais relevante uma vez que consta do artigo 5º nº 3.

Para além das dimensões suprarreferidas é também importante atentar no impacto que as características pessoais podem ter no consumidor como a idade ou o gênero, que podem aumentar a vulnerabilidade.

Atentando às características pessoais presentes no artigo 5º nº 3 *doença mental ou física, idade ou credulidade* é necessário realçar alguns pontos que podem não ser tão claros. Como é o caso do critério de vulnerabilidade *doença (mental ou física)* que inclui dificuldades sensoriais, mobilidade reduzida e outras incapacidades. (Da Fonseca, 2012, p. 11)

A este respeito a *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* considerou especialmente grave a publicidade que apresentava, de forma enganosa, produtos como sendo capazes de curar uma doença grave. Esta publicidade era suscetível de conduzir consumidores vulneráveis, como é o caso de pessoas que sofram de uma doença grave, a tomar uma decisão de transação que não teriam tomado de outro modo.

Para que situações como a anteriormente descrita não tenham lugar permanente na vida dos consumidores particularmente vulneráveis a União Europeia ratificou a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência em 2010. Foi apresentada à UE a recomendação de *tomar medidas apropriadas para assegurar que todas as pessoas com deficiência privadas da sua capacidade jurídica possam exercer todos os direitos consagrados nos tratados e na legislação da União Europeia, incluindo (...) os direitos do consumidor (...)*

Relativamente ao critério idade, que também consta do nº 3 do artigo 5º, o suprarreferido estudo da Comissão aponta que este elemento pode ser um fator que contribui para a vulnerabilidade dos indivíduos enquanto consumidores.

Por exemplo, comparando os consumidores de meia idade⁶² com os jovens⁶³, retém-se que os jovens são mais suscetíveis de pagar em excesso por um serviço por não terem acesso a determinados métodos de pagamento.

⁶² Entendem-se como parte deste grupo os indivíduos com idades entre os 34 e 44 anos.

⁶³ Devem ser entendidos como jovens os cidadãos com idades compreendidas entre os 16 e 24 anos.

Por contraste, os consumidores de meia idade são mais suscetíveis de tomar medidas quando confrontados com um problema.

Já no caso dos idosos, as práticas comerciais agressivas, como a venda porta-a-porta, tornam-se intimidadoras.

Pelo contrário, o consumidor médio não se encontra tão exposto a este tipo de métodos de venda e, na eventualidade de estar, não se deixa tão facilmente influenciar pelas práticas de venda sob pressão a que estes profissionais recorrem.

As crianças integram também uma parte essencial dos consumidores vulneráveis. Esta faixa etária não possui discernimento suficiente para reconhecer práticas enganosas e persuasivas sendo facilmente levados a ter comportamentos e escolhas impulsivas.

As crianças beneficiam de proteção conferida pelo artigo 5º nº 3 da Diretiva 2005/29/CE, mas também de proteção específica através do ponto 28 do anexo I da mesma Diretiva. Este ponto constitui uma prática comercial agressiva e inclui pressionar as crianças a comprarem um produto diretamente ou a convencerem os adultos a efetuar essa compra.

Os adolescentes, enquanto consumidores, são também alvo frequente de profissionais mal-intencionados que tentam beneficiar do comportamento impulsivo, característico desta idade, bem como da irreflexão associada à assunção de riscos, devido à falta de maturidade e à credulidade.

Esta tendência em acreditar, muito prontamente, que algo se tem como verdadeiro não afeta apenas um grupo restrito de consumidores. (Howells, Nordhausen, Parry and Twigg-Flesner, 2007, p. 178)

Na verdade, a credulidade deve ser tida como um conceito transversal a todos os grupos de consumidores. Não só os adolescentes devem ser a esta característica associados, uma vez que a mesma visa proteger todos os consumidores que possam ser mais suscetíveis de ser influenciados por uma prática comercial desleal.

Assim, qualquer consumidor pode ser considerado parte deste grupo por não cumprir o critério da credulidade.

Acrescente-se que, os comportamentos tidos pelos consumidores especialmente vulneráveis podem muitas vezes ser previstos pelos profissionais. Este critério de previsibilidade dos consumidores traz um elemento de proporcionalidade aquando da avaliação de uma prática comercial com este grupo de consumidores.

Os profissionais não são obrigados a fazer mais do que o razoável, contudo, este critério visa responsabilizar os profissionais que pudessem evitar o impacto negativo de

uma prática desleal numa categoria de consumidores que se previa ser claramente vulnerável.

Na mesma medida, uma prática comercial honesta não será considerada desleal por consequência da extrema ingenuidade ou ignorância de consumidores vulneráveis que agiram irracionalmente ou em erro.

4.4. Indicadores Suscetíveis de Condicionar o Comportamento dos Consumidores

Num qualquer caso em que se deva atentar ao *consumidor médio*, o primeiro passo a dar pelo Tribunal, será definir o público-alvo do produto ou serviço⁶⁴. Este público poderá ser a população em geral, ou apenas um segmento da mesma.

Após identificado o público-alvo, é conveniente analisar as expectativas e o conhecimento que esse público teria do produto ou serviço. Deve atender-se às informações expostas, à publicidade, à embalagem, entre outros. Sendo importante também aferir-se se esse conhecimento será diferente aquando da primeira compra do produto ou serviço, ou se essa já ocorre há muito. E, acrescente-se, as diferenças entre os próprios cidadãos também influenciam nestas diferentes expectativas e escolhas. (Da Fonseca, 2012, p. 22)

Surge, pois, a necessidade de definir indicadores que distingam o *consumidor médio* dos outros consumidores, uma vez que este *consumidor médio* passará a corresponder a um exemplo nacional de cidadão medianamente informado. (Da Fonseca, 2012, p. 23)

Um indicador que se revela essencial é o relativo à idade, uma vez que a idade do consumidor dita, muitas vezes, os seus interesses e necessidades na altura de consumir. Um exemplo prático da importância deste indicador é a comercialização de bebidas alcoólicas, onde a idade configurará um entrave à compra ou não possibilidade de compra deste produto.

⁶⁴ Como se defende no processo C-210/96, acórdão Gut Springenheide

Outro indicador relevante é a literacia, que se mostra de grande importância no dia-a-dia, mas, principalmente, na hora de consumir. Se não se perceber o que está escrito, como será possível estar verdadeiramente informado? Não basta que a informação se encontre disponível para o consumidor, é necessário que este a consiga entender e, por este motivo, o *consumidor médio* deverá ser alfabetizado.

É importante também ter em conta as condições socioculturais e económicas do consumidor uma vez que se espera que o consumismo do indivíduo não distorça o seu comportamento económico, segundo o estabelecido no artigo 2º alínea e) da Diretiva 2005/29/CE e no artigo 3º alínea e) do Decreto-Lei 57/2008.

Estes fatores são inerentes ao próprio consumidor e poderão condicionar a aquisição de produtos e serviços pois o consumidor atua de acordo com as suas condições económicas.

Sendo assim, o público-alvo de produtos cujo valor é muito elevado terá, obrigatoriamente, que ser pessoas cujos rendimentos permitam adquirir tais produtos ou serviços.

É de salientar que, muitas vezes, os consumidores sofrem da chamada *peer pressure*, onde são induzidos a consumir algum produto ou serviço por pressão ou por querer imitar o que viram no outro, de forma a *pertencer*. Também a necessidade do produto ou serviço serão condicionantes a ter em conta. (Da Fonseca, 2012, p. 26)

Um indicador muito valorado pelos consumidores é o preço do produto ou serviço. Todavia, em termos de estudo e investigação, este indicador quando isolado não oferece um grande contributo sendo tido apenas como um número. Torna-se, no entanto, mais relevante quando tido como um complemento de outros indicadores como o anteriormente descrito.

O grau de atenção dispendida pelo consumidor também demonstra relevância enquanto indicador. Sabe-se que a atenção do consumidor é superior quando se tratam de compras únicas e de carácter esporádico do que nas compras mais quotidianas onde o consumidor se torna mais distraído. Não é possível ainda desconsiderar o normal grau de atenção individual de cada um, que se altera de pessoa para pessoa.

A marca, como instrumento de identificação do produto também dependerá da importância que o consumidor concreto lhe dá. Esta importância depende, como é óbvio, do conhecimento desta, e da aceitação desta junto da sociedade. (Da Fonseca, 2012, p. 28) Há uma íntima aproximação do indicador marca com o indicador sócio-cultural-económico.

A publicidade corresponde à promoção do produto e é a técnica mais utilizada pelos produtores para que o produto tenha aceitação junto dos consumidores. Torna-se assim um indicador extremamente relevante uma vez que atua a nível emocional e afetivo com base em profundos conhecimentos do comportamento humano, influenciando e infiltrando os pensamentos dos consumidores.

A embalagem é, inúmeras vezes, o motivo que leva o consumidor a comprar o produto ou serviço e como tal tem que ser tido em conta. Se a imagem exterior do produto não for a melhor, a probabilidade é que o consumidor acabe por não o adquirir. Para além disso, em alguns casos, esta imagem poderá estar intimamente associada à própria marca e produto.

A qualidade mostra-se um elemento relevante como mecanismo de comparação entre produtos. O consumidor deverá, assim, ser suscetível de fazer a escolha mais acertada para si.

Todavia, é possível ainda ver este indicador de outra forma. Pois quando se trate de marca reconhecida e cimentada no mercado, tendo garantido a confiança do consumidor, este poderá muitas vezes decidir por um determinado produto tendo apenas em conta este fator de confiança que a marca transmite.

O conhecimento do mercado é também essencial. Este conhecimento não surge apenas com base na experiência pessoal do consumidor, mas também como consequência do conhecimento adquirido por aqueles que o rodeiam. Este conhecimento pode ser de tal forma relevante que conduzirá o consumidor a compreender a licitude ou a ilicitude de certos atos comerciais.

4.5. Direitos dos Consumidores

Dentro do ordenamento jurídico nacional existem uma panóplia de direitos inerentes aos consumidores. Alguns desses encontram-se intimamente ligados com as práticas comerciais desleais que constam deste estudo.

Na esperança de se desenvolver um mercado interno mais unido, têm vindo a surgir políticas legislativas que defendam os consumidores, bem como a própria experiência de compra do consumidor.

