

A repressão das práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no Mercado Interno Europeu

DR. JORGE CARITA SIMÃO*

SUMÁRIO: *Introdução. I – Generalidades. II – O surgimento da “sociedade de consumo” e a necessidade de proteção dos consumidores: § 1.º A necessária proteção dos consumidores; § 2.º O conceito de “consumidor médio”; § 3.º A proteção dos consumidores “especialmente vulneráveis”. III – Práticas comerciais desleais: § 4.º As práticas comerciais desleais: 4.1. Práticas comerciais desleais em geral; 4.2. Práticas comerciais enganosas; 4.3 Práticas comerciais agressivas; § 5.º Consequências legais; § 6.º Um novo rumo na concorrência desleal?. Síntese conclusiva.*

Introdução

É relativamente pacífica, nos dias de hoje, a necessidade do Direito consagrar especiais esquemas de proteção do consumidor, que, enquanto contraente mais débil, está sistematicamente sujeito a perigos, riscos e abusos provenientes da denominada “sociedade de consumo”¹.

Embora, tendencialmente, o regime jurídico da concorrência não tivesse como escopo principal a tutela dos consumidores, mas sim a garantia do bom funcionamento do mercado, a grande generalidade dos Estados-Membros tem vindo a sentir a necessidade de conceder uma proteção efetiva aos interesses económicos dos consumidores.

* Mestrando em Direito e Advogado.

¹ Este termo é utilizado em economia e sociologia para designar o tipo de sociedade que se encontra numa avançada etapa de desenvolvimento industrial capitalista e que se caracteriza pelo consumo massivo de bens e serviços. Encontramos esta noção também na doutrina jurídica: *vide*, por exemplo, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, “Sobre o direito do consumidor em Portugal”, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 4, Coimbra, 2002, 124.

Assim, tem-se verificado um progressivo abandono da metodologia “clássica” em matéria de concorrência desleal – já que esta tratava apenas das relações das empresas entre si (a chamada *Business to Business*) – passando agora a assumir-se como principal a relação *Business to Consumer*, protegendo-se os interesses económicos dos consumidores em relação às práticas comerciais dos profissionais².

É neste contexto e, por força de uma necessária harmonização de legislações, que surgiu a Diretiva n.º 2005/29/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de maio, relativa às práticas comerciais desleais das empresas nas relações com os consumidores no mercado interno europeu³.

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 matéria⁴, tendo como principal motivação o facto das legislações dos Estados-Membros, em matéria de práticas comerciais desleais, apresentarem diferenças de relevo, podendo provocar distorções sensíveis ao nível da concorrência e gerar obstáculos ao bom funcionamento do mercado interno.

Com efeito, esta Diretiva foi adotada como um instrumento do funcionamento correto do mercado interno, destinando-se, diretamente, a proteger os interesses económicos dos consumidores e, indiretamente, os interesses económicos dos concorrentes legítimos.

Por sua vez, a nível interno, o regime instituído pelo Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março, estabeleceu uma proibição geral única das práticas comerciais desleais praticadas pelas empresas na sua relação com os consumidores, efetuando a transposição para a nossa ordem jurídica interna da referida

² HÉLIO T. RODRIGUES, “A protecção dos consumidores vulneráveis nas práticas comerciais desleais: análise da directiva 2005/29/CE e do decreto-lei 57/2008”, in *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n.º 56, 2008, 86.

³ Estas ideias estão espelhadas, desde logo, no artigo 1.º da Diretiva em análise: “[a] presente Directiva tem por objectivo contribuir para o funcionamento correcto do mercado interno e alcançar um elevado nível de defesa dos consumidores através da aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros relativas às práticas comerciais desleais que lesam os interesses económicos dos consumidores”.

⁴ Cfr. DÁRIO MOURA VICENTE, *A Tutela Internacional da Propriedade Intelectual*, Almedina, Coimbra, 2008, 198, e, igualmente, CHRISTIAN HANDIG, “The unfair commercial practices directive: a milestone in the european unfair competition law?”, in *European Business Law Review*, Vol. 16, n.º 5, 2005, 1117, onde o Autor refere: “This is the first large-scale directive in Unfair Competition Law as it leads to a General Cause and a full harmonization in this field”.

Diretiva n.º 2005/29/CE, consagrando uma aproximação e harmonização das legislações dos Estados-Membros relativamente às práticas comerciais desleais⁵.

Assim, o presente estudo tem como objetivo proceder a uma análise destes regimes para, de entre outros, se poder compreender em que medida é que esta proteção dos consumidores se poderá articular com a cláusula geral de concorrência desleal, prevista no artigo 317.º do Código da Propriedade Industrial, o qual, numa primeira aproximação, parece apenas proteger concorrentes e já não consumidores. Será este um novo passo para a harmonização da concorrência desleal?

Apresentado o tema com o qual nos ocuparemos no presente estudo e delineados, ainda que em traços gerais, os seus problemas essenciais, começaremos, no Capítulo I, por explicitar os conceitos relevantes introduzidos quer pela Diretiva, quer pelo Decreto-Lei: o conceito de *consumidor*, de *profissional*, de *práticas comerciais*, *interesses económicos*, *transação comercial*, entre outros.

Seguir-se-á, no Capítulo II, a análise da atual “sociedade de consumo” e a necessária proteção dos consumidores, uma vez que a conflitualidade ligada ao consumo e a posição mais fragilizada do consumidor fizeram perceber a necessidade de uma proteção efetiva dos seus interesses económicos.

Uma vez percorridas as fragilidades e todos os demais condicionalismos que a figura do consumidor enfrenta, focaremos a nossa atenção nas práticas comerciais desleais. Iniciaremos tal propósito, no Capítulo III, com a enumeração e caracterização das práticas comerciais desleais em geral, partindo depois para a análise das práticas comerciais enganosas e agressivas e do regime de invalidade que esse tipo de práticas acarreta. Por fim, procuraremos ainda refletir sobre o novo rumo da Concorrência Desleal.

Para terminar, na síntese final, procuraremos retirar algumas consequências do que foi dito ao longo do estudo, fundamentando a nossa assunção de posição

⁵ Esta harmonização total em matéria de concorrência desleal e, mais concretamente, nas práticas comerciais dos profissionais nas suas relações com os consumidores, é uma solução legislativa acertada. Assim, garante-se uma proteção bem mais proveitosa do que se tivesse optado por uma harmonização “*de minimis*”, em que se impusessem aos Estados-Membros apenas os conteúdos obrigatórios mínimos. Neste sentido, HÉLIO T. RODRIGUES, “A proteção dos consumidores vulneráveis nas práticas comerciais desleais...”, cit., 89 e 90.

Veja-se, também, ENRIQUE RUBIO TORRANO, “Contratación a distancia y protección de los consumidores en el derecho comunitario; en particular, el desistimiento negocial del consumidor”, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 4, 2002, 59 e 60, a propósito da eliminação de barreiras comerciais e jurídicas entre os Estados-Membros, com a adoção das várias legislações comunitárias sobre a proteção do consumidor.

quanto à hipótese de estarmos perante uma harmonização transfronteiriça da matéria de concorrência desleal⁶.

I – Generalidades

O instituto da concorrência desleal surgiu no final do século XIX, princípios do século XX, estando intimamente ligado à industrialização e proteção dos concorrentes. Isto devido ao facto da ideia base desse instituto ser a de que apenas os comerciantes lesados pelos atos de concorrência poderiam reagir contra a situação; já o consumidor, principal objeto da disputa concorrencial, não aparecia tutelado pela disciplina da concorrência. Só mais tarde é que o direito da concorrência veio incorporar o tópico da defesa do consumidor⁷.

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

⁶ Conforme resulta dos considerandos 3 e 4 do Preâmbulo da Diretiva, as diferenças legislativas entre os Estados-Membros causam incerteza acerca das disposições nacionais aplicáveis às práticas comerciais lesivas dos interesses económicos dos consumidores, criando, assim, entraves que afetam, por um lado, empresas e, por outro, consumidores. Para mais desenvolvimentos, *vide* DÁRIO MOURA VICENTE, *A Tutela Internacional da Propriedade Intelectual*, cit., 198; JOÃO ALVES, “A publicidade e a directiva 2005/29/CE do parlamento europeu e do conselho, de 11 de maio de 2005, relativa às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno”, in *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n.º48, 2006, 74; e GUILHERME DRAY, “Venda com redução de preços”, in *Estudos do Instituto de Direito do Consumo* (coord. de Luís de Menezes Leitão), Vol. I, Almedina, Coimbra, 2002, 234.

Na doutrina italiana, *vide* ROSSELLA INCARDONA, “La direttiva n. 2005/29/CE sulle pratiche commerciali sleali: prime valutazioni”, in *Diritto Comunitario e degli Scambi Internazionali*, Febbraio 2006, 361, onde se lê “La direttiva mira ad armonizzare le discipline nazionali in materia di pratiche commerciali (sleali), (...) e di ridurre gli ostacoli alla commerciali transfrontaliera di bene e servizi”. Igualmente, LUIGI VIGORITTI, “Verso l’attuazione della direttiva sulle pratiche commerciali sleali”, in *Europa e diritto privato*, 2/2007, 521 ss.

⁷ Surge, novamente, a ideia de que passámos de *Business to Business* para *Business to Consumer*, numa clara preocupação com o consumidor. Para mais desenvolvimentos, *vide* HÉLIO T. RODRIGUES, “A protecção dos consumidores vulneráveis nas práticas comerciais desleais...”, cit., 89, e AMANDINE GARDE/MICHAEL HARAVON, “Unfair commercial practices: towards a comprehensive european consumer policy?”, in *Revue Européenne de droit de la consommation*, Février 2006, 117.

Em termos genéricos, proíbe-se qualquer ação, omissão, conduta ou afirmação de uma empresa – incluindo a publicidade e a promoção comercial – que distorça ou seja suscetível de distorcer, de maneira substancial, o comportamento económico do consumidor.

Deste modo, são reguladas – tanto no âmbito da Diretiva, como no do Decreto-Lei – as práticas comerciais desleais que prejudiquem diretamente *interesses económicos dos consumidores*, mesmo que, indiretamente, se prejudiquem *interesses económicos de concorrentes legítimos*. Assim sendo, não se visa disciplinar as práticas desleais que apenas prejudiquem interesses económicos de concorrentes ou que apenas tenham em consideração uma transação entre profissionais⁸, parecendo ser de excluir, à primeira vista, uma intenção de se disciplinar, a nível global, a concorrência desleal⁹.

É hoje impensável refletir-se no quadro legal que rege a disciplina da concorrência desleal sem se percorrerem as soluções jurídicas advenientes das instituições comunitárias¹⁰ e, por isso, podemos afirmar que a Diretiva assumiu um papel de relevo no estudo desta matéria, bem como tomou por objetivo principal conceder uma *proteção efetiva* aos *interesses económicos dos consumidores*, mediante uma harmonização plena na temática das práticas comerciais das

⁸ Tais práticas, ao abrigo do princípio da subsidiariedade do Direito Comunitário, poderão continuar a ser reguladas pelos Estados-Membros. Neste sentido, de acordo com o considerando 6 da Diretiva, DÁRIO MOURA VICENTE, *A Tutela Internacional da Propriedade Intelectual*, cit., 199. O Autor alerta ainda para o facto de, como refere o artigo 3.º, n.º 5 da Diretiva, “(...) por um período de seis anos, os Estados-Membros podem continuar a aplicar disposições nacionais, no domínio sujeito a harmonização, que sejam mais restritivas ou prescritivas do que a Directiva” potenciarem-se as disparidades entre os Direitos nacionais dos Estados-Membros, já que “(...) permanece um vasto domínio em que as práticas comerciais desleais continuarão a ser disciplinadas exclusiva ou parcialmente por regras que não derivam da transposição de actos de Direito Comunitário”.

⁹ Neste sentido, reportando-se ao regime imposto pela Diretiva 2005/29/CE, JOSÉ OLIVEIRA ASCENSÃO, “Concorrência desleal: as grandes opções”, in *Nos 20 Anos do Código das Sociedades Comerciais. Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, Vol. I, Coimbra Ed., Coimbra, 2007, 127.

¹⁰ Refletindo precisamente esta ideia de imprescindível ligação dos direitos nacionais com a União Europeia, vide RUTE COUTO, “Práticas comerciais desleais...para todos?”, in *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n.º 58, 2009, 134 ss. A Autora comenta o Acórdão proferido nos processos apensos C-261/07 e C-299/07, que têm por objeto pedidos de decisão prejudicial apresentados por Rechtbank van koophandel te Antwerpen (Bélgica), por decisões de 24 de maio e 21 de junho de 2007, contra Total belgium NV e Galetae BVBA contra Sanoma.

empresas na sua relação com os consumidores, contribuindo, assim, para a progressão do mercado interno¹¹⁻¹².

O funcionamento do mercado interno encontrava-se afetado por problemas que perturbavam as empresas, nomeadamente, inúmeras incertezas e entraves ao exercício das liberdades ligadas ao *marketing*, campanhas publicitárias ou promoções comerciais ao nível transfronteiriço¹³, uma vez que cada Estado-Membro é que definia o que se devia entender por prática desleal, fazendo com que a legislação relevante nesta matéria variasse de País para País¹⁴.

A defesa da prática de consumir, bem como dos seus protagonistas, exige que subsistam fronteiras delineadas entre o que é *permitted* e o que é *proibido*. Como já vimos, a defesa do consumidor passou de uma proteção reflexa das normas proibitivas de concorrência desleal para uma proteção direta pelo

¹¹ Estas ideias estão espelhadas, desde logo, no artigo 1.º da Diretiva em análise: “[a] presente Directiva tem por objectivo contribuir para o funcionamento correcto do mercado interno e alcançar um elevado nível de defesa dos consumidores através da aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros relativas às práticas comerciais desleais que lesam os interesses económicos dos consumidores”.

Igualmente, na doutrina portuguesa encontram-se estas ideias: *vide*, nomeadamente, ALEXANDRE DIAS PEREIRA, “Publicidade comparativa e práticas comerciais desleais”, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 7, Coimbra Ed., Coimbra 2005, 341 e 364, e HÉLIO T. RODRIGUES, “A protecção dos consumidores vulneráveis nas práticas comerciais desleais...”, cit., 85 e 86.

Também, na doutrina italiana, *vide* ROSSELLA INCARDONA, “La direttiva n. 2005/29/CE sulle pratiche commerciali sleali: prime valutazioni”, in *Diritto Comunitario e degli Scambi Internazionali*, Febbraio 2006, 361, onde a Autora afirma: “La direttiva mira ad armonizzare le discipline nazionali in materia di pratiche commerciali (sleali), (...) e di ridurre gli ostacoli alla commerciali transfrontaliera di bene e servizi”.

Finalmente, na doutrina francesa, LÉONARD COX/CHARLES GHEUR, “La directive sur les pratiques commerciales déloyales: analyse critique de sa transposition en droit belge et en droit français”, in *Revue Européenne de droit de la consommation*, Février 2007-2008, 191.

¹² Cfr. GERAINT HOWELLS, “Proposed directive on unfair commercial practices”, in *European Current Law*, Monthly Digest, 2003, XI, onde se diz que a legislação de concorrência desleal, através das suas cláusulas gerais, “introduced the *good faith* concept into UK Law”.

¹³ Cfr. ADELAIDE MENEZES LEITÃO, “Direito da publicidade e concorrência desleal – um estudo sobre as práticas comerciais desleais”, in *Direito Industrial*, Vol. IV, Almedina, Coimbra, 2005, 268 e 269, onde a Autora refere que, embora a publicidade enganosa tenha sido retirada formalmente da disciplina da concorrência desleal (uma vez que já não integra o elenco do artigo 317.º CPI), continua a fazer parte dos grandes problemas *amplo sensu* da defesa do consumidor, uma vez que os atos ilícitos são quase sempre praticados através dela. Também, neste sentido, JOSÉ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Concorrência Desleal*, Almedina, Coimbra, 2002, 517 ss.

¹⁴ ROSSELLA INCARDONA, “La direttiva n. 2005/29/CE sulle pratiche...”, cit., 363 e 364, com críticas relativamente às disparidades de que sofria a disciplina da concorrência desleal antes de 2005.

direito da concorrência, em que o próprio consumidor emerge como conceito operativo nuclear¹⁵.

Conceitos como o de *consumidor*, *profissional*, *práticas comerciais* e *influência indevida* foram-se desenvolvendo e estão agora consagrados de uma forma harmoniosa¹⁶ por todos os ordenamentos jurídicos europeus.

Assim, o artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 57/2008, em consonância com o que já consagrava o artigo 3.º, n.º 1 da Diretiva de 2005, estabelece que este será aplicável “às práticas comerciais desleais das empresas nas relações com os consumidores, ocorridas antes, durante ou após uma transação comercial relativa a um bem ou serviço”.

Importa, também, proceder-se à clarificação dos conceitos que são frequentemente utilizados no âmbito dos referidos normativos.

Desde logo, o termo “*empresa*” ou “*profissional*” visa abranger todos aqueles que desenvolvem no mercado a realização de uma atividade económica, negócio, ofício ou profissão. Aqui, é importante realçar-se que o emprego dos termos “*empresa*” ou “*profissional*”, embora questionável, é uma opção do legislador que não levanta tantas dúvidas como a palavra *comerciante* ou uma sua similar poderia levantar¹⁷. Assim sendo, abrange-se, com este termo, todas as áreas económicas onde é colocado à disposição dos consumidores um determinado bem ou serviço¹⁸.

Já o termo “*consumidor*”, segundo o artigo 3.º, alínea *a*), do Decreto-Lei e artigo 2.º, alínea *a*), da Diretiva, corresponde a uma pessoa singular que

¹⁵ Cfr. ADELAIDE MENEZES LEITÃO, “Direito da publicidade e concorrência desleal...”, cit., 270.

¹⁶ Note-se que o grande objetivo de harmonização das legislações foi conseguido, embora na Proposta da Diretiva em 2003 constasse uma cláusula de *mercado interior* que podia contrariar alguns preceitos da Diretiva, i.e., nas transações fronteiriças aplicar-se-ia a legislação do país da venda (*país de origem*), ficando o país da compra sujeito às regras já estabelecidas. Seria, assim, concedida aos Estados-Membros a possibilidade de restringirem a livre prestação de serviços e a livre circulação de bens, em todo contrária ao escopo de harmonização total. Todavia, o artigo 4.º, na sua versão final, não seguiu esta redação, a qual seria mais ousada e só compreensível perante uma harmonização de carácter limitado. Face à harmonização completa ou plena da Diretiva de 2005, os Estados-Membros não podem manter nem adotar medidas de proteção mais restritas do que as previstas pelos atos comunitários, salvo as expressas exceções que o diploma legal já consagra. Cfr. ADELAIDE MENEZES LEITÃO, “Direito da publicidade e concorrência desleal...”, cit., 273, e ALEXANDRE DIAS PEREIRA, “Publicidade comparativa e práticas comerciais desleais...”, cit., 364 e 365.

¹⁷ A este respeito referimo-nos à possível confusão dos termos “*comerciante*” da Diretiva 2005/29/CE com o disposto no artigo 13.º do nosso Código Comercial.

¹⁸ HÉLIO T. RODRIGUES, “A proteção dos consumidores vulneráveis nas práticas comerciais desleais...”, cit., 93.

prossiga fins não relacionados com a atividade comercial, industrial, artesanal ou profissional¹⁹.

Neste sentido, assumem-se como os sujeitos a quem é concedida a proteção, sendo os destinatários das práticas comerciais realizadas pelas empresas. Efetivamente até, no Direito Alemão, o § 13 e o § 14 do Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) espelham a ideia do conflito que se poderá gerar entre consumidor e profissional, uma vez que aquele que é consumidor não pode ser considerado – para efeitos de proteção e ao mesmo tempo – profissional²⁰.

Porém, quer num quadro europeu, quer num quadro nacional, não está determinado de forma estática qual a definição de *consumidor*, avançando-se, tanto no Decreto-Lei como na Diretiva, uma noção que levanta problemas de homogeneidade²¹.

Por outro lado, é interessante notar que o Decreto-Lei, à semelhança da Diretiva²², vem introduzir o conceito de “consumidor médio”, sobre o qual teceremos as necessárias considerações no decorrer do presente estudo.

¹⁹ Cfr. ENRIQUE RUBIO TORRANO, “Contratación a distancia y protección de los consumidores...”, cit., 61. O Autor afirma que uma noção demasiado abstrata de consumidor poderia levá-lo a coincidir com a figura do mero cidadão, sendo, por isso, necessária uma densificação mínima do conceito, bem como uma ligação ao processo económico da compra, “(...) el consumidor será toda a persona física que actue con un propósito ajeno a su actividad profesional (...) se trata de una noción de «consumidor jurídico», frente al llamado «consumidor material»”.

Também JOÃO CALVÃO DA SILVA afirma que o conceito de consumidor é um “conceito nebuloso” que comporta, por um lado, no sentido lato, aquele que adquire, possui ou utiliza um bem ou serviço, completando o processo económico; por outro, no sentido estrito, representa a ideia de consumidor final, i.e., aquele que obtém determinado bem para satisfação de necessidades pessoais e familiares, sendo esta a que parece ser mais seguida pela doutrina e também pela legislação – Cfr. JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Responsabilidade Civil do Produtor*, Almedina, Coimbra, 1990, 58 a 64.

²⁰ Cfr. VANESSA REICHARDT, “*Der Verbraucher und seine variable Rolle im Wirtschaftsverkehr*”, Duncker & Humblot, Berlin, 2008, 143 a 145. A Autora refere que a doutrina discute o conceito de consumidor pelo nível de informação que possui ou não possui e também perante os contratos que está apto ou não a celebrar. Todavia, tudo gira à volta da proteção de que o consumidor precisa por ser a parte mais fraca do contrato, nunca se podendo confundir com a noção de *profissional*. Embora *profissional* e *consumidor* sejam realidades díspares, ajudam-se mutuamente na delimitação dos conceitos.

²¹ Cfr. GERAINT HOWELLS, “Proposed directive on unfair commercial practices”, cit., XV, o qual, crítico em relação ao conceito e proteção do consumidor médio no quadro da Diretiva 2005/29/CE, considera que pelas diferenças a nível de desenvolvimento entre os Estados-Membros, alguns consumidores não receberão a proteção pensada para o *consumidor médio*, uma vez que não chegam a aspirar a esta categoria. A noção de *consumidor médio* corre o risco de parecer mais abstrata e teórica do que com aplicabilidade prática.

²² É preciso salientar que, ao contrário do que ocorre na versão definitiva, na proposta inicial da Comissão figurava a noção de *consumidor médio* (e não apenas de *consumidor*), em sintonia com o conceito elaborado pelo TJUE, de que teceremos as necessárias considerações mais à frente no corpo do nosso texto.

Já o conceito de “prática comercial” encontra-se definido no artigo 3.º, alínea d) do Decreto-Lei [em sentido semelhante ao artigo 2.º, alínea d) da Diretiva], na qual se abrange “qualquer ação, omissão, conduta ou afirmação de um profissional, incluindo a publicidade e a promoção comercial, em relação direta com a promoção, a venda ou o fornecimento de um bem ou serviço ao consumidor”.

Esta solução, de origem comunitária, é de aplaudir, já que se optou por um conceito amplo de “prática comercial”. Efetivamente, no campo das atuações positivas, ao se incluírem os conceitos de “ação, conduta e afirmação”, abrangem-se todas as formas (em princípio) possíveis que pode assumir uma prática comercial.

E, para mais, ao serem incluídas neste conceito as comunicações comerciais, como a “publicidade e a promoção comercial”, fez-se com que todas as comunicações comerciais dirigidas aos consumidores fossem abrangidas pelo Decreto-Lei, já que todas integram a noção de “prática comercial”²³. Contudo, para se aferir se determinada comunicação comercial se assume como uma verdadeira prática comercial, devemos ter sempre presente o seu público-alvo através do meio utilizado para a sua promoção, bem como o fim último do produto que se promove, descortinando-se, assim, se aquele se destina ao consumo ou ao uso profissional²⁴.

A noção de “produto”, consagrada no artigo 3.º, alínea c), do Decreto-Lei e no artigo 2.º, alínea c), da Diretiva, e concretizada como: “qualquer bem ou serviço, incluindo bens imóveis, direitos e obrigações”, suscita algumas dúvidas pertinentes. Por uma banda, o legislador comunitário consagrou esta definição e, de acordo com ela, usa coerentemente o termo “produto” ao longo dos restantes preceitos da Diretiva²⁵.

²³ A Diretiva não definiu o que se deve entender por “comunicação comercial”, pelo que devemos recorrer ao Livro Verde da Comissão, de 8 de maio de 1996, sobre comunicações comerciais no mercado interno, que as identifica como sendo: “*All forms of communication seeking to promote either products, services or the image of a company or organisation to final consumers and/or distributors*”. Sobre esta temática, *vide*, desenvolvidamente, HÉLIO T. RODRIGUES, “A protecção dos consumidores vulneráveis nas práticas comerciais desleais...”, *cit.*, 97.

²⁴ Deste modo, a publicidade a um automóvel na Revista da Ordem dos Advogados não se dirige à prática da advocacia nem a qualquer ato próprio da sua função. Assim sendo, qualquer advogado, ao ser confrontado com essa publicidade, assumirá a posição de “consumidor”. A propósito da necessidade do uso do bem ser privado e não profissional para um indivíduo ser considerado “consumidor”, *vide* PAULO DUARTE, “O conceito jurídico de consumidor, segundo o artigo 2.º, n.º 1 da Lei de Defesa do Consumidor”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. LXXV, Coimbra, 1999, 674 ss.

²⁵ Veja-se, *v.g.*, o artigo 5.º, n.º 2, alínea b) da Diretiva, que estabelece serem práticas comerciais desleais se “distorcer[em] ou for[em] susceptível[is] de distorcer de maneira substancial o comportamento económico, em relação a *um produto*...”, ou o artigo 6.º, n.º 1, alínea a), que

Contudo, por outra banda, o legislador nacional, embora efetuando corretamente a transposição deste preceito, não usa o termo “produto” de forma coerente ao longo do Decreto-Lei. É fácil reparar que esta noção quase não aparece no restante diploma, tendo o nosso legislador preferido substituí-lo pelo mais restrito conceito de “bem ou serviço”²⁶.

Dito isto, não podemos felicitar a decisão do nosso legislador de transpor o termo “produto”, que é correta e amplamente usado pela Diretiva, para depois decidir restringi-lo à noção de “bem ou serviço” ao longo de todo o diploma nacional.

Efetivamente, “*produto*” abrange todos os “bens imóveis, direitos e obrigações”²⁷. Mas a noção de “bem ou serviço”, menos abrangente – embora consiga ainda englobar a ideia de “bens imóveis” –, já não consegue fazer caber na sua definição “direitos e obrigações”, uma vez que não estão sequer implícitos na noção de “direitos” ou de “obrigações”.

Para solucionar este problema, afigura-se-nos pacífica e coerente a solução apresentada por Hélio Rodrigues, que sugere que o legislador nacional disse menos do que aquilo que queria dizer, e onde se lê “bens ou serviços” se deve passar a ler “bens e serviços, incluindo bens imóveis, direitos e obrigações”, tal como propugna a Diretiva Comunitária²⁸.