Note-se que, não só a legislação europeia tem assegurado a posição do consumidor, também em Portugal a Lei de Defesa do Consumidor tem sido um elemento essencial na proteção dos Direitos dos Consumidores.

4.5.1. Direito à Qualidade dos Bens e Serviços

A lei portuguesa estabelece, nos termos previstos no artigo 4º da Lei de Defesa do Consumidor, que os bens e serviços devem satisfazer as finalidades a que se destinam e a produzir os efeitos que lhe são imputados, segundo o que a própria lei estabelece. Por outro lado, na falta de estatuição legalmente prevista é dada legitimidade às expectativas que o consumidor detém. (dos Santos Ribeiro, 2016, p. 24)

Deste artigo 4º é possível ainda retirar que a satisfação que o consumidor retirará da experiência comercial é apurada pela própria lei.

No sentido deste direito, a Diretiva 1999/44/CE de 25 de Maio, veio garantir a proteção dos consumidores no que respeita à aquisição de bens e serviços de qualidade em qualquer Estado-Membro.

Esta Diretiva suscitou nos consumidores um senso de confiança para realizar compras em qualquer Estado-Membro. Estando cientes da ideia de que se adquirir um bem ou produto num determinado Estado-Membro poderá usar de uma proteção idêntica à que lhe assistia no seu próprio Estado-Membro, na eventualidade de defeito.

Esta proteção, que se estende a todos os Estados-Membros, criam no consumidor uma perspectiva de mercado único onde os seus direitos se encontram assegurados.

Todavia, esta Diretiva, teve como único objetivo proteger as relações de consumo excluindo outro tipo de relações que se possam proporcionar entre as partes. Clarifica-se ainda que esta Diretiva se aplica apenas aos consumidores enquanto pessoas singulares que adquiram os bens e serviços para fins que não sejam profissionais.

Assim, não gozam da aplicação desta Diretiva as pessoas singulares que tenham um fim profissional na aquisição de certos produtos e serviços, nem mesmo as pessoas coletivas que, de certa forma, pudessem ser consideradas consumidoras. (dos Santos Ribeiro, 2016, p. 25)

Esta limitação da Diretiva 1999/44/CE reforçou a necessidade de garantir a conformidade dos bens e dos serviços.

Esta noção de conformidade poderia ser entendida de diversas maneiras mas deverá ser, neste caso, entendida como a *equiparação do é com o que deve ser*. (dos Santos Ribeiro, 2016, p. 24) Mais ainda se acrescenta que a conformidade referida dependerá sempre do contrato, segundo os termos da Diretiva 1999/44/CE.

Assim, é esperado que os profissionais garantam a qualidade dos bens e serviços prestados independentemente do Estado-Membro em que o contrato foi realizado. Na eventualidade de necessitar, o consumidor poderá recorrer à garantia associada ao produto ou serviço, podendo fazê-lo dentro dos prazos estipulados para o efeito. O prazo de garantia constitui assim mais uma proteção à qualidade dos bens e serviços.

4.5.2. Direito à Informação

O Direito à Informação por parte do consumidor surgiu da conceção de que um consumidor bem informado será passível de lidar melhor com situações de conflito que, por vezes, se possam proporcionar nas relações de consumo bem como, impedir que se chegue a um momento de conflito por um todo.

Todavia, com vista a facilitar as relações de consumo entende-se que, não só devem os consumidores ter uma posição de completa abertura à informação, mas também os profissionais, vendedores e produtores devem estar cientes de toda a informação essencial relativa ao produto ou serviço em questão.

Assim, estando todas as partes cientes das informações essenciais devem estas constar dos contratos posteriormente celebrados. Desta forma, uma violação ao direito à informação será sempre claro o que reforça a importância da explicitação deste direito na lei. (Cardoso, 2014, p. 129)

A Lei da Defesa do Consumidor prevê nos artigos 7º e 8º os direitos à informação em geral e à informação em particular, respetivamente. Ora, nestes artigos o legislador pretende dar ênfase ao direito e necessidade dos consumidores a estarem bem informados, reforçando a sua convicção na aquisição dos bens ou serviços bem como diminuindo a noção de fragilidade associada à posição do consumidor perante o profissional.

Esta obrigação de prestar informação estende-se não só ao profissional e vendedor do serviço mas também ao produtor, fabricante, transportador, distribuidor, entre outros. Significa isto que todas as entidades envolvidas na produção/prestação de um determinado bem ou serviço que tenha como destinatário final o consumidor têm obrigação de prestar

informações detalhadas, claras e objetivas, segundo o disposto no artigo 8º da Lei de Defesa do Consumidor.⁶⁵ (Cardoso, 2014, p. 131)

A informação prestada ao consumidor deve ainda respeitar três regras específicas, segundo os termos do artigo 7º da Lei. A informação deverá ser prestada em língua portuguesa, ser lícita e verdadeira, bem como a obrigação de referir no contrato toda e qualquer informação concreta existente em anúncios publicitários.

Importa ainda acrescentar que o direito à informação existe em todas as fases do contrato, isto é, antes, durante e depois da celebração do contrato. (Gravato Morais, 2008, p. 19)

Por sua vez, a violação deste direito, gera uma obrigação de reparação dos danos que constitui também um direito autónomo dos consumidores em si próprio, de acordo com o artigo 12º da Lei de Defesa dos Consumidores.

Todavia, existe uma atenção especial nos casos em que se verifique falta de informação ou quando esta, apesar de prestada, se mostre insuficiente, ambígua ou ilegível.

O legislador permite ao consumidor retratar-se desse contrato, no prazo de sete dias úteis a contar da data de receção do bem, ou da data de celebração do contrato, quando se verifique que esta falha comprometeu a adequada utilização do bem ou serviço. (dos Santos Ribeiro, 2016, p. 27)

Para além das formas de reação acima referidas, o consumidor poderá ainda recorrer ao exercício da livre resolução do contrato.

Sendo assim, e dada que a responsabilidade de prestar informação ao consumidor depende de todos os elementos que constituam esta cadeia que vai desde a produção até à entrega final do produto ou serviço, todos estes elos podem vir a ser solidariamente convocados para responder pelos danos ocorridos. (Cardoso, 2014, p. 132)

Apesar de todos os meios de reação elencados, na maior parte das vezes, estes não chegam sequer a ser acionados pelos consumidores.

⁶⁵ Acrescenta-se que este direito à informação encontra-se intimamente associada com qualquer tipo de venda. Seja esta venda celebrada nos estabelecimentos comerciais comuns ou fora destes, realizada à distância ou de acordo com outros meios.

A nível comunitário, o direito à informação encontra-se previsto no artigo 129-A° do Tratado de Maastricht, bem como no artigo 169° do Tratado de Lisboa. A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia vem também enfatizar a importância deste direito como direito fundamental da ordem jurídica europeia através da conjugação dos artigos 11°, 38° e 53°.

Apesar de estipulado em detalhe e de estar previsto em diversas legislações, o direito à informação continua a ser violado reiteradamente. Cumpre, assim, proceder à harmonização deste direito na União Europeia e tratar com mais eficácia a sua aplicação, que não carece de regulamentação, mas sim de força executória. (Cardoso, 2014, p. 135)

4.5.3. Direito à Proteção dos Interesses Económicos

No âmbito da defesa do consumidor, e com a intenção de proteger cada vez a sua posição de fragilidade em relação ao profissional e eventuais abusos que os mesmos possam cometer, estabeleceu-se o artigo 9° da Lei de Defesa do Consumidor. Resulta deste artigo que *“(o) consumidor tem direito à proteção dos seus interesses económicos, impondo-se nas relações jurídicas de consumo a igualdade material dos intervenientes, a lealdade e a boa-fé, nos preliminares, na formação e ainda na vigência dos contratos.”*

Esta proteção assegura que profissionais não consigam obrigar o consumidor a pagar bens ou serviços que não tenham sido solicitados de forma expressa, como prevê o n° 4 do supramencionado artigo. Obriga ainda, os fornecedores de bens ou prestadores de serviços a respeitar as regras que se comprometeram, sob pena de o contrato celebrado entre as partes passar a estar sujeito ao regime das cláusulas contratuais gerais⁶⁶. Impõe o dever de adotar medidas que tenham em consideração os bens e serviços essenciais, como é o caso da água, gás, eletricidade, entre outros, assegurando uma relação de equilíbrio, como se verifica no n° 8 do anteriormente referido artigo. Garante ainda que os consumidores tomem uma decisão de forma livre, esclarecida e ponderada, não tendo que

⁶⁶ Como estabelece o n° 2 do artigo 9° da Lei de Defesa do Consumidor.

ser alvo de métodos de venda que prejudiquem a sua avaliação consciente da aquisição de determinado produto ou serviço, como se encontra tipificado no n.º 9 do mesmo artigo.

Do ponto de vista comunitário existe expressamente o dever de proteger os interesses económicos dos consumidores, todavia este direito não se encontra explicitamente tipificado. Embora, o artigo 169.º do Tratado de Lisboa lhe faça referência.

5. O Decreto-Lei 57/2008, de 26 de Março

5.1. A Transposição da Diretiva 2005/29/CE

A Diretiva 2005/29/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Março de 2005, relativa às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno, foi transposta para o ordenamento jurídico nacional pelo Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de Março.

O diploma aplica-se à generalidade dos contratos de consumo, uma vez que todos são celebrados na sequência de uma ou mais práticas comerciais, que podem ser leais ou desleais face ao consumidor.⁶⁷ (Menezes Leitão, 2003, p. 163)

Ainda no âmbito da transposição portuguesa, constata-se ainda que o legislador⁶⁸ português, seguiu de perto a Diretiva sobre o regime das práticas comerciais desleais, sem grandes inovações. Desta forma, seria de esperar que a transposição da Diretiva para o ordenamento jurídico nacional fosse efetivada com a máxima urgência com vista a que ocorresse uma verdadeira harmonização do mercado. Todavia, este não foi o cenário real.

Existiu de facto um período de tempo onde se deu uma coexistência de diferentes regimes nos diversos Estados-Membros. Esta realidade foi admitida uma vez que se verificava grande dificuldade de aplicação direta da Diretiva, tendo, por isso, a própria Diretiva prestado autorização para que os Estados-Membros pudessem ultrapassar o período inicialmente previsto para a transposição⁶⁹. A derrogação do prazo de transposição deve ter em conta uma maior e melhor proteção dos consumidores. (Cardoso, 2014, p. 136)

⁶⁷ A proteção contra as práticas desleais constitui “um dos vetores essenciais para a tutela do consumidor.

⁶⁸ O legislador nacional não aproveitou a oportunidade de aprovar o Código do Consumidor, que se encontra por concretizar até aos dias de hoje.

⁶⁹ A derrogação do prazo de transposição da Diretiva, para além do prazo concedido no artigo 19.º da mesma, foi justificada nos termos do artigo 3.º n.º 5 da Diretiva, ao permitir que *por um período de seis anos após 12 de Junho de 2007, os Estados-Membros podem continuar a aplicar disposições nacionais, no domínio sujeito a uma aproximação por força da presente diretiva, que sejam mais restritivas ou prescritivas do que a presente diretiva e que apliquem diretivas que contenham cláusulas de harmonização mínima.*

Contudo, esta permissão concedida pela Diretiva aos Estados-Membros comprometeu o real objetivo e finalidade da Diretiva dificultando a harmonização legislativa e conseqüentemente o funcionamento do mercado. (Cardoso, 2014, p. 137)

5.2. A Necessidade do Decreto-lei 57/2008 de 26 de Março no Ordenamento Jurídico Nacional

Até ao momento da transposição da Diretiva 2005/29/CE para o ordenamento jurídico nacional, a tutela das práticas comerciais desleais encontrava-se a cargo do Direito Comercial. Ora, quando profissionais violassem obrigações ético-profissionais, estes seriam punidos através do Instituto da Concorrência Desleal.

Todavia, este regime anteriormente aplicado apenas visava proteger os profissionais e comerciantes que no desenrolar das suas atividades se vissem lesados pelas práticas de outros profissionais. Desta forma, o consumidor particular, que fosse vítima destas mesmas práticas comerciais não tinha qualquer legitimidade de reação.

Ao que parece, os profissionais e comerciais estariam protegidos de práticas comerciais desleais através do regime imposto pela Concorrência Desleal.

Por contraste, os consumidores não beneficiavam de qualquer proteção mesmo que vissem alguns dos seus direitos, enquanto consumidores, protegidos pelo Direito do Consumidor.

Apesar desta despreocupação com a posição do consumidor no que respeita a práticas comerciais desleais, os ramos do Direito do Consumidor e Concorrência Desleal encontram-se intimamente relacionados. Basta refletir sobre o importante papel que a concorrência tem para garantir a justa escolha do consumidor, podendo mesmo afirmar-se que *a concorrência é o melhor amigo do consumidor*. (dos Santos Ribeiro, 2016, p. 68)

Embora não seja o seu principal objetivo, a concorrência desleal tutelar sempre os interesses dos concorrentes e, como tal, indiretamente irá também assegurar o bom funcionamento do mercado no que respeita aos interesses dos consumidores. Sendo assim, os consumidores estão, também, ao abrigo do regime de Concorrência Desleal, protegidos indiretamente. (dos Santos Ribeiro, 2016, p. 69)

Por todo o panorama supra referido sentiu-se a necessidade de reforçar a confiança dos consumidores na realização dos seus negócios, fossem eles nacionais ou

transfronteiriços, garantindo simultaneamente a concorrência. Esta necessidade foi suprida com o Decreto-Lei 57/2008 de 26 de Março no seguimento da Diretiva 2005/29/CE.

5.3. O Regime das Práticas Comerciais Desleais Pós-Transposição da Diretiva 2005/29/CE

Após a supramencionada análise da Diretiva 2005/29/CE, não se afigura necessária uma exaustiva análise ao Decreto-Lei 57/2008 de 26 de Março uma vez que este se assemelha verdadeiramente a uma cópia quase literal da Diretiva. Pode mesmo considerar-se uma republicação do projeto levado a cabo pelo Parlamento Europeu e Conselho. (dos Santos Ribeiro, 2016, p. 83)

Admite-se, que o legislador poderia ter ido mais além de forma a atingir uma maior relevância jurídica. Todavia, não foi o caso. Podendo, no entanto, verificar-se algumas diferenças entre a Diretiva e respetivo Decreto-lei.

Desde logo verificam-se algumas diferenças ao nível terminológico. O legislador nacional optou por não recorrer ao termo *produto* como se verifica na Diretiva. Esta, ao utilizar o termo *produto*⁷⁰, inclui, *qualquer bem ou serviço, incluindo bens móveis, direitos e obrigações*.

Por sua vez, o Decreto-Lei n.º 57/2008 opta por utilizar o conceito de *bem ou serviço* para o mesmo efeito. Ora, *bem e serviço* é claramente mais restrito que o conceito de *produto*, uma vez que não inclui direitos e obrigações. (Simão, 2012, p. 1017 e 1018)

Assim, será possível considerar-se que o legislador nacional disse menos do que efetivamente queria dizer. Desta forma, e seguindo o pensamento de Hélio T. Rigor Rodrigues, deverá considerar-se aqui também os direitos e obrigações, ainda que não se encontre expressamente previsto no Decreto-Lei.

Torna-se, no entanto, uma vantagem poder analisar o Decreto-lei à luz da Diretiva. Desta forma, mesmo que o legislador nacional tenha restringido algumas normas, por motivos de linguagem, será sempre possível recorrer à Diretiva 2005/29/CE para melhor

⁷⁰ Nos termos do artigo 2º alínea c) da Diretiva 2005/29/CE.

interpretação. Por outro lado, poderá a mesma situação ser encarada como uma dificuldade na aplicação prática do Decreto-Lei.

Também a nível conceitual, o Decreto-Lei 57/2008 opta por se referir às *empresas* enquanto a Diretiva 2005/29/CE se refere aos *profissionais*. Nesta situação, poderá considerar-se que apenas de uma mera diferença terminológica se trata. Desta forma, e voltando a referir a perspetiva de Hélio T. Rigor Rodrigues, poderá considerar-se que os conceitos são equivalentes.

Assim, o regime previsto pelo Decreto-Lei 57/2008 pretende abranger todas as pessoas coletivas ou singulares que desenvolvem uma atividade económica ou negócio no mercado, abrangendo todas as áreas económicas em que existe a prestação de determinado bem ou serviço dirigido aos consumidores. (dos Santos Ribeiro, 2016, p. 83)

O legislador português afastou-se ainda da Diretiva 2005/29/CE ao considerar as práticas contra consumidores especialmente vulneráveis, práticas comerciais desleais em especial. Já a Diretiva compreende estas práticas na cláusula geral.

Desta forma, o legislador nacional parece entender que existem assim três tipos de práticas comerciais. Contudo, esta decisão não parece fazer muito sentido visto que não estamos perante uma *específica forma autónoma de manifestação de uma prática comercial*. (Simão, 2012, p. 1029)

Não se afigura assim uma clara diferenciação dos elementos substanciais ou de outras formas de atuação que justifique a inclusão destas práticas, relativas a consumidores especialmente vulneráveis, no escopo das práticas comerciais desleais em especial. (Morais Carvalho, 2011, p. 189)

Outra disparidade facilmente verificável é o facto de o Decreto-Lei não optar pela enumeração em forma de lista das práticas comerciais desleais em quaisquer situações, como se tem na Diretiva. Todavia, esta diferença é meramente estrutural uma vez que o legislador nacional acrescentou nos artigos correspondentes os exemplos de ações que se consideram enganosas ou agressivas em qualquer circunstância.

Assim, no artigo 8º do Decreto-Lei 57/2008 constam 26 exemplos de práticas comerciais enganosas, enquanto o artigo 12º enumera 8 situações que se considerarão desleais em qualquer caso.

6. Os Interesses Económicos dos Consumidores

6.1. Serão as práticas comerciais desleais suscetíveis de afetar interesses económicos?

Apesar de todos os esforços feitos com intenção de se obter um mercado interno em perfeita harmonização, são ainda vários os entraves que se colocam.

As práticas comerciais desleais constituem em si próprias um obstáculo de relevo ao bom funcionamento do mercado interno. Estas, sejam caracterizadas como agressivas ou enganosas, são contrárias à diligência profissional instituída e são capazes de alterar o comportamento económico do consumidor e, conseqüentemente, o mercado económico. (Cardoso, 2014, p. 28) O mesmo significa que não estão apenas em causa os interesses pessoais e individuais de cada consumidor, mas também os interesses coletivos da concorrência.

Questiona-se, neste seguimento, se as práticas comerciais desleais serão suscetíveis de afetar os interesses económicos dos consumidores? Do artigo 5º da Diretiva 2005/29/CE resulta uma proibição de prática comercial desleal, mais especificamente, uma proibição de uma prática que distorça ou seja suscetível de distorcer o comportamento económico dos consumidores. Ora, a necessidade de estatuição deste artigo, por si só, já responde à questão colocada.

Mais se acrescenta, que esta distorção de comportamento se traduz na tomada de decisão do consumidor em efetuar uma transação económica, para obtenção de um produto ou serviço, que de outra forma não teria tomado. O que reforça a alínea e) do artigo 2º da anteriormente referida Diretiva.

Realça-se, também, que um dos principais objetivos da Diretiva 2005/29/CE é exatamente o de proteger os interesses económicos dos consumidores. Este conceito de *interesses* tem, neste contexto, um carácter muito vasto podendo tratar-se de avultados danos sofridos pelos consumidores como é o caso de avultados ganhos para os profissionais.

O consumidor deverá em qualquer momento da transação comercial, seja ele na fase pré-contratual, contratual ou pós-contratual, ver garantido o seu direito de tomar uma decisão de transação de forma livre, esclarecida e ponderada. Caso se prove que esta decisão foi comprometida por práticas desleais pela parte dos profissionais esta decisão encontra-se inteiramente viciada. O consumidor tomou uma decisão de transação sem

conhecer de todos os elementos ou conhecendo-os de forma moldada pelos profissionais. Esta manipulação dos profissionais vem toldar o discernimento dos consumidores levando-os a tomar uma postura que de outra forma não tomariam, ou seja, distorcendo o seu comportamento. Esta distorção irá diretamente impactar os seus interesses económicos uma vez que a decisão tomada não foi livre, esclarecida e ponderada. Como tal, os direitos que lhe assistem no que respeita ao direito à informação, à proteção dos seus interesses e ademais, foram violados.