Para finalizar este nosso propósito inicial, em jeito de comparação da Diretiva com o Decreto-Lei n.º 57/2008, caberá fazerem-se duas últimas notas. Uma primeira, relativa à expressão “transação comercial”. Encontrando a sua definição no artigo 3.º, alínea l) do Decreto-Lei – à semelhança daquela que encontramos no artigo 2.º, alínea k) da Diretiva – transação comercial é “a decisão tomada por um consumidor sobre a questão de saber se, como e em

considera ser enganosa uma prática comercial que contenha informações falsas ou, mesmo que verdadeiras, induzam o consumidor médio em erro a propósito da “existência ou natureza do produto” (itálico nosso).

²⁶ Para ilustrar a nossa informação, *vide*, a título exemplificativo, o que resulta logo do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 57/2008: “(...) ocorridas antes, durante ou após uma transacção comercial relativa a um *bem ou serviço* (...)”, ou o artigo 5.º, n.º 1, do mesmo Decreto-Lei, que define práticas comerciais desleais em geral como sendo aquelas em que se “(...) distorça ou seja susceptível de distorcer de maneira substancial o comportamento económico do consumidor seu destinatário ou que afecte este relativamente a certo *bem ou serviço*” (itálico nosso).

²⁷ Cfr. ALEXANDRA DIAS PEREIRA, “Publicidade comparativa e práticas comerciais desleais...”, cit., 366. A Autora afirma que, apesar da Diretiva utilizar a terminologia “produto”, o termo aplica-se também às coisas incorpóreas e aos serviços, ficando também sujeitos a este regime os serviços de sociedade da informação e, em especial, o comércio eletrónico direto.

²⁸ HÉLIO T. RODRIGUES, “A protecção dos consumidores vulneráveis nas práticas comerciais desleais...”, cit., 99.

que condições adquirir, pagar integral ou parcialmente, conservar ou alienar um produto ou exercer outro direito contratual em relação ao produto, independentemente de o consumidor decidir agir ou abster-se de agir”.

Assim, esta “decisão de transação” sempre interessará para se aferir quando é que uma determinada prática comercial assume o carácter de desleal, já que não se restringirá ao próprio contrato, mas sim à *conduta da empresa* que prejudique o consumidor de tomar uma decisão livre e esclarecida²⁹.

Uma segunda nota, a propósito do que se deve entender por “prejuízo para os interesses económicos dos consumidores”.

Já foi por nós referida a intenção do Decreto-Lei que, à semelhança da Diretiva 2005/29/CE, visa conceder uma elevada proteção aos consumidores comunitários. Esta proteção deve ser balizada em duas perspetivas³⁰: a possibilidade do consumidor adotar uma *escolha livre* no momento de contratar com um profissional e a necessidade do consumidor possuir *informação suficiente e verdadeira*, de modo a poder tomar decisões de transação livres e esclarecidas³¹.

Deste modo, parece-nos, à *primeira vista*³², ficarem de fora do âmbito da Diretiva e do Decreto-Lei todas as práticas comerciais que afetem interesses económicos não dos consumidores, mas de outros concorrentes³³.

²⁹ Neste sentido, HÉLIO T. RODRIGUES, “A protecção dos consumidores vulneráveis nas práticas comerciais desleais...”, cit., 101.

³⁰ Cfr. JOSÉ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Concorrência Desleal*, cit., 75, onde o Autor usa a expressão de “eixos da protecção do consumidor”, ideia naturalmente anterior à Diretiva e ao Decreto-Lei de 2008, mas, ainda assim, válida para dar a imagem bipartida à protecção.

³¹ Cfr. MIGUEL PUPO CORREIA, “Conformação de contratos pela publicidade na internet”, in *Direito da Sociedade da Informação* (coord. de José de Oliveira Ascensão), Vol. VIII, Coimbra Ed., Coimbra, 2009, 195, onde fala de deveres de transparência e informação como condições de confiança e segurança no mercado. Também neste sentido, vide HANS-W. MICKLITZ, “Unfair commercial practices and misleading advertising”, in *Understanding EU Consumer Law*, Intersentia, 2009, 71 e 72.

³² Usamos o termo “à primeira vista” já que consideramos que, após uma análise mais atenta dos preceitos expostos no Decreto-Lei, alguns indícios nos levarão a concluir que os interesses económicos dos concorrentes não foram postos de parte. Contudo, faremos os necessários desenvolvimentos a propósito desta temática no decorrer do nosso texto.

³³ HÉLIO T. RODRIGUES, “A protecção dos consumidores vulneráveis nas práticas comerciais desleais...”, cit., 102.

II. O surgimento da “sociedade de consumo” e a necessidade de proteção dos consumidores

§ 1.º *A necessária proteção dos consumidores*

Em todos os campos da vida social se fala de consumo. Somos consumidores nas mais diversas situações, nos mais variados momentos e locais, às mais variadas distâncias³⁴. O simples ato de consumir encerra múltiplas relações comerciais, onde os comportamentos individuais ganham uma relevância especial. Com efeito, estas situações começam a gerar inúmeros problemas na linha da proteção da parte mais débil da relação contratual: o consumidor. Torna-se, por isso, imperioso, reagir de modo específico e organizado contra as práticas e técnicas desleais, que deixam o consumidor à mercê dos seus devaneios³⁵.

Desde logo, muitos dos problemas passam pela nova filosofia de vida da atualidade, que parece obedecer ao lema “compre primeiro e pague depois”, contrariando a mentalidade tradicional da poupança, para se fazer o incentivo ao consumo e às facilidade do crédito³⁶⁻³⁷.

O fenómeno da produção em massa, resultante da *automatização*, e a crescente complexidade e sofisticação dos produtos, levaram à necessidade de uma constante atualização de materiais e pessoas, sob pena dos destinatários

³⁴ ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, “Sobre o direito do consumidor em Portugal”, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 4, Coimbra, 2002, 121 e 122. O Autor critica o facto de ser a nomenclatura *direito do consumo* que aparece a dar o título a variadas obras sobre a proteção dos consumidores. Diz o Autor que “[Com efeito], não é o consumo, enquanto tal, que é visado pelas regras que constituem este novo ramo do direito. Verdadeiramente do que se trata é de disciplinar a produção e distribuição de bens, assim como a prestação de serviços, tendo em vista a defesa do consumidor...” e, como tal, o correto é falar em *Direito do Consumidor*, não só porque a própria Constituição fala sempre em proteção dos consumidores a propósito destas matérias, mas também porque uma análise de Direito Comparado mostra a expressão *direito dos consumidores* largamente confortada em vários ordenamentos jurídicos.

³⁵ O consumidor desloca-se da posição contratual sem privilégios, para a parte principal de toda a proteção (Cfr. VANESSA REICHARDT, “*Der Verbraucher und seine variable Rolle...*”, cit., 392). *Vide*, para ulteriores desenvolvimentos a propósito da evolução histórica da proteção do consumidor, JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Responsabilidade Civil do Produtor*, Almedina, Coimbra, 1990, 31. E, ainda, JOÃO ALMEIDA GARRETT, “O conceito de influência indevida e a liberdade de contratar”, in *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n.º 51, 2007, 12.

³⁶ ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, “Sobre o direito do consumidor em Portugal”, cit., 127.

³⁷ ANTÓNIO GAMA RAMOS, “Contratos de venda ao domicílio. Breve abordagem a uma área conflitual no domínio dos contratos”, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 4, 2002, 249. Veja-se, nesta sede, o exemplo dado em que uma empresa de utensílios de cozinha, atuando conjuntamente com uma instituição de concessão de crédito, convencem um consumidor à celebração de contratos que não celebraria se não fosse a sua posição debilitada.

e distribuidores se mostrarem “leigos” e “impotentes” no conhecimento das suas características e funções principais.

Esta produção em série levou a que se assista a uma distribuição em cadeia dos produtos, não sendo o *consumidor-comprador* a adquirir diretamente o produto ao *fabricante-produtor*, como tradicionalmente se fazia³⁸. E, concomitantemente, esta cisão entre quem produz e distribui certo produto origina uma racionalização e fraccionação de riscos³⁹.

Por outro lado, o progresso científico e tecnológico a nível mundial – caracterizado pela livre concorrência e técnicas de *marketing* apelativas – criam nos consumidores constantes impulsos e necessidades de aquisição dos mais variados produtos, o que, a passos largos, contribui para o engrossamento da ‘sociedade de consumo’.

É também necessário ter em conta que quem vende certo produto – o fornecedor, normalmente profissionalizado – tem maiores conhecimentos técnicos e detém toda a informação sobre o produto que cede a título oneroso. Assim sendo, é evidente que existe uma desigualdade de poder entre quem adquire um determinado produto e quem os vende⁴⁰, desde logo devido aos elevados custos que o consumidor teria de suportar para obter a mesma informação que o profissional.

Essa *assimetria de poderes* leva a que o consumidor seja encarado como uma entidade *frágil* na defesa dos seus interesses, necessitando de uma proteção cabalmente eficaz.

Foi a partir destas constatações que, a partir dos anos 60, este tem vindo a ganhar uma proteção *qua tale*⁴¹, destacando-se a que resulta dos abusos e solicitações constantes por parte dos produtores.

Por o Tratado de Roma de 1957 ainda não conter quaisquer referências específicas sobre a política do consumo, foi apenas em 1975 que o Conselho aprovou o primeiro “Programa da CEE para uma política de proteção e de informação do consumidor”, reconhecendo-lhe cinco direitos fundamentais: o direito à proteção da saúde e da segurança; o direito à proteção dos seus

³⁸ Cfr. JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Responsabilidade Civil do Produtor*, cit., 30, com desenvolvimentos acerca da evolução histórica da proteção dos consumidores.

³⁹ FERNANDO BAPTISTA DE OLIVEIRA, *O Conceito de Consumidor. Perspectivas Nacional e Comunitária*, Almedina, Coimbra, 2009, 21.

⁴⁰ FERNANDO BAPTISTA DE OLIVEIRA, *O Conceito de Consumidor*, cit., 22. Espelhando igualmente esta ideia, *vide* na doutrina alemã: VANESSA REICHARDT, “*Der Verbraucher und seine variable Rolle...*”, cit., 392 e 393.

⁴¹ FERNANDO BAPTISTA DE OLIVEIRA, *O Conceito de Consumidor*, cit., 23. *Vide*, também, VANESSA REICHARDT, “*Der Verbraucher und seine variable Rolle...*”, cit., 147, a propósito da posição débil do consumidor face ao produtor. Segundo esta Autora, todo o escopo de proteção do consumidor se baseia na *desigualdade* da sua *condição*.

interesses económicos; o direito à reparação dos danos sofridos; o direito à informação e à formação; e o direito à representação e a ser ouvido⁴², abrindo-se o caminho para as primeiras diretivas comunitárias acerca da proteção dos consumidores – as quais vieram a surgir nos fins dos anos 70/início dos anos 80 – que, ainda que apenas no plano do Direito Comunitário⁴³ derivado⁴⁴, se assumiram como uma fase muito expressiva para a solidificação das novas políticas.

Apenas com o Ato Único Europeu, em 1987, a Comunidade Europeia estabeleceu, pela primeira vez no plano do direito comunitário originário, a proteção dos consumidores como um objetivo autónomo.

E, nos dias de hoje, é relativamente pacífica a necessidade do Direito consagrar esquemas de proteção do consumidor, já que este é considerado o contraente mais fraco, sujeito a riscos e abusos da crescente “sociedade de consumo”⁴⁵. Efetivamente, na formação do contrato, a vontade livre, esclarecida e informada do consumidor é frequentemente viciada por vários métodos de persuasão, baseados em novas técnicas de promoção comercial – por vezes com carácter agressivo – destinadas unicamente a fomentar o consumo⁴⁶.

Os produtores e fornecedores de bens e serviços têm não só maior força económica, como também um superior domínio da informação que transmitem aos seus clientes/consumidores⁴⁷. Como tal, estes, por vezes, vêm-se constrangidos a aceitar negócios em condições que não desejariam, quer por razões de fraqueza negocial, quer por deficiente informação⁴⁸.

Deste modo, o surgimento da “sociedade do consumo” – evidenciada nas relações de consumo massificadas – determinou que a ordem jurídica sentisse

⁴² FERNANDA NEVES REBELO, “O direito de livre resolução no quadro geral do regime jurídico da protecção do consumidor”, in *Nos 20 Anos do Código das Sociedades Comerciais. Homenagem aos Prof. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, Vol. II, Coimbra Ed., Coimbra, 2007, 577.

⁴³ Note-se que, desde a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, a 1 de dezembro de 2009, a terminologia *Direito Comunitário* e *Tratado da Comunidade Europeia* foi substituída por *Direito da União Europeia* e *Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia*; todavia, por uma questão de simplicidade na perceção das matérias, continuaremos a usar a expressão “Comunitário”.

⁴⁴ FERNANDA NEVES REBELO, “O direito de livre resolução no quadro geral do regime jurídico...”, cit., 577.

⁴⁵ FERNANDA NEVES REBELO, “O direito de livre resolução no quadro geral do regime jurídico...”, cit., 574.

⁴⁶ JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Responsabilidade Civil do Produtor*, cit., 34 e 35.

⁴⁷ A propósito da assimetria das figuras consumidor/profissional, vide, na doutrina alemã, VANESSA REICHARDT, “*Der Verbraucher und seine variable Rolle...*”, cit., 392.