Assim, conclui-se que esta prática comercial desleal levou a uma tomada de decisão por parte do consumidor. Decisão esta que foi influenciada, positiva ou negativamente, por parte de profissionais e que, possivelmente, continuará a ser determinante em decisões pós-contratuais.

A Diretiva 2005/29/CE inclui no seu âmbito de aplicação as práticas comerciais desleais, no seu artigo 3º nº 1, que tenham lugar em momento anterior à decisão de transação bem como na fase contratual e pós-contratual. Entende-se que *uma decisão comercial pode ocorrer em diversos momentos e não pode ser reduzida à mera decisão de aquisição*⁷¹.

Todavia, levanta a doutrina⁷² muitas questões no que respeita à efetiva inclusão das práticas comerciais desleais num momento pós-transação. Entende-se que, neste ponto, a prática comercial desleal já não será suscetível de influenciar a decisão de transação do consumidor. De facto, a decisão já estaria tomada e conseqüentemente, a linha de pensamento leva a crer que, nesta fase, as práticas comerciais desleais já não terão repercussões diretas no comportamento económico do consumidor. (Abrunhosa, 2011, p. 77)

Porém, não se poderá também entender que, apesar de uma prática comercial desleal se impôr ao consumidor em fase pré-contratual ou contratual, esta terá repercussões na reação do *consumidor médio*? E, neste sentido, não será de esperar que se possa

⁷¹ Segundo as conclusões retiradas do Processo C-122/10, parágrafo quadragésimo segundo, pelo Advogado-Geral Paolo Mengozzi.

⁷² Veja-se os artigos de Geraint Howells, Annette Nordhausen, Deborah Parry, Christian Twigg-Flesner que compõe o The Yearbook of Consumer Law do ano de 2007.

determinar esta reação como uma projeção de uma prática comercial desleal em fase pós-contratual? Veja-se, por exemplo, o caso das servidoras de telecomunicações que impõe, muitas vezes, de forma desproporcionada, barreiras aos consumidores no que respeita à possibilidade de alteração de prestador de serviço de telecomunicações. Outro exemplo, é o da venda porta-a-porta, onde os profissionais procedem a visitas ao domicílio dos consumidores, ignorando muitas vezes o pedido daquele para que o profissional se vá embora e até mesmo não volte⁷³. Estas práticas consideradas desleais têm, como provado, lugar numa fase pós celebração do contrato e pós tomada de decisão de transação mas serão estas capazes de alterar o comportamento económico dos consumidores?

Ora, um exemplo claro desta alteração de comportamento será a do consumidor-devedor que se vê vítima de pressão psicológica indevida quando nas mãos de uma agência de cobrança de dívidas. Esta, que já é considerada uma prática comercial agressiva pós-venda em diversos países, como é o caso da Polónia e Eslováquia, tem como pretensão induzir em erro o consumidor-devedor quanto à dimensão e gravidade das consequências que enfrentaria caso não liquidasse a dívida naquele momento⁷⁴. Certamente que, após esta experiência abusiva, o consumidor poderá acabar por tomar decisões que, de outra forma, não tomaria. Para além disso, o consumidor ficará ainda mais com uma sensação de posição de fragilidade no que respeita à agência de cobrança de dívida mas também, futuramente, em outras relações comerciais que se proporcionem.

Desta forma, e contrariando a doutrina de G. Howells, A. Nordhausen, D. Parry e C. Twigg-Flesner, entende-se que, existe sim a suscetibilidade dos consumidores sofrerem de uma prática comercial desleal após a tomada decisão de transação. Mas também, que esta prática comercial desleal é capaz de ter repercussões no comportamento e alterar substancialmente os interesses económicos destes mesmos consumidores.

⁷³ Esta é considerada uma prática comercial agressiva e encontra-se explícita no Ponto 25 do Anexo I da Diretiva 2005/29/CE.

⁷⁴ Exemplo fornecido pelo Guidance on the Implementation of Directive 2005/29/CE on Unfair Commercial Practices de 25 de Maio de 2016, Bruxelas.

6.2. Instrumentos Legais de Proteção do Consumidor

A Diretiva 2005/29/CE estabelece expressamente no seu artigo 13º que é função de cada Estado-Membro a determinação das sanções a aplicar no caso de incumprimento do regime implementado pela referida Diretiva, bem como todo o procedimento de aplicação das medidas necessárias para o efeito. Acrescenta ainda que, apesar de oferecer esta liberdade a cada ordenamento jurídico, devem as sanções aplicadas ser efetivas, proporcionais e dissuasivas.

Ora, esta *liberdade* de sancionar oferecida a cada Estado-Membro confere um carácter flexível à Diretiva 2005/29/CE. Por um lado, deixa margem a cada ordenamento jurídico de sancionar de acordo com os seus costumes e jurisprudência. Por contraste, relembra-se que um dos objetivos principais da suprarreferida Diretiva é o da harmonização máxima desta entre os Estados-Membros. Não será então esta uma incoerência astronómica? Não estará aqui a própria Diretiva a abrir espaço para gerar uma indefinição entre os Estados-Membros?

Defende-se que este artigo 13º da Diretiva 2005/29/CE desmoraliza completamente aquele que é um dos principais objetivos da mesma. Ao invés de assegurar a harmonização total da Diretiva pelos diversos regimes existentes nos Estados-Membros, este resulta numa harmonização debilitada que conseqüentemente conduzirá a uma sensação de insegurança jurídica.

Neste sentido, o ordenamento jurídico português reforçou esta confiança nos consumidores ao criar e aplicar mecanismos de reação a que os mesmos podem recorrer na eventualidade de incumprimento por parte de profissionais e prestadores de bens ou serviços. Fê-lo na forma do Decreto-Lei 57/2008 de 26 de Março aquando da transposição da Diretiva 2005/29/CE para o ordenamento jurídico nacional.

Ora, o Decreto-Lei apresenta diversos tipos de reação como forma de colmatar as inúmeras práticas comerciais desleais o que, conseqüentemente, levará uma panóplia de possíveis sanções.

6.2.1. Os Regimes da Invalidez Contratual

O artigo 14º do Decreto-Lei 57/2008 estabelece que os contratos celebrados sob influência de práticas comerciais desleais devem ter sido como inválidos. Realça-se que,

esta invalidade está inteiramente dependente de solicitação por parte do consumidor, de acordo com a remissão estabelecida para o artigo 287º do Código Civil.

Esta possibilidade de suscitar a invalidade de um contrato fornecida aos consumidores por parte do Decreto-Lei, surgiu pela constatação de que contratos estariam a ser elaborados de forma deficiente e sob a reiterada influência de práticas comerciais desleais. Os profissionais recorriam constantemente às mais variadas técnicas comerciais como forma de compelir os consumidores a adquirirem os bens, não atendendo à verdadeira qualidade do bem ou serviço nem sequer aos interesses económicos dos consumidores em questão.

Sendo assim, a validade do negócio irá sempre intimamente depender do cumprimento deste critério de lealdade das práticas comerciais desleais em todas as fases do perímetro contratual. (dos Santos Ribeiro, 2016, p. 90)

No nº 1 deste referido artigo 14º é referido o recurso à anulabilidade. Poderá neste ponto questionar-se o porquê de recorrer ao regime da anulabilidade ao invés da nulidade. Ora, entendem-se que estão primordialmente em causa interesses privados e, como tal, o regime de anulabilidade torna-se o mais adequado. (Cristas, 2007, p. 154) O regime de nulidade afigurava-se demasiado oneroso e acabaria por ser deixado para trás pelos consumidores.

Assim, ao consumidor é conferida legitimidade para arguir a anulabilidade do contrato, destruindo todos os seus efeitos negociais e tomando rédeas dos seus próprios interesses.

Em semelhança aos regimes do erro, coação e da usura, o regime da anulabilidade permitirá que o consumidor lesado avalie se deverá invalidar, modificar ou até mesmo reduzir o conteúdo do contrato celebrado na sequência de uma prática desleal. (Cristas, 2007, p. 154)

Porém, é de referir que a solução que permite a modificação do contrato, instaurada pelo nº 2 do já referido artigo 14º, deve ser considerada pouco conforme com a natureza das práticas comerciais desleais. Esta opção levanta diversos problemas desde logo porque deixa nas mãos dos consumidores a possibilidade de reparação de um contrato que ficará completamente dependente do sentido de justiça que o mesmo detém. (dos Santos Ribeiro, 2016, p. 93) Ora, esta possibilidade deixa o consumidor numa posição de bastante responsabilidade, onde se apela ao bom senso e a competências que muitas vezes estes não possuem.

Para além de toda a problemática apresentada, esta solução legislativa não parece penalizar o profissional. Pelo contrário, parece beneficiar o profissional praticante do ato comercial desleal ao reparar o contrato inicial inválido por um válido com o mesmo consumidor.

Desta forma, levanta-se dúvidas no que respeita à verdadeira aplicabilidade desta solução bem como ao seu carácter não sancionatório.

Também a referida redução fornecida pelo nº 3 do mesmo artigo suscita diversas questões. Desde logo, a opção pela redução tem obrigatoriamente que ter em conta o critério da vontade conjetural das partes (Mota Pinto, 1999, p. 625). O mesmo significa que se irá avaliar a vontade hipotéticas das partes face aos elementos apresentados e ao critério geral da lealdade e boa-fé.

Assim, se se concluir que as partes, sabendo da invalidade de determinadas cláusulas pertencentes ao contrato inicialmente celebrado, teriam tomado a mesma decisão de transação, deverá o contrato ser suscetível de redução, nos termos do artigo 14º nº 3 do Decreto-Lei 57/2008 de 26 de Março.

Por outro lado, se a mesma vontade não se verificar, deverá o contrato ser tido como inválido na sua totalidade, recorrendo-se ao estabelecido no nº 1 do mesmo artigo 14º. Ora, este nº 1 constitui uma verdadeira contradição ao regime fixado pelo artigo 292º do Código Civil que introduz a noção de um contrato parcialmente inválido.

Deste modo, no que concerne ao regime das práticas comerciais desleais o nº 3 do artigo 14º do Decreto-lei 57/2008 configura uma exceção ao previsto no artigo 292º do Código Civil. Neste sentido, o legislador deposita no consumidor total liberdade de escolha entre a invalidade absoluta do negócio jurídico ou a sua mera redução, ainda que se prove que o contrato não teria sido celebrado sem a parte viciada. (Cardoso, 2014, p. 201) Esta parece constituir a verdadeira penalização do profissional, a de não poder ter mão no próprio negócio jurídico celebrado. Mas não será esta uma situação análoga à da modificação? Não estará o legislador a ser demasiado brando com os profissionais que agirem em desconformidade com a lei? Estarão os verdadeiros interesses dos consumidores a ser assegurados com estas sanções que parecem carecer de natureza sancionatória?

Entende-se o recurso a este regime de invalidade parcial, dando-se aplicação ao princípio consagrado pela lei do *favor negotii* que privilegia a manutenção da parte sã do negócio. Todavia, a Diretiva 2005/29/CE estabelece expressamente no seu artigo 13º que, apesar de oferecer liberdade a cada ordenamento jurídico para a determinação das sanções

a aplicar no caso de incumprimento do regime implementado pela referida Diretiva, estas sanções aplicadas devem ser dissuasivas. Ora, esta possibilidade de modificação e redução dos contratos influenciados por práticas desleais não parecem respeitar esta premissa de dissuasão. Pelo contrário, parecem incentivar à reiterada prática de técnicas desleais por parte dos profissionais que, com sorte, apenas terão os seus negócios jurídicos modificados ou reduzidos.

Se por um lado o legislador nacional demonstra fé e confiança nas competências e bom senso dos consumidores, por outro demonstra falta de assertividade para com a parte abusiva que é a dos profissionais. Apesar de todos os esforços feitas para garantir a equidade de partes na celebração de negócios jurídicos sabe-se bem que a parte mais débil será sempre a do consumidor, e, como tal, não se entende esta falta de firmeza ao estabelecer as sanções relativas à invalidade.

6.2.2. Responsabilidade Civil pelos Prejuízos Causados

O legislador português institui no artigo 15º do Decreto-Lei 57/2008, como sanção dos profissionais, a obrigatoriedade de ressarcimento dos consumidores pelos danos provocados por efeitos de uma prática comercial desleal. Esta medida não vem trazer qualquer tipo de surpresa ou inovação uma vez que, em termos gerais, na eventualidade de ocorrer a prática de um facto ilícito, o autor deste facto incorre em responsabilidade civil e deverá reconstituir a situação existente antes da ocorrência do facto. O anteriormente descrito advém diretamente da norma prevista no artigo 562º do Código Civil.

Sendo assim, o legislador parece fazer uma mera remissão a este artigo e aplicando-o às práticas comerciais desleais, onde os danos ocorrem na esfera jurídica do consumidor.

O dano é a perda *in natura* que o lesado sofreu e, no caso das práticas comerciais desleais o consumidor terá que ser indemnizado, tendo em conta o comportamento do profissional que recorreu a técnicas desleais e, bem assim, provocou o dano. Por dano deverão entender-se não só os danos emergentes denominados também por danos patrimoniais, mas também os lucros cessantes e danos insuscetíveis de avaliação pecuniária como é o caso das possibilidades perdidas e expectativas logradas. (Cardoso, 2014, p. 212)

Esta configura a verdadeira sanção dos profissionais que deverão ressarcir os lesados pelos danos patrimoniais causados, nos termos do artigo 564º do Código Civil,

bem como indemnizar pelos benefícios que o consumidor deixou de ganhar em virtude da lesão, segundo o previsto no artigo 566º do Código Civil.⁷⁵

O valor de indemnização será, contudo, sempre dependente do artigo 14º do Decreto-Lei e consoante o contrato celebrado seja considerado inválido ou parcialmente inválido. Assim, em caso de invalidade total a indemnização deverá ser calculada de acordo com o interesse contratual negativo, enquanto que se o contrato não for anulado, a indemnização deverá ser limitada ao interesse contratual positivo. (Menezes Leitão, 2003, p. 44)

6.2.3. A Ação Inibitória

A ação inibitória é o último meio de reação contra as práticas comerciais desleais fornecido pelo Decreto-Lei 57/2008 fixado no artigo 16º. Este, já se encontrava de igual forma fixado na Lei da Defesa do Consumidor nos termos do artigo 10º que assegura o direito dos consumidores em recorrer à ação inibitória de forma a *prevenir, corrigir ou fazer cessar práticas lesivas dos direitos do consumidor*.

Torna-se importante referir a menção do que o artigo 16º do Decreto-Lei faz à possibilidade de todos⁷⁶ os que tenham um interesse legítimo poderem intentar uma ação inibitória como forma de oposição a práticas comerciais desleais. Ora, se até ao momento se analisou meios de reação individuais, este apresenta-se como um meio de reação que abre espaço para que se façam ouvir outros consumidores que sentirem também estes os seus interesses violados, desde que se provem legítimos.

Assim, deixa-se de se referir meramente a tutela de interesses individuais e começa a incluir-se a tutela de interesses coletivos. O mesmo acontece dado o carácter dos interesses em causa, interesses difusos, que resultam de uma afirmação de interesses da sociedade. (Teixeira de Sousa, 2004, p. 43)

⁷⁵ Realça-se que havendo possibilidade reconstrução natural dos danos esta deverá sempre ter preferência. Não sendo esta possível o ressarcimento deverá ser dado em espécie através de indemnização em dinheiro.

⁷⁶ Atente-se que esta legitimidade não assiste literalmente a todos os cidadãos mas aqueles que sejam titulares do interesse difuso e mantenham uma relação pessoal ou estatutária com o mesmo.

Neste âmbito, os direitos dos consumidores não irão pertencer apenas aos próprios consumidores individuais mas serão extensíveis a todos os consumidores no seu conjunto. (Cardoso, 2014, p. 224) Esta abrangência apenas é admitida pelo carácter preventivo e ao mesmo tempo repressivo da norma instituída pelo artigo 10º da Lei de Defesa do Consumidor bem como, pelo natureza difusa dos interesses em causa.

Desta forma, tem legitimidade para intentar uma ação inibitória um grupo muito mais vasto do que o que seria normalmente admitido pelo artigo 30º do Código de Processo Civil.

Este meio de reação, de acordo com a sua finalidade, não deixa de ser uma ação declarativa de condenação, onde se pretende condenar o profissional que agiu em desconformidade com aquelas que se admitem serem as regras de conduta para a prática de relações comerciais. Seja este ato do profissional por meio de ação ou omissão conduziu a uma violação dos interesses dos consumidores. (dos Santos Ribeiro, 2016, p. 103)

Esta ação impõe ao profissional uma obrigação de comportamento que se compromete, no futuro, a atender. (Cardoso, 2014, p. 231) Realça-se, no entanto, que não deverá esta ação ser confundida com o caso das providências cautelares. Enquanto que nas providências cautelares se assiste à existência de um perigo de dano, na ação inibitória parte-se de de factos que já ocorreram e que se pretende impedir que ocorram novamente em situação semelhante, ou seja, existe perigo de ilicitude.

A ação inibitória vem, realmente, trazer uma nova dimensão de interesses de consumidores. Contudo, a verdadeira surpresa assenta na possibilidade de também os profissionais concorrentes poderem integrar este grupo de legítimos lesados. Este é, sem dúvida, um grande passo para os profissionais diretamente concorrentes que atuam pelas técnicas legais de venda e que se vêm muitas vezes injustiçados com a incapacidade de competir com profissionais desleais.

Neste caso, o legislador adotou uma medida que veio revolucionar toda a dinâmica do mercado único e não apenas uma mera relação de consumo. Assim, é de louvar esta atribuição de legitimidade aos profissionais concorrentes, que se poderão mostrar uma peça chave no combate à propagação das práticas comerciais desleais.

Em nota crítica, acrescenta-se que, apesar desta norma ser notoriamente benéfica para o mercado interno constitui, também, ela mesma, uma incongruência em relação a um dos principais objetivos da Diretiva 2005/29/CE. A Diretiva pretende harmonizar as relações de consumo no mercado interno através de legislação, harmonização de conceitos e globalização da proteção do consumidor, todavia, é confrontada com a necessidade

acrescida de proteger os interesses legítimos dos concorrentes. Sendo assim, é objetivo direto da Diretiva proteger os interesses económicos dos consumidores e, indireto, o de assegurar os interesses económicos dos concorrentes. Deve, contudo, ter-se em consideração que o Decreto-Lei, que batalha pelos mesmo objetivos da Diretiva, apenas faz referência a *concorrentes* no seu artigo 16º. Suscita-se, então, a presença de uma incongruência entre a Diretiva e o Decreto-lei que a transpôs.

Assim, apesar da Diretiva ter sido minuciosamente transposta para o ordenamento jurídico português através do Decreto-Lei 57/2008, este não teve outra opção senão a de tornar flexível esta legitimidade de reação em relação a práticas comerciais desleais numa tentativa de garantir uma legislação una e capaz de se defender dos constantes ataques da *sociedade de consumo*. (Pegado Liz, 2007, p. 21)

7. A Proteção da Concorrência

7.1. Uma breve análise à Concorrência Desleal

Na segunda metade do século XIX surgiu, em França, o Instituto da Concorrência Desleal. Este instituto foi resultado de uma necessidade eminente de reprimir atos de concorrência desleais.

Assim, recorrendo ao regime de responsabilidade civil extracontratual, começou a implementação da repressão de atos de concorrência desleal que, pela sua ilicitude, poderiam advir também do exercício abusivo de direitos. (Couto Gonçalves, 2015, p. 361)

Em Portugal, as ofensas à concorrência fixaram-se pela Lei Portuguesa da Propriedade Industrial no seu artigo 5º e artigo 201º, onde o legislador enumera um leque de atos desleais.