⁴⁸ Neste sentido, LUÍS MENEZES LEITÃO, “O direito do consumo: autonomização e configuração dogmática”, in *Estudos do Instituto de Direito do Consumo*, Vol. I, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra, Almedina, 2002, 13.

necessidade de proteger a parte mais fraca – o consumidor –, concedendo-lhe um regime de proteção favorável, tendo em vista a reposição de algum nível de equilíbrio entre as partes⁴⁹.

E, assim, o Direito tem assumido a “missão” de proteção do consumidor, o que se tem traduzido na emissão de medidas legislativas, as quais vão integrando um campo de normas com significativa autonomia científico-dogmática. Dito isto, parece que estamos em condições de falar numa nova temática na área do direito privado especial: a proteção dos consumidores⁵⁰.

§ 2.º *O conceito de “consumidor médio”*

A expressão “consumidor” encontra-se espalhada em inúmeros preceitos legais, não existindo um conceito jurídico único, geral e uniforme, tanto a nível comunitário como a nível nacional⁵¹, mas sim diferentes noções desse conceito, as quais se encontram espalhadas por diversos preceitos legais.

Desde logo, podemos começar por referir o artigo 99.º, alínea e), da Constituição, que estabelece que a “proteção dos consumidores” deve ser um dos objetivos da política comercial⁵² e, também, o artigo 60.º da Constituição que, a propósito da catalogação dos seus direitos, utiliza, logo na epígrafe, o vocábulo “consumidores”.

Por outro lado, o artigo 2.º, n.º 1 da Lei de Defesa do Consumidor (Lei n.º 24/96, de 31 de julho) dá também o seu contributo à definição de consumidor⁵³, consagrando que este é “todo aquele a quem sejam fornecidos bens,

⁴⁹ LUÍS MENEZES LEITÃO, “O direito do consumo: autonomização e configuração dogmática”, cit., 12.

⁵⁰ FERNANDA NEVES REBELO, “O direito de livre resolução no quadro geral do regime jurídico...”, cit., 576. Também, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, “Sobre o direito do consumidor em Portugal...”, cit., 121 [n. 31] e VANESSA REICHARDT, “*Der Verbraucher und seine variable Rolle...*”, cit., 154. Aqui, a Autora fala sobre a posição do consumidor no mercado interno europeu, explicando que, embora não tenham inicialmente sido alvos de proteção, os interesses económicos dos consumidores estão agora devidamente protegidos.

⁵¹ FERNANDO BAPTISTA DE OLIVEIRA, *O Conceito de Consumidor*, cit., 222.

⁵² Conforme bem nota ADELAIDE MENEZES LEITÃO, este preceito constitucional tem maior importância em sede de restrições da concorrência do que propriamente no domínio específico da publicidade e práticas comerciais desleais (Cfr. ADELAIDE MENEZES LEITÃO, “Direito da publicidade e concorrência desleal...”, cit., 278).

⁵³ Esta Lei de Defesa do Consumidor (LDC), em comparação com a anterior Lei n.º 29/81, de 31 de agosto, apresenta a novidade de não prever que a definição de consumidor ali contida valha apenas “para efeitos da presente lei”. Assim, na definição da atual lei, o legislador assumiu a pretensão de universalismo em toda a ordem jurídica, e não apenas para efeitos do diploma em que está inserida. Neste sentido, cfr. FERNANDO BAPTISTA DE OLIVEIRA, *O Conceito de Consumidor*, cit., 62.

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”⁵⁴.

E, no ordenamento jurídico alemão, o § 13.º do BGB define consumidor como sendo “toda a pessoa singular que conclua um negócio jurídico com uma finalidade que não lhe possa ser imputada a título empresarial ou de profissional livre”⁵⁵, surgindo o consumidor como o destinatário final do processo económico, sendo aquele que adquire determinado produto sem qualquer fim empresarial ou profissional livre^{56/57}.

Perante esta diversidade de normas que tentam definir a ideia de “consumidor”, impõe-se a sua análise à luz da Diretiva n.º 2005/29/CE e do Decreto-Lei n.º 57/2008, diplomas que também tiveram na sua génese a tentativa de harmonização de conceitos.

No âmbito destes diplomas, define-se “consumidor” como sendo qualquer pessoa singular⁵⁸⁻⁵⁹ que atue com fins que não se incluam no âmbito da sua

⁵⁴ Enfatizando que a noção plasmada no artigo 2.º, n.º 1 da LDC está, toda ela, alicerçada no pressuposto da existência de um contrato, *vide* PAULO DUARTE, “O conceito jurídico de consumidor...”, cit., 659 e 660. O Autor afirma que “consumidor é todo aquele sujeito jurídico de certo tipo que, em certa posição, participa no procedimento de formação e celebração de um contrato que se caracteriza por polarizar-se, do outro lado, em um outro sujeito que exhibe certos atributos e por incidir sobre um objecto que carece de satisfazer particulares exigências”.

⁵⁵ Tradução nossa. Para ulteriores desenvolvimentos acerca deste conceito no ordenamento jurídico alemão, *vide* VANESSA REICHARDT, “*Der Verbraucher und seine variable Rolle...*”, cit., 144 ss.

⁵⁶ Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “O anteprojecto de código do consumidor”, in *O Direito*, Ano 138.º, IV, Almedina, Coimbra, 2006, 697.

⁵⁷ LUIS GONZÁLEZ VAQUÉ, “La noción de *consumidor medio* según la jurisprudencia del tribunal de justicia de las comunidades europeas”, in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Año 8, N.º 17, Enero/Abril 2004, Madrid, 53, afirma que o conceito de consumidor se poderia resumir “(...) en el sentido de que comprende toda persona física, *no profesional*, que adquire bienes o servicios para su consumo final, con objeto de satisfacer necesidades personales o familiares”.

⁵⁸ A propósito da análise ao artigo 2.º, n.º 1 da LDC, vejam-se as críticas tecidas PAULO DUARTE, “O conceito jurídico de consumidor...”, cit., 662, a respeito da suposta necessidade dos consumidores serem pessoas singulares. No mesmo sentido, e a propósito do direito alemão, com análise às críticas que costumam ser tecidas ao facto de apenas a pessoa singular poder ser consumidora, *vide* ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “O anteprojecto de código do consumidor”, cit., 697 e 698. O Autor também entende que o Anteprojecto do Código do Consumidor comete um erro ao consagrar o consumidor como “pessoa singular”, devendo alargar-se o conceito às *peçoas colectivas*: “Em suma, sustentariámos um conceito de consumidor mais estrito e claro, de modo a abranger pessoas colectivas carecidas de protecção e a afastar profissionais ou equiparados, mesmo singulares” (pp. 700 e 701).

⁵⁹ Sobre esta temática, *vide* o Ac. STJ de 6 de novembro de 2007, Relator MÁRIO CRUZ, Processo 07A3015. Sinteticamente, tratava-se de um empréstimo concedido a uma empresa para financiar a aquisição de uma viatura para o seu gerente. Entendeu-se que, obedecendo o contrato de crédito

atividade profissional [artigo 3.º, alínea a), do Decreto-Lei e artigo 2.º, alínea a), da Diretiva].

No entanto, já para se aferir se determinada prática comercial é desleal, é assumida como referência a noção de *consumidor médio*, i.e., o consumidor normalmente informado e razoavelmente atento e advertido – tal como já tem sido configurado na jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE), a propósito da publicidade enganosa. No entanto, sendo possível determinar o público-alvo da mensagem (*v.g.*, crianças ou adolescentes), deve o membro médio desse grupo passar a ser a referência, uma vez que estamos no grupo de consumidores especialmente vulneráveis⁶⁰.

Dito isto, o conceito de “consumidor médio” tem-se afirmado como algo mais preciso e coincidente com o conceito que a Jurisprudência do TJCE⁶¹ e algumas Diretivas comunitárias têm vindo a seguir, aferindo-se, assim, se um determinado consumidor merece a proteção que os princípios de defesa do consumidor têm ínsitos.

Contudo, apenas uma interpretação correta da noção de “consumidor médio” nos permitirá assegurar a sua aplicação de uma forma eficaz e uniforme⁶²⁻⁶³.

ao consumo ao regime jurídico do Decreto-Lei n.º 359/91, de 21 de setembro, “*dele ficam excluídos, desde logo, os créditos concedidos a quem não seja pessoa singular – art. 2.º-1-b*”. Isto significa que o Acórdão vem sustentar a inadmissibilidade de se ver numa pessoa coletiva um consumidor, fazendo uma aplicação puramente literal e restritiva do conceito de consumidor.

⁶⁰ Debruçar-nos-emos sobre esta matéria mais à frente. *Vide*, a propósito da noção de “membro médio de um grupo concreto de consumidores”, LUIS GONZÁLEZ VAQUÉ, “Las nociones *consumidor medio* y *miembro medio* de un grupo particular de consumidores en el Reglamento n.º 1924/2006 (declaraciones nutricionales y de propiedades saludables en los alimentos)”, in *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, n.º 247, Enero/Febrero 2007, Madrid, 17. A propósito desta matéria, importa referir o considerando 19 da Diretiva: “(...) é adequado prever que eles (consumidores vulneráveis) são devidamente protegidos, mediante a avaliação da prática na perspetiva do membro médio desse grupo”.

⁶¹ RUTE COUTO, “Práticas comerciais desleais...para todos?”, in *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n.º 58, 2009, 134 a 140, onde desenvolve a análise jurisprudencial acerca do conceito de consumidor médio.

⁶² GERAINT HOWELLS é crítico em relação ao conceito e proteção do consumidor médio, dizendo que a definição é demasiado confiante no completo desenvolvimento de todos os Estados-Membros. Mesmo com a harmonização plena da diretiva com as legislações nacionais, existirão consumidores de certos Estados-Membros que não receberão a proteção pensada para o consumidor médio porque não integram essa categoria, graças à velocidade do seu desenvolvimento (Cfr. GERAINT HOWELLS, “Proposed directive on unfair commercial practices”, cit., XV).

⁶³ LUIS GONZÁLEZ VAQUÉ, “Las nociones *consumidor medio* y *miembro medio* de un grupo particular de consumidores...”, cit., 9.

Desde logo, no âmbito da Diretiva de 2005 não figura a noção de “consumidor médio”, embora a mesma constasse da proposta inicial da Comissão⁶⁴, mas encontram-se referências explícitas a este conceito nos artigos 5.º, 6.º, 7.º e 8.º, bem como no considerando 18 da versão final da Diretiva.

Este diploma comunitário pretende reprimir as práticas comerciais desleais, salvaguardando a proteção dos consumidores enquanto parte consideravelmente mais fraca da relação contratual. Mas, por não se poder esquecer de averiguar as consequências e os efeitos práticos da sua aplicação, é neste quadro, com recurso ao princípio da proporcionalidade, que fez aparecer a ideia de “consumidor médio”, como forma de averiguar os efeitos produzidos num consumidor ideal típico⁶⁵. Este conceito, de criação jurisprudencial⁶⁶, tem vindo sistematicamente a definir-se segundo o critério de “consumidor normalmente informado e razoavelmente atento e perspicaz”⁶⁷. Esta tendência iniciou-se com a sentença “*Gut Springenheide*”⁶⁸⁻⁶⁹, a qual constituiu um marco histórico na afirmação do conceito, onde se decidiu que, para se determinar se uma menção existente num rótulo, cujo único objetivo era fomentar as vendas de ovos, podendo induzir o comprador em erro – e consubstanciando uma infração ao disposto no artigo 10.º, n.º 2, alínea e) do Regulamento n.º 1907/90⁷⁰, relativo à comercialização de ovos – se deveria tomar como referência a expectativa que tal menção criaria num *consumidor médio*.

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

⁶⁴ Cfr. LUIS GONZÁLEZ VAQUÉ, “Las nociones *consumidor medio* y *miembro medio de un grupo particular de consumidores*...”, cit., 13: “En este contexto, cabe subrayar que el legislador comunitario mantuvo la noción de *consumidor medio* como la referencia *por defecto* con respecto a la cual debe evaluarse el impacto de las prácticas comerciales potencialmente desleales”.

⁶⁵ O critério do consumidor médio não é estatístico: os tribunais e as autoridades nacionais terão de exercer a sua faculdade de julgamento, tendo em conta a jurisprudência do TJ, para determinar a reação típica do consumidor médio num determinado caso. Cfr. ALEXANDRA DIAS PEREIRA, “Publicidade comparativa e práticas comerciais desleais...”, cit., 368 (e n.43).

⁶⁶ A jurisprudência portuguesa tem vindo a construir o conceito de “consumidor medianamente atento”, que se distingue dos completamente descuidados, mas também dos consumidores atentos. *Vide*, Ac. STJ de 24 junho de 2003, Processo 03A1914, Relator RIBEIRO DE ALMEIDA; e Ac. STJ de 22 abril de 2004, Processo 07B974, Relator ALBERTO SOBRINHO.

⁶⁷ LUIS GONZÁLEZ VAQUÉ, “La noción de *consumidor medio* según la jurisprudencia...”, cit., 49.

⁶⁸ De 16 de julho de 1998, asunto C-210/96, RJTJ, I-4657.

⁶⁹ Para uma análise mais desenvolvida a propósito da importância que revestiu a sentença “*Gut Springenheide*”, *vide* LUIS GONZÁLEZ VAQUÉ, “La noción de *consumidor medio* según la jurisprudencia...”, cit., 57 ss.

⁷⁰ Regulamento n.º 1907/90, do Conselho, de 26 de maio de 1990, Decreto-Lei n.º 173, de 6 de julho de 1990.

afigurou-se como 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”⁷¹.

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.

Num caso posterior, na sentença “Darbo”⁷²⁻⁷³, o TJCE refere que “os consumidores que decidem adquirir um produto em função da respetiva composição leem previamente a lista de ingredientes, cuja menção é obrigatória [à data em vigor] nos termos do artigo 6.º da Diretiva n.º 79/112/CEE”.