Embora o Instituto da Concorrência Desleal tenha surgido em França, foi o modelo Alemão que acabou por prevalecer graças à instauração de uma cláusula geral de ato desleal que responsabilizava todos os que praticassem atos comerciais que violassem os bons costumes e a concorrência. Esta cláusula sofreu diversas adaptações ao longo do tempo e, se no início a concorrência desleal se encontrava quase exclusivamente ligada ao processo de industrialização e proteção dos concorrentes, rapidamente foi adotado um novo enquadramento que incorporava o interesse geral que incluía os interesses dos consumidores. (dos Santos Ribeiro, 2016, p. 107)

Desta forma, Portugal seguiu o exemplo da Alemanha e adotou uma cláusula geral que efetiva a definição de concorrência desleal e criou uma *blacklist* de atos que consigram práticas desleais.⁷⁷

A cláusula geral de concorrência desleal encontra-se fixada no artigo 317º do Código de Propriedade Industrial. Esta cláusula exige a verificação de três pressupostos, cumulativos, de modo a considerar que determinado ato é desleal.

⁷⁷ O sistema português foi fortemente influenciado pelo modelo profissional, o que significa que não prescinde de que exista uma relação de concorrência entre os sujeitos, o que não acontece no sistema alemão que lhe serviu de base.

Primeiramente, é necessário que se prove a existência irrefutável de um ato de concorrência, isto é, que o ato foi cometido por dois agentes económicos com capacidade para influenciar o mercado, que comercializam⁷⁸ algo idêntico, dirigindo-o à mesma clientela, de forma atual e efetiva, no mesmo espaço territorial. (Couto Gonçalves, 2015, p. 371)

De seguida, exige-se que este ato se mostre contrário às normas e usos honestos. O mesmo significa que, para além de um óbvio controlo normativo, o legislador implementa ainda um controlo ético sobre os atos de concorrência.

Por fim, o legislador acrescenta que este ato de concorrência poderá estar associado com qualquer tipo de atividade económica, abrangendo uma panóplia de atividade de fornecimento de produtos ou prestação de serviços.⁷⁹

Torna-se assim possível, neste ponto, perceber que existem dois prismas distintos a que é necessário atender: o da defesa do concorrentes, fixada pelo Código de Propriedade Industrial e o da defesa dos consumidores, consagrada pela Diretiva 2005/29/CE⁸⁰. Se até ao momento se haviam referidas as intenções da Diretiva em atingir a harmonização total, pela observação de uma profunda separação de regimes será mais adequado referir-se a esta como uma harmonização parcial. (Oliveira Ascensão, 2007, p. 128) A harmonização das práticas desleais contra os concorrentes parece ter sido adiada para uma segunda fase.

No plano de harmonização entre a Diretiva e o artigo 317º do CPI não existe muito a acrescentar uma vez que o Considerando 6 da referida Diretiva expressamente estabelece que não abrange nem afeta legislações nacionais relativas a práticas comerciais desleais. (Simão, 2012, p. 1041)

⁷⁸ Produzem um bem ou prestam um serviço.

⁷⁹ Excluem-se atividades puramente culturais, políticas e religiosas. (Couto Gonçalves, 2015, p. 374)

⁸⁰ Posteriormente transposta para o ordenamento jurídico nacional por via do Decreto-Lei 57/2008 de 26 de Março.

7.2. Concorrência Desleal e a sua relação com o Direito do Consumo

O regime da concorrência desleal, tal como todos os regimes, ao longo do tempo tem vindo a evoluir. Esta evolução, no caso concreto, encontra-se intimamente relacionada com a necessidade de integração dos interesses gerais neste regime onde o foco sempre foi os interesses dos concorrentes. Ora, esta necessidade surgiu pela constatação de que um ato de concorrência desleal atinge muito mais do que apenas os interesses dos concorrentes e que deveriam também ser tomados em consideração os interesses dos consumidores.

Veja-se, a título de exemplo, as normas referentes à indução em erro, consagradas nas alíneas d), e) e f) do nº 1 do artigo 317º do CPI. Sabe-se que o pretendido neste artigo é assegurar a concorrência, todavia, não é possível ignorar o facto de o consumidor se tornar, neste caso, um mero *veículo de transporte* para atingir a concorrência. Na medida em que os profissionais recorrem a atos enganosos contra os consumidores com o intuito de criarem uma condição mais favorável para si próprios.

Assim, conclui-se que *induzir em erro o consumidor é uma maneira desleal de fazer concorrência*. (Oliveira Ascensão , 2007, p. 84)

Por este motivo, percebe-se a estreita ligação entre este regime de concorrência desleal e o Direito do Consumidor. Ainda que, quando os interesses dos consumidores se provem lesados não seja possível recorrer ao regime de concorrência desleal uma vez que estes não se encontram tutelados diretamente neste regime. O mesmo significa que, recorrendo ao exemplo da indução em erro, o engano do consumidor não constitui o interesse jurídico protegido. O que se protege são os concorrentes e a proibição de que outros profissionais obtenham vantagens na concorrência por recurso a atos enganosos. (Man, 2014, p. 79)

Questiona-se se não seria de interesse a criação de um regime única que tivesse em mente a integração dos interesses de todos, dos concorrentes, dos consumidores e do interesse geral do mercado. Um regime ramificado mas coerente e que fosse suscetível de garantir o bom funcionamento do mercado e as posições que cada um ocupa neste.

8. Regime das Práticas Comerciais Desleais: Proteção do Consumidor vs Proteção do Mercado

O regime das práticas comerciais desleais integra-se, inequivocamente, no domínio do Direito do Consumo, seja na Diretiva 2005/29/CE, seja no Decreto-Lei 57/2008. Conforme anteriormente concluído, este regime afasta-se expressamente do regime de concorrência desleal que não visa tutelar os interesses dos consumidores em nenhum patamar.

Recuando até à década de noventa, foram feitos esforços por parte da Comissão Europeia e do Parlamento Europeu para que se fixasse regulamentação comunitária de Concorrência Desleal. Estes esforços tinham como objetivo a harmonização de legislação europeia sobre esta disciplina. No entanto, este projeto de regulamentação comunitária foi abandonado por resistência de países como o Reino Unido e a Irlanda que aplicam um regime de concorrência desleal diferente. (Menezes Leitão A. , 2011, p. 266)

Desta forma, e uma vez que o projeto que visava a regulamentação comunitária da concorrência desleal caiu por terra, parece ter-se substituído este por um projeto de harmonização do regime de práticas comerciais desleais através da Diretiva 2007/29/CE. Assim, não podendo por uma via proteger os interesses dos concorrentes e o funcionamento do mercado, recorreu-se aquela que aparenta ser a segunda melhor opção: defender diretamente os interesses dos consumidores e colocando, mesmo que em segundo plano e como objetivo indireto, a defesa dos interesses da concorrência.

O regime de práticas comerciais desleais surge como uma forma de ultrapassar a dificuldade sentida em regular a Concorrência e adotou-se o sentimento de que ao regular as práticas comerciais que lesam os interesses económicos dos consumidores estarão também a ser regulados indiretamente as práticas comerciais que afetam os concorrentes.

Apesar de não poder ser considerada uma vitória plena para o regime da Concorrência Desleal, o projeto de harmonização das práticas comerciais desleais através da Diretiva reduziu as mais gritantes disparidades entre os ordenamentos jurídicos dos diversos Estados-Membros e como tal poderá considerar-se esta a principal realização comunitária em matéria de Concorrência Desleal. (Simão, 2012)

Deste modo, apesar do objetivo primordial da Diretiva 2005/29/CE fosse o de criar um nível de regulação comunitária uniforme e assegurar os interesses privados dos

consumidores, não se poderá considerar que esta foi a única perspectiva a ter em causa. Existe implicitamente um objetivo de atingir o mercado interno.

Neste sentido, questiona-se se a defesa dos consumidores não terá sido utilizado como um mero instrumento para atingir objetivos políticos e económicos. (Man, 2014, p. 153) Terá a Diretiva a sua génese em interesses económicos e financeiros? Terá a Comissão Europeia e Parlamento Europeu privilegiado a tutela geral da concorrência disfarçando-a de Diretiva de Práticas Comerciais Desleais?

É certo que o regime das práticas comerciais desleais não incide apenas sobre a proteção dos interesses dos consumidores e terá, por isso, uma posição mais abrangente. Para além de assegurar a defesa dos consumidores, contribuiu para o bom funcionamento do mercado interno e ainda evita a distorção da concorrência. (Man, 2014, p. 247 e 248) No entanto, para a Europa, parece que o bom funcionamento do mercado encontra posição privilegiada nesta lista de objetivos a atingir, enquanto que *a proteção dos consumidores apenas será sustentada enquanto permitir o fortalecimento do mercado interno*. (Cristas, 2007, p. 159) Esta ordem de ideias leva a questionar se, numa situação que se presente, fosse necessário escolher entre a proteção do consumidor ou a proteção do mercado interno, qual dos dois prevaleceria? A resposta parece evidente. Mais do que assegurar a proteção individual de um consumidor num ato de consumo em sentido estrito, o regime pretende assegurar o direito das relações de mercado de carácter coletivo. (dos Santos Ribeiro, 2016, p. 117)

9. O Surgimento do Digital Services Act Package

Com a evolução da tecnologia e a expansão de todo o tipo de serviços para o mundo digital, a Comissão Europeia não tem outra opção senão a de adaptar-se a estas recentes e inovadoras plataformas. Assim, verifica-se uma constante preocupação em desenvolver e apresentar propostas que regulem os serviços digitais assegurando não só a concorrência como a proteção dos direitos fundamentais dos seus utilizadores, *id est*, dos consumidores.

Desde a adoção da Diretiva 2000/31/CE¹ relativa ao comércio eletrónico, grande parte da sociedade da informação que mudou e evoluiu, verificando-se, conseqüentemente, uma enorme mudança na vida quotidiana dos cidadãos da União. Estas vieram moldar e transformar a forma como os cidadãos comunicam, estabelecem contacto, consomem e exercem as suas atividades económicas.

Desta forma, a 15 de Dezembro de 2015, a Comissão Europeia apresentou um *Digital Services Act Package* composto por duas propostas de legislação: o *Digital Services Act*⁸¹ e o *Digital Markets Act*⁸². Ambos no âmbito do plano de estratégias a desenvolver para o Mercado Único Digital e visando a criação de um espaço digital mais seguro. (Madiega, 2021, p. 1)

Estas propostas, inspiradas no direito europeu da concorrência, estabelecem uma panóplia de deveres a ser respeitados pelas empresas e serviços digitais, sendo o seu cumprimento assegurado por novas autoridades nacionais bem como pela Comissão. (Noel Brito e Gouveia e Melo, 2020, p. 1)

Estas regras vêm complementar o direito europeu da concorrência e representam um *novo paradigma na regulação dos serviços digitais de União Europeia*. Entende-se que estas medidas serão suscetíveis de impactar profundamente a vida quotidiana das empresas bem como dos consumidores que a estas recorrem.