Com efeito, parece-nos crucial que a *postura* do consumidor (perante determinado produto que se encontra à venda) é essencial para se acautelar de danos que possa vir a sofrer. Assim, ele deve *informar-se*, lendo todas as indicações ou prospetos que estejam à sua disposição⁷⁴.

No que toca a “informação”, é essencial fazermos ainda uma referência à Sentença “*Gottfried Linhart*”⁷⁵, na qual o TJUE entendeu que a aplicação do critério de expectativa de um consumidor médio permitia “considerar que a expressão «*controlado mediante análises dermatológicas*» na embalagem de alguns produtos cosméticos [no caso, sabão e produtos capilares], não pode sugerir a um consumidor médio, normalmente informado e razoavelmente atento e perspicaz, outra ideia que não seja que o aludido produto foi submetido a uma análise destinada a determinar os seus efeitos na pele e que, por consequência, a sua comercialização implica que os resultados desta análise foram positivos e se comprovou a sua tolerância pela epiderme ou, pelo menos, o seu carácter inócuo para a pele”.

Poderíamos coligir aqui outros exemplos de sentenças jurisprudenciais que ajudassem na aferição deste critério de “consumidor médio”. No entanto, cremos já ter demonstrado que o essencial a reter é que a *informação* e a *atitude* do consumidor⁷⁶ são fatores determinantes na defesa deste, consubstanciando referências fulcrais para se compreender o que se deve entender por “consumidor médio”.

⁷¹ Cfr. o ponto 56 das conclusões do Advogado Geral MISCHO apresentadas a 12 de março de 1998.

⁷² Sentença de 4 de abril de 2000, assunto C-465/98, RJTJ, I-2297.

⁷³ Cfr., desenvolvidamente, LUIS GONZÁLEZ VAQUÉ, “La noción de *consumidor medio* según la jurisprudencia...”, cit., 65 e 66.

⁷⁴ FERNANDO BAPTISTA DE OLIVEIRA, *O Conceito de Consumidor*, cit., 201.

⁷⁵ De 24 de outubro de 2002, assunto C-99/01, RJTJ, I-9375.

⁷⁶ Neste sentido, LUIS GONZÁLEZ VAQUÉ, “La noción de *consumidor medio* según la jurisprudencia...”, cit., 78. E, também, CRISTINA PONCIBÒ/ROSSELLA INCARDONA, “The average consumer, the unfair commercial practices directive, and the cognitive revolution”, in *Journal of Consumer Policy Issue*, Vol. 30, n.º 1, 2007, 22 e 23.

§ 3.º *A proteção dos consumidores “especialmente vulneráveis”*

Nesta sede deve ser desde logo referido que, embora as crianças não sejam as únicas que mereceram proteção acrescida em matéria de práticas comerciais desleais⁷⁷, a atenção que estas merecem dos profissionais e a vontade que estes demonstram em captar a sua atenção, faz com que as coloquemos num lugar de destaque⁷⁸, compreendendo-se, assim, que a publicidade dirigida às crianças deva ser encarada como um meio possível de influenciar a sua educação e vontade, já que ainda se encontram numa fase inicial de maturação, bem como de desenvolvimento da sua personalidade^{79/80}.

Para tanto, repare-se que o artigo 6.º, alínea *a*), do Decreto-Lei n.º 57/2008 refere que são práticas comerciais desleais *em especial*, “as práticas comerciais suscetíveis de distorcer substancialmente o comportamento económico de um único grupo, claramente identificável, de consumidores particularmente vulneráveis, em razão da sua doença mental ou física, idade ou credulidade, à prática comercial ou ao bem ou serviço subjacentes, se o profissional pudesse razoavelmente ter previsto que a sua conduta era suscetível de provocar essa distorção”.

Perante isto, podemos verificar que o legislador nacional se afastou, em parte, do que tinha sido estabelecido pelo legislador comunitário – nomeadamente, no artigo 5.º, n.º 3 da Diretiva n.º 2005/29/CE. Neste preceito estabelece-se que: “As práticas comerciais que são suscetíveis de distorcer substancialmente o comportamento económico de um único grupo, claramente identificável, de consumidores particularmente vulneráveis à prática ou ao produto subjacente, em razão da sua doença mental ou física, idade

⁷⁷ Cfr. ALEXANDRE DIAS PEREIRA, “Publicidade comparativa e práticas comerciais desleais...”, cit., 373.

⁷⁸ Cfr. HÉLIO T. RODRIGUES, “A protecção dos consumidores vulneráveis nas práticas comerciais desleais...”, cit., 104. O Autor refere que “[n]a actual sociedade de consumo a criança foi elevada ao status de cliente, e é actualmente vista pelos profissionais como ocupando um lugar privilegiado, de alguém que, com muita exigência, compra, gasta e consome”.

⁷⁹ Veja-se que a Diretiva 2005/29/CE considerou tratar-se de uma prática comercial agressiva em qualquer circunstância, no ponto 28 do seu Anexo I: “[i]ncluir num anúncio publicitário uma exortação directa às crianças no sentido de estas comprarem ou convencerem os pais ou outros adultos a comprar-lhes os produtos anunciados”. No mesmo sentido, depõe o artigo 12.º, alínea *e*), do Decreto-Lei n.º 57/2008. A propósito das “práticas comerciais agressivas” e das “práticas comerciais agressivas em qualquer circunstância” teceremos as devidas considerações mais à frente no corpo do nosso estudo.

⁸⁰ HÉLIO T. RODRIGUES, “A protecção dos consumidores vulneráveis nas práticas comerciais desleais...”, cit., 105, considerando que a Diretiva comunitária deveria ter optado por uma proibição total da publicidade dirigida a menores de 12 anos, como sucedia em alguns países nórdicos.

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

Com efeito, ao confrontarmos o artigo 6.º, alínea *a*) do Decreto-Lei com o artigo 5.º, n.º 3 da Diretiva surge-nos a questão de saber se, como parece resultar da Diretiva, devemos enquadrar a proteção dos grupos “especialmente vulneráveis” no âmbito da cláusula geral das práticas comerciais desleais ou se, pelo contrário – como parece apontar o Decreto-Lei –, estas devem ser consideradas práticas comerciais desleais em especial.

Quanto a nós, somos de parecer que a opção do legislador nacional deve ser criticada. Em primeiro lugar, não estamos neste âmbito perante uma específica forma autónoma de manifestação de uma prática comercial, a qual permita uma distinção com base em elementos da sua *substância* ou do seu modo de operar – como acontece nas práticas agressivas ou enganosas. Efetivamente, aqui, o elemento que distingue estas práticas comerciais é o *objeto* sobre o qual incidem com potencialidade desleal, ou seja, os “consumidores especialmente vulneráveis”⁸¹.

Em segundo lugar, veja-se que estas práticas *não têm (nem devem)* ser especiais, já que podem assumir a forma de práticas agressivas, de práticas enganosas, ou enquadrarem-se simplesmente na cláusula geral do artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 57/2008. Se assim não se entendesse, para que serviria a consagração no artigo 12.º, alínea *e*), de se tratar de uma prática comercial considerada agressiva em qualquer circunstância, incluir-se num anúncio publicitário uma exortação direta às crianças no sentido de comprarem ou convencerem os pais a comprar-lhes os produtos anunciados?

Deste modo, parece-nos que aqui o legislador nacional não andou bem e não ponderou as consequências de considerar estas práticas como sendo desleais em especial, autonomizando-as, quer das práticas desleais em geral, quer das restantes práticas desleais em especial (as enganosas e agressivas, e ainda as enganosas e agressivas em qualquer circunstância), mostrando alguma incongruência.

Concomitantemente, o artigo 6.º, alínea *a*), do Decreto-Lei refere-se a uma *suscetibilidade* de distorção do comportamento económico como elemento de concretização dessa prática comercial desleal. Contudo, apenas quando conjugada com o artigo 5.º, n.º 2 é que se logrará obter uma resposta eficaz,

⁸¹ Cfr., desenvolvidamente, HÉLIO T. RODRIGUES, “A protecção dos consumidores vulneráveis nas práticas comerciais desleais...”, cit., 107 e 108.

já que é neste preceito anterior que se diz que a referência será *o membro médio de um grupo* quando a prática comercial for *destinada* a um determinado grupo de consumidores. Encontramos, aqui, mais um ponto questionável a propósito da *suposta* modalidade especial de prática desleal, uma vez que esta última expressão – “ser destinada” – suscita alguns problemas. Efetivamente, para que o artigo 6.º, alínea *a*), do Decreto-Lei nunca se aplique, basta que o profissional afirme que aquela prática *não se destinava* aquele grupo de consumidores especialmente vulneráveis, mas sim aos consumidores ditos “normais”⁸².

Daí que concordemos com a interpretação sugerida por Hélio Rodrigues, no sentido de se dever interpretar os artigos 6.º, alínea *a*), e 5.º, n.º 2 do Decreto-Lei segundo uma interpretação *ab-rogante* ou *corretiva*, mediante a qual “não se exija que a prática comercial se destine ao grupo de consumidores especialmente vulneráveis”, de forma a que se alcance o mesmo efeito útil que o artigo 5.º, n.º 3 da Diretiva n.º 2005/29/CE⁸³⁻⁸⁴. Apenas assim se fará com que baste a previsibilidade de que aquela prática seja suscetível de distorcer o comportamento económico de consumidores particularmente vulneráveis para que seja avaliada na perspetiva do membro médio deste grupo, não interessando qual a verdadeira intenção do profissional⁸⁵.

Por fim, devemos referir que o fundamento da “especial vulnerabilidade” assenta na probabilidade de se consumir um risco de virem a ser lesados os interesses económicos de certos consumidores que merecem uma especial proteção, já que a probabilidade de lesão aqui é maior do que nos denominados “consumidores normais”⁸⁶. Assim sendo, entendemos que, por imperativo de justiça material, a situação do artigo 11.º, alínea *c*), do Decreto-Lei e artigo 9.º, alínea *c*), da Diretiva, referente aos casos em que o profissional se aproveita de um infortúnio ou de uma outra circunstância grave que prejudique a capacidade de decisão do consumidor – tendo o profissional conhecimento disso – deve constituir outra situação em que o consumidor possa ser considerado “particu-

⁸² Neste sentido, HÉLIO T. RODRIGUES, “A proteção dos consumidores vulneráveis nas práticas comerciais desleais...”, cit., 108 e 116 ss.

⁸³ Cfr. HÉLIO T. RODRIGUES, “A proteção dos consumidores vulneráveis nas práticas comerciais desleais...”, cit., 109.

⁸⁴ ALEXANDRE DIAS PEREIRA, “Publicidade comparativa e práticas comerciais desleais...”, cit., 373.

⁸⁵ Cfr. HÉLIO T. RODRIGUES, “A proteção dos consumidores vulneráveis nas práticas comerciais desleais...”, cit., 117, mostrando-se crítico a propósito do conceito de “profissional médio” para se aferir a previsibilidade de uma prática ser suscetível de distorcer o comportamento económico de consumidores. Assim, o Autor adota o critério de “profissional diligente competente e cuidadoso” daquele ramo de atividade.

⁸⁶ Para maiores desenvolvimentos, *vide* HÉLIO T. RODRIGUES, “A proteção dos consumidores vulneráveis nas práticas comerciais desleais...”, cit., 109 ss.

larmente vulnerável”, com as necessárias consequências daí advenientes⁸⁷. Isso resultará numa proteção acrescida para os consumidores, podendo-se socorrer desta possibilidade, e não apenas da que resulta do artigo 11.º, alínea c), do Decreto-Lei e do artigo 9.º, alínea c), da Diretiva.

III. Práticas comerciais desleais

§ 4.º *As práticas comerciais desleais*

Tradicionalmente, era com base na legislação comercial e até nos deveres de ética profissional dos comerciantes que se reprimiam as práticas comerciais desleais. A preocupação com o bom funcionamento do mercado era o vetor mais importante, sendo os consumidores o objeto principal da disputa concorrencial⁸⁸.

O Decreto-Lei n.º 272/87, de 3 de julho – fruto da transposição da Diretiva n.º 85/577/CE, do Conselho, de 20 de dezembro – introduziu na ordem jurídica portuguesa uma regulamentação inovadora com vista à proteção do consumidor em matéria de contratos negociados fora do estabelecimento comercial⁸⁹. Efetivamente, o modelo tradicional do comércio pré-sociedade industrial, em que o comerciante aguardava passivamente a chegada dos clientes ao seu estabelecimento comercial, foi substituído pelo comerciante dinâmico e ativo, que usa os mais variados esquemas e técnicas para convencer o consumidor a adquirir o seu produto⁹⁰.

⁸⁷ HÉLIO T. RODRIGUES, “A protecção dos consumidores vulneráveis nas práticas comerciais desleais...”, cit., 112. O Autor alerta que neste tipo de casos os consumidores “aceitam as ofertas que primeiramente se lhes apresentem, sem as valorarem convenientemente, sendo que o profissional conhece esta circunstância e pretende apenas aproveitar-se dela”.

⁸⁸ Para uma análise do mercado interno antes da adoção da Diretiva de 2005, vide AMANDINE GARDE/MICHAEL HARAVON, “Unfair commercial practices: towards a comprehensive european consumer policy?...”, cit., 118 a 120 e HANS-W. MICKLITZ, “Unfair commercial practices...”, cit., 80.