⁸¹ Também denominado por DSA.

⁸² Também denominado por DMA.

9.1. *Digital Services Act*

O *Digital Services Act* tem como principal objetivo promover um ambiente de transparência e segurança, tanto para os consumidores como para os empresários digitais, responsabilizando estes últimos bem como toda a diversidade de trabalhadores de serviços digitais. A estes acrescentam-se todos os que fazem a ponte de ligação entre o consumidor e os bens, serviços e conteúdos digitais. Esta responsabilidade é também imputada às plataformas online.

Uma vez adotado este novo regime irá assistir-se a uma reforma dos direitos e obrigações de toda a conjuntura do mundo digital. Desde os fornecedores de serviços digitais, utilizadores em linha, clientes e utilizadores empresariais na União Europeia. (Madiaga, 2021, p. 2)

Assim, são implementados um amplo conjunto de deveres para os prestadores de serviços digitais que incluem⁸³ obrigações de *Know Your Customer*, remoção de conteúdo ilícito disponibilizado *online*⁸⁴, maior transparência no que respeita a publicidade *online*⁸⁵ bem como aos algoritmos de recomendação de conteúdo dos consumidores⁸⁶, facilitação do acesso das autoridades aos dados essenciais de funcionamento das plataformas⁸⁷, entre outros.

Os deveres acima mencionados serão supervisionados por autoridades reguladoras que cada Estado-Membro terá a legitimidade de designar, bem como um *Digital Services Coordinator* que deverá agir como coordenador independente de serviços digitais⁸⁸. Estes

⁸³ in Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo a um mercado único de serviços digitais (Regulamento Serviços Digitais) e que altera a Diretiva 2000/31/CE, de 15 de Dezembro de 2020.

⁸⁴ Segundo os termos do artigo 8º da referida proposta legislativa.

⁸⁵ Segundo o fixado no artigo 30º da referida proposta legislativa.

⁸⁶ Segundo o consagrado no artigo 57º da referida proposta legislativa.

⁸⁷ Segundo o estabelecido no artigo 9º da referida proposta legislativa.

⁸⁸ Segundo o disposto no artigo 38º da referida proposta legislativa.

últimos terão poderes específicos de fiscalização, receber reclamações, cooperar com coordenadores de outros Estados-Membros e participar de investigações conjuntas⁸⁹.

Para além das autoridades referidas será ainda criado um Conselho Europeu de Serviços Digitais como forma de garantir a eficácia e coerência da aplicação da nova legislação bem como da coordenação de todos os serviços⁹⁰. Este Conselho seguirá o exemplo de outras entidades de coordenação já existentes como é o caso das áreas da concorrência, energia ou comunicações, às quais serão conferidas competências de investigação e sancionatórias. (Noel Brito e Gouveia e Melo, 2020, p. 3)

9.2. *Digital Markets Act*

A proposta legislativa *Digital Markets Act* foi projetada para criar um ambiente mais justo no âmbito do Mercado Digital e consiste em plataformas *online* que garantem a responsabilização dos serviços digitais pelo conteúdo partilhado pelos mesmos.

Assim, estas plataformas *online* também denominadas de *gatekeepers* assumem o papel de *guardiãs digitais* do mercado interno. (Noel Brito e Gouveia e Melo, 2020, p.3) De forma a ser consideradas *gatekeepers* as plataformas devem ter um volume de negócio anual avultado ou presença de mercado bem como funcionar como ponto de acesso dos consumidores finais às empresas.

Desta forma, são *gatekeepers* as empresas que tenham uma posição económica forte e um impacto significativo no mercado; que exerçam a sua atividade em vários países da EU; que sejam ponte de ligação entre um elevado número de utilizadores e respetivas empresas. (Noel Brito e Gouveia e Melo, 2020, p. 4)

⁸⁹ Estes poderes encontram-se fixados nos artigos 41º, 43º, 45º e 46º da proposta legislativa em análise.

⁹⁰ De acordo com os termos do artigo 47º da proposta legislativa.

Tendo em conta todas estas características concluí-se que a noção de *guardiãs digitais* será aplicada aos principais fornecedores de serviços digitais como é o caso dos motores de busca e redes sociais.

A estas plataformas são atribuídos deveres que devem ser minuciosamente cumpridos como a proibição de práticas desleais, nomeadamente impedir que os utilizadores desinstalem aplicações pré-instaladas; a proibição destas plataformas beneficiarem os seus próprios produtos ou serviços, em detrimento dos bens ou serviços de terceiros; a obrigação das *gatekeepers* disponibilizarem o acesso aos dados dos utilizadores das suas plataformas de forma gratuita e em tempo real; entre outros. (Noel Brito e Gouveia e Melo, 2020, p. 4)

Ao contrário do que acontece na proposta legislativa *Digital Services Act*, em que as competências de fiscalização e sancionatórias se encontram tripartidas por entidades específicas⁹¹, no caso do *Digital Markets Act* esta competência pertence em exclusivo à Comissão Europeia.

Assim, a Comissão Europeia terá legitimidade de iniciar investigações, impôr medidas estruturais e aplicar sanções. Poderá ainda realizar investigações de mercado com o intuito de assegurar o bom funcionamento das próprias *gatekeepers* bem como como impôr novas regras de controlo que se adequem à rápida evolução dos mercados digitais.

Concluí-se que, as propostas legislativas que constituem o *Digital Services Act Package* são a resposta da União Europeia à digitalização da sociedade. (Noel Brito e Gouveia e Melo, 2020, p. 5) A serem aprovadas, estas propostas de legislação serem responsáveis por uma mudança dignificativa na forma como as empresas de serviços digitais se relacionam entre si e com o Direito da UE. Consequentemente, poderá entender-se que não só estas propostas terão impacto no mercado digital europeu como também na própria economia.

As proposta ainda se encontram em discussão devendo o procedimento legislativo não estar finalizado até 2022.

⁹¹ Designadamente autoridades reguladoras que cada Estado-Membro deverá designar, um *Digital Services Coordinator* e ainda o Conselho Europeu dos Serviços Digitais.

Conclusão

No seguimento da presente investigação conclui-se, com uma certa surpresa, que a conceção de um *ser social* praticamente não existe sem a sua imediata associação à figura de *consumidor*. Este ser social vive e mantém relações numa *sociedade de consumo* que parece controlar o mundo.

Pela análise desta *sociedade de consumo* e do papel que os cidadãos nela interpretam, é possível constatar que os indivíduos são vistos como um número. O consumidor é, muitas vezes, considerado consumidor antes mesmo de ser considerado um ser individual com todas as suas particularidades.

Sendo, desde logo, rotulado como consumidor, a sociedade atribuiu-lhe o estatuto de ser económico.

Assim, os indivíduos parecem ser *engolidos* pela figura de *consumidor*, o que os deixa numa posição mais frágil dada a tendência dos profissionais de comércio em recorrer a técnicas de venda desleais e abusivas.

A necessidade de proteção dos consumidores impulsionou o abandono da metodologia B2B dando lugar à nova lógica B2C.

Com aplicação desta nova metodologia surgiu a necessidade de se verem reguladas as relações de consumo e assegurados os interesses económicos dos consumidores. Ora, o regime jurídico da Concorrência Desleal não se afigurava necessário por não ter como principal objetivo a tutela dos direitos do consumidor.

Por este motivo, e pelas disparidades sentidas nos sistemas jurídicos dos vários Estados-Membros, implementou-se um sistema de harmonização legislativo em matéria de práticas comerciais desleais. Com efeito, surgiu a Diretiva 2005/29/CE, transposta para o ordenamento jurídico pelo Decreto-Lei 57/2008.

Esta foi criada com a pretensão de assegurar o bom funcionamento do mercado interno e tinha com principal objetivo a proteção dos interesses dos consumidores e, indiretamente, a proteção dos interesses da concorrência, através da proibição de práticas comerciais desleais.

Assim, conclui-se que o regime de repressão das práticas comerciais desleais vai muito além da proteção dos interesses económicos dos consumidores, verificando-se um âmbito de aplicação bem maior do que as meras relações de consumo.

Também do ponto de vista da defesa geral dos direitos dos consumidores, verificam-se meios de reação que protegem mais do que o simples indivíduo lesado.

O regime da Diretiva 2005/29/CE pretende tornar o mercado europeu mais transparente e conciso, uniformizando legislações e quebrando barreiras na realização de negócios, nacionais e transfronteiriços, tendo sempre em conta todas as partes com interesses legítimos.

A Diretiva foi o instrumento que procurou atender aos conflitos relacionados com a deslealdade das práticas comerciais nas relações de consumo. Esta possibilitou uma facilidade em especial nas vendas e conferiu uma sensação de segurança e confiança nos consumidores ao realizarem as suas compras, afastando-se dos tradicionais métodos de compra e venda.

O regime das práticas comerciais desleais recorreu a uma cláusula geral na Diretiva, sendo a proibição da deslealdade a ideia que serviu de alicerce a todo o regime, garantindo uma aplicação uniforme de todos os Estados-Membros.

Caso contrário, cada Estado-Membro poderia adotar as medidas que entendesse, com base nos seus próprios costumes socioculturais, e corria-se, dessa forma, o risco de se estar a fugir à solução legal pretendida.

Distingue-se a relevância dada à suscetibilidade de distorção comportamental dos consumidores em virtude da falta de diligência profissional dos comerciantes. É em torno destes fatores que se determina se uma prática comercial é enganosa ou agressiva.

Conclui-se que o legislador comunitário recorreu à figura do *consumidor médio* como um mecanismo para assegurar a aplicação do princípio da proporcionalidade na questão de apurar a deslealdade de uma prática.

A figura do *consumidor médio* permitiu também a aproximação dos Estados-Membros, que continham agora um modelo ideário de consumidor em comum.