⁸⁹ Concretamente, este diploma tratava das *ventas por correspondência*, em que numa primeira evolução legislativa da temática da proteção do consumidor se previa a possibilidade de encomendar, pelo correio ou telefone, os bens divulgados em catálogos ou revistas, devendo prestar-se informação clara e completa relativa ao conteúdo da oferta, sob pena de não se considerar uma modalidade de venda de bens ou prestação de serviços leal. Vide, sobre este assunto, MIGUEL PUPO CORREIA, “Contratos à distância: uma fase na evolução da defesa do consumidor na sociedade de informação?”, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 4, 2002, 166 e 167.

⁹⁰ Cfr. LUÍS DE MENEZES LEITÃO, “A protecção do consumidor contra as práticas comerciais desleais e agressivas”, in *O Direito*, A. 134/135, 2002-2003, 69 e 70.

Justamente por este motivo, a 26 de abril de 2001, transpondo a Diretiva n.º 97/7/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio, surge no panorama legislativo nacional o Decreto-Lei n.º 143/2001, que dá início ao percurso de transformação dos tradicionais conceitos e modos de defesa do consumidor, sob os influxos das novas tecnologias de comunicação.

Sobre este diploma importa tecer apenas breves considerações, uma vez que foi, em parte, substituído por mais nova e completa legislação. Por uma banda, é inegável que estabeleceu um *novus* enquadramento legal para os contratos celebrados à distância e ao domicílio; bem como, de igual modo, passou a considerar ilegais determinadas formas de venda de bens ou prestação de serviços que assentassem em processos de aliciamento enganoso do consumidor⁹¹. Por outra banda, permitiu à doutrina fazer uma distinção entre práticas comerciais disciplinadas e práticas comerciais proibidas⁹²⁻⁹³, avançando-se, a passos largos, na proteção dos consumidores e na promoção da concorrência leal.

⁹¹ De uma perspetiva sociológica, veja-se a construção de ANTÓNIO GAMA RAMOS sobre os contratos no domicílio em que “(...) o consumidor se despe da capa de protecção e se sustenta no mecanismo psicológico da confiança para interacção com o vendedor e, logo, para a vinculação a contratos que, tantas vezes observados à posteriori, lhe parecem absurdos, perdendo a percepção da razão que assistiu à sua decisão de contratar”. O Autor, com experiência profissional no CIAC – Centro de Informação Autárquico ao Consumidor, dá ainda dois exemplos paradigmáticos que refletem, na perfeição, o género de práticas enganosas e de aliciamento da abordagem dos vendedores ao domicílio. *Vide* ANTÓNIO GAMA RAMOS, “Contratos de venda ao domicílio. Breve abordagem a uma área conflitual no domínio dos contratos”, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 4, 2002, 251 e 259 ss.

⁹² O Decreto-Lei n.º 143/2001, embora tenha sido alterado pelo Decreto-Lei n.º 317/2009, de 30 de outubro, já só compreende no seu âmbito as práticas comerciais potencialmente lesivas para o consumidor a que LUÍS DE MENEZES LEITÃO chama de *práticas disciplinadas*, *v.g.*, os contratos à distância, com informações sempre escassamente limitadas e com uma execução dotada de tal rapidez que não permite ao consumidor ponderar ou refletir a compra que fez; os contratos ao domicílio ou “venda porta a porta”, em que a presença física do vendedor pode exercer uma forte pressão para a aquisição do produto; as vendas automáticas, em que o produto está à disposição do consumidor mediante o pagamento antecipado do seu custo, entre outras. Estas práticas comerciais disciplinadas mantêm-se atualmente em exercício, tendo sido revogadas as práticas comerciais proibidas (Cfr. LUÍS DE MENEZES LEITÃO, “A protecção do consumidor contra as práticas comerciais desleais...”, *cit.*, 71 a 77).

⁹³ Como *práticas comerciais proibidas*, nos artigos 26.º ss. do Decreto-Lei n.º 143/2001, previam-se as vendas diretas ao consumidor, proibidas não só porque podem levar à convicção errónea de que se obterá um preço mais baixo porque não há intervenção de distribuidores, mas também porque prejudica a distribuição e impede o regular abastecimento do mercado; as vendas ‘em cadeia’/‘bola de neve’, onde se promete um desconto ou a gratuidade da aquisição se o consumidor conseguir a fidelização de outros clientes, sendo estas proibidas pela quantidade excessiva que o consumidor vai ser obrigado a adquirir, sem qualquer garantia de escoamento. No artigo 28.º do Decreto-Lei também se previam as vendas forçadas, que fazem valer o silêncio como declaração negocial para

É neste contexto – e centrando agora a atenção no propósito principal do nosso estudo – que nos propomos agora analisar com maior detalhe as práticas comerciais desleais objeto do Decreto-Lei n.º 57/2008, em comparação com a Diretiva 2005/29/CE.

4.1. *Práticas comerciais desleais em geral*

A Diretiva n.º 2005/29/CE, de 11 de maio, espelha, claramente, a necessidade de dar cumprimento às próprias normas do Direito Comunitário, uma vez que um dos seus princípios basilares é o da harmonização das legislações nacionais com a legislação comunitária⁹⁴. As legislações dos Estados-Membros, em matéria de práticas comerciais desleais, sempre apresentaram diferenças de relevo que podiam provocar distorções sensíveis na concorrência e até criar dúvidas e incertezas, afetando o bom funcionamento do mercado interno⁹⁵. Deparando-se com esta realidade, e dando cumprimento ao artigo 114.º e ss. do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (anterior artigo 95.º do Tratado da Comunidade Europeia), estabelece-se, com a Diretiva, uma proibição geral única das práticas comerciais desleais que distorçam o comportamento económico dos consumidores⁹⁶.

Note-se, novamente, que esta Diretiva aparenta somente proteger os consumidores e zelar diretamente pelos seus interesses económicos, não abrangendo

o consumidor que recebeu a oferta ou a proposta. São naturalmente proibidas porque pretendem retirar uma vantagem do consumidor, punindo-se os seus praticantes pela indução em erro do consumidor, entre outros.

Note-se que estas normas foram revogadas pelo Decreto-Lei n.º 57/2008, que trataremos seguidamente. Para mais desenvolvimentos, *vide* LUÍS DE MENEZES LEITÃO, “A protecção do consumidor contra as práticas comerciais desleais...”, *cit.*, 79 ss.; e JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Concorrência Desleal*, *cit.*, 547 ss.

⁹⁴ Para mais desenvolvimentos sobre este princípio, *vide* FAUSTO DE QUADROS, *Direito da União Europeia*, 2.ª Reimpressão, Almedina, Coimbra, 2008, 443 ss. O Autor fala mesmo, a propósito da harmonização das ordens jurídicas nacionais com o Direito Comunitário, de uma “*Europeização dos Direitos Estaduais*”.

⁹⁵ AMANDINE GARDE/MICHAEL HARAVON, “Unfair commercial practices...”, *op. cit.*, 117 [e n. 4], onde os Autores comparam a Diretiva comunitária com alguma legislação nos Estados Unidos, dando o exemplo da NY Business General Law e da Califórnia Business and Professions Code.

⁹⁶ Expondo de forma sistemática todos os problemas relativos à Diretiva que se levantaram face à legislação italiana, *vide* ROSSELLA INCARDONA, “La direttiva n. 2005/29/CE sulle pratiche commerciali sleali...”, *cit.*, 361.

A propósito da transposição da Diretiva no Direito Belga e Francês, *vide* LÉONARD COX/CHARLES GHEUR, “La directive sur les pratiques commerciales déloyales: analyse critique de sa transposition en droit belge et en droit français”, in *Revue Européenne de droit de la consommation*, Février 2007–2008, 194 e 205.

nem afetando as legislações nacionais relativas a práticas comerciais desleais que apenas prejudiquem os interesses económicos dos *concorrentes*. Contudo, será mesmo assim? Não estarão os concorrentes e os seus interesses económicos igualmente protegidos pela Diretiva? Vejamos.

A caracterização das práticas comerciais desleais é feita mediante uma *cláusula geral* e a previsão de dois tipos *especiais*.

A *cláusula geral* de práticas comerciais desleais, oferecendo a sua noção no artigo 5.º do Decreto-Lei e no artigo 5.º, n.º 2, alíneas a) e b) da Diretiva, considera desleais as práticas contrárias à diligência profissional que, para mais, distorçam de maneira substancial o comportamento económico dos consumidores.

Em primeiro lugar, será então necessário que exista uma contrariedade às exigências relativas à diligência profissional, conforme o artigo 5.º, n.º 2., alínea a). O conceito de “diligência profissional” é definido no artigo 2.º, alínea h) da Diretiva, referindo-se à atitude esperada do profissional para com o consumidor, de acordo com a prática honesta do mercado e o princípio geral da boa fé⁹⁷⁻⁹⁸.

Em segundo lugar, é preciso uma distorção substancial do comportamento económico do consumidor médio, em relação ao produto que iria adquirir, segundo o artigo 5.º, n.º 2, alínea b). Uma vez mais, vemos que, a propósito desta cláusula geral de práticas comerciais desleais, é o *consumidor médio* quem vai servir de referência para aferir da lealdade ou deslealdade da prática comercial no caso concreto.

Por sua vez, para além desta cláusula geral, existem os tipos *especiais*⁹⁹ de práticas comerciais desleais proibidas: práticas comerciais *enganosas* e práticas comerciais *agressivas*.

⁹⁷ JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “Concorrência Desleal: as grandes opções”, cit., 131, entende que “aqui se introduz um elemento valorativo, pelo recurso, embora nebuloso, às cláusulas gerais da prática honesta e da boa fé”.

⁹⁸ GERAINT HOWELLS, “Proposed directive on unfair commercial practices...”, cit., XIII, define prática comercial desleal como “[t]hese are the practices which, contrary to the requirements of professional diligence, materially distort, or are likely to materially distort, the economic behaviour with regard to the product”.

⁹⁹ Note-se que, ao olharmos para o artigo 5.º, n.º 3 da Diretiva, existem apenas duas modalidades de práticas comerciais desleais especiais, mas, ao compararmos com o Decreto-Lei, percebemos que foi diferente o entendimento do legislador português, uma vez que existem três modalidades de práticas desleais especiais. Para mais desenvolvimentos, *vide*, HÉLIO T. RODRIGUES, “A protecção dos consumidores vulneráveis nas práticas comerciais desleais...”, cit., 106 a 108.

4.2. *Práticas comerciais enganosas*

As práticas comerciais enganosas dividem-se em duas categorias: as *ações enganosas* (I) e as *omissões enganosas* (II).

I. Podemos definir *ações enganosas* como sendo as práticas que contêm informações falsas¹⁰⁰, ou que, mesmo que sejam *factualmente* corretas, induzam ou sejam suscetíveis de induzir em erro o consumidor em relação a determinados elementos previstos na lei (*v.g.*, a natureza do bem, o seu preço, ou os direitos do consumidor).

Em qualquer um destes casos, estas informações têm de conduzir ou serem suscetíveis de conduzir o consumidor a tomar uma decisão de transação que não teria tomado de outro modo (se, como e em que condições, adquirir, pagar, conservar ou alienar o produto, independentemente de agir ou abster-se de agir).

Em especial, a lei destaca como *enganosas* práticas de concorrência desleal que se consubstanciam numa atividade de promoção comercial relativa a um bem ou serviço, incluindo publicidade comparativa¹⁰¹, que crie confusão com quaisquer bens ou serviços, marcas, designações comerciais e outros sinais distintivos de um concorrente.

Será ainda enganoso o incumprimento, pelo profissional, de normas constantes em códigos de conduta a que esteja vinculado.

Assim, toda a publicidade enganosa e comparativa que tenha como destinatários os consumidores passa a regular-se por este diploma. O Código da Publicidade cingir-se-á à regulação de publicidade enganosa (artigo 11.º) e comparativa (artigo 16.º) nas relações entre empresas e/ou produtos concorrentes.

Por sua vez, o Decreto-Lei n.º 57/2008 ainda prevê que as *ações enganosas* possam ser consideradas *absolutamente* proibidas em alguns casos, conforme

¹⁰⁰ Veja-se, a título de exemplo de prática enganosa, o facto de um profissional alegar que está prestes a cessar a sua atividade ou a mudar de instalações, quando tal não corresponde à verdade (Cfr. JOÃO ALVES, “A publicidade e a directiva 2005/29/CE do parlamento europeu e do conselho, de 11 de maio de 2005, relativa às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno”, in *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n.º 48, 2006, 75).

¹⁰¹ CARLO PIAZZA, “Dalla pubblicità ingannevole alle pratiche commerciali sleali. Tutela amministrativa e giurisdizionale”, in *Il Diritto dell’informazione e dell’informatica*, Anno XXIV, n.º 1, 2008, 21 e 22. Este Autor define publicidade comparativa como aquela na qual o profissional, com o intuito de promover a implementação do consumo de seus produtos, coloca em contraposição determinadas características de produtos concorrentes, de modo a demonstrar aos consumidores algum tipo de superioridade do seu produto.

consta do seu artigo 8.º, e, com semelhante previsão, o Anexo I da Diretiva¹⁰². Neste âmbito, a lei elenca os casos em que as práticas devem ser consideradas *enganosas em qualquer circunstância*¹⁰³, dos quais destacamos: a exibição de uma marca de confiança, uma marca de qualidade ou equivalente, sem ter obtido a autorização necessária; a utilização de um conteúdo editado nos meios de comunicação social para promover um bem ou serviço, tendo sido o próprio profissional a financiar essa promoção, sem que tal seja indicado claramente no conteúdo; a promoção de um produto análogo ao produzido por um fabricante específico, de maneira a levar deliberadamente o consumidor a pensar que, embora não seja esse o seu caso, o bem ou o serviço provêm desse mesmo fabricante; os sistemas de promoção em pirâmide; e a declaração de que se organiza um concurso ou uma promoção com prémio sem entregar os prémios descritos ou um equivalente razoável.