Todavia, fica-se com a impressão de que o recurso ao *consumidor médio* é apenas uma facilidade no apuramento da verdadeira atuação dos profissionais num momento de negociação bem como, um conceito que é aceite por todos os Estados-Membros. Não são tidas em consideração as circunstâncias concretas do caso nem mesmo as particularidades inerentes a cada indivíduo.

O *consumidor médio* parece tratar-se de uma personagem perfeita criada pelo legislador comunitário, sendo este um indivíduo ideal, abstrato e desprovido de humanidade. Entende-se que esta foi a tentativa do legislador homogeneizar o conceito de *consumidor*.

Realça-se, no entanto, que mesmo com o recurso ao *consumidor médio*, ficou, em parte, assegurada pela Diretiva a eventualidade de alguns consumidores serem incapazes de aferir a deslealdade de uma prática, sendo estes considerados especialmente vulneráveis.

Verifica-se que, o regime de proibição das práticas comerciais desleais, tem em consideração todas as partes legítimas que atuam nas relações de consumo, preservando a autonomia privada das partes. Aliás, mesmo em sede dos princípios gerais do Direito Civil, não existe qualquer limitação com o surgimento do regime de proibição das práticas comerciais desleais.

Conclui-se também que a proibição das práticas comerciais desleais está intimamente ligada com a atividade concorrencial. Mesmo estando regulada pelo Instituto de Concorrência Desleal e seguindo o consagrado no Código da Propriedade Industrial, não se pode deixar de admitir a ligação com o regime das práticas comerciais desleais e a sua contribuição na proteção dos concorrentes legítimos.

Prova desta próxima relação é a legitimidade que o legislador conferiu aos consumidores e agentes económicos, coletivamente, através do recurso à ação inibitória.

A Diretiva veio revolucionar a regulação do regime de práticas comerciais, conferindo, no entanto, liberdade aos Estados-Membros para definirem os seus regimes sancionatórios. Salvaguardando, contudo, a obrigação de nomeação de autoridades fiscalizadoras por parte de todos os Estados-Membros, criando, assim, pontos comuns a todos os sistemas de fiscalização.

Em Portugal, pelo Decreto-Lei 57/2008, foram implementados outros métodos de reação como é o caso da invalidade, tendo em conta a possibilidade de ser pedida a anulabilidade por parte do consumidor, podendo este optar ainda pela modificação ou redução. Oferece ainda a possibilidade de o consumidor ser indemnizado pelos danos sofridos através do instituto de responsabilidade civil do infrator. E, por último, o direito de ação que legitima qualquer interessado em reagir contra uma prática comercial desleal. Com esta medida, o legislador permite a intervenção dos concorrentes no processo de reação com o intuito de prevenir, corrigir ou fazer cessar as atuações desleais.

Por fim, conclui-se que o presente regime legal contém algumas falhas que devem ser supridas. Nomeadamente, o alargamento da noção de *consumidor*. Também o regime de invocação da invalidade poderia ser facilitado, não sendo necessário o pedido do consumidor para esta se tornar eficaz.

Seria também de importância uma ampliação do âmbito de aplicação do regime de proibição de práticas comerciais desleais aos legítimos concorrentes. Estes parecem já ter sido levados em conta neste regime, embora de forma indireta e muito subtil. Contudo, existe uma inerente necessidade de se assegurarem outros pontos da posição que estes ocupam nas relações de consumo. Afinal, este parece ter sido o ponto principal a regular desde o início das conversações sobre a regulação do mercado interno europeu, não podendo deixar de se referir que a Diretiva 2005/29/CE surgiu logo após o abandono da proposta legislativa que pretendia regular o Direito da Concorrência a nível comunitário.

De qualquer forma, a Diretiva mostrou ser o *primeiro passo* comunitário para uma harmonização legislativa em matéria de proteção dos consumidores, das relações de consumo e suas partes legítimas.

Todavia, a caminhada para atingir a harmonização total prossegue e, atualmente, os esforços nesse sentido continuam a tomar lugar. Desde logo por iniciativas legislativas como o caso do *Digital Services Act Package*, que apesar de ainda se encontrar em discussão, constitui mais um passo na direção certa.

Bibliografia

- Abrunhosa, C. S. (2011). *Práticas Comerciais Desleais: a Diretiva 2005/29/CE*. Porto.
- Aguilera Izquierdo, R. (2017). Nuevas tecnologías y el tiempo de trabajo: el derecho a la desconexión tecnológica. *Conferencia Nacional tripartita da OIT*, pp. 336-341.
- Amado, J. (Junho de 2017). Tempo de trabalho e tempo de vida: sobre o direito á desconexão profissional. *Trabalho sem fronteiras - O papel da regulação*, pp. 113-127.
- Baptista de Oliveira, F. (2009). *O Conceito de Consumidor*.
- Canotilho, J. (2014). *Constituição da República Portuguesa - Anotada, Artigos 1º a 107º*. Coimbra: Coimbra Editora.
- Cardoso, E. (2014). *As práticas comerciais desleais: Uma proteção nas relações com os consumidores ou uma limitação à livre e à liberdade contratual?*
- Coelho Moreira, T. (2010). *A privacidade dos trabalhadores e as novas tecnologias de informação e comunicação: Contributo para um estudo dos limites do poder de controlo eletrónico do empregador*. Coimbra: Almedina.
- Colins, H. (2005). *The Unfair Commercial Practices Directive*.
- Couto Gonçalves, L. (2015). *Manual de Direito Industrial - Propriedade Industrial e Concorrência Desleal*. Coimbra: Almedina.
- Cristas, A. (2007). A Concorrência Desleal e Proteção do Consumidor: a Propósito da Diretiva 2005/29/CE. Em *Prof. Doutor Inocêncio Galvão Teles: 90 anos in Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa*. Coimbra: Almedina.
- Da Fonseca, M. C. (Junho de 2012). *Do consumidor médio: Reflexões em torno do conceito*.
- Deakin, S. (2012). *Labour law*. Oregon: Hart Publishing.
- Dias Oliveira, E. (2006). Práticas Comerciais Proibidas. *Estudos do Instituto de Direito do Consumo, III*, p. 152.
- dos Santos Ribeiro, D. (2016). *Práticas Comerciais Desleais - Interesses Protegidos*.
- Gravato Moraes, F. (2008). A Evolução do Direito do Consumo. *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*.
- Howells, Nordhausen, Parry and Twigg-Flesner. (2007). The Notion of the Empowered and Informed Consumer. Em *The Yearbook of Consumer Law 2007*. London.
- Howells, Twigg-Flesner and Wilhelmsson. (2018). Regulation of the Unfair Commercial Practices. Em *Rethinking EU Consumer Law*. London and New York: Routledge.

- Madiega, T. (Março de 2021). Digital Services Act. *The EU "Legislation in Progress"*.
- Maia, P. (Dezembro de 2015). Os critérios para avaliação da “forma clara e compreensível” da informação prestada. *Estudos de Direito do Consumidor*.
- Man, S. (4 de Agosto de 2014). Tutela Institucional da Concorrência em Concorrência Desleal, Publicidade Comparativa e Práticas Comerciais Desleais.
- Martins, T. A. (2015). *A Problemática dos preços predatórios e a probatio diabolica da possibilidade de recuperação de perdas*.
- Mendes Pereira, M. (2009). *Lei da Concorrência Anotada*. Coimbra Editora.
- Menezes Leitão, A. (2011). Práticas Comerciais Desleais como Impedimento à outorga dos Direitos Industriais? Em *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*. Coimbra: Almedina.
- Menezes Leitão, L. (2003). A Proteção do Consumidor contra as Práticas Comerciais Desleais e Agressivas. *Estudos de Direito do Consumidor*(nº 5), pp. 163-181.
- Morais Carvalho, J. (2011). Práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores.
- Morais Carvalho, J. (2016). *Manual do Direito do Consumo*. Coimbra: Almedina.
- Morais de Carvalho, M. M. (s.d.). *O Conceito de Publicidade Enganosa*.
- Morgado, P. (Junho de 2017). Impacto do trabalho na saúde mental - uma prespetiva do século XXI. *Trabalho sem fronteiras - O papel da regulação*, pp. 129-140.
- Mota Pinto, C. A. (1999). *Teoria Geral do Direito Civil*. Coimbra: Coimbra Editora.
- Moura e Silva, M. (2004). *Abuso de Posição Dominante no Direito Comunitário da Concorrência*.
- Moura e Silva, M. (2008). *O Abuso de Posição Dominante na Nova Economia*.
- Noel Brito e Gouveia e Melo. (23 de Dezembro de 2020). Um Novo Mundo para a Regulação dos Serviços Digitais. *As Propostas da Comissão Europeia e o Futuro das Plataformas Online*.
- Oliveira Ascensão, J. (2007). *Concorrência desleal: as grandes opções* (Vol. I).
- Passinhas, S. (2010). The Protection of Property under European Law: Fundamental Rights, Consumer Protection and Intellectual Property: Bridging Concepts?
- Passinhas, S. (Dezembro de 2017). Estudos do Direito do Consumidor. *Atos de Colóquio - Práticas Comerciais Desleais*.
- Pegado Liz, J. (2005). A "Lealdade" no Comércio ou as Desventuras de uma Iniciativa Comunitária (Análise Crítica da Directiva 2005/29/CE). pp. 17-93.

- Pegado Liz, J. (2007). A Transposição da Diretiva relativa às Práticas Comerciais Desleais no Ante-projeto do Código do Consumidor. *Revista Portuguesa do Direito do Consumo*(49).
- Simão, J. C. (2012). A repressão das práticas comerciais desleais da empresa face aos consumidores no Mercado Interno Europeu. *Revista de Direito das Sociedades*, pp. 1009-1045.
- Stuyck, J., Terryn, E., & Dyck, T. (2006). *Confidence Through Fairness? The New Directive on Unfair Business-To-Consumer Commercial Practices in The Internal Market*.
- Teixeira de Sousa, M. (2004). A Tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos no Direito Português. Em *Estudos do Direito do Consumidor* (Vol. 6).
- Veiga, F. d. (2013). *Aspetos da Posição Dominante Correlatos ao Abuso de Atos Anti-Concorrenciais no Mercado Europeu*.
- Vicente, D. M. (2008). *A Tutela Internacional da Propriedade Intelectual*. Coimbra: Almedina.