II. Em relação às *omissões enganosas*, o diploma em análise, no seu artigo 9.º, determina 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 referência¹⁰⁴.

Assim sendo, *omissão enganosa* será toda a omissão de informação substancial¹⁰⁵ 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 modo pouco claro, ininteligível ou tardio, bem

¹⁰² *Vide*, desenvolvidamente, GERAINT HOWELLS, “Proposed directive on unfair commercial practices...”, cit., XV, onde o Autor usa o termo “*black-list*” para se referir ao Anexo I da Diretiva.

¹⁰³ A propósito do Anexo I da Diretiva, que contém o elenco de todas as práticas consideradas desleais em quaisquer circunstâncias (tanto as enganosas como as agressivas), JOSÉ OLIVEIRA ASCENSÃO, “Concorrência desleal: as grandes opções”, cit., 128, entende que: “A Directiva dá assim escassa abertura à intervenção duma cláusula geral valorativa”.

¹⁰⁴ Cfr. JOSÉ OLIVEIRA ASCENSÃO, “Concorrência desleal: as grandes opções”, cit., 129, onde constata que a diretiva comunitária teve a curiosidade de trazer a contraposição das ações enganosas às omissões enganosas, sendo a própria ambiguidade da informação já qualificada como omissão enganosa (no artigo 7.º, n.º 2 da Diretiva).

¹⁰⁵ *Informação substancial* é definida, maioritariamente, para dois tipos de situações: quando existe um ‘convite a contratar’, considera-se substancial toda a informação relativa às características principais do produto, na medida adequada ao meio e ao produto; e, não existindo convite a contratar, são considerados substanciais os requisitos de informação estabelecidos pela legislação comunitária relativa a *marketing* e publicidade. Aprofundando estes conceitos, vide ALEXANDRA DIAS PEREIRA, “Publicidade comparativa e práticas comerciais desleais...”, cit., 371.

como a prática comercial em que o profissional não refira a intenção comercial da mesma, não se podendo esta depreender do contexto.

No mesmo sentido que as *ações enganosas em qualquer circunstância*, este Decreto-Lei também estabelece um elenco de casos em que as *omissões enganosas* o serão em *qualquer circunstância*. Aí se remete para diversas legislações especiais, nas quais se incluem a referente à obrigação de exibição dos preços dos bens ou serviços, o regime jurídico do crédito ao consumo, da atividade seguradora, dos valores mobiliários ou das vendas à distância¹⁰⁶.

Quando se trate de comunicação comercial que indique as características e o preço do produto, permitindo que o consumidor efetue uma aquisição, a lei considera estar perante uma verdadeira proposta contratual. Nesse tipo de casos, os deveres de informação são mais exigentes¹⁰⁷, especificando a lei quais as informações que considera substanciais, tendo necessariamente que constituir parte integrante da proposta (*v.g.*, as características principais do bem, a identidade do profissional, o preço, as modalidades de pagamento, a existência dos direitos de resolução ou de anulação).

4.3. *Práticas comerciais agressivas*

As práticas comerciais agressivas são aquelas em que, devido a assédio, coação¹⁰⁸ ou influência indevida¹⁰⁹, são suscetíveis de *limitar significativamente*

¹⁰⁶ A propósito destes contratos, vide LUÍS DE MENEZES LEITÃO, “A protecção do consumidor contra as práticas comerciais desleais...”, *cit.*, 77 ss.; MIGUEL PUPO CORREIA, “Contratos à distância...”, *cit.*, 166 ss. e, também, GUILHERME MACHADO DRAY, “Venda com redução de preços”, in *Estudos do Instituto de Direito do Consumo* (coord. de Luís de Menezes Leitão), Vol. I, Almedina, Coimbra, 2002, 233 ss.

¹⁰⁷ Fazendo uma exposição sobre o direito à informação como princípio base da defesa do consumidor, vide FABIANA SILVEIRA KARAM, “As práticas comerciais abusivas e o contrato de seguro”, in *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n.º 52, 2007, 53.

¹⁰⁸ Para mais desenvolvimentos, vide ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, Parte Geral, Tomo I, 3.ª Ed., Almedina, Coimbra, 2007, 797.

¹⁰⁹ Vide, desenvolvidamente, JOÃO ALMEIDA GARRETT, “O conceito de influência indevida e a liberdade de contratar”, in *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n.º 51, 2007, 15 e 16. O Autor apresenta quatro elementos essenciais para completar o conceito de influência indevida: (a) a atuação de um profissional, (b) utilizando uma posição de poder, (c) com o objetivo de pressionar o consumidor, e (d) de tal forma que limita significativamente a capacidade do consumidor tomar uma decisão esclarecida (artigo 3.º, j) do Decreto-Lei e artigo 2.º, alínea j) da Diretiva). Em sentido diverso, vide JORGE PEGADO LIZ, “A ‘lealdade’ no comércio ou as desventuras de uma iniciativa comunitária: análise crítica da directiva 2005/29/CE”, in *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n.º 44, dezembro 2005, 77. O Autor critica a noção dada pela Diretiva (artigo 2.º j)), entendendo que o conceito está no “(...) no domínio da pura subjectividade”.

a liberdade de escolha ou o comportamento do consumidor em relação a um produto e, por conseguinte, conduzem ou são suscetíveis de conduzir o consumidor a tomar uma decisão de transação que não teria tomado de outro modo (veja-se, para tanto, o artigo 11.º do Decreto-Lei e o artigo 8.º da Diretiva).

Para se aferir a “agressividade” de determinada prática comercial, devem ter-se em consideração uma série de aspetos, tais como: o momento, o local e persistência da prática comercial; o recurso a linguagem ou comportamento ameaçadores; o aproveitamento consciente pelo profissional de qualquer infortúnio do consumidor e, até, qualquer ameaça de exercício de uma ação judicial que não seja legalmente possível.

A proibição das práticas comerciais agressivas visa afastar as situações em que o consumidor médio contrata ou adquire qualquer bem ou serviço por se sentir, de alguma maneira, pressionado ou ameaçado, ou sujeito a qualquer forma de influência psicológica¹¹⁰⁻¹¹¹.

Também relativamente a estas práticas, o Decreto-Lei n.º 57/2008 vem estabelecer quais devem ser as práticas consideradas *agressivas* em *qualquer* circunstância, isto é, as práticas *agressivas absolutas* (artigo 12.º).

Neste sentido, destacam-se as seguintes: criar a impressão de que o consumidor não pode deixar o estabelecimento sem que antes tenha sido celebrado o contrato; fazer solicitações persistentes ou não solicitadas, por telefone, fax, *e-mail*, ou qualquer outro meio de comunicação à distância¹¹²; incluir em anúncio publicitário uma exortação direta às crianças no sentido de comprarem ou convencerem os pais ou adultos a comprar-lhes os bens ou serviços anunciados (prática esta já proibida pelo Código da Publicidade); exigir o pagamento de serviços ou a devolução de bens fornecidos pelo profissional e que o consu-

¹¹⁰ Centremos a nossa atenção no exemplo dado por ELSA DIAS OLIVEIRA, “Práticas comerciais proibidas”, in *Estudos do Instituto de Direito do Consumo* (coord. Luís Menezes Leitão), Vol. III, Almedina, Coimbra, 2006, 168 e 169. A Autora apresenta a seguinte situação: Uma pessoa é atraída para determinado local alegando que há um brinde que lhe está destinado, depois é encaminhada para uma sala sem janelas e sem qualquer tipo de brindes, onde é persuadida a celebrar um contrato sob pena de agressões físicas ou de uma ação judicial. Ora, na sequência desta atividade agressiva, o consumidor médio pode sentir a sua liberdade de contratar afetada e celebrar contratos que, de outra forma, nunca celebraria.

¹¹¹ Podemos considerar que na tipificação feita se encontra o núcleo de comportamentos que podem ser qualificados como práticas comerciais desleais agressivas e que, à semelhança da doutrina alemã, anteriormente “apelidámos de *métodos publicitários importunos*”. Cfr. ADELAIDE MENEZES LEITÃO, “Direito da publicidade e concorrência desleal...”, cit., 277.

¹¹² ELSA DIAS OLIVEIRA, “Práticas comerciais proibidas...”, cit., 171. A Autora relembra que, muitas vezes, as técnicas de marketing direto podem “beliscar” a própria privacidade do utilizador, uma vez que a sua tranquilidade é afetada, “sendo surpreendido, na sua residência ou local de trabalho, por mensagens que poderão ser invasoras da sua esfera privada”.

midor não tenha solicitado, entre outros. No último caso, o artigo 13.º do Decreto-Lei dispõe que o consumidor não fica obrigado à sua devolução ou pagamento, podendo conservá-los a título gratuito.

§ 5.º *Consequências legais*

Consagra o artigo 11.º, n.º 1 da Diretiva que: “os Estados-Membros devem assegurar a existência de meios adequados e eficazes para lutar contra as práticas comerciais desleais, a fim de garantir o cumprimento das disposições da presente diretiva no interesse dos consumidores”.

Isto significa que fica ao critério das legislações nacionais a escolha dos meios para combater este tipo de práticas desleais, bem como as sanções aplicáveis às potenciais violações. Assim, no nosso Decreto-Lei n.º 57/2008, preveem-se algumas consequências legais para um contrato que tenha sido celebrado sob a influência de alguma prática comercial desleal.

Deste modo, podemos enunciar: a anulabilidade do contrato ou a sua modificação segundo juízos de equidade (artigo 14.º); a indemnização do consumidor no caso de ter sofrido prejuízos (artigo 15.º); a ação inibitória para prevenir, corrigir ou fazer cessar tais práticas (artigo 16.º); as medidas cautelares ordenadas pelas Autoridades Administrativas competentes¹¹³, de cessação temporária da prática comercial desleal ou de proibição prévia de uma prática comercial desleal iminente, independentemente de culpa ou de prova da ocorrência de um prejuízo real (artigos 19.º e 20.º); e, por fim, as coimas, que vão de € 250 a € 3.740,98, se o infrator for pessoa singular, e de € 3.000 a € 44.891,81, se for pessoa coletiva (artigo 21.º).

Contudo, surgem nesta sede dois problemas: o primeiro relativo ao regime da invalidade dos contratos celebrados sobre a influência de alguma prática comercial desleal (I), e o segundo relacionado com o possível direito de ação dos concorrentes no combate às práticas desleais, *maxime*, a harmonização das legislações nacionais e a diretiva comunitária (II). Vejamos, de seguida, ambas as situações.

I. O artigo 14.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 57/2008 prevê como consequência para os contratos celebrados sob influência de alguma prática

¹¹³ As Autoridades Administrativas competentes para aplicar as sanções do Decreto-Lei são a ASAE, para a generalidade das situações e, ainda, o Banco de Portugal (BP), a Comissão de Mercado de Valores Mobiliários (CMVM) e o Instituto de Seguros de Portugal (ISP), para as práticas desleais que ocorram nos respetivos sectores financeiros. A Direção Geral do Consumidor será a entidade competente para as práticas desleais que ocorram em matéria de publicidade.

comercial desleal a anulabilidade. Este desvalor jurídico não traduz uma falha estrutural¹¹⁴, mas apenas um *interesse de uma determinada pessoa que não foi suficientemente atendido*¹¹⁵, ou seja, os interesses económicos daquele consumidor. A este consumidor/interessado concede-se o direito potestativo de anular o contrato, no prazo de um ano subsequente à cessação do vício, de acordo com o artigo 287.º do Código Civil.

Coloca-se, então, a questão de saber *quando se dá a cessação do vício*, uma vez que é a partir daí que começa a contar o prazo desse um ano para a arguição da anulabilidade. Contudo, não se mostra facilitada esta tarefa, já que se, por exemplo, através de coação ou influência indevida um profissional limita a liberdade de escolha de um consumidor, quando podemos dizer, com segurança, que essa influência cessou?

A propósito do artigo 287.º do Código Civil, dizem Pires de Lima e Antunes Varela que, no caso de erro e de dolo, o prazo só começa a contar-se a partir do momento em que o declarante se aperceber deles e, no caso da coação, a partir do momento em que a ameaça cessou.

Afigura-se-nos, portanto, que a altura determinante para a cessação do vício – e conseqüente início da contagem do prazo para arguição da anulabilidade – é o momento em que o consumidor volta a ter, na totalidade, a sua liberdade de escolha, até então limitada.

II. A Diretiva – adotada como um instrumento do bom funcionamento do mercado interno – destina-se, *diretamente*, a proteger os interesses económicos dos consumidores e, *indiretamente*, os interesses económicos dos concorrentes legítimos. Mas não abrange nem afeta as legislações nacionais relativas às práticas comerciais desleais que *apenas* prejudiquem os interesses económicos dos concorrentes¹¹⁶.

¹¹⁴ Repare-se que, em comparação com o regime da nulidade, que se fundamenta na falta de algum elemento essencial do negócio (vontade ou objeto), ou na contrariedade à lei imperativa, o regime da anulabilidade baseia-se num interesse de certa pessoa que foi preterido. Neste sentido, *vide* ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, cit., 860. Assim se compreende porque razão o ato ou o negócio que não for judicialmente anulado continue a produzir efeitos, bem como a existência do prazo de um ano para a sua arguição. Também se compreende a opção do legislador português pelo regime da anulabilidade para invalidar os contratos celebrados sob influência de alguma prática comercial desleal, já que se pretende sempre resolver uma questão de direito (o interessado na anulação tem de provar a sua legitimidade para a arguir) e não, como na nulidade, uma questão de interesse na destruição de efeitos.

¹¹⁵ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, cit., 861.

¹¹⁶ Considerando (6) da Diretiva 2005/29/CE, de 11 de maio de 2005.

O artigo 16.º do Decreto-Lei refere que “qualquer pessoa, *incluindo os concorrentes* que tenham interesse legítimo em opor-se a práticas comerciais desleais proibidas nos termos do presente decreto-lei, pode intentar a ação inibitória prevista na Lei n.º 24/96, de 31 de julho, com vista a prevenir, corrigir ou fazer cessar tais práticas”. Já o artigo 317.º do Código da Propriedade Industrial, por sua vez, constitui uma cláusula geral de concorrência desleal como garantia do bom funcionamento do Direito da Concorrência.

Perante este cenário, à primeira vista confuso, parece importante fazer algumas reflexões e perceber como na prática se articulam estas disposições legais:

- (i) No plano de harmonização Diretiva/Decreto-Lei, a primeira é perentória em afirmar que todo o seu regime tem como objetivo alcançar um elevado nível de defesa dos consumidores, bem como só indiretamente é que se visa proteger os interesses legítimos dos concorrentes¹¹⁷. O Decreto-Lei, batalhando pelos mesmos objetivos da Diretiva, não fala de concorrentes até chegarmos ao seu artigo 16.º, onde inclui “*concorrentes que tenham interesses legítimos*”, na qualidade de pessoas que se podem opor às práticas comerciais desleais proibidas. Para mais, também no seu artigo 20.º, n.º 1, legitimam-se, entre outros, os profissionais concorrentes, que demonstrem o seu interesse legítimo em opor-se às práticas desleais, perante uma autoridade administrativa. Parece, então, haver uma incongruência entre a Diretiva e o Decreto-Lei que a transpôs, que ainda veremos se não é só meramente aparente.
- (ii) No plano de harmonização Diretiva/artigo 317.º do Código da Propriedade Industrial (CPI), não parece haver muito a dizer, uma vez que o Considerando (6) daquela diz não abranger, nem afetar, legislações nacionais relativas a práticas comerciais desleais.
- (iii) No plano de harmonização Decreto-Lei/artigo 317.º do CPI, embora o primeiro diga que só *indiretamente* abrange interesses legítimos dos concorrentes, a cláusula geral de concorrência desleal – que é o artigo 317.º – protege única e exclusivamente concorrentes, e não consumidores.

Assim, em jeito de reflexão, afigura-se-nos que, perante a incongruência Diretiva/Decreto-Lei, esta se mostra meramente aparente, já que o Decreto-Lei transpôs corretamente a maioria dos conceitos e ideias e tem a liberdade de – concedida pelo artigo 11.º da Diretiva –, no que toca aos meios nacionais de garantia, “incluir os concorrentes”¹¹⁸ que detenham um interesse legítimo.

¹¹⁷ Considerando (6) da Diretiva de 2005.

¹¹⁸ Artigo 11.º, n.º 1 da Diretiva.

Por outro lado, somos também levados a concluir que a única incongruência existente é dentro da própria Diretiva, i.e., a Diretiva que, à primeira impressão, pretende harmonizar legislações, harmonizar conceitos, globalizar a proteção do consumidor, é depois confrontada com uma necessidade de se protegerem os interesses legítimos dos concorrentes, como forma de garantir uma legislação una e capaz de defender os interesses alvo do ataque, cada vez mais elaborado, da nossa “sociedade de consumo”¹¹⁹.

Será este um novo passo para a harmonização da concorrência desleal?

§ 6.º *Um novo rumo na concorrência desleal?*

A cláusula geral de concorrência desleal encontra-se espelhada no artigo 317.º do CPI.

José de Oliveira Ascensão entende que “seremos tentados” a dizer que a Diretiva sobre práticas comerciais desleais marcou a desistência do objetivo de se traçar uma disciplina comunitária da concorrência desleal¹²⁰.

Veja-se, nomeadamente, as práticas comerciais agressivas, de que já tivemos oportunidade de explicitar. No CPI encontramos como atos de agressão, unicamente, as falsas afirmações feitas com o fim de desacreditar um con-

¹¹⁹ Perfilhamos a opinião de JORGE PEGADO LUÍZ, “A «transposição» da diretiva relativa às práticas comerciais desleais no ante-projecto do código do consumidor”, in *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n.º 49, 2007, 21, onde o Autor diz que a transposição da Diretiva de 2005 foi uma oportunidade mal aproveitada, uma vez que, não sendo uma cópia do texto comunitário, tinha permitido uma análise adequada dos novos preceitos comunitários à luz do sistema do direito interno vigente, para a sua integração e compatibilização.

¹²⁰ JOSÉ OLIVEIRA ASCENSÃO, “Concorrência desleal: as grandes opções”, cit., 128 e 129. Embora considere que se poderá pensar que se trata de uma “harmonização parcial”, sendo deixada a harmonização sobre práticas desleais *contra concorrentes* para uma 2.ª etapa, “(...) a orientação agora assumida leva a uma separação profunda, mesmo que pensada como provisória, das matérias de Direito dos concorrentes e de Direito dos consumidores: a transformação do Direito da Publicidade em Direito exclusivo dos concorrentes é muito elucidativa. Terá sido possivelmente um preço a pagar”.

No Direito Italiano, com uma análise trabalhada sobre o Direito Publicidade e as alterações deste pela Diretiva de 2005, *vide* CARLO PIAZZA, “Dalla pubblicità ingannevole alle pratiche commerciali sleali. Tutela amministrativa e giurisdizional”, in *Il Diritto dell’informazione e dell’informatica*, Anno XXIV, n.º 1, 2008, 4 a 6 (a propósito da alteração ao “articolo” 27 do Código do Consumo Italiano, 11) e, também, LÉONARD COX/CHARLES GHEUR, “La directive sur les pratiques commerciales déloyales...”, cit., 194 e 205, em que os Autores propõem uma constante revisão e atualização da Diretiva para permitir um acompanhamento evolutivo na harmonização das legislações sobre práticas comerciais desleais.

corrente: artigo 317.º, alínea b), sendo atos contra concorrentes e não contra consumidores¹²¹.

Outro argumento importante será o de que a Diretiva aponta determinados enunciados taxativos de práticas que são consideradas desleais, o que também diverge do carácter valorativo do instituto da concorrência desleal na lei portuguesa¹²².

Por outro lado, parece inegável que muitas das práticas comerciais abrangidas pela Diretiva são substancialmente atos de concorrência desleal, já que representam, simultaneamente, condutas contra consumidores e condutas contra concorrentes¹²³. Assim sendo, parece-nos defensável que poderão ser assumidas como *práticas violadoras dos usos honestos* do ramo de atividade económica em que se integrem, podendo continuar a ser abrangidas pela cláusula geral do artigo 317.º do CPI.

Haverão, então, dois prismas a atender: o da defesa dos concorrentes e o da defesa dos consumidores.

¹²¹ Cfr. JOSÉ OLIVEIRA ASCENSÃO, “Concorrência desleal: as grandes opções”, cit., 130, que entende que, ao surgir uma especificação de se exercer influência indevida sobre o consumidor por meios agressivos se origina um novo núcleo e, embora fosse legítimo nos questionarmos se tal estaria abrangido pelo proémio do artigo 317.º do CPI, o carácter imperativamente taxativo das previsões fazem com que elas não possam ficar sujeitas ao crivo valorativo de tal preceito.

¹²² JOSÉ OLIVEIRA ASCENSÃO, “Concorrência desleal: as grandes opções”, cit., 131. Nesse estudo, efetuado antes da transposição da Diretiva comunitária para a ordem jurídica nacional, o autor questiona-se se tal transposição deverá integrar a matéria da disciplina da concorrência desleal ou fazer-se à margem desta (p. 132 ss.). Contudo, entende que um dos maiores obstáculos para uma possível integração consiste no facto de a Diretiva, no que respeita às práticas enganosas, conter uma lista *taxativa* das que devem ser sem mais consideradas desleais (Anexo I da Diretiva). Essa lista inclui aspetos que representam violações ou atos ilícitos contra consumidores, nos quais dificilmente se descortinaria uma prática contrária a “normas e usos honestos”, expressões constantes do proémio do artigo 317.º do CPI. Entendimento contrário levaria a que existissem dois critérios: “Enquanto hoje em dia todos os casos são valorativamente delimitados, tal introdução levaria a contar com um segundo sector em que a deslealdade se bastasse com a mera verificação da correspondência ao tipo”. O Autor conclui, nesta sede, que: “[a] integração das práticas comerciais desleais na Concorrência Desleal causaria perplexidade, porque aquelas abrangem ilícitos publicitários”, desequilibrando a relação com o Direito da Publicidade, já que o “Código da Publicidade abrange o ilícito publicitário contra consumidores e é a sede central nesta matéria, em detrimento do CPI”.

¹²³ JOSÉ OLIVEIRA ASCENSÃO, “Concorrência desleal: as grandes opções”, cit., 135. Veja-se também, a propósito de um potencial novo rumo para a Europa, AMANDINE GARDE/MICHAEL HARAVON, “Unfair commercial practices...”, cit., 128 e 129 (*maxime*, 137).

Síntese conclusiva

Parece-nos que, do estudo que nos propusemos efetuar, poderemos retirar as seguintes conclusões principais:

- Numa sociedade como a que temos atualmente, em que o consumo se desenvolveu massivamente, passando a estar presente em todos os campos da vida social, a expressão “sociedade de consumo” faz todo o sentido.
- O surgimento da ‘sociedade de consumo’ decorre diretamente do desenvolvimento industrial que levou a que se tornasse mais difícil vender os produtos e serviços do que fabricá-los. Este excesso de oferta levou ao desenvolvimento de estratégias de *marketing* extremamente agressivas e sedutoras, bem como às facilidades de crédito, quer das empresas industriais e de distribuição, quer do sistema financeiro.
- Por sua vez, esta realidade alertou para a necessidade de se protegerem os consumidores que, pela sua posição contratual mais fraca, poderiam ser “engolidos” pela concorrência desleal. A clássica metodologia *Business to Business* vai sendo abandonada, à medida que as preocupações se centram na nova metodologia *Business to Consumer*.
- A Diretiva 2005/29/CE, do Parlamento e do Conselho, de 11 de maio de 2005, teve então o papel de regulamentar a concorrência desleal, centrando-se na *nova* preocupação: a repressão das práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores.
- A ordem jurídica portuguesa, por sua vez, transpondo essa Diretiva Comunitária, apresenta mais um instrumento legislativo de proteção dos consumidores: o Decreto-Lei 57/2008, de 26 de março de 2008.
- Tanto a Diretiva, como o Decreto-Lei, assumiram como objetivo principal, para além do correto funcionamento do mercado interno, a proteção *direta* dos legítimos interesses económicos dos consumidores e, apenas *indiretamente*, a proteção dos legítimos interesses económicos dos concorrentes.
- Com este propósito, consagraram e introduziram nas ordens jurídicas nacionais novos conceitos para a proteção do consumidor, visando uma harmonização das legislações nacionais.
- O conceito de consumidor médio é alvo de detalhada análise doutrinária e jurisprudencial, consagrando-se como um ideário de consumidor, que *normalmente informado e razoavelmente atento e advertido*, se assume como o critério que permite garantir o princípio da proporcionalidade e um equilíbrio entre os meios e os fins.

- Quanto aos grupos de consumidores “*especialmente vulneráveis*”: visa-se garantir uma maior proteção daqueles que, por razões de idade, credulidade ou vulnerabilidade, merecem estar num grupo diferente.
- Desenvolvendo o ponto principal do nosso estudo, foi feita uma análise comparativa das disposições do Decreto-Lei e da Diretiva, separando as práticas comerciais enganosas (ações e omissões) das práticas comerciais agressivas.
- Enquanto extraímos as consequências legais da repressão deste tipo de práticas, deparamo-nos com duas questões importantes, uma a propósito do regime da invalidade do contrato celebrado sob influência de práticas desleais e outra sobre a legitimidade dos “concorrentes” face a este Decreto-Lei, uma vez que este parece – ao contrário da Diretiva – conceder-lhes a possibilidade de, diretamente, fazerem valer os seus legítimos interesses económicos.
- Relativamente à primeira questão, concluímos que é a anulabilidade do regime escolhido para “condenar” os contratos celebrados sob práticas comerciais desleais.
- Concluímos ainda, também, que a anulabilidade oferece um regime menos favorável do que o da nulidade – pela necessidade de demonstração do interesse em agir e pelo prazo de um ano, limite máximo para acionar este mecanismo, o qual começa a contar a partir da data da cessação do vício, embora compreendamos e apoiemos a opção do legislador de sancionar os contratos celebrados sob práticas comerciais desleais com a anulabilidade, uma vez que o regime da nulidade seria demasiado penoso, propiciando até novos entraves ao bom funcionamento do mercado.
- Quanto à segunda questão, concluímos que a aparente contradição entre o consagrado na Diretiva e o disposto no Decreto-Lei não passaria de uma mera contradição aparente, uma vez que este último tem a liberdade e a legitimidade de, no que diz respeito aos meios nacionais de garantia, de aí incluir os “concorrentes” que tenham um interesse legítimo, pelo que à Diretiva é que deve ser apontada a falha de não conseguir a harmonização de legislação e a busca de soluções legais unas, como lhe é exigido.
- Também nos parece inegável que muitas das práticas comerciais abrangidas pela Diretiva são substancialmente atos de concorrência desleal, já que representam, simultaneamente, condutas contra consumidores e condutas contra correntes.
- Criticamos, em jeito de nota final, e a par do que faz alguma doutrina, o pouco trabalho que houve após a transposição da Diretiva, que poderia ter levado à descoberta de uma nova onda de harmonização legislativa a nível comunitário, nomeadamente, até, na futura aprovação do Código do Consumidor